

# 中国法治政体的始创

——辛亥政治革命的法治论剖析与省思

程燎原<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**法治政体理论在根本上把法治理解为，只有立宪政体才会要求并实现法律统治的一个政体问题。建立民主立宪的法治政体是辛亥政治革命的目标。为达成这一目标，民国初年的《临时约法》等法律初步构建了中华民国法治政体的雏形，但这一政体也陷入多重困厄之中。孙中山等人对这一政体及其困厄进行了富有价值的探索与反思。从法治政体理论及民初缔造法治政体的实践出发，可以对治法型法治的思想观念进行比较性的检视。

**关键词：**辛亥政治革命 法治政体 政体型法治 治法型法治 法治理论

---

在中国古代的政治法律思想观念中，“治法”的思想观念一直居于核心与主宰的地位。自近代以来，这一思想观念不仅存活下来，而且具有其现代的表达与阐发，即把近现代的“法治”理解为任何政体之下都可运用的一种“治法”，或者任何治者都可采用的治理方式。时至当下，这种思想观念已成为一种习惯性的迷思。然而，在中国现代法治史的真正开端之处，即中华民国的缔造时代，一种有别于从“治法”观念来理解和实践法治的“政体型法治”就已经开基立例，形成了中国“法治政体”的最初标本。认真对待这一标本，探讨民初法治政体的草创及其困厄，民初对法治政体问题的认知与反思，既利于彰明“辛亥政治革命”〔1〕及其创建的法治政体的独特价值，又可以在历史中发现中国法治政体兴起的缘由、成就与挑战，并据此对“治法型法治”的思想观念进行检视，从而为丰富和发展中国法治理论提供一个可能的机缘。

需要说明的是，“法治政体”是笔者解析辛亥政治革命的一个核心概念，但这一名词并不见于辛亥政治革命及民初的文本之中，在当下流行的法治话语中也极为少见。故而，在具体讨论民初法治政体的初创之前，有必要对这一概念作简要的梳理与阐述，以明确本文的基本理论思路及所讨论的问题范围。

---

\* 重庆大学法学院教授。

〔1〕按照孙中山先生的设想，与实现三民主义的目标相适应，中国的革命包括民族革命（种族革命）、政治革命和社会革命。本文专以政治革命一途作为立论的指向，而不直接涉及民族革命和社会革命。为区别于对辛亥革命的整体性论说，以及方便行文，笔者将本文的立论指向称为“辛亥政治革命”。

## 一、法治政体概念的简要阐释

法治政体理论的思想渊源,在西方可以追溯到古希腊时代柏拉图、亚里士多德的政体理论。他们最早提出和讨论了根据是否实行法治划分政体类型的方法及其观点。到了近代,这一理论更加清晰明备。洛克在其政府哲学和政体理论中非常明确地把依“绝对的专断权力”的统治与依“确定而稳定的法律”的统治区分开来。前者“使用绝对的专断权力,或不以确定的、经常有效的法律来进行统治”,是人治的政体;后者是法律统治的形式,即“无论国家采取什么形式,统治者应该以正式公布的和被接受的法律,而不是以临时的命令和未定的决议来进行统治”。〔2〕随后,“孟德斯鸠把非法治的(或者说是专断之治和独裁之治)专制主义从所有的法治政体中抽离出来,并将法治政体划分为君主政体和共和政体”。〔3〕在《论法的精神》一书中,作为法治政体的君主政体,其样板是英国的君主立宪政体;共和政体包括民主政体和贵族政体,它们都是法治政体;专制主义(专制政体)则不是法治政体。

在现代西方法学界,不少学者承续这些法治政体思想的主题与命脉,从不同的角度,在分权制衡的立宪政体之下定义与分析法治问题。如施米特指出:“法治国”有两条基本原则,一是分配方面的自由原则,指个人自由优先于并由此限制国家权力;二是组织方面的分权原则,即有限的国家权力应当按三权分立与制衡的立宪原则安排在规范化制度(宪法)之中。分权原则的目的是为了确保自由原则具有组织上的保障,并使这种保障具有法律上的意义。如果没有分权原则的保障,自由原则是不可能实现的,也就没有“法治国”。〔4〕这就把“法治国”指向了追求个人自由的分权政体。昂格尔说:现代法治“赋予立法的普遍性理想和适用法律的一致性理想特殊的意义”,而“为了确保普遍性,行政必须与立法权分离;而为了确保一致性,审判必然与行政权分离。实际上,这两个分离恰恰是法治理想的核心”。〔5〕瑞士的弗莱纳则认为,在欧洲的历史上,从一开始制衡原则就内在地与法治联系在一起,而分权体制之所以成为法治思想的关键因素,是“因为分权体制所蕴涵的哲学始终能够把最高权力部门之间的政治关系变成法律关系”。〔6〕由此可见,西方的法治政体思想不仅致力于把法治问题视为一个政体问题,在近现代还将分权制衡的立宪政体视为法治的核心与关键要素。

上述思想、理论中,有两个实质上相互连通的分析角度与阐述方式。一方面,这些思想、理论判定,作为法治政体对立者的专制政体,属于“非(反)法治政体”,而对专制政体进行法治论视角上的解读与批判,就是对法治政体的一种定义、阐释与确信。因此,这种解读与批判成为西方思想史上认识专制政体并且证成法治政体的基本方式。西方的专制理论主要立足于政体的核心,即最高权力的归属、边界、运行状态及其与法律的关系。孟德斯鸠说:“专制政体是既无法律又无规章,由单独一个人按照一己的意志与反复无常的性情领导一切。”这个“单独一个人”指的就是最高统治者。专制政体之下的法律对于专制者来说时常是无效的,像在中国那样,“人们

〔2〕 [英] 洛克:《政府论》下篇,叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第85页以下。

〔3〕 [美] 不列颠百科全书出版公司编:《西方大观念》,陈嘉映等译,华夏出版社2007年版,第189页。

〔4〕 参见 [挪威] 朗内·斯莱格斯塔德:《自由立宪主义及其批评者:卡尔·施米特和马克斯·韦伯》,载 [美] 埃爾斯特、[挪威] 斯莱格斯塔德编:《宪政与民主——理性与社会变迁研究》,潘勤、谢鹏程译,三联书店1997年版,第120页以下。

〔5〕 [美] 昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章等译,中国政法大学出版社1994年版,第50页以下。

〔6〕 [瑞士] 丽狄娅·芭斯塔·弗莱纳:《法治在西方主要法律传统中的历史发展——从中世纪法律至上观念到现代法治观念》,葛明珍译,载夏勇等主编:《法治与21世纪》,社会科学文献出版社2004年版,第11页。

曾想使法律和专制主义并行，但是任何东西和专制主义联系在一起，便失掉了自己的力量”。〔7〕这个意义上，专制政体就是人治的政体，专制与立宪、法治，在政体的构造与制度上，是无法兼容的，不可能两选并择。另一方面，这些思想、理论把君主立宪政体、民主立宪政体或分权制衡政体等立宪政体，直接表述为“法治政体”。尽管在宪政思想史上，人们对立宪政体的定义和解说各有差异，但其核心不外乎就是，“受到常规性法律和政治约束，并对公民负责的政体。在立宪政体之下，公共权力机关和公民一样，都必须服从法律和宪法”。〔8〕所以，任何一种立宪政体，都是受法律统治的政体，即法治政体，而一切非立宪政体，是人治政体。立宪政体与非立宪政体之间的区别，其实就是法治政体与人治政体之间的区别。

西方法治政体的思想、理论及其论证方式，从晚清开始逐渐为一些中国学者所了解、接受和阐发。如在晚清直至当代，从法治政体的观念上解剖、批判专制政体，一直是颇为流行的做法。在中华民国时期，不少学者也简明地表达了法治政体的思想，如政法学者张东荪在其名篇《法治国论》中指出：“法治国与政体有连接之关系。”〔9〕政治活动家、政论家马相伯则分析了“法制政体”，认为政体只有“专制”与“法制”之分，前者是“任心”的政体，后者是“任法”的政体。政治思想史家萧公权根据法治与专制的区别，认为不仅先秦没有真正的法治思想，而且秦朝至清代实为专制而非法治，更未有“法治之政府”与“法治之政体”，由此“足见专制与法治乃相反之两种政体”。〔10〕这在实质上揭明了法治政体的部分内涵。在1980年前后那场“法治与人治”问题的大讨论中，林欣明确指出：“要阐明法治问题，必须首先考察政体问题。”针对当时的争论，他认为：“法治与人治的问题是统治的形式问题，也就是政体问题。如果不从政体问题去考察法治与人治的问题，那是肯定找不到正确的答案的。”他还根据孟德斯鸠的观点断言：“君主政体只能是人治的政体，不能是法治的政体”，“只有共和政体才能谈得上法治”。〔11〕林欣已经提及法治政体的概念，而且其问题意识与论说也已切合这一概念的内涵。进入21世纪，政治学者潘维也使用了法治政体的概念。他提出创立中国式的“咨询型法治”模式，这种“咨询型法治明显偏向执法和制衡，所以属于法治政体”，但是，“与以议会为核心的民主制不同，法治政体的核心既非‘人’亦非‘党’，而是机械的文官系统”。〔12〕可见，潘维把“政体”从安置最高统治权的制度层面落到相对较低的文官制度上。

法治政体理论涉及一系列基本而重大的问题，如：为什么法治是（或关键是）一个政体问题？法治为什么可以成为划分政体（包括政体的变种）的一个基本标准？“法治政体”的涵义是什么？“政体型法治”与“治法型法治”的区别何在？什么政体才需要法治？在什么政体之中才有可能实行法治？这种政体法治化与法治政体化的关系如何？当发生违反法治的严重事件或法治危机时，在政体上应有怎样的应对机制？对这些理论问题，本文无法详细讨论，但对其概念及几个基本观点，需要在这里加以解释与概述。

法治政体概念主要涵括两个基本方面：一方面，某种政体是法治型的，即这种政体形式受法律统治并依法实行统治；另一方面，法治是政体型的，即法律统治由某种政体来体现、组织与保障。法治政体不是关于法治与政体两者关系的范畴，而是一种类型学的范畴，也就是探讨政体的

〔7〕〔法〕孟德斯鸠：《论法的精神》上篇，张雁深译，商务印书馆1964年版，第8页，第129页。

〔8〕〔英〕戴维·米勒、韦农·波格丹诺编：《布莱克维尔政治学百科全书》，“立宪政体”，邓正来等译，中国政法大学出版社1992年版，第168页。

〔9〕张东荪：《法治国论》，《庸言》第1卷第24号，1913年11月16日。

〔10〕参见萧公权：《中国政治思想史》，新星出版社2005年版，第180页以下。

〔11〕林欣：《论政体与法治》，载《法治与人治问题讨论集》，群众出版社1980年版。

〔12〕参见潘维：《法治与“民主迷信”——一个法治主义者眼中的中国现代化和世界秩序》，香港社会科学出版社有限公司2003年版，第36页以下，第166页以下。

类型或法治的体制。不过,从思维的习惯与表述的方便而言,难免会从关系的角度予以考虑,有时甚至需要使用“政体法治化”与“法治政体化”这类说法,以揭示和标识问题的不同侧面和重点。因此,在政体学说与法治理论上,它既可以称之为“法治型政体”,也可以称之为“政体型法治”,但在实质上,法治政体是实行具有独特价值、原则与制度体系的法治的政体种类和形态。它不仅与人治政体相区别,而且与“治法型法治”相区别。本文之所以使用“政体型法治”这一名称,正是为了与“治法型法治”的思想观念进行对举,给予比较观察,以形成对“法治政体”与“治法型法治”双方的审视。

在法治政体的理论视野中,法治不仅是法律问题,更重要的是政体问题。任何政体都以确定最高治权的来源、界限、分配及其与法律的关系为核心。但在各种政体之中,有些是法治的,有些则是非法治的。“一般认为,法治是内在于通过法律限制和控制政治权力这一原则的。”<sup>〔13〕</sup>这是法治与政体融贯为“法治政体”的最底线的交汇点和粘合剂。所以,只有那些起码遵循立宪原则的政体,才能成为法治的政体。这样的政体,通过符合立宪原则的宪法和法律对政体中权力(尤其是最高权力)的边界,权力的分配与构造(权力关系),行使权力的程序与责任,以及权力与权利的关系,加以划定、限制与约束。一旦某个权力主体在其权限上与其它权力主体、权利主体发生争议或纠纷,则最终通过司法程序予以解决。简言之,就是把政治权力关系变成为法律与制度上的权限关系或法律关系。因此,法治政体的功能和目标,主要在于根据立宪与法治的要求,运用法律意义上的权力、权限、权利与义务、法律责任等方面的规范性机制,实现对公共权力或“政体人”的法律统治,而不是规范、限制与控制政体之外的人与组织。即使是涉及政体之内与外的相互关系,也按照法治的价值原则与规范形式加以规定和处置。在这个意义上,法治政体是由贯彻立宪与法律至上原则的宪法等公法或政体法构成并受其统治的一种政体。围绕这一主旨,一般而论,在法治政体中,既应具有奠定法治之法在本源上所必备的民主性、正义性的基石性制度,如民主制度与人权保障制度,更应有确保法律的普遍性、一般性、确定性与平等性并使法律具有至上权威的立宪原则及其制度构造与组织体系,同时还应有克服法治危机的政治、法律程序与制度安排。也就是说,法治并非任何政体的普遍原则与统治体制,并非任何政体都追求且能实行法治,而只能与特定的政体相契合,只有某些特定的政体才具有对法治的内在欲求,从而使法治具有可行性与可保障性。

哪些政体才具有对法治的内在欲求呢?在法治政体思想史上,从西方的柏拉图、亚里士多德和孟德斯鸠到中国的萧公权、林欣,都曾讨论到历史上法治政体的种种形式,如王政或君主政体、贵族政体、受法律统治的民主政体(平民政体)、共和政体,而专制政体或僭主政体、寡头政体、不依法律统治的民主政体(平民政体),都不是法治政体。尤其是近代以来,正如孟德斯鸠、马相伯、萧公权所做的那样,政体被以二元对立的方式划分为法治政体与非法治政体(人治政体),没有介于法治与人治之间的第三种政体。非法治政体包括君主专制、极权政体、个人独裁、军人政权等专制政体或威权政体,而法治政体主要有两种类型或模式:一是君主立宪政体,以英国为代表;二是民主立宪政体,以美、法为代表。英国式的君主立宪政体也包含了议会制与选举制这样的民主制度,可称之为“民主的君主立宪政体”,在此意义上,近现代欲求法治的政体形式,不妨统称为“民主的立宪政体”。民主立宪政体之所以欲求法治,根本上是因为这种政体要兼容并协调政治、社会、经济、文化的多种价值元素与主体力量,从而必须有一个超越性的“统治者”即法律。近现代民主立宪政体包含的价值元素有民主、自由、人权、平等、公正、宽容、秩序、安全、富强等,主体力量则有人民、政党、议会、行政(包括武装力量)、司法、社

〔13〕 前引〔6〕,弗莱纳文。

会组织以及各种不同层次与种类的利益共同体等。多元价值只能在民主与法治的框架中共存，并用相应的制度予以确认和保障。对于多种主体力量，也需要由政党制度、选举制、议会制、分权制衡、有限政府、人权法、公民身份、公民社会组织、司法独立等等政治法律制度来安顿和约束。所以，它是一套复杂的政治体系，也是一种在多种价值元素、多种主体力量之间寻求平衡、协调而稳定的政体安排。正是在这样多元混合而又试图达成均衡秩序的民主立宪政体中，法治才成为必需的原则和体制。法治意味着，在这样的政体之中，由各种政治、法律制度安排的主体力量都服从这种安排，但其精义则在于，这个政体必须有一个超乎所有主体力量之上并为这些主体力量所创制、认同、拥护、服从乃至捍卫的“统治者”——法律。假如一个政体在法律之上还有另外的“统治者”，这个政体就是一个对法治不具有内在欲求的政体，更是一个不可能实行法治的政体。

什么样的政体才能确保法治的实行，尤其是法律的遵守和执行，从而建成真实可靠的法治政体呢？法治的实现，需要具备各种相应的条件，其中至为关键的是，法治必须有政体上的体制性、结构性的组织保障。仅仅把实行法治布之于纲领，或制定大量的法律乃至宣布遵循法律至上的原则，肯定是远远不够的。正如假若不能把政体立于法治之基座与底盘，就无法使政体平安稳定与坚不可摧一样，如果政体未能成为体现法治、实行法治尤其是保卫法治的政制（体制）力量和组织力量，那么法治就绝不可能坚如磐石与持之久远。然而，并非任何一种政体都能够成为保障法治的体制上或组织上的力量。在理论逻辑上，一个不从制度构造与组织结构上欲求并体现法律统治的政体，就绝不可能落实和保障法律的统治。所以，能够确保法治的政体，也正是那些内在欲求法治的政体，即民主立宪政体。在这个政体中，一方面，政体的构造与运行遵照法治的要求，即“政体法治化”；另一方面，也通过“法治政体化”，使法治的精神、原则客观化、结构化，从而具有客观性、稳定性和组织保障。在近现代国家，只有民主的、立宪的政体构造，才是最有效的“使法必行之法”，因为这样的政体结构，“能够遏制任何一种权力凌驾于法律之上，避免出现政府的任何一种权力分支（如立法、行政或司法）‘自己立法、自己解释、自己执行’的情况发生”。〔14〕所以，在民主立宪政体之中，欲求法治、实行法治与保障法治，是互相连属、贯通一体的。

总之，法治政体是指法治构成了民主立宪政体之内在特性、精神与原则，构成了这种政体的关键性支点，并根本上依靠这种政体得以实现。只有在民主立宪政体之中，才能理解、构造、厉行与确保法治。法治政体概念具有其独特的意涵：一方面，它鲜明地强调民主立宪政体是立足于且受治于法治的，或者说，民主与立宪等核心构件是生成、运行于法治政体之中的；另一方面，它将法治视为一个只有在民主立宪政体下才会生成并才有可能确立与保障的问题，而非看作是任何一种政体之下（最高）治者的一种“治法”与“治理方式”。所以，需要把法治置于民主立宪政体之中加以构造与确固，使之成为与这个政体血脉相连、盛衰同行、存亡与共的命运共同体。由此，建立和完善民主立宪政体，才是建设法治国家惟一的必由之路。辛亥政治革命所开启的，正是这样的一条道路。

## 二、建立法治政体：辛亥政治革命的题中之义

在内忧外患渐入深重之境的晚清，以孙中山为首的革命派，认为拯救中国的惟一法门就是革命。1911年发生的辛亥政治革命，不仅具有古老中国的悠久历史背景，也充溢着近代西方政治与革命的大潮巨流。因此，它既承继了中国历史上革命的流风余辉，又根本不同于这些革命。其矛头所指，乃是中国自古以来的君主专制政体，而其欲建立的崭新政体，则是属于法治政体的民

〔14〕 夏勇：《法治源流——东方与西方》，社会科学文献出版社2004年版，第32页。

主立宪政体。这一目标无疑是极具革命性意义的。

中国的革命思想最早可见《周易·革卦》“汤武革命，顺乎天而应乎人”的记载和论说。这是先秦儒家对“革命”的正当性、合法性的基本证成。儒家强调，革命是圣人顺天应人以“新天下”的变局，但不改变政治原则和君主政体。历史上的所谓“革命”，只是“易姓改号”、“朝代革命”，而君主政体则延绵数千载从未见更换。晚清的革命志士也高举“汤武革命”的大旗，以从儒家义理和历史意识中寻求其革命的正义性，进而给予新的诠释，号召天下。孙中山不仅高度称赞“汤武革命”，而且将革命视为人民神圣的天赋人权：“革命者乃神圣之事业、天赋之人权，而最美之名辞也”。<sup>〔15〕</sup>这是既将其主张的革命融汇到中国“圣人革命”的历史洪流之中，又赋予这种革命以近现代的蕴涵。如果说中国前代的革命，只是革“某某皇帝”、“某某王朝”的命，那么辛亥政治革命的根本意义，则是“政体革命”。革命派认为，只有政体革命才是政治革命。政体革命就是以革命的方式，易君主专制政体为民主立宪政体。所以，政体革命是破坏与建设、手段与目的相统一的完整过程：破坏即以革命为手段，推翻君主专制政体；建设即革命的目的，建立民主立宪政体。二者缺一，就不可能构成完满的政体革命。

政体革命及其民主立宪目标的确立，既受到近代西方政治革命思想和民主政治理想的深刻影响，也与晚清的政法思潮特别是“政治革命”的争论密切相关。在晚清的最后十多年间，中国的许多有识之士痛切地观察到，古代的专制政体已不适于20世纪的中国：一方面，这种政体是中国数千年来治乱相循和晚清屡受外侮的主要根源与罪魁祸首；另一方面，这种政体已经不符合近现代民主自由与立宪的时代潮流。所以，遭遇旷世巨痛巨变的中国，欲进于现代富强、文明的国家，就必须改专制政体为立宪政体。革命派与作为改良式立宪主义者的梁启超，都提出“立宪”这一最低限度的政治目标，都认为必须对中国的君主专制政体实行政治革命。不过，梁启超“政治革命”的目标是建立君主立宪政体，而革命派所界定的“政治革命”，则是颠覆君主专制以进于民主立宪政体。孙中山说：“讲到那政治革命的结果，是建立民主立宪政体。”<sup>〔16〕</sup>对于梁启超等人所总结的政体演进的历史顺序，即从君主专制至君主立宪再至民主共和的进化，孙中山主张要“取法乎上”，并“毕其功于一役”，从君主专制直达民主立宪，而不必途经君主立宪，以便于一劳永逸地解决中国的政体问题。

在晚清的革命派看来，民主立宪政体的核心在于民权主义和分权制衡的制度。前者揭示了这一政体的民主本根，后者展现了这一政体的立宪政治原则及其组织结构。孙中山认为，政治革命的要义就是实行民权主义，而民主立宪政体，以民权主义为其基石。因此，孙先生所展望的中华民国民主立宪政体的宪法，必须确立民权主义的基本制度，包括国民一律平等的制度和议会民主制。对于分权制衡的政治体制，孙先生在坚守分权制衡的立宪政治原则的基础上，创造性地主张建立一个“破天荒的政体”，即五权分立的“新主义”或“五权宪法”：“希望在中国实施的共和政治，是除立法、司法、行政三权外还有考选权和纠察权的五权分立的共和政治。”<sup>〔17〕</sup>宋教仁也认为，中国的民主立宪政体构造，一方面固然要参考中国本有的政治传统，另一方面又万万“不可违背立宪政治之原则”，即分权制衡这一立宪的基本原则。“夫立宪政体之国，必有议会为监督政府机关，而行决议、质问、弹劾等之权，必有裁判所为司法机关，而行普通裁判之权，此殆通例。”<sup>〔18〕</sup>这些“通例”是中国的民主立宪政体所必须纳含的。

从法治政体理论看，辛亥政治革命所追求的民主立宪政体就是法治的政体。晚清的革命派对

〔15〕 孙中山：《在旧金山两蝉戏院的演说》，《孙中山全集》第1卷，中华书局1981年版，第442页。

〔16〕 孙中山：《在东京〈民报〉创刊周年庆祝大会的演说》，上引书，第325页。

〔17〕 孙中山：《与该鲁学尼等的谈话》，上引书，第319页。

〔18〕 宋教仁：《论都察院宜改为惩戒裁判所》，载陈旭麓主编：《宋教仁集》，中华书局1981年版，第281页。

此已有相当深切的认知。首先，革命派对辛亥政治革命的对象即中国的君主专制政体，从法治政体的思想观念出发予以评析与抨击。他们对专制政体与立宪政体进行比较，既说明专制政体与人治的可怕，又彰显立宪政体与法治的优长。孙中山说，专制政体在政治法律上，除专制君主本身不受法律约束外，还“任法吏之妄为，丝毫不加限制，人命呼吸，悬于法官之意旨；问其有罪无罪也，不依法律正当之行为，侵犯吾人神圣之权利”。<sup>〔19〕</sup>就此而论，法治政体实为专制政体的对称，指称中国古代君主政体为专制政体，其名称及其涵义，也包含着法治政体理论上的认知视角与批判意识，对专制政体的革命就是对法治政体的诉求。孙中山1918年对自己革命思想历程的回顾，证明了这一点：“因思吾国昔为君主专制国家，因人而治，所谓一正君而天下定。数千年来，只求正君之道，不思长治之方。而君之正，不可数数见，故治常少，而乱常多，其弊极于清季。受当世列强法治潮流之激荡，遂益情见势绌，转觉数千年之旧国，组织尚未完备，海内贤豪相与病之。群谋更张，以备外竞，而辛亥之改革以成。”<sup>〔20〕</sup>其次，晚清的革命派将立宪国、立宪政体视为法治的国家、法治的政体。孙中山与宋教仁对民主立宪政体的民主性、立宪政治原则及其政体构造的描述和构想，说明的正是法治之本源及其权威性的组织保障之所在。在田桐看来，立宪国与法治国不过是同质的国家形态：“立宪国者何？法治国也。……一国之事皆归法以范围之，一国之人皆归法以统治之。无所谓贵，无所谓贱，无所谓尊，无所谓卑，无所谓君，无所谓臣，皆栖息于法之下。非法之所定者，不能有命令；非法之所定者，不得有服从。凡处一国主权之管辖者，皆同一阶级，而无不平等者。此立宪之定义也。”<sup>〔21〕</sup>这些观点，在民初创建法治政体的过程中得到进一步的阐扬。

### 三、民初法治政体的肇造

不论是从历史进程的时间次序，还是从政治革命的完整性来看，民初对共和国的造建与民主立宪政体的草创，都是辛亥政治革命的继续。推翻数千年的君主专制政体，只是辛亥政治革命的初步成果，只有确立了民主立宪政体，才能真正完成政治革命的根本任务。要完成这一最为艰巨和复杂的政治革命，其要图就在于共和国及其民主立宪政体的构造和安顿。这是旧政已去、新政待成的民初必然的选择。这一要图，即是创建法治政体。这意味着，中国的政体构造及其发展，由此步入法治的途程，而中国的法治，也从一开始就在政体中予以展开。本文所言中国法治政体的“始创”，主要就是指在民初进行的法治政体的兴造。但这不仅仅表明时间上的开端，更重要的是彰显中国政体史的一次革命性转折与一种全新政体的起始。这种“始创”的实际成效虽然是初步的，但其奠立的平台及其展开的趋势，却是十分重要的。而这个“始创”之处，既紧接晚清革命者关于法治政体的思想而来，又在缔造民国、建设共和的境况之下，满足更加迫切的法治需要，回应更加强烈的法治吁求。

以法治政体的建设作为缔造共和、巩固共和并达致民主立宪政体的要务，是民初政治法律界的重要思想观念和政治法律主张。以孙中山为代表的同盟会（国民党）和其他政党领袖，都力主通过法治建造共和国家。“中华民国建设伊始，宜首重法律”，<sup>〔22〕</sup>是孙中山1912年1月初就确立的建国原则。这当然不是孙先生的一个权宜之计，他实则希望能开创民主法治的宏基：“我是要

〔19〕 孙中山：《对外宣言书》，《孙中山全集》第2卷，中华书局1982年版，第9页。

〔20〕 孙中山：《元旦布告》，《孙中山全集》第4卷，中华书局1985年版，第285页。

〔21〕 恨海（田桐）：《满政府之立宪问题》，载张枬、王忍之编：《辛亥革命前十年间时论选集》第2卷，上海三联书店1960年版，第547页。

〔22〕 孙中山：《在南京答〈大陆报〉记者问》，前引〔19〕书，第14页。

以一身结束数千年专制人治之陈迹，而开亿万年民主法治之宏基。”<sup>〔23〕</sup>黄兴亦指出：“国民生命财产权专恃法律为保护，即共和国精神所托。”<sup>〔24〕</sup>时任进步党理事的梁启超为熊希龄内阁起草的《政府大政方针宣言书》也主张：民初政府的大政方针之一，“咸以养成法治国家为要图”。<sup>〔25〕</sup>这些在缔造共和国家、建设法治政体问题上的论断和宣示，不仅是他们的思想共识，也是他们共同的政治意志与政治决断。

民初的法治政体既然被认为是建设共和政治和民主立宪的首务与实质，那么其重点或主要元素，就不能不是以宪法为主脑的公法体系或政体法。不论是作为政治家的孙中山、宋教仁、黄兴，还是一些法政学者如张东荪，其法治思想与诉求的关切重心，也均在于此。孙、宋、黄皆视宪法为共和立国最重大和最关键的保障，是确立民主立宪政体的头等大事，故而孜孜以求。张东荪明确论说法治国的要素，“一言以蔽之，曰公法发达而已”。<sup>〔26〕</sup>观之于民初几年法制的准备，其显示出来的基本图景，正是以构造与规范国家权力包括政体结构的政体法为先务、为重点，即关切民主立宪政体的约法、宪法及各种组织法、选举法等，都成为民初法治政体构造的重头戏。《中华民国临时政府组织大纲》、《中华民国参议院法》、《中华民国临时约法》、《中华民国国会组织法》、《参议院议员选举法》、《众议院议员选举法》等法律，在辛亥革命之后的十个月之内相继颁布施行，其中，尤以效力等同于宪法的《临时约法》为标志性的政体法。该约法确定中华民国由“人民组织之”以及主权“属于国民全体”的民主政治原则，确认人民一律平等并享有各项自由和权利，按照三权分权制衡的宪政原则，建立“以参议院、临时大总统、国务员、法院，行使统治权”的民国政权结构，实行议会政治与“内阁制”的政府形式，确认司法独立即法官独立审判。这意味着，中华民国民主立宪政体的大致法律框架初步形成，中国历史上第一个法治政体的雏形也卓然而立。

在《临时约法》之后，民初构造法治政体重中之重的根本大事，在于宪法的制定。“制定宪法，为民国建设第一大业。”<sup>〔27〕</sup>梁启超1912年发表的这一断言，无疑是民初各种政治、社会力量的共同心声与奋斗目标。国家“必其宪法良好，国本巩固，乃足以自存，而不为政海波涛所摇动。……而政体之确定，三权之分立，自由之保障，法令之依据，咸在斯焉”。<sup>〔28〕</sup>在那个对宪法抱有极高期待因而群情鼎沸的制宪岁月里，不仅许多法政学者、宪法专家热烈讨论各种宪法问题，康有为、梁启超、严复等思想家和一些民间组织也汲汲于制宪，纷纷草拟宪法草案；不仅各个政党都以高涨亢奋的激情投身于制宪大业，袁世凯政府也提出关于宪法的各种主张以求影响乃至主导制宪。其中，尤以国民党人为推动制宪的主力。孙中山强调：“中华民国必有好宪法，始能使国家前途发展，否则将陷国家于危险之域”，因此民国的“劈头第一事”，就是“产出一最良之宪法，以为立国之根本”。<sup>〔29〕</sup>宋教仁认为，“宪法者，共和政体之保障也。中国为共和政体与否，将视诸将来之宪法而定”。<sup>〔30〕</sup>黄兴也极为推重宪法，“宪法者，人民之保障、国家强弱之所系也”，这种宪法能“立国于不拔之基，措国于不倾之地”，制定宪法是“建设共和国家之第一著”。<sup>〔31〕</sup>由

〔23〕 孙中山：《关于誓约问题的谈话》，《孙中山集外集》，上海人民出版社1990年版，第221页。

〔24〕 黄兴：《复袁世凯电》，载湖南省社会科学院编：《黄兴集》，中华书局1981年版，第249页。

〔25〕 梁启超：《政府大政方针宣言书》，张品兴主编：《梁启超全集》第9卷，北京出版社1999年版，第2575页。

〔26〕 前引〔9〕，张东荪文。

〔27〕 梁启超：《专设宪法案起草机议》，《梁启超全集》第8卷，北京出版社1999年版，第2481页。

〔28〕 王宠惠：《中华民国宪法刍议》，夏新华、胡旭晟整理：《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265页。

〔29〕 参见孙中山：《在上海国民党恳亲会的演说》，《在上海国民党茶话会的演说》，《孙中山全集》第3卷，中华书局1984年版，第2页，第5页。

〔30〕 宋教仁：《国民党沪交通部欢迎会演说辞》，前引〔18〕，陈旭麓主编书，第460页。

〔31〕 参见黄兴：《〈国民〉月刊出世词》，前引〔24〕书，第309页，第316页。

此可见，他们的确对宪法推崇备至，对制宪之于民国创建与确固的意义作了无以复加的申说。

进一步的问题在于，中华民国应当制定一部什么样的宪法，才能确立与保障共和国及其法治政体。这当然是制宪的宗旨与关键，其中又以政治制度或政体的设置最为复杂。民初的制宪之争，实际上主要就是围绕这一问题而形成和展开的。对这一问题，宋教仁认为应“依法理，据事实”加以解决：“讨论宪法，行政、立法、司法三权应如何分配，中央与地方之关系及权限应如何规定，是皆当依法理，据事实，以极细密心思研究者。”这就是说，民初政体的安排，既不能不考虑现实政治、军事格局的严重制约，又要受到辛亥政治革命确定的民主立宪政体的目标约束，如果“使制定宪法时为外力所干涉，或为居心叵测者将他说变更共和精义，以造成不良宪法，则共和政体不能成立”。<sup>〔32〕</sup>从法治政体的原理来看，以现代政党制度与普选制为基础的分权制衡，是法治政体的核心。没有分权制衡，就既不可能有立宪，也不可能法治。正如孙中山所说：“现在中华民国共和政体，与专制政体不同。专制政体之主权，为君主一人所私有，共和政体三权分立，各有范围，三者之中尤以立法机关为要。”<sup>〔33〕</sup>然而，以袁世凯为代表的政治、军事势力则主张，为适应民初纷乱的局势，中华民国应实行大权在握的“强总统制”。袁世凯当选为正式大总统后，立即咨请国会增修《临时约法》以扩大总统的权力：证以《临时约法》施行以来20个月的经验，因其限制过苛，环生国家政治刷新的障碍，使政府左支右绌，所以“万万不敢再博维持《约法》之虚名”，而“身受施行《约法》之实祸”。<sup>〔34〕</sup>

在这样的制宪背景之下，《天坛宪草》于1913年10月31日草成。因国民党人在国会宪法起草委员会中占有明显优势，这部宪草继承了《临时约法》的民主立宪精神与原则，完善了民主立宪制度，巩固了法治政体的基础。孙中山在评价《天坛宪草》时说：“当日革命注意之点，曰推翻专制时代之皇帝，是禁皇帝作恶。……因彼可以自由作恶，故从而防止之、排除之。‘天坛宪法’即防止皇帝作恶之宪法也。”<sup>〔35〕</sup>这是对《天坛宪草》核心理念及其与辛亥政治革命之关系的揭示。《天坛宪草》虽然明显扩大了总统的权力，却没有完全符合袁世凯的要求，结果在其阻挠与破坏之下，最终未能成为正式宪法。

从《临时约法》到《天坛宪草》，不论是确定民主政治原则以及以此为渊源和基石的分权制衡的立宪政体，还是确认中华民国人民享有的广泛的自由与权利，都标志着法治政体的初生。这在中国的政治史（政体史）与法治史上，都具有历史性的意义，它们不仅开创了共和时代的价值方向与制度框架，也赋予初创的法治以现代的底座、使命以及粗疏的政体保障体制。

#### 四、民初法治政体的困厄

如果说《临时约法》等法律对法治政体的初定，在文本层面上展现了一种法治政体的兴创，那么，这些法律具有至高无上的约束力，才是检验法治政体有效性的最终标准。或许正因此，孙中山等人不遗余力地强调对《临时约法》等法律的遵守与执行。孙先生特别告诫，总统作为国民公仆，必须遵守《临时约法》和一切法律，并指出：“不过国民党之所求者，国中无论何人及何种势力，均应纳服于法律之下，不应在法律之外稍有活动。”<sup>〔36〕</sup>宋教仁认为，如果宪法没有至上的权威，也不能建成共和政体：“使得良宪法矣，然其初亦不过一纸空文，而要在施行之效力，亦

〔32〕 前引〔30〕，宋教仁文。

〔33〕 孙中山：《在北京共和党本部欢迎会的演说》，前引〔19〕书，第440页。

〔34〕 转见白蕉：《袁世凯与中华民国》，《近代稗海》第3辑，四川人民出版社1985年版，第58页以下。

〔35〕 孙中山：《宴请国会及省议会议员时的演说》，前引〔20〕书，第331页以下。

〔36〕 孙中山：《与戊午通讯社记者的谈话》，前引〔23〕书，第235页。

使受外力牵制，于宪法施行上生种种障碍，则共和政体亦不能成立。”<sup>〔37〕</sup>他们所注重的无一不是治者的守法与守宪问题。依此来看，以《临时约法》为核心的民初政体法在创建共和国家与初步安排民主立宪政体的同时，也逐步陷入了多重的困厄，遭遇了重大的危机，以至濒于绝境。

民初法治政体的困厄，主要可从三个层面来观察：一是在立法上，《临时约法》等民主立宪性的法律被废弃；二是在公权领域，频频发生违反《临时约法》等法律的行为，乃至酿成严重的法治事件；三是应对上述立法变故、违法行为和事件时的窘态与困境。

《临时约法》及相关法律，粗略地设定了民初法治政体的框架，但是这一框架仅存三年多，就被1914年的《中华民国约法》（以下简称《约法》）等法律所取代。民初政体的创制与变更所引发的政争，原本就是以《临时约法》为中心展开的。在国民党人心中，“民国存亡，系于约法，约法无效，民国即亡”。<sup>〔38〕</sup>袁世凯及其代表的政治、军事力量，则对《临时约法》心存芥蒂，急欲增修乃至废止。代替《临时约法》的《约法》，其根本正是确认大总统“总揽统治权”，并基本上否定了分权制衡的立宪政治原则。袁氏在公布《约法》时称：“我国改建共和政体，既有种种特别情形，势必施行特别制度，而后可以图国家之长治久安，……是以有此次增修约法之结果！名以隆大总统之权，即实以重大总统之责。”<sup>〔39〕</sup>根据《约法》的规定，大总统召集立法院，参议院为大总统的咨询机构，即议会制度被取消；大总统并为行政首长，统摄行政大权；制宪实际上也交由大总统操控。所以，“《新约法》之唯一目的，在于增加总统之权力，减削议会之牵掣，与《临时约法》之精神完全相反。……以实行‘一人政治’主义。”<sup>〔40〕</sup>同年，袁世凯公布的《修正大总统选举法》又规定，总统任期十年，并可以连任，且每届大总统候选人都由大总统推荐。按法理和法律程序，新法当然可以修改旧法，并取得旧法而代之。但是，《约法》及《修正大总统选举法》大幅改变《临时约法》的议会民主与立宪架构，显然不是所谓对《临时约法》的简单增修，或者是民主立宪政体之下议会与行政权力的正常调整，而是民初民主立宪政体的倒退与更改。至于袁世凯其后直接篡改共和国体，名之曰实行君主立宪，实际上恢复君主专制政体，更意味着民初民主立宪的法治政体遭遇空前的危机。

民初的几个典型案例或违法事件，则显示法律的权威受到严重的毁损。《临时约法》公布施行半月之余，在所谓“民国第一案”的姚荣泽案以及宋汉章案中，法部总长伍廷芳批评身为国民党人的沪军都督陈其美，“藐视司法，侵越权限。共和肇始，詎可滥用威权，至于斯极”，而“现在共和确立，……似不应有损害民权，违背约法之事，致启人民之危惧”，否则，“民国约法之信，必因之立隳，关系不仅此案”。<sup>〔41〕</sup>在随后近一年的时间之内，又发生了最高治者涉嫌践踏法治而震惊民初政坛法界的张振武案和宋教仁案。对于张案，一些参议员直言大总统袁世凯、副总统黎元洪破坏约法，未经法律程序非法剥夺人命。彭允彝甚至认为，“此时可以谓之无政府、无参议院、无法律、无政治。……何以谓之无法律？夫法律可以生杀人命，命令不能生杀人命，现在命令既可以生杀人命，甘于破坏约法而不顾，尚得一谓有法律耶？”<sup>〔42〕</sup>宋教仁被刺一案，更是蔑视、搅弄民初法治的大案。这两个案件的发生和处置都有最高治者（大总统、副总统、总理及陆军总长等）及其高层属下涉嫌其中，典型地反映出民初法治政体的千疮百孔。黄兴把袁世凯统

〔37〕 前引〔30〕，宋教仁文。

〔38〕 孙中山：《反对北京政府另组新国会重开参议院通电》，前引〔20〕书，第210页。

〔39〕 前引〔34〕，白蕉文。

〔40〕 陈茹玄：《中国宪法史》，世界书局1947年版，第70页。

〔41〕 参见丁贤俊、喻作风编：《伍廷芳集》，商务印书馆1993年版，第502页以下。

〔42〕 《参议院开议张振武案会议速记录（节录）》，载朱宗震、杨光辉编：《民初政争与二次革命》，上海人民出版社1983年版，第127页。

治下的民国称为“无法律之国”。〔43〕黄尊三亦痛陈此时实为“法治不存”：民初武人专制、政界昏暗、法纪荡然的政局，“虽曰人治不良，礼治不修，法治不讲，而要皆无法之遵，法治不存之过也。……法治之迹，已在若存若亡之间”。〔44〕这当然不是说那个时代没有任何法律和法律秩序，或民国国民完全生活在无法无天之境，而是侧重于揭露国家治权与治者这类公权领域屡屡违犯《临时约法》等政体法的严重现象。即如孙中山所说：“综过去六载之混莽，何一非在上者弁髦法纪阶之厉。”〔45〕这一现象恰好反映出民初法治政体的运行上存在的严重问题。

面对上述种种违反、破坏乃至毁弃法律的行径，民初的制度与体制怎样处置？各种政治、军事、社会力量又如何因应？这样的处置和因应，显然比那些严重违法的事件更能检验一个法治政体的真实性与可靠性。在任何一个法治政体之下，总是难以完全防范和避免发生公共权力造成的违法事件与法治危机，所以，判断一个法治政体的完善及其可靠性程度，关键就在于这个法治政体的危机应对能力，即危机应对机制与方式的及时性、有效性和权威性。从法治政体理论来看，对于任何危害法治的事件，包括法治危机，任何组织与力量所能采取的应对方式，不外乎有“政体内的解决”和“政体外的解决”。前者是依靠法治政体自身提供或具备的制度、法律及组织的力量来解决问题，后者则是在法治政体无效或失效之后不得不用体制外的超常规手段以济政体之穷。在民初的历史实践中，每当发生严重的法治事件，人们总是主张“诉诸舆论”、“诉诸法律”、“诉诸国会”以及“诉诸武力”。据此，民初“政体内的解决”有法律解决和政治解决之分。法律解决即通过司法程序，由法庭予以审判。政治解决则是利用民主程序、质询与弹劾程序等更换政府，以及在国会中进行质询、弹劾。而“政体外的解决”，就是武力解决。这些方式在逻辑上层层递进、步步升级，但实际又可能同步采用或交叉实行。不论是上述哪种解决方式，其展开过程之艰危以及最后的结局，都是民初法治政体困厄的一部分。在张案、宋案以及其它的政府违法事件中，这种困厄最为充分地凸现了出来。

在一个法治政体之下，用“政体内的解决”来应对任何重大的违法事件或法治危机，既是这个政体的内在机能，又是这个政体的制度逻辑。法律解决无疑最符合法治的要求，而且政治、法律风险或代价较低，因而理所当然地应为首选。对于张案和宋案，尤其是宋案，不少人出于“共和国全赖法治”的观念，主张惟一正当的办法就是法律解决，时人称之为“法律派”。在国民党人中，黄兴力主首先走司法程序：“夫宋案如何办理，固当由法庭主持。……兴对于宋案，纯主法律解决。”其理由是，“民国已经成立，法律非无效力，对此问题，宜持以冷静态度，而待正当之解决”，而且，“此时正在全国愤怒中，诉诸舆论、诉诸法律，不能说没有力量”。〔46〕可见，黄兴主要是相信共和国法律的有效性，即这种法律对处理牵涉宋案的人应该是有力量的。同时，他也担忧武力解决的可行性，所以“不如诉诸法律为好”。〔47〕此外，岑春煊、伍廷芳、谭人凤等人和“国事维持会”等组织同样呼吁各方尊重法律解决，静候法庭作出判决。袁世凯政府当然也同意法律解决的方案，这在原则上与黄兴等人的主张相合。无论如何，宋案的确进入了司法程序。政治解决方案作为民主立宪政体下议会制约政府的常规，在民初也于法有据，即《临时约法》的规定。政治解决方式广义上也属于法律解决的方式，但人们有时将其包含在法律解决之内，更多时候则与法律解决并称。在《临时约法》中，政治解决就是参议院采取质问、咨请查办和弹劾的方式，监督、纠察政府的种种违法行为。在应对张案时，上述三种方式都得到了启用：1912年的

〔43〕 黄兴：《在屋仑华侨欢迎会上的演讲》，前引〔24〕书，第382页。

〔44〕 黄尊三：《法治与复古》，《中华杂志》第7号，1914年7月16日。

〔45〕 前引〔20〕，孙中山文。

〔46〕 黄兴：《复黎元洪电》，前引〔24〕书，第326页以下。

〔47〕 蔡寄欧：《鄂州血史》，载徐血儿等编：《宋教仁血案》，岳麓书社1986年版，第417页。

8月19日,参议院提出质问书;8月28日,参议员刘星楠等提出“咨请政府查办参谋总长黎元洪违法案”,参议员张伯烈、陈家鼎等提出弹劾国务总理、陆军总长案,不过都以流产而告终。在宋案中,政治解决也是一些人建议采用的应对方式,“国民党自宋案后无日不思弹劾”。〔48〕

若从法理上观察解决的实效,不论是法律解决还是政治解决,并不在于必须认定违法嫌疑者确实违法犯罪并给予相应的法律惩罚或政治处置,而是由法定机关通过法定程序根据调查的事实按法定的标准予以审理与裁决。如此看来,宋案中的法律解决未能完全落实。尽管袁世凯政府及一些舆论指责国民党等力量欲将宋案卷入政治漩涡而破坏法治及司法独立,因而坚持司法解决,以黄兴为代表的“法律派”也一直在努力使宋案的处理司法化,然而,正是因为“均涉嫌疑”的赵秉钧(总理)、程经世(秘书)拒绝上海地方检察厅的传票出庭对质,才使有可能走向完结的法律解决失去了最后的机会。所以,宋案的法律解决之路不仅走得扑朔迷离、诡谲怪异,而且并未走完。至于政治解决,在张案中,除“质问”得以进行外,“咨请查办”和“弹劾”都中途夭折,而因宋案进行的弹劾则根本没有施行。总之,“政体内的解决”的种种尝试,基本上都宣告流产或未起到解决的作用。于是,许多人认为,在导致法治事件或危机的治者拥有强大政治、军事力量的情况下,民主立宪的法治政体已经不可能依靠其自身的力量,发挥自我纠错与矫正的功能,以解决其危机,最后不得不出手的,就只有武力解决。“法律不足以制公之凶恶”,〔49〕这是曾力主法律解决的黄兴对帝制自为的袁世凯说的一句话。它道出了黄兴最终弃法律解决而支持武力解决的根本缘由,也可以说是对法律解决无望而不得不诉诸武力解决的一种正当性论证。

在国民党人眼中,武力解决是辛亥政治革命的延续。当孙中山把革命权称为人民的天赋人权时,就已经赋予了革命权高于人定法的地位。更重要的是,袁世凯发表坚持共和、遵守约法的誓言,被视为高于《临时约法》的政治大法。这意味着,一旦袁世凯违背誓言,国民党人就又拥有了革命权,以迫使其践行誓言。宋教仁遇害前不久说过:袁世凯在“不久的将来,容或有撕毁约法背叛民国的时候。……到了那个地步,我们再起来革命不迟”。〔50〕所以,在国民党的政治理念中,武力解决并不因为辛亥政治革命结束了君主专制政体而在法治政体之下完全丧失其合理性、正义性。如果共和、立宪与法治面临的时势的确迫不得已,武力解决就会理直气壮地登场。戴季陶在张案发生后就主张,对于“以武力破坏法律”且“恃军队之护持”者,只能“仍以武力治之而已”。〔51〕至宋案时,孙中山认为只有武力解决才是有效的:“国会乃口舌之争,法律无抵抗之力,……欲求解决之方,惟有诉诸武力而已矣。”〔52〕黄兴后来也宣告,宋案的“法律解决既经无效,乃不得不诉之于武力,作最后之解决”。〔53〕为宋案而施行的武力解决就是“二次革命”。虽然“二次革命”很快失败,但“以武力济法律之穷”的基本观念与主张,不仅并未因此而消退,反而形成了一条“武力护法”的主线:“民国成立七年,大乱者四次,国本飘摇,民力凋敝。推原祸始,皆执政者营私乱法之所致耳。夫国家治乱一系于法。法本空文,专赖合法机关之合法行为为之表现。约法为民国命脉,国会为法律本源”,所以屡次“诉诸武力”,“非为攘夺政权也,实为拥护民国根本之约法”。〔54〕当然,孙中山主张武力解决,本就不是局限于解决宋案及袁世凯政府等的违法问题,而是另有深意,即让国民及任何治者“由是可知国法不容妄干,而人治断无

〔48〕 远生:《蝉曳残声过别枝之弹劾案》,载前引〔42〕,朱宗震等编书,第383页。

〔49〕 黄兴:《促袁世凯退位声明电》,前引〔24〕书,第426页。

〔50〕 宋教仁:《国民党鄂支部欢迎会演说辞》,前引〔18〕,陈旭麓主编书,第457页。

〔51〕 参见天仇(戴季陶):《张振武之善后策——武力解决(二件)》,载前引〔42〕,朱宗震等编书,第132页以下。

〔52〕 《陈其美致黄兴书》,前引〔24〕书,第402页。

〔53〕 黄兴:《致各友邦通电》,前引〔24〕书,第342页。

〔54〕 孙中山:《通告护法各省军政首领支持军政府电》,前引〔20〕书,第349页。

由再复也”。<sup>〔55〕</sup>这与辛亥政治革命也是有连续性的。如果说辛亥政治革命是推翻君主专制政体、创立法治政体的革命，二次以至三次、四次革命则是护卫与巩固初生的法治政体的革命。

历史总是充满了吊诡和两面性。从上述的情形看，就“政体内的解决”而论，一方面，其启用和运作本身就是法治的表现，不论是法律解决的倡导与尝试，还是质问书和弹劾案的提出，都是民初法治政体对自身的危机应对机制的运用；另一方面，“政体内的解决”基本失效，即“法律之力已穷”，政治解决因受制于本就身置局中的当政者而无所措置，危机不仅没有克服，反而愈发严重，这又说明民初的法治政体还很稚嫩和残缺。而“政体外的解决”，就更显示出这一法治政体自身已经无力回天。民主法治政体运行过程中出现的种种问题，包括重大的危机性问题，本应是这一政体自身准备和提供的法定方式可以解决和克服的，正是这一政体能够最大限度地避免灾难性局面乃至“不断革命”的主要原因，也是近现代许多国家选择这一政体最重要的考量之一。辛亥政治革命原本就是为了用民主立宪的法治政体取代君主专制政体，结果却又在较长时期内采用“继续革命”的方式来护卫和拯救这个政体，虽出于“不得已”，却绝非常态。当“恃军队之护持”的治者制造法治危机，而反对者又被迫采用武力解决以护持法治，则法治政体其实是生存、运行于刺刀尖上和枪口之下的。这样的法治政体，无疑是极其脆弱和颇具悲剧性的。

从大的历史背景来看，上述悖论是在革命的思想之下和在革命的过程中发生的。“战争转变为革命，革命终结于宪法，这个早期现代的故事远不是一帆风顺的。革命具有嗜血的天然本性。宪法与革命之纠结，从宪法革命到社会革命，其悲剧性的命运贯穿着早期现代以来的数百年的历史。”<sup>〔56〕</sup>辛亥政治革命以及民初法治政体与革命之间的纠葛，可以看作是这部历史的一部分。而以民初的政治、法律生态来审视中国法治的本土性、特殊性问题，则在于各种派系（广义上的政治、军事力量）丛生林立，以致形成犬牙交错、纷纭复杂的实力政治军事版图。对各种派系的安顿与控制，既是民初法治政体需要解决的一大关键，也是这个政体成败的一大关键。但民初法治政体的构造与运行一时又无力妥善且有效地解决这一问题，反而受到各种派系的强力掣肘与“硬约束”。各种政治力量尤其是武人集团的角力与搏战，在事实上成为牵制《临时约法》的施行以及制宪过程的决定性因素。在这个过程中，在共和的名义下，不同的原则与力量、法理与时势，存在着多重交互的对抗与博弈，有时甚至是不可调和的矛盾与不可化解的冲突。从民主立宪的道理上讲，各方的妥协当然是必要且必需的，但各方的妥协又都是有限度的。每一方尤其是起主导作用的各方都有坚守的原则与法理而无法完全让步与后退，于是最后定音的往往是力量与时势。其中一个主导性的态势是，对于力图完成辛亥政治革命目标的人们来说，越是看清了民初政治权力争斗，特别是武人集团专权、擅政、弄法对共和立宪所构成的巨大威胁，就越无法放弃其理想（包括《临时约法》），只能更加坚持立宪政治的原则，而这又进一步加剧政治紧张与冲突，尤其是《临时约法》确立的权力结构与实际政治权力格局之间的紧张，以及制宪过程中围绕议会政治与政府制度之争而形成的冲突。这种紧张与冲突的过程和结果，最终决定了民初法治政体的命运。在很大程度上，民初法治政体的困厄主要就是由此而产生和形成的。

## 五、民初对法治政体之困厄的反思

民初法治政体始创中遭遇的困厄，显然是对共和国及民主立宪寄予厚爱厚望的人们所始料未及的。所以，这一困厄很自然地引起那些身临其境、身置局中的人们的检讨与思考。譬如，是什

〔55〕 前引〔20〕，孙中山文。

〔56〕 高全喜：《战争、革命与宪法》，《华东政法大学学报》2011年第1期。

么原因导致了民初法治上的那些悲剧性事件，以至于法治政体飘摇倾倒？而走出法治政体的困厄与建设、保全法治政体的正道良方及其理据又何在？对这些问题，在法治政体的困厄形成、展开及其危机应对的过程，以及稍后进行的反省中，人们就已有一些考究、思量与衡断。对此，很有必要以孙中山的思考为主，择其大端，略作考察。

民初法治政体的困厄证实，这个政体的致命之处在于“法律不能控制派系”。〔57〕所谓“法律不能控制”，有两个方面：一是法治政体构造上对派系的“不能控制”。这不是说法律上完全没有设置某种政体结构和法律程序来予以控制，而是指法律上设置政体结构的程序以及其所提供的法律体制很不严整与完备，不足以控制派系，有时甚至引发或推动派系之间的对抗。二是法治政体实际运行过程中的“不能控制”，也就是即使法律上合理地设置了“控制派系”的某种政体结构和一些法律程序，但各派系凭借自身的政治、军事势力对其不予尊重与遵守。不论是政体构造上的“不能控制”，还是事实上的“不能控制”，都与法治政体构造存在的缺陷相关。因此，可以从这两个方面来归纳民初对法治政体的困厄进行的反思。

民初对法治政体构造问题的反思，主要集中于《临时约法》、制宪权及其程序上。《临时约法》的“因人立法”，既无形中使其正当性受到削弱，也让袁世凯有一个不愿受其约束的堂皇借口。袁世凯曾明言：“约法因人成立，多方束缚，年余以来，常陷于无政府之地，使临时政府不能有所展布。”〔58〕由此，民初有人对“因人立法”予以批评，宪法学家王宠惠就从制宪原理上反对“因人制宪”的作法：“顾吾尝闻今之谈宪法者矣，曰某也贤，非畀以重权，不能展其才也。曰某也贤，非宽其任期，不能行其政策也。反对之者，则曰某也不肖，假以大权，不蹂躏民权不止也。曰某也不肖，久执国柄，不推翻共和不止也。此皆不明宪法之性质及作用所致也。夫某之果贤，某之果不肖，特某一人去留之问题耳，于宪法之制定无关也。若以某之贤而宪法偏重于此，以某之不肖而宪法偏重于彼，是何异于削足适履，吾未见其可也。”他认为，制宪的要义之一，就是“宪法者非因一人而定，乃因一国而定也”。〔59〕

在制宪权及其制宪程序的问题上，根据《临时约法》的规定，宪法的制定权由国会行使。从实际情形而言，民初国会被解散后制宪被迫终止。从立宪原理而论，其后的“旧国会”、“新国会”都无法具有制宪所必需的民主性或人民的广泛认同，其所欲制定的宪法也就难以得到各个阶层及各种力量的尊重。正如朱执信所言：近年来，各界“讲来讲去，都是立宪政治、民权政治。做出来的，到底没有民权政治一丝一毫的气味。……现在北京新国会也在那里商量制宪，南边旧国会也在那里商量制宪，他制的什么宪，总是没有人家看得着的。将来就想拿他几百人自己制定的宪法，勉强全国人去行么？”〔60〕

民初宪法的制定中一个重大的问题，就是制定宪法与选举总统孰先孰后。这不是一个简单的时间顺序上的安排，而是涉及宪法的性质和功能，也牵涉到制宪能否排除在职总统及其政府的干扰和控制。1913年总统选举先于制宪，结果使制宪步入绝境。对此，孙中山在1918年总结说：民初“意则以为制定宪法，尤宜较选举总统为先。必使先有宪法而后有总统，切不可先有总统而后有宪法”，因为，“盖有宪法不患无总统，而有总统而恐终无宪法。诚以总统先宪法而产生，则今日之民国总统未必即为缔造民国之人，不能尊重民国政体，受宪法之束缚，自在意中。其桀者则不使宪法成立；即其驯者，亦能厌恶其条项之束缚，而令国会迁就”。先举总统时，“袁氏当选，而宪法、国会随之而毁。宪法方在审议，而先补选副总统问题又起，其结果补选之副总统，即为领銜干

〔57〕 [加] 陈志让：《军绅政权——近代中国的军阀时期》，三联书店1980年版，第24页。

〔58〕 《大总统训词》，《政府公报》1913年12月19日。

〔59〕 前引〔28〕，王宠惠文。

〔60〕 朱执信：《我们要一种什么样的宪法》，《朱执信集》，中华书局1979年版，第513页。

涉宪法、解散国会之人。此皆前车之鉴，为国会议员所宜大觉悟”。〔61〕据孙先生的这一总结，民初法治政体的构造过程与程序，本就已经埋下了祸根。

事实上的“法律不能控制”更引发人们的思考。从法理上说：“国家威信之所以行，全赖法律确保其效力。故法律之简略不备，不足为深病也。惟当使一法必有一法之功用，法律之形式及其制定之程序何若，且不必深究，然一度颁布之后，但使未经改废，则必宜上下共信守之。”〔62〕所以，即便民初的政体法在创制的权限、程序以及内容与形式上存在缺陷，也不能成为各个派系不予信守的理由。让各个派系受到即使形式上很不完善的政体法的控制，或者说让有些残破的法治政体得以运行并逐步完善，这是民初法治政体的力量与权威性所在。但是，民初的派系为什么实际上又不受这些政体法的控制？常见的分析认为这些派系法治观念淡薄，视法律如无物。所以，解决的办法自然是加强法治教育。但以孙中山的观察，只要各个派系不愿接受民主政治的体制与规则，那么就很难让其控于法律，法治政体的维系就更不可能了。“一般官僚武人辈所以必欲解散国会者，实即欲自根本上推翻共和国体耳。……若官僚武人辈能为正正堂堂之政治竞争，则应由选举中图扩充其势力，不应诉诸武力，以蹂躏国会，破坏约法。”〔63〕这就不是法治观念所能解决的问题。

当时颇有影响的一个主张是“诉诸国民”，即把国民视为造成与护卫法治政体的主体力量。如张东荪认为法治国的关键在于国民“担保法律”的能力。“夫法治国不在政府之能维持法律，而在国民之能担保法律。今有十人于此，一人犯法，九人执法以诛之，则犯者知所畏矣。若九人熟视而无睹，一任其破坏法律而已，则虽法律多如山积，而亦等于死物。盖法者不能自言自动者也，必有人焉拥护之保障之，然后始有效，而犯法者得受制裁矣。苟国民无担保法律之能力，则虽有善法，终等于无。”〔64〕1924年国民党的大会宣言指出：“宪法之所以能有效力，全恃民众之拥护。假使只有白纸黑字之宪法，决不能保证民权，俾不受军阀之摧残。……故知推行宪法之先决问题，首先在民众之能拥护宪法与否。”〔65〕这是对民初民主立宪与法治实践的理性归结，直抵民主立宪的法治政体的根基与本源。但问题在于：国民如何才拥有并能展现“担保法律”的能力？什么是民众对宪法的拥护？尤其是怎样使民众对宪法的拥护变成现实的保卫宪法的力量？国民党人认为，必须以民权、人权为根基并透过民主程序组织民众：“民众果无组织，虽有宪法，即民众自身亦不能运用之，纵无军阀之摧残，其为具文自若也。”〔66〕所谓的组织，在民主立宪政体之下，最重要的就是政党政治。对此，1912年的《国民党宣言》就已指出：“一国之政治，恒视其运用政治之中心势力以为推移。其中心势力强健而良善，其国之政治必灿然可观；其中心势力脆薄而恶劣，其国之政治必闾然无色。……天相中国，帝制殄灭，既改国体为共和，变政体为立宪，然而共和立宪之国，其政治之中心势力，则不可不汇之于政党。”〔67〕而政党政治又不能不以选举制为发源，以议会民主为舞台，以法治相维系。因而，“诉诸国民”的主张，已切入到法治政体的内核问题，即民主、民权与法律的本源及其权威性之保障体制的关系问题。这就必然提出“诉诸政体（国会）”的主张。

所谓“诉诸政体（国会）”，即对于各种派系的法律控制，乃至所有的法治问题，都回到民

〔61〕 孙中山：《在上海答记者问》，前引〔20〕书，第504页以下。

〔62〕 梁启超：《袁世凯之解剖》，《梁启超全集》第10卷，北京出版社1999年版，第2941页。

〔63〕 孙中山：《复头山满犬养毅函》，前引〔20〕书，第421页。

〔64〕 前引〔9〕，张东荪文。

〔65〕〔66〕《中国国民党第一次全国代表大会宣言》，荣孟源、孙彩霞编：《中国国民党历次代表大会及中央全会资料》，光明日报出版社1985年版，第13页。

〔67〕《国民党宣言》，前引〔19〕书，第396页。

主立宪的法治政体之中予以根本的解决。这显然是从问题的源体出发，又回到这个源体来解决问题。归根到底，在法治政体上出现的问题，最终要由这个政体自身来解决。当法治政体遭受严重的损伤，就必须重建、修复和整固这个政体自身的功能与机制。“政体外的解决”当然可以为这一法治政体的重建、修复和整固扫除障碍或创造条件，但却绝不可能代替这样的重建、修复和整固。所以，在民初法治政体遭遇危机甚至毁灭性打击之后，重建、修复和整固这个政体，使之得以保全和续存，才是国家长治久安的正轨大道，也才是辛亥政治革命的真正完成。

在这一问题上，孙中山致思于确立和巩固民主立宪政治（国会政治和“五权分立制衡”）与宪法、法律之间的结构性依存体制。通过对民初数年来《临时约法》与首届国会的命运的观察，孙先生看到《临时约法》、宪法乃至一切法律与国会具有互为命体、俱存俱亡的结构性依存关系。“民主政治赖以维系不敝者，其根本存于法律，而机枢在于国会。必全国有共同遵守之大法，斯政治之举措有常轨，必国会能自由行使其职权，斯法律之效力能永固。所谓民治，所谓法治，其大本要皆在此。”〔68〕孙先生主要从两个方面阐述这一关系。一方面，他反复陈言“共和国实为法治国”这一现代政治与法治上的基本观点：“共和政治，以法律为纲”，〔69〕“共和国之根本在法律”，〔70〕尤其以宪法为共和立国的大本。另一方面，他又不断申述国会之于宪法与法律的根本意义，即“法律之命脉在国会”。他认为，民国及其法治政体的肇造之基，在于作为近代国家共同正轨的民主主义、政党政治尤其是议院民主。“夫国会者，民国之基础，法治之机枢，此而可废，于民国何有？”〔71〕所以，法治的成败存亡系于国会的成败存亡。其一，“国会为法律本源”。这揭示出法律统治的实质乃是民主的统治。通过国会的民主立法赋予法律以正当性和合法性，这是法治的至关重要的基础。如果宪法不出自人民，法律不出自代议机关，就无法使宪法和法律得到民众拥护。其二，国会是宪法与法律的权威性的最根本保障。国会既为宪法、法律的本源，自然也应成为宪法、法律的保障。孙中山认为，国会及其议员应遵守宪法与法律。国会议员，作为国民的公仆，并没有超越法律的特权，如果违法渎职，就必须受到法律的制裁。不仅如此，国会也应是保障法律的最强大的力量。“皇皇国会，为全国人民之代表。国会曰可，即主权者之所可；国会曰否，即主权者之所否。行政机关及一般军人，惟有绝对服从，断无非法干涉之余地。”〔72〕国会不能正常行使权力，包括对政府的监督、纠察的权力，才是民初法律屡遭违犯与侵害的最重要的造因。因此，孙先生主张通过国会的正常活动，维护宪法和法律的权威。

这些思考和论说，以及对“五权宪法”的不断阐释与强调，清晰地呈现出孙中山对以民主政治为基础、以五权分立制衡为架构、以法律为统治的共和国法治政体的构想。在这个民主立宪的法治政体中，法律的统治与民主立宪互为前提与条件，也互为土壤与保障，从而形成缺一不可、绝不可分的结构性依赖。而这个构想的实现，也就是民初初创的法治政体真正走出困厄的标志。

## 六、治法型法治的思想观念：一个比较性的检视

辛亥政治革命所追求的法治政体（政体型法治），因各种复杂的历史原因，在20世纪陷入长期的困顿之中，其思想观念也长期晦暗不明、落寞不彰。但在中国的法治史上，它不仅具有开创之功，而且无疑具有标本意义。以这个标本及法治政体的理论为准据，可以对辛亥政治革命前后

〔68〕 孙中山：《辞大元帅职临时通电》，前引〔20〕书，第480页。

〔69〕 孙中山：《申张讨逆护法法令》，前引〔20〕书，第240页。

〔70〕 孙中山：《通告驻华各国公使书》，前引〔20〕书，第448页。

〔71〕 孙中山：《复蔡元培函》，前引〔20〕书，第520页。

〔72〕 孙中山：《明正段祺瑞乱国盗权罪通令》，前引〔20〕书，第207页。

乃至当代中国的一些法治理论与主张所含蕴的“治法型法治”思想观念作一些必要的比较性检视，以呈现出治法型法治思想观念与政体型法治理论各自的基本立场与特征。

治法型法治的思想观念，主要从中国本土的“治法”思想演化而来。中国古代的政治法律思想，以“治法”这一范畴为核心来论说治国平天下的原理、方法与举措。司马谈曰：“夫阴阳、儒、墨、名、法、道德，此务为治者也。”《淮南子》亦云：“百家殊业，而皆务于治。”这无疑是对诸子百家政治法律思想的点睛之论。作为“皆务于治”的诸子百家，重点探讨的就是“致治之法”，并由此形成各自的政治哲学与法理思想。简略而言，从先秦至清代，历朝历代的君主、士大夫与思想家，都不出以“治法”为中心的思维范畴和思考方式。他们对“治”与“治法”的关系、各种“治法”的含义与意义、各种“治法”相互之间及其与“治人”的关系等问题，都进行了大量的探讨和激烈的争辩。这种治法思想观念的核心内涵可以归纳为四个方面。

其一，中国自古以来的治法思想，实质上就是追求一个“治”，一切“治法”都致力于“治”。这些“治法”是治者“治”被治者之法，是最高治者“治”所有下级治者之法，具有严格的“治理位阶”，即一种单向的自上而下的治理关系，而非“轮番为治”或双向治理。

其二，这种治法思想，主要是围绕“治法”与“治人”（“任法”与“任人”）这一中心论题展开的。荀子倡言“有治人，无治法”。法家则强调“治法明”则君尊国治。如《商君书·壹言》说：凡立国者，“治法不可不慎也，……治法明则官无邪”。《韩非子·制分》曰：“夫治法之至明者，任数不任人。”秦汉之后，一直在“治法”与“治人”孰是孰非、孰轻孰重及其相互关系的问题上争论不休，形成了“有治人而后有治法”、“人法并举”、“有治法而后有治人”等不同主张。而这也是治法思想观念的一个基本特质。

其三，达致“治”的“治法”是多种多样的，所以治法思想的另一个中心论题是讨论礼、德、法（刑）等等之间的关系。古代对各种“治法”最有代表性的概括，即《尹文子》曰：“仁、义、礼、乐、名、法、刑、赏，凡此八者，五帝、三王治世之术也。故仁以道之，义以宜之，礼以行之，乐以和之，名以正之，法以齐之，刑以威之，赏以劝之。……凡此八术，无隐于人，而常存于世，非自显于尧、汤之时，非自逃于桀、纣之朝。”〔73〕至东汉时，道教经典《太平经》更总结出排序明确的“十大治法”：“助帝王治，大凡有十法：一为元气治，二为自然治，三为道治，四为德治，五为仁治，六为义治，七为礼治，八为文治，九为法治，十为武治。十而终也，何也？夫物始于元气，终于武，武者斩伐，故武为下也。”〔74〕从中国古代诸子百家的主导性治法思想来看，《太平经》所述的“治法”，前三者属于道家（道教）所倡导，第四至第八为儒家所主张，第九和第十则为法家（兵家）所鼓吹。其后，尤其是宋、元、明、清时代，不少学者、士大夫则常常将“治法”分为“礼、乐、政、刑”四种。其中，法家式的“法治”，即“以法治国”，也是一种“治法”。君主帝王治国平天下，不论是尧舜式的圣主明君之治，还是桀纣式的暴主暗君之治，都可以根据时势需要及其心思意愿，而择用多种不同的手段与方法（法或术）。历朝的君主对于这些“治法”的采用，事实上或偏于一法，或主辅分明，或综合运用，不一而足。

其四，由于上述“治法”是供治者（君王）治国平天下之用，所以，很自然由治者来选择某种或某些“治法”，而其命运也就理所当然由治者来决定。易言之，“治法”的选择、造就与实行，最终都依靠“治人”。所谓“有治人，无治法”或“有治人而后有治法”的观点，正是这一逻辑的表达。而这就必然意味着，在包括法家式“法治”在内的所有“治法”中，没有任何一种“治法”足以“制君”、“禁君”。诚然，《文子》曾指出：“法度道术，所以禁君使无得横断也。”〔75〕《淮

〔73〕《尹文子·大道下》

〔74〕王明编：《太平经合校》第67卷，中华书局1960年版，第253页以下。

〔75〕《文子·上义》

南子》亦重述曰：“法籍礼仪者，所以禁君，使无擅断也。”〔76〕这在理念上与“法律统治”颇为近似，但因其不合君主“独制天下而无所制”的专制政体的本质，无法成为这个政体的构成与运行原则，所以这一理想也就不可能实现。

从晚清开始，“法治”成为进入现代化进程之中国所欲求的一个基本目标，而中国法治理论的任何变化与发展，又总是中国传统法律思想、外来的理论概念和学说以及中国社会历史实践相互刺激与激荡的产物。故而，在倡导法治的各个不同历史阶段，各种法治主义、法治理论、法治纲领都纷至沓来，形成一时的政治法律潮流。尤其是辛亥政治革命和民初对法治政体的追求与构造，开中国现代法治的端绪，确属一种历史的大变局。但在这一过程中，如何面对传统的治法思想观念，则远非一句“推翻君主专制”就可以包涵并轻易解决的问题。也就是说，将传统的“治法”系统包括法家式的“法治”转换为“政体型法治”，不论是在思想观念上还是制度体系上，也需要一场“革命”。这种“革命”当然不是也不可能彻底抛弃传统的治法及其思想观念，而是在法治的根本点、核心点上出现变易与替换，从而进入到政体型法治的思维方式、思想观念和制度结构之中。然而，这是辛亥政治革命和民初所无法完成的。即使是时至当代，“依法治国，建设社会主义法治国家”已确立为治国方略，并载入宪法，中国传统的治法思想观念也并未退潮，如在国家和社会的各个不同层次、领域、行业，都提出了各自“依法治理”的目标和口号，这既是响应执政党和国家“依法治国”的号召而广为流行的一种“政治正确”，也反映了“治法型法治”的思想观念深入人心。可以说，中国传统的治法思想观念，在近代以来的中国法治理论与思想中，以种种不同的方式与形态时隐时现地存在。在一些对“法治”的通常理解、阐释与实践，包括在法治的问题意识、思维范畴、阐释角度、论证方式、宣传口号以及行动纲领中，都呈现出十分鲜明的治法传统与习惯，形成所谓“治法型法治”的思想观念。这既是对传统治法思想观念的现代式转换与延续，也是对现代法治理论的传统式解读与践行。

需要说明的是，中国近代至当代的种种法治理论与思想，实际上往往具有相当复杂的形态和特质。政体型法治的思想观念与治法型法治的思想观念，在各种流行的法治理论与主张之中，虽然常常各有偏向，但往往又同时并存，即有的法治理论在偏向政体型法治时，又有某种治法型法治的思想观念；反之，有的法治思想在偏向治法型法治时，也有某些政体型法治的思想观念，它们交织、混合于一体而无法明确两分。所以，本文并非认为，中国近代以来的某个法治思想、理论家或某种“法治主义”，是纯粹主张政体型法治或者治法型法治的，而是采用类型学上的分类方法，从这些法治理论与主张中析出治法型法治的思想倾向与观念特点，以求对其与政体型法治的思想观念进行比较性的解剖和反省。

对治法型法治的思想观念与政体型法治理论的比较分析，可以包括下列四个方面。

第一，在治法型法治的思想观念中，“治法”与“治人”的范畴，成为人们认知与阐明法治的涵义和意义的重要语境及其参照。如晚清的政治考察大臣戴鸿慈等人认为，立宪政体之下的泰西“法治国之主义，与中国所谓‘有治人无治法’者相反矣”。〔77〕都察院御史黄瑞麒说：“法治国任法而不任人，人失而法不失，故其国能长治久安。非法治国任人而不任法，人失则法亦失，故常朝治而夕乱。……臣以为现今最大之弊，最与法治国不相合者，莫如任人而不任法。”〔78〕甚至连熟识西方法律思想与制度的伍廷芳，在民初时也指出：“荀子曰：有治人，无治法。今倒其词，可谓有治法，无治人。盖专制时代之魔力，以人为扩张，故注重人；共和时代之治机，以法

〔76〕《淮南子·主术训》

〔77〕（清）戴鸿慈、端方等：《欧美政治要义》，1907年印行，第94页以下。

〔78〕《御史黄瑞麒奏筹备立宪应统筹全局分年确定办法折》，载故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》，中华书局1979年版，第315页以下。

为活动，故注重法。”〔79〕在这样的论述中，“人治”就是“任人”或重视“治人”，“法治”则是“任法”或重视“治法”。时至今日，也有一些学者认为明末清初的黄宗羲“有治法而后有治人”的著名论断，就是一种法治思想。凡此种种，都可显见传统的治法思想在对近现代法治的理解上造成了很大的误解。近现代的政体型法治，作为一种法律统治的政体构造，显然不能与“任法”或重视“治法”相提并论。它在最低限度上，既实行法律面前人人平等的原则、法律至上的原则，又立基于规制政府官员和公民的行为以及“决定官方行为（包括立法行为、司法行为或行政行为）的合法性”的宪法。〔80〕缺乏这样的原则和宪法，任何治法意义上的“任法”、“重法”与“加强法制”，都不可能成为法治。

第二，治法型法治的思想观念，将法治视为治者尤其是最高治者治人的手段，或者是政府治理与社会管理的一个基本工具。这种法治所追求的目标，主要是秩序（尤其是政治统治秩序、社会治理秩序）或“治”。在任何一个政体之下，对于任何治者来说，不论出于什么“治理”的目的，总是需要各种“治法”。所以，治者时而“任人”，时而“任法”；在择取“治法”时，时而“德治”，时而“礼治”，时而“法治”，这也是治法思想观念的重要特色。就此而论，在任何政体之下，都需要也可以施行作为一种“治法”的法治。但政体型法治的思想观念，则认为法治主要不是为了用法律统治民众，而是为了统治公共权力。它在维护秩序的同时，还另有更重要的目的，即保护和实现人权、自由以及正义，所以才有规范、限制与约束政治权力的必要。只要一种政治体系和政体不关乎个人的人权、自由与社会正义，因而不必然限制和约束政治权力，它就不必欲求那种统治政治权力的法治或可以不要这种法治，也就不会有政体型法治。在这个意义上，政体型法治显然不是一种“政府治理”的工具，而是“治理政府”的工具。

第三，治法型法治的思想观念，在法治的主题与论域之中，沿袭传统的思想方式，讨论“法”与“人”、“治法”与“治人”（常常转换为“法治”与“人治”）的关系。近代唱响“法治主义”的梁启超在民初时多次阐发“治法”与“治人”缺一不可的治国之道：“治国非独特法也，法虽善，非其人亦不行，然使法而不善，则不肖者私便而贤者束手焉”；〔81〕“夫为政在人，而法非人莫丽。……虽然，法治之义，既为今世所莫能易，虽有治人，固不可以忽于治法。”〔82〕20世纪40年代，罗隆基更依据中国古代的思想来分析人与法不可偏废、人治与法治相合为用的观点：“古今中外无纯粹人治的国家，亦无纯粹法治的国家。古人说‘徒善不足以为政，徒法不足以自行’，实际这是说明人与法不能偏废的执衷议论”，所以，“实施宪政，并非谓宪法条文即可为治，乃治人与治法相合为用之义。”〔83〕这样的观念，在1980年前后的“法治与人治问题”的讨论中，也有大量阐发。随后，它同样根深蒂固，时有发散。一种典型的表达，就是把法治过程中出现的许多问题，都简单、直观地归咎于“人”的不良或非善，认为有了“好人”，这些问题就不会出现；即使不幸产生了这些问题，也不难由“好人”予以解决。这些都是治法型法治思想观念的一个主要视角和思路。“在那种视法律为一项政府治理工具的常识性理解中，我们很难设想一种无人制定和执行法律的法治，或者一种人并不颁发具有法律特性之一般性指令的人治。治理总是既包括法律，也包括人。”〔84〕治法型法治思想的运思，之所以总是难以避免将法治问题扯入与“任人”、“治人”之间的关系之争论，就在于认为法治无法离开“人”来制定和执行其所必需的法律，其真

〔79〕 伍廷芳：《〈法国宪政通论〉序》，载丁贤俊、喻作凤编：《伍廷芳集》，商务印书馆1993年版，第529页。

〔80〕 前引〔3〕书，第187页。

〔81〕 梁启超：《箴立法家》，前引〔27〕书，第2467页。

〔82〕 梁启超：《宪法之三大精神》，前引〔25〕书，第2561页。

〔83〕 罗隆基：《期成宪政的我见》，载谢咏编：《罗隆基：我的被捕的经过与反感》，中国青年出版社1999年版，第173页。

〔84〕 前引〔3〕书，第187页。

正的隐秘则是这种法治因缺乏民主、立宪的原则及其政体的内在欲求、民主根底和组织保障，最终只能存乎治者之认知、心欲、决心与品德，所以，“治人”、“好人”反而被视为是实行法治的关键。但政体型法治实际上已经超越了这种“人”、“法”关系，而重在从政体的性质及其制度构造、规则逻辑上思考和实行法治。前述施米特、昂格尔、林欣等学者，阐明的就是这样的一种观点。

第四，治法型法治的思想观念，在“法”与“人”、“治法”与“治人”关系上的纠葛，使得它在“使法必行之法”的问题上，也与政体型法治理论不同。梁启超在思考商鞅的“无使法必行之法”的难题时，至少从行法（执法）的层面上，揭示出治法型法治所不可克服的悖论：这种法治最终不是靠政体与制度的力量，而是“治人”或治者的开明与贤德，结果又无可逃避地坠入了“人治”之中。他说：“然则专制国遂绝无使法必行之法乎？曰：亦有之。上戴英断之君主，而佐以公忠明察之宰相，则法亦可以使必行。君相苟非其人，而复无国会，则凡百之法，皆益乱者也。”〔85〕其后又说：“在君权的国家之下，则断无术以解决此问题。夫无监督机关，君主可以自由废法而不肯废法，则其人必尧舜也。夫待尧舜而法乃存，则仍是人治非法治也。”〔86〕梁氏前后的判断，看似不同，实则都揭示了同一个实质问题，即没有恰当的政体安排，不依靠政体的组织保障，寄希望于“治人”、“好人”自觉守法，就不是法治，也不可能有什么法治，连治法型法治都不会出现：治理意义上的法治，只有在具备组织力量保障法律至上的基础上，才能达致稳定有效的治理。治法型法治思想最根本的致命之处，恰恰就在于其对政体问题的无视、虚置或忽略。如治法型法治在面对治者的违法行为时，往往以“完善人”为急务和要图，即最重要的是检讨治者的思想立场、道德品质与守法观念，强调治者应提高修养与改变作风，所以总是诉诸内圣、诉诸观念、诉诸品德、诉诸良知、诉诸自律等“内心解决”的方式。这仍然是传统的“心治”与“治人”的习惯思维与解决方案。

政体型法治思想强调，最有效也最关键的“使法必行之法”就是民主宪政的政体。梁启超开出解决“商鞅难题”的良方，正是近现代的“政体解决”：“然则使法必行之法维何？则君民共守之宪法是已，而举其实必赖国会”，〔87〕或者，“欲法治主义言之成理，最少亦须有如现代所谓立宪政体者以盾其后”。〔88〕质言之，政体型法治的运用与保障，主要存乎民主立宪政体构造的结构性和组织性力量与制度规则的逻辑性和强制力，故而重在“诉诸政体”，即政体的构造及其完备，尤其是政体法上的防范与控制。一旦出现治者的违法，特别是重大的违法事件，关键的举措在于法律和制度上及时、有效的追究与惩治，并进而检查政体结构与制度的机能及缺失，以改革和完善政体构造与制度规范。

总之，在治法型法治的思想观念中，法治与政体的划分标准无关，因而与政体的种类、形态、构造无关，它原则上可以在任何政体之下由任何治者为了任何治理的目的而加以运用。也就是说，治法型法治的思想观念并不必然将法治追根究底地上升到政体的性质与类型上来，而是认为法治是任何政体都需要采用并行之有效的一种“治法”或者“治理方式”。它着力思考与解决的问题，主要是“治人”与“法治”的关系，即实行和保障法治的关键在于“治人”。而政体型法治的思维，是把法治问题作为政体问题加以思考，主张通过某种“优良政体”，解决统治权力为什么必须以及怎样才能基于“法律的统治”这样一个根本问题。这个问题，不是简单的治理国家和社会的方法、手段即“治法”问题，也不是在任何国家的任何历史过程中都会产生的问题。在历史上，只有在发生专制政体向立宪政体的革命性更替之时，就像辛亥政治革命那样，法治问

〔85〕 梁启超：《使法必行之法》，《梁启超全集》第2卷，北京出版社1999年版，第402页。

〔86〕 梁启超：《先秦政治思想史》，《梁启超全集》第12卷，北京出版社1999年版，第3677页。

〔87〕 前引〔85〕，梁启超文。

〔88〕 前引〔86〕，梁启超文。

题才能真正被提出来，法治也才有真正的意义。因此，辛亥政治革命作为一种易“人治政体”为“法治政体”的政体革命，隐含的一个逻辑前提，就是在思想观念上，必须改变治法型法治的思维，而转向政体型法治的思维。

当代中国的法治建设，正在构造以社会主义民主政治为基石的现代法治政体，“人权入宪”、“法治入宪”、“法治政府”等等，都是这个法治政体所必备的基础和内核。宪法第5条也已经明确规定了立宪的根本要求：“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究。任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。”这意味着宪法和法律具有高于一切治者和一切力量的至上权威，但这不应仅仅是一种法治精神和原则的宣示与确认，而是要求一种相应的制度安排。要使宪法有效，首先在于政体的架构，包括这个政体中落实保护宪法的那些条款（护宪条款）的制度保障，即如何在制度上确保“一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究”。只有当这个“必须”成为政体上的制度设计和组织结构，而非宪法条文上表达的一种意愿和决心，对一切违宪和违法行为“予以追究”，才有可能平等、真实和可靠的。因此，从共和国宪法的根本立宪要求来看，主要依靠加强和完备法治政体的方式，解决政治、法治发展过程中的问题，无疑应是中国政体改革与法治建设的重要方向。设若如此，则深入研究法治政体的基本理论，清理治法型法治的思想观念，就显得十分必要了。

---

**Abstract:** The theory of “the regime of rule of law” regards the rule of law as an issue of regime. That means governing a government by law can be required and realized only by constitutional regime. Establishing a democratic and constitutional regime of rule of law is the purpose of the Revolution of 1911, which was almost established through laws in the early days of the Republic of China, such as the Provisional Constitution. However, this regime was in multiple troubles. For instance, law such as the Provisional Constitution which was regarded as the core of democratic constitution was abandoned, and the violation of law happened frequently in the field of public power. Besides, the regime was facing challenges to confront the above-mentioned troubles. Sun Yat-sen and other people, focusing on the Provisional Constitution, the constituent power and its procedure, conducted valuable exploration of and reflection on this regime and its troubles.

The concept of “rule of law as a tool” can be studied in a comparative way from the perspective of the theory and practice of “the regime of rule of law” in the early days of the Republic of China, which helps to distinguish the theory of “the regime of rule of law” from the concept of “rule of law as a tool”. According to the concept of rule of law as a tool, rule of law is regarded as a tool for the governor especially the sovereign to govern the masses, or a fundamental tool for government administration and social control. While according to the theory of “the regime of rule of law”, rule of law is not primarily to govern the masses by law, but to govern the public power. To establish the concept of “the regime of rule of law” is the premise to promote the establishment of such regime.

**Key Words:** the Revolution of 1911, the regime of rule of law, rule of law as a regime, rule of law as a tool, the theory of rule of law

---