夏立安老师赠2013年11月

# “民主法治与中国传统”学术研讨会
# 议　程

时间：2013 年 9 月 21 日
地点：法学研究所办公楼三层学术报告厅
发言规则：一、主题发言不超过 15 分钟
　　二、评论发言不超过 8 分钟
　　三、自由发言不超过 5 分钟

会议开幕致辞　**9：00 — 9：25**
主持人：胡水君（中国社会科学院法学研究所教授）
致　辞：一、莫纪宏（中国社会科学院法学研究所副所长）
　　二、李　林（中国社会科学院法学研究所所长）

第一单元　中国法治的历史和文化根基　**9：25 — 10：50**
主持人：张恒山（中央党校政法部教授）
　　赵晓耕（中国人民大学法学院教授）
一、中国近代法制的世俗理性主义
　发言人：许章润（清华大学法学院教授）
　评论人：谢鸿飞（中国社会科学院法学研究所研究员）
二、传统文化与中国法治
　发言人：赵　明（北京航空航天大学法学院教授）
　评论人：侯　猛（对外经济贸易大学法学院副教授）
三、中国法与西方法对立吗？
　发言人：朱景文（中国人民大学法学院教授）
　评论人：谢海定（中国社会科学院法学研究所副研究员）
四、自由讨论（15 分钟）

茶歇（**15** 分钟）　**10：50 — 11：05**

北华法学院藏书

第二单元　法治现代转型及其乡土语境　**11：05 — 12：30**

主持人：舒国滢（中国政法大学法学院教授）

　　柴　荣（北京师范大学法学院教授）

一、现代中国的法治之路：激进主义与保守主义

　发言人：高全喜（北京航空航天大学人文与社会科学高等研究院教授）

　评论人：李洪雷（中国社会科学院法学研究所副研究员）

二、革命传统与宪法政治

　发言人：夏立安（浙江大学法学院教授）

　评论人：赵雪纲（中国政法大学法学院副教授）

三、现代法治建设中的乡土法杰

　发言人：高其才（清华大学法学院教授）

　评论人：冉井富（中国社会科学院法学研究所副研究员）

四、自由讨论（15 分钟）

午餐：红墙饭店自助餐　**12：30 — 13：45**

第三单元　文化传统与现代治道　**13：45 — 15：35**

主持人：吴玉章（中国社会科学院法学研究所研究员）

　　邓子滨（中国社会科学院法学研究所研究员）

一、道统、儒家与宪法秩序

　发言人：姚中秋（北京航空航天大学人文与社会科学高等研究院教授）

　评论人：刘海波（中国社会科学院法学研究所副研究员）

二、儒家的法律理想主义

　发言人：马小红（中国人民大学法学院教授）

　评论人：张小平（中央财经大学法学院副教授）

三、儒家传统与政治公共性

　发言人：任　锋（中国人民大学国际关系学院副教授）

　评论人：邓建鹏（中央民族大学法学院教授）

四、中国法治新传统的构建

　发言人：黄文艺（吉林省社会科学院教授）

　评论人：陈欣新（中国社会科学院法学研究所研究员）

五、自由讨论（15 分钟）

茶歇（15 分钟）　**15：35 — 15：50**

第四单元　法家法治与民主法治　**15：50 — 17：15**

主持人：李　力（中国青年政治学院教授）

高旭晨（中国社会科学院法学研究所教授）

一、孝公难题与商君法治

发言人：凌　斌（北京大学法学院副教授）

评论人：陈根发（中国社会科学院法学研究所副研究员）

二、百年中国的新法家思潮

发言人：喻　中（首都经济贸易大学法学院教授）

评论人：聂　鑫（清华大学法学院副教授）

三、法家、新法家与法治

发言人：宋洪兵（中国人民大学国学院副教授）

评论人：支振锋（中国社会科学院法学研究所副研究员）

四、自由讨论（15分钟）

会议闭幕致辞　**17：15 — 17：40**

主持人：高汉成（中国社会科学院法学研究所副研究员）

致　辞：陈　甦（中国社会科学院法学研究所、国际法研究所联合党委书记）

晚宴：沙滩宾馆

# “民主法治与中国传统”学术研讨会
# 与会人员名单

（排名不分先后）

柴　荣　北京师范大学法学院教授
陈力铭　北京交通大学法学院副教授
邓建鹏　中央民族大学法学院教授
高其才　清华大学法学院教授
高全喜　北京航空航天大学人文与社会科学高等研究院教授
黄文艺　吉林省社会科学院教授
侯　猛　对外经济贸易大学法学院副教授
李　力　中国青年政治学院教授
凌　斌　北京大学法学院副教授
刘　鹏　《中国社会科学》杂志社编辑
马小红　中国人民大学法学院教授
聂　鑫　清华大学法学院副教授
任　锋　中国人民大学国家关系学院副教授
舒国滢　中国政法大学法学院教授
宋洪兵　中国人民大学国学院副教授
王禄生　厦门大学法学院讲师
王帅一　清华大学法学院博士后研究人员
夏立安　浙江大学法学院教授
许章润　清华大学法学院教授
姚中秋　北京航空航天大学人文与社会科学高等研究院教授
尤陈俊　中国人民大学法学院副教授
喻　中　首都经济贸易大学法学院教授
赵　明　北京航空航天大学法学院教授
赵晓耕　中国人民大学法学院教授
赵雪纲　中国政法大学法学院副教授
张恒山　中央党校政法部教授
张小平　中央财经大学法学院副教授
朱景文　中国人民大学法学院教授

陈　甦　中国社会科学院法学研究所研究员
李　林　中国社会科学院法学研究所研究员
莫纪宏　中国社会科学院法学研究所研究员
吴玉章　中国社会科学院法学研究所研究员
邓子滨　中国社会科学院法学研究所研究员
陈欣新　中国社会科学院法学研究所研究员
谢鸿飞　中国社会科学院法学研究所研究员
刘海波　中国社会科学院法学研究所副研究员
陈根发　中国社会科学院法学研究所副研究员
李洪雷　中国社会科学院法学研究所副研究员
余少祥　中国社会科学院法学研究所副研究员
刘小妹　中国社会科学院国际法研究所副研究员
谢海定　中国社会科学院法学研究所副研究员、《法学研究》编辑
支振锋　中国社会科学院法学研究所副研究员、《环球法律评论》编辑
高旭晨　中国社会科学院法学研究所教授
高汉成　中国社会科学院法学研究所副研究员
孙家红　中国社会科学院法学研究所副研究员　治其国者，必先治其史。
贺海仁　中国社会科学院法学研究所副研究员
冉井富　中国社会科学院法学研究所副研究员
黄金荣　中国社会科学院法学研究所副研究员
邹利琴　中国社会科学院法学研究所助理研究员
胡水君　中国社会科学院法学研究所研究员
邵　晖　中国社会科学院法学研究所博士后研究人员

# 论文目录


中国近代法制的世俗理性主义……许章润/001

传统文化与中国法治……赵　明/038

比较法研究中的中国法……朱景文/045

现代中国的法治之路：激进主义与保守主义……高全喜/067

自由与平等关系析要……夏立安/079

当代中国法中的习惯法……高其才/088

道统、儒家与宪法秩序……姚中秋/098

儒家的法律理想主义论纲……马小红/112

儒家传统与政治公共性……任　锋/115

孝公难题与商君法治……凌　斌/142

百年中国的新法家思潮……喻　中/186

法家“法治”学说的定性问题再思考……宋洪兵/198

传统中国法制的整体思考……邓建鹏/216

传统中国的土地产权分立制度……聂　鑫/218

作为法制实施之基础的国家认证能力……尤陈俊/227

“法自然”与“自然法”之比较……张小平/231

民本思想与法治政府……柴　荣/242

中国近代权利观的形成和演变……刘小妹/251

司法独立的全球考察和理论再思……支振锋/271

商鞅的法治国：立国之道与法的统治……贺海仁/302

法家及其法治的历史命运……黄金荣/322

重构中国的政治价值……胡水君/339

# 中国近代法制的世俗理性主义

许章润*

**内容提要：**在近代中国转型的大背景下，法制的世俗化进程表现为一种世俗理性主义，反映在法制的世俗理念转型及其实践操作两方面。晚近中国法制的世俗化旨在解构传统的“礼法体制”，脱离宰制性的伦理－道德语境，摒除启示性和独断论话语辖制，建构形式理性的法律体系，还原法律之为人世绳矩的规范意义，进而营造一个意义自恰而自足的法律规范体系，期望达臻“以法治国”的法律文明格局。同时，当代中国的市民立法引发了超验追问的紧张，造成“神”－“俗”之间的拉锯状态，要求以建构于道德－历史之维的正当性来善予纾解。在此，“道德－历史正当性”是中国式政治正义的重要维度，提供了营建“家国天下”的基本道义资源和信念伦理，在为奠立于现代中国文明的法制体系提供伦理－政治意识之际，实现其间实在性与超越性的沟通和转圜。

本文在近代中国转型的大背景下，自政治哲学视角，秉持历史法学理路，检视其法制的世俗化进程、特征和表现。笔者以“世俗理性主义”概述这一进程及其基本品性，着重梳理其法制的世俗理念转型及其实践操作层面的表现，于两相印证中展开思旅。同时，揭示当代中国市民立法已然引发的超验追问的紧张，而以建构于道德－历史之维的正当性来善予纾解。在此，“道德－历史正当性”是中国式政治正义的重要维度，至少，在意义秩序的意义上，舍此即无法律的正当性，也无政治的正当性。因而，此种正当性勾连于神俗之间，又超越于神俗之际，非神非俗，亦神亦俗，提供了营建“家国天下”的基本道义资源和信念伦理。其于足堪担当正当性渊源的同时，提供了俗世人生的伦理、政治和法意的解释学。秉此理路，笔者倡说的法学历史主义期期于营造一种基于深切历史感的华夏邦国政治，在为奠立于现代中国文明的法制体系提供伦理－政治意识之际，实现其间实在性与超越性的沟通和转圜。[1]因而，所谓“神－俗”之间的“神”与“俗”，并非对应于宗教的神圣世界

* 清华大学法学院教授。

[1] 有关于此，参详拙文：《法学历史主义论纲：命题、理论与抱负》，《中外法学》2013 年第 4 期；《转型时段的历史意识——关于历史法学及其中国情形的发生论说明，并以德国近代历史作为比较个案》，《清华大学学报》2013 年第 2 期。

与世俗人间，毋宁，一般性、拟制性地譬述精神领域及其现象界，表达的是超越性与实在性的紧张。

在笔者看来，不同于宗教从世俗生活中的撤离，晚近中国法制的世俗化旨在解构传统的“礼法体制”，脱离宰制性的伦理－道德语境，进而营造一个意义自恰而自足的法律规范体系，期望达臻“以法治国”的法律文明格局。虽说对于“以法治国”与“法治国家”之“法”、“法律”与“法治”或者“法制”的理解经历了不同的阐释阶段，亦存在官民两界的理念落差，一时间似乎亦难实现东西法理的圆融，但是，总体而言，摒除启示性和独断论的宗教与伦理辖制，寄望于纯粹形式理性的法律体系之治，还原法律之为人世绳矩的规范意义，大致构成了这一愿景的基本内涵。由此可见，这也就是一个以“西化”而实现“现代化”的过程，一个看似西化而实则自我更张的自新图强大运动的法律之维。它不仅发端于理念，而且，见诸体制，最终表达为行动。其之明白无误，恰如它同时就是中华文明的自我复兴，均无庸讳言。在此，立基于个体主义、平权理想和现世人生，特别是现世人生的安宁、和平、自由和幸福的法治主义取向，伴随着人民共和、立宪民主的宏大立国叙事一起成长，历经清末、北洋、民国和晚近三十年的发展，蔚为国族的主流意志，有望于最近的将来组织起中华文明的伦理－政治精神，汇入中国文明念兹在兹之民胞物与、天人合德的浩远道义憧憬，建构起现代中国的超越意义世界，最终完成“立国、立宪、立教和立人”四位一体的伟大转型。

在此，有关叙事展开的基本语境是中国百多年来的转型历史，特别是“1911”之后的历史进程，但采撷的主要材料多发生于最近三十来年间的世俗化进程，以检视中国法制的相应表现。同时，结合清末以还半个世纪的转型历史，在彼此释证和遥相呼应中揭示这一主题。之所以这样处理，不仅是基于政治哲学而非历史叙事的考虑，还主要因为“1978”后的“改革开放”其实是以回归“1911”为内核的重新出发，故而，等于是以快放节奏，浓缩地重温了一遍百年历程，而续向前行。因此，具体而言，本文循沿政治社会学和历史法学的理路，描述和解释两相结合，以揭示近代中国法制的世俗理性主义谱系，从而，辅助性地说明“现代中国”的成长，并致力于“现代中国”的成长与成熟。

## 一、从全能的上帝到全能的立法者

晚近中国，百多年来，目睹了一个社会与政治的渐次世俗化进程。不过，如前所述，这一进程不是“宗教从世俗生活中的撤离”，并未表现为剧烈的法律、政治与宗教的分离运动。本来，古典中国的法律体系是一种“礼法体制”，非如欧洲中世以还那般受制于宗教。毋宁，它是伦理的搭档和伙计。所谓法律的伦理化与伦理之肉身化为律令格式的法律体系，历经两千余年的试炼，



渐臻化境，道尽了其间的曲奥。因而，晚近法律的世俗化就是解构这一礼法结构，脱离这一伦理语境及其天人结构，旨在营造一个立足现世人生的意义自恰而自足的法律规范体系，期望达臻“以法治国”的法律文明格局。其之走火入魔，竟至高自标榜“法律的是法律，伦理的是伦理”，或者，一种变相的表述：“法律是法律，人情是人情”，使得在解构以伦理辖制法律的礼法体制的同时，断然拒绝回应法律与伦理和人情的内在结构性呼应，不期然间割裂了天人之际的血脉关联，终亦至法律之无法无天，或者，法律本身之无力回天。清末以还之“礼崩乐坏”，事因西力东来，王朝政制不敷世用，难当实用，而新兴政体仓促披挂上阵，暂时乏力，上气不接下气，有以然哉。但是，此间之“拒绝”和“割裂”，使得舶来西法一时间丧魂落魄，因着无根无底而无效无力，既是表象，也是原因，均为不以人的意志为转移者也。它不仅造成了理念层面的理解障碍，而且，隐伏了后来百年间发生于天与人、道德与法律、现象界和超越界、人生和人心之间的诸多尴尬和不幸。

### （一）从宗教文明向法制文明的转型

为了说明这一问题，首先需要简略归纳一下所谓世俗化的基本意旨，明了其基本倾向，将论述的背景拉开。由于这是一个滥觞自近代地中海文明和大西洋文明的理念，因此，让我们从回首其原初进程起论。

是的，晚近世界，从欧洲到东方，世俗化是一个递次出现的共同现象。四百来年间，自西徂东，大家相继迎来了一个所谓去魅化的现代性统治的世界，出现了一场整体性的社会与法律的渐次世俗化过程。神俗之间，悲喜交加，祸福杂陈。大致而言，神圣观念为市民政治经济学之取而代之，承认人的欲望的正当性和追逐世俗利益的合法性，祛除法源的神圣含义及其合法性源泉的神格，对法律采取实用主义和工具主义态度，以此在自由和现世幸福作为法律的基本价值目标，成为法律正当性论证的主要座标，构成了法律的世俗化或者世俗性的基本内涵。就欧洲而言，世俗化特别表现为政教分立，宗教与法律的两清，将教会赶出法律的垄断者行列，等等。实际上，世俗的立法及其正当性论证凸显，脱离开宗教的母体，而另辟一脉叙事，立基于人世，围绕着人的现实权益的取舍展开，构成其世俗化的重要特征。[1] 在马克斯·韦伯的笔下，这是近世西方社会与政治的一次理性化、世俗化蜕变，构成了近世西方文化演变的重要脉络和政治取舍的基本特征。

作为这一转型发生的基本背景，也是这一转型的最终结果，西方文明于晚近完成了自宗教文明向法制文明的转型，民族国家成为主权的垄断者，也就是制定法的唯一渊源。换言之，国家这一法政共同体垄断了一切立法权，主权性地排斥了宗教和习俗的立法功能，似乎，也将超越理性和神意政治的立法意义一并驱逐。这一根本性变革决定了此后一切人间措置的基本格局，

[1] 有关于此，泛详 Charles Taylor, *A Secular Age*, Cambridge: Harvard University Press, 2007；许纪霖主编：《世俗时代与超越精神》（“知识分子论丛”第 8 辑），凤凰出版传媒集团、江苏人民出版社 2008 年版。

其烙于自家规则面相的是法律的理性化与世俗化，而表现于理念层面的则是法律实证主义之逐渐取替神义正义论和自然法学说，或者，逼迫后者将自己包裹上一层世俗论述的外衣。在此长近三、五个世纪之久的历史进程中，如果说后起的法律实证主义是一种全然耽溺于民族国家及其集体政治意志语境中的关于法的世俗化解说，自然法学说秉持道德理性和良知良能，叙说着人类对于超验价值恒久而弥新的"集体直觉和献身"(用哈罗德·伯尔曼的表述)，那么，历史法学则介于二者之间，向我们讲述着另外一个叫做"民族历史"与"民族精神"的价值本体的自然生长的故事，其基本品格非神非俗，亦神亦俗，半科学半玄学，使得"法律的旧面纱被揭开之后，又重新被罩上了一层新的面纱。"[1] 凡此种种，围绕着神俗展开，无不反映了各自的时代课题，因应的是各自的现实焦虑，特别是现代"人类"成长的烦恼。但是，其起点在人间，其功用在人事，而服务和料理着人世，以人心为慰藉的对象，则是明摆着的事。

仅就法制与宗教的关系而言，的的确确，晚近兴起的西方法律社会学以韦伯式的"合理性"和"世俗性"概念作为基本分析工具，将现代民族国家的法律描绘为一种世俗主义和工具主义的图景，认为现代民族国家法律的任务是有限的、物质性的、非人格的，与终极意义和生活目的无涉；法制如同经济制度一样，不过是韦伯意义上一种纯粹的科层制结构，利用人类趋利避害心理来诱使人们按照一定行为方式生活的机器。此间情形，正如以梳理西方近代法制起源名世的哈罗德·伯尔曼教授所言，自此以还，法律成为"一件用来贯彻特定政治、经济和社会政策的精心制作的工具"；"法律人"于是如同"经济人"，是一种一味任用理智，即"使用其头脑，压抑其梦想、信仰、激情和对终极目的关切之人。"其势渐长，锋芒所向，甚至连宪法也成为一种工具主义意义上的纯粹利益分配体制，即"一种促成政治、经济和社会目标的工具，而不是一个对其自身目的，即自由、平等和博爱等目的所作的宣言"。[2]

但是，事情果真如此简单？历史就这样直线挺进？或者，如此这般即可满足打理人生一切的充分必要条件？如果说人生本身即意味着不可能祛除终极意义和生活目的的话，那么，法律难道不是终极意义和生活目的的有机组成部分吗？法律不仅是一种规范体系，而且是一种意义体系，是且仅是在何种意义立言的呢？

于此，伯尔曼氏反问道：

> 在所有的社会里，法律本身鼓励对其约束力的信仰。它要求人们的遵从，不只诉诸被要求服从法律的人们的物质的、非人格的、有限的、合理的利益，而且诉诸他们对超越社会功利的真理和正义的信仰……因此，法律被赋予神圣性，没有这种神圣性，法律便失却其力量。没有神圣性，任何强制都将无效，因为强制者本身会腐败。[1]

伯氏的言说确当与否，姑且不论。但是，它们至少陈述了一个似乎具有"普遍性的"现象，即历史形态的转型之际，必有接续之间的藕断丝连之处，因而，神俗纠缠实为正常，且不论对于神圣的向往和提撕是俗世人类的心性良知与心智良能，纵然放下亦难得放下，所谓"肉身有意，而精神孱弱"者也（用伯尔曼语）。

其间情形，正如疯颠颠的济公和尚临终偈云：

> 六十年来狼藉，东壁打倒西壁；
> 如今收拾归来，依旧水连天碧。

概言之，此为世俗化和法律的世俗理性主义凯歌高奏的时代畅想曲中的另一旋律，本文第四、五两节将对此做出回应。这里先要说的是，实际上，包括法权学说和法制安排的意义世界在内，一定意义上可以说，现代世俗秩序观不过是神学理论的世俗化形式而已。无论是在具体领域还是就整体结构而言，包括标榜"纯粹法"形态的凯尔森学说之不得不最终诉诸"基础规范"在内，均有自己的非世俗化阴影。一个脱胎自神学意义体系的世俗意义体系，总是无法抹去其胎记。正因为此，卡尔·施密特才一语揭破："现代国家理论中的所有重要概念都是世俗化了的神学概念，这不仅由于它们在历史发展中从神学转移到国家理论，比如，全能的上帝变成了全能的立法者，而且，也是因为它们的系统结构……法理学中的非常状态类似于神学中的奇迹。"[2]换言之，即基督教文明的宗教文明秩序，至此转型为基于深切宗教感的法律文明叙事。事已至此，仿佛一切了然，包括百多年来中国法制的世俗理性主义进程等一切世俗化运动，正发生于此整体性宏大背景之下。

（二）解构"礼法体制"

把背景拉长，则十九世纪中期开始以"洋务运动"为标志而启动的中国现代化进程，其实是世界范围内的现代化运动和"现代秩序"展开的一部分一环节，演绎的是世界历史的中国场景。自此，那个近世地中海文明和北大西洋文明所定义的"世界历史"和"中国历史"接上了头。[3] 中国不仅由此进入现代世界历史，而且，为此"现代世界历史"讲述了一个中国故事。其

[1] 於兴中：《自然法学与法的神圣化和世俗化》，收见氏著：《法治与文明秩序》，中国政法大学出版社2006年版，第87页以下，引文在第90页。
[2] [美]哈罗德·伯尔曼：《法律与宗教》，梁治平译，中国政法大学出版社2003年修订版，第14—15，173页。



[1] 同上，第140—141，18页。
[2] [德]卡尔·施密特：《政治的概念》，刘宗坤译，上海人民出版社2003年版，第32页。
[3] 有关此刻"世界历史"的普世性表达及其特定西方文化的语境性和近代历史的时段性，参详拙文：《世界历史的中国时刻：关于"中国问题"的"中国意识"》，《领导者》2013年第2期。

间，世俗化构成了此波政治、伦理和法律、社会运动的重要方面。在此，相对而言，的的确确，似乎中国社会一贯更为世俗化，或者，更具人间性，而不存在欧西式的沉重基督教化历程，也就不存在一个近代的去宗教化的历史挣扎，无需一个激进的摆脱宗教的解放运动。因而，晚近中国社会的世俗化进程更多地表现在下述层面，如历史观的悬置，将道统立基于现实政治；超越意义的松绑——放弃要求人人成圣的道德训诫，不再一律指令人人斗私批修般的道德自讼，相反，却以承认个体的自私和私利作为法权的起点；进而，承认对于世俗利益的追求本身即为正当性，此岸的浮世荣耀和一己权益不再属于罪恶；至少在理念上逐渐让政治成为人人皆可过问之事，而不再是小民百姓不可与闻的“朝廷大事”；以及，个体之秉持理性的自我立法，将一切启示性真理放逐，等等。具体至法律层面，则清末以还之拆解礼法结构，摒弃伦理对于法制的统辖性，正如前述之“法律的是法律，伦理的是伦理”所描述，以及用政治立法和市民立法来取替“王法”，均为其世俗化转型的主要面相。凡此种种，既构成了中国式世俗化进程的诸多面相，同时引发了中国文化和社会转型中的诸多问题。换言之，自王朝政制解体，王权政治不再，其“奉天承运，君权神授”的神圣性坍塌之后，所谓的“革命”、“造反”与“打江山”，所谓的共产主义理想及其平民特色的平等主义，所谓的人民共和及其主权分享理念，乃至于以“发家致富”、“奔小康”为世俗旗帜的“改革开放”，特别是“一切向钱看”的极端物质主义，一波接续一波，既是其表象，亦为其落实，更是其杠杆。

不过，“1949”之后的将近三十年里，凡此世俗化进程似乎出现了中断，或者，被迫收敛了。又或，走上了另一种神俗纠结之路。一方面，过往一切权威及其“神圣性”均以“封资修”一言以蔽之，拆解其正当性神话，暴露其伪装在光鲜外表下的凡俗本质甚至是“反动”、“肮脏”的内里，乃至不惜举国斯文扫地。另一方面，中国社会却又同时经历了一个披上了泛政治化外衣的再神圣化过程，其之登峰造极，就是伟大领袖之神格化，君与师、德与位之一体化，关于既有政体的政治正当性叙事的神话性，对于那个叫做“人民”的芸芸众生依旧置其于予取予夺的“百姓”境地之蒙昧主义。从而，在力争赋予现世政体及其创世纪以绝对正当性和合法性之际，等于否定了“1911”以还，特别是“1919”式的试图在所有公共事务上公开运用人类理性的一切启蒙努力，导致出现了在一个“革命时代”，政治和法律的神格意味竟然超过了古往今来一切曾经有过的人间造神运动这一咄咄怪事。而且，一切政法体制悉数统辖于“专政”的一统安排之下，以亿万人生和人血献祭其神圣性。当其时，三十年间，中国社会不仅经历了一个对于无产阶级政权的神圣化阶段，一个对于无产阶级革命领袖的神话膜拜阶段，一个对于无产阶级专政神圣不可侵犯性的信仰阶段，而且，此种人工造神的“圣化”与“神话”，怪力乱神，念经赌咒，几达全民癫狂，可谓空前绝后。今天我们知道，



这是新旧杂陈、神俗青黄不接时段，“左翼极权政治”的常态。在一个以唯物主义作为政治圭臬的世代，对于政治统治正当性的塑造居然诉诸神圣性和独断论话语，说明身处中国历史转型的过渡时段，“神俗”之间的“拉锯”说到底还是为了应对新型正当性尚未成型的窘迫，有所然而然，因其然而然，顺其然而然，甚至是不得不然也。因此，“1978”之后的又一个三十年的历史进程，便是以回归常态、重过柴米油盐的庸常生活为指归的重新俗世化，实为不得已，也是一种自我觉醒，故为“拨乱反正”。此种去政治化的政治化进程，以满足芸芸众生的世俗衣食需求为低阶目标，而以“富国强兵、繁荣昌盛”作为高阶远景，最近更演绎出“中国梦”的绮丽版本，道出的都是一种不再神圣、但却同样诉诸人心的世俗性之自我伸张。在此语境下，所谓“告别革命”，一定意义上，实为“告别神圣”。如同清末诉诸“革命”，辗转于“立宪”，同样旨在拆解皇权神圣，以新型正当性将曾经不可侵犯的“万世一系”之颠覆于旦夕。

实际上，当其时，历经三十年的高亢与压抑，革命热情早已为政治幻灭所替代，亿万民众彻底厌倦了在玩偶之家中年复一年地充当阶级斗争的炮灰，不甘于载浮载沉中沦落为政治运动的工具，不愿意仅仅作为统计数据存在而再受愚弄；人人渴盼着恢复常规平静、安分守己的市民生活；吃饭穿衣的市民政治经济学远远胜过革命的神学教义，也似乎压倒了启蒙主义的宏大话语，曾经的壮怀激烈一了百了似地消歇于柴米油盐。在此语境下，以释放人欲换得人们对于政体合法性的认可，用钞票暂时屏蔽对于选票的憧憬，以满足人们对于世俗利益的追求来为政治正当性张本，实际上是一种再度世俗化过程，意味着从“神”到人，从天上回到了地面，以满足肉身来暂时抚慰心灵，将对于美好远景的憧憬坐实为当下满足的现世兑现。因而，一切人世措置和理念博弈，包括法制和法意，围绕着的都不过是这一进程，叙说着的正为此现世主题。也许，过犹不及，这十来年的中国社会再度呼唤理想主义，痛心疾首于“道德滑坡”或者“道德崩溃”，自反面说明了俗世人生和此在人心恰恰不可或缺超越意义的支撑，以及需要甚或更需要神圣向度的感召和鞭策之悲喜交加。其之吊诡，正如神的概念的出世恰恰意味着人的诞生。故尔，凡此一百年的世俗化进程，特别晚近三十年的世俗化中国叙事，与前文所述欧西近世的世俗化运动，正相互勘，而各以其地方性个案表现，展示着同一历史进程的宏大主题。其间，奠立于现世性的法律正当性解释，构成了新型道统努力的重要方面。

（三）奠立于现世性的法律正当性

在此世俗化进程之中，法律的世俗化主要体现为有关法律正当性的解释之现世性，它不是上达自然之法或者神圣正义，毋宁，诉诸此岸人生和现世人心，个体、平权和自由一类启蒙话语，遂施施然登场与挣扎着重新登场了。换言之，满足原子化个体的人间欲求与世俗秩序的治理需要，构成了一切法

律之为法的全部内涵。在此，“现世性”的落脚点随着主导性意识形态的变化而不同，但总归是现世性的，不论它叫“民族、民生与民权”还是“无产阶级专政”、“改革开放”、“小康社会”，抑或“人民群众的生产生活秩序和日益增长的物质文化需求”，以及自由、幸福与平权，等等。如前所述，如果说此前西方世俗化的同质过程是一部从宗教文明向法律文明的转型历史，那么，此刻的中国实践则是自伦理文明向法律文明的奋进，讲述了一个礼法秩序向实证主义的政治立法和市民立法过渡的中国历史故事。不过，粗线条而言，抛开基督教和礼法秩序所赋予的神性或者超越性的差别不论，在祛除政治与法的特定神圣光环、构建民族国家及其实用主义的形式法制、以人意置换天意等方面，二者分享了共同或者类似的政治感受与文化经历，而这就是世俗化的地方化，体现与消融于具体文明场域的世俗性的个别性。因而，二十世纪初叶以还，王朝政治的崩溃和工商社会生活方式的渐次登场，不仅将“王法”的神性品格及其背后的政治合法性神圣光环剥夺殆尽，而且，导致随后产生的、竭力填补此一空白的诸种政治意识形态相继瓦解，使得晚期造神运动登峰造极的二十世纪，反倒恰恰成为中国社会的世俗化历史。

尤有甚者，最近三十年里，中国大陆以市场化为主导的现代化进程导致整个人生和人心的急遽世俗化与现世化。“钱，钱，钱，命相连”，道尽了其间的一切。置此大背景，中国法律的“现代化进程”——如果在此“现代化”可以恰切地状述这一进程的话——也随之主要表现为一种世俗化和现世化的趋势，世俗理性主义逐渐主导立法进程，权与利的分配，藉由有限的立法博弈，嚣嚣然，煌煌然，成为公义叙事的核心内容。一言以蔽之，伴随着社会的世俗化，中国发生了并正在进行着一场政治和法律的“理性化”进程。或者，更准确地说，是在趋向“世俗理性化”，同时，却又越来越多地显现出一种人本主义关怀，对于超越性向度的向往和承载。终归，将此在人生和当下现世的冷暖、得失与痛痒，奉为政治正义与法律正义的核心判准。

在此过程中，虽然政治权力/权威总是希望藉由神圣论述来伸张自己的正当性，也不断有各种意识形态诉诸神圣渊源而得以暂时披挂上阵，以堂皇袈裟遮掩色欲肉身，其中一些并载诸宪法，形诸各种法律文本，但是，总的趋向是它们在社会的世俗化进程中被迫自我消解。而且，政治权力以对于世俗化进程的逐渐的、一点一滴的让步来延祚，这一“不得不然”的妥协本身即为自掘坟墓，但却有效地延缓了下葬时间，从而，将自家之为“一种阶段性世俗存在”的位格和盘托出，不打自招。也正因为得以延祚，故而能不让步就坚守不懈，锱铢必较，寸土必争。为此，不惮以“三个代表”自我解构却又同时自我嘉许，演绎出一个“一贯正确”的成长史，描摹了一帧圣明品格的自画像。但是，形势比人强，社会的世俗化过程不允许，可能也不需要，而且无法承受再神圣化。这正像“文革”之后，一切造神冲动都会令人想起童稚心理，叫人对那犹然历历在目的苦难岁月顿生恐惧，在惹人发笑的同时



令人愤怒。因此，这一社会与政治的世俗化运动，恰如相声艺人讲述梦游总统府的逗乐小品，在哈哈一乐中，不温不火，即雅即俗，从而，温柔一刀，将一切假模假式的伪神圣解构殆尽，颠覆殆尽，放逐殆尽。——至此，你还装个什么愣！？

回头一看，如前所述，实际上，希望以彼岸理想为帜，以获得合法性和正当性，进而重建神圣秩序的努力，是在王朝政治轰然解体之后，现代民主政治尚未登场之前，青黄不接时段的一种特殊现象。当年袁大头复辟帝制，多少是因为感悟到了神圣坍塌，“道丧学绝”，竭需意义填充，而手握大权，私心作祟，于是搬演闹剧，以“准后现代演出”以飨“前现代中国”，结果导致反胃，老袁本人被当作垢物，千夫所指，而呕吐出政治历史舞台。本来，在生活世界、规范世界和意义世界三分的框架中，任何政道均需有治道支撑，或者说，离开了意义世界的论证和说明，任何规范世界均独木难支。换句话说，在此时段，世俗社会依然要有超越性的意义来标领人生方向，关键是这“意义”是什么，放置在人心抑或寄托于圣意。其神耶？其俗乎？抑或亦神亦俗，非神非俗？三言两语讲不清，一时半会儿定不下，由此决定了晚近以还将近一个世纪的时光里，包括最近三十年，社会总体进程在日趋世俗化的同时，法律却呈现出一种世俗化与神圣化的交错和拉锯状态。即以现行《宪法》为例，一方面陈言法律旨在保护普天之下的合法权益和财产，另一方面却又人为分立两种不同所有制，从而予以歧视性对待，将“国家财产”和“公共财产”神圣化。至于《婚姻法》司法解释（三）之引入反家庭的市场伦理，导致其与呵护家庭的自由伦理之间存在着无解的紧张，更是无意中将此神、俗拉锯状态高度个案化了，也将立法者之全能性格的内在紧张具象化了。[1]

（四）全能的立法者

置此语境下，奠立于现世性的法律的正当性，必然导致“全能的上帝”为“全能的立法者”所取代，而由后者担当起人间秩序和人世规范这一公共产品的惟一提供者角色。就是说，如同本文第四节将要揭示的那样，现世法律的正当性不仅需要超越的意义来支撑，而且，必将在法源意义上，具象而又抽象地，形诸一个中立而似乎超脱的人间立法者来，特意彰显，以为声势。实际上，百年之间，特别是晚近推行“依法治国”的三十年里，真真假假，“全能的立法者”于不意间登场，是中国文明治道的重大转型。而且，由于此种最高权力托位于“人民主权”这一政治正当性预设，形诸模拟的议会民主这一程序正义，从而，似乎埋伏了跟随转型进程、逐渐坐实的可能性，最高权力终将蔚为权威的自我赋权有可能变成事实，更加强化了这一“全能的立法者”形象。在此，如果说在欧西基督教背景下，人间的全能立法者取代的是上帝及其神义政治，那么，自伦理文明向法制文明转型的中国近代历史所要

[1] 有关于此，周林刚的《个体的失败》一文恰予梳理，值资参考。文载《清华法治论衡》第 14 辑，清华大学出版社 2012 年版，第 451 页以下。

排斥的便是高高在上的伦理，而以一个贬义的“礼教”打发之，凸显人间最高权力的正当性。由此导致的立法拜物教式的路径依赖，一定意义上，在说明国人对于“法治万能”之一厢情愿的同时，还揭示出了转型时代的现实困境无解，却又必须逐步解开，因而寄望于一个“万能”枢机的实用理性主义和政治理想主义之并行不悖。

首先，“全能的立法者”意味着以人间权威作为第一立法者和一切秩序的基础，排斥凯尔森式的基础性规范和神义政治，拒绝诉诸伦理正义的高渺推理。毋宁，一个“人民主权”式的现世神及其代议体制的议会民主肉身，足以表征一切，也似乎足以驾驭和料理全部人间事务，而不论这个现世神叫做“国代”还是“人大”。人民主权不在别处，就在体现了秉具理性进行周详立法的一个人间立法机构身上，它的机体和功能足以判别是非、盱衡得失，从而，修筑通往分配正义的康庄大道。有意思的是，此种教义式的政治意识形态和法律意识形态，基本理路是一种自由主义的政治设计，但只是一种关于“全能的立法者”这一最高权力的虚拟性的、悬置的设计。就是说，党国一体的总体格局下，此种“法理上的最高权威”与“实际上的最高权威”之并置与分立，而以后者宰制前者，使得此一政治设计多少只具有象征意义，从而，在类此转型国家，如何实现“法理上的最高权威”与“实际上的最高权威”的统一，遂成转型进程中将要解决的一大难题，也是“最高权力”兑现为“权威”的枢机所在。名实之间与文质两端，端看政治诚意和实力比配，走一步看一步，赶一程算一程。

其次，如同本文第二节还将理述的，“立法拜物教”几乎成为一种思维定势。基此定势，以为一切社会、政治事务均可诉诸立法，网罗于立法，托付于立法。经由立法，不仅一切社会关系网罗殆尽，甚至精神和意义世界亦可规范其间。刻下汉语世界通常所说的“法治精神”云云，堪为语词表征。进而，生活世界的不完美和欠周详，不是因为法制插足，恰恰相反，是法制尚未进臻于法治，抑或，无法可依，有以然哉。否则，一个法治的世界必将出现，而法治的世界就是美好人世的最高境界。因而，立法，大规模、高密度、盘算利害得失的立法，成为现代之征，亦为现代之累，实为现代早期的理论家们，也是近代中国的立国者、立宪者们有所预见、而终究未曾料想到的现代治道的病症。从清末大规模变法修律，引植西法洋规，到立基于此、再接再厉而编纂“六法全书”式的法律体系，再到津津于“初步建成社会主义法律体系”，其间一脉沿承的是藉由法制编织人世、借助立法来护卫统治，从而，以伸展政制的政治功利主义。同时，不期然间表现出建设现代民族国家就是将它打造成一个法律共同体的宏伟德业。现代民族国家不是别的，恰恰就是一种表现、交托于法律共同体的全体国民和平共处的家国天下也！

再次，由此顺流而下，理性，大写的理性，于是成为人间立法者之所以全知全能的奥秘所在。具体而言，之所以“立法”和“立法者”具备此等品



格，就在于它们秉具世俗理性主义的法律价值取向和经验理性的法制实践进路。所谓“科学立法”这一惯常表述所表征的，论源头，论机理，正为此种理性主义立法进路主宰立法进程的结果。其之昭然而欣然，却全然忘却了法律不外乎人情，而人情含蕴于传统这一颠扑不破之理。进而，也似乎忘却了，传统，以及一个保存和尊重传统的人世，才能赋予其人民以安定、安宁与幸福，而这恰恰就是法律的衷心所愿。由此，此种“全能的立法者”进路在高扬理性的同时无异于承认对于卑劣的人性没辙儿这一窘迫，道出了“解放”后的人类却反而无助无力之悲喜交加，进而，它说明任何秩序，特别是政制和政治、法制和法治，必得具备凯尔森式的基础性规范及其神性正义方始享有正当性和合法性的万般曲折。同时，它还抖搂出“自立自主”的人类其实内心依旧渴望归附和依恃之孱弱兮兮。其实，人类的理性不足以独善其身，也不可能驱逐超越的意义膜拜，特别是无法排斥伦理的根本价值。因此，世俗理性主义的法律价值取向和经验理性的法制实践进路，不仅是对于“全能的立法者”这一正当性世俗转型的迎应，更是对于它的悄然但却决绝的修正。下面两节，以百年中国为例，就“世俗理性主义的法律价值取向”和“经验理性的法制实践进路”，分别详加解释。

## 二、世俗理性主义的法律价值取向

百年之间，传统帝制道统坍塌后的各色法律意识形态，不论具体内容如何，总以人事和人世归拢法统，一统于“厉害得失”的现世安排，并以此辖制立法和司法，进求完整重缔现代人间秩序。因而，其得谓一种“世俗理性主义”，而于法律价值取向的重大转型之际，展现了背后有关人类的法律形象的认识论变革。就是说，如同前文所述，将一切法制安排围绕着俗世邦国、此在人生及其得失、甘苦来打转，构成了晚近中国立法的核心主题。而且，这个俗世邦国是一个远非完善的处所，此在人生更是充满种种缺陷甚至罪恶；特别是构成这个俗世与此在的“人”，彻头彻尾是一种自利的存在。争因利起，法为绳矩，主旨不外禁争止纷者也。当然，这并非无视国共两党治下，政权维续蔚为重中之重，一定意义上，竟或成为一切立法的根本目标所在，反而将邦国与人世撂在了一边。毋宁，只是想说，所重既在“政权”而非“教权”，则纵然一度既欲为君兼复为师，也难以改变其之本身既为俗务复为俗物之性质，从而，无损于法制安排围绕着俗世邦国与此在人生及其得失、甘苦来打转这一基本判称。至于为此而叠加堆砌之纷繁华丽饰词，犹如纸包不住火，正需后人剔抉爬梳，于辨别中求真相。这里，兹分下述四层，递次解说。

（一）欲望的正当性与追逐俗世利益的合法性

世俗理性主义以重塑人性来铺展法制，导致汉语法意中法律上的人类形象出现了一种认识论变革。本来，古典中国的传统礼法结构以伦常为本，视

芸芸众生为可得塑育的仁性存在，不仅动用法律以止奸宄，而且更在于藉此启发和劝引人性向上，将刑礼贯通一体，并最终导向德性人生。由于此种仁性存在立身于人伦之中，则其仁性和人性当然只能显现和发挥于伦常，在血缘和姻缘缔结的人伦圈子里打转。家国天下概念的重要性，正在于为此提供了递次扩展的基本背景。由此，近世西方式的个人概念遂不见于礼法秩序，毋宁，其善恶与仁伪均落于伦常语境下的情义往还，而权利义务自在其中。进而，人间之法不是别的，实乃揆诸天理、准诸人情而后成，所谓“一本于至公而归于至当”，既为自许，亦在自期，而目的还是在于推行道德、弼成教化。其更为深广的背景则是家国合一、政教贯通的大传统。因而，礼法秩序的基本格局是德主刑辅，明刑以弼教，将法律吸纳于礼法结构，并不主张单纯纵用制定法，也不主张一味任用诉讼。虽则在纵深处，立法者或许莫不对于人性持有深重的疑虑，但就缔结礼法结构的用世之心而言，还是以悲悯情怀返顾自身，希求于日常礼教的践履中让人性获得应有的教化，于讲求礼仪和礼义中预止争意和争议，实现社会关系的协和，擎领人生的安宁。因而，古典中国的传统法律形式蕴涵于律令格式典科比例等多种形式之中，它们以具象规则的林林总总承载并宣谕着礼法秩序的伦常精神。[1]

晚近百多年来，古典帝制道统坍塌，附着其上的法统亦且解体，包括清末变法修律、民国政体之构建六法体系与近年之声言“建设法治国家”、“建设社会主义法律体系”等等，实际等于自理念、价值和体系上另起炉灶，再造法统。就初期用力和政体态势而言，其基本用意似乎均在于拆解礼法结构，将法律自伦理精神中解放出来，强调和铺设法制的自足自恰品性。因而，民国政体和红色江山分属两种现代性方案，取径不同，但均为这一浩瀚进程的前后接棒手，而沿承此绪以图现代性意义上的重建和复兴，则属一般无二。职是之故，在基本理念层面，就中国现代法制的主流进程而言，一方面，对于人、人性和人的需要等作为现代法制理念基础的基本概念的正当性重予肯认，将人从一种仁性存在还原至此世性的“恶”的本质，自“斗私批修”、“很斗私字一闪念”这种现代“存天理，灭人欲”式的自讼，拉回到社会的人，甚至还原为生物的人。其结果是个人权益变得堂堂正正，私欲、私利、私权、个体尊严等一干项目，成为不证自明的真理。就此而言，自近世西方不断阐释的“自然状态”语境出发，而以中国百多年来法律上的人类形象的嬗变为例，正不妨说，所谓的世俗性不过是对于人的“自然社会性”的重新适应与现代展示，而且，这是一个复杂的文饰过程，动用了诸如理性、自主性和情感（乃至于西式“公民宗教”）等诸多解释工具，使得世俗化的进程同时是一

[1] 此间“礼法结构”，就其一般社会心理效果而言，还是陈顾远先生的概括最见透辟。如其所述，“以礼为内涵，以法为外貌；以礼夸张恤民的仁政，以法渲染治世的公平；以礼行法，减少推行法律的阻力；以法明礼，使礼具有凛人的权威。”参详氏著《中国法制史概要》，台北三民书局 1977 年版，第 367 页。黄源盛先生梳理清末以还的法制变革，概举四项，以为端绪。此即“由天人感通到人本实证”、“由诸法合体到六法体例”、“由家族伦理本位到个人权利本位”以及“由父母官型诉讼到竞技型诉讼”。参详氏著《中国传统法制与思想》，台北五南图书出版公司 1998 年版，第 254 页以下。



个发掘人的公共性的历史努力。

另一方面，承认人的欲望的正当性和追逐世俗利益的合法性，导致对于法律持取一种实用主义与工具主义态度，法律在成为不折不扣的利益分配规范的同时，具有了可用性和有效性。问题只是在于，如何经由法权安排和程序主义，实现其间之攘让有道、进退裕如。实际上，充溢于整个现代社会的物质主义气氛，对于眼前实利的追求，乃至于“物欲横流，人心不古”，赤裸裸的拜金主义、犯罪率上升和社会对立乃至于不无夸大的“社会崩溃”，也一起同步登场。以中国晚近三十多年来的市场化进程为例，全民性的腐化，伴随着整个政制层面的腐败，翩然自得，振振有辞，遂于印证这一“人类形象”之际再度推进了其认识论转向，彰显了将世俗主义的伦理诉求递次坐实于法权主义的理性安排的现实意义，而这同时也就是一个培育与发展其公共性的进程。于是乎，基于人性恶的预设而希求经由法制和道德的联手以达成人性善之预期，遂成较为晚近以来海峡两岸中华文明法制秩序的基本人性论取向。台岛存留的民国政体之下的法意系统于此保留较多，而激进共产革命后的大陆着手此间整合，实为将法律自伦理精神中解放出来后之再度有机整合，并向“传统文化”低头和回归，概为最近十多年间的事情。想一想曾经概为“四旧”和“封建迷信”的清明祭扫和中秋团圆，竟然经由立法而成为法定假日，则其间之转向不言自明。实际上，“以法治国”和“以德治国”在官方话语中之联袂登场，动机和用心均源于此间历史纠结。凡此再度说明，法律概为一种规范体系，但同时必须是一种意义体系，二者合一，方始蔚为完整之法制，也才可能建功而见效。而且，此种“意义体系”必定和总是一种地方性的生活之道，以地方性的生存智慧展现着普世的德性意义。

不过，颇为吊诡的是，这种对于现实人生层面的物质主义的证成，是以对于本质层面形而上的个体、个体的独立、尊严、自由和幸福的自由主义式捍卫来进行修辞的，也是以此来开道的。从而，对于人的物质性乃至生物性的肯认，其实反映了对于人自身的神圣性的膜拜，恰属典型的近代自由主义的个人主义人性范式。通常流行于口语和学术性论文中所谓的“大写的人”，乃是这种自恋性的自我膜拜的俗世文本。所谓法律是以个人及其权益为目的的自由主义法律话语，关于“权利本位”还是“义务本位”这一所谓“法律本位”的伪命题的看似热闹的争辩，特别是对于“权利本位”的辩护之豪情万丈与庄严悲壮，皆因此种问题意识而来，也皆为解决这一看似对立而实则统一的命题的枢机。世俗化旨在肯认人的私性存在，却以开发其公共性为条件，并以此为指归，道尽了“神”“俗”之间的藕断丝连。有关于此，牵连广博，这里先将问题挑出，后续第四节还将专论。

（二）法律是安排世俗权益的调处机制

祛除法源的神圣含义及其合法性源泉的神格，是随着人类形象倏转，现代性语境下近世法制所发生的一大转向。由此顺流而下，法律成为世俗权益

的安排机制，包括“治国安邦”这一最为宏大的世俗权益在内，道尽了百年来国人对于法律的基本预设和预期。[1]而且，愈往晚近，此种世俗化倾向愈益显明。通常语词中所谓“运用法律捍卫自己的权益”一类公民主义的庄敬宣示，讲述的不过是将法律视作现世权益的安排机制这一世俗理性主义。此处的“神圣含义”和“神格”，就中华法系及其现代转型而言，更多地是在一种比譬的意义上，而非纯然宗教意义立论。毕竟，中国文明早在周秦之际即已告别法权的神权赋格，而转为一种天道自然的人文主义。其源于神权而后却又祛除宗教色彩，构成了古典中华法系的一大特色。天叙有典、天秩有礼，本根不在单一人格神，毋宁，乃为一种人事上的自然神，以超越而抽象的天意观念作为自己的精神王国。而且，天人感应，天人相通，遂有“天听自我民听，天视自我民视”之谓，造成古典中国传统法制的自然法精神。“天道自然”构成了古典中国法制的价值取向与精神品格，而落实于自血缘和姻缘下手，以调处家国天下的俗世作业。因而，所谓的“神圣含义”和“神格”，主要意指伦理的绝对正当性与法源之不言而喻的“奉天承运”，从而，祛除法源的神圣含义及其合法性源泉的神格，就主要表现为摆脱伦理的绝对支配性，剥除以 “天意”来“自我赋权”的矫僭，恰与前文“全能的立法者”之取替“全能的上帝”互为表里，两相贯通。二十世纪中期以还，相当长时期中，基于历史主义和唯物史观的马克思主义法律观与分析实证主义法理学通行于世，蔚为通说，不仅是政治意识形态强力宰制人间法制使然，也是世俗理性主义恰好流行于世，二者暗通款曲、合力作用的结果。

实际上，一百多年的转型至今，在一般法理和国民的法制愿景中，对于法律的期待多集中于其俗世功能，亦即组织邦国、打理俗世人生的效力和效率。其中，提供公平正义，让人世有个讲理的机制、讨个说法的程序，进而让人生有个活法，蔚为核心。这是一般国民对于“国家的法律”，也就是此在而又凛然的人间规范的基本要求，凛凛然，战兢兢。从学理上来说，一般性地提供分配正义，特殊性地落实校正正义，普遍性地保护交换正义，具体性地祈求结果正义，是全部法制提供正义这一公共产品的四大论域，也是实现正义的基本机制。由此决定了法律不过是利益博弈的产物，立法成为利益博弈的过程，一如司法是基此实现校正正义的程序主义安排。因此，法制之输送正义，必以对于各种权益的正视及其选择为前提。此种“正视”不仅是指藉由制度性安排来分配正义，而且是在已然发生利益纠葛和价值冲突之际，法律作为“灭火器”或者“导流管”，梳导冲突，清理纠纷，重构格局。换言之，利益多元、泾渭分明之际，法律一方面否定、排除或者压抑应予丧失的价值与利益，另一方面肯认应予扶持的权益主张，而对于相互对立、不可通

[1] 当然，无庸讳言，“治国安邦”在百年国人心中总能荡起一汪心潮，进而具有某种“神圣”之感，一种油然而不能自已的庄敬之义，有时候，甚至是一种命运相关的悲怆感，就在于“邦国”作为一种秩序的给定者乃至于意义的赋予者而非意义的接受者，一种安身立命的地理、历史和文化、政法单元，在此俗世依然享有某种神圣性质。所以，爱国主义和民族主义总能鼓荡豪情，激扬斗志。



约的各种权益，其基本理路则是竭尽寻绎之力，于肯认每一权益的正当性的同时，抽理出最需肯定的价值，也就是提炼出正义。其实，许多情况下，所谓法律正义只是一种化解“正义的冲突”的机制。正义本身形态纷然，从自然正义、政治正义、法律正义而社会正义，组构出这个纷纭人世的纷繁公共诉求。它们纷至沓来，并进而牵连出隐藏其后、作为宏大背景存在的法律治国、道德立国与自由立国的不同语境，翻转过来影响着对于法律正义的界定，决定了法律调理俗世人生的有限性。

往纵深里看，此一进程亦即以正义、公义伸言法理的过程，也是将法理归附于正义和公义的思想作业，一种将天意消隐于以利益为本质的公义实现进程的运动，展示的是公理观战胜天理观这一现代性转向之影响及于法制的情形。但是，另一方面，公道即天道，公理即天理，也就是自然。因而，经由公开说理和理性论证来求取公道，带出了立法的民主化和司法的公开性等一系列现代治道项目，可谓顺乎天道自然，而终究成为新时代的天道自然，最终道出的是法为天下之公器这一煌煌公理。

（三）实用主义与工具主义的法律观

在“法为天下之公器”的总体谱系中，关于法律的基本品性和功用，晚近百年间同样出现了一种价值论变革。本来，古典中国的礼法格局下，法律在于明刑弼教，定纷止争，而以人世生活的和谐为旨归。晚近以还，这一基本思路未见重大转变，但却更具实用主义色彩，乃至变成赤裸裸的工具主义配置。由此，即以晚近三十来年为例，最大的变化就是，一方面，不仅立法者将法律视为调处纠纷、分配权益的实用工具和标准程序，力求其标准、实用、精确和效益最大化，甚至有所谓“定罪量刑软件”的开发与应用这一天真而认真之举，一种赤裸裸的现代商业技术主义边沁式想象；而且，另一方面，“普通民众”慢慢地对于“国法”也不再心怀敬畏，毋宁，自“王法”而递降为“国法”、而“人民的法”、而“当事人的法”之际，法律不再仅仅令人生畏，相反，至少在一部分民众心目中，却是一种可得援引利用的工具。下文将要叙及的年迈公民将《宪法》捧于心口以抵挡“强拆”机器的场景，虽然彰显的是弱势民众没法子的法子，但何尝不是守法者同时就是、应当是立法者这一公民共和主义的身体宣言呢！

有趣的是，通常对于法律的“阶级本质”或者“权利本质”、法律的精确性与可预测性、立法的适当前瞻与定罪量刑的“教育意义”各式命题所进行的法理层面的论述，正透露出以法律为利器的实用主义心态，同时却又反映了希望法律担当起天下之公器的理性主义工具论诉求，而折射出万众呼求社会公义的价值论公民理想。一部《论语》治天下的古典圣贤主义，悄悄地转换为“依法治国”万事大吉式的实用理性诉求。也就因此，法律不过是民意的表达这一近似共和主义的契约论话语，作为法律是“表现为国家意志的统治阶级意志”的列宁式论断的反拨，虏获了民间和学界，甚至于一定程度上

也获得了部分官员、尤其是年轻一辈新型官僚阶层的认同，并在近年的一些立法程序上有所体现。在此背景下，这一工具论诉求夹杂着呼求社会公义的公民理想，自学界、官方渐于民间，于是，我们读到了“运用法律武器”保护自己的权益这种表述，也看到了民众手捧《宪法》捍卫私人产权、抵抗强制拆迁的悲壮场景，听到了运用法律捍卫国家利益，乃至于进行所谓“法律战”之类的吼嚣。其行渐远，“法治”被滥用到无以复加的地步，以致于城乡处处出现的“依法治县”、“依法治乡”、“依法治校”，乃至于“依法治院”（医院）、“依法治场”（火葬场）的各色横幅和标语，令人心潮澎湃，触目而惊心，天真却认真。[1]

进而，同样吊诡的是，“法治”似乎曾经获得或者正在愈益获得其庄严与神圣品格，而且，如果说这一“庄严与神圣品格”在当下中国尚未变成现实的话，那么，在憧憬者的心中，它一定已在世界的某地，如笼而统之的“西方国家”或者“发达国家”获得了自己的定在。要不然，作为一种理想，它肯定具有自己的真际，憧而憬之，心向往之。正是在此背景下，一种简单化约式的思维于是主宰了人们的心灵，以为一部立法即会解决问题的“立法拜物教”，甚至于脱胎自“半部论语治天下”的“一部宪法治天下”式思维，曾几何时，挟风带雨，裹胁了整个中国法学界，而那边厢，真正掌握生杀予夺大权的人们却在掩面暗笑，自作神柢。——“天真哪，你们！”说到底，凡此种种，还是以实用主义和工具主义看待法律的价值论反映。

正是在此相反而相成的两面情势夹击之下，如同“改革”大词，[2]“依法治×”俨然成为一种政治正确。于是乎，随意涨价成为“理顺价格体系”的“价格改革”。例如，汽油涨价即以“与国际接轨”为帜，而正如论者所言，“由于顶着‘改革’的名义，并且资源紧缺已成为全球性的难题，发改委主导的油价政策在专家和政治层面获得了充分支持。但如果仔细分析，在过去两年间，以产品油价格上调为特征的‘油价改革’，并没有涉及价格机制的核心问题。”[3] 又如，以剥夺公民的横向联合行动权为特征的所谓“严禁集体上访”和诸多“不得”，反倒呼曰“法制改革”或者“法制完善”，[4]而民众抱以

[1] 2006年7月，笔者在天津街头看到一条横幅，上书“依法建绿，依法治绿，共创美好家园”斗大宋体。同月，有清华法学院学生回乡，目睹村头民宅墙上大书：“坚决治超，依法人流”。倘若照此演绎，法律必成为刻薄寡恩的李斯范式，谈何“法治”。

[2] 对此，已有论者指出，“改革”已然构成一种“法统”，其合法性已在某种意义上与统治的合法性联系在一起。但由于改革这一概念本身包含着诸多的所指和丰富的能指，因而难免使得各种错综复杂的利益诉求和冲突，包括权贵资本主义主导的“抢劫式改革”，均挟改革大旗而行之。因此，为了保障实现真正的改革，必须将改革“去意识形态化”和“去神化”，终结由“主流经济学家”主导的“改革理论”，而转化为从政治学、社会学、法学、哲学和伦理学等多种角度对于“改革理论”的重构性参与，使改革更立足于全民智慧，并引导向民主的政治体制这一新局。参详石勇：《“改革争论”背后的复杂态势》，见“学说连线网”石勇专栏。

[3] 参详岑科：《误入歧途的油价改革》，《权衡》（北京）2006年第7期。

[4] 朱卫华：“两个‘不得’为什么不得人心？”，见《光明观察》2006-6-3 http://guancha.gmw.cn 。并参详“强国论坛”的“今日关注”专栏（见网页 http://www.qglt.com/bbs/ReadFile?whichfile=12541651&typeid=14）：“北京审议信访条例草案规定以自杀相威胁要究责，你怎么看？”刊发的大量网友评论。



极大兴味和希望的“听证会”，也变味成为推行行政意志的伪程序，北京出租车涨价便是一例。凡此种种，一一假“法治”或者“改革”之名大行其道，将真正指向法治和改革的公民理想击得粉碎。[1]

此情此景，多少有些象当年邦雅曼·贡斯当在一部著作中对于德·马布利神父的嘲笑：

> 我们可以把他视为无数善意的或者恶意的蛊惑者的代表，他们在高高的讲坛上、在俱乐部里和在小册子中，大谈民族至高无上，结果是让公民更加驯顺；大谈人民的自由，结果是让每个人都陷入彻底的奴役状态。[2]

我们知道，宪政主义的精髓不仅在于分权制衡，也不仅在于代议民主或者依法行政，其根本精神其实更在于申说政府权力有限，永远不得侵犯公民的基本宪法权利，所谓天赋的人民权利。以此立照，其后《突发事件应对法》立法者的辩解，简直是荒腔走板，强词夺理，可笑之至。[3] 所谓“精英寡头化”，其之肆无忌惮，莫此为甚。而更为令人担忧的是，它们发生在倡言法治的总体时代背景下，并且于此寻求或者获得了实在法的合法性，也都在“法治”百货店里购买到了绚烂行头。凡此种种，迫使思想不得不转向对于世俗化进程中的改革本身及其诸多具体举措的合法性和正当性的追问。其中，鉴于法律与国家的血肉关联，国家是一种什么样的存在，“为何要有国家”、“如何才有国家”与“国家应当为何”，是法制的世俗理性主义必须面对和回答的重要问题。

（四）国家作为立法者，是一种立基于公民共同体的法律共同体

就近世西洋语境而言，“世界”坐实为“国家”，实为世俗化进程的最大成果。就中国文明谱系来看，置身晚近五百年现代文明大转型的滔天洪流之中，奉天承运的家族“王朝”一变而为“人民共和国”，将此国家具体化、此

[1] 例如，一路下来，乃至于《突发事件应对法》草案中居然出现了以剥夺公民知情权和表达自由这一宪法性基本权利为内容的条文，而且是以一种极为低劣乃至于可笑的行文表达不可遏止的噤声欲望。该法草案第57条规定，新闻媒体“违反规定擅自发布有关突发事件处置工作的情况和事态发展的信息或者报道虚假情况的”，由（突发事件）所在地履行统一领导职责的人民政府处5万元以上10万元以下罚款；第45条还规定，“履行统一领导职责或者组织处置社会安全事件的人民政府，应当按照有关规定统一、准确、及时发布有关突发事件应急处置工作的情况和事态发展的信息，并对新闻媒体的相关报道进行管理。但是，发布有关信息不利于应急处置工作的除外。”

[2] [法]邦雅曼·贡斯当：《征服的精神和僭主政治及其与欧洲文明的关系》，收见氏著《古代人的自由与现代人的自由》，阎克文等译，商务印书馆1999年版，第310页。

[3] 针对法学界和社会舆论对于这一条款的诸多强烈置疑和批评，国务院法制办公室一位副主任在国新办“新闻吹风会”上表示，《突发事件应对法》草案中所涉媒体的条款，并非意味着媒体一报道突发事件就会被处罚，而是说媒体违反规定擅自发布有关情况，并且情节严重或造成严重后果的，才会被罚款。这样的规定不是限制、影响记者及时报道有关突发事件的信息，而是希望记者更好地报道有关的信息，报道准确、权威的信息。具体情形，参详2006年7月4日《新京报》。并参阅萧瀚：《子产夜评“突发事件应对法草案”》，见“中评网”；江平：《基本权利不可随意限制》，张千帆：《规则与例外》，均载《财经》（北京）2006年第14期。

世化和政治化了，也“现代化”了。由此，爱祖国甚于爱灵魂。进而，国家/朝廷不再是神圣不可侵犯的超越存在或者绝对权力，相反，不过是公民的政治共同体与国民的法律共同体，一个公共产品（包括立法）的提供者和维护者而已。换言之，人世总需公共产品，置此时段，国家担当此责；若果国家力不恪责，则另择他者，亦在情理之中，并无万世一系、不可更易的神圣存在和惟一秩序源泉。因而，国家和国民，政府与公民，各自两相对应，不仅是基于“命令与服从”关系组织起来的统治意象，一种政治共同体，而且，是一种奠立于契约关系的法律共同体，决定了国家只能是一种世俗存在，而非伦理共同体。“行走于地上的精神”这种黑格尔式国家，似乎只是一种后现代式的嘲讽了。其间，国民的赋权之形成国家与公民的赋权之组建了政府，是民族国家与民主国家这一“双元革命”的最大政治成果。它们作为一种思想遗产，早已成为亿万国人的国家观和政治观，并表达为经由立宪而立国的法律观。

如此这般，此在国家，不管它有什么名头和行头，也不论诉诸何种意识形态修辞，早已不再是什么神圣存在了，无法再装神弄鬼了。毋宁，是国家政治中“公民的自我组织化生存”的巨型结构，也是国家间政治场域中“国民的自我组织化存在”的法律形式，演绎的是现代民族国家从出现于中华大地到迅疾进入庸常时段的百年进程，还是一个世俗理性主义的故事。不论是何种存在，其为世俗存在，一个具有自己的利益和诉求，并且需要回应其成员的利益和诉求方能存续的俗世存在，则为确凿的事实。在此，如果说两岸分治后与“一国两制”架构下的一部分公民“用脚投票”，表明的是公民自觉进行的政治认同的话，那么，“移民”所表现的则为国民趋利避害的国家认同选择。情形有别，道理则一，就是说，国家丧失了对于其人民的人身和心灵全盘辖制的合法性，仅仅是一个世俗的政治和法律存在而已。实际上，国家主权的法律建构特性和历史、文化归属的法权满足形式，以及立法者藉由法典实现国家政治安排的现代治理机制，在将其浩瀚复杂尽情展示的同时，反倒成为其世俗性格的自我说明。特别是主权及其组织形态必须具有自己普遍主义的法律形式，不仅说明了民族国家是特定共同体的历史一文化归属的法权满足形式，而且，表明一切法权安排实际上不过是表现为当下存在的历史存在。[1]

进而，不仅政治不再是不可过问之事，国家作为俗世的立法权垄断者，却绝非第一立法者，也是昭然之事实。就是说，国家之上，尚有“天道自然”；国家之外，还有国际公民社会与全球伦理。所谓的国家理性不仅是国家心智的高尚形式，也是国家心性的政治表达，而且，是公民理性规训国家的渠道，也是立宪理性组织国家的机制。实际上，“现代中国”百多年来的自我呈现大业，同时表现为立国、立宪、立教和立人的同一进程，既在印证这一认知，

[1] 有关于此，参详拙文：《论现代民族国家是一个法律共同体》，《政法论坛》2008 年第 3 期。



同时，并将其作为一种世俗事务的性质，展现得淋漓尽致。其间，就本文的主题而言，不意间循守经验理性的法制进路，以组织国家、开展政治和作育法治，突出彰显了世俗理性主义的实践能力和行动性格。

## 三、经验理性的法制进路

如前所述，仅就“1978”之后的又一个三十来年历史进程来看，以回归常态、重过柴米油盐的庸常生活为指归，构成了法制和政制的市民历史，而引导出一种政治进程，正不妨以“世俗理性主义”运动统而归之。实际上，三十多年的“法制现代化”建设进程，对此表现得淋漓尽致。

1970 年代后期以还，法制话题渐成时代主题，不仅意味着人心思定，普通百姓寄望俗世规范提供秩序功能，安宁过日子，过安宁日子，而且，它更主要地意味着中国政治回归常识理性，明白过日子是包括所有人在内的人世第一要务。如同“二加二等于四”之确凿无疑，过好日子是一切俗世势力或者神圣权威所不可压制的永恒人间愿景。在此语境下，就其正面效应而言，不妨说“法制建设”不是别的，不过是以世俗理性归拢人事、收束人世的必然选择，还生活世界于市民大众。藉此努力，旨在重启政治进程，导引社会建设，重构俗常的政治、社会与庸常的万民世态，进求全体公民的政治和解与和平共处，为“过日子”和“过好日子”铺垫规范基础。也就因此，今天回头一看，晚近三十多年里，论是非，论策略，其所循沿的并非什么玄奥思妙想，倒恰恰是一条秉持经验理性、而以世俗理性主义为内核的庸常进路。算来算去，当此俗世，就算法制还可靠，还可能靠得住。于是，经验理性的法制进路蔚为倚靠，雏形初定。

### （一）终点明确的试错式立法

在此，首先比较一下整体的转型进路和具体的“法制建设”进路的异同，不无意义。回眸前路，不难看出，虽然晚近三十多年的中国转型的实际进程是以回归“1911”来往前迈步，但并非一开始即清晰无误地刻意追求某种政治、社会模式，甚至于并无什么既定的政治、社会模式愿景。萦绕国人半个多世纪，而于 1970 年代中期即已再度写入政纲的所谓“四个现代化”，代表的依然不过是“器物”层面富国强兵的追求。毋宁，这场标示为“改革开放”的社会文化转型，其基本立意在于更张体制活力，以有限度的变革赢回或者重建体制的合法性，以向世俗人生的有限度低头，进求体制本身的延续。这既是“改革”的最低目标，其实也是心照不宣的最高目标。其他种种，均派生于此，并服务于此。迄而至今，虽说有“中国梦”这一更为高瞻的概念，但具体内涵却十分稀薄，难能撩拨人心，不足以收束邦国心智和心志。因此，“延祚”而非“革命”，注定了这一转型的限度和境界，所以叫做“改革”。一定时段内，它是并且只能是体制自身的有限度调适而已。经过疾风暴雨式

的革命，政体转型有待临门一脚，中国社会有望渐入常态政治，虽然这是一个温吞的过程，也不见期待中的政治决断，但也并非坏事，至少，一定程度上体现了审慎这一政治德性。

因此，其基本进路秉持“摸着石头过河”的经验理性，向着“发展是硬道理”的前景努力，在试错中逐步前行，走一步，看一步。所谓“有斗争，有反复”，而其间至少两度危急，需要最高权势人物出面疾呼“坚持改革开放不动摇”，以求回旋纵深，便是对此所作的最佳说明。包括甚至于一度不得不采行“南巡”的方式重启“改革开放”，说明铁腕人物的政治意志不仅直接决定了改革进程，而且，也是于“审时度势”之际，以“摸索”和“感觉”为凭，而后决然出手的。同时，愈往后来，愈益注重“理论总结”，希望于反思前路中得出一些规律性结论，以便堪为继续前行的绳矩。但是，不仅此种总结只能后来为之，而且，它们也还多半停留于“模式”或者“共识”一类的大框架，而不脱“经验”与“体会”的痕迹。即便如此，往下的路程同样取决于继续“摸索”与“感觉”，而决不会为此“模式”或者“共识”所捆绑，也是可以预期的。帮闲文人式的嚷嚷“模式”之所以不受待见，官民双方、保守派抑或自由派都不领情，其因在此，而不止于此。

在此情形下，相较而言，就文本宣示一脉来看，中国法制的转型从起步阶段即已明确目标，即建立“社会主义民主和法治”，似乎是经由设计，而非自然演化来强力推行法制“路线”。此种发展，甚至一度有演变为“立法拜物教”的势头。[1] 但凡政治、经济、社会乃至科教文卫一切事务，大到治国平天下，小到整顿菜市场、调理夫妻关系，似乎均指向立法解决路径。从“依法治国”到“依法治村”，一如“以科学发展观指导 xx 事务”一样，层层铺展，一应俱全。从“赶紧找人”，到年轻一辈百姓俗常话语中多以“通过法律解决”表达权利期待，城市新兴白领阶层更以“有事找我的律师”标榜或者自嘲，伴随着并且说明了这一社会历史背景，说明立法拜物教式的法制进路，至少在国民理念层面造成了巨大冲击，进而可能影响到国民的基本生活方式。就国家行为而言，连续二十年的全民“普法”和若干“五年立法规划”，将此推向浪漫，将近世中国建设现代民族国家、缀合法律共同体的长程努力，演绎得悲壮而宏大。而且，整个中国的法学界，占压倒性的主流学思是以乐观的进步论为基础的法制现代化论，因而，法律移植遂成为立法思维中的不二法门，也是实际立法过程的凭藉，甚至是主要凭藉，反映了并且说明着这一“立法先行”理路。这一点，只要看看《物权法》和《反垄断法》等私法、社会法的起草过程，其之主要援引“发达国家”的立法例为据，即一目了然。

正是在此过程中，也仅仅在此过程中，对于西方法理念的接受常常先于对于其载体的规则的移植。理念和知识层面的反复铺垫，经久渲染，不仅唤

[1] 参详拙文：《宪政：中国的困境与出路》，载拙集：《说法 活法 立法——关于法律之为一种人世生活方式及其意义》，清华大学出版社 2004 年版。陈瑞华：《制度变革中的立法推动主义——以《律师法》实施问题为范例的分析》，《政法论坛》2010 年第 1 期。



回了 1949 年后积压长达三十多年的“五四”启蒙遗产，而且，慢慢形成了规则移植的认识基础和舆论氛围，于是有规则和实践层面的落实。无论是宪政文化作为一种新型政道和治道之形诸宪法文本，还是五十年代以还对于苏式犯罪构成理论的全盘接受，致其成为整个中国刑事司法定罪量刑的基本思维模式，进而影响到立法层面关于罪刑的基本设计，均反映了此种从理念到规则，进而下落至实践的纠缠。至于西方马列主义或者自由主义对于中国政法制度和市场经济各种选项的影响，更是东、西学人，华、洋两界，都耳熟能详的公案。

（二）“成熟一个，制定一个”

另一方面，可能规则已然建立，却无理念支撑，以致不得不再去寻绎理念资源，于理念和规则你追我赶的机制推动下，逐步缝缀、接洽二者，填充其间的空隙，最终蔚为制度和制度性实践。近年来，有关市场经济的诸多立法，包括“两税合一”和《劳动法》修订所涉及到的法律规则的调整，堪为其例。其间，固有文化因素必然逐渐渗透，特别是经济、政治和文化心理的逐渐转型，为规则的成活并显效，提供环境条件，于规则和制度的本土化进程中，最终达臻秩序之外植而内生的蜕变。此种情形，正如王泽鉴教授在纪念《民法典》颁行五十周年的讲座中所慨言，法律文化的差异，必然影响继受法的适用，“移植的外国法需要在安定之政治社会中，经数十年之长期调整适应，始能落地生根”。[1]台岛情形为民国历史经历一番生聚后之时空变换的善果，大陆此刻似乎亦正在作此演绎，说明所谓转型虽无现成轨辙可循，却有类似的演化轨迹。

但是，话说回头，即便是这一“路线”，也是立基于经验理性和实践智慧，而以功效最大化作为追求目标，其实并无具体而确切的蓝图或者硬性“规划”的。前文说过，起步伊始，即已倡言“社会主义的民主与法制”，但对究竟何为“社会主义的”，不仅理论上难言清晰，实践上也是走走停停，一边做着，一边看着，仍然不脱经验理性主义的套路，总以找到一条活路为原则。因此，与其说是定语式的“本质”界定，不如说是宣言性的姿态，抑或，一种表达为偏正结构的合法性的饰品。而轰轰烈烈的“立法规划”与若干个“五年普法”，外表热闹，实效虚空。如同一切“计划”或者“规划”，它们总是赶不上变化，也奈何不了变化的。于是，总体而言，邓公式的“摸着石头过河”思路，如果不说是一以贯之的话，那么，也是在相当长的时期内，是包括“法制建设”在内的整个中国的改革路径依赖。实际上，仅就以立法为标竿的法制建设而言，所凭于此实践理性，实较其他为多。本来，置身急遽转型的当代中国，一切计划皆赶不上变化，“立法规划”一类的蓝图，终究是纸上治平。因此，从一开始，中国近三十年的法制建设即放弃追求形式完美的法制形态，也不采行整体性的解决方案，而秉持经验理性和现实主义，以所谓“成熟一

[1] 王泽鉴：《民法五十年》，收见氏著：《民法学说与判例研究（5）》，台北三民书局 1991 年版，第 8 页。

个，制定一个”的方式，锱铢累积，行行复行行，逐步编织法网。迄而至今，仅从字纸层面来看，已然颇见成效，与“实效虚空”看似矛盾，而实则并行不悖。

也就因此，中国大陆迄今尚不具备“六法体系”，特别是私法领域仅以“民法通则”担纲，《物权法》虽已“出台”，《民法典》却迟迟不见落地，正是此种经验理性主义和现实主义进路的反映，而不完全是长期法律虚无主义的遗产，亦非否认完整的法律体系之为一种可欲的目标，或者缺乏立法技术性力量有以致之。否则，就不会津津乐道地自我标榜“初步建成了社会主义法律体系”云云。实际上，鉴于中国的地权制度改革迟迟难以坐实，一切物权其实均不过是有限所有权这一现实，以类似于当年民国政体下制定《民法典》的方式逐编递次展开，不失为一种明智之举。当其时，成熟一编，颁行一篇，最后整合成型，蔚为法典，事实证明，实为内乱连连、战火频仍之际，编织法网的可行之策，体现的同样是一种实践理性智慧。至于公法领域承接宪法规范的诸多下位法律之迟迟难见出台，“淹死霹雳春”，则又另当别论了。

就法学理论的储备和法律技艺的磨砺而言，承接清末以还百年法意与法制的传统，积晚近三十年的经验，在立法层面上制定一部民法典或者承接宪法规范的诸多法律，编织整全法网，是中国智慧刻下所能担当与必需担当的。其实，只要看看当年对于《香港基本法》、《澳门基本法》的高度重视，并以类似于十九世纪普鲁士制定《德国民法典》般的理性主义进行整体性构造，图谋一种整体性的一劳永逸式的解决方案，而为“97”和“99”之后的一切预作安排，求得“万无一失”的立法寄托，则一切不难理解。问题只是在于，“政治的立法”是否乐见此种“市民的立法”单兵突进，如此而已。

（三）政法不分

在此情形下，晚近三十多年间，藉由人为理性对于程序正义和专业化的运作方式的培育，以法言法语作为法律交往理性的言说载体的努力，其实并不十分明显，而后随着经济和法制的发展，学界、民间和“接轨”压力的增大，方始逐步加大力度。就决策层的意图而言，甚至有意回避或者轻忽形式理性的建构，而更看重是否调动起来如臂使指，是否忠诚于自己的政治纲领。其与民间更为着意于实质理性和实质正义，学界之注重形式理性和程序正义，均不啻南辕而北辙。流行“行话”所谓“罪与非罪”看法律，“判与不判”看政治，说穿了其间的隐曲，道尽了个中奥秘。当然，其间尚存分际。即常态之下，或者，对于一般案件，尚能奉守程序理性，按部就班，就事论事，“按法律办事”。倘若判认事属非常，或者，身处非常之际，则不免图穷匕见，将程序正义抛却一边，“依领导的话为准”。民间诟议“打黑”蜕变为“黑打”，正为有感于此而发，并非绝然空穴来风矣！其实，这不是“黑打”，毋宁，一种不受控制的政治野心傲然发酵后，以天下万物皆役于我之目空一切、肆无忌惮、指东打西也！不料想，时移世易，此番表演和运作出现了“时代的错



误”，遂至不可收拾矣！

至少，就初期情形而言，此种取向极为明显。职是之故，长期以来，法律和司法以一种较为粗放的、非专业性的“机关”方式，甚至“运动”方式，[1] 兼行法律和政治功能，即“政法”任务，参予负担民族国家建设和政制稳定的当务之急，协助处理“改革、开放和稳定”之间的平衡，离不开“法制建设”和“维护大局”关系的思考。迄至解决农民工欠薪白条、城市拆迁、涉法涉诉上访、奥运安保等等，均须法院分担，则司法之为“清道夫”、“杂役工”，其实不言自明了。的确，在一个人口大国，以有限的资源提供法制这一公共产品，导致政法不分，一定程度上是对资源的有效调度，展现出应对眼前危机的现实智慧。但是，长远看来，则终究不敷真正的法治之用，乃至于走向法治的反面，也是可以料定的。最近两年，以“执法为民”为帜，此种非专业性的“机关”方式趋向，在某些区域，如河南省法院系统，更且变本加厉，乃至荒腔走板！学界一种观点指认，此为“前改革”岁月某种倾向的简单“回潮”，恐非如此简单。

整体而言，此种工具理性取向和技术理性进路，其优点在于“务实”，秉持俗常理性和实践智慧，贯彻循序渐进思路，“不争论”，常常是退一步进两步，对于避免法律颁行之日即自我放逐之时，保有清醒的自觉。法律形式和内容“先进”，也“与国际接轨”，但却毫无规制实效，颁行之日即失效之时，这是近世西法东渐过程中，诸多后发亚非国家经由法律移植而构建自家法制之际，都曾经历的共同尴尬，也是中国自清末变法以降迭曾遭遇的难题。远如十九世纪末土耳其和埃及的移植西方法律运动，近有二十世纪的《埃塞俄比亚宪法》为例。正是在此背景下，清末变法在事实尚不具备之际，却将经由移植的规则和盘托出，以彰显中国之为“法治国家”，期于自新自强中摆脱外侮，其与民国政体之汲汲于“六法体系”，阶段不同，进境有别，而基本理路则一。两相比对，则当下中国的经验现实主义和世俗理性主义倾向，其理昭然。实际上，如前所述，民国政体下以逐编颁行的方式，积攒数年之功而最终形成《民法典》，也是一种经验现实主义智慧，各应其难，而利泽则一，即法律的可行性而非仅仅编撰形式之美，于此获得了立法者的体认，说穿了，不过是没法子的法子罢了。一旦现实政治层面告急，则法制设置，哪怕早已摆放了最为“先进”的法制条条框框，均随时可能倒退，至少，于搁置中宣告此前努力之付诸东流。在最好的意义上，其为一种工具，担当起缓冲机制而已。

（四）法制作为一种缓冲装置

在此时段，政治资源的高度垄断一定程度上使得“调度有效”、“政治稳定”，社会基本处于有效整合状态，同时提供了诸如“优化资源配置”等经济

[1] 除开“严打”这一典型个案，其他如“集中执行月”、“集中解决超期羁押”、“集中解决拖欠农民工工资”，以及集中处理“法轮功”、“非典”、“毒鼠强”和“治爆辑枪”案件等等，均为一种“运动式”司法。

发展所必需的基本秩序和公共产品。晚近二十多年来，年均两位数的 GDP 高速增长，亦且为此提供了实际佐证。最近三、五年间以“北京共识”为话题，关于“中国模式”或者“中国道路”的诸多议论，对此也有一些认真的学术性检视，在肯认其正面意义的同时，并将视野拓展，心胸放宽，从多元思路进行全面思考。

但是，不论如何，一个不可否认的事实是，由于低度的政治参予，普遍的无声状态，对于改革的大众参予的排斥，导致缺乏权力制约机制，结果造成权力私性化，腐败成为常态，国民的腐化随同政制腐败联袂而来。如同国际视野中强权驱迫，导致恐怖势力横行，战争和武装力量出现了私人化，权力的部门化和私性化，是近年来中国出现的一个严峻事态。“渝州节度史”在一方天地之独断专行，将此事态放大。事实上，凡此已经构成了对于体制建构努力的最大挑战，可能也是导向无政府状态的“抢劫式政治”，从而危及到既得利益的社会政治解体的导火索。我们看到，在中下层官员的行政和执法过程中，权力的部门化和私性化几乎呈现为人身特征，利用手中的权力寻租成为转型时段的普遍现象，一种带有末世逃亡性质的歇斯底里。正如有人指出的那样，诸如张家界等风景名胜或者历史遗产，名义上属于公共资源，只应服务于公益，实际上却早成特定部门的“提款机”、“印钞机”。景区管理和经营者将公益资源当作私产盘剥，见证的是公共资源的恶性私化。[1] 因此，一处一室，一所一院，一企业一公司——当然是国有性质的，简直就就像是他自家的产业，横竖成了他私人的用品。[2]

凡此现象，既说明现代官僚科层制及其基于特定职责的权力责任观念（accountability），尚未达及体制与人心，佐证了本书第一章中关于“政治中国”之为一个法律共同体仍然有待整全的论点。同时，它对转型时段的权力

[1] 参详张贵峰：《张家界涨价：见证公共资源的恶性私化》，载《北京青年报》2006 年 8 月 16 日 A4 版。并参阅王飞：《张家界再次涨价为限客？ 游客成景区“提款机”》，载《广州日报》2006 年 8 月 15 日。较早前北京诸多历史遗产，诸如长城、故宫等等，也放风涨价，甚至不明所以、搬起石头砸自己脚地选称此举乃“与国际接轨”。有关于此，参详杨坤：《北京六大景点门票涨价遭质疑》，见网页 http://gb.chinabroadcast.cn/3821/2004/12/02/1245@378720.htm。

[2] 甚至连大学校长这一职位，亦复如此。笔者不止一次亲闻校长大人们视校园如私产的土豪式宣示，形诸类如“我国”、“我公司”措辞的“我大学”如何如何。譬如，在一次教育部召开的大学校长国际论坛上，四川大学校长即一口一个“我大学”、“我大学”的，等因奉此，不一而足。更为下层的院系级党政芝麻官，譬如在下于役的法学院的恶霸党委书记，动辄以“我的一亩三分地”自嘲复自得，对教师凶神恶煞，迹近“土围子”山大王。在此围攻之中，教师于是成为疲于应付各种各样考评的不折不扣的“被管理者”，天天支出嘴力、上课的东西而已。看看当今中国大学校园里究竟哪些人说话腰硬气粗，哪些人掌握着批条子签字盖章的权柄，就知道谁是真正的校园弱势群体。说来悲哀，当今中国，大学教授们如果没个一官半职，——而绝大多数教授们恰恰是老百姓——一个个近乎沦为校园里的弱势个体，真正是匪夷所思。——仅此观之，即与文明通则相悖，“世界一流大学”云乎哉！大学如此，中小学更是如此。所谓的“主管部门”出于自身利益考量，损害教师权益的事情，比比皆是，更不用提“上级领导”，哪怕是上级部、处一个嘴上没毛、满口跑牙的愣头青或者二傻子，驾临校园之狐假虎威，旖软盛哉。在此官本位的全能主义集权体制之下，这也就是为什么许多本来做学问的知识分子非要往上爬，混个一官半职的现实原因所在。就在笔者写作此段文字当日，新华社报导福建省教育厅和人事厅两部门为着各自的利益，上演一场“考权”争夺战，分别开展中小学教师计算机运用能力考试。可怜“基层教师叫苦连天”，疲于应付，却毫无救济渠道，只能任其横行霸道。有关详情，参详《北京青年报》2006 年 8 月 9 日 B2 版的报导。



规制机制及其有效性，提出了严峻挑战，要求以开放政治参予来缓解权力的自我腐蚀倾向，而以社会多元化来分担社会、政治责任。在此基础上，方能运用法权安排来落实建制努力，整肃体制的离散，从而遏制公共权力的私性化势头。

另一方面，正是在此背景下，特别是鉴于急遽而全面的民主化过程可欲却不可能召之即来，也未必一定即刻具有建设性意义这一困局，于是乎，法制或者法治在此或可担当缓冲装置，并在一定程度上行使对于权力的驯化机制，有限度地，但却是充满意义含量、提供向往空间地，满足了各界人等的清晰或者莫名的渴望。略微往远看一点，香港在英人统治下固无民主可言，但却以法制遏制腐败，造成较为廉洁的政制和公务员队伍，保证了社会与经济的有序发展，并且随着殖民体制的终结，“政改”之势不可挡，必将最终迎来民主，堪为一例。实际上，纵观中国大陆过去二十多年的转型历史，政治强力的保障固然是延续政统，并提供基本秩序的最大因素，但是，所谓法制或者法治在此实际上扮演了不可或缺的作用。后者不仅为前者提供了合法性，而且缓解和释放了前者的诸多内在紧张，包括改革本身引发的诸多矛盾和紧张，至少是延迟了其不得不解决的时间，而合作上演了一出“以时间换空间”的喜剧。这也是中国近十多年基本实现政治、社会安定，从而获致高速经济发展的基本条件。其间情形，正如邹东涛在总结“中国改革开放的基本经验和独特发展道路”时指出的，“不搞强制性制度变迁和‘激进式’改革，而搞诱致性制度变迁和‘渐进式’改革”，是中国转型的经验所在。“诱致性制度变迁和渐进式改革”具有较大的柔性，在改革过程中建立起一个个“缓冲带”，有利于缓冲和化解生活矛盾，将新体制增量推进，最后水到渠成，新体制确立。譬如对于公有制经济特别是国有经济，不搞“雪崩式”私有化，而是渐进式多元化，让新体制逐步蚕食旧体制，促进新体制的悄然滋长。[1] 其间机制之一，即“法制建设”也。

具体而言，以“法制建设”作为缓冲器，一方面抵挡和局部满足民众的民主化要求，另一方面则抵挡官场反弹和既有势力的抵抗。因为积二十多年的努力，法治已然成为最大的政治正确，特别是民心所向。而且，它是维护国家稳定，保障国际经济、政治交往的条件。一如发展经济，将蛋糕做大，成为各有利益、也各持己见的一切人等的共同的天下大事。因此，即便对“法制建设”不满，特别是对随此而来的限权、维权结果不满，也不会和不敢直接表达出来，更不会和不敢诉诸公开的媒介。正是在此语境下，一方面将政治问题化约为法律问题，包括作出程序主义的技术处理，如所谓的乡镇直选和行政诉讼，有限度地对于“民告官”作出法权回应，以免大家上火或者憋火，两败俱伤；另一方面，以“法制建设”贯彻政治理念，将政治意志表达

[1] 具体内容，参详邹东涛：《“华盛顿共识”、“北京共识”与中国独特的发展道路》，收见《中国模式与“北京共识”——超越“华盛顿共识”》，第 409 页以下。

为国家意志，使民族理想换形为公民理想，实施法制主义的政治统治和经济战略。同时，以“加强法制”或者“变法”作为政治的悄然而公开的形式，多多少少释放了政治紧张和社会矛盾，使得虽然温吞而缺乏政治决断，而且堕落到“花钱买稳定”式的政制依然为人们所容忍，事实上最后达臻的乃延祚之效。可能，事后再看，这也是一种“以时间换空间”也。

从而，中国的政治体制变革不是以政治革命，而是以经济转型为前提，以社会进步为依托，而以法制的增量性推进来逐渐渗透和有机发展的。法制的程序性和普遍主义形式化特性，回避了直接的政治改革可能引发的意识形态之战，避免了社会、政治生态的紊乱可能带来的灾难性后果，而将价值理性的推导付诸技术理性安排。也就因此，举例而言，“司法改革”以其程序性和技术性特征，首当其冲地成为“法制改革”的第一序列课题，一如其后由于豪呼政治话语打破了“只能做，不能说”的游戏规则，激起政治敏感，终至事实上悄然停顿，乃至于某种“反弹”。今天，立法体制似乎已然而且必将成为司法改革停顿之后，填补法律领域的实质性改革空白，获得人们青睐的改革对象，则游戏规则的熟悉和遵守，对于一切有志改革，“建设新中国”的参与者，实构成一道关乎政治智慧的严峻考题。

另外一起突出个案是，社会分层和“断裂”所逐渐积攒起来的，而以公民参予的缺乏累积、刺激而成的高度社会、政治紧张，最后却以《物权法》草案引发的思想交锋来展开，是谁也不曾料及的一种危机释放形式。对于贫富差别扩大、社会出现“断裂”这一病痛，以税制改革为切点实施调节，并以加大对于民生的倾斜来促使政府公权力调度税收的二次分配，强化公共产品提供的力度和范围，以避免将此病痛隐藏的价值冲突和利益对抗死抵到头，终至崩裂，其实是一个较为不坏的路径，也是一种稳健而有效的法制主义社会改革路径。但是，《物权法》草案引发的政治讨论，恰可谓逆此路向而动，偏偏以反“不争论”的方式，将彼此均心照不宣的一层遮羞薄纱哗然撩开，而使化脓伤口展露于朗朗乾坤、光天化日之下。当然，揭示矛盾，梳理格局，追寻原因，才能最终解决问题，造成一种新的格局。但是，这是典型的政治方案，一种社会改革进路，其与彰显普遍主义形式化特征，而以程序理性疏导矛盾，并纳入规范的法制式思维，大相径庭。因此，其于问题的实质性解决固无助益，恰恰相反，是以法律人而担承了知识分子的天职，但就进路而言，却非专业法律人的选择。孤臣孽子，钻冰求酥，也是明明白白的。在此，有意思的是，一些自诩自由主义民主、法治拥趸的人士，对于从非法律人的定位而勇敢揭示《物权法》草案无法解决，因而只能回避的社会病痛之举，径以“反对改革开放”这种上纲上线的意识形态话语作简约化处理，往政治化牵连，或者以模棱不清的什么“左”这种定位将作者格式化，然后展开自己不着边际的批判，却忘了如此作业恰恰是一种“左”——如果此“左”即文革之“左”而非西方左派之“左”，而且，它违背了自己虚矫的“为民请命”



的自由主义，实则民粹主义或者社群主义的基本承诺。至于以“不是搞民法的，不懂专业”为据强作解人，而惘顾清理和回应对方的实质辩由，更是入主出奴，冢中枯骨，自郤以下矣。当年金岳霖先生说科学是思想的节省，思想是生活的节省，认识和事实不过是自然的节省。[1]借用这一表述，我们不妨说法律是社会的奢侈，是生活的复杂化，但却是政治的节省，更是思想的规避。论者用其奢侈，而弃其节省，更不懂规避，遂将一切复杂化矣。

因此，当此之时，在权力特别是中下层官员的权力出现私性化倾向，中央政府享有合法性，但却不足以制约地方官员的胡作非为，而意识形态的制约日渐式微乃至于无，有限的社会多元化并不足以形成对于权力腐败的强力制衡，——此时此刻，凭藉以刚性的全能型政治为后盾的法制强力，调理公、私权力边界，抑制政治领域的“苏丹化”苗头与精英的寡头化倾向，消解下层阶级日益亢奋的民粹主义势头，提供基本的社会公义等公共产品，可能是未来十年左右的时段里，法律对于社会所能作出的交代，也是政制挽救自身的政治。也就因此，无论是从政治哲学，还是从法律之为一种世俗的人工理性和实践理性的角度立论，对于涉及重大价值分歧和利益冲突的社会、政治与伦理问题，均应诉诸公开、理性和具有广泛参予的争论，而不能径以“不争论”这一策略性修辞加以掩盖。退一万步说，即便秉持法律工具主义，那么，为着真正发挥法律的规制作用，必要的争论其实也是有助于辨明做什么“工具”、如何用作“工具”等前提性问题，从而有利于“工具”效用的实现的。更何况，中国社会的发展已然到了应当大声发问“为谁”当工具、“为什么要做这样的工具”的时候了，如何能够“不争论”呢？！——千头万绪，亿万人的身家性命，正需要集思广益，怎一个“不争论”就能打发得了的。面对谁也无法逃避的生存困局，能够经常发生争论并且容忍争论的邦国，才是生气勃勃、充满希望的土地。否则，法律的工具效用也将因为前景晦暗不明而丧失正当性支撑，以致无法实现自己的既定目标，更不用说法律的价值前景了。

就此而言，立法本身对于社会公义的价值忠诚，分配公、私权力的调理能力，特别是通过保护社会弱势群体的基本权益，既防止社会分配差距扩大造成民粹主义对于基本社会秩序和改革进程形成破坏性冲击，同时遏制精英的进一步寡头化，便构成了转型期法制安排应有的基本格局，一种经由“致中和”而换得的解决问题的“时间”的吊诡机制。因此，其与俄罗斯在冷战结束以后完全秉持自由主义法律观，借助产权制度快速全面的私有化这一休克性疗法来实现公、私权力的重新调配，或者如东亚后起的发达经济体中曾经出现过的威权主义政体，以精英寡头化来实现利益分配和社会转型，异趣而旨同。

由此，我们可以看出一个颇为吊诡的现象。即在“改革、开放”的最初

[1] 金岳霖：《逻辑的作用》，收见氏著《道、自然与人》，三联书店 2005 年版，第 225 页。

时期和最为隐秘的动机中，法制或者法治可能更多地是一种合法性危机的挽救装置，是提供新型合法性的宣谕橱窗，其内涵的“专政”意味更多于法制本身的取向。其实，“文革”之后中国政府之所以迅速重拾合法性，不仅借助于“平反冤家错案”这一出气机制与抚心手法，而且，同时也藉由满足全民族痛定思痛，要求人世生活规则化并且具有可预测性这一心理需求，以法制为幡鸣锣开道。但是，究竟在多大程度和范围施行法治，以及对于法治本身与既有政治体制的相容与否等等，当其时，人们其实并无过多的理论准备，毋宁，姑认法制是专政的工具，也是改革的工具，以求两安。这也就是为什么每当出现秩序危机之际，在“专政”与“法制”之间，前者便浮出水面，或者藉由后者以行前者之实。无论是以“严打”收拾秩序，还是以“扫黄打非”行钳口之效，均为应急之举，而无一不是以法制名目推行。正如贪官供述，“法制”是用来糊弄群众的，别当真。

（五）从“假戏假唱”可能过渡到“真戏真唱”

但是，问题在于，既言法制或者法治，则名实之间势成双刃之剑。久而久之，“信仰的姿态”变成“无言的爱”，法制成为朝野一致的共同认同，尤其是民众藉以护身的现代符咒，也就是顺理成章的了。用黑格尔式的表述来说，所谓物自体的自我发展以对于自我的定在而告终。君不见，北京的老大爷将宪法捧于心口，欲凭肉身抵挡蛮横拆迁的钢铁铲口。[1] 活跃于乡村的“赤脚律师”，更是以法律为护身符，讨“说法”，要“活法”，而无一不是凭诸“立法”。即便是大小官员，一方面恃权弄法，另一方面却也指认“外国法治好，办事规规矩矩，反而危险性小得多！”只不过基于自身利益，能不守法就不守法罢了，可是也确实认同“法治”是一种较好的秩序安排方式。由此导出的一个基本经验是，对于法律从业者和一般民众双方而言，在类如此刻中国这样一个转型社会中，不要因为政府初期对于法制的“借用”而对法制行于国中顿失信心。[2] 须知，此为双刃之剑，积久生信，“假戏假唱”逐渐变而为“假戏真唱”，进而一变为“真戏真唱”，——那时节，所谓“人生大舞台，舞台即人生”矣！考诸台、港，情形似乎亦且如此；放眼韩、马，格局正不出此格。

可以看出，愈往后来，此种“经验理性”进路的缺点愈益明显。迄而至今，凡此缺点已然成为进一步改革的障碍，非唯缺憾，直是有害。因为晚近以来，特别是1992年邓公南巡以后，随着中国加入世贸组织，日益融入世界经济体系和政治体系，乃至于在未来不得不担当大国责任，于G8与G20之外再摇身一变出来个G2，于“太平洋文明”时代迎接一个世界历史的中国时刻，要求在国家政治方面转变治理方式，更多地循沿程序理性，势在必行。

[1] 参详《政府发出强制搬迁通知书，老人手持宪法进行抵制》，载2004年04月05日《中国青年报》。
[2] 在一九七八年五月十二日的全国政协会议上，梁漱溟先生直言苏联和一九四九年后的中国大陆政体下的宪法“只能算是借用”、“完全是借用”。——“借用”者，在漱溟先生发言的语境中，实是欺世盗名也，“盗用”之谓也。具体内容，详梁漱溟：《1978年政协会议期间讨论宪法时的发言》，收见《梁漱溟全集》第7卷，山东人民出版社1992年版，第457页。



不仅国内经济和社会发展对于权利保障及其可预测性提出了更高要求，而且国际社会对于中国之为一个正在崛起的大国的基本政治价值及其法制安排，同样赋予了更高的期待。虽然中国的一些基本法律早已具备，但法律体系尚待整全。特别是诸多市民社会的事实（*Physis*）已然出现，却无规范（*Nomos*）可得规制，导致不仅社会生活由此无以措手足，因而或者师出无名，好事难办，或者导约无矩，坏事横行，而且，整个社会生活缺乏可预期性，特别是政治参与热情缺乏导约的程序主义法权安排，最终势必影响经济发展与社会进步，从而，危及政制与政治本身。

实际上，晚近三十年里，法制和法治成为全体国民的政治和社会愿景，反映了转型收尾时段公民憧憬之逐渐政治化，也逐渐趋向于成熟，要求政治社会和正派社会登场，吁求承认政治与尊严政治。仅从法律实证主义和规范论观察，不妨说，现代法制初步成型，其标志是：首先，法律文献大量出台，基本覆盖了社会生活，社会基本生活有法可依。虽说作为市民生活的百科全书的《民法典》尚付阙如，但是，民事法制的基本进程尚算良好。其次，法律的系统化、体系化过程正在进行之中，而且，随着人们对于它的期待趋于正常，反而使得技术性操作有可能从容进行。再次，具有职业司法人员和职业律师阶层的等级制司法初步成型。最后，一个受过学术训练的法学家阶层出现于学术共同体和社会生活共同体，发挥着意想不到的启蒙作用，其于养育法律职业共同体的同时，成为法律理性的坚定守护者。实际上，法学家阶层的出现，在印证了刻下汉语文明人文知识分子的整体性衰朽的同时，表明随同移植型法制而来的法意熏陶下的法学家集团的自由主义价值立场，早已成为中国社会的核心价值。当然，虽说如此，基于下列诸项原因，同样还是在规范实证主义立场观察，距离成熟的法制和真正的法治，尚有相当路程。第一，有法不依成为社会通病，在表征法律的无效和政制的腐败的同时，说明全民性的腐化同样是国中一景。第二，司法不具备独立品格。第三，法律文献的基本品格依然为舶来性质，如何切合现实人生与人心，尚待砥砺。第四，尚有诸多社会生活处于法律真空，特别是私权保护、合宪性审查等领域。从公法来看，作为现代国家治道与治式一体化的宪政文化尚付阙如，更是对此提出了严峻质问。从私法来看，《民法典》之所以迟迟不能出台，不仅是因为转型社会，一切尚未最终定型，特别是涉关社会—政治形态的某些根本制度性设置，如土地所有权定位，尚未走到水落石出的地步，因而难以规则形式提前做出归置和规制；同时，又何尝不是因为基于将自我利益置于邦国整体利益之上，人为阻遏，使得更为深层的社会和政治变革难能启动，有以然哉！特别是产权关系囿于政治安排，无法做出符合市民生活一般交往需要的突破，使得作为市民生活百科全书的《民法典》左右失据，并无深层制度性设置支撑，无法排闼出世。第五，家长式的法及其有限性。第六，特别是缺乏“最高法”的概念及其人性概念和信仰体系，阻碍了法治文化之深植于人

生和人心。

基此，“立法”——以规则反映甚至预先设定事实，并非全然“观俗立法”，依然是今后相当长时期内中国法制的基本进路。此一进路并非上佳之选，毋宁乃不得不然。由此，关于法制或法治之为一种自生秩序，于演进中慢慢长成的定说，与外植的进路如何深融于本土的变迁，而渐渐浑然一体，中国文明近百年的实践，特别是台、港的区域性成功经验和近三十年大陆的摸索，正在并必将对此做出新的诠释，而呼唤一种具有深切历史感和庄敬伦理的法律文化。

## 四、市民立法引发超验追问

上文所论，展示了“中国问题”的法律意义的复杂性，由此决定了现代中国法制进程的一波三折。也正是在此背景下，饶有意味的是，正如晚近西洋国家与法的世俗化进程伴随着财产和契约的超俗化乃至神圣化，一个多世纪以来的中国法的世俗化，如前所述，其实同样伴随着另一种神圣化过程，包括对于个体自主、平权主义、意思自治、私权神圣、私有合法财产神圣不可侵犯、契约神圣等精神价值和法律理念的膜拜，并予以繁复的话语再造。民族国家成为心灵中最为圣洁的供物，也是包括整个东、西方在内的最大的人造神祇；爱国主义成为一种让人热血沸腾的集体认同，反映的是另一种造神运动，另一种以世俗之物反世俗化或者拆解世俗化的努力。凡此一切，总体招供的不外是人世缺失了超越之维，则人世反而失去了放置之所；人世若无神圣价值，则人生顿失意义；法律没有超越之维，则法律亦将不法。总体而言，即无法是因为无天，无天自然无法。这说明世俗化不仅未曾一了百了地解决现代性的全部问题，相反，暴露或者添加了许多新的问题。其中，一个悬而未决、有待解决的最大问题是，人生需要超越性的意义标准和核心价值，关键在于这“意义”和“价值”是什么？以及，“为什么”？“中国问题”内涵的四大指标，即“发展经济一社会，建构民族国家，提炼优良政体，重缔意义秩序”，以“意义秩序”最为艰难而耗时最久，必待前述三项已成而后成，缘由不止于此，而主要在此。

（一）独断论话语与神圣性论断充斥法典

粗略检索晚近三十年的立法便可看到，一方面，随着意识形态的被迫去魅化，因为直接承担着现实的权力规制、提供公共产品的责任，特别是需要有效应对市场化的现实冲击，使得实际的立法和司法不得不直接诉诸权利话语和利益考量，而将往昔的浩远“政治”说辞放置一边。诸如《环境保护法》、《交通安全法》、《食品卫生法》、《自然资源法》、《民刑事诉讼法》乃至于《立法法》等诸多法条的陈述，秉持着高度的现实主义和市场理性，对现实的利益关系予以彻底的法权安排，而以秩序、功效以及衡平作为至高鹄的。如此



这般，进求导向以正义的实现或者有限度的实现为终极目标的进程，似乎是要于现世人生的“厉害得失”算计中坐实浩淼公义的理想，活脱脱展示的正为一种世俗理性主义。

另一方面，载诸《宪法》序言等法律文本中的神圣性论断比比皆是，以彼岸信仰为特征的伪理想图景隐含的是意识形态统辖的内置，而铺展为条文形态。特别是“四项基本原则”入宪，表明对于意识形态符号系统的尊重，为一切游戏划出底线，而保证了执政党对于转型时期的控制和政治稳定，从而形成所谓的“后全能主义型的技术官僚权威政治”。[1] 此种权威政治为经济的高投入高产出提供了基本秩序，并积攒下形成自己的社会基础的中产阶级的财富资源。实际上，所谓“私产入宪”与“人权入宪”同时进行，以及围绕于此而出现的高调争论，记录了中国社会基本力量对比的结构性变迁以及执政者据此做出的战略性调整。实际上，世俗的利益需要为自己配上神圣的说辞，原本逐权竞利的鄙俗行为必须置放于高尚的镁光灯照耀之下，才是有关上述一切“重缔意义秩序”的堂皇实践的隐蔽动机。

（二）向历史记忆和民俗惯性低头与前现代、家父式表述共存

一方面，对于法律理据的说明既诉诸神圣论断，同时却更多地表现出一种世俗理性主义，而一转身向历史记忆和民俗惯性低头认同。另一方面，关于诸如《行政强制法》、《行政许可法》等立法理由的理性说明，常常牵强于诸如“体现了党和政府对于人民的关爱”之类前现代、家父式的独断表述。至于“修宪”这一最具象征意味的重大政体调整行为，更是家务事，不容外人置喙，通过对于左、右两翼的抑制来保障政治设计的垄断性，实现对于整体改革进程的掌控和推进。若果“推进”触及底线，则及时刹车。

2005 年北京市人大常委会关于燃放烟花爆竹，以“禁改限”一言以蔽之的立法，即为佳例。它表明立法者从“改天换地”的宏大话语退守，以对于中国历史文化记忆无可奈何的认可，对于民俗这一集体记忆和认同形式的妥协，而一统于“执政为民”、“建设和谐社会”这一政治意识形态解说，从而，自我解套而解脱。而且，2006 年春节过后，有关各方和全国各地对此作出的多元反应，特别是广东省人大代表以“进步”与“倒退”为帜的叙说，更是将法律的世俗化与神圣化的冲突推向意识形态叙事。[2]

在将燃放烟花爆竹等同于“落后”、“开历史倒车”的叙事背后，潜藏着的是近代中国特有的“革命”与“进步”的单向历史进步观与法律的保守性这一天然固有属性的冲突，是视立法为实现进步的手段这一法律工具论与“观俗立法”这一基本法理的捍格。而将民意区分为“科学的”与“不科学”的

[1] 关于这一政治形态的理述，参详萧功秦：《从发展政治学看中国转型体制》，《浙江学刊》（杭州）2005 年第 5 期。

[2] 有关材料，参详《七代表联名提案：广东允许放鞭炮是“开历史倒车”》，载见 2006 年 2 月 27 日“南方报业网”。并参详笔者 2005 年 12 月 29 日在浙江大学法学院“法律与人文”研讨会上的主题发言：《法律总须体恤人情——对于三项法规立废现象的简要评议》，收见拙著：《六事集》，法律出版社 2008 年版，第 317－324 页。

两类，更是近代唯科学主义的幼稚病在社会历史领域的发作。我们知道，“民意”是一种集体感受与公众情绪，一种感性认同和价值偏向，社会的基本价值和伦理底线与一时一地的舆情常常杂陈其间，常理、常情和乡愿也不免共处一室，恰恰要求立法者慎思明辨，善予甄别，有所取舍，但却与“科学”不搭界。尤有甚者，上述广东人大代表的这种思维甚至进一步延扩至具体的人身特征，而指认“具有一定文化水平和现代意识的人”为进步、科学的象征，将其他自由个体予以类种族主义或者类种姓式归类。经此周折，法律的社会公义价值诉求遂于具体人身特征的指认中一笔勾销。若从“进步”史观立论，这才是地地道道的“倒退”呢！进而，它说明在有关一切法制的争议表象背后，冷不防就会牵扯到终极意义的追问，被迫将“立法”的正当性诉诸一定的“说法”，再深溯至国族悠远而真切之“活法”。

（三）无法回避终极意义追问

首先，一方面，继续以“全民意志”、“共同利益”或者“社会公益”等公义大词陈述法律的合法性；另一方面，法律的利益本质促使政府部门和社会强势利益集团实际上主导着立法，而随着近年来治理模式更多倾向于自政策之治向法律之治的转型，遂出现了利益部门对于立法的公然垄断和强力操纵势头。至于跨国资本之介入立法以主导利益分配格局，早已不是什么秘密。此种情形，亦即有的论者指出的“权力部门化，部门利益化，利益法规化”，[1] 配合以本章前述之“权力的私性化”，正在无情销蚀着对于法律公正价值的大众期待，摧残着关于“法治中国”的公民理想。

因此，大量的行政立法正在成为部门利益的实现手段，甚至于权贵资本的合谋游戏，亟需最高立法机关即全国人大行使合宪性审查权，以平衡分配正义。而这不仅是对于分配正义的公民期待的制度性回应，也是最高立法机关使自己真正成为“最高”的制度契机，而且是民族国家的自保需要。事实上，诸如《邮政法》的修订和《反垄断法》的制定，已经成为部门利益和公、私权界的博弈场所，一不小心，公义大词下销售的便是赤裸裸的利益垄断用心。而《监督法》之所以注定必将是一部“软法”，就在于在此博弈中应该“最高”的恰恰难以名副其实。

综观近年经由立法而进行利益角逐的纷纭现象，可以肯定的一点是，过去主要以左右政策出台为运作导向的利益博弈，今后将越来越多地诉诸立法市场。由此，立法市场可能先于政治市场形成并成为启动政治市场的先导，亦未可知。如果说格劳休斯的“上帝也不能让二加二不等于四”这句名言昭示了近代西方对于法律的神性渊源的解构的话，那么，刻下中国诸如《反垄断法》的制定过程所彰显的赤裸裸的利益垄断用心与权力的狂妄，便是对于前述大词的无情嘲弄，而提醒我们在避免让立法的公义消隐于空洞大词的叫嚣的同时，阻止其沦为强者的盛宴的必要和急迫。

[1] 参详汪全胜：《论立法的正当程序》，《华东政法学院学报》2006 年第 2 期。



其次，饶有意味的是，就汉语法学本身对于法意的阐释来看，多数情形下，一方面伸言法律不过是打理日子的活法，讨一个说法是为了有一个活法，而法律就是一种说法，甚至是一种完全现世主义的政策工具，围绕着人生和人心打转，因而应当体现“民意”和“公义”；另一方面，却被迫诉诸类似于“法律爱国主义”、“法律信仰”这样的表述。同时，也正因为重申法律不过围绕着人生和人心打转，以归置世事来料理人世，因而，人心所向，其情感和价值便不可避免地指向一个更为超越的向度，而使得意义追问排挞而出。其于法政视域的指向之一，便是以“人民”及其“主权”充当最终立法者的启蒙主义，此种思路，由于未曾获得一个将其层层化解的法权政治解释作业、一种成熟的汉语思想历练，使得它至高而至虚，依然不脱“革命”时期或者启动“改革”初期的话语策略水准。由此可见，法权安排作为技术手段对于落实政治理想具有重要意义，要求汉语法意卧薪尝胆，逐渐走向思想成熟和政治成熟。但是，即便如此，其于此刻中国人心中的神圣意味，却不减反增，似乎也是一个明摆着的事实。经此思路，如此这般，当下中国法的超越性意义资源的苍白和现实生活对于这一意义的渴求之迫切，法律的神、俗紧张等等，遂暴露无遗。

尤为突出的是，以“国家的名义”和以“政党的名义”联袂登台，所谓“党和国家”如何如何、怎样怎样所招致的内在理路的紧张，其与“党和国家”自己倡导的法治主义进路的捍格不凿，随着国家利益合法性的转向，更是不可回避，愈益凸显。“三个至上”之突兀而不顾基本逻辑，执意强拧，就在于本根凿枘不投，没办法，只好如此。因而，小而言之，2006 年新春在北京爆发、延续两年之久的有关“物权法草案”究竟是否“违宪”的争论，[1] 表面看来似乎关于物权法的基本价值导向乃至具体技术性条文的争辩，实则涉及包括“改革开放”三十年来的所有法律在内的全部规范系统，特别是近年来一系列关于公私权界及其利益分配的立法，其权贵资本性质随着市场经济的深化而愈益彰显，在此转型时期对于公、私权界和分配正义的调理功效，唤醒了对于“法律究竟为谁服务？”这一似曾相识的问题的拷问，进而涉及到“究竟什么是法律和法？”，“什么样的法律才是优良和公正的人间规范？”，“法律和法度的边际何在？”，“谁有权担当最高的立法者？”的种种追问，以及对于“改革”本身及其政治信念的价值评判。

[1] 事缘北京大学法学院巩献田教授发表在网络、致全国人大委员长吴邦国的一封公开信《一部违背宪法和背离社会主义基本原则的<物权法>草案》，引发民法学界的强烈反弹，导致一场超出法律和法学本身的激辩。随后巩教授并接连发表了《谁？用什么“平等保护“国家、集体和私人所有权？——兼驳《物权法》草案”没有违宪”说》等文，并发表谈话、讲演，民法学者们则似乎觉得正义在胸、真理在手，纷纷披坚执锐，以个人撰文声讨和集体研讨还击等等方式，发表观点，表达愤怒。其间情形，参详周雪松：《物权法草案突然被搁置，引发各方学者大辩论》，载见“法学时评网”www. law-times. net。关于讨论牵缠的更为宏阔的社会、历史背景，也是民法学者未必了了的，参详陈永苗的文章：《物权法与宪法》，《二十一世纪》2006 年第 4 期。并参详“清华法学网”之“清华周刊”关于物权法的讨论专辑，特别是龙卫球教授颇具份量的论文《物权立法的合宪性问题》，见网页 www.law.tsinghua.edu.cn/lawtsnighua/index.asp。

上述分析表明，总体而言，经验现实主义和世俗理性主义似乎正在成为一种主流心态，主导着关于法制安排的基本取向和具体操作进路。实际上，它也是刻下中国的一种基本政治心态和行政思路，一种后全能主义政治体制下法制的自我理论武装。它表明中国政治和法律正在逐渐抛弃十九世纪的西方政治浪漫主义理念和二十世纪的苏式政治实践，而复归到人间，而且是中国人对于现世美好生活的意义定位上。因而，它在讲述一个集体大我为理想而奋斗的百年故事的同时，似乎表明了某种更加“务实”与“开放”的姿态。所谓更加“务实”，正说明“务虚”尚未完全退场，用大词和字纸捂退现实困境，在搪塞中希求延祚，仍然是不得不用的政治策略与法律技巧；所谓更加“开放”，正说明“封闭”或者“垄断”是更为习常的状态，而有待于形成真正的政治市场与立法市场，以消解其内在困境。另一方面，公民的政治热情和参与愿望正在推动着这一市场的发育，其基本指向是要求开放权力，扩大民意表达空间，强化立法的民意基础，建立政治的正义性。凡此种种，展现出当下中国转型时代特有的世俗化、现世化与神圣性的交错、拉锯状态，将当下现实功效诉求与对于超越性价值承诺的两难，和盘托出，淋漓陈述。

正是在此，最为技术性的市民生活立法却终于引发出了对于法律本身及其政治导向的意义追问，乃至于对于超验价值的追问，将工具理性指导下的“可以做，但不可以说”的游戏予以学术化的公开展示，并最后几乎导引向意识形态抉择，彰显的同样是神圣化与世俗性的冲突，似乎非人格的、工具主义的、物质性的法制对于价值追问之承诺与否的“大是大非”。百年来的现代法制进程，亦且不脱此辙。隋炀帝“春江花月夜”诗中尾联，“流波将月去，潮水带星来”两句，仿佛概乎其态。现实推进中的“中国法制”以经验理性应对，曲折现身，正说明非常政治尚未终结，常态政治有待临世，转型社会依然是一切法政叙事的基本语境。当此之际，它更需要的恰恰是自己的超越之维，一种法制的意义世界的建构和显现。

## 五、建构于道德－历史之维中的世俗理性主义

首先，如前所述，伯尔曼曾经指陈现代西方法依然保有神圣性，而且，这种神圣性不是别的，“就是法律的宗教向度。”如果说如其夫子自道，此处的宗教是一种宽泛意义上的、涉及生活目的和意义世界的共同直觉、信仰乃至于献身的决绝，关乎创造与救赎、超验价值、人类本性与命运的共同情感，那么，这也应当是一切信仰体系的共同特性。就当今中国而言，法律的神圣性意义本体不是某种一神信仰，也不是自然神论的超验体，当然更不是某种自命为至高无上的政治意识形态。毋宁，她是一种深蕴于历史本体之中的道德本体，一种展现为道德本体的历史本体。总而言之，它是一种超越于物质自利和政治权力追求的精神本体。这一精神本体作为意义世界，提供了一种



关于生活目的、人类命运和道德理想的超验价值，恰如本书第五章“法律信仰是一种基于深厚情感的理性的确信”一节所论，其要旨在于引导出对于超越性意义体系的公民理想与大众忠诚。我们说法律是一种规则体系，同时是一种意义体系，则“意义”在此，在于法律料理人事而造福人世，将民族国家成员的文化忠诚和公民个体的价值选择善加安顿，一统于宪法爱国主义为核心的法律信仰，为现代中国文明的法制体系提供伦理－政治意识。其中，深切的历史感和庄敬伦理，特别是对于人世善好的光明心态和积极期待，蔚为关键。这是中国历史在现时段的自然展开，也是中华子民在此历史时段实现生命价值的政治自觉形式。也就因此，以基于深切历史感的政治来组织政制，于政治积德中实现邦国天命，浓缩了历史法学和法学历史主义的基本政治抱负。[1]

此间曲折，正如钱穆先生所言，生命是一现实，同时也就是一理想。此种理想与现实，构成世道人心，而存诸历史。每一个体对于生命的践履，形成为生命的个体体验，汇入人类大我的生命经验，而蔚为世道人心。小我汇入大我，才有所谓的不朽。因此，“世道人心，实在便已是中国人的一种宗教。无此宗教，将使中国人失却其生活之意义与价值，而立刻要感到人生之空虚”。[2] 而世道人心存于历史，见诸历史，“无历史，即不见民族意识之所在”，[3] 即不见民族精神之所在，超验的精神本体及其集体直觉和献身云云，顿失寄托。因此，如果说今日中国法的“神俗”紧张之“神”在于此精神本体，此种精神本体即为一种自然之法的话，一种超越于法律之法度的话，那么，这一紧张将会永远伴随着法律的成长，逼使实在之法不断趋近应然之法，将“天理良心”转圜为立法的分配正义和司法的矫正正义的法权安排，特别是实现正义的法权程序安排。

其次，综观历史，可以说晚近法律中这种理性化、世俗化和神圣性的交错与拉锯状态，是所有国族在向现代转型时段所共同遭遇的问题。今日汉语学界喜闻乐见、玄玄乎乎的韦伯学说，即多因应此题而善加发挥。今日“中国问题”的特殊性在于，由于中国法律的近代转型主要诉诸法律移植，自移植而养植，因而，法律的历史、伦理和宗教维度悉付阙如，需要在新的土壤中重新培植。问题在于，所谓法律的神圣性不仅是指法律的合法性安置于宗教圣殿这一神性渊源，而且，如前所述，深涵于历史与道德的脉络之中。而就中国文明语境而言，这就是超验性价值所在。历经“全盘反传统主义”的洗劫和西化浪潮的过滤，凡此“历史与道德”资源在法理层面多所丧失，有待于重申其旨中，阐明其意，揭橥其义。

---

[1] 参详拙文《法学历史主义论纲：命题、理论与抱负》第四节“邦国政治与历史情怀”，载《中外法学》2013 年第 3 期。

[2] 详钱穆：《灵魂与心》，收氏著《灵魂与心》，广西师范大学出版社 2004 年版，第 8，13 页。并参详氏著《中国民族之宗教信仰》，同上，第 22 页以下。

[3] 详章炳麟：《论经史儒之分合》，原载《国风月刊》1935 年 12 月第 8 卷第 5 期，第 193 页，转引自汪荣祖：《康章合论》，台北联经出版公司 1988 年版，第 31 页。

的确，“道德－历史合法性”是中国式政治正义性的重要维度，舍此即无法律的正当性，也无正当性的法。[1]由此，法律移植的过程即为原有神圣性的丢失和新的合法性的再造历史，而一时间难恪其功，新法又不可能没有合法性渊源以为辅助，遂诉诸意识形态，不论它是三民主义还是共产主义，自由主义抑或民族主义。这不仅是中国的经历，实际上也是整个东亚社会的共同遭遇。[2] 而此刻汉语法学需予着手、迫在眉睫的作业，就是重缔中国文明的意义本体，将中国法的合法性安置于以中国“道德－历史”为背景的精神本体的圣殿之上。

再次，需予重申的是，笔者虽然肯认即便经过了近代的世俗化过程，俗世的实在之法依然保有其神圣性含义，即其中国文明语境下的道德－历史之维，但是，这并不意味着，而且丝毫也不意味着连带肯认立法者和民族国家同时领有灵界和俗界的最高权威。法律是“关于神界与人世的知识”，现代法律更希望藉由国家权威发挥引领民众生活的政策导向功能，不等于民族国家作为制定法的唯一源泉垄断了人类的心灵和信仰，法律寄身其中的终极意义和生活目的从来就不是世俗之法的领地。况且，即便是在今日，国家制定法亦非唯一法源。如果我们俯下身来，检索全部的人类法律，依然需予承认的是大量的规则源自习惯法和道德理性的指令，而任何习惯法和道德理性都是特定民族历史的产物，其为民族生活的常态、常规和常例，是因应此时此地此人的生活需要、渐次发育滋长的打理日子的常识、常理和常情。迄而至今，国际化和全球化没有也不可能消弭法律的地方性诉求。在看似任由立法者自由挥洒的表象之下，民族生活这一第一立法者，如同奔流不息的长江大河，牢牢固定着法律之舟的航向。

将法律作为意义体系能够通达精神本体的含义与立法者的世俗身份两清，将一定意义上国家作为伦理本体的位格与国家之为中立者的间架性设计两相剥离，不仅旨在剥夺僭篡第一立法者的一切世俗冲动，而且要求立法者绝对忠诚于这一精神本体，恪守国家的德性，在履行自己的伦理功能时不得逾越个体自由，即个体的道德选择和信仰之绝对不受干预这一自由主义价值底线。法和法律之不同，或者，法律与法度的根本性区别，其意在此，其义亦在此。

第四，也就因此，最后需予指出的是，如果说近世西方法的世俗化与神圣性之间的纠缠，以“传统的祛除”或者“去传统化”（de-traditionalisation）表达了对于宗教性的执意弃绝和流连忘返、欲罢不能，那么，刻下中国法的“神－俗”之间的拉锯状态，反映的则是认同的危机和找寻新认同的精神努力。换言之，即对于中国法的价值世界的建立和中国文明的超越性意义本体的重构。其间，表现为法律信仰的主客体关系，一种对于政治国家的公民忠诚和大众信仰，将会伴随着中国文明超越性意义本体的重构而一并成长。经此努力，上述中国法的“神－俗”对立转换为实在之法永远逼近应然之法境界的道德紧张，法律向法度之归依与永恒进发的努力，而促动、推导着以文化自觉为基础，而以人类的永久和平为职志的中国法的自我发展。其中，立基于历史文化传统的法治体系具有高于现实政治势力的权威性，人类历史必定是一个趋向善好展开的无限自我启蒙进程等基本判断和信念，构成了汉语法学和法学历史主义重申奠立于法治基础之上的全体公民政治上和平共处的可能性，其所营造的以公民相互立法为枢机的人的联合的必要性，以及必将造就一个正派社会和良善人生的现实性的德性资源。

---

[1] 参详蒋庆：《王道政治与共和政体》，见网页 http://www.tszz.com/scholar/jiangqing/jiangqing019.doc.html，最后访问日期 2006 年 6 月 18 日。并收见氏著：《王道政治与儒教宪政》，阳明精舍 2010 年 7 月自印本，第 40－58 页。

[2] 关于法律的理性化和神圣化问题，除前揭於兴中教授的文章外，下列汉语文献值得参考：林端：《韦伯论中国法律传统》，台北三民书局 2003 年版；郑戈：《韦伯论西方法律的独特性》，李猛：《除魔的世界与禁欲者的守护神》，以上两文收见《韦伯：法律与价值》，上海人民出版社 2001 年版。

# 传统文化与中国法治

赵　明*

## 一

当代中国的社会转型绝非“无根漂泊”。

然而，中国社会自晚清以来，一方面直面自身“传统”与“现代”的冲突，另一方面须应对西方现代民主政治与法治文明的冲击。在此双重夹击之下，我们曾经深陷现代政治怨恨之中而严重地迷失了方向，其结果是既没有取得“西化”的成功，又严重丧失了自身的“传统”，确乎走入了无根又无助的尴尬境地。

那么，深厚的精神文化传统能够提供给当代中国法治建设怎样的精神资源和文化涵养？

回首历史，“轴心时期”诸子百家共同完成的精神突破，奠定了影响深远的帝国政制与法制传统，它始终抱持“大同社会”的精神信念，以建构和维持“天下和平”秩序为政治与法制的根本使命，其所追求的政治之“道”重在强调政治家和立法者之内在精神品质和政治德性的培育与塑造，礼仪法度作为外在行为规范在保障现实社会生活秩序的同时，更要担负起培育帝国臣民之内在心灵秩序的重任。它因对“制度”之自由与人权价值的疏于理解而未能修成现代法治文明的“正果”，却可能在当代以至未来的旨在追求“人类和平”的政治实践中重新大放异彩，其前提当然是正视自由精神与普遍的人权价值和意义。

毋庸置疑，西方文明有着基于个体自由和权利的制度建构的深厚传统，不过启蒙运动以来它在价值取向上过于物质性和功利性，乃至于人类理性的张扬竟演变成了对人类生存资源的巧取豪夺，人的德性能力严重下降，生态环境遭遇极大的破坏，人类生存的家园确乎成了“坟墓”和“荒原”；而中华礼乐文明的等级性特征在必不可少的社会分层中顽强地延续了下来，个体自由和权利的精神意识和价值选择被否定了，向被尊崇的政治德性在一定程度

* 北京航空航天大学法学院教授。



上同样成了政治的谎言，传统的“大一统”观念成了专制政治玩弄权术的障眼法和遮羞布，严重压制了个人理性精神和自由意志的成长，最终使得人们在政治和社会灾难面前集体性地丧失反思、判断和抵御的能力。

## 二

现代法治无疑与“轴心期”儒家所追求和倡导的“礼乐文明”模式有着质的不同。

儒家“大同社会”理想所追求的礼制秩序和礼乐文明，显然缺乏个体本位意义上的自由和权利之价值诉求。事实上，“轴心期”诸子百家所崇尚和追求的“道”，有如余英时先生指出的那样，乃是源于古代的礼乐传统，而礼乐传统“基本上是一个安排人间秩序的文化传统”。[1]这个传统“强调社会和谐的理想，虽然这种和谐建立在不平等的基础上。换句话说，这一强调的基础是，每个人准备接受他在一个有等级的结构中的特定地位，尽其最大的努力履行与那个地位有关的社会职责”；它同时“强调大一统，它不但包括政治的统一，也包括思想意识和文化的统一，同时它也为和平、好政府和社会福利提供一个必不可少的基础。最后一个主题所暗示的种种内容可以追溯到周初时代，这在政治上表现为普天之下不能有二主的思想。”[2]

儒家化的“礼刑合一”的传统法制架构，基于帝国内部社会生活秩序的维护和“边患”政治意识的强化，始终具有强烈的军事性特征，不仅容易演化为一种实施统治者专断意志的具有暴力性质的手段，而且容易形成这样的社会意识，即法律不过是一种型构社会生活秩序的消极的辅助手段而已。[3]因此，刑罚世轻世重，甚至措刑而不用，在深层次的帝国政治精神意向中，“天下”秩序之建构力量不在于规范与规则体系的建立，依靠公共理智的客观性而建构法律秩序的意识十分薄弱，倒是特别注重内在德性秩序的培育和塑造，以遏制人性中自然欲望的膨胀，“法律”难以建立起与“正义”、“权利”和“自由”之间的内在道德联系，相反地在道德意识和评价中成了理应规避的“恶魔”，人们即便通过法律而获得了对于自己有利的东西，也往往不是通过法律本身而论证其正当性。

## 三

尽管如此，以儒家为中心的传统文化对于当代中国法治建设仍有着重大的启发意义和精神价值。首要启示或许就在于，人们对现实的真正关怀不可能不涉及到自身的历史和精神传统。诚如雅斯贝尔斯所说：“人类集团和人类

[1] 余英时：《士与中国文化》，上海人民出版社 1987 年版，第 107 页
[2] 崔瑞德、鲁惟一编：《剑桥中国秦汉史》，杨品泉等译，中国社会科学出版社 1992 年版，第 28 页。
[3] 参见赵明：《重评礼刑合一的法制构架》，《法学研究》2013 年第 4 期。

能变成一种秩序，它只有通过代代相传，才是历史的共同产物。秩序给一切人实现其潜力和表现其局限的机会。”[1]孔子儒家之所以能够提出影响深远的重建“礼乐文明”秩序的思想，一个重要原因在于思想家们绝不是历史虚无主义者，他们恰是通过反思传统而开示出解决现实问题的精神方向的，他们不是非理性地否定传统，而是承接、阐释和开新了传统。[2]历史是现实的有益借鉴，是智慧的活水源头。孔子坚信，人非生而知之者。人不可能一眼看穿生命全部过程的奥秘，不可能准确无误地预见自己未来的所作所为及其后果，他只能在模仿、习得和重复着前人生活经验的基础上开始自己的生活，并尝试着新的生活方式，开辟着新的生活道路，他的新生活的尝试是在某种理念和理想的精神指引下进行的，而实际的生活则是对这种理念的证实或试错，他是在曲折和回复中艰难前行的，这就是人的自由，也是人的权利。用“轴心期”儒家的话语表达乃是“周虽旧邦，其命维新”。我们由此可以洞见孔子“述而不作，信而好古”立场的深邃意蕴。

## 四

与此同时，我们更应清醒地认识到，“轴心期”儒家的思想和学说在帝国文明两千多年的历史演进中，早已积淀而为中华民族深厚的精神传统，它从最深层的意义上昭示了我们今天政治与法制建构的精神方向，当代中国法治文明的精神前提其实是传统“给予”的。

传统已经不可能为我们提供直接的技术性资源，但我们却可以通过对它的理智反思而获得最为实在的精神性启示。它启示我们，要成功构建现代法治文明最应该注意的究竟是什么。“轴心期”儒家所追求的“礼乐文明”无疑是一个和谐而有序的社会，但其“和谐”是礼制秩序的和谐，它在精神实质上是抹煞明确的个人权利界限的；其“有序”是有等级差别的秩序，在精神实质上则是否定个体人格平等的。它的实现最终诉求于政治中人，即“圣人”和“君子”的道德修为与心性塑造，所谓“克己复礼为仁”，诉求于每一个个体的“孝”、“悌”、“忠”、“恕”。此乃直面“礼崩乐坏”局面的儒家吁请人们必须倾听的“教言”。

马丁·布伯强调：“教言之路并不是知识发展之路，而是人类生活中纯粹实现之路。”“正如它把道看成是道路一样，它也把道看成是统一生活的根据和意义，是一切的根据和意义。”[3]在当时的历史情景下，这是合理而有益的“教言”。诚如本杰明·史华兹所指出的那样：“假如在孔子那里，‘中国古代哲学家也分享了现代西方哲学家对于语言的强烈兴趣’，那么，这与对于语言

[1] 雅斯贝尔斯：《历史的起源与目标》，魏楚雄、俞新天译，华夏出版社 1989 年版，第 242 页。
[2] 参见赵明：《在尘世安顿人生——走进孔子的思想世界》第八章“倾听历史足音”，北京大学出版社 2013 年版。
[3] 马丁·布伯：《道的教言》，刘杰译，《哲学译丛》2000 年第 4 期。



的错误信任几乎毫无关系。他自信属于一个普世的文明，该文明是由已经在人类历史经验中实现过的、真正规范性的‘道’所支配的，这种自信又导致了他更进一步的信心：他相信，被用来描述‘礼’的具体规定的、社会中的制度和规范性角色的既定语言，准确地反映了事物的规范性本质。语言就其自身而言，一方面隐藏了真正的秩序，另一方面则反映了真正的秩序。因而，这个危机并非语言的危机，而是人类错用和扭曲语言的危机。因而关于家庭和社会角色的语言，例如那些指称父亲、统治者、儿子或大臣的词语，并不仅仅指称赤裸裸的生物学和政治事实，而是如同在某些现代社会学流派之中一样，每一角色都是它自身的角色—规范的承载者……关于人们应当如何去按照人们的角色而行动的知识是现成的，人们不必为了发现使用‘大臣’这个词的真正含义而参与到痛苦的辨证推理过程之中。关于好大臣的行为规范要求，历史文献为我们提供了很多的典范，而且有生动的描述……假如在使用语言时不遵守其所隐藏起来的正确意义，那么，整个人类秩序就会涣散……（孔子）不断地劝诫其他人保持沉默，言谈中保持小心翼翼的态度，强调行动胜于言谈等等，这一切并非出于对于语言的不信任，而与人们在一个堕落的世界上恶意地错误使用语言有关。”[1]但同样不可否认的历史事实是，人们在倾听和践行这种“教言”的同时，也在积淀着严重的“圣王”情结和“救世主”情怀，为专制集权和个人崇拜提供了精神支持，“吾日三省吾身”的自我人格净化最终蜕变为内在心性的自我泯灭，乃至于集体性地丧失掉政治理性和法制意识。

因此，在当代中国，人们正是通过反思儒家传统和晚清以来的历史际遇，越来越理性地认识到了基于个人自由和权利之上的法律制度对于文明共同体的建构性意义和价值，“法治社会”乃是这个文明共同体的恰当表称，作为政治理念，它不再仅仅是一种道德的理想主义。

## 五

中西对照，同样孕育于“轴心时期”的西方文明之精神传统，尽管和儒家一样有着“世界和平”的人类“大同”理念，但在价值取向上东西方两大文明的确存在着巨大差异。

无论是古希腊哲学思想所代表的世俗理性，还是基督教宣扬的启示真理，都对个体性存在的合法地位给予了高度肯定，它无论如何也不会去否定一个个体及其独立存在的价值和意义，尤其是基督教文明倡导的“上帝面前人人平等”原则，无疑是基于肯定自由意志以及个体的理性判断能力之上的；尽管康德放弃并批判了中世纪神学立场和世界观，但他在回答“什么是启蒙”问题时仍然强调的是独立地运用每一个人内在的理性能力。个体的自由意志

[1] 本杰明·史华兹：《古代中国的思想世界》，程钢译，江苏人民出版社 2004 年版，第 91-93 页。

意味着自主选择，而自主选择则内在地要求个体承担自主选择的后果，这就涉及到了责任问题；能够为自己的自主选择负责，在西方思想家们看来，这才是真正成为一个人的根本标志。西方文明作为一种“成人”的文化，恰恰是将责任意识、义务感与自由的法权意识相提并论，由此而孕育出发达的现代民主政治和法治文明。

不过，西方文明尤其是现代民主政治和法治文明虽然强调了个人的自由意志，但与此同时也否定了上帝的自由意志，它属“人义论”而非“神义论”。根据神义论，一切都是上帝自由意志的结果，作为个体的人降生在这个世界里，虽有“欠缺”，但确是一个无辜的存在；“罪”与“罚”乃是一个根本的神学问题。当强调人作为世俗存在的自由意志而否定上帝的自由创世意志时，也就意味着否定一元的整体性价值世界。社会思想家韦伯一针见血地指出，现代西方人的精神世界由于否定了一神之尊（即一元价值），而必定导致所谓的价值多元化，必定出现在“去魅”之后的“诸神之争”。上帝被否定了，人自己却成了上帝，而个人承担责任的能力又的确是有限的，“自由”原则所必定导致的“平等”追求，在生活的现实世界演化为“诸神之争”的混乱局面——每个人都是“一元”，没有什么高贵与卑贱之分，这最终必将导致人在精神世界里的价值亏空。诗人作家们所描述的“空心人”、“稻草人”、“荒原狼”乃是典型的现代人形象——一个没有灵魂的躯壳，哲学家尼采据此判定现代西方文明的精神症候就是虚无主义；韦伯等社会学家深刻地感知到的是一个没有良心的技术专家盛行的时代，唯利是图乃是现代性的重要表征，道德良知被无情地放逐了。

与此相关，现代西方政治被人们极大地贬抑和丑化，政治丧失了它的尊严和神圣性，政治中人被严重滑稽化的同时，贪污、腐化、堕落成了人们厌恶而又无可奈何的现代社会之普遍现象，法律成了拯救时代弊病的救命良方，甚至成了唯一的救命稻草。这是现代特别是当代西方哲学家开始他们新一轮思想道路的出发点，成为其反思和批判的对象，乃至于西方现在走到了一个所谓“后现代”时代，即反思现代化所造成的现代性精神困境的时代。

## 六

在此语境中，当代中国要成功实现社会转型，其所追求的法治文明，一方面必定具有“民族性”的历史内涵，另一方面又必须具有“人类性”的世界关怀。

就前者而言，它标志着在反抗西方殖民侵略过程中所开启的政治和法制之现代转型在精神方向上的最终确立，以及政治实践理性的完全成熟，这意味着在走出基于现代政治怨恨的闭关锁国和法制虚无主义状态的同时，必须结束帝国政治传统所遗留下来的轻视甚至否定个体正当利益诉求的说教式与



特权式的社会治理模式，而强调通过既尊重人们正当的法权诉求又有利于凝聚人们的政治责任意识的制度创新，以推进和实现中国社会的现代转型，这种制度创新的关键在于民主政治和法治文明的建设。《中国法治建设》白皮书开篇如是说：“法治是政治文明发展到一定历史阶段的标志，凝结着人类智慧，为各国人民所向往和追求。”这是对法治作为政治文明的历史性和普世性特征的宣示。如果说，强调法治作为政治文明的历史性特征，意在赋有尊严地肯定中华法系对人类文明演进的独特贡献，并对自晚清以降一个多世纪中国社会之现代转型的曲折和艰辛给予理智的分析和判断；那么，强调法治作为政治文明的普世性特征则表明，“走向法治”已经不再是应对现代西方政治文明之挑战的一种姿态和策略，而是作为中华民族实现现代社会转型在价值立场和精神方向上的自觉选择与政治决断。

就后者而论，深受西方殖民侵略之苦的中华民族，自其现代社会转型伊始就对帝国主义和强权政治深恶痛绝。历史地看，帝国政制尽管凝聚了各大文明区的政治意志，使得人们渴求的安全与稳定的秩序在很大程度上转变成为现实，但却是“专制主义的稳定的和平”，并且它始终“运用暴力保护自己”，并最终造成了思想的僵化和精神创造力的衰退；确乎如雅斯贝尔斯所指出的那样：“从公元前 200 年以来，伟大的政治和精神的联合及教条主义形式已经占据了阵地。轴心期以巨大国家的形成而告终，大国以强力实现了统一（秦始皇帝统一的中华帝国，印度孔雀王朝和罗马帝国）。从多个国家到大帝国——世界帝国的伟大转变发生了。世界帝国指的是包括那时三个地区已知的整个世界进程，在那个时期，它们同时发生，而几乎完全互不了解。到处发生了值得注意的质变，精神的自由冲突似乎已变得停滞不前，其结果是意识的丧失。自轴心期过去之后，只有少数合乎时宜的思想可能性和精神杰出人物，被利用来传递精神的一致性、荣耀和与新国家当局的协调。帝国的思想以根据宗教造成的形式实现。由于出现了水平下降到群众文化，以及保守贵族的崇高的但不自由的精神，造成了大帝国的精神僵化的长期持久阶段。世界仿佛堕入了长达数世纪的昏睡，还伴随着巨大体系和木乃伊的绝对权威。”[1]也就是说，帝国意识与现代法治之“人类性”的世界关怀水火不容。

## 七

当代中国“走向法治”，应该是基于深切关注现代人类的生存处境而作出的理性判断和选择。

事实上，现代科学技术的高度发达和不断取得的新成就使得人类的全球化交往成为现实，不仅是经济生活，而且包括政治、军事和文化等各个领域都呈现出这样的不可逆转的发展趋势和现实前景，即“人类整体的共同的历

[1] 雅斯贝尔斯：《历史的起源与目标》，魏楚雄、俞新天译，华夏出版社 1989 年版，第 221-222 页。

史开始了。统一的命运控制着人类整体。全球四面八方的人们都能互相理解。”[1]

然而，科学技术本身却没有给人类和谐与世界和平秩序提供精神信念的基础，相反地强化了全球性灾难之难以控制和避免的巨大忧患意识；科学技术本身是无罪的，借助其力量而追求强权政治意志之实现的可能性却是存在的。因此，当代国际政治为了有效地建立全球秩序，人类的确需要新的精神基础的奠定和政治共识的达成。

儒家抱持的“己所不欲，勿施于人”、“己欲立而立人，己欲达而达人”之精神信念，确乎应该转化为世界和平秩序建构的“金规则”，它拒绝“世界帝国”的任何企图，而与康德的“永久和平”论心心相印：“世界秩序必定是国内政治自由的延续化和普遍化。而二者都只有通过把政治秩序限制在存在的问题上才有可能。在存在的水平上，问题不是发展、铸造和总体上实现人性，而是或可能是所有人天生所共同的东西，它是超乎所有差异、信仰和世界观的分歧之上的把人们联结在一起的东西，那就是普遍的人性。”[2]

[1] 雅斯贝尔斯：《历史的起源与目标》，魏楚雄、俞新天译，华夏出版社 1989 年版，第 220 页。
[2] 雅斯贝尔斯：《历史的起源与目标》，魏楚雄、俞新天译，华夏出版社 1989 年版，第 225 页。



# 比较法研究中的中国法
## ——关于法律地位和权力组织形式的思考

朱景文*

**内容提要：**在比较法研究中，中国法一直占有重要地位，但在占主流的西方比较法文献中，西方法是正统，中国法只处于边缘地位。本文集中在法律地位和权力组织形式两个问题上。法律在社会中不占主导地位，一直是西方人眼中中国传统法的主要特点，由于家族关系因素，国家正式的法律不易进入，中国缺乏西方那样的形式理性的法律制度，是落后于西方的一个主要原因。西方学者认为，中国传统法具有专制主义、集权主义的特征，这同中国的“治水社会”的历史有着密切联系。改革开放以来中国经济与社会的发展对西方有关中国法的观点以及法律和社会发展的模式提出了挑战。本文提出，在法律地位和集权与分权问题上不应把中国法与西方法绝对对立起来，西方和中国在处理熟人关系和陌生人关系，应对正常状态和非常状态问题上有许多相近之处，它们是中国与西方共同面对的问题。把中国法研究放在西方各种法律进化模式中虽然具有参考价值，但终归是靠不住的，而应转到以问题为中心轨道。

**关键词：**比较法；中国法；法律地位；权力组织形式；法律进化模式

## 一、中国法地位的历史回顾

在比较法研究中，中国法一直占有重要地位。美国学者威格摩尔（J.H. Wigmore）曾经把世界各国的法律体系按照出现的时间顺序分为十六大法系，中国法系是排在埃及法系、梅索不达米亚法系、希伯莱法系之后出现的第四大法系。[1]日本学者穗积陈重的五大法系的划分包括大陆法系、普通法系、远东法系、印度教法系和伊斯兰法系[2]；后来他又对此作了修正，加上斯拉夫法系和犹太法系，从而形成七大法系的说法。无论五大法系还是七大法系，以

* 中国人民大学法学院教授。感谢我的同事中国人民大学法学院马小红教授和尤陈俊博士对本文初稿的观点以及所使用的资料提出的宝贵意见。
[1] See J.H. Wigmore, A Panorama of the Law Legal System, St. Paul, 1928.
[2] 参见何勤华：《穗积陈重和他的著作》，载穗积陈重：《法律进化论》，黄尊三等译，中国政法大学出版社 1997 年版，第 1-8 页。另参见百度百科穗积陈重词条，http://baike.baidu.com/view/2212647.htm

中国法为中心的远东法系在其中都占有重要的地位。

但是，在占主流的西方比较法文献中，西方法是正统，中国法只处于边缘地位。上世纪中后期西方比较法著作中最有代表性的是法国学者达维德(Rene David )和德国学者茨威格特(H. Zweigert)和克茨(H. Kotz)的对法系划分的论述。达维德把世界各国法律体系分为三大法系，即罗马-日耳曼法系，普通法系和社会主义法系，这三大法系都是来源于西方，大陆法系和普通法系毫无疑问是西方的，而社会主义法系指的是苏联和东欧的法律体系，原属于斯拉夫法系的范围，起源于西方，特别是东正教的传统，亚洲的社会主义国家则是受到苏联影响的。除了三大主流法系之外，达维德的法系划分还包括“其他法律体系”，主要是印度教法、伊斯兰法、远东法、非洲法，其中远东法主要包括中国法和日本法，他把它们都看作是混合法，即传统法与社会主义法或西方法的混合。[1]茨威格特和克茨将达维德的三大法系演变为八大法系，虽然非西方法，包括远东法、印度教法和伊斯兰法作为独立的法系与西方各个法系平列，但是对每个非西方法的论述只有区区几页，而西方法的论述哪个也有上百页的篇幅，中国法显然是被边缘化的。[2]这种边缘化固然和西方主流比较法学界对中国法的了解程度有关，无论是达维德还是茨威格特、科兹，他们都不懂中文，对中国法的了解都是来自二手资料，但更主要的是由于相对于西方主流法律体系中国法在当代的地位和影响。

中国法的边缘化也与世界对中国的了解以及中国学者研究的国际化程度有着直接的关系。上世纪 70 年代开始编辑的《国际比较法百科全书》共十七卷，其中第二卷《世界各国法律体系》（达维德主编）的中国法部分并不是由中国学者撰写的，而是由日本学者撰写。[3]即使 80、90 年代，这种情况也没有明显改变。90 年代澳大利亚坎贝尔（Tom Campbell）教授编辑的大型系列丛书“法律和法律理论论文国际图书馆”（The International Library of Essays in Law & Legal Theory），分为学派、领域和法律文化三部分，共几十卷，但全书几乎找不到什么中国学者的论文，只是在《马克思主义法学》卷中收录了复旦大学李昌道教授的《法的继承性与阶级性》一篇论文。[4]可见当时中国学者的研究被世界的认可程度。

中国法的这种边缘地位是由于多种原因造成的。首先，中国地位使然。一个国家法律在世界中的地位决定于这个国家在世界上的总体实力。[5]中国是世界四大文明古国之一，创造过灿烂的古代文明，其法律文化也占有重要的

[1] 参见达维德·勒内：《当代世界法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社 1984 年版，第 23-32 页。
[2] 参见茨威格特，克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，贵州人民出版社 1992 年版，第 121-141 页。
[3] See Rene David ed., The Legal System of the World : Their Comparison and Unification, Ch.1, Vol II, International Encyclopedia of Comparative Law, Mohr Siebeck and Martinus Nijhoff Publishers, 1970
[4] See Csaba Varga ed. , Marxian Legal Theory, Dartmouth Publishing Co., 1992
[5] 虽然不能绝对地说国力强法律必然强，因为在历史和现实中确有国力很强但并不是靠法律而是靠道德、政策，靠法术势相结合的作用；法律强国力也未必一定强，无论中外许多重要法典的编纂不是发生在盛世，恰恰发生在乱世。大量的事实说明，国家到了江河日下之势，统治阶级用什么手段，包括法律本身是无法挽救它的衰败的。但是毕竟法律的地位与一个国家在世界的政治影响直接相关。



地位，通过儒家文化也影响了周边国家，从而形成了以中国为中心的中华法系或远东法。在中国未打开国门之前，中国法对最早接触中国的西方传教士和受到他们影响的启蒙思想家如伏尔泰等人还带有某种神秘的色彩。但是这种情况到了 19 世纪中叶，随着西方文明的兴起、西方列强对中国的入侵，发生了很大的变化，中国国力江河日下，过去引以自豪的中华文明连同它的法律文化一起越来越不能独立自主地应对时代的变迁，从清末变法修律开始不得不引进西方法。似乎现代中国法不同于传统法的一切特点都是来自西方，保留下来的成分，似乎也是妥协或改革不彻底的产物，将来或迟或早总要改。中国法失去了自主性，是被边缘化的主要原因。

其次，中国法的边缘地位也与中国学者自身的国际化程度密切相关。今天，我们经常说的“话语权”就是这个问题。话语权实际是一个国家的学术界在国际社会的发言权，学术越强大，话语权就越大，这是有客观标准的，不能自说自话。你所讲的在国际社会是否有人听，其引用率如何，就是话语权客观表现的一个方面。话语权当然有意识形态性，在人文社会科学领域中西方把持的话语权的意识形态性十分明显。但是，学术的话语权归根结底决定于它所依赖的社会生产方式及其所决定的文化结构，是否代表先进生产力，是否代表先进文化。一般来说，占主导地位的生产方式和文化结构必然拥有相应的学术话语权。不可能想象，一个民族积贫积弱，已经过时了的生产和生活方式，会在学术上拥有话语权。值得注意的是，在西方拥有话语权的领域，非西方国家要拥有话语权，往往首先要把自己的研究纳入到西方话语体系中，在这个体系中争得一席之地。这就要求，非西方学者首先学会了解这个体系，用这个体系所具有的一套符号系统说话，用世界或西方的眼光来研究中国法。而在改革开放前，在封闭的情况下，对于中国学者这几乎是不可能的。再加上语言的限制，中国学者懂外语的和国外学者懂中文的都有限，所以很难把中国法的实际情况让国外了解。即使翻译成外文，语言通顺，但是词不达意，国外很难理解所说的究竟是什么。改革开放前，中国到国外学习的学者极其有限，而且主要集中在前苏联和东欧国家。中国法学真正对外敞开大门是从改革开放以后开始的，派遣了大量的留学生和访问学者，他们的足迹踏遍世界主要法系，从而使外国学者有更多的了解中国法的机会，与此同时其他国家和地区也派遣了大批的学者到中国来，通过在中国的实践，不仅学会了中国语言，也熟悉了中国文化，中国法对他们不再是深不可测的异物。但是相互了解毕竟是一个过程，中国法的过去和现在的真实状况时至今日仍然被一些似是而非的观点所左右，即使中国学者自身，许多人也难免受到这些观点的左右，对中国法的误读在改革开放以后甚至现在仍然在所难免。

再次，中国法的边缘化还决定于国外研究中国法的学者的地位。在国外汉学界真正研究中国法律的很有限，由于语言特别是古汉语的缘故，远远要

比研究西方其他国家的法律难得多。[1]如果从实用角度，国外研究中国法的学者大多对中国的涉外法律感兴趣，为了同中国做生意，需要了解中国法律有什么规定；其次可能涉及到自己所研究的某个具体法律领域，如民商法、行政法、刑法等；而对一般性的社会政治哲学问题，对研究中国法律文化不下很长时间的功夫，接触中国的典章制度、档案、典籍，体验中国的风土人情，几乎不可能，因此很少、很少。许多研究中国法的学者的献身精神是值得钦佩的，他们娶了中国的妻子，与中国文化耳鬓厮磨，与中国法研究事业一荣俱荣，一损俱损。但是一般来说，除了中国法的专业之外，在其他领域，他们并不是本国第一流的学者，因此对学界主流影响力有限。当然，也有一些有影响的主流学者，出于对比较研究或全球性制度框架的设计，也涉猎中国法领域，把中国法作为他们宏大叙事的一部分，像孟德斯鸠、马克斯·韦伯、昂格尔等，他们的影响另当别论。但他们对中国法的研究仅仅是涉猎而已。

## 二、中国法的特点：法律在社会中的地位

（一）传统的观点：法律不占主导地位

西方对中国法的研究有一个特点，就是把西方法作为参照物，研究中国法不同于西方法的特征。因此，研究中国法的西方学者，这种对比性是十分强烈的。有时，这种对比性是以西方法的优越性为前提的，以此证明中国法的落后和缺陷；后来随着对西方法本身的批判，如西方的批判法学，法律与发展运动，法律与社会运动，也随着文化相对主义的兴起，有时又把中国法的某些特征作为矫正当代西方法弊端的药方。

西方学者对中国法的研究涉及方方面面，就整体评价而言大体包含两个相互关联的问题，一是法律在社会中的地位，另一个是权力的组织形式。

就法律在社会生活中的地位而言，长期以来都存在一种对中国法的评价，即中国法律在社会生活中不占主导地位。马克斯·韦伯提出，中国的统治精英不是通过正式的法律或普遍的道德准则将其权威合法化，而是完全以家长的方式处理事务。恰恰是氏族制度、家族制度使封建王朝颁布的法律作用受到亲情、血缘关系的限制。韦伯从城市与农村的关系比较中国与西方法律作用的差别。在西方城市是政治中心，而在中国城市对农村不像西方那样居于支配地位，城市居民尤其是富裕居民与氏族的纽带没有断绝，与其氏族、祖庙、祖产一直保持联系，也因此与其家乡所有重要的祭奠和人际关系都维持着。[2]也就是说，古代中国法律的控制面有限，在农村地区大量的社会生活为家规、族规、习俗所控制。

[1] 美国学者布迪和莫里斯指出，西方汉学家中，除了早期的少数人以外，绝大多数缺少法律方面的训练，或者对法律不感兴趣；阅读中国文献时，在语体和词汇上遇到巨大的困难。参见 D. 布迪，C. 莫里斯：《中华帝国的法律》，朱勇译，江苏人民出版社 1992 年版，第 1-2 页。

[2] 参见马克斯·韦伯著，简惠美译：《中国的宗教——儒教与道教》，载《韦伯作品集 V，中国的宗教，宗教与世界》，广西师范大学出版社 2004 年版，第 29-334 页。



在达维德和茨威格特与科兹的著作中都把法律在社会生活中不占主导地位视为中国法或远东法的主要特征，从而形成与西方法甚至印度法、伊斯兰法不同的最主要的之处。在他们看来，法在西方文化中是正义的象征，而在传统中国具有负面意义。达维德认为，“在中国人看来，法远不是秩序的条件和正义的象征，而是专断的工具和混乱的因素。良民不应该想到法，他应该按不主张权利又不打官司的方式生活。人们第一件操心的事不应是守法；每个人的行为与任何法律考虑无关，应不停顿地寻求协调与和睦。和解较之起诉更有价值，与其用法来解决争端，宁可用调解来消除争端。”[1]

美国学者昂格尔用习惯法或交往法（interaction law）来形容实在法没有产生之前的状态，而中国在进入中央集权的国家之前即春秋战国中期（公元前 6 世纪）以前就处于交往法的阶段。所谓交往法，即法律是从人们的相互交往中产生的， 它不是实证的，而是自发的，不需要把它们固定下来；它不是公共的，国家与社会没有分离，它完全是自然而然的产生的秩序，不需要国家通过特殊的组织从外部施加某种力量颁布和实施。在他看来，春秋战国中期以前的古代中国社会是典型的等级社会，“礼”具有明显的交往法的特征：第一，礼是社会的等级体系和政治结构的反映；第二，礼是特殊社会条件和地位的内在的习惯形式；第三，礼不是实在的规则，甚至根本不是规则，离开了具体的条件和情境根本无从理解，虽然人们能够破坏礼，但无人能制定或创造礼；第四，礼涉及到社会生活的所有方面，但它不是公共的，不是国家制度的产物。[2]

许多外国学者提出，不仅古代中国是如此，即使在中国共产党夺取政权以后，这套传统仍然植根于社会的内在结构之中。美国著名华裔学者李浩（Victor H. Li）70 年代曾经写过一本书《没有律师的法》，研究毛泽东时代的中国法律制度。他提出，中国法存在着与西方法不同的内部模式。所谓内部模式是中国社会内部自生的，它不需要专业的解决纠纷的人员，通过社会自发产生的机制，如村长、家长、以前的乡绅、后来产生的村民委员会，按照传统的乡俗和习惯，通过调解就可以把纠纷化解。这样做既不花钱，省时，又不至于撕破脸皮。与内部模式相对应的是外部模式，则是通过法院解决纠纷的模式，它不是自发的，而是从外部输入的。早在民国时期就建立起这种模式，民国政府曾经通过立法推行这一模式，虽然编纂了“六法全书”，但在实际解决纠纷方面外部模式的影响有限。人民共和国成立以后通过司法改革改造了国民党政府留下来的司法人员，使这一模式的执行缺乏专业法律人员，新培养的法律人员又经常参加各种政治运动，不久自己也受到批判。因此，虽然法院系统已经建立，但实际上所起的作用极其有限。大量的纠纷还是通过内部模式解决。所以现代中国和古代中国一样，法律即使建立起来，仍然

[1] 达维德·勒内上引书，第 31 页。

[2] See R. Unger, Law in Modern Society, New York: Free Press, 1978.

是一个法律不占主导地位的社会。[1]应该说，对中国法的这种评价虽然不乏理想主义色彩，但在相当长的时期都是负面居多。许多西方人因此预言，中国要实现社会的现代化，必须使具有公共性、实证性的法律占主导地位，必须实现从传统法向现代法的转变。

但是，必须指出，上述对中国法的评价是以社会和法律的单一的、线性的进化模式为前提的，而这个模式以西方法律与社会的进化模式为蓝本。正像当年梅因提出的“从身份到契约”的进化一样，这一模式是否正确概括了西方法的发展，在这个模式之外是否还存在着其他模式，似乎都是不言而喻的，从来没有被怀疑。中国法律与社会的进化，中国法律的发展路径正当与否也完全以这一模式为判准。

然而，西方学术界也并非铁板一块，虽然一部分学者仍然把从传统法到现代法的进化看作是无可争辩的前提，但是在西方学界内部也有些学者对这一模式提出挑战，在文化多元主义和法律社会学研究中一些西方学者对中国法的深入研究从一个侧面推波助澜，深化了对法律与社会发展模式的研究。我们可以把对这一模式的评价分为两个方面。一个方面涉及到对中国模式的概括，传统中国社会是否是一个法律不占主导地位的社会。这里涉及到对“礼”的看法，也涉及到中国人是否“厌诉”的问题。另一方面的批判涉及到交往法对社会发展的影响是否一定是负面的？交往法的模式是否必然随着社会的进化、法律的实证化和公共化而被淘汰？前一方面的评价主要涉及到历史，而后一方面的评价主要涉及到现实。

（二）历史：中国法的范围与厌诉文化

首先我们关注历史。把中国古代社会概括为一个法律不占主导地位，而主要靠“礼”调整的社会是否有根据？哈弗大学的安守廉（Willianm Alford)教授直接针对昂格尔的观点指出，在秦统一中国之前很长时间中国就出现了具有公共性和实证性的法律，例如《尚书》中所记载的商代、周代的法律，因此昂格尔的论点是缺乏历史根据的。[2]

礼与法的关系实际上一直是中国思想史上争论的主题，把礼简单地看成是法的对立面，是非实证化的道德、习俗，这种观点似乎过于简单了。这里首先涉及到西文 law 翻译成中文的译法。在西文中，作为国家制定或认可的行为规则，law 不仅包括制定法、判例法，还包括习惯法。按照这一标准，在中国不仅仅法即“刑”而且“礼”都具有这样的属性。因此，只把 law 翻译为法或刑是不全面的。实际上严复在翻译孟德斯鸠的《法的精神》（法意）一

[1] See Victor H.Li，Law without Lawyers，A Comparative View of Law in China and the United States, Boulder: Westview Press, 1978.

[2] 参见安守廉：《不可思议的西方——昂格尔运用与误用中国历史的涵义》，高鸿钧译，载高道蕴等编：《美国学者论中国法律传统》，中国政法大学出版社 1994 年版，第 47-49 页。当然从逻辑上说，我们也可以赞成昂格尔的观点，即把习惯法或交往法作为一种“理想类型”（ideal type)，因为各种法律类型在不同的历史时期可能交织在一起，很难找到一个时期只存在一种类型的法，可以说，在中国最早的历史时期习惯法或交往法占有主导地位。从历史视角，人们一般也把“铸刑鼎”作为法律公开即具有实证性的标志性事件，此事发生在公元前 576 年，因此昂格尔的主张也是有一定根据的。



书时，就意识到这一问题：“西文‘法’字，于中文有理、礼、法、制四者之异译”，[1]“西人所谓法者，实兼中国之礼典”[2]。美国学者史华兹（Beniamin I. Schwartz)也指出：“礼被译为 propriety, 而法则被译为 law。基于这种翻译，人们可能认为，在中国对于‘法’的任何讨论，都围绕中文‘法’这一概念。不幸的是，实际情况颇为复杂。”[3]在他看来，礼包含着支配人与神、后人与祖先、人与人之间关系的众多行为规范，君臣父子人伦关系的行为准则，既包含着类似于西方的理想法观念，又包含着道德榜样的力量，还包含着大量的涉及可归于西方民法或私法的内容。而中国的法字则只代表制裁、刑罚。显然要比西文的 law 的含义窄得多。当然可以把礼理解为习惯法或者交往法，在这种意义上说礼不具有实证性和公共性是可以的。但是，礼不限于习惯法，在礼与刑的关系方面，礼又是起着指导作用的原则。所谓“道之以政，齐之以刑，民免而无耻。道之以德，齐之以礼，有耻且格”[4]，所表述的正是礼、德对政、刑的指导作用。用今天的话说，礼属于法的原则的范畴。

讨论礼与法的关系还要注意时间维度。孔子之礼不同于三代，而汉之礼更是有别于先秦。如果说在春秋战国时期礼与法的对峙还有意义，即公开化、实证化的“刑”，“铸刑鼎”是否破坏固有的周礼；到了汉代以后，引礼入法，礼法结合，法律儒家化已经逐渐成为一种趋势，同春秋战国时期的儒家与法家的争论已经大不相同。[5]因此再说中国法律不受礼的约束，不存在一种类似于西方的自然法观念，可能就站不住脚了。至于礼是否完全是自发的，礼的产生是否完全不以立法者的意志为转移，所谓人们可以破坏、不遵守礼，但不可能创造礼，似乎表明礼的自发性，但是同样不尽然，否则如何理解“周公制礼”?不同的等级有不同的礼仪，乘不同的车辆，穿不同的服饰，难道都是自发的吗？值得注意的是，一些西方学者在把中国放到他们的宏大叙事中去的时候，不是从史实出发，而是从逻辑出发，不是从史实中发现逻辑，而是相反，削足适履，让史实满足逻辑的安排。

关于中国人厌诉也是一个长期以来西方人看待中国法的定式，也关系到对法的负面评价。厌诉与好诉，本来就是一个依时间、地点、条件而变化的问题，对厌诉不加分析做负面的评价，在一定时期、一定语境下可能有积极意义，但是经不住历史考验，今天的西方用替代性纠纷解决机制解决诉讼爆炸已经成为非常普遍的现象。[6]至于中国人“厌诉”问题，长期以来这似乎是

[1] 孟德斯鸠：《法意》，严复译，商务印书馆 1981 年版，第 7 页。

[2] 同上，第 3 页。

[3] 本杰明·I.史华兹：《论中国的法律观》，高鸿钧译，《中外法学》1991 年第 3 期。

[4] 《论语·为政》

[5] 参见马小红：《礼与法：法的历史连接》，北京大学出版社 2004 年版。

[6] 就当代西方社会而言，法律制度高度发达，法律渗透到社会生活的方方面面，好诉、诉讼爆炸甚至已经成为一种社会病。但是，从法院审理案件的实际情况看，以美国为例，尽管书本上的法律设计相当完备、合理，用韦伯的话是“理性的”，但是在民事和行政案件中真正通过审判的比例极小，大量的案件都是通过审前程序、简易程序、缺席判决、选择性纠纷解决机制或者撤诉、和解等方式解决，有的材料表明审判所占的比例在联邦法院系统只有不足 2%，在州法院系统比例可能多一些，但也到不了 10%；就刑事案件而言，美国确实设计了体现法治精神的刑事诉讼程序，包括辩护制度，证据制度，回

不言自明的。这里涉及对孔夫子一句话的理解："听讼吾犹人也，必也使无讼乎"。其实这里说的并不是厌诉，而是说孔夫子和别人在审理案件上没什么两样，只不过他的目的在于达到无讼的境界。关于中国人是否厌诉，近年来也有学者提出不同的看法。美国华裔学者黄宗智教授提出，过去西方学者、日本学者和中国学者对清代法律制度的研究，一方面，主要是着眼于清代法律的表达（这一表达体现在成文律例、牧令手册、判牍汇编之类的文献资料之中），另一方面，虽然也不乏对某些具体案件的分析，但被利用的案件数量往往非常有限，缺乏立足于更广泛的案件之上对具体司法实践所作的深入分析。黄宗智教授以地方诉讼档案作为主要的研究材料，基于对来自四川巴县、顺天府宝坻县、台湾淡水府一新竹县的清代三地诉讼档案的深入考察，他得出一个重要结论：清代法律制度的实际运作和清代官方表述之间存在很大的差距。他将这种特征突出表述为"实践"与"表达"之间的"背离"。也就是说，中国人并不像孔夫子的意识形态"表达"的那样厌诉，实际存在着大量的诉讼，诉讼者并不像"表达"的那样是"讼棍"、"刁民"，而是普普通通、本本分分的老百姓，官府审理案件也不像"表达"的那样大都是通过调解解决，而是很少运用调解。他把这种矛盾归结为意识形态的"表达"和实践之间的对立。在他看来，中国社会就是在儒家意识形态的表达和民间的实践之间的互动中发展的。[1]

（三）现实：赤脚律师路线与关系资本主义

其次，我们关注现实，交往法的模式是否一定会随着社会的进化、法律的实证化、公共化而被淘汰。提出中国法的内在模式与外在模式之分的李浩，改革开放初期曾经随一个美国法律代表团考察中国的法制建设情况，回国后他写了一篇文章《对当前中国走向更大的法制化运动的思考》，提出随着宪法和刑法、刑事诉讼法等七部法律的制定，停滞了多年的各种形式的法学教育得到恢复，法学研究和普法教育迅速发展，中国正在兴起一场走向法制化的运动。同时他又十分尖锐地指出，这一运动主要还停留在书本上，"书本上的法"多于"实际中的法"。如何把制定的法律付诸实施，是一个远比立法困难的多的任务。由于法律专业人员的缺乏，基础薄弱，厌恶法律的心理以及任务

避制度，上诉制度等等，保护刑事被告的接受公正审判的权利。但是实际情况是这种法律制度所起的作用极其有限，90%以上的刑事案件包括重罪案件根本不通过开庭审判，而是通过控辩交易。See Galanter, Marc.(2004), 'The Vanishing Trial: An Explanation of Trials and Related Matters in Federal and State Courts', *Empirical Legal Studies,* vol 1,issue 3,459-570。这就给我们提出了一个问题，既然西方的法律制度、诉讼制度是形式理性的，促进社会向合理化的方向发展，为什么人们不愿意选择这种制度设计，而宁愿选择实质的、非理性的、传统的制度？其中的原因固然和法院收费、诉累直接相连，如果所有的案件都按照正式法律程序进行，要解决每年几千万件的诉讼，法院的能力是根本不可能承受的，因此只有通过诉讼分流，通过多元化的纠纷解决机制，通过简易程序处理。但是，我们也注意到在熟人关系中的"厌诉"心里，也是导致人们通过其他手段解决争端的一个重要原因，在这方面西方人与中国人并没有什么本质的差别。

[1] 参见黄宗智：《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》，上海书店出版社 2001 年版。日本的夫马进教授在 1990 年初对此问题有专门的反思，近年主编出版了《中国诉讼社会史》（京都大学出版会 2010 年版）一书。参见尤陈俊《"厌讼"幻象之下的"健讼"实相？重思明清中国的诉讼与社会》，《中外法学》2012 年第 4 期。



艰巨，中国新建立的法律体系不可能在短期内产生明显的、实质性的结果。他奉劝那些对中国文化根本不了解的西方法学家，不要用西方的法律观念看待中国的法制建设，不要使对中国法制发展的预测受到西方人对正规化法律偏好的影响。他提出，如果中国的法律设计者采取一种更渐进的发展战略，较低的期望值，减少资源需要，在根本上遵循一条半法律的"赤脚律师"的路线，中国的法制化运动就可能成功。[1]所谓"赤脚律师"的路线和西方以法律的形式化、正规化、职业化为特征的法律发展模式显然是不同的。

法国学者德泽雷（Yves Dezalay）和盖斯（Bryant Garth） 1997 年发表《法律、律师和社会资本——"法治"和关系资本主义》一文，更直接涉及传统模式对于经济发展的积极意义。他们提出除了发展资本主义的西方模式，所谓"法治资本主义"，还存在着一个东亚的"关系资本主义"模式，即东亚不是靠法治，而是靠亲情、朋友关系发展资本主义。实际上，韦伯在《中国的宗教》一文中早就提到了中国社会中家族、氏族关系的作用，但他是把中国和西方作为对比的两极，西方早在中世纪氏族势力就已经解体，而在中国氏族、家族的势力始终起着重要的作用，这也是为什么西方发展为理性的资本主义，而中国却墨守成规，始终停留在原地。[2]在《宗教与世界》一文中，他更明确指出，盈利是任何经济都具有的特征，但是西方资本主义的特点在于存在着合理的、自由的劳动力组织，它与中国的家族经济最大的不同在于"家计与营业的分离"。[3]但韦伯的结论是西方靠形式理性的法律制度，靠法治走向资本主义，而中国的家族、氏族制度阻碍了资本主义。

"关系资本主义"一文的背景已经大不同于以往的文章，在经济发展方面过去西方一枝独秀，世界其他地方只有仿照西方模式，没有资本谈自己的模式。日本和亚洲"四小龙"已经在 60 年代到 80 年代发展起来，而中国，特别是中国东南沿海地区 90 年代经济飞速发展，创造了比西方经济发展更加快速的"奇迹"。因而，人们自然会提出这样的问题：东亚这些国家和地区，特别是中国靠什么机制创造了经济奇迹？马克斯·韦伯曾经提出的经典问题是：为什么资本主义只产生在欧洲，而在世界其他地方没有自己产生资本主义？他的结论是这和一种特殊的法律制度，即欧洲所特有的形式理性的法律制度有着密切的关系。所谓形式的，是相对于实质的而言，即法律与道德、宗教等实质价值相分离，处理案件只依赖于法律，而不依赖于法律之外的其

[1] See Victor H. Li, Reflection on the Current Drive Toward Greater Legalization in China, Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol. 10,1980，pp.221-238; 同时可参见 John H.Barton, James Lowell Gibbs, Jr.,Victor H. Li & John Henry Merryman, Law in the Radically Different Cultures,（West Publishing Co., 1983.）有关中国法的部分。值得注意的是，在众多的比较法著作中，绝大多数都是以介绍西方法律体系为主要内容，该书可谓别树一帜，它所体现的是一种文化多元主义的倾向，其关注的重心恰恰是与西方法律文化迥然相异的法律，包括中国、非洲、阿拉伯、印度等的法律。

[2] 参见韦伯：《中国的宗教——儒教与道教》，简惠美译，载《韦伯作品集 V，中国的宗教，宗教与世界》，广西师范大学出版社 2004 年版，第 29-334 页。

[3] 参见韦伯：《宗教与世界》，第一章资本主义精神与理性化，康乐，简惠美译，韦伯上引书，第 454-458 页。

他标准；所谓理性的，是相对于非理性的而言，即审理案件不是个案处理，不可预知，而是按照一般的规则，案件的结果是可预知的。显然，这种形式理性的法律制度具有自治性，是可预期的，从而为资本主义经济的发展提供制度基础。[1]而中国法则恰恰建立在实质非理性的基础上，法律与其他社会规范没有明确的划分，大量的案件都是个案处理，没有一定的规则，在此基础上要建立一种合理的可预期的经济几乎是不可能的。换句话说，中国要想建立和发展现代经济，不使自己的法律制度向形式理性的方向发展根本不可能。

90 年代论证这一问题的前提发生了重大变化，东亚经济的奇迹虽然与形式理性的法律制度有一定的关系，但是真正具有特色的却是东亚的社群主义，日本公司的团队精神，韩国的集体主义，包括香港、新加坡、台湾在内的华人社会家族经济所体现的“关系”的重要意义。这些关系既存在于公司或社团内部，在那里家族或家庭经济占有相当大的比重，它们存在于国家的正式制度之外，不受正式制度的约束，实际上公司的所有重要岗位都为家庭的主要成员所把持，从而形成了一个内部无摩擦、高效率的团队；这种关系也延伸到公司之外，在社会生产的各个链条中，在产供销的各个环节形成了一个建立在熟人关系基础上的相当牢靠、可预期的联系；更有甚者，这种关系还扩大到公司与政府主管部门，公司与银行之间。从正面讲，政府为公司提供行政指导，指引公司趋利避害，向最小风险、最大利润的方向发展，公司则通过纳税、捐献等形式为政府提供资金来源；银行为公司提供财政支持，而公司则为银行提供丰厚的利润来源。它们之间不仅存在着在法律上公开的、透明的这类关系，而且存在着公司经理与政府部门主管、银行的主事人之间建立的私人关系。这种私人关系就像一种润滑剂，使法律上存在的僵硬、死板的关系变活，从而成为东亚经济迅速发展的一个特别显眼的现象。[2]

这种家族经济不仅仅在海外华人社会，改革开放以来在广东、福建等东南沿海地区也迅速发展起来。尤其值得注意的是，80 年代以来中国经济首先发展起来的领域并不是国有大中型企业，也不是有着较高集体化程度的人民公社，恰恰相反，工业上的各种类型的中小企业，特别是乡镇企业，农业上的家庭联产承包责任制，是推动当时中国经济迅速发展的主要力量，而这些经济模式无不具有家庭经济的影子，它们恰恰不是按照“正规化的模式”，依赖所谓“形式理性”的逻辑，而是最原初的家庭经济的模式，按照人际初级关系所固有的内在逻辑所运作的。根据韦伯的标准，这种家庭经济的“家计和经营”没有分离，“打虎亲兄弟，上阵父子兵”，是这类企业运营的典型模式。家庭企业的管理和会计掌握在家庭的核心成员手中，雇员多半是同乡熟人，缺乏独立地位，根本不像西方合同理论所说的那样通过劳动契约把雇员

[1] See Max Weber, Max Weber on Law in Economy and Society, Ch.4, ed. by Max Rheinstein. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1954.
[2] See Yves Dezalay & Bryant Garth, Law, Lawyers and Social Capital: “Rule of Law” versus Rational Capitalism, Social and Legal Studies6: 109-41(1997).



和雇主联系起来。[1]这里没有政府的特意安排，运作也很不规范，它们所要求的恰恰是政府的“松绑”、不干预。[2]换句话说，中国经济的奇迹已经为挑战传统理论、创造新的理论提供了现实素材。当韦伯提出资本主义只产生在欧洲是和欧洲固有的形式理性的法律制度相联系时，面对中国和东亚的经济发展，难道我们不能从西方学者所谓的过时了的“交往法”中得到某些启示吗？难道我们不应该对已经在西方法的发展中被固化了的从传统法到现代法的发展模式重新审视吗？

## 三、中国法的特点：关于权力组织形式

### （一）传统的观点：东方专制主义

西方学界对中国法的另一个评价集中在中国的权力组织形式。如上所述，在西方主流的比较法文献中，与西方的法治主义相对立，中国是一个法律不占主导地位的社会。中国法的另一个特征则是“东方专制主义”或集权主义、威权主义，这和西方的分权制衡形成鲜明的对照。东方专制主义是美籍德国学者魏特夫（Karl A. Wittfogel）研究包括中国在内的东方国家时发明的一个特殊的词汇，认为东西方社会是两个完全不同的社会形态，东方社会的形成和发展与治水密不可分。大规模的水利工程的建设和管理必须建立一个遍及全国的组织。“因此，控制这一组织的人总是巧妙的准备形成最高统治权力”，君主专制便由此形成。而中国正是这一特征的集中反映。[3]魏特夫把中国社会称为“治水社会”，而东方专制主义的根源恰恰在于自然地理环境。

其实，韦伯在比较中国与西方社会的不同时，也多次指出中国社会治水的特点酝酿了家长制的专制主义。“治水的必要性乃是存在于整个中国历史上的中央政权及其家产官僚制之所以成立的关键所在。”[4]他用“家产官僚制”（patrimonial bureaucracy）一词来描述中国的中央集权体制，他认为在春秋战国中期，特别是秦统一中国之前实行分封制，最终使王权虚化，形成强大的地方割据。秦统一之后，改封建为郡县，实施中央集权、分层管理的统治。

[1] 2007 年以前中国为制定《劳动合同法》而对企业用工状况进行调查时发现，没有劳动合同的大都是这类家庭企业。迫于法律的规定，即使签订劳动合同，也是形同虚设，根本不执行。制定《劳动合同法》之后，签约率逐年提高，但是 2008 年以来的金融危机，使许多家族企业由于劳动成本的提高而难于维继，由此引起《劳动合同法》实施效果的争论。参见刘宝坤：《行动中的劳动合同法》（2011 年中国人民大学法学院博士论文）。与此同时，中国家庭企业未来的前途如何，如何做大做强，也日益引起人们的关注。有材料表明，家族企业在中国仍然有强大的生命力。参见《福布斯》中文版《2012 年中国家族企业调查报告》http://www.chinahrd.net/employee-relations/employee-relations-maintenance/2012/0927/175712.html）；但也有人主张，中国家族企业在进入到“富二代”之后要继续发展，在用人制度上必须实行家计与经营的分离。
[2] 参见朱景文：《法治和关系：是对立还是包容——从韦伯的经济与法律之间的关系的理论谈起》，《环球法律评论》2003/春季号。
[3] 参见魏特夫：《东方专制主义——对于极权力量的比较研究》，徐式谷等译，中国社会科学出版社 1989 年版.
[4] 韦伯上引书，第 52 页。

在家产官僚制下,皇帝以“天”、“天道”的名义对国家实施统治，由各级官吏组成的全国性的官僚机构，是帝王家族的伸延。国家的财政被视为国君的私产，各级官吏是皇帝的家臣，以家仆的身份代皇帝征收赋税，管理他的家产。官吏是以个人资格通过科举考试被录用的读书人，他们熟谙儒家经典，但却不具备行政管理的专业知识。这种由皇权世袭产生的官僚体制，与欧洲中世纪的封建制有很大不同。封建制的基础是诸王侯对君王在法律或契约上的效忠关系，王侯在自己的采邑领地上行使独立的统治权力，而中国的家产官僚制在皇帝与官员之间是一种以家长制的父子关系为比附的君臣关系，各级官员的升迁主要注重是否具备作为一名家臣的可信赖的人格修养，而不注重行政专业知识。在权力结构体系中，将司法、行政、理财集于一体，因而无法导致理性的专业分工基础上的行政管理体制，在财政上也颇难形成依靠严密计算和理性管理以谋利为目的的经济制度。[1]

就法律而言，对中国专制主义的评价往往都集中在一点，中国君主的权力是不受约束的，中国缺乏类似西方的自然法观念。中国科技史专家李约瑟指出，中国未能明确提出一个作为检验和评判官方法律基础的自然法观念，从而延缓了近代法律的发展和科技的进步。他同样在意春秋战国时期“铸刑鼎”的实践，认为中国的礼不是制约实在法的自然法，而是与法对立的，是对法典化的阻力。[2]费正清指出，古代中国未能产生一种可与西方古典法律相媲美的法律制度。古代中国法与西方法不同的主要特点是，是刑事的而不是民事的；是世俗的而不是以宗教原则为基础的，是支持国家权力的而不是限制专制的。“法家的法律观与罗马的法律概念相比，有着较大的缺陷。西方的法律一直被认为是上帝的或自然的某种更高级命令在人间的体现，而法家的法律只代表了统治者的命令；法律大部分是行政性的和刑事的，是民众避之尤恐不及的东西。”[3]

在昂格尔看来，古代中国既不同于古代西方，也不同于印度教、伊斯兰教国家，在世俗的官僚法之上，还存在着教会法或神法，从而使官僚法或世俗权力不可能不受制约，而古代中国皇权是至高无上的，没有任何权力能够对它形成约束。中国古代社会的交往法虽然发展到具有公共性和实证性的官僚法，但没有进一步发展为具有自主性的法律秩序。昂格尔认为其原因，一个是由于古代的“士”虽然在过渡时期起了重大的作用，但他们始终依附于君主，没有独立地位，与欧洲的第三等级有很大的差别；第二，中国的宗教缺乏超越性，没有欧洲那样的牧师群体，对皇权产生制约，而是内在的宗教，为现存秩序辩护，使其戴上神圣的光环，缺乏对政治权力的制约。[4]

[1] 参见韦伯上引书。
[2] 参见李约瑟：《中国科学技术史》第 2 卷，科学思想史，第十八章“中国和西方的人间法律和自然法则”，科学出版社、上海古籍出版社 1990 年版。
[3] See Edwin O. Reischauer, John K. Fairbank, East Asia The Great Tradition, p.84, Boston: Houghton Mifflin Company, 1960.
[4] See Unger, *supra*, note 11.



（二）历史：对皇权的约束

西方对东方专制主义的批判一直是对中国法评价的主流，对中国的古代法是如此，对现代法，特别是中国共产党领导的当代中国法的批判更是如此。但是，即使在这个方面，也不是众口一词的，也有不同的声音。实际上，这种对西方主流观点的评价也可以分为两类，一类集中在中国法的历史传统方面，即中国古代的统治者是否不受约束，另一类集中在中国现实，即当代中国共产党的领导体制是否是专制体制、集权体制，权力是否受到约束？

就传统中国而言，皇权的至高无上、君主专制的确是这种体制的突出特征，口含天宪，言出法随。但这并不意味着皇权是任意的、不受任何约束的。首先，在一般意义上，任何法律不管立法者的意志如何都必然受到社会的制约。中国的皇权也是如此，受到社会形势左右、百姓的约束，“水可载舟，亦可覆舟”虽然是孔夫子的教诲，是唐太宗李世民的感悟，但它也是中国封建王朝治乱兴衰的逻辑，皇帝个人的欲望和社稷安危孰轻孰重，是具有至高无上权力的君主必须掂量的，虽然这种约束并非自觉，对皇帝个人而言，有的可能更自觉地接受这种约束，成为“明君”，有的则很不自觉，甚至无视这种约束，成为“昏君”，但社会形势和民意总像一把尚方宝剑对任意妄为加以限制。

其次，所谓中国缺乏自然法观念、更高的法的观念是值得商榷的。一方面皇权至高无上，另一方面也必须承认皇权受到儒家经典的约束，所谓“君君，臣臣，父父，子子”，不是只有臣对君的绝对服从的一面，而且包含君要像君，父要像父，“爱民如子”是儒家对君臣关系的写照。美国学者史华兹说：“‘父’这一概念不仅关系到社会地位，而且还规定了某种被认为正确的行为方式”，[1]否则就难免“礼坏乐崩”，僭越，造反，以下犯上。关于中国“士”的地位，“士”缺乏独立性，依附于他所服务的君主，学而优则仕，这的确是中国“士”的品质，但是这只是“士”的一面，不能否定另一面，士的清高和独立人格。安守廉批驳昂格尔关于中国缺乏对世俗权威的制约时指出：“孔子及无数其他奉行与腐败权威保持独立而不是服务于这样君主的学说的政治人物在中国道德传统中被置于突出地位。”[2]关于中国的宗教是否对君权形成制约，诚如韦伯所说，中国的儒教不言鬼神，不相信来世的报应，其目的在于保持人的行为与现世的伦理秩序的一致性，因此不同于西方的基督教，特别是新教。[3]但由此认为儒教不可能对现实的秩序提出挑战，而只具有保守性则言过其实了。对违背伦理秩序的谴责应该做辩证的分析，一方面具有保守性，对于一切对现实秩序提出挑战的行为斥之为违背天道，礼坏乐崩；另一方面，对于胡做非为，倒行逆施的君主则是一种天谴。尊重伦理秩序在中国封建王朝发展过程中一直具有双重作用。中国历史上无数农民起义打起“替

[1] 史华兹上引文，第 2 页。
[2] 对昂格尔关于中国古代缺乏自然法观念的批判，参见安守廉上引书，第 53 页。
[3] 参见韦伯上引书。

天行道”的旗帜，也表明“天道”对皇权的制约。

再次，皇权至高无上，但也不是任意妄为，他必须顾忌祖训、祖制，在任命大臣、权力分配、婚丧嫁娶、内外事务等问题上不是无章可循，皇帝想怎么办就怎么办，而是都有一定之规，不能乱来。即使祖制阻碍社会变革或皇帝的任意，要推翻祖制，也常常不得不“托古改制”，否则就没有合法性。就正式制度而言，皇权受到的制约还包括言谏、皇权与相权的分离、庭议等制度。就皇权之下的管理系统而言，许多研究表明，虽然没有西方那样的立法权、行政权和司法权分权制度，但中国实行文武相制，文官系统和武官系统在功能上是相对独立的。

就中央权力与地方权力而言，韦伯虽然提出中国的中央集权体制“家产官僚制”的特征，但是，他也注意到，像任何中央集权体制一样，中国中央政府所控制的范围是有限的。就财政体制而言，中央政府给地方官员的“俸禄”有限，大量的还要有赖于地方财政，从地方搜刮，所谓“三年清知府，十万雪花银”。中央财政对地方缺乏了解，地方糊弄中央的现象比比皆是，这成为与高度中央集权共生的具有普遍性的现象。按照韦伯的看法：“除非帝国是在一个精力过人的统治者的支配之下，否则官吏往往少报可课征租税的田地面积和纳税的人数，少报之数大约是已公布的土地户籍登记数字的 40%。”[1]实际上，中国家产官僚制的专断独裁特征以及历代官制上的一些弊病，再加上盘根错节的宗族组织和宗法势力的影响，都在一定程度上阻碍了中央政权渗透到广大的边陲地区，在“山高皇帝远”的村落很难建立起有效的政治和法律秩序。[2]

（三）现实：中国的举国体制

就当代中国而言，随着中国国力的提高，中国成功的范例越来越吸引全球的目光，如何解释中国的个案，无论你对中国的成功抱有什么态度，是敌视，偏见还是赞许，造成中国奇迹的一个谁也回避不了的因素是中国共产党的领导，是中国的举国体制。而这一体制长期以来恰恰被西方主流媒体批判为专制主义、极权主义。怎么看待中国模式成为全球的政治家、新闻媒体、学界关注的热点。而也正是在这个时刻，911 使美国受到重创，西方经济遇到了自上世纪 30 年代经济萧条以来最大的危机，由此带来的政治不稳定，“占领华尔街运动”等等，使人们重新审视西方模式。苏东巨变后美国学者福山（Francis Fukuyama）曾经做出“历史的终结”的结论，似乎以美国为代表的西方民主体制已经取得了历史性的胜利。但是，在全球经济危机的情况下，面对美国国会一次次的预算案被否决而使美国延误经济复苏，福山也发出了要实行“民主专政”制度（democratic dictatorship）的感叹。[3]而人民民主专政

[1] 参见韦伯上引书，第 92-93 页，注 59.
[2] 参见韦伯上引书，第 92-96 页。
[3] See Francis Fukuyama, *Oh for a Democratic Dictatorship and Not a Vetocracy*, Financial Times, 2011-11-22.



恰恰是中国政体的最典型特征。

美国宪法学者、宾夕法尼亚州立大学教授拉里·巴克尔（Larry C. Barker）近年来曾发表多篇文章研究中国共产党领导的法律制度，他把这种制度提高到宪政模式的高度，提出宪政不仅仅只存在于西方，西方的宪政只是宪政的一种即以美国和法国为代表的民族主义的宪政，除此之外还包括国际主义的宪政，即以国际人权公约为摹本的宪政，神学的宪政即把宗教的教义视为国家法律制度指引的宪政。而中国的宪政属于一种新型的宪政，它建立在共产党的领导下，是国家实行法治的宪政，即所谓党国宪政（party-state constitutionalism）或国家政党宪政（state-party constitutionalism)。巴克尔认为，所有的宪政都有共同点，即它们都是对专横、任意限制。宪政的本质特征是约束任意权力，而约束权力的方式不同。西方宪政约束权力的方式是分权和制衡，神学宪政约束权力的方式是教权与政权的分离，通过更高的法，即古兰经，对国家权力的约束。而党国宪政体制，则是通过党的政治领导对国家机关实行指导和监督，而党也必须在宪法法律下活动。他把这种宪政简单地概括为“政府在党之下，而党在宪法之下”。他注意到，党国体制并非中国共产党的发明，最早是由孙中山、国民党提出的，在民主革命时期还受到中国共产党的批判。在苏联十月革命以后，实行的也是党国体制，但是实践表明，它往往成为党的领导人发号施令、无视法制的幌子，高度极权，践踏法治。中国文化革命期间党的领导人无法无天、不受约束，根本谈不上宪政。因此，那时的党国体制，党的领导人凌驾于国家之上，不受法律约束，只有党国而没有宪政。改革开放以后，一步步地将法治的因素注入到党国体制之中。他指出，一切宪政基础都是分权原则，党国宪政也是如此，行政权力赋予国家，而政治权力凌驾于国家权力之上，赋予党，而党受到宪法、法律约束。在中国执政党不是西方意义上的政党，它不是社会上一部分人利益、某个政治集团利益的代表，而是全体人民利益的代表。党把自己的主张，把政治理念、价值观念和理论输入到宪法中，成为宪法和法律的灵魂，成为国家权力运作的指南。因此党是国家权力的原创力，而国家权力的运行依据宪法、法律，同时又受到党的监督。也就是说，一方面党是国家权力和法律产生的原动力，另一方面党的活动也不是任意的，必须受到法律约束。因此，党国体制是否能转变为宪政体制的关键在于党的政治权力是否受到约束。当然，作者也注意到，这套党国宪政的体制只是在理论上如此，实际运行如何还有待于实践的检验。[1]

[1] See Larry C. Barker, The Party as Polity, The Communist Party and Chinese Constitutional State: The Theory of State-Party Constitutionalism, Vol16:1 Journal of Chinese and Comparative Law101, 2009; From Constitution to Constitutionalism: A Global Framework for Legitimate Pubic Power System, vol113:3Penn. State Law Review 102,2008.中文的介评参见强世功：《中国宪政模式？——巴克尔对中国“单一政党宪政国”体制的研究》，《中外法学》2012 年第 5 期）。近年来，中国学者的观点也受到国外学者的注意，如巴克尔的论文增多次引用中国学者朱苏力教授的观点，参见 Zhu Suli, Political Parties in China's Judiciary, 17 Duke Journal of Comparative & International Law 533, 534 (2007), 中文参见苏力：《中国司法中的政党》，载《法律和社会科学》第 1 卷，法律出版社 2006 年版。

## 四、另一种思考：中国法与西方法对立吗？

在中国法和西方法的比较研究中，无论是在西方学者还是在中国学者中，我们经常听到一种观点，中国法与西方法是对立的：中国法律不占主导地位，西方法律占主导地位；中国人厌诉，西方人好诉；中国人强调人际关系的和谐，西方人主张个人权利；中国的集权和西方的分权等等。许多研究已经注意到，这种对比可能是成问题的，在时间上错位，不能把传统中国法与现代西方法相比。这当然是一个很重要的论点。但是，这种批判有一个有形无形的预设，传统中国法还处在法律发展的早期阶段，现代中国法尽管还有许多传统法的痕迹，但发展方向是像西方法那样的现代法。本文不打算过多地纠缠这一问题，而是想从另一个角度对中国法与西方法的对立提出质疑：如果说中国由于家族关系、熟人关系的缘故，成为法律不易进入的领域，因而法律不占主导地位，那么西方在遇到熟人关系时法律的地位如何？如果说中国由于治水是一个高度中央集权的国家，那么西方在遇到天灾人祸、大的社会动荡等紧急状况又如何应对？

（一）关于法律地位的反思

谈到从传统法向现代法的转型，人们经常提出它伴随着从熟人社会向陌生人社会的转型，伴随着个人身份的独立，家长制的权威向政府权威、法律权威的转型，因此的推论是家族、家庭的作用越来越小，法律的作用越来越大。但是，这种理论忽略了一点，熟人关系绝不是只有传统社会才具有的，即使是现代社会在人们从自己的家乡，从熟人社会移居到城市，移居到陌生人社会之后，在新的条件下还会建立新的熟人关系。当代西方学界法社会学和组织社会法学都对熟人关系对现代社会的意义进行重新思考。

在法社会学领域，美国著名法社会学家马考利（Stewart Macaulay）早在上世纪 60 年代就提出了商人习惯在解决商业纠纷中的重要作用。在他看来，正式的合同远远不像合同法教科书所说的那么重要：在订立合同时，商人们注意的只是主要条款，如商品的规格、数量、交货的日期和方式等等，而对于其他条款，如不按期交货或商品质量不符合要求，违约责任，如何解决争端等问题则认为没有事先讨论的必要，而留给商人们在发生了纠纷以后再商量，留给商业习惯。即使商人交易有合同，按照定式合同签订，但是当事人也仅仅把合同看作是订货单，没人注意其他条款。在交易实施过程中如果发生争端，商人们都是按照商业习惯来处理，很少有人请律师，把合同争端提交到法院解决。在他看来，信守承诺是商人圈内的一个特别重要的习惯，如果不守信，不按时交货，提供假冒伪劣产品，他的商业信誉就会降低，被记到商业圈的黑名单中，对他未来的交易会产生极大的负面影响。而且，正式的合同甚至会阻碍商事交往：在签订合同时，在主要条款之外的细节上花费



很大精力，只能延误交易，甚至还没有交易就撕破脸皮；在执行合同时，严格按照合同办事，会捡了芝麻丢了西瓜。为此，马考利说了一句非常著名的话："对商人来说，保持他们之间的长期的不断的业务联系比一场官司的胜负重要得多！"[1]也就是说，即使在现代经济交往中，渗透在商业交易中的内在模式，非正式的"交往法"不但没有消失，而且仍然起着至关重要的作用，甚至是商人交易的第一选择。

麦考尼尔（Ian R. Macneil）的《新社会契约论》用更加明确和理论化的模型表现出合同在熟人社会和陌生人社会表现的不同形态。他把契约分为两类，即个别性契约和关系性契约。个别性契约意味着"除了单纯的物品交换外当事人之间不存在任何关系"。这其实就是 19 世纪建立在商品经济基础上的纯粹的、古典的契约关系的抽象。但是，契约行为其实应该理解为从个别性交易到关系性交易的有阶段的连锁。而在社会经济实践中，处于继续伙伴关系中的当事人一般都将许多契约条款悬而不决，留作今后根据商业需要在做随机应变的调节。他特别借重中国注重人际关系的经验，提出契约不是"一锤子买卖"，而是经历一段时期的过程。而关系性契约与习惯、内部规则、社会性交换、对于将来的期待等交织在一起，形成了一条环环相扣连锁，契约的履行和纠纷的处理都以保护这种长期性关系为原则。"[2]

在组织社会学领域，就"法律地位"而言，法律是一种正式制度，是一种刚性的规定，适于调整人们之间的正式的、由国家确认和保证的关系。但是，人们之间的关系并非都是正式的。按照组织社会学，组织结构可以分为正式结构和非正式结构，正式结构和法律或组织规范相关，它建立在组成成员间的正式关系的基础上，是按照人们在组织中的地位建立的，最典型的就是韦伯所说的"科层制"的关系，它与人们之间的亲疏远近、熟悉程度无关，而是由法律或组织规范所确定的。而非正式结构，则建立在组织成员间的非正式关系即初级关系的基础上，是人们的长期接触基础上所形成的亲密关系、熟人关系。韦伯提出，资本主义首先产生于欧洲与科层制，与由此产生的西方的文官制度、公务员制度有着必然的联系。[3]而韦伯以后的组织社会学的一个重要进展则是提出组织的二元结构，提出在组织的非正式结构中仍然会产生初级关系，如老上级与老下级之间，老同事之间的关系。就像中国人所说的"熟人好办事"。总之，人们之间的关系并不像科层制中的对号入座的正式职位关系一样刻板，还存在着许许多多非正式的、建立在长期接触所产生的友情基础上的关系，在许多情况下这种关系与法律无关，在法律之外运作，并从中产生内在的规范，它仿佛是一种润滑剂，使原来僵硬的关系变活。[4]而

[1] See Stewart Macaulay, Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study, 28American Sociological Review 55(1963).
[2] 参见麦考尼尔：《新社会契约论》，雷喜宁，潘秦译，中国政法大学出版社 1994 年版.
[3] 参见马克斯·韦伯：《经济与社会》第三章，林荣远译，商务印书馆 1997 年版。
[4] 参见 W.R.斯科特：《对组织社会学 50 年来发展的反思》，李国武摘译，《国外社会科学》2006 年第 1 期；于显扬：《组织社会学》第五章，中国人民大学出版社 2001 年版。

这恰恰是在传统中国乡土社会、人们面对面的互动的社会，调解能大行其道的原因。但是也必须清醒地看到，这种关系的润滑剂如果渗透到由法律调整的正式关系中所带来的灾难性后果，官商勾结，黑金政治。中国社会所蔓延的拉关系、走后门的不正之风，恰恰是“关系”一词的负面写照。但是，这似乎不是华人社会或中国的专利，金融危机所揭露的情况表明，西方的金融危机、华尔街的丑闻恰恰表明“关系”的负面发作。因此，调动、发挥“关系”的积极作用，防范、抑制消极作用，是无论西方还是中国在法治发展中都面临的问题。

（二）关于权力组织形式的反思

就权力组织形式而言，西方的发展路径伴随着古雅典的民主制，中世纪的教权与王权的分离，现代的分权制衡，限制绝对权力好像是一条主线。但是，在西方国家发展的历史上，集权、专政也是一个并不罕见的现象。专政作为一种制度，早在罗马共和国时期就产生了。罗马共和国实行王权（执政官、独裁官）、贵族（元老院）和平民（保民官）三权分立的体制，但是从效率上，达成各方都能满意的决定，需要时间。特别是在危急情况下利用这种分权的制度去对付那些刻不容缓的事，就会贻误时机。在非常时期共和国赋予独裁官以处置权，这就是专政（独裁）（dictator）这一制度的起源。当战争、动乱等造成的紧急情形发生时，元老院可以发布命令，执政官（有时也包括裁判官和护民官）宣告“终止一切执法活动”，法处于“悬置和终止”状态。中世纪教会法学家格拉提安（Gratian）明确地把专政状态和法律状态对立起来，提出“必要之事无须法律”的著名论断。[1]托马斯•阿奎那也提出“需要临头无法律”。[2]近代这种制度发展为紧急状态或非常状态法，处理战争、自然灾害、传染病、动乱、经济危机、劳资纠纷等领域的问题。20 世纪后半期以来，非常状态进一步扩大领域，在恐怖主义、毒品贸易、虐待儿童，以致世贸组织、世界银行、国际货币基金组织、八国峰会等重大活动上也延伸适用。在占主流的西方学术著作中，专政总是和非常时期、紧急状态和集权相联系的，而在正常状态下，则必须尊重宪政、法治和人权。在危机时期，民主的立宪政府必须临时在一定程度上改变，这对于克服危难、恢复常态是必要的。但是，专政措施受到宪法的约束，专政只能有一个目的：捍卫国家的独立、维持即存的宪政秩序、保障人民的政治和社会自由。[3]

在马克思主义创始人的著作中，无产阶级专政也是和这些含义相联系的。第一，它指的是一个非常短暂的历史阶段，即从资本主义社会向共产主义社会过渡的历史阶段，而没有设想它是一个相当长的历史时期，“在资本主义社会和共产主义社会之间，有一个从前者变为后者的革命转变时期。同这个时

[1] Giorgio Agamben, State of Exception, trans by Kevin Attell, Chicago and London: the University of Chicago Press, 2005, p.24.
[2] 阿奎那：《阿奎那政治著作选》，马清槐译，商务印书馆 2007 年版，第 124 页。
[3] 参见孟涛：《中国非常法律研究》，清华大学出版社 2012 年版。



期相适应的也有一个政治上的过渡时期，这个时期的国家只能是无产阶级的革命专政。”[1]第二，它是一个非常时期，资产阶级刚刚被打败，但是在政治、经济、文化上还占有很大优势，无产阶级刚刚取得政权，但是在各个方面还处于相当大的劣势；第三，它是一个新型专政和新型民主的国家，即对无产阶级和广大人民实行民主而对资产阶级实行专政的国家。正是由于过渡时期的阶级斗争的特点，列宁做出了“专政是直接依赖于暴力而不受任何法律约束的政权”[2]的著名论断。因此，无产阶级专政必须是一个能够对各种非常状态做出迅速回应的国家，必须是一个能够不失时机地应对来自比自己强大的多的敌人的国家，因此应对这种状态的不可避免的结论必定是一个能够调动一起资源、运用一切手段、高度民主和高度集权的国家。[3]

苏联、中国过渡时期的实践表明，这个过渡时期远远要比设想的长得多。过渡时期不仅包括马克思、恩格斯所设想的从资本主义向共产主义过渡的时期，即使在共产主义的初级阶段即社会主义时期，仍然处在过渡的过程中。由于取得革命胜利的社会主义国家原来都处于生产力发展的很低的阶段，前资本主义的生产方式和政治文化传统还占有很大的优势，来自国内和国际敌对势力的挑战，国际资本主义的包围，赶超西方列强的现实压力，各种各样的社会风险，无产阶级在夺取政权以后必须实现共产党领导的无产阶级专政，必须集中力量办大事。但是问题在于，当无产阶级专政已经不再是一个短暂的历史阶段，而是一个相当长的历史时期，是一种和资本主义国家形态并存的国家形态时，没有法治、宪政行吗？我们看到了这种体制在处理重大社会事件方面的优势，特别是在出现了社会动荡，如战争、恐怖主义袭击、内乱、动乱、骚乱，影响国计民生的、大规模的群体性事件；发生自然灾害，如洪水、地震、飓风、饥荒、传染病、流行病、瘟疫；开展重大的社会活动，如奥运会、世博会；发生经济危机、金融风险，如物价恶性上涨、货币大规模贬值、银行倒闭，集权体制与分权体制在反应速度，解决问题的能力、工作效率等方面的差距一目了然。但是，如果非常状态是短期的，克减人们的权利和自由是可以忍受的；如果长期下去，“天天讲，月月讲，年年讲”，人们能在多大程度上忍受这样一个非常状态？而且人们对集权-独裁-专政的托底也不是无底线的，独裁者（dictator)以紧急状态的名义，破坏正常的法律秩序，擅权专断、中饱私囊、发国难财的情况，无论东方还是西方，无论在历史上还是现实中屡见不鲜，如何制约独裁者成为非常状态下至关重要的问题。对共产党领导的无产阶级专政国家而言，像一切专政一样，一方面专政是必不

[1] 《马克斯恩格斯选集》第 3 卷，人民出版社 1972 年版，第 21 页。
[2] 《列宁全集》第 28 卷，人民出版社（第二版），第 218 页。
[3] 马克思的专政理论与以往理论的不同在于，他不是仅仅把专政看做是一个非常状态，而是认为任何一个国家形态其实质都是一个阶级对另一个阶级的专政。谈到无产阶级专政，马克思说发现阶级斗争并不是他的功劳，他的新贡献就是证明下列几点：“（1）阶级的存在仅仅同生产发展的一定的历史发展阶段相联系；（2）阶级斗争必然要导致无产阶级专政；（3）这个专政不过是达到消灭一切阶级和进入无阶级社会的过渡。”马克思：《马克思致约•魏德迈》，载《马克思恩格斯选集》第 4 卷，人民出版社 1974 年版，第 332-333 页。

可少的，在艰巨复杂的环境中没有集权和专政，不集中力量办大事，社会主义国家就不可能维系，可能早就湮灭；另一方面，又必须使这种专政不得侵犯国家主人——人民的根本利益，受到宪政、法治根本目标的约束，没有法治社会主义国家只可能在付出高昂的代价下维系一时，不可能长期存在下去。因此，在正常状态和非常状态之间，在集权和分权之间，怎么保持一个度，使社会主义国家既能应对随时可能出现的风险，又能保持长治久安，不致因为集权而侵蚀人民当家做主的国家根基，正是当前中国所面临的问题。

作为权力组织形式，分权和集权，法治和专政都是必不可少的，问题在于不能把在非常状态下所运用的集权、专政的方法运用于正常状态，也不能把正常状态下所运用的分权、法治的方法套用到非常状态。分权与集权，法治与专政，固然和地理环境、历史传统有关，但并不完全决定于是东方还是西方，是传统还是现代，实际上，无论东方还是西方，古代还是现代都存在集权还是分权的问题。面对非常状态，不及时采取措施，立即应对，按常规的办法，按法律的程序去处理，会贻误战机，使本来可以挽回的局面迅速恶化，或本来可能抓住的机遇白白丧失；但是面对正常状态，不讲法治，不讲程序，把处理紧急状态所使用的专政、集权的方法应用到日常生活中，则会使正常的社会秩序乃至人们的安全感都受到威胁。中国需要建立一个民主法治国家，也需要建立一个能够及时对越来越多的非常状态做出迅速回应的国家。把非常状态的处置纳入法治轨道固然是一个好办法，但是如果因此而不能对非常状态做出及时的回应，也是无能的表现。在新的时代，我们应该显示这种能力，而不应该把两者对立起来，这是中国和世界共同面对的任务。

（三）法律进化模式的反思

比较法学中的中国法的边缘地位只是一种表象，实际上它们和西方一系列有关社会和法律进化的模式有着密切联系。这些模式不是仅仅着眼于对法律的形式主义分类，而是把法律发展与社会进化的阶段相联系，其中中国法都处在较低的阶段。如上所述，梅因的从身份到契约的概括与从静止社会到进步社会的进化相联系，中国古代法到静止社会为止没有进一步发展，而西方法则从身份转变为契约适应了进步社会的需要。[1]马克斯·韦伯把法律按照形式与实质，理性和非理性做出排列，中国法属于实质的、非理性的，而欧洲大陆法属于形式的、理性的。虽然他声称这种组合只是描述性的，价值无涉，但是它们与社会发展有着密切的关系，中国法和其他法律文明都阻碍了社会的进一步发展，只有欧洲产生了资本主义。[2]昂格尔把不同文明的法律分为习惯法、官僚法和法律秩序，中国法发端于习惯法，官僚法是中国法的典型形态，对于习惯法是一种进步，但是却没有进一步发展到法律秩序的阶段，缺乏对统治者的制约，没有形成与道德、宗教的分离，没有形成分权，没有

[1] 参见[英]梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆 1959 年版。
[2] See Max Weber, Max Weber on Law in Economy and Society, Ch.4, ed. by Max Rheinstein. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1954.



独立的职业团体和缺乏法律推理的技术，西方法则是法律秩序的代表。[1]

任何进化模式的产生都不是凭空的，都有一定的语境。上述法律与社会进化模式的语境就是西方最先产生了资本主义，而把其他文明远远抛在后边。上述这些社会和法律进化模式在一定意义上是有说服力的，因为在这些模式流行的时代西方法律制度的发展确实适应了社会和经济发展，而非西方的法律制度面对西方的竞争和国内社会发展确实落伍了、过时了，不得不按照西方的模式改造自己的法律和社会。毋庸置言，整个十九世纪乃至二十世纪相当长的时期发生在中国和非西方国家的各种法律变革很大的一部分都是以西方法所体现的基本价值为导向的，都与上述模式有着这样或那样的关系。

但是，如上所述，20 世纪下半期以来支撑这些模式的语境变了，西方的发展路径不是唯一的，在中国和其他文明中社会和经济发展取得了足以和西方相媲美的成就。就上述西方法律和社会发展模式本身而言，这些理论提出以后也受到两个方面的挑战：第一，这些模式是否正确地概括了当时西方法律与社会的发展；第二，当代西方的发展是否仍然能够按照这些模式解释。

关于第一个方面，许多学者都指出，即使这些模式对西方法的概括是符合当时实际，也是不全面的：从身份到契约反映的只是民事关系某些领域的变化，很难涵盖所有领域；即使欧洲大陆的形式理性的法律制度促进了资本主义发展，但它解释不了英国问题，普通法包括它的判例制度和陪审员制度具有明显的实质非理性的倾向，但在英国同样产生了资本主义，甚至比大陆更早。[2]

关于第二个方面，用这些模式解释不了当代西方法的发展。从身份到契约最多只能概括放任资本主义时期法律的发展，在当代西方法又有从契约回到身份的趋势。[3] 由身份所决定的不同社会群体的人区别对待的原则，在社会保障、税收和社会责任的广泛领域起着支配作用。至于昂格尔的法律进化理论，他虽然指出从习惯法到官僚法到法律秩序的进化顺序，但他的理论是为了揭示西方法律秩序的危机。当代西方社会由于国家干预出现了福利合作国家的趋势，使得法律秩序所固有的一般性和自主性发生了危机，国家重新凌驾于社会之上，渗透到私人领域中，法律大有回复到官僚法之势，而公共领域与私人领域的相互渗透，公和私的界限日益模糊，仿佛又回到了更早的形态交往法，尽管是在一个更高的阶段上。[4]

从身份到契约再到身份，从交往法到官僚法到法律秩序再回到官僚法和交往法，从实质到形式再到实质，从非理性到理性再到非理性，所有这些发展表明法律的发展并不是基于进化论，即一个物种取代另一个物种意义上的社会达尔文主义，法律的这些表现形态其实代表的是法律制度内部相互矛盾

[1] See Unger，*supra,* note 11.
[2] See David Trubek, Max Weber on Law and the Rise of Capitalism, 3 Wisconsin Law Review 720(1972).
[3] 喀莱顿·垦卜·亚伦：导言，载梅因上引书。
[4] See Unger，*supra,* note 11.

和相互制约的不同方面，在社会发展的一定阶段或在社会关系的一些领域，可能某一些方面比较突出，而另一些方面则可能退居次要地位，甚至成为影响法律和社会发展的主要因素，克服来自这个方面的阻力成为至关重要的问题，在外部则展现出从一种形态的法向另一种形态的过渡。实际上这些矛盾和它们所表现出的形态是永恒存在于法律制度之中的，不存在所谓从一极向另一极的历史性的、永恒性的转变，“从身份到契约”，“从交往法到官僚法到法律秩序”，“从实质不合理性到形式合理性”等等。当条件发生变化时，法律又会发生向相反方向的转变。这正象调整经济关系，有时强调自由贸易，有时又强调国家干预，这完全决定于经济运行的状况。法律调整也是这样，有时强调契约的作用，有时又强调身份的意义，有时强调法律的自治性、普遍性，有时又凸显法律的非自治性和特殊性，它们完全决定于法律所调整的社会关系的性质，决定于社会关系的结构和功能。

比较法中中国法研究所显示出的这些矛盾表明把中国法固定在某一个进化模式中虽然有参考意义，但是最终是靠不住的，经不起实践和历史的检验，也经不起理论的推敲，一旦支撑这些模式的语境消失了，这个模式本身的理论说服力就大打折扣。因此，从目前的研究水平来看，与其把中国法的研究放在现有的各种各样的带有明显意识形态烙印的法律与社会进化模式的框架下，不如以问题为中心，把注意力集中在什么样的社会关系适于用什么样的法律或非法律手段来处理。这里我不是想一般地否定法律与社会发展的模式，也不是想提出一种新模式，本文只是想证明，传统的比较法和法律与社会发展模式附加在中国法上的“特征”即由于熟人关系法律不占主导地位，由于治水社会或大规模的社会工程形成专制、集权，绝不是中国所独有的，西方法也会面临同样的问题。只不过它们被视为恶的东西、过时的东西或者老古董，在现代西方法中被超越或被有意撇去。当这些特征在当代西方法律发展中又重新显现，或在拥有这些特征的其他文明中创造出比西方更辉煌的成就时，它们所带来的必然结果是已经在西方法发展路径中被固化了的法律与社会发展模式的危机。



# 现代中国的法治之路：激进主义与保守主义

高全喜*

自1840年鸦片战争以来的一百七十余年中国近现代史，可谓历经曲折。中国与西方的遭遇，触发的是中国社会“三千年未有之变局”（李鸿章），所谓“观今日之世变，盖自秦以来，未有若斯之亟也。”（严复）。留在我们记忆里的，仿佛只是失败、割地、赔款，以及在不平等条约上签字。国土的沦丧，生灵的涂炭，极大地震撼了这个古老、庞大而又极度虚弱的国度，在击碎其颟顸无知的满清统治者“天朝上国”梦幻的同时，也深深地刺痛了我们每一个中国人的心灵，一种沦为西方列强殖民地并最终亡国灭种的阴影笼罩在所有中国人的心头。为避免这种危亡的末路，“变法图强”成为先进的中国人为之奋斗的目标，如何构建一个现代国家、寻找一条强国之路的思考与实践，一直成为一百七十多年来中国历史的主题，可以说中国至今依然还身处这一转型之途。这是一条从生存理性出发的民族自救与复兴之路，也是自成体系的中华文明通过“创造性转化”与“适应性变革”进入世界历史的伟大而备极艰辛的历程。

百年中国历史的变迁并非传统中国社会的简单延续，而是处在一个古典中国向现代中国的巨大转型之中，亦即处在一个中国与世界的碰撞与冲突之中。因此，此一背景之下的“变法图强”，就面临着与传统中国几次重大的变法迥然不同的新问题。我们知道，中国历史上曾有过促使社会发生重大变化的几次经典性变法，例如，我们所熟悉的商鞅变法、北魏变法、王安石变法以及张居正变法等等；甚至从更广阔的意义上来说，孔子作《春秋》、董仲舒基于儒家思想对于作为中国古典之治的阐发也是一种变法。然而，与这些传统中国历史上曾经出现的各种形态的变法相比，我们在此所要处理的这个在百年中国现代性之路中所呈现出来的法制乃至政制的古今之变却有着完全不同的内涵与意义。

* 北京航空航天大学人文与社会科学高等研究院教授。

## 一、古今之变视野下的现代中国变法

这是因为，自鸦片战争以来，尤其是中日甲午战争以来，中国业已融入到世界历史的进程之中。因此，中国的近现代史就不单纯是中国自成一体的传统社会形态的简单延续或王朝政治的治乱循环以及法制、礼制乃至价值观念的演变。应该指出，这个近现代中国的变化确实是如晚清之际很多通达之士所屡屡谈及的是一个“三千年未有之变局”，是一种“自秦以来未有若斯之亟”的“世变”。这个变局固然是传统的古老文明在面对西方文明的全方位冲击中所呈现出来的一种精神状态，但更为重要的是，经此“世变”，中国由此激发出从观念到制度的彻底变革。因此，“世变”可以说是百年中国的一个最核心的状态。而且，这个“世变”已经不是传统古典社会的王朝更迭，也不是所谓的“华夷之辨”，而是一种全新的、与强有力的异质文明相碰撞且面临着灭顶之灾的、需要挽狂澜于既倒的民族共同体的“世变”。所以百年中国是处在这样一个全方位的“世变”的激荡与塑造之中，危机与机遇并存，生与死并存。

在人类的历史长河中，这样一种状况下的变革，确实也是中国所独有的。因为那些悠久的历史文明如古希腊、罗马、埃及、印度等文明及其所承载的民族共同体早已瓦解并在历史中灰飞烟灭，只有中华民族存在未曾间断的三千年文明历史。“中国自先秦以迄清末，其间虽有异族入侵，或异文化进入‘中国’的情形，但中国始终是一个以儒家为主导价值所构建的悠久而赓续不断的文明。诚然，中国是一个国家，但它不同于近代的‘民族国家’，它是一个以文化而非以种族为华夷区别的独立发展的政治文化体，有学者称之为‘文明体国家’，它有一独特的文明秩序。”[1]然而，也正是存在如此厚重的历史遗产，传统中国遭遇“世变”之际所开启的转型就变得异常艰辛和曲折。但是，面对十九世纪中叶之后生死存亡的巨大挑战，这个古老的政治文明体又必须重造精神、旧瓶装新酒，从而焕发新的生命。因之，这既是中国之现代性的历史脉络，也是中国之现代性的基本内涵。“中国的文明秩序在 19 世纪中叶受到了前未之有的挑战。从本质上看，这个挑战不仅是来自西方，而是西方的现代文明，亦即是已经现代化洗礼的西方文明，而这个西方现代文明的出现在中国与东亚的是帝国主义和殖民主义的面目。当时，李鸿章严复等感到这是中国三千年的大变局，为秦汉以来未有之世变。……百年来中国对西方现代文明的挑战的回应，用一个最有力的概括性的概念来说，是中国的现代化，亦即中国传统文明的更新和发展。”[2]

[1] 金耀基：《中国现代的文明秩序的建构——论中国的“现代化”与“现代性”》，载刘军宁等编：《经济民主与经济自由》，三联书店 1998 年版，第 42 页；更加完备的论述参见金耀基：《从传统到现代》，法律出版社 2010 年版。

[2]金耀基：《中国现代的文明秩序的建构——论中国的“现代化”与“现代性”》，载刘军宁等编：《经济民主与经济自由》，三联书店 1998 年版，第 42-43 页。



从中国现代性的历史展开过程看，现代性大致呈现出三个层次的意义。第一个层次是现代性的器物或形下基础，亦即现代中国赖以确立的的物质条件、生产方式。在过去的历史研究中，这个层次一直被视为是一种现代化的构建层面。也就是说，在中国与世界相互交通的中国近代历史的开端之际，先进的中国人就把建设一个现代化的中国作为这个民族赖以在当今世界存续下来的关键。从魏源时期的海防建设，到洋务运动时期“自强”、“求富”，再到孙中山的“建国大纲”，再到毛泽东、共产党的“赶英超美”，直至二十世纪后期的四个现代化、小康社会，我们看到，百年来推动中国变化的是要把中国建设成一个现代化的国家这样一种内在的精神动力，而此种对现代化的理解基本上是一个物质的、科技的、器具层面上的，这实际上是现代性的第一个层次。[1]

现代性在百年中国的演变脉络中，其第二个层次表现为一种观念、价值的诉求和体认，及其达到的一些共识，甚至包含着一些重大的涉及国家发展道路问题而呈现出来的主义之争、价值之争。如果说中国从晚清到当下的一百七十年来，在现代性的第一个层面，即上述的器物层面或者物质层面、科技生产力层面的现代化追求上并没有多少争议的话，那么在现代性的第二个层面，尤其是在建设一个怎样的现代性中国的道路选择、价值取向、发展模式等方面却是屡屡发生重大的争议与分歧。从鸦片战争以来的“中体西用”直至当今的“美国道路”、“中国模式”的风风雨雨，众多历史曲折甚至灾难的发生无疑都与这个对中国之现代性的命运的歧异理解密切相关。[2]关于中国现代性的问题，先进的中国人并非没有体悟和认识。从“华夷之辨”到魏源面对海洋的沉思，从洋务运动到维新立宪的努力，从辛亥革命到五四时期关于德先生、赛先生的呼吁，从训政建国到共产党的苏联式共产主义革命及其六十年的社会主义实践，这些实际上并不单纯只是现代化层面的议题，它们都是对现代性的不同认识和把握，贯穿着作为现代性之核心价值的诉求。但是问题在于，为什么我们在有关现代化的中国建设方面能够取得高度共识，并不断取得长足的进步和发展，但历经两个世纪之久我们却依然未能安稳地走出“历史三峡”？[3]

[1] 关于现代化与现代性之异同，请参阅秦晓：《当代中国问题：现代化还是现代性》，社会科学文献出版社 2009 年版；秦晓：《追问中国的现代性方案》，社会科学文献出版社 2010 年版；“现代化”的物化进步观还深深影响到了新中国的经济体制选择（重工业优先发展的计划体制）与根本的宪法精神（富强），前者参见林毅夫等：中国的奇迹：发展战略与经济改革》，上海人民出版社 1999 年版，尤其是第二章“赶超战略与传统经济体制的形成”，后者参见陈端洪：《论宪法作为国家的根本法与高级法》，《中外法学》2008 年第 4 期。

[2] 这种歧异性理解既有中国自身的思想文化因素，也有西方现代性内部之复杂性的因素，比如早期的礼教派与洋务派、法理派的争议主要呈现的是中西的思想碰撞关系，而后期的康梁派与革命党的君宪/共和之争以及国共两党主导下的资本主义/社会主义之争则是在中国的文化保守主义边缘化之后呈现的、中国的政治/文化精英对西方现代性本身的歧异理解与实践。因此，中国的现代性之路也不得不负载西方现代性过程本身带来的深刻困惑与代价，这一点至今仍然在纠缠与煎熬着中国当代的政治/文化精英的敏感心灵。

[3] 关于历史三峡的详细阐述，参见唐德刚：《晚清七十年（一）：中国社会文化转型综论》，远流出版事业股份有限公司 2003 年版。

探其原因，这就涉及到现代性的第三个层面，或者说涉及中国现代性的独特发育机制以及如何加以培养以致结成硕果的问题，而这对于一个后发国家的现代性建设具有十分重要的意义。所谓现代性，本是一个发源于西方现代社会的一个问题，追溯起来，现代性是伴随着西方民族国家、资本主义商业社会、工业革命、科技革命以及基督教改革等诸多围绕着现代人的产生而形成的一种社会形态。在西方的语境下，就现代性从西方现代社会演变的三百年的历史来说，虽然它们也经历了诸多思想家所言及的现代性的几次波浪，但是这一有关现代文明的主题在西方是本源的、自生自发的。尽管不时存在危机，却又总能在其文明的内生秩序中得到克服，从而进入到新的现代性乃至后现代形态之中。

但对中国而言，这个现代性并非从传统中国自发而来，而是一个传统国家与西方社会的被动性地交往、碰撞中激发出来的一个问题。也就是说，现代性所具有的现代化和现代价值这两个层面对于中国人来说就不完全是自生的问题，而是一个被逐渐激发出来的问题。在西方的语境中，早期现代的现代性到二十世纪之后的现代性是有一个历史演变的过程的，从它们的直接表现形态来说甚至是对立的。例如，早期现代的立宪政治、主权国家的构建、个人自由的绝对性、代议制民主、私法中的意思自治乃至当时的文明秩序观、个人与国家的关系，人与自然的关系、基督教改革中的政教关系，等等，这些在当时被视为现代性的核心问题，而在二十世纪的当代，原初的现代性议题却已发生重大的变异，出现了反早期现代的后现代性问题。尽管如此，我们应该看到，这是西方社会自身演变的一个具有内在逻辑的发展过程和表现形态，而对于中国这样一个后发国家来说，现代性则是在西方的冲击和激发之下而产生的一种文明力量。

## 二、激进主义的现代性变法

由于中国与西方世界这种“刺激—反应”模式（费正清）下的交流状况，源出于西方的现代性实际上与我们自身的发展状况、历史阶段以及道路的选择很难达成一种同构化的内在契合。因之，作为一个后发国家，中国就不是简单的仅仅需要在现代化的科技、物质层面的构建，也不是简单的在有关德先生、赛先生、资本主义、社会主义的论辩中选择，更不是在公平、正义、自由、民主、法治的口号中抽象地理解现代性，而是要在建设现代中国的各项事业中优先解决一个究竟应该追求何种现代性的问题。遗憾的是，考察百年中国的历史，在价值理性、思想精神层面上的关于现代性追求和构建的过程中，我们很少有一个从容的理论思考与反思，进而导向一种更为理性、更为稳健的现代性选择。我们看到，鸦片战争尤其是甲午战争之后的中国民族心智及其国家道路的选择处在一种激进主义占主导的一波又一波的亢奋浪潮



之中，一种革命激进主义的潮流主导着一百七十余年的中国现代性之路。对此，我们可以从关于革命激进主义在中国近代的发生学及其一轮又一轮的演变形态中得到印证。

康梁戊戌维新的理论和实践，从形式上看源自今文经学中的一个求新变革的变异学说，但是康梁今文经学的内在的革命激进主义实质上则来自现代性的西方世界，激发康有为从传统古文经学中进行托古改制的内在精神驱动力实际上来自于西方文明冲击下的思想激荡，可以说完全是一种异质文明，只不过是通过康有为今文经学的载体形态而呈现出来。所以他从对古文经学的改造中开辟出一种现代性的诉求，实是一个古老的传统文明在强势的西方异质文明冲击之下的求变印记，因而也是一个西化的现代性中国的托古改制，类似于日本的脱亚（古）入欧。这个“亚”或“古”就是传统中国，这个“欧”与“今”就是西方文明所显示出的现代性。所以古今之变的表象之下隐含着的中西之争可以说是决定了康有为变法的激进主义性质。而孙中山的国民革命乃至共产党的兴起，在本质上同样也是革命激进主义的，虽然它们在形式上与维新变法存在着明显的区别，但其中深含着的依然是西方的现代性命题对于传统中国的革命性构建，都是通过打烂一个旧社会来实现对于传统社会的彻底重建。

在此，我们不禁要问，为什么中国人对这样一种革命激进的社会变革方式情有独钟呢？为什么会选择这样一种激烈的现代性之路呢？

当然，近现代以来百年中国的屈辱史和失败史所衍生出的民族悲情可以部分地予以解释。作为一个传统的文明古国，在西方列强的殖民主义冲击之下，一次又一次的“保种、保国、保教”的生死存亡问题横亘在中国人面前，中国的知识精英和政治精英，或主动或被动地被裹挟其中，进而激发出一种激进的变法图强的变革乃至革命观念，企图在技艺、制度乃至文明的改造之中“毕其功于一役”，求得与西方列强相抗衡，以摆脱被压迫、被奴役的困厄命运。处于此种悲情之下的有关中国现代性的构建，因而就很难有一种从容的心态去择优遴选我们的现代性的文明价值的构建之路。历史的和我们亲身经历的沉痛的血的教训使我们看到，一百七十年来的屡屡的变法、革命、建国、专政所导致的并不是一个真正健康文明而又良善的现代中国。或许在某些实践之中，我们正在凸显泱泱大国的面貌、焕发出勃勃的生机，但更多的是惨痛的灾难，是现代的中国本应倍加珍视的个人尊严、自由、德性、道德甚至古典优良传统的彻底泯灭、破碎。可以说，从鼓吹与传统决裂的五四新人，到军政训政下的国民军，到文化大革命的红卫兵，甚至到当今一切向钱看的中国市民，都无不扭曲地纠缠于革命激进主义的罗网之中。一百七十年来，我们几乎没有构建出一个优良的法统和道统来为正常理性的现代中国人提供一种法权制度乃至道德价值的安顿与保障。

这就要求我们在民族悲情之外继续深思，使我们重新回到前面关于现代

性的第三个层次的追溯上来。我们需要检讨，我们所要追求的这种现代性究竟是何种现代性，为什么我们恰恰选择了这样一种多少有些变异而且极易导致文明灾难的现代性？正是由于曾经的惨烈教训，要求我们在检讨百年中国现代性之路的同时继续追问，我们这种革命激进主义的现代性是否是世界现代性的唯一形态，或者说，这种革命激进主义的现代性之路是否就是西方占主导的、当今世界的近现代历程中的唯一形态？进而，我们更要反思，中国近百年的历史，在革命激进主义现代性这个看似正当的进程之下，是否还有着某种被压抑、被遮蔽然而其自身仍然保存着潜在生命力的另外一种现代性呢？或者我们把这些问题归结到同一个问题上，即无论是西方近三五百年的现代性，还是中国的百年现代性，是否就只有一种形态的即革命激进主义的现代性呢？是否只有支撑着革命激进主义的现代性的法统与道统呢？答案显然是否定的。

## 三、保守主义的现代性变法

事实上，在西方社会，革命激进主义只是西方现代性的一个路径，在某种意义上，还是一种变态的、歧异的路径，即便就当今世界而言，在主流社会占据主导地位的依然也不是那种革命激进主义的现代性，而是一种反革命、反激进的保守主义的现代性。西方的现代性大致有两个形态，一是英美主义的保守的现代性及其法统，这个法统是反革命的改良主义的立宪建国的理路，它们由此所建立的英美两个帝国支撑着从十七世纪到二十世纪整个现代世界的主要秩序及其内在的价值指向。这种保守主义的现代性虽然也有革命，如光荣革命、美国革命，但这里的革命只是限于政体范围，其诉求的乃是现代性语境下的革命终结，其实质一种宪法意义上的反革命。所谓反革命，即指经过革命的手段，用一种宪政框架吸纳革命原则，成就出来的是一个保守主义的现代性。这里的反革命所保守的不是西方封建时代的旧制度，而是保守革命的原则价值以及义理，通过这种保守主义的转变，现代性就告别了革命的激进主义，达到一种持久稳定的法治与和平。反革命的宪政并不意味着社会不再变革和改良，相反，变革与改良是宪政时代的常态，是实现社会进步的重要途径，只是不再采取非常的革命手段，反革命已经完成了现代性的从非常政治到日常政治的转变。[1]

与保守主义现代性相对的是激进主义的现代性，这是从法国到德国再到俄罗斯的一波又一波的社会革命浪潮，这种不断革命的现代性所进行的是破旧立新的工作，即打破旧制度，建设新世界，遵循的是一个不断否定的逻辑，

[1] 关于“革命的法理”与“反革命的法理学”的政治宪法学分析，参见高全喜：《论革命的法理学》，《北京大学研究生学志》2010 年第 1 期；《美国现代政治的“秘密”——从政治思想史的视角审视》，《战略与管理》2010 年第 5/6 期合订本；《革命与宪法及中国宪制问题》，《北大法律评论》2010 年第 2 辑，北京大学出版社。



强调的是破除，永久不停的破除，直至毁灭，在那里没有保守主义的守护，最后导致斯特劳斯所谓的“虚无主义”。“破字当头，立在其中”是一种诡辩逻辑，毁坏的过程并不是建造，毁坏就是毁坏，在这种否定性的革命逻辑下是无法真正建构出一种和平法治的现代社会的。革命激进主义只是西方现代性的一股潮流，从某种意义上说，上述两股现代性的潮流虽然在一定时期内并驾齐驱、不分轩轾，但从一个主导性的良性社会秩序的构建来看，那种从早期现代到当今的英美式的平稳而又渐进改良的现代性形态，则要比疾风暴雨式的、无数人头落地的法俄式的现代性，更具合理性与正当性。

当然，西方的两种现代性潮流时至今日依然处在冲撞和斗争之中，只是变换了各自的形式，未来的路径以及朝向如何，现在也并不十分明了，所谓“永久和平”式的英美宪政的诉求仍然笼罩在帝国主义霸权的阴影之下，由此表露出来的问题乃是当今西方现代性问题的症结。对于中国来说，特别是对中国的现代性来说，情形与西方当今的现代性有所不同。作为一个后发国家，英美式的保守主义现代性及其法统，在中国相对稀缺。长期以来，在中国占主导的是一个革命激进主义的现代性模式，我们的数次变法与建国，其发生机制、社会基础、内在精神、思想观念和价值体系，无不受到西方激进主义的重大影响。中国在一些关键的近现代历史时刻选择了源出于西方的革命激进主义的现代性道路，从而决定了百年中国的社会走向，以致未能拓展出一条更为健康和理性的保守主义道路。不过，如果我们仔细检点中国百年的现代性之路，又可以发现，在中国的现代国家和现代社会的转型中，在近一百七十年来的历史演变中，仍然还有一种保守主义的思想、制度以及法统存续，并且富有顽强的生命力，它们并没有完全为革命的激进主义建国路线及其革命法统所遮蔽。[1]

我们看到，在社会动荡、战乱频仍、政治斗争、立宪选择、中国与世界的内政外交的宏大叙事之外，真正的保守主义建设表现为社会的点滴改良、移风易俗、与时俱进，它们在中国从来就没有停息过。社会在为激进革命所鼓动的同时并没有僵化以致成为纯粹的躯壳，尽管历经风雨，社会的民心、民情、德性、规则以及个人实现自我、寻求美好生活的点点滴滴的努力并未因为革命而彻底熄灭。相对来说，建国之后特别是文革时期对这种自发改良、自我演进的现代性进程确实给予了很大的摧残，即便如此，这个保守主义的现代性路线也并未完全消逝。顾准先生通过对激进主义的身体化的体验，极具反思性地提出“从理想主义到经验主义”[2]，这既准确把握了时代精神转折的方向感，也切合了改革以来的渐进改良的理性本质。这表明，中国的思想

[1] 在辛亥百年围绕《清帝逊位诏书》的专题研究中我们集中讨论并阐发了这样一种延绵赓续的中国保守主义，参见高全喜：《立宪时刻：论〈清帝逊位诏书〉》，广西师范大学出版社 2011 年版；此外，即使在辛亥革命的飓风之中，以地方士绅为主体的立宪改良派对于稳定地方秩序、存续地方治理传统也起到了重要的历史作用，在一定程序上现实了保守主义的社会影响力与政治行动力，参见张鸣：《辛亥：摇晃的中国》，广西师范大学出版社 2011 年版。

[2] 参见顾准：《顾准文集》，贵州人民出版社 1994 年版。

界对于保守主义之理性自觉与守护有着不间断的传承意识。所以到了改革开放之后，借助“商品—市场”经济与社会自治的展开，市民社会又重新迅速得到成长与进步。虽然目前尚未形成完整的制度体系和价值体认，但正是它们的存在与发展才使得中国彻底地走出革命话语，开始梳理出一条新的理性、健康的现代性道路。

把反革命的保守主义宪政和法治视为中国未来的现代性之路，无疑要面临两个问题，第一是如何处理传统的问题，第二是如何对待革命的问题。首先，需要指出的是，近现代中国的保守主义并不意味着是一种传统中国王朝政治及其道统在新的现代中国的简单延续，实际上这种旧制度的延续、变革都不属于现代性的议题。在传统的中国也有所谓的大变革，从周治到秦制的变化可谓重大，从秦制到汉制经过董仲舒的改造也算一种，从黄老之术到宋代儒家正统以及王安石变法也是，但是所有这些变法并不具有现代性的意义。所此以古典中国的道统、法统、学统为归宿的保守主义，如果说在王朝政治的传续中还尚可自成一体，那么鸦片战争之后中国进入新的世界格局和人类历史的新构架之下，这种传统的保守主义显然已经寿终正寝，难以死灰复燃、凤凰涅槃。我们所说的现代性的中国保守主义其法统、学统便与这种旧制度、旧道统和旧学统显然有别。英美尤其是英国的现代性构建，虽然也有共和激进主义运动，但它们与旧制度的关系是密切的，所以“光荣革命”很容易被视为一种复辟，按照这一辉格党人的叙事，英国的现代性是古今传续的。即便如此，我们也要看到，从古代英国到现代英国的传续也并非一脉相承，所以才有利维坦的出现，才有光荣革命的拟制，才有辉格党人的历史叙事。不过，总的来说，英美现代性之中的古今之变不像法国和俄国那样两厢势不两立、判然有别。

中国的保守主义不能完全照搬英国的模式，在古典中国与现代中国之间确实有重大的断裂，确实需要一场不下于法国大革命那样涤荡旧世界的革命，祛除旧制度旧法统的污泥浊水，而那些依附于传统王朝的旧世界的礼俗制度、法律文化、生活方式、道德观念等等，要转变为现代性中国之建设性的力量，并不能完全从传统自身开辟出来。这其中确有一根西方世界现代性的拐杖在起作用，完全忽略西方对中国现代性的激发既不客观也不现实。问题在于，中国这样的现代性在经历了霹雳式的革命之后应该怎么办？所以讨论如何对待传统与革命这两个问题，其实它们是一个问题的两面，处理不好如何对待革命的问题，就处理不好如何对待传统的问题。那种泥古主义，就像尼古拉三世完全拒斥革命、拒斥古今之变、拒斥现代性，只是守护旧法统的保守主义是错误的，甚至是反动的，其失败在于他们完全拒斥革命、拒斥进步。这个问题也是中国之现代性的关键点。如果按照革命激进主义的政治逻辑，对于传统永远只是批判、否定、诋毁，革命就意味着毁坏一个旧世界，意味着一穷二白，在一张白纸中画出最美丽的图画，这种激进主义的思维从否定开



始，以虚无告终，它们在百年中国的现代性历程中虽然占据主流，但最终难以开花结果，构建出一个自由、宪政、民主、法治的现代社会。

那么，在上述激进革命的过程中，是否可以开辟出一种保守主义的守护革命的思想路径和制度设置呢？固然革命有其合理性，但是革命的逻辑本身有待自我矫正，只有通过革命者的自我否定，将其转化为一种反革命的守护革命的构建，革命才有意义和价值，才能为容纳传统提供坚实的基础。守护革命的宪政法统是有能力与传统的旧法统进行对话的，如果只是摧毁的力量，是无法接续历史的。所以，革命者自身不是立法者，现代性的立法者必须经过一场革命之后由反革命来承担。立法是一种守护，不是革命，它所构建的法统及其背后的现代性价值，应该向传统敞开。这种保守革命的宪政主义并不是以旧有的法统为依归，而是以现代革命构建的新的现代性制度及其价值为依归，其对待传统的态度是对话、吸纳和融汇，革命之后的古今关系就不仅仅是古今的断裂，而是古今之汇通。问题在于，百余年中国的历次革命均未能在革命之后进行一场反革命的复辟，这里我要强调的复辟，是革命胜利者的自我复辟，是循环往复正道的回归。革命胜利了，旧制度打倒了，但是，革命精神应该有所安顿，宪法出场，匡扶政制，这本是反革命的题中之意，所谓复辟显然不是传统旧制度的死灰复燃，而是基于现代性的对于传统的同情式和解。但是，中国一百多年来数次重大的革命都未能在主导性上实现这种革命者的自我复辟，所以保守革命的法统难以稳固地建立，致使现代中国在革命的名义下，杀人不断，血流成河，一个现代的法治国家终究难以光荣地构建出来。与此相比，英国的光荣革命和美国的南北战争，它们的最大政治不朽之处就在于各自完成了这种复辟，所以在革命和内战之后，无论是胜利者还是失败者都共享革命的成果，都被纳入现代国家的祭坛中得到供奉，从而完成了民族政治的和解。从这个意义上讲，在中国保守主义的建国路径中，处理好革命与传统问题的关键就在于能否实现“革命的反革命”之自我复辟，这也是未来最有前景的国家发展道路。因为我们不可能再义无反顾地去进行流血革命了，去进行捣毁既有的生活世界了，固然我们要对革命给予褒扬，颂其光荣，但更关键的是要对传统加以安顿，由此来抵消革命激进主义的戾气和虚无主义。只有从这样的逻辑出发探讨中国一百七十年的法统之变迁和法治之生长，才能得到真正理性而健康甚至富有光荣气质的中国现代性的解读。

## 四、从激进主义到保守主义的转变

基于上述考虑，本文试图通过对晚清以来所开启的现代法治的古今之变的考察，对激进主义的中国现代性之路进行梳理，检讨其之所以成败的缘由，进而期待我们能在未来选择一条更为健康合理的现代性之路，来有效地克服

百年中国占主导的激进革命的现代性困局，彻底穿越这个“历史三峡”。

之所选择以法治的流变作为切入点，是因为第一轮的古今中国之变，其枢纽和载体是落实在法治的构建上，“变法图强”，实质即在于变法，即在于现代法治的确立和展开。必须指出，此处的法治或现代法治的意涵，是一种以立宪政治为基础的政制结构和政制状态，不仅包括非常政治状态下形成并得以存续的政制构架和日常政治状态下的政治社会秩序，更为重要的乃是确立了一套成熟的从非常政治向日常政治的转化机制。从历史背景上看，现代法治是在文艺复兴、宗教改革和启蒙运动开启了欧洲现代性进程之后，伴随着资本主义发展和资产阶级革命逐步落实的。从价值取向上看，宪政构架的建立是现代法治最为重要的前提和核心，其目的则是通过对政府权力的防范和控制即建设有限政府来保护个人权利不受侵犯。现代法治的确立，不仅构成了西方主流的政制形式，而且塑造出一种独特的现代政治文明和社会形态，进而促进了西方资本主义的快速发展，最终成为世界现代化进程的主导力量。从这个意义上出发，无论是晚清修律立宪，还是辛亥革命，乃至于中国民国、人民共和国，也只是法治建设的方法、途径不同，而在通过政制建设形成一个优良的政治构架进而达成独立富强的国家建设目标、实现中国社会的现代转型上，则是一致的。因之，我们就可以将自戊戌变法以来中国社会现代转型看做是一个在外部因素的影响下而从事以立宪政治为核心的法治建设史。此种以融入世界主流法制体系而不是抗拒现代性社会的法治观念，是我们考察中国法治变革的出发点，也是我们的基本立场。

以法治之变迁来总结中国现代性的历程，还在于在确立现代法治观念、健全法律体系、构建一种现代模式的法制框架等百年中国法治变革的一系列关键问题上。直至 1978 年改革开放，在上述方面我们与其说是收获累累硕果，倒不如说是品味令人沮丧的失败。戊戌变法自不待言，满清的立宪修律之举也被颠覆；辛亥革命之后，先是袁世凯称帝，之后又是军阀独裁，约法也好，宪法也罢，只是一幕幕政治闹剧而已。国民政府定都南京之后，全国虽形式上完成统一，实为军阀混战割据之乱局。国人只见军政、训政之无期，难见宪政之落实，更遑论民族、民权、民生之福祉。国共联手抗战救国，终难成立联合政府。一九四九年人民共和国成立，始有民族独立之地位，本为法治建设的良好开端和机遇，然自五七反右而后，极左路线得势，运动不断，革命升级，直至文革十年浩劫，无法无天凡数十载，国民经济濒临崩溃，人民备受其苦。一九七八年中国共产党十一届三中全会纠正极左路线、果断实施改革开放政策以来，中国历史又回到近代的起点，变法图强绝处逢生，再次成为中国现代社会转型的正道，民主法治建设才得以实质展开。特别是确定建设社会主义市场经济体制以来，建设市场经济就是建设法治经济、加强社会主义民主、建设全社会主义法制不仅成为执政者的基本认识，更是全社会的一致呼声。于是，公法与私法的基本规范得以确立，乃有依法治国入宪、



人权、私有财产保护入宪，法治建设取得重大的阶段性成果，成就当下的基本法治构架和格局。

但是，中国法治建设的任务至此已然完结？中国现代社会的转型已然取得成功甚至可以向世界贡献所谓的“中国模式”或者“中国经验”？的确，从表面上看，以某种经济的、社会的指标为依据，我们不仅实现了民族独立，而且在最近三十年内取得了经济增长的奇迹，似乎已然实现了百余年来的现代国家的建构任务。然而，这实际上并没有把握中国当代问题的实质。我们确实在很多方面加入全球一体化，但从社会的整体结构，尤其是现代政治社会的制度层面上，即从实现传统社会向以现代核心价值观（自由、理性、个人权利）为支撑，以市场经济、民主宪政和民族国家为基本制度的现代文明秩序的转变这个现代性之核心内涵的角度而言，一种良性的日常政治的常态机制并没有成熟而健全地确立、巩固下来，法治建设还处于早期现代的阶段，并没有真正完成国家建设任务。虽然实现了国家的独立和某种经济意义上的富强，但至多也只是在现代性的物质层面即现代化意义上取得了一些成绩，而在现代性更为核心的价值、制度层面上则乏善可陈。

而且还必须指出的是，从现代性的演变逻辑来看，我们一百七十年来亟待解决的问题，对应的是早期现代时期即西方 17—19 世纪各民族国家曾经面临的现代性问题，而我们现在所必须应对的国际秩序却是 20 世纪和 21 世纪的世界新秩序，因此，中西方的现代性进程在时间上和任务上是错位的，这就使我们的任务面临着两难困境：一方面我们要建设一个全面现代化的民族国家，而且是一个自由民主宪政的政治国家，这是西方各现代国家用了 300 多年的时间才完成的；但是另一方面，西方现代社会的政治状况却逐渐出现了去国家化的趋势，自由民主宪政的现代国家的弊端以及国际秩序的不合理、不公正弊端日渐显示出来。也就是说，我们的国家建设以及现代化道路遭遇后现代政治的阻击，建设自由民主宪政的国家的正当性和开放的现代社会的合理诉求，面临后现代社会和全球化的挑战。此外，我们又是一个文明古国，三千年来的政治文化传统使得我们建设国家的任务必须解决好与传统体制的关系问题。因此，这诸多复杂纠结的问题，需要我们审慎地处理中国特色与世界格局、现代模式与多元主义、历史传统与普世价值、本土资源与异域制度等多方面的关系。

所以说，中国法治的现代性之路，不仅尚未成功，甚至还处于转折的紧迫时刻；不仅尚难成就所谓中国经验或者中国模式，反而需要更为审慎的智慧；不仅要着眼长远，更要充分面对其中存在的复杂性。因此，这本小册子的一个主要目的，就是试图在中国现代性历史进程的图景中，经由勾勒中国现代法治主义的历史起源、制度实践以及演变机制，为未来的国家构建与法治体系提供一个可资参照的坐标。也就是说，在厘清中国百年来以立宪主义为核心的法治演变尤其是近三十年宪政变革的历史之基础上，展示法治变迁

的激进主义困局，发掘保守主义法治现代性的宝贵资源，在承认激进革命的合理性的同时，指出其内在的弊端，从中导出一条安顿革命、化解民族主义悲情的保守主义现代性之路。



# 自由与平等关系析要
## ——一个托克维尔命题

夏立安*

**内容提要：**在托克维尔的著作中，无论是《旧制度与大革命》，还是《论美国的民主》，都始终贯穿着自由与平等关系的红线——一个所谓的“托克维尔命题”。当这个命题被纳入阶级关系之中时，它就变成了穷人与富人的关系，前者追求平等，后者珍视自由；当这个命题被投射到法、美两种不同的历史背景之下时，前者因受制于平等的激情并因而失去了自由，走向了专制主义，后者则因生而就是平等的，从而避免了一场革命；当这个命题被投放于民主视野之下时，虽然民主的多数人之治可以避免社会出现穷人与富人的尖锐对立，但是仍然有“暴政”之虞，而法律人之治、宗教信仰自由和结社自由则可以使自由与平等最终调和起来。

**关键词：**托克维尔；自由；平等；暴政

论及自由与平等，人们通常将其混同起来，而忽视二者的区别，即使有所区别，也难切中要害。在《旧制度与大革命》一书中，关于自由与平等关系的论述很多也很精彩。托克维尔认为：“在法国，平等的激情源远流长，自由的激情出现较晚，根基较浅。临近旧制度末期，这两种激情都同样真诚强烈。大革命开始了，两种激情碰到一起；它们混合起来，暂时融为一体，在接触中相互砥砺，而且最终点燃了整个法兰西的心。”这段关于自由与平等的诗意般的语言，是托克维尔命题的写照， 无怪乎，在《论美国的民主》第二部分第一章的一个脚注中，法文版的编辑这样提醒人们：“自由与平等的辩证关系，对于理解托克维尔的政治哲学非常重要。”[1]

托克维尔命题至少通过三个层面上呈现出来：第一，在托克维尔笔下，自由与平等二分是以深刻的社会结构作为其基础的，这两大主题是与其社会结构二元化平行推进的，也就是说，自由与平等被托克维尔转化为社会下层阶级与社会上层阶级之间的利益博弈。第二，将自由与平等投放于大革命百

* 浙江大学光华法学院教授。

[1] 托克维尔：《论美国的民主》下卷，董果良译，商务印书馆 1995 年版，第 116 页。

年的历史长河中，对比于美国和法国两种不同的社会和政治发展背景之下，二者的差别就更为突出了，并最终导致了两个国家选择了不同的宪政主义道路。第三，自由与平等的差别是巨大的，其张力也是巨大的。在法国，由于对平等的激情超越了对自由的爱好，导致了平等与专制的结合。在美国，由于其特殊的制度与民情因素，使二者的张力得以消解。

## 一、社会阶级背景下的自由与平等

无论从哪个意义看，自由与平等都是法治所追求的重要价值，是正义的重要体现。《布莱克法律词典》给“自由”有这样的定义：“免于被专制或免于被外部限制，尤其免于来自政府的专制与限制。”[1]而对于“平等”的定义则指的是“相同的质量和状态，主要是在权力和政治地位方面。”[2]就二者的联系看，都指的是公民之于政府或政治的关系；而二者的区别则在于前者强调的政治权力与公民社会生活之间的区隔，后者则关注政治生活中的公民地位高低与否的状态。而遍览《旧制度与大革命》，乃至《论法国的民主》，这两种价值无所不在，将其从法国社会阶级关系中剥离出来，显示了托克维尔深邃的学术功力。

托克维尔认为，在旧制度后期，“自由的激情与平等的激情撞在一起……并最终燃烧了整个法兰西的心。”这段高度概括的语言，反映了在反对君主制的斗争中，作为法国革命共同参加者的贵族与第三等级，秉持了不同的价值——前者追求的是自由，而后者追求的是平等。英国学者对这种现象是这样描述的：“中产阶级言必称自由，而下层阶级言必称平等”。[3]正是这两种对立价值和两个阶级碰撞到一起，这种对立而统一，构成了法国革命的奇特景观。为此，托克维尔这样写道：“理论的善和行为的强暴形成对比，这是法国革命最奇怪的特征之一，如果人们注意到这场革命是由民族中最有教养的阶级准备，由没有教养、最粗野的阶级进行的，就不会为此感到惊奇。”[4]

那么，自由与平等的这种奇妙景观究竟是如何产生的呢？恐怕要挖掘这种奇妙景观背后的阶级关系，要从法国封建制度向君主制度的转化过程来寻找答案。

公元 476 年，蛮族入侵摧毁了庞大的罗马帝国，建立了一种新的社会制度——封建制度。战争之后的分封，形成了国王与领主、领主与封臣之间的层层权利与义务关系，导致了封建庄园制度。在这种封建制度之下，慢慢形成一个享有政治、经济和法律特权的贵族阶级。虽然在这种贵族时代，社会的阶级是极端不平等的，但是正是在这种贵族时代，自由精神得到成长。托

[1] Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, 2004 West, a Thomson business, p. 937.
[2] Ibid., p. 576.
[3] ActonJohn Emerich Edward Dalberg Action, History of Freedom and Other Essays 88, Figgis and Lawrence eds., 1916.
[4] 托克维尔：《旧制度与大革命》，冯棠译，商务印书馆 2013 年版，第 243 页。



克维尔这样评断：“从来没有任何贵族比封建时代的法国贵族在见解和行动上更高傲，更有独立性。民主自由精神从没有比在中世纪法国公社中和直至 17 世纪初不同时期召开的历届三级会议中，表现出更有劲，我几乎要说更粗野了。”[1]但是大约在 1500 年左右，法国君主的力量开始逐渐加强。尽管如此，与教会和贵族相比，君主尚且软弱，君主受到了教会、贵族乃至自己制定的法令的约束，由于贵族控制了司法，所以在约束法国国王的诸种力量中，宗教排名第一，司法排名第二，君主的法令排名第三。[2] 到 17 世纪的路易十三和路易十四统治时期，法国王权得到迅速扩张；及至十八世纪的路易十五和路易十六统治时期，君主专制到达高峰。“1789 年以前，法兰西呈现的便是这样一幅图景：王权已直接或间接地夺得一切事务的领导权，真正可以为所欲为了。在大多数城市与省份，王权干净利落地取消了地方政府；在其他地方，王权也未留下更多东西。法国人则形成了欧洲民族中最统一的民族，行政程序也最为完善，后来成为中央集权的制度达到了登峰造极的地步。”[3]

耐人寻味的是，正是这个粗野的王权和登峰造极的专制制度，正是路易十五和路易十六，给予了法国贵族式的自由一番彻底的改造。[4]君主制将贵族的自由改造为民主的自由，从而给法国社会带来了平等。因为贵族自由的享有主体是少数贵族，是一种特权者的自由，而民主的自由则是一切人的自由，这种自由折射的是一种平等精神，“在民主政治中平等是国家的灵魂”[5]。正是对自由的改造，导致了贵族对王权的仇恨，导致了大革命早期贵族同第三等级站到了一起；也正是对贵族自由的改造，导致平等观念的成长。“18 世纪末法兰西的面貌呈现下列最主要的特征：这个民族比起世界上当时存在的任何民族来，包含更少的穷人，更少的富人，更少的强者，更少的弱者；不管政治状况如何，平等这一理论已在人民的思想中扎根，对平等的爱好已掌握人心。”[6]

更为有趣的是，作为贵族出身的托克维尔，面对法国君主们对贵族自由的改造，尤其在经历了雅各宾派专政之后，该是多么纠结。他在回忆录中这样表白：“在思想上我倾向民主制度，但由于本能，我却是一个贵族——这就是说，我蔑视和惧怕群众，自由、法制、尊重权利，对这些我极端热爱——但我并不热爱民主。……我无比崇尚的是自由，这便是真相。”[7]可见，在平等与自由的选择中，托克维尔给出的答案似乎是“我爱平等但我更爱自由”。

有了以上对旧制度的自由与平等的识见，就不难理解托克维尔对 1789 年及其以后的法国大革命的态度了。对 1789 年初期的法国人来说，“对平等和

[1] 托克维尔：《旧制度与大革命》，第 311 页。
[2] Claude de Seyssel, The Monarchy of France, Donald R. Kelley ed. & J. H. Hexter trans., 1981，p. 51.
[3] 托克维尔：《旧制度与大革命》，第 310 页。
[4] 托克维尔：《旧制度与大革命》，第 312 页。
[5] [意]萨尔沃·马斯泰罗内：《欧洲民主史：从孟德斯鸠到凯尔森》，黄华光译，社会科学文献出版社 1998 年版，第 5 页.
[6] 托克维尔：《旧制度与大革命》，第 315 页。
[7] 托克维尔：《社会平等与政治自由》，巴黎，1977 年，第 21 页。

自由的热爱个体占据了他们的心灵；他们不仅想建立民主的制度，而且要建立自由的制度；不仅要摧毁各种特权，而且要确认各种权利，使之神圣化；这是青春、热情、自豪、慷慨、真诚的时代。”[1]但是这种既要自由，也要平等的愿望最终落空，等待人们的是1793年激进主义的雅各宾派独裁，用托克维尔的话说就是,大革命虽然摧毁了旧的专制，但是代之以更加残暴的专制，大革命抛弃了初期的目的，忘却了自由，使平等与专制结合到了一起，并最终成为了平等的仆役。[2]

面对一种没有自由的所谓平等与民主的社会，托克维尔感慨地说：“没有自由的民主社会可能变得更加富裕、文雅、华丽，甚至辉煌，因其平头百姓举足轻重而显得强大；在那里可以看到私人品德、家庭良父、诚实商人和可尊敬的产业主；……但是我敢肯定，在此类社会中是绝对见不到伟大的公民，尤其是伟大的人民的，而且我敢肯定，只要平等与专制结合在一起，心灵与精神的普遍水准便将永远不断地下降。”[3]

总之，托克维尔的分析隐含了这样的思路：没有封建制度，就没有自由；它能够给为贵族提供自由，但不能为平民提供平等；继而君主制将封建社会均质化了，但是以牺牲贵族自由为代价；法国大革命又进一步将平等激情推向极致，更是以牺牲贵族阶级为代价，而这恰恰是英国社会演进中很好避免了的。当足以抵抗君主专制的力量被边缘化后，当这个阶级主宰下的法院最终被废除后，大革命自然也就不可避免了。

## 二、宏阔历史视角下的自由与平等

从封建制到君主制，再从君主制到雅各宾派的“民主暴政”，法国宪政道路从贵族的自由，走向了君主专制下的平等，直至1793年平等与专制彻底融为一体，法国社会从一个极端走向了另一个极端。在托克维尔的作品中，其深刻的阶级分析颇有深度，难能可贵。在这种阶级分析中，其实还包含了一种绵延百年的历史视角，包括了跨越大洋的法美历史比较。

作为一种长焦距的历史透析，托克维尔对法国大革命的分析，延展了百余年，它不仅包括1789年之前的半个多世纪，也包括之后的半个多世纪。一方面，在托克维尔看来，1789年之前的半个多世纪，法国王权已经差不多将革命的使命完成了。“即使没有这场革命，革命所作的一切也会产生。”因为在革命之前，君主制度已经改变了法国的社会结构，法国贵族已越加边缘化，土地被分割和分配，法国已经比任何其他国家都更加平等。革命只不过是一

[1] 托克维尔：《旧制度与大革命》，第32页。
[2] 托克维尔：《旧制度与大革命》，第32页。
[3] 托克维尔：《旧制度与大革命》，第36页。



个暴烈迅猛的过程，借此人们使政治状况适应社会状况，使事实适应思想，使法律适应风尚罢了。[1]

另一方面，在1789年革命之后的半个多世纪里，也就是说截止托克维尔1856年发表《旧制度与大革命》之时，法国社会专制与民主两股社会力量潮起潮落，斗争不断，1793年的路易十七政权、1814年路易十八政权、1830年的路易十九政权先后出现。面对这种社会政治状况，托克维尔又一次沿着他一贯的自由与平等的线索，作出了如下描述：“当大革命开始直至今日，人们多次看到对自由的酷爱时隐时现，再隐再现；这样它将反复多次，永远缺乏经验，处理不当，轻易便会沮丧，被打倒，被打败，肤浅而易逝。在这同一时期中，对平等的酷爱始终占据着人们的内心深处，它是最先征服人心的；它与我们最珍贵的感情连在一起；前一种激情随着事件的变化，不断改变面貌，缩小、增大、加强、衰弱。而后一种激情却始终如一，永远以执着的、往往盲目的热忱专注于同一个目标，乐于为使它能得到满足的人牺牲一切，乐于为支持和讨好它的政府提供专制制度统治所需要的习惯、思想和法律。”[2]

托克维尔认为，自由呈现了“时隐时现”，并最终“衰弱”的特点，而平等的激情则“始终如一”。这究竟是为什么呢？如果仅仅从《旧制度与大革命》中对法国历史的分析可能难以找到满意的答案，需要一种跨越大西洋的更大视野，需要从法美两国的历史比较中寻找答案，具体表现为五个方面：

第一，从自由与平等的产生先后看，平等要先于自由而生。托克维尔认为，“在大部分现代国家，尤其是在欧洲的所有国家，对于自由的爱好和观念，只是在人们的身份开始趋于平等的时候，才开始产生和发展起来的，并且是作为这种平等的结构而出现的。而最致力于拉平自己的臣民等级的，正式那些专制的君主。在这些国家里，平等先于自由而存在。因此，当自由还是新鲜事物的时候，平等已是存在很久的事实。当前者刚刚出现，初见阳光的时候，后者已创造了自己固有的观念、习惯和法律。”[3]

第二，从自由与平等的影响被认知的难易看，自由之于平等，前者造成的危害易于被人发现，而其带来的好处却容易被人忽视；而后者造成的危害不易被人发现，其带来的好处却容易被人记住。在《论美国的民主》中，托克维尔指出：“政治自由运用得过分，则可危害个人的安全、财产和生命，这是认识能力有限和肤浅得不能发现这个问题的人也会承认的。反之，对于平等给我们带来的危险，则只有头脑清晰和观察力强的人才能发现。”相反，“自由的好处，只有经过长时间以后才能显现出来，而且这种好处的来因，又经

[1] 托克维尔：《旧制度与大革命》，第317页。
[2] 托克维尔：《旧制度与大革命》，第245页。
[3] 托克维尔：《论美国的民主》下卷，第120页

常不容易被人辨认出来。平等带来的好处是立竿见影的，人们在感受到它的时候，立即知道它的来源。”[1]

第三，从自由与平等获取的难易看，获取自由难，而获得平等易。托克维尔认为，“不付出一定的代价，人是享受不到政治自由的；而要获得政治自由，就得进行具体巨大的努力。但是平等带来的快乐是自动产生的，在私生活的每个细节上都能感到，人只要活着就能尝得。”[2]

第四，从废除自由与平等的难易看，废平等难，而废自由易。“即使一个民族能够亲自将他们内部享有的平等破坏或只是缩小，也要经过长期而艰巨的斗争。为此，它要改变原有的社会情况，废除原有的法律，放弃原有的观念，改良原有的习惯，改造原来的民情。但是，要想废除政治自由，只要不实行它即可以了。”[3]

第五，从自由与平等的享有主体看，前者涉及的人数少，后者涉及的人数多。

托克维尔坚持：“政治自由可以使人享得最大的慰藉，但不是经常性的，而且只能使某些公民享有。平等可以每天向每个人提供大量的小小慰藉。平等的美好时时刻刻都能被人感到，并及于每一个人：高贵的人不能无所感，普通老百姓皆大欢喜。因此，平等造成的激情既是强烈的，又是普遍的。”[4]

通过对自由与平等的比较，托克维尔得出了这样的结论：人们往往受制于平等的激情，满足于眼前利益，导致了因为狂热追求平等而丢失了自由。托克维尔的这些分析，显然是针对法国的，因为“他们希望在自由中享受平等，在不能如此的时候，也愿意在奴役之中享用平等。他们可以容受贫困、隶属和野蛮，但不能忍受贵族制度。”[5]与法国不同，美国人倒是没有因为狂热追去平等而失去了自由，她生来就是平等的，也就避免了一场法国式的铺天盖地的革命。

## 三、民主视野下的自由与平等

如何避免因追去平等而失去自由，从而导致走向专制主义呢？如何消除因为平等扩大过程中所产生的个人主义呢？如何消除因为身份平等而导致人的能力降低呢？托克维尔从美国民主的分析中提供了答案。

托克维尔认为，只有民主，才能有望使穷人与富人的利益统一起来，并进而使自由与平等的张力得以调和。“当只由富人统治国家时，穷人的利益总要受到损害；当在穷人立法时，富人的利益便要遭到严重的危险。那么，民

[1] 托克维尔：《论美国的民主》上卷，第 647 页
[2] 托克维尔：《论美国的民主》下卷，第 119 页。
[3] 托克维尔：《论美国的民主》下卷，第 118 页
[4] 托克维尔：《论美国的民主》下卷，第 119 页
[5] 托克维尔：《论美国的民主》下卷，第 121 页



主的好处究竟是什么呢？民主的真正好处，并非象人们所说是促进所有阶级的兴盛，而只是对最大多数人的福利服务。”[1]

毋庸置疑，民主是一种多数人的统治，多数人的统治有许多好处，由于多数人是流变的，今天你是多数，明天他就成了多数；人们愿意服从法律，既是因为它是多数人的作品，也是因为它是你本人的作品。

但是，多数人统治或民主，并不是包医百病的灵丹圣药，它甚至会产生暴政。对于民主所产生的这种恶果，托克维尔也是十分清醒的。对于多数人暴政，他有这样精彩的见解：“当一个人或一个党在美国受到不公正的待遇时，你想他或她能向谁去诉苦呢？向舆论吗？但舆论是多数制造的。向立法机构吗？但是立法机构代表多数，并盲目服从多数。向行政当局吗？但行政首长是由多数选任的，是多数的百依百顺的工具。向公安机关吗？但警察不外是多数掌握的军队。向陪审团吗？但评审团是拥有宣判权的多数，而且在某些州连法官都是由多数选派的。因此，不管你所告发的事情如何不正义和荒唐，你还得照样服从。”[2]

那么，如何消除民主所产生的专制主义、个人主义和平庸主义呢？托克维尔认为，一靠法治，而靠民情。

就法治而言，它意味着拥有一个独立于立法权和行政权的法院和法律人队伍，以此制约多数人的暴政。经验表明，法律人因为谙熟法律规范，能够化解各种社会冲突，而在民间有巨大的声望。但是在民间有地位，并不必然在政治生活中有地位。法国革命的经验表明，一旦法律人被排挤于政治生活之外，他们“必将成为革命的急先锋”[3]。不仅如此，当法国法院被路易十五废除后，革命也就不可避免地到来了。

而在美国，托克维尔认为，法律人在美国社会崇高权威是“防止民主偏离正轨的最坚强堡垒”。一是因为他们生性喜欢按部就班，由衷热爱规范，他们虽然喜欢自由，但是更重视秩序。这决定了他们特别反对革命和轻率的民主激情；二是法律人从利益上看属于人民，而从习惯和爱好上看属于贵族。“他们是人民和贵族之间的天然锁链，是把人民和贵族套在一起的环子。”[4]

就民情而言，它指的是公民理性与道德的水准。有一种看法，公民越是知识水平低下，越是能力弱小，越是需要政府的能干与积极。其实这种一种显而易见的错误看法。法国从路易十四以来的专断，导致了公民从政治生活中消失，并进而导致公民对政府的极端依赖，“连那些最无法避免的灾祸都归咎于政府；连季节气候异常，也责怪政府。”[5]

一旦对政府的依赖成瘾，个人就会完全丧失了自我判断。无怪乎托克维尔得出了这样的结论：“在法国，个人完全丧失了处理事务的能力、审时度势

[1] 托克维尔：《论美国的民主》上卷，第 300 页。
[2] 托克维尔：《论美国的民主》上卷，第 327 页。
[3] 托克维尔：《论美国的民主》上卷，第 342 页。
[4] 托克维尔：《论美国的民主》上卷，第 345 页。
[5] 托克维尔：《旧制度与大革命》，第 112 页。

的习惯和人民运动的经验，而且几乎丧失了人民这一概念，因此，很容易想象全体法国人怎么会一下子就落入一场他们根本看不见的可怕的革命。”[1]

在美国，托克维尔看到了另一番景象，得出了另一番见解。公民越是能力低下，则越要给其以政治自由。政治自由是抵御民主之恶的唯一有效方法。在上述自由与平等的比较中，平等更容易获得人们的青睐，而自由常常受到忽视。其实，平等之恶，恰恰要依赖自由来消除。他坦言：“我认为同平等所产生的诸恶进行斗争，只有一个有效的方法：那就是政治自由。”[2]

在政治自由的领域中，托克维尔认为，结社自由和宗教信仰的自由居于无可替代的地位，这是推进美国民主的最为重要的因素——民情，与推进美国民主的另外两个要素——地理与法治相比，地理不如法治，法治不如民情。

在美国，宗教是抑制民主走向暴政的力量，而在法国“宗教精神与自由精神总是背道而驰的”[3]。由于托克维尔是一个虔诚的天主教徒，他给予了天主教格外多的关注。他认为：“天主教认为人的资质都处于同一水平，它要求智者和愚夫、天才和庸人都一律遵守同一教规的细节，它使富人与穷人都一律履行同样的宗教仪式，它令强者和弱者都一律实行同样的苦修；它对一切坏事决不妥协，对每个人都一视同仁。”[4]在美国，宗教虽然从来不直接参加社会的管理，但却被认为是政治设施中的最主要设施，因为它虽然没有向美国人提倡爱好自由，但它却使美国人能够极其容易地享有自由[5]；别看它不谈自由，但是却很好地指导美国人掌握行使自由的技巧；它虽然不参与政治，但是却能引导民情，而且通过约束家庭对国家发生约束作用。[6]

除了宗教之外，结社在托克维尔的理论中占有极为重要的地位，这恐怕是托克维尔最大的学术贡献之所在。洛克和孟德斯鸠的理论强调分权与制衡，以权力制约权力；密尔和贡斯当的理论则侧重于划定公民权利的边界，使权利制约权力；而托克维尔的思想则是让公民联合与成长起来，以社会制约权力。

托克维尔认为，结社可以使公民开阔视野，增强才干。“在民主国家，应当代替被身份平等所消灭的个人能力的，正是结社。”[7]不仅如此，结社可以保全财富，延续文明。“如果民主国家的人没有权利和志趣为政治目的而结社，那么，他们的财富和知识虽然可以长期保全，但他们的独立却要遭受巨大的危险。而如果他们根本没有日常生活中养成结社的习惯，则文明本身就要受到威胁。”[8]

[1] 托克维尔：《旧制度与大革命》，第 241 页。
[2] 托克维尔：《论美国的民主》下卷，131 页。
[3] 托克维尔：《论美国的民主》上卷，第 385 页.
[4] 托克维尔：《论美国的民主》上卷，第 375-376 页.
[5] 托克维尔：《论美国的民主》上卷，第 381-382 页。
[6] 托克维尔：《论美国的民主》上卷，第 379-380 页.
[7] 托克维尔：《论美国的民主》下卷，第 136 页。
[8] 托克维尔：《论美国的民主》下卷，第 134 页。



总之，通过对美国和法国历史比较，托克维尔得出这样的结论，“通过自由而达到平等要比通过某个专制者而达到平等更为适合”；[1]在民主与自由的关系上，欧洲一致存在着民主与自由的之间的对立，而美国将二者实现了统一；[2]正是这种差异，最终导致了美、法选择了不同的宪政主义道路，“在美国是从权利到民主，而在法国则是从民主到权利。”[3]从这个意义上看，托克维尔不仅是一个成功的历史学家，而且是一个思想深刻的宪政主义研究的开路先锋。

赵雪纲：中国传统
前现代法治与自由

冉井富：

[1] [意]萨尔沃·马斯泰罗内著：《欧洲民主史：从孟德斯鸠到凯尔森》，第 90 页。
[2] 同上，第 89 页
[3] Louis Henkin , Revolutions and Constitutions, 49 La. L. Rev.p.1023.

# 当代中国法中的习惯法

高其才*

在依法治国、建设社会主义法治国家的当代中国，制定法日益成为主要的法律渊源，中国正鲜明的进入制定法的时代。到2013年8月底，我国已制定现行有效法律244件、行政法规700多件、地方性法规8600多件，并全面完成了对现行法律和行政法规、地方性法规的集中清理工作。

中国特色社会主义法律体系中各法律部门的法律主要由法典、法规等成文的制定法组成。制定法通常为现代国家最主要的法律渊源，习惯法、判例法等法律渊源的存在有着特殊的意义。在当代中国建设现代法治过程中，探讨国家法律中的习惯法问题、建设开放性和包容性的法律渊源结构就极为必要。

习惯法为最古老的法律渊源，具有悠久的历史。习惯法可从国家法意义上与非国家法意义上两方面进行认识。我国学界一般认为，国家法意义上的习惯法是国家特定机关对社会上已经存在的规范上升为法律规范，赋予其法律效力，从而使其得到国家强制力的保障；习惯法来自于习惯，但与其有本质的不同，习惯法属于国家法的范畴，习惯则为一般的社会规范。[1]

中国语境下的现代立法和法治建设立足于中国社会、文化和固有法传统。探讨当代中国国家立法与习惯法，是弘扬中国优秀法文化、传承中华文化、延续中华文明的要求。总结法治建设进程中习惯法在国家立法中的意义和功能，是当代中国国家法治建设的重要内容；对于完善中央立法和地方立法体制、协调中央和地方关系、维护基层的社会安定、正确处理民族关系加强民族团结、统筹城乡发展、建设和谐社会，具有重要的意义。

法律的生命力来自于符合社会需要，法律的权威性来自于深厚的实践基础，法律的科学性来自于尊重客观规律。我国的国家立法需要坚持从中国国情和实际出发，应当从各地方实际情况出发、尊重历史上形成的传统，需要

* 清华大学法学院教授。

[1] 非国家法意义上的习惯法则与此不同。如高其才认为习惯法是独立于国家制定法之外，依据某种社会权威和社会组织，具有一定的强制性的行为规范的总和。参见高其才：《中国习惯法论（修订版）》，中国法制出版社2008年版，第3-4页。



考虑不同民族、地区的具体特点，进一步吸纳和认可固有习惯法，这是加强我国民主法制建设、做好国家立法工作的客观需要，是科学立法、民主立法的内在要求。研究当代中国国家立法与习惯法有助于我国立法工作的完善与发展，保障各民族人民法律权利的享有，在尊重百姓具体生活范式的基础上深入推进国家和地区的立法工作；同时，也有利于正确处理国家立法与习惯法的关系，有效调适和融合国家制定法和习惯法。

## 一、正式法源

习惯法为当代中国正式的法律渊源，当代中国宪法、法律、行政法规、地方性法规、民族区域自治法规、政府部门规章、中国缔结和参加的国际条约中都对习惯进行了认可，赋予习惯以法律地位，确认了习惯法在我国正式法律渊源中次要、补充的法律渊源地位。

《宪法》第一章总纲第4条第4款明确规定："各民族都有使用和发展自己的语言文字的自由，都有保持或者改革自己的风俗习惯的自由。"无论是汉族还是少数民族，都可以保持或者改革自己的风俗习惯，这表明当代中国宪法承认风俗习惯，在宪法上明确认可了习惯，确认了习惯的正式法律渊源地位。

我们于2011年7月2日利用"中国法律检索系统"进行检索的结果，在法律中共有24部生效的43个条文涉及到习惯。其中，有10部法律（15个条文）使用的是"风俗习惯"这一表述；有2部法律（2个条文）使用了"生活习惯"这一表述；有2部法律（2个条文）使用了"习惯法"这一表述；有3部法律（13个条文）使用了"习惯"或"交易习惯"的表述；有1部法律（1个条文）使用了"商业惯例"的表述；有1部法律（1个条文）使用了"航运惯例"的表述；有6部法律（9个条文）使用了"国际惯例"这一表述；有1部法律（1个条文）使用了"习俗"这一表述。这43条有关习惯的规定主要集中在民商法、行政法和宪法法律部门当中。从统计结果来看，含有习惯规定最多的法律部门为民商法部门，这些条文分别见于《民法通则》、《合同法》、《物权法》、《海商法》、《票据法》和《消费者权益保护法》等6部法律当中，共20个条文。次多的法律部门则是行政法法律部门，有12条涉及到习惯的法律条文，分布在《非物质文化遗产法》、《驻外外交人员法》、《人民武装警察法》、《归侨侨眷法》、《人民航空法》、《人民警察法》、《戒严法》、《监狱法》等8部法律当中。在宪法法律部门中则有9个条文涉及到习惯的规定，分布于《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》、《全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法》、《民族区域自治法》、《国旗法》、以及香港和澳门两个特别行政区的《基本法》和全国人大及其常委会对其进行的解释和决定等9部法律当中。此外，在社会法法律部门中的《老年人权益保障

法》以及刑法法律部门中的《刑法》当中都分别存在 1 条关于习惯的有效条文。这些习惯法主要涉及民商事法律关系调整、风俗习惯保护、国际惯例的适用等。

截至 2011 年 6 月底为止，我国现行有效的行政法规就有 692 件。我们在北大法宝—中国法律检索系统中国法律法规规章司法解释全库和国务院法制办公室法律法规全文检索系统的行政法规库进行检索，作为正式法律渊源的习惯法在行政法规中出现有 35 件，其中 14 件出现了“习惯”，出现了 14 次；18 件出现了“风俗习惯”或者“风俗、习惯”，出现了 21 次；5 件出现了“习俗”，出现了 5 次；2 件出现了“风俗”，出现了 2 次。其中，“风俗习惯”出现的频率最高（21 次），占到了总数的一半，再依次是“习惯”（14 次）、“习俗”（5 次）和“风俗”（2 次）。从习惯的属性来看，行政法规认可的绝大部分习惯都是与民族特别是少数民族有关的习惯，只有很少一部分习惯是没有民族限定条件的一般意义上的习惯。全部行政法规中有 16 处使用的习惯是指少数民族的习惯，另有 15 处使用的习惯是与民族（没有限定为少数民族）有关的习惯，10 处使用的习惯是一般意义上的习惯，1 处使用的习惯是与宗教有关的习惯。

2011 年 8 月 18 日 22 时止的“北大法宝”中国法规规章全库中所收录的“现行有效”的地方性法规全文文件。当前在为数 6944 件的地方性法规中包含有四个“具有可能习惯法指向”的关键词“习惯”、“风俗习惯”、“习俗”、“惯例”的地方性法规为 256 件，包含有习惯规范的地方性法规在地方性法规中的存在比例仅为 3.69%。从具体类型看，省级地方性法规包含有习惯的地方性法规的比例高于较大市地方性法规，在上述总数 4476 件的省级地方性法规中，包含有习惯的地方性法规是 180 件，在省级地方性法规中包含有习惯的省级地方性法规的比例为 4.02%；而在总数 2468 件的较大市地方性法规中包含有习惯的规范是 76 件，比例为 3.08%。我国地方性法规中所包含的习惯规范比较丰富，包括宪政相关法习惯、民事习惯、婚姻家庭习惯、商事习惯、自然资源与环境保护习惯、社会生活习惯等。

我们于 2012 年 4 月 20 日进入“北大法宝”的“法律法规”库，在“地方性法规”中的“地方性法规”中的“自治条例和单行条例”部分以“习惯”、“习俗”、“惯例”为主题词进行搜索，结果共有 1263 件自治条例和单行条例，其中现行有效的有 937 件，失效的有 94 件，已被修订的有 232 件。其中，自治条例和单行条例法规全文中包含“习惯”的有 354 件，其中现行有效的有 224 件，失效的有 14 件，已被修订的有 116 件；包含“习俗”的 35 件，其中现行有效的有 29 件，失效的 1 件，已被修订的 5 件；包含“惯例”的有 3 件，其中有效的有 2 件，失效的 1 件。总共包含“习惯”、“习俗”、“惯例”的我国现行有效的自治条例和单行条例为 255 件。在这些包含“习惯”、“习俗”、“惯例”的自治条例和单行条例中，绝大部分为自治条例，包含“习惯”、“习俗”、“惯例”的单行条例主要涉及民族团结进步、宗教事务、教育、民族教育、义务教育、法制宣传教育、非物质文化遗产、民族文化遗产保护、民族文化村寨保护、民间传统文化保护、婚姻、继承、老年人权益保障、未成年人保护、暂住人口管理、对外劳务合作管理、城镇市容和环境卫生管理、县城市容和环境卫生管理、城镇管理、村庄规划建设管理、矿产资源管理、清真食品管理、发展牛羊业、保护和发展朝鲜族用品生产、殡葬管理、制定单行条例程序等方面事务。

根据 2012 年 1 月 3 日对北大法律信息网访问，部门规章共计 5988 个，其中至少含“习惯”关键词一次的文件数为 117 件，至少含“风俗”关键词一次的文件数为 19 件，至少含“习俗”关键词一次的文件数为 16 件，至少含“惯例”关键词一次的文件数为 91 件。

使用“北大法宝—中国法律检索系统”，我们于 2011 年 3 月 30 日在“法律法规”数据库中选取“中外条约”（中华人民共和国条约库）进行检索，发现中国缔结和参加的国际条约中含有“风俗”、“习惯”及“惯例”的条文是比较丰富的。条约中含有风俗（条）的有 1 条、含有习惯（条）的有 31 条、含有惯例（条）有 49 条，公约中含有风俗（条）的有 7 条、含有习惯（条）的有 89 条、含有惯例（条）有 115 条，协定中含有风俗（条）的有 22 条、含有习惯（条）的有 191 条、含有惯例（条）有 426 条，议定书中含有风俗（条）的有 308 条、含有习惯（条）的有 329 条、含有惯例（条）有 35 条，中含有风俗（条）的有 1 条、含有习惯（条）的有 31 条、含有惯例（条）有 49 条，换文中含有风俗（条）的有 14 条、含有习惯（条）的有 15 条、含有惯例（条）有 136 条。从条约分类来看，含有 “风俗”、“习惯”和“惯例”的国际条约排名前五位的依次为医疗、外交、税收、卫生、金融领域。对惯例的重视对于促进国家交往、国际合作具有十分重要的意义。国际条约在制定过程中重视“风俗”、“习惯”和“惯例”的作用在一定程度上可以为协作和互惠提供一种制度上的保证，同时也有利于减少国际交往中的纷争，有利于构建一种和谐世界的局面。

## 二、具体规范

我国法律、法规认可的习惯的内容比较广泛，包括民族习惯、地方习惯、物权习惯、商事习惯、婚姻习惯、家庭习惯、继承习惯、丧葬习惯、生活习惯、宗教习惯、国际惯例等。当代中国习惯法的种类多样，内容丰富。

（一）民族习惯

我国包含“习惯”、“习俗”、“惯例”的法律、法规中，出现最多的为民族习惯。我国《宪法》第四条第四款规定：“各民族都有使用和发展自己的语言文字的自由，都有保持或者改革自己的风俗习惯的自由。”根据这一规定，

民族自治地方在制定的自治条例时，都在民族关系部分有类似规范。如河北省《宽城满族自治县自治条例》（2011）第74条第2款规定："自治县自治机关保障各民族都有保持或者改革自己的风俗习惯的自由。尊重各民族的风俗习惯和传统节日。"《云南省兰坪白族普米族自治县自治条例》（1990，2006修订）第54条规定："自治县的自治机关尊重各民族的风俗习惯，提倡办事从俭、移风易俗的新风尚。"其他法律、法规中也有类似规定，如《刑法》第251条规定："国家机关工作人员非法剥夺公民的宗教信仰自由和侵犯少数民族风俗习惯，情节严重的，处二年以下有期徒刑或者拘役。"国务院《娱乐场所管理条例》（2006）第13条规定："国家倡导弘扬民族优秀文化，禁止娱乐场所内的娱乐活动含有下列内容：……（四）煽动民族仇恨、民族歧视，伤害民族感情或者侵害民族风俗、习惯，破坏民族团结的。"民政部《农村五保供养服务机构管理办法》（2011）第18条规定："农村五保供养服务机构提供的供养服务，应当符合有关法律法规和规章的规定，符合国家的标准规范，尊重少数民族习惯。"《青海省村（牧）民委员会选举办法》（1999）第18条第2款规定："所有被提名的候选人名单，由村（牧）民选举委员会汇总，于选举日的10日前按姓氏笔划公布。少数民族聚居的村使用民族语言文字的，可以按照本民族习惯排列被提名的候选人名单。"

（二）地方习惯

我国许多法律、法规认可地方习惯、当地习惯，如《物权法》第85条规定："法律、法规对处理相邻关系有规定的，依照其规定；法律、法规没有规定的，可以按照当地习惯。"如农业部《养蜂管理办法(试行)》（2011）第15条第3款规定："转地放蜂者应当服从场地安排，不得强行争占场地，并遵守当地习俗。"吉林省《延边朝鲜族自治州对外劳务合作管理条例》（2001）第7条规定开展对外劳务合作业务，必须遵循遵守劳务输入国和地区的有关法律，尊重当地的风俗习惯。《中华人民共和国和美利坚合众国领事条约》（1982）第四十一条规定："所有享受本条约规定的特权和豁免的人都有义务，在不损害其特权和豁免的情况下，遵守接受国的法律包括交通规章，尊重接受国的风俗习惯，并不得干涉接受国内政。"

（三）物权习惯

我国有些法律、法规对物权习惯进行了规范。如国务院《水土保持法实施条例》（1993）第9条规定："在水土流失严重、草场少的地区，地方人民政府及其有关主管部门应当采取措施，推行舍饲，改变野外放牧习惯。"《海南省实施＜中华人民共和国水土保持法＞办法》（2002）第7条规定："禁止毁林开垦、烧山开荒和在陡坡地、干旱地区铲草皮、挖树兜。在封山育林区及水土流失严重地区，当地人民政府及其主管部门应当采取措施，改变野外放养牲畜的习惯，推行圈养。"四川省《木里藏族自治县实施〈四川省〈中华人民共和国草原法〉实施办法〉的变通规定》（2009）第7条第2款规定："合



理利用草原，明确划分夏秋和冬春草场，实行轮牧、休牧、禁牧制度。共同承包使用的草场，必须遵守分季放牧惯例以及按约定俗成所确定的放牧路线和搬场时间，由乡（镇）人民政府和草原行政主管部门负责监督实施。"

（四）商事习惯

我国《合同法》等法律、法规认可商事习惯、交易习惯。如《物权法》第116条第2款规定："法定孳息，当事人有约定的，按照约定取得；没有约定或者约定不明确的，按照交易习惯取得。"《合同法》第22条规定："承诺应当以通知的方式作出，但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。"《四川省合同监督条例》（2010）第32条规定："合同争议调解应当符合有关法律、法规的规定，尊重交易习惯，实事求是，公平合理，引导、帮助当事人达成调解协议。"《山东省消费者权益保护条例》（2008）第19条规定："经营者提供商品或者服务，应当按照国家有关规定或者商业惯例向消费者提供发票或者其他购货、服务凭证。"广东省《深圳经济特区商事条例》（2004修正）第57条规定："委托人应当依照合同的约定支付代理商应得的报酬。如果代理合同未明确规定报酬的数额的，代理商有权依据其在授权范围内实际提供的服务，依商业惯例获得合理的报酬。"《中华人民共和国政府和巴基斯坦伊斯兰共和国政府自由贸易区服务贸易协定》（2008）第8条第1款规定："缔约双方认识到，除属第七条（垄断和专营服务提供者）范围内的商业惯例外，服务提供者的某些商业惯例会抑制竞争，从而限制服务贸易。"

（五）婚姻家庭习惯

我国民族自治地方关于婚姻方面的补充规定、变通规定比较多，这些单行条例中大多涉及到通婚习惯、早婚习惯、婚姻成立习惯、家庭关系习惯等婚姻家庭习惯，如新疆维吾尔自治区《伊犁哈萨克自治州施行〈中华人民共和国婚姻法〉补充规定》（1987，2005修订）第4条规定："禁止直系血亲和三代以内旁系血亲结婚。保持哈萨克族七代以内不结婚的传统习惯。"第9条规定："婚嫁应当从简。对巧立名目、加重经济负担的结婚习俗，村(居)民自治组织应制定村规民约、村(居)民章程加以规范。当地人民政府对婚嫁从简应予引导、支持。"贵州省《黔南布依族苗族自治州执行〈中华人民共和国婚姻法〉变通规定》（1992，1999修订）第7条第2款规定："在履行结婚登记确立夫妻关系后，对民族传统的结婚仪式，有改革或者保持的自由。但不能以民族的风俗习惯代替结婚登记。"

（六）继承习惯

我国法律、法规尊重各地特别是少数民族的继承习惯。如四川省《阿坝藏族羌族自治州施行〈中华人民共和国继承法〉的变通规定》（1989）第4条第2款规定："继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理；没有遗嘱、遗赠和扶养协议的，经继承人协商同意，也可以按照少数民族习惯继承。"在阿坝藏族羌族

自治州的这一变通规定中，习惯法成为补充法源。

（七）丧葬习惯

我国各民族、各地区形成了种种具有民族特点、地方特点的丧葬习惯，法律、法规尊重丧葬习惯。如国务院《殡葬管理条例》第6条规定："尊重少数民族的丧葬习俗；自愿改革丧葬习俗的，他人不得干涉"。山东省《淄博市殡葬管理条例》（2004修正）第19条规定："少数民族公民死亡后，按照其丧葬习俗土葬的，应当在规定的地点埋葬。"重庆市《彭水苗族土家族自治县自治条例》（2010）第56条规定："自治县加强殡葬管理，尊重少数民族的丧葬习俗，倡导文明节俭办丧事，有序推进殡葬改革。"《云南省寻甸回族彝族自治县自治条例》（1989，2007修订）第9条第2款规定："自治县的自治机关倡导各民族自觉革除妨害民族兴旺、人民致富、社会和谐的陈规陋习，提倡文明的婚丧习俗。"

（八）生活习惯

生活习惯是各民族在长期的生活实践中形成的生活惯行规范，我国的法律、法规对此有选择的进行肯定。《广西壮族自治区实施＜中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法＞办法》（2009修订）第22条规定："少数民族代表执行代表职务时，有关部门应当在语言文字、生活习惯等方面给予必要的帮助和照顾。"《云南省迪庆藏族自治州民族团结进步条例》（2010）第22条规定："自治州内的宾馆、饭店、机场、车站等公共场所，不得因宗教信仰和生活习俗不同，拒绝接待和歧视各民族公民。"一些法规专门要求尊重当地民族传统习俗、习惯。如四川省《凉山彝族自治州泸沽湖风景名胜区保护条例》（2004）第21条规定："风景区的开发利用，应当符合风景名胜区总体规划和详细规划的要求，并尊重当地民族传统文化习俗。建设项目的建筑风格应与民族传统文化、自然生态环境相协调。"

（九）宗教习惯

民族自治地方的民众多信仰各种宗教，自治条例和单行条例保护宗教信仰自由，尊重宗教习惯。如四川省《甘孜藏族自治州藏传佛教事务条例》（2011）第19条第2款规定："任何组织和个人进入寺院，应当尊重藏传佛教的传统习惯。"青海省《黄南藏族自治州藏传佛教事务条例》（2009）第36条提到本条例所称的佛教活动是指按照佛教教义、教规以及传统习惯进行的佛事活动。第38条要求举行跨地区的超过佛教活动场所容纳规模的佛教活动，应当具备的条件中包括符合佛教教义教规和佛教传统习惯。

（十）国际惯例

我国法律、法规肯定国际惯例的地位。如《民法通则》第142条第3款规定："中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。"《民用航空法》第184条第2款规定："中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。"国务院《归侨侨眷权益保护法实施办法》(2004)第26条规定："我国驻外国的外交（领事）机构根据我国缔结或者参加的国际条约或者国际惯例，保护归侨、侨眷在境外的合法权益。"吉林省《延边朝鲜族自治州对外劳务合作管理条例》（2001）第7条规定："开展对外劳务合作业务，必须遵循以下原则：（一）遵守我国有关的法律、法规，符合我国外交及对外经济贸易的政策，并参照国际惯例；（二）遵守劳务输入国和地区的有关法律，尊重当地的风俗习惯。"

此外，当代中国的法律、法规还对环境习惯、建筑习惯、饮食习惯、卫生习惯、行为习惯等进行了认可。

## 三、基本结论

习惯法为当代中国正式的法律渊源，我国《宪法》、法律、法规都较为广泛的对习惯予以明确认可。实事求是，尊重客观社会生活，当代中国法律承认和肯定习惯，赋予良善的、优秀的、有积极功能的、富有生命力的习惯以法律的地位，使之成为我国正式的法律渊源，这是我国国家治理、社会管理、文化传承的需要。

习惯法在当代中国国家立法模式下作为一种补充性法源而存在。习惯法在当代中国法律当中主要被用于填补制定法和当事人约定不明时以及例外状态出现的"漏洞"，其本身更多的体现为一种补充性法源、次要性法源。

当代中国习惯法中"习惯"这一概念的文字表述上存在着"习惯"、"风俗习惯"、"习俗"、"惯例"等多种表达方式。习惯法在内容上主要集中在民商法、行政法和宪政法律部门当中，主要调整民事法律关系、商事法律关系、行政法律关系、社会管理法律关系、国际交往法律关系等。当代中国特别重视对少数民族习惯和国际惯例的尊重和认可。

当代中国国家法律对习惯认可的方式主要包括四种方式：（1）采取授权性条款认可习惯。该种方式主要用于处理尊重中外民族风俗习惯、在民族地区变通执行国家法律法规和政策等问题。例如1997年的《刑法》第90条规定："民族自治地方不能全部适用本法规定的，可以由自治区或者省的人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化的特点和本法规定的基本原则，制定变通或者补充的规定，报请全国人民代表大会常务委员会批准施行。"（2）采取概括条款（一般条款）处置习惯。该种方式主要用于处理民事行为遵循公序良俗等问题。例如1986年的《民法通则》第7条规定："民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，破坏国家经济计划，扰乱社会经济秩序。"（3）采取概括条款处理辖区内原有习惯的效力问题。例如《香港特别行政区基本法》第8条规定："香港原有法律，即普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法，除同本法相抵触或经香港特别行政区立法机关作

出修改者外，予以保留。”（4）采取具体条款（特指式立法）处置民间习惯。该种方式主要用于处置民事习惯与国法之间的关系协调问题。例如 1993 年制定的《消费者权益保护法》第 14 条规定：“消费者在购买、使用商品和接受服务时，享有其人格尊严、民族风俗习惯得到尊重的权利。”

在我国最近十几年当中呈现出新的发展趋势——立法对于习惯尤其是民事习惯转变为了更为尊重和认可的态度。最近的民事立法开始从社会生活的实际出发，主动适应当下社会现实的需要并与之相联系。立法从忽视习惯转变到重视习惯，并通过制定法对民事习惯的吸收，使得法律能够充分发挥其反映民众情感并为民众所乐于遵循，能够反映社会经济发展要求并促进社会不断进步的积极作用。

制定法已经不仅仅是在“改造习惯”，还开始积极主动地“认可习惯”以使得法律能够更好地贴近和适应当世的社会生活，使其一方面在观念上贴近民众，一方面又可以对于社会生活中具体法律问题做出令人所信服的处理，从而增强了民众对于法律的认同与信仰以及法律本身的实效，减小了司法、执法等成本，从而获得了最大的立法效益。这样，立法就不再仅仅是原来的“为立法而立法”，而是完成了向“为生活而立法”的转变。当代中国法律、行政法规中习惯的发展与变化代表了一种“为生活而立法”的新的立法理念。这些新的趋势为制定法中的习惯以及当下的立法都提供了更为广阔的发展空间，当代中国制定法中的习惯和社会生活一起处在不停地发展变化当中。习惯与国家立法之间必然是通过社会生活相连接，也必然要随着社会生活的变化而变化。制定法对于习惯的尊重和认可以及从“为立法而立法”到“为生活立法”的这一转变，在更为广大的整个当代中国法律体系当中也存在着广泛的发展空间，应该为包括民法在内的更多的法律部门所加以重视。

法律中的习惯在新时代中的新发展使得我们必须对作为立法产品的制定法中涉及习惯的条文以及这一立法过程重新加以审视，而思考这一问题的过程本身也是在对于习惯在法律中的地位及习惯与制定法的关系等问题在学理上进行探讨和研究。对于中国当代制定法与习惯的关系，我们一方面看到在当今的立法模式下习惯相对于制定法而言更多是出于补充法源的位置上；另一方面，国家法律特别是民商法在新时期对于习惯的承认与吸收在现实中与司法机关的趋势相契合。这一过程中蕴含着立法理念上的转变，在事实上增强着法律的权威和有效性。

习惯法在司法中的运用特别是民商事案件中的适用已经被我国的司法实践所确认，成为了当下司法现实的一部分。这就势必在诉讼法上产生出相应的程序问题，例如对于习惯法的举证和解释、适用习惯法争议的上诉和再审等，需要进一步的研究和完善。

我们需要探讨在法律特别是民法典中对民事习惯的效力做出一般性规定。《宪法》第 54 条第 4 款的规定为民法之外的更多的制定法重视和认可习惯提供了宪法上的依据，而在民法典这样的基本法律中进行类似“法律未规定者，依习惯”的原则性规定更具有社会意义，更好的满足社会需要。

我们认为习惯在当代国家立法中仍然具有及其重要的意义，在中国立法和法治建设中应当重视当代习惯法的积极功能，在国家法律发展中广泛吸纳习惯法的内容，推动习惯法的正式化和广泛肯定，实现习惯法与制定法的融合、互补，保障国家法律的权威，使当代中国法治建设具有坚实的基础。

# 道统、儒家与宪法秩序

姚中秋*

当舜、禹禅国之际，皋陶诫命于禹曰“修思永”[1]。此为政治生命体之永恒意识的初次记载。凡立国者、立宪者、治国者，均冀望于其宪法秩序之稳定性乃至永恒性。具有此种品性之宪法秩序，亦为邦国最重要之共同福利。然而，宪法秩序何以稳定而永恒？曰：道成秩序，道成宪法秩序。顺乎邦国之大道、守护邦国之道统的宪法秩序将是稳定的，因而具有永恒性。

## 一、道与宪法秩序

何为道？道与宪法间之正确关系为何？《春秋繁露·楚庄王篇》：

> 今所谓新王必改制者，非改其道，非变其理。受命于天，易姓更王，非继前王而王也。若一因前制、修故业，而无有所改，是与继前王而王者无以别。受命之君，天之所大显也。事父者承意，事君者仪志，事天亦然。今天大显已，物袭所代而率与同，则不显不明，非天志。故必徙居处、更称号、改正朔、易服色者，无他焉，不敢不顺天志而明白显也。若夫大纲、人伦、道理、政治、教化、习俗、文义，尽如故，亦何改哉？故王者有改制之名，无易道之实。

综合《春秋繁露》其它各篇，尤其是《三代改制质文篇》，或可确认，董子所说之“制”，并非此处“徙居处、更称号、改正朔、易服色者”所能涵盖，其内容极为丰富，尚包括爵禄之制、继嗣之制、乃至于法律之气质也即支配性原则、精神。凡此种种，皆为治理之大法，故董子所言之“制”，大体接近于今人所说之宪法。

至于董子所谓“大纲、人伦、道理、政治、教化、习俗、文义”，实皆为道之现实存在形态，以一个常用的现代词汇，或可更为准确地从整体上刻画它们：文明。道成文明，当然不是形而上学意义上的道，而是较为具体的道，大体而言是共同体的治理之道。只是，此处所说“治理”对象乃是立体的：从人之心、身，到人与人所结成的各种群，乃至于邦国、天下。

董子之“有改制之名，无易道之实”已经界定宪制与文明、与道的正确关系。而董子此说实有所指，盖当时有倡改道者，所谓“古苟可循先王之道，何莫相因？”[1]事实上，此一主张大约起自春秋之末，法家倡之尤力，董子之后亦有人坚持。《盐铁论·遵道篇》即记载了“改制不易道”与“改制须易道”两种观点之激烈交锋：

> 丞相史进曰：晋文公谲而不正，齐桓公正而不谲，所由不同，俱归于霸。而必随古不革，袭故不改，是文质不变，而椎车尚在也。故或作之，或述之，然后法令调于民，而器械便于用也。孔对三君殊意，晏子相三君异道，非苟相反，所务之时异也。

丞相史代表法家观点，此一观点在《商君书·更法篇》中有完整讨论。法家思想之基础为“历史主义”，此为现代性之核心理念，强调古、今之断裂：“今”作为一个整体截然不同于“古”，因此必须变，且法家之变乃是根本性变革。接受经学教育之“文学”反对这种看法：

> 文学曰：师旷之调五音，不失宫商；圣王之治世，不离仁义。故有改制之名，无变道之实。上自黄帝，下及三王，莫不明德教，谨庠序，崇仁义，立教化：此百世不易之道也。殷、周因循而昌，秦王变法而亡。《诗》云：‘虽无老成人，尚有典刑’，言法教也。故没而存之，举而贯之，贯而行之，何更为哉？

文学重申董子之立场：立国-立宪者固然必须立宪，必须改制。然而，王者有改制之名，无易道之实。文学并指出，三代之王者正是循此原则而造成稳定之治理秩序。丞相史则举秦之例证：

> 丞相史曰：说西施之美无益于容，道尧、舜之德无益于治。今文学不言所为治，而言以治之无功，犹不言耕田之方，美富人之困仓也。夫欲粟者务时，欲治者因世。故商君昭然独见存亡不可与世俗同者，为其沮功而多近也。庸人安其故，而愚者果所闻。故舟车之治，使民三年而后安之。商君之法立，然后民信之。孔子曰：‘可与共学，未可与权。’文学可令扶绳循刻，非所与论道术之外也。

---

* 北京航空航天大学人文与社会科学高等研究院教授。

[1] 《尚书·皋陶谟》。

[1] 《春秋繁露·楚庄王篇》。

确实，周秦之变，性质完全不同于三代革命：三代革命改制而未易道，秦则为一大断裂：秦始皇不仅改制，更兼易道，如弃礼而专用刑，废封建等。凡此种种鲁莽政治决断背后，观念的因素至关重要。商君、韩非、李斯等法家人物皆教导秦君以两个信念：

第一，历史主义信念：古代制度决不可能适应于今天，今人必须为自己立法；且制度之变乃是整体性的，立国-立宪者不仅可以“徙居处、更称号、改正朔、易服色者”，也完全可以改变“大纲、人伦、道理、政治、教化、习俗、文义”。立国者不仅可以改制，也完全可以按照自己的意愿再造文明。

第二，绝对主义权力观：今人需要根据自己的欲望，依靠自己的理智，创造自己所需要之制度。这样的权能只能交予国王。为确保其拥有改制、立法、易道之权力，法家主张，王者当拥有绝对权力，此为建立和维持稳定政治秩序之根本。为此目的，法家、秦君致力于摧毁学术、摧毁商业，总之，摧毁社会，而确立真正的“主权者”。

此处展现法律、宪法与文明关系的激进主义模式：文明没有连续性，文明没有时间上的内在一致性。事实上，从根本上说，文明没有独立、自足的性质。文明从属于国家意志，完全可被主权者之法律、宪法塑造的；而这样的法律、宪法又完全取决于立法者之意志与理智。因此，主权性立法者在文明之外、文明之上，文明乃是立法者可随意揉捏之对象。文学不接受这种制-道观：

> 文学曰：君子多闻阙疑，述而不作，圣达而谋大，睿智而事寡。是以功成而不隳，名立而不顿。小人智浅而谋大，羸弱而任重，故中道而废，苏秦、商鞅是也。无先王之法，非圣人之道，而因于己，故亡。《易》曰：‘小人处盛位，虽高必崩。不盈其道，不恒其德，而能以善终身，未之有也。是以初登于天，后入于地。’禹之治水也，民知其利，莫不劝其功。商鞅之立法，民知其害，莫不畏其刑。故夏后功立而王，商鞅法行而亡。商鞅有独智之虑，世乏独见之证。文学不足与权当世，亦无负累蒙殃也。

文学尖锐指出一个基本事实：丞相史所赞美的秦制失败了。失败的原因就在于“无先王之法，非圣人之道，而因于己”，也即无视道，无视文明，而完全依凭自己的意志，也即“独智”展开立宪、建国事业，试图把主权者之自我意志凌驾于文明之上，凌驾于常道之上。由此也就否定了道。由此而形成之法律、宪法，悖“道”而行，故行之不远。

至此，宪法与道的正确关系也就显而易见。立宪不可能在虚空中进行，而是为既有之文明共同体立宪。这个文明共同体是一个精神共同体，人们愿



意共同生活于该共同体内，而经由共同体成员共享之关于人、关于神人关系、关于人际关系、关于社会治理之价值、理念、记忆、想象而连结为一体——不仅是平面的共享，也是跨代的共享，此即董子所说之“大纲、人伦、道理、政治、教化、习俗、文义”。此即文明，其中有道，道是此文明之为此文明之根本规定性。

至关重要的是，对于立宪-立法者来说，文明是客观的、先在的，因此，立法者的工作就是从生活中发现不断重复的且需要强制执行的规则，所谓“则天道、缘民情”，此种法律乃是生活之抽象化“阐明”[1]。这样的法律就是国民的生活，国民日用而不知，基于这种法律之社会治理秩序最有可能优良而稳定。

相比较而言，宪法对于文明或可略微主动一些。也正是这一性质让立宪者很容易骄傲，于立宪之际无视文明，而依凭个人之意愿规划邦国之公共生活。然而，如此立宪，无不失败。董子告诫，立宪-立国者必须意识到，自己没有能力重建文明，全盘设计生活。

国民之生活之总和构成文明，文明是由道所支配的，由连绵不绝之道统所持续塑造的。法律、宪法必须顺乎道，必须守护道。一时代之人，尤其是精英，若无道统自觉，于立法、立宪之时无视于道，令法律、宪法背道而行，则必致文明与法律、宪法之相互敌对，而造成两败俱伤之结果：国民对法律、宪法陌生，法律、宪法废除国民之习惯，则法律、宪法必然陷于大面积无效。这样的法律、宪法戕害文明，文明衰微，邦国趋向野蛮化。

立宪而不易道、且以宪法延续、守护道统之理念，不仅为中国先哲所具有，西洋保守主义之核心诉求也正是宪法不可偏离道统。道统是宪法最深层次的根基，宪法必须以守护道统为己任。[2]这是宪法之责任，宪法也因道而不朽。

## 二、道统与儒家

然则，在中国，何为道？何为道统？

道不在人外，道由人而见诸制度或言说，并因此而有传承，道统就是承载道的人所构成之统绪。关于道统之传，朱子在《中庸章句序》中说：

---

[1] Articulation,这个词出自哈耶克：“将既有之惯例或习惯明确地表述为一条成文规则，其目的乃在于获得人们对于其存在之认可，而非制定一条新规则”见 F.A. Hayek, Law, Legislation and Liberty; Routledge & Kegan Paul, 1982, volume 1. Rules and Order, p.77。

[2]美国学界关于司法审查制度之正当性的一种学说即为，宪法和最高法院当守护美国作为一个邦国的一些永久性价值：“政府不仅应当服务于我们当下认为属于我们的眼前物质需求的那些东西，也应当服务于某些持久性的价值。从某种意义上说，这正是法律下的治理的含义所在。不过，这样的价值并不是现成的。它们确实总是有自己的历史，不过，它们也必须被不断地衍生，被阐释，并得到应用。因而，人们就会问，我们的政府中的哪个机构——如果特指具体一个机构的话——应当成为这些价值的宣示者和守护者”。见[美]亚历山大·M.比克尔：《最小危险部门——政治法庭上的最高法院》，姚中秋译，北京大学出版社 2007 年版，第 26 页。这些永久性价值就是道，其阐释之统绪就构成美国之道统。

盖自上古圣神继天立极，而道统之传有自来矣：其见于经，则“允执厥中”者，尧之所以授舜也。“人心惟危，道心惟微，惟精惟一，允执厥中”者，舜之所以授禹也。尧之一言，至矣尽矣！而舜复益之以三言者，则所以明夫尧之一言，必如是而后可庶几也。

夫尧、舜、禹，天下之大圣也。以天下相传，天下之大事也。以天下之大圣，行天下之大事，而其授受之际，丁宁告戒，不过如此。则天下之理，岂有以加于此哉？自是以来，圣圣相承，若成汤、文、武之为君，皋陶、伊、傅、周、召之为臣，既皆以此而接夫道统之传。

在朱子之历史叙事中，上古圣王贤相是道、位俱备，道、势合二为一。尧、舜、皋陶、禹、汤、文、武、周公之所言、所行、所立之法度，皆为华夏-中国治理之道之呈现。华夏-中国之为华夏-中国的文明的属性，也即道，就由这些圣贤之言、行、制所凝定。而孔子 “祖述尧舜，宪章文武”[1]，以定六经——因乐经散失而为五经。五经即为道之文，令因此而可道。因此，五经为体认华夏-中国之道的不二法门。五经包含诸多实体性价值、政治核心价值，仅以《尚书》为例，《尧典》揭明天道信仰，《舜典》展现共治理念，《皋陶谟》集中阐述诸多原则，以及也许最为重要的《泰誓》提出之政治哲学命题：“惟天地，万物父母；惟人，万物之灵。亶聪明，作元后，元后作民父母……天佑下民，作之君，作之师，惟其克相上帝，宠绥四方……天矜于民，民之所欲，天必从之。”当然，《礼运篇》之“天下为公”，亦至关重要，如此等等。凡此种种价值、基本原则，以及圣王所创制的体现它们之若干制度，作为一个整体，构成华夏-中国治理之道。此后，它们塑造着中国人对于政治之基本想象，从而支配者中国人之“秩序意向”。任何时代立国者之首要伦理与历史责任即是认同这些价值、基本原则，将其灌注于自己创制之宪法、法律之中。当然，具体制度形态必然因时、因势而异，然而，王者易制而不易道。惟有不易道，此一治理架构虽然与此前不同，然仍是华夏的、中国的。并且，惟有如此，此一治理架构才具有稳定性、持续性。

朱子接着说：

若吾夫子，则虽不得其位，而所以继往圣、开来学，其功反有贤于尧舜者。

孔子虽有圣德，而无天子之位，甚至不得皋陶之臣位。孔子于手定六经之余，开创道之“新统”——学统。《论语》以“学而”为第一篇之篇名，以“学”为第一个实字，并非偶然，而旨在突出孔子所开创之事业的性质，实始于“学”。

[1] 《礼记·中庸》。



余英时先生解读朱子之语曰：“朱熹在此是以极其委婉的方式避免说孔子得‘道统之传’。为什么呢？这是因为自周公以后，内圣与外王已不复合一，孔子只能开创‘道学’以保存与发明上古‘道统’中的精义——‘道体’，却无力全面继承周公的‘道统’了。”[1]余先生更进一步解释：

朱熹有意将“道统”与“道学”划分为两个历史阶段：自“上古圣神”至周公是“道统”的时代，其最显著的特征为内圣与外王合而为一。在这个阶段，在位的“圣君贤相”既已将“道”付诸实行，则自然不需要另有一群人出来，专门讲求“道学”了。周公之后，内圣与外王已分裂为二，历史进入另一阶段，这便是孔子开创“道学”的时代。[2]

虽然《泰誓上》曰：“天佑下民，作之君，作之师”，然在三代，政、学统于圣王贤相，君、师合一。自孔子起，政、学分立，君、师分立，由此而有政统、学统之分立，或可谓德、位分立。君王掌握权力，此种权力主要凭借智、力。儒学则是传道、卫道之学。孔子教育弟子，以“志于道”为首。孔子之后之儒家士君子，即以守死善道、行道于天下为己任。由此连绵不绝，构成政统之外的道学之统，此为孔子之后的道统。换言之，孔子之后，华夏-中国之道的承载者就是儒家，其核心载体则是五经，道学之本为经学。道统基本上就是儒家之统。归宗道统，就是归宗儒家。

上述道统、政统之分立，构成孔子之后社会治理之最为重大的内在张力。在圣王那里，政、道合一，法律、制度就是道之自我构建。孔子之后，政、道分立，君之政统自有其驱动力量和运作逻辑，儒家则试图“致君行道”，以道统君，借君行道。每次统治权交替之际，这两种力量交叉、斗争、融合，而有了“第二次立宪”之周期性展开。

## 三、第二次立宪

暂不讨论战国、秦，直接从汉开始讨论。

秦制几近完全拒绝三代之道，因而内在地是不稳定的。秦之治国者也拒绝儒家，而以人性恶为伦理学基础，故与民为敌，如《商君书·弱民篇》所说：“民弱国强，民强国弱，故有道之国，务在弱民。”华夏之道所界定之天、君、民间关系，被完全颠倒。可以说，秦制系统地偏离华夏之道，选择另外一种统治原则：几乎完全依靠智、力，而排除文化、德性，由文法吏依据刑律进行严密统治。

这样的宪制是内在不稳定的。此宪制以民为统治者之敌，则民也就以统

[1] 余英时：《朱熹的历史世界》（上），第 13 页。
[2] 同上，第 15 页。

治者为敌，仅慑于暴力而有所忌惮。一旦统治权威松动，民中之强者的野心立刻迸发，而摧毁秦制，项羽、刘邦皆为此类人物：

> 秦始皇帝游会稽，渡浙江，梁与籍俱观。籍曰：彼可取而代也。[1]
>
> 高祖常繇咸阳，纵观，观秦皇帝，喟然太息曰：嗟乎，大丈夫当如此也！[2]

此类人物兴起，秦制土崩瓦解。但新一轮重建秩序之过程也同样以智、力相争，此即所谓项羽、刘邦之“打天下”。“打天下”过程之最大社会文化特征，乃是排斥儒生：

> 初，沛公引兵过陈留，郦生踵军门上谒曰：“高阳贱民郦食其，窃闻沛公暴露，将兵助楚讨不义，敬劳从者，原得望见，口画天下便事。”使者入通，沛公方洗，问使者曰：“何如人也？”使者对曰：“状貌类大儒，衣儒衣，冠侧注。”沛公曰：“为我谢之，言我方以天下为事，未暇见儒人也。”使者出谢曰：“沛公敬谢先生，方以天下为事，未暇见儒人也。”郦生瞋目案剑叱使者曰：“走！复入言沛公，吾高阳酒徒也，非儒人也。”使者惧而失谒，跪拾谒，还走，复入报曰：“客，天下壮士也，叱臣，臣恐，至失谒。曰‘走！复入言，而公高阳酒徒也’。”沛公遽雪足杖矛曰：“延客入！”[3]

刘邦非常直率地道出初始治理秩序建构过程之政治特征：“我方以天下为事，未暇见儒人也”。刘邦认为自己在创建一种统治秩序，而这项事业纯粹依靠诈、力，儒生却不具有这些能力。郦生为了见到刘邦，只好竭力否认自己的儒人身份，把自己伪装成酒徒壮士。

这是一个极具隐喻意义的故事。儒生向来以塑造和维系优良治理秩序为己任，但当现实中正在进行秩序建构活动之时，儒生却必须装扮成无赖酒徒及使用暴力的恶棍。因此大体说来，儒家未能参与汉家初始治理结构之建构过程。因此，如史家所公认，“汉承秦制”，汉初之制基本延续秦制。汉初丞相构成就说明了这一点：或为秦之文法吏如萧何、曹参等，或为出身行伍之武将如周勃等。此为一打天下宪制，这就是汉之第一宪制。

与秦制一样，此一宪制存在严重缺陷。关于这一点，汉初明哲之士进行了深入思考，著名者如贾谊之《过秦论》，已提出第二次立宪问题：

> 秦王怀贪鄙之心，行自奋之智，不信功臣，不亲士民。废王道而立私爱，焚文书而酷刑法，先诈力而后仁义，以暴虐为天下始。夫并兼者高诈力，安危者贵顺权。推此言之，取与、攻守不同术也。秦虽离战国而王天下，其道不易，其政不改，是其所以取之也；孤独而有之，故其亡可立而待也。借使秦王论上世之事，并殷周之迹，以制御其政，后虽有淫骄之主，犹未有倾危之患也。故三王之建天下，名号显美，功业长久。[1]

1 《史记·项羽本纪第七》。
2 《史记·高祖本纪第八》。
3 《史记·郦生陆贾列传第三十七》。



贾谊以为，秦之打天下之法，未可为非；然打天下之后，即应“察盛衰之理，审权势之宜；去就有序，变化因时；故旷日长久，而社稷安矣”，启动第二次立宪。原因在于，打天下者，凭藉诈力、暴虐，以己之意志、欲望强加于天下。由此形成之宪制，乃是功臣分赃制，刘邦本人即视天下为一宗生利之事。[2]也就是说，打天下宪制不承认整体的“天下人”概念，而有根本区隔。道为一，道成宪法，则宪法同一地对待“天下人”，天下人构成一个精神与命运的共同体。打天下宪制则只是维护统治者特权和利益之工具，宪法就是统治者之命令，宪制就是统治者之特权。被统治者的权利和利益几乎不被考虑，而缺乏基本保障。打天下体制没有“公天下”之精神，也即贾谊所说的“仁义”。此一无道之制乃与民为敌，注定了不能长期维持。这样的宪法没有能力形成真正意义上的宪法秩序。

贾谊所倡第二次立宪之关键在于施仁义。具体而言，就是归宗道统，接纳儒家，实现治理精神、制度之全面“更化”。此为汉初儒者之核心理念，如陆贾：

> 陆生时时前说称《诗》、《书》。高帝骂之曰：“乃公居马上而得之，安事《诗》、《书》！”陆生曰：“居马上得之，宁可以马上治之乎？且汤武逆取而以顺守之，文武并用，长久之术也。昔者吴王夫差、智伯极武而亡；秦任刑法不变，卒灭赵氏。乡使秦已并天下，行仁义，法先圣，陛下安得而有之？”高帝不怿而有惭色。[3]

刘邦再次申明现有之打天下宪制乃是通过暴力建成的。陆贾承认这一事实，但告诫刘邦，应当启动第二次立宪，这才是长久保有权力之术。

比陆贾、贾谊更进一步，博士叔孙通借助其所掌握之知识，实质性地启动了第二次立宪过程：

> 汉五年，已并天下，诸侯共尊汉王为皇帝於定陶，叔孙通就其仪号。

1 《新书·过秦下》。
2 《史记·高祖本纪第八》记载：未央宫成。高祖大朝诸侯群臣，置酒未央前殿。高祖奉玉卮，起为太上皇寿，曰：“始大人常以臣无赖，不能治产业，不如仲力。今某之业所就孰与仲多？”殿上群臣皆呼万岁，大笑为乐。
3 《史记·郦生陆贾列传第三十七》。

高帝悉去秦苛仪法，为简易。群臣饮酒争功，醉或妄呼，拔剑击柱，高帝患之。

叔孙通知上益厌之也，说上曰："夫儒者难与进取，可与守成。臣原徵鲁诸生，与臣弟子共起朝仪。"高帝曰："得无难乎？"叔孙通曰："五帝异乐，三王不同礼。礼者，因时世人情为之节文者也。故夏、殷、周之礼所因损益可知者，谓不相复也。臣原颇采古礼与秦仪杂就之。"上曰："可试为之，令易知，度吾所能行为之。"

……遂与所徵三十人西，及上左右为学者与其弟子百馀人为绵蕞野外。习之月馀，叔孙通曰："上可试观。"上既观，使行礼，曰："吾能为此。"乃令群臣习肄，会十月。

汉七年，长乐宫成，诸侯群臣皆朝十月。仪……自诸侯王以下莫不振恐肃敬。至礼毕，复置法酒。诸侍坐殿上皆伏抑首，以尊卑次起上寿。觞九行，谒者言"罢酒"。御史执法举不如仪者辄引去。竟朝置酒，无敢讙譁失礼者。於是高帝曰："吾乃今日知为皇帝之贵也。"

乃拜叔孙通为太常，赐金五百斤。叔孙通因进曰："诸弟子儒生随臣久矣，与臣共为仪，原陛下官之。"高帝悉以为郎。叔孙通出，皆以五百斤金赐诸生。诸生乃皆喜曰："叔孙生诚圣人也，知当世之要务。"[1]

居于第一宪制顶端之主权者刘邦，对于第一宪制也已不满。大臣无仪的背后是无所敬畏，而敬畏是秩序之本。第一宪制延续其打天下的逻辑，仍由智、力所支配，如秦制所标明的，此一宪制不能维持稳定秩序。

儒家则借助其提供秩序性知识之能力，而进入打天下宪制中。儒生进入政体结构，作为一种宪法设计力量，开始对打天下宪制进行改造。太史公评论说："叔孙通希世度务，制礼进退，与时变化，卒为汉家儒宗。'大直若诎，道固委蛇'，盖谓是乎？"[2]太史公尊叔孙通为"汉家儒宗"，因为正是叔孙通打开了道统灌注于汉家宪制之门。

而后方有汉武帝时代之"更化"，而董子之所谓更化，乃是要求汉武帝彻底摈弃秦制，也即彻底告别第一宪制，归宗道统，以周孔之道为宪法——或者说"根本法"更为恰当，任用儒者，如以儒者公孙弘为相，并兴起礼教、德治。班固乃赞美武帝：

> 汉承百王之弊，高祖拨乱反正，文景务在养民，至于稽古礼文之事，犹多阙焉。孝武初立，卓然罢黜百家，表章六经。遂畴咨海内，举其俊茂，与之立功。兴太学，修郊祀，改正朔，定历数，协音律，作诗乐，建封禅，礼百神，绍周后，号令文章，焕焉可述。后嗣得遵洪业，而有

[1] 《史记・刘敬叔孙通列传第三十九》。
[2] 《史记・刘敬叔孙通列传第三十九》。



三代之风。[1]

经过汉初儒家一系列努力，也包括文、景、武帝之顺应，第一宪制被改造，脱胎换骨，而形成一种复合的治理架构，即汉宣帝所说："汉家自有制度，本以霸王道杂之"[2]。此即汉之第二宪制，笔者称之为儒家士大夫与皇权共治体制[3]。相比于秦制，相比于刘邦军事集团打天下所创制之第一宪制，此宪制之内在精神、具体制度，均发生了相当根本的变化：

首先，班固说武帝更化之后，"有三代之风"，也即，第二宪制归宗于尧、舜、皋陶、禹、汤、文、武、周、孔之道统。这首先意味着，皇权之意志、欲望不再是最高的支配性力量，相反，在他之上有一根本法，这就是五经。

其次，此一道统有其确定内涵，如董子天人三策之第三策所言："道者，所繇适于治之路也，仁、义、礼、乐，皆其具也。故圣王已没，而子孙长久安宁数百岁，此皆礼乐教化之功也。"[4]归宗于道统就意味着，法律、政体、政治之基本精神、气质发挥根本变化，即立法、施政必须本乎仁、义。由此，统治者与国民间关系之性质发生重大变化：在秦制下，在打天下宪制下，君王与臣民、统治者与国民之间，互为敌人；现在，这种敌意则有所化解。

第三，儒生为道统之现实承载者，归宗于道统，也就意味着儒家获得普遍的尊重，儒家士君子生获得社会治理之权威，得以发起、组织、领导各种形态的社会自治，以化民成俗。儒家士君子也得以进入政府，改造和分散皇权；进而以自己所信奉的价值，约束皇权。

总之，经由第二次立宪，汉家归宗于道统。由此，皇权的欲望受到控制，社会治理架构趋向于理性化。至关重要的是，经由儒家士君子之中介，统治者与民众间形成了具有较高信任的精神与命运共同体。打天下宪制形成于丛林世界，并且维持着一个没有共同价值的丛林世界。儒家士大夫则联结社会与国家，两者之间可良性互动。最为重要的是，儒家透过其广泛的教化体系，将同一种价值渗注于所有人心灵，上自皇帝，下至贩夫走卒。由此，这些本来互为敌人或者相互漠然的人，具有了共同的理念、价值、想象，增进了相互的信任，而具有"共同体感"，尽管程度不等。这一点让第二宪制具有了内在的稳定性，也即，此时才有了一个真正的宪法，形成一种相对稳定的宪法秩序。

汉家第二次立宪之故事，成为此后中国历代王朝更迭之基本模式：第一阶段，某人以智、力夺取权位，此即所谓"打江山者"。由此形成一个初始宪制。此一宪制终究存在内在缺陷，第二次立宪过程将迟早启动：儒生开始介入，推动权力归宗于道统，并改造整个体制。由此形成第二宪制，其本质是

[1] 《汉书・武帝纪第六》。
[2] 《汉书・元帝纪第九》。
[3] 对此宪制之简短分析，可参看拙著：《华夏治理秩序史》第一卷・天下，海南出版社 2012 年版，第 78-83 页。
[4] 《汉书・董仲舒传第二十六》。

归宗儒家，其具体制度形态是儒家士大夫与皇权共治体制。由此一立宪过程，既有之统治权获得正当性，文化上的正当性。这是一种最高的正当性，此一正当性赋予第二宪制以足够稳定性，而塑造和维系着宪法秩序。当然同时，这样的宪法也接续道统、守护道统。

由此可以看出第二次立宪之必然性。这是中国历史演进之基本政治规则，第二次立宪的政治也构成每一王朝前数十年间最为重要的政治。当然，越到后来，打天下者第二次立宪意识之觉醒越早。明清两代从打天下体制到第二宪制之转型，进行得相当迅速。事实上，能否主动地启动第二次立宪，推动宪制转型，可作为测试立国者是否明智、智慧的主要指标。

## 四、孙文之道统自觉

至关重要的是，现代中国之立宪、建国者如孙中山先生，具有明确的道统自觉，尤其是在共和革命之后。

有论者以惋惜的口吻说："孙中山虽然接受过较为系统的西学训练，但从他的思想实质看，仍是一位儒者，其价值关怀和思考社会问题之方法同传统儒者没有什么本质的不同。"[1]然而，笔者以为，这正是孙中山先生伟大之处。

先生于十九世纪末就主张以革命手段"驱除鞑虏，恢复中华"，变皇权帝制为共和制，矢志不渝，因此而与相对保守的康、梁发生激烈争论。从这个意义上说，先生之革命乃是中国历史上一次绝大的"改制"，相当于尧舜之公天下到禹之家天下之变，也相当于周的封建至秦的郡县之变。前一变化，改制而不易道；后一变化，则改制而易道。大体上，中山先生走的是前一条路，改制而不易道。中山先生自己对此有明确论说："中国有一个正统的道德思想，自尧、舜、禹、汤、文、武、周公，至孔子而绝。我的思想，就是继承这一个正统思想，来发扬光大的。"[2]

这并非虚言，而贯穿于先生毕生之宪法设计中。先生晚年演讲三民主义，追溯民权主义之源头于尧舜、孔孟：

> 两千多年前的孔子、孟子便主张民权。孔子说"大道之行也，天下为公"，便是主张民权的大同世界。又"言必称尧舜"，就是因为尧舜不是家天下。尧舜的政治，名义上虽然是用君权，实际上是行民权，所以孔子总是宗仰他们。孟子说："民为贵，社稷次之，君为轻。"又说："天视自我民视,天听自我民听。"又说："闻诛一夫纣矣，未闻弑君也。"他在那个时代，已经知道君主不必一定是要的，已经知道君主一定是不能长久的，所以便判定那些为民造福的就称为"圣君"，那些暴虐无道的就称为"独夫"，大家应该去反抗他。由此可见，中国人对于民权的见解，二千多年以前已经早想到了。不过那个时候还以为不能做到，好像外国人说"乌托邦"，是理想上的事，不是即时可以做得到的。[1]

先生以为，自己的民权主义就是利用西方之宪政技术，实现中国治理之道。此为一种坚定的文明主体性意识。也正因为此，先生具有一种自信：

> 我们国民党提倡三民主义来改造中国，所主张的民权，是和欧美的民权不同。我们拿欧美已往的历史来做材料，不是要学欧美，步他们的后尘；是用我们的民权主义，把中国改造成一个"全民政治"的民国，要驾乎欧美之上。[2]

事实上，先生对于儒家之道学，极为崇仰：

> 我们以为欧美的国家近来很进步，但是说到他们的新文化，还不如我们政治哲学的完全。中国有一段最有系统的政治哲学，在外国的大政治家还没有见到，还没有说到那样清楚的，就是《大学》中所说的"格物、致知、诚意、正心、修身、齐家、治国、平天下"那一段的话。把一个人从内发扬到外，由一个人的内部做起,推到平天下止。象这样精微开展的理论，无论外国什么政治哲学家都没有见到，都没有说出,这就是我们政治哲学的知识中独有的宝贝，是应该要保存的。[3]

道统自觉、文明主体性意识让中山先生在设计宪法时坚守一个原则：以我为主，并回到中国历史中。因此，他坚决拒绝联邦制。先生之不顾革命同伴和主流宪法学之反对，而始终坚持五权宪法，也正表明了一个文明大国之立宪者自主地构建现代宪制之伟大抱负。对此方案，不应简单地从宪政技术的角度评估其得失，而应从确立文明主体性之角度予以体认。

尤其值得注意的是先生对于宗族之态度。现代人物以中国与建立了国民国家（nation-state）之西方相比，皆认定中国为"一盘散沙"，先生亦承认这一点。然而，如何搏聚这一盘散沙为一个国民共同体？激进革命者采取的策略是重复秦的立国之道：摧毁宗族、家族、行会等一切自发形成而源远流长之"中间社会"[4]，由国家直接统治每一个体。而这些制度实乃传统社会秩序之主要维系者，摧毁这些制度意味着现代之立国者对生活、对文明发动全面战争，也即，权力不仅罔顾道统，而且与之为敌。此一立国进路必然造成宪

[1] 启良：《王道的僭妄——也谈孙中山的大同理想》，《浙江社会科学》2001 年第 3 期。
[2] 戴季陶：《孙文主义之哲学的基础》，民智书局中华民国十四年版，第 36 页。



[1] 孙中山：《孙中山选集》下，人民出版社 2011 年版，第 727-728 页。1923 年 1 月所作《中国革命史》以及 1923 年 12 月《在广州欢宴各军将领会上的演说》中都曾反复阐述过类似思想。
[2] 同上，第 786 页。
[3] 孙中山：《孙中山全集》第 9 卷，中华书局 1986 年版，第 247 页。
[4] 孙中山：《孙中山选集》下，人民出版社 2011 年版，第 701 页。

法与道统之对立，法律与生活之敌对。此即二十世纪中期大陆之情形。中山先生则采取一种完全相反的策略：

> 中国有很坚固的家族和宗族团体，中国人对于家族和宗族的观念是很深的。……由这种好观念推广出来，便可由宗族主义扩充到国族主义。我们失了的民族主义要想恢复起来，便要有团体，要有很大的团体。我们要结成大团体，便要有小基础，彼此联合起来，才容易做成功。我们中国可以利用的小基础，就是宗族团体。此外还有家乡基础，中国人的家乡观念也是很深的。如果是同省同县同乡村的人，总是特别容易联络。依我看起来，若是拿这两种好观念做基础，很可以把全国的人都联络起来。……中国人照此做去，恢复民族主义比较外国人是容易得多。[1]

在先生看来，宗族实乃个人联结为国族之有效中介。由此中介，个人可以更为有效地整合为国族、也即国民共同体。

先生之民生主义亦以儒家价值为基础，具体制度上则首先承认私人产权，此为中国人熟悉之习惯性制度，在此基础上，土地涨价归公，以及节制资本。

总之，在中山先生的宪法规划或建国规划中，承载着中国文明之诸多制度未被排斥、消灭，相反，其价值获得承认，并参与于现代立国过程，在此过程中或者保持原状，或者实现“新生转进”[2]，而构成现代国民国家之基础性制度。如此，中国历史上也许最具革命性之立宪，却并未变易大道。相反，中国历史之经验，与欧美各国之宪政技术，都积极地参与着自尧舜即已确立之华夏-中国之道的现代实现形态之构建过程。中山先生之宪法不是全盘设计所谓的现代生活，而是让中国人固有之生活借助现代制度变得更好一些。这是一种文明之自我肯定的立宪立场。

由此，中山先生之革命性立宪、建国活动，实为中国道统之现代展开。此一立宪、建国事业外表为激进革命，其性质一如汤武革命之“拯溢扶衰”而已[3]，也即以革命手段清除窒碍大道正常运行之弊。革命在延续和守护了道统。也因此，中山先生之立宪、建国事业最终结成正果，而形成稳定的宪法秩序，哪怕目前只在中国之局部。

值得注意的是，强烈的道统自觉与文明主体性意识让中山先生敏锐而强烈地意识到了中国之现代天命：

> 因为天生了我们四万万人，能够保存到今日，是天从前不想亡中国。

[1] 同上，第 700 页。
[2] 徐复观：《儒家政治思想与民主自由人权》，萧欣义编，台湾学生书局 1988 年版，第九八页。
[3] 天人三策之第三策云：册曰：“三王之教所祖不同，而皆有失。或谓久而不易者道也，意岂异哉？”臣闻：夫乐而不乱、复而不厌者，谓之道；道者，万世亡弊，弊者，道之失也。先王之道必有偏而不起之处，故政有眊而不行，举其偏者以补其弊而已矣。三王之道所祖不同，非其相反，将以拯溢扶衰，所遭之变然也。《汉书·董仲舒传第二十六》。



> 将来如果中国亡了，罪恶是我们自己，我们就是将来世界上的罪人。天既付托重任于中国人，如果中国人不自爱，是谓逆天。[1]

这段话与《联邦论》开篇汉密尔顿所表现出之天命意识[2]遥相呼应。

## 五、结语

上文对古代第二次立宪过程与现代孙中山先生立宪规划之简略分析或可揭示，无论古今，也无论统治权为逆取、顺取[3]，稳定的宪法秩序之成立，以立宪者之道统自觉为前提，以“立宪不易道”为立宪伦理，以通过制度设计对文明“拯溢扶衰”为立宪原则。立宪者当顺乎中国固有之生活、文明，引入更为合理的制度，以实现自身文明之“新生转进”。这样的立宪者，虽然可能采取革命手段，也依然可以接续道统，进入道统；此宪法也就顺乎天而应乎人，而缔造、维护优良宪法秩序。反之，统治者先取之以逆，初始宪制悖道而与文明对立，却不知审时度势，及时归宗道统，则如贾谊之论秦始皇、二世，“本末并失，故不能长”[4]。

[1] 孙中山：《孙中山选集》下，人民出版社 2011 年版，第 679 页。
[2] 《联邦论》第一篇如此开头：“在对现行邦联政府之无能有了切身经验之后，刻下要请你们对一部给美利坚合众国所订之宪法予以审议。此一议题的重要性不言自明：它的后果关涉我们的联盟之存废，组成它的各州之安全、福利，以及在很多方面是这个世界上最为有趣的国度之命运。经常有人这样说：关于下面一个重要问题，上天留待吾国人民以其行为和范例予以决定，此即：由人组成的诸社会是不是真有能力通过思考和选择（reflection and choice）建立起优良的政府，或者是否他们的政治性宪制（political constitutions）注定了永远依赖偶然事件或强力。假如这个说法略有道理，那么，我们当下所处之危机，也就恰好可被视为要做出这一决定之时代。从这个角度而言，我们所扮演之角色的任何一个错误，都有理由被视为人类之大不幸“见 The Federalist,The Gideon Edition, Liberty Fund, 2001, p.1。
[3] 实际上，汤革夏命，就被视为“逆取”，《尚书·汤誓》：“汤既胜夏，欲迁其社，不可。”孔安国传：“汤承尧、舜禅代之后，顺天应人，逆取顺守而有惭德，故革命创制，改正易服，变置社稷，而后世无及句龙者，故不可而止”。《尚书正义·商书·汤誓第一》。
[4] 贾谊：《过秦论》下。

# 儒家的法律理想主义论纲

马小红*

儒家是一个在中国影响广泛的学派，要理解中国或中国人首先要了解儒家，即使在当今也是如此。儒学在中国是一个传承最久的学派，自春秋形成以来，经秦王朝的焚书之灾而在汉中期复兴，成为汉至清历代王朝的主流学派。汉、宋、明以至于当今，每一时代都有每一时代的“新儒学”。先秦儒家以人性善为基础，充满了以教化弘扬人性的理想主义色彩。汉复兴后的儒家，则淡化了先秦儒家的理想色彩，以人性善恶兼而融合了先秦各家的主张，发展成以儒为本、兼容并蓄的现实主义学派。

在叙述先秦儒家法律学术思想之前，有必要对其特点做一简单概括，以便更好地理解后文所述的先秦儒家在中国法律学术思想中的地位。

一、将先秦儒家定位为法律理想主义，是因为先秦儒家的创始者孔子和继承者孟子对人性充满希望，在诸国兼并、战乱四起、礼乐崩坏、弑君杀父的乱世，他们的救世良方竟然是通过恢复、保持与弘扬人性。基于对人性的希望，他们将夏商西周只有贵族才能享有的教育权利普及到了普通的人，这就是“有教无类”。他们忧虑甚至厌恶现实，但对未来并不悲观。与他们所构建的大同理想之世相匹配的法律体系，也是一个教化的而非惩罚的，或以教化为主，惩罚为辅的体系。法在惩恶的同时，更重要的是担负着扬善的使命，这是儒家所造就的中国传统法律的特征。

儒家思想的另一大特点就是将夏商西周拟人化的“天”或“帝”基本演变为哲学意义上的自然之天。孔子、孟子的天，有时是义理之天，有时也会说到人格化的天。但孔子与孟子与他们的前辈相比，更注重人生的圆满，对具有神性的天与鬼神之事并不深究。孔子学生季路问孔子鬼神事，孔子回答说如果生者不能好好侍奉，又怎么能侍奉好鬼神呢？季路又问“死是怎么回事？”孔子答道“未知生，焉知死？”[1]但由于未能完全脱离神权法时代的影响，或者是基于情感的需要，孔孟对天的态度是“敬而远之”的。故而墨子

* 中国人民大学法学院教授。

[1] 《论语·先进》：“季路问事鬼神。子曰‘未能事人，焉能事鬼？’曰‘敢问死。’曰‘未知生，焉知死？’”



批评孔子否定天与鬼神的喜怒却又将祭祀看得很重。但是，正是这种“敬而远之”使中国法律从神的笼罩下解放出来，也是此后的中国避免了宗教的涂炭，达到了当时社会所能达到的最高文明。冯友兰评论道：“吾人对待死者，若纯以理智，则未情感所不许；若专凭情感，则使人流于迷信。而妨碍进步。”[1]与天相比，先秦儒家更关注人，关注人生，关注人间的法是否能惩恶扬善。关注众生的福祉是否得到保护而不是神是否得到侍奉的“民本”思想，也正是儒家法律理想主义的体现。

二、基于对人性的信任，先秦儒家并不关注法律的形式，也没有像法家那样着意于法的逻辑结构、内容范围、实行措施及语言表达。更没有将法与刑等同起来，孜孜以求罪与刑的名实。儒家关注的是法的原则，法的社会效果与法必须承担的道德责任。正因为如此，梁启超在《中国法理学发达史论》中将儒家归为“自然法”学派：“自然法者，儒家之根本观念也。”[2]用西方自然法学家的角度解读儒家，有一定的道理，因为儒家主张的伦理法体系与自然法学派确有不谋而合之处：“他们一般认为，制定法律是一种必须满足某种道德要求的有目的的活动，法律是道德要求的产物。其次，他们还认为，法律的存在这一问题不能完全与它们的道德义务或道德性质的问题不相干。这样自然法学家就采取了一种道德义务论的观点。”[3]

三、但应该知道，用“自然法学派”来描述儒家是不准确的，因为儒家是中国文化的产物，也许有些主张、精神与西方法学的某些学派相通，但由于文化土壤不同，面临的问题不同，所以必定带有自身文化的特征。先秦儒家重礼、重德、重人之素质（尤其是君主的素质），是在总结夏商西周，尤其是西周历史经验的基础上形成的，儒家认为三代历史中，有着不变的历史规律；三代礼法所要求或体现的忠孝节义或仁义礼智信，凝聚着华夏地区文明之一贯精神。这种精神对于族群来说其重要性远胜过君主的设立，所以孔子说即使华夏地区没有君主，也比夷狄地区有君主要好，[4]这时一种文化的自信，体现在法律方面，与规范制度相比，儒家更注重法的精神。这也是近代有些学者将儒家视为“历史法学派”[5]的原因。

四、先秦儒家极为重视法的精神，强调法与道德的一致，但其并不是无视法律制度的必要性和作用。只不过在儒家看来，失却了内在精神的制度——不仅仅只是法律制度，包括儒家极力赞扬的礼乐制度——若没有了实质精神的依托，也就失去的意义。孔子说，人如果没有善良的本性，有礼有乐又

[1] 冯友兰《三松堂全集·第二卷》，319 页，河南人民出版社 1988 年版。

[2] 《中国大百科全书》释“自然法学派”：“17、18 世纪的古典自然法学和古代、中世纪的自然法思想之间，有很多共同点，例如，都将自然法与抽象的正义观念并列；都认为自然法是永恒不变、普遍适用的。”见《中国大百科全书.法学卷》，中国大百科全书出版社 1984 年版，第 180 页，。

[3] [美]戈尔丁：《法律哲学》，齐海滨译，三联书店 1987 年版，第 46 页。

[4] 《论语·八佾》：“子曰：夷狄之有君，不如诸夏之亡（无）也。”

[5] 《中国大百科全书》释“历史法学派”：“19 世纪以反对古代你自然法学派、强调法律体现民族精神和历史传统为特征的法学派别。” 见《中国大百科全书·法学卷》，中国大百科全书出版社 1984 年版，第 372 页。

有什么用呢？[1]在孔子看来人们对法的遵守，用礼乐制度表达内心的敬畏，一定应该是发自内心的，而不应该是屈从与权势的不得已之为。先秦儒家所追求的法，是一种合理的法，与道德不相违的法。所以在表达发自内心的言行规范方面，儒家的要求甚至比法家还细致、复杂。与法家不同，先秦儒家强调法是自下而上形成的。一些带有地方色彩的风俗习惯，儒家并不主张简单地以国家的强制力进行改造，“入乡随俗”是儒家制定规范的基本原则。儒家的这一思想对中国古代法律有着深刻的影响，这也许就是中国古代没有形国家颁行的统一的民法之因。虽然没有统一的民法，但在实际中，中国并不缺乏民众权利维护及民事纠纷解决的规则。因此，我们应该谨慎地审视中国古代没有制定民法是顺其自然的不为，还是文明程度不够的不能为。以礼与习惯，维系一方的和睦、安定并裁决纠纷，未尝不是古人治大国的智慧体现。也许在儒家看来，以法的形式去规范包罗万象的民间社会生活并非明智。这一点可以用法律社会学来解释：“法官的作用不在于寻找一种新的解决方法，而在于寻找一种符合他周围群体的意愿的解决方法。由此可见，说法官创造、制定了一些法规，是不正确的。实际上，这些法规早已存在，借用日耳曼古文献里的一句再确切不过的话说，法官只不过‘寻找’到了这些规则罢了，日耳曼的古文献里有时称法官为‘寻找法规的人’。”[2]

五、综上，我们在儒家法律学术思想中，看到了与自然法学派、历史法学派、社会法学派相通的一些主张或观点，但是我们不能说儒家是自然法学派、历史法学派或社会法学派。儒家就是儒家，就如同他们崇尚的礼，虽然其中有习惯法、宪法、民法的因素，但我们不能说礼就是中国古代的习惯法、宪法或民法，因为礼就是礼。由此，我们还需要纠正目前一些“通说”，比如认为儒家的“法”就是“刑”，并进一步扩展到中国古代的法就是刑。这一点早在近代严复翻译孟德斯鸠《法意》时，就指出了这种中西“法”字对译的错误，而上世纪90年代张国华教授更具体地指出西周的“礼”就是法。再比如，认为儒家轻视法律，缺乏规则意识。其实，儒家所重之法，是法背后的精神。对于法律规则，儒家会追问“善”与“恶”，会追问其是维护了道德还是破坏了道德，这种追问也正是儒家法律理想主义的必然要求。

在先秦儒家的理想主义与法家法律工具主义的博弈中，先衰后扬，至汉代复兴，成为历朝历代的立法指导思想并在法律实践中影响着裁判者。反观我们今天所言的法治，也具有 理想主义与工具主义的双重特色，好的法律，是法律的理想。要求法律被普遍执行，说明法的工具性特征。借鉴儒法博弈最终融合的历程，可以看到今天中国的法治问题。

[1]《论语·八佾》：“子曰：人而不仁，如礼何？人而不仁，如乐何？”
[2] [法]亨利·莱维·布律尔：《法律社会学》，许钧译，上海人民出版社1987年版，第66页。



# 儒家传统与政治公共性
## ——对公论观念的历史考察

任 锋*

“公论”是我们比较熟悉的一个词语，不仅于传统中国社会十分流行，在当代的道德和政治生活中仍然有广泛而积极的运用。作为中国文化传统的产物，它在中国以外如日本、韩国等东亚国家的历史进程中也曾扮演过十分重要的角色[1]。然而，对于这个词语背后的观念蕴涵，人们多处于习焉不察的状态。尤其是与此相关的政治理论层面，还没有从传统思维与现代世界的变迁视角得到认真的清理。本文试图从思想史的角度追溯“公论”一词的兴起和演化，并初步探讨其观念形态的政治理论涵义。

## 一、共识、公议与舆论

在进入观念史的追踪之前，让我们先了解公论一词的基本涵义面。需要说明的是，在相关的概念家族中还包括清议、公议、众论等相同或相近的词语，另外还有诸如私论、乡评、士论、党论、国论等关联对应的词语。由于汉语本身表述简约而蕴涵丰富的释义特性，加上传统社会中的多数使用者对于词语概念并不严格界定，往往导致在不同语境运用中衍生出复杂的语义和观念，表现出相当大的灵活性。在“公论”一词，就存在一个相当多面的语义群和观念群，大体上可以析分出作为道德理性共识的公论、公共商讨即公议涵义的公论与表征舆论群情的公论这三个相互勾联的不同层面。

作为道德理性共识的公论最能显示出这个词语在观念上的实质规范性。它多指具有普遍意义的、合乎公正标准的评价性言论或主张。而公道或正当

* 中国人民大学国际关系学院政治学系副教授。
[1] 初步的了解可参见[日]三谷博，《日本“公议”机制的形成》，载于《二十一世纪》（香港），2003年2月号；《近代日本公共领域的形成与发展》，载于许纪霖主编，《公共空间中的知识分子》，《知识分子论丛》第6辑，江苏人民出版社2007年版。源了圆，《横井小楠的“公共”思想及其对公共哲学的贡献》，载于[日]佐佐木毅、[韩]金泰昌主编，刘雨珍、韩立红、种健译，《日本的公与私》，人民出版社2009年版，公共哲学丛书第3卷，第269—295页。朴贤模，《守成的政治学：朝鲜王朝公论政治的理念和结构》，《当代韩国》，2004年夏季号，第54—57页。

与否，往往是以符合儒学义理为标准。这些意思在先秦思想中透过“公心”、“公是”、“公义”已有表露[1]。具体来说，公论观的这个解释又包含这么几个方面的议题：如“公”所显示的普遍性应该如何理解，它与公正或正当形成什么关系（或以什么方式互相体证），符合儒学义理与普遍性又是什么关系。例如，朱熹（1130-1200）指出公论是天下以为当然者，表现为天下人对于某个话题万口一辞，具有普遍主义的共识[2]。然而天下人如何表达其普遍认定，其实蕴含着相当丰富的解释空间。按照公论观念中一个流行的理念根据，即认为它是人心之所同然或曰人心之自然、或必然，就透露这种认定可以采取一种形而上学意义上的本体同一论形式。所谓普遍认同（“天下以为当然”）不一定必然呈现为政治学、社会学意义上的公共商议和舆论群情。如叶适（1150-1223）笔下的公论，是一种出于个体公心的公正不偏的言论，“冲然无去来而为心者，公心也；漠然无重轻而为言者，公论也。公（李祥—作者按）本于公心以发公论，赵公之诬赖以明，道学之禁赖以解，殆天意，非人力也[3]”。这种个体道德精神的表达不一定以社群共同体的普遍态度为优先考虑的条件，主要凸显的是言论和主张的公正超越性能够契合人之为人的普遍形上本体。犹如宋人赵抃（1008-1084）所言，“无情公议，是是非非”[4]。这种公正超越的性格最能透过儒学义理的判准得到保障，因此不难理解如宋人以天道为公论、二程（程颢 1032-1085；程颐 1033-1107）认为人志于王道就是公论、朱熹强调天理以外并无所谓公论[5]。这种儒学义理规范下具有普遍意味的道德理性共识，使公论观念内在地蕴含了十分强烈的道德和政治正当性意识。

作为公共商讨和舆论群情的公论常常紧密相连。前者指群体范围中具有公开、公共性质的磋商讨论，往往与“公议”等同。如公共熟议、公共商量、论公于众[6]。有时也指个人面向群体公开地议论，把某个话题公之于众，如司马光（1019-1086）称刘道原（1032-1078），“或稠人广座，介甫之人满侧，

[1] 参见刘泽华，《春秋战国的“立公灭私”观念与社会整合（上）》，《南开学报》，2003 年第 4 期，第 66 页。

[2] 朱熹编，《宋名臣言行录》，台湾商务印书馆 1983 年版，景印文渊阁四库全书本（下同），第 449 册，后集卷十一，“苏颂”条，第 260-261 页；朱熹，《晦庵集》，景印文渊阁四库全书本，第 1143 册，第 514-517 页。

[3] 叶适著、刘公纯、王孝鱼、李哲夫点校，《叶适集》，中华书局 1961 年版，第二册，《水心文集》，卷 24，《国子祭酒赠宝谟阁待制李公墓志铭》，第 471 页。

[4] 赵抃，《清献集》，景印文渊阁四库全书本，第 1094 册，卷七，《奏剳乞早赐夺王拱辰宣徽使》，第 1094 册，第 851 页上。

[5] 程颐、程颢著，《二程遗书》，上海古籍出版社 1992 年版，第 87 页下；黎靖德编，《朱子语类》，中华书局 1986 年版，第七册，卷一百一十七，第 2808 页。

[6] “公共熟议”，见李心传《建炎以来系年要录》卷一百二十三、《三朝北盟会编》卷一百八十八卷末；“公共商量”见《建炎以来系年要录》卷一百三十四、《历代名臣奏议》卷一百六十二、二百二十一、赵鼎《忠正德文集》卷十《家训笔录》。还可参看蓝弘岳，《东亚中的“公共”概念—历史源流与展开》，收入黄俊杰、江宜桦编，《公私领域新探：东亚与西方观点之比较》，台湾大学出版中心 2005 年版，第 81-82 页。另外，上文虽言及朱熹认为天理是非超越讨论审议（批评门人的“是非自有公论”说）。然而值得注意的是，在一些地方，他对于义理的探求需采取讨论、正君心的政治主张应落成共识，都有积极肯定。如“愚意讲论义理，只是大家商量，寻个是处”（《晦庵集》卷 54《答诸葛诚之》，景印文渊阁四库全书本，第 1144 册，第 620 页），“正君心，正要大家商量，以此为根本”（以避免王安石式的独断），语出黎靖德编，《朱子语类》，卷一百三十，第 3096 页。



道原公议其（王安石—作者按）得失，无所隐”[1]。所谓群体范围既包括政府体制内的公议，如君主与大臣之间的朝议廷论、台谏科道的谏诤评议，也包括官民之际或者更广阔范围内社会民间的公众言论，如书院、讲会、里巷康衢中的士论和众议。而舆论群情的公论往往作为这种集体行动的结果包含其间。这两个紧密结合的涵义，与作为道德理性共识的公论存在一定联系，即道德理性共识是否需要与如何可能透过公共讨论及其产生的舆论群情得到体现。这又是值得进一步考察的议题。可以说，这两个涵义面进一步凸现出公论观念的公共性意识、尤其是行动程序意义上的公共正当性。

上述层面并非三个孤立运用的公论定义，而是常常互相裹挟在一起，在具体语境中既蕴涵着丰富的解释性，也易造成公论观念的内在模糊和紧张。其间的面相轻重和意向纠结，及其形成的观念拓展和问题意识，需要我们在特定的历史脉络和语境中去细心观察、分梳。

## 二、公论观念的兴起：以近世早期政治为视角

“公论”一词，在历史上早有渊源。像清议、清谈、乡评、月旦这些自汉以来广为运用或风靡一时的词语，都与其含义相近[2]。而对于类似社会舆论的重视，在儒家的三代记述中、在召公谏周厉王弭谤、郑子产不毁乡校等典故中都有反映。据陈弱水先生考证，“一份含有‘公论’字眼的极早期文献是三国曹魏蒋济的《万机论·用奇》，其中说西汉元帝时的石显、弘恭，‘便僻危险，杜塞公论’…”[3]。再如，南朝刘义庆《世说新语·品藻》中王敦品评人物优劣时说，“……庾又问：‘何者居其右？’王曰：‘自有人。’又问：‘何者是？’王曰：‘噫！其自有公论。’”[4]然而，“公论”的使用频多、范围扩展与观念涵义的充分演化，则是唐宋变革以来、尤其是近世政治社会变迁的产物[5]。

钱穆先生曾指出，“窃谓国史自中唐以下，为一大变局，一王孤立于上，

[1] 司马光，《传家集》，景印文渊阁四库全书，第 1094 册，卷六十八，《刘道原十国纪年序》，第 629 页上。

[2] 有一种观点把汉末的清议、魏晋的清谈都视为“公论”，表现为品题人物或概念辩论，与贵族政争紧密关联。但在这段时期，公论概念的运用还远远没有达到近世的规模，贵族精英式的清谈言论与公共意识高涨下的公论还有很大的区别。参见侯外庐等著，《中国思想通史》，卷三，第三章第二节《清谈资格与品题思想》。

[3] 转引自陈弱水，《中国历史上“公”的观念及其现代变形》，载于许纪霖主编，《公共性与公民观》，知识分子论丛第 5 辑，江苏人民出版社 2006 年版，第 23 页。

[4] 刘义庆撰、刘孝标注，《世说新语》，上海古籍出版社 1982 年版，第 279 页。

[5] 前揭陈弱水先生文指出“公议”与“公论”在魏晋南北朝到隋唐这一段成为政治生活中的常用概念，到唐代以后越来越频繁，尤其以明代中叶朋党政治兴起及明末的东林党人而为人熟知。见陈文，第 22-23 页。陈文把中国思想传统中的“公”区分为五个观念类型，第五类的基本意涵是“共”，包括共同、共有、众人等，“公论”和“公议”特别是这类意涵在政治领域中出现的典型用法。另外，金观涛、刘青峰先生也曾初步讨论过相关问题，指出传统社会的“公议”大多用于朝廷庙堂，“公论”多指公认的结论。二者均受制于儒家伦理。参见氏著，《试论儒学式公共空间—中国社会现代转型的思想史研究》，收于二人合著，《观念史研究》，法律出版社 2009 年版，第 78-79 页。本文在此基础上，进一步考察公论观念在近世兴起的思想史涵义，并试图揭示这一观念蕴含的丰富面相与议题。

不能如古之贵族世家相分峙；众民散于下，不能如今欧西诸邦小国寡民，以舆论众意为治法。而后天下乃为举子士人之天下。法律之所不能统，天意之所不能畏，而士人自身之道德乃特重”。[1] 这里所谓的大变局就是中晚唐以来门阀贵族社会的瓦解与宋代成熟科举制下士大夫阶层代表的平民化政治社会的浮现。钱穆先生指出士人道德成为近世王权与众民之间较法律、宗教更为重要的一种秩序纽带。而本文关注的公论其实就是这种秩序纽带的重要表现形式之一，而且在近世脉络中与国家法律、宗教精神有着深刻的历史关联，并构成现代中国向“以舆论众意为治法”转变的重要渊源。

从近世特别是宋代政治文化的视角来看，公论观念的兴起离不开这个时期特定的时代氛围。一方面，宋代确立下来的文治规模促使最高统治者高度重视从儒学义理中寻求政治理念根据，同时形成了较为开明的论政风气。比如产生了对于天下“道理最大”的君臣共识[2]，也透露出宋代统治集团寻求政治正当性依据的积极意识。宋代新儒学的形成正是发生在这种政治精神的激励下，宋人好议论的时代风气也缘起于上层统治者较为开明的政治态度[3]。另一方面，士大夫阶层受此激励在政治实践和学术更新方面有了长足发展，并且带动整个政治社会在公共关怀上的提升。古典的政治公共意识与逐渐高涨的士大夫政治相结合，再加上士大夫群体内部活跃的思想学术竞争，推进了公共意识的显著聚合与强化，成为公论观念兴起的催化剂[4]。可以说，公论乃是作为这个时期公共意识的重要组成部分，在宋明新儒学的思想视野中逐渐兴起的。它不仅包含了人们对于政治理想颇具新意的想象和规划，也生成了对政治实践现象的回应和反思。

我们看到，随着士大夫政治的进一步展开、言论空间的逐渐扩张，北宋政治家已经感受到了公论问题的复杂性。苏轼（1037-1101）曾向神宗自述其年幼记忆与长辈对庆历时期世风的描述，“台谏所言，常随天下公议。公议所与，台谏亦与之。公议所击，台谏亦击之……”[5]。仁宗朝，“执政公卿，苟犯公议，一有台谏论列，则未有得安其位而不得去者，其所弹击，又不过一二小事，或发其阴私隐昧之故，然章疏入，即日施行”[6]。蔡襄（1012-1067）就在嘉祐年间（1056-1063）指出当时政界言论喧嚣，出现利用舆论肆意

[1] 钱穆，《中国近三百年学术史》，商务印书馆 1997 年版，下册，第 653 页

[2] 参见邓小南，《祖宗之法：北宋前期政治述略》，生活·读书·新知三联书店 2006 年版，第六章第三节。

[3] 本文所用的“新儒学”一词是在相对于先秦、汉唐儒学的意义上对于包括宋明理学在内的近世各派儒学的统称，并不局限于狭义的程朱阳明。这是我们思考近世政治观念时一个更为有益的根本视野。

[4] 可参见蓝弘岳，《东亚中的“公共”概念—历史源流与展开》，收入黄俊杰、江宜桦编，《公私领域新探：东亚与西方观点之比较》，台湾大学出版中心 2005 年版。

[5] 曾枣庄、舒大刚主编，《三苏全书》，语文出版社 2001 年版，第十一册，第 454 页，《上神宗皇帝书》。苏轼也曾指出“仁宗之世，议者讥宰相但奉行台谏风旨而已”其实有君主借重“风闻言事”的耳目力量扼制相权的动机。见沈松勤，《北宋文人与党争—中国士大夫群体研究之一》，人民出版社 1998 年版，第三章，第 93 页。

[6] 语出《续资治通鉴长编》，卷三六四，元祐元年正月庚戌记事。转引自沈松勤，《北宋文人与党争》，第 94 页。



攻击的现象，感慨道“古之清议公论岂如是夫”！[1]这种困惑可以说是对庆历改革以来政界风气的一个直观反应。南宋时期的陈亮（1143-1194）、叶适对此间联系把握得更为确切。陈亮就指出范仲淹（989-1052）等庆历名臣为了大力推行变法，充分掀动起政治议论的风潮，建立了公议舆论与法度变革之间的相互奥援[2]。叶适也指出这个时期的政治文化塑造了宋人喜议论言谈的好尚，正是变法士人对于政治议论和社会舆论的倚重开启了这个风气[3]。公论观念的兴起是与近世士大夫政治在国事政见上言论舆情的活跃相为表里的。

随着宋代变法运动的深入开展，变法派与持不同政见者之间也进一步围绕改革共识和舆论取向进行激烈的争夺。这一点透过国是与公论的对峙有明显的反映。关于国是问题，余英时先生在《朱熹的历史世界》中已经有非常敏锐而精彩的钩沉、解读[4]。他指出“国是”在宋代政治文化中成为一个空前重要的问题，特别是“国是”在政治实践中的法度化，成为与主政者进退沉浮休戚相关的最高国家路线。这一面相的揭示十分重要。然而，事情的另一面即公论，也非常值得关注，需要充分彰显它与国是之间的历史张力及其观念蕴涵。从余先生的论述中我们得知，国是问题在神宗时代的政治中浮现，成为君臣凝聚变法共识的标识。在君权的强大支持下，王安石（1021-1086）变法成为他人不可挑战的既定路线。当时，以司马光为代表的不同政见者并没有直接围绕“国是”进行辩驳，他们进行反击的理论武器之一乃是所谓“公论”。若对公论进行同国是一样的溯源，我们可以看到中晚唐柳宗元（773-819）已经对此有积极的运用。为了抨击当时朝政被宦官把持的弊端，他利用春秋时晋文公问守原的故事，指出君主政治应该重视与朝中公卿大臣的公议，而非受制于宫廷内部势力[5]。而在宋代反对王安石变法的声音中，我们可以看到司马光、陈襄（1017-1080）、赵抃等人反对制置三司条例司这个变法权力中枢的奏疏，就是充分利用公论、公议观念来批评神宗君臣的独断变法[6]。其中尤以陈襄《论王安石翎子》具有代表性[1]。陈襄指出，每个人都

[1] 蔡襄，《端明集》，景印文渊阁四库全书版，第 1090 册，卷 22，《正风俗》，第 509 页上。

[2] 陈亮著、邓广铭点校，《陈亮集》（增订本），中华书局 1987 年版，卷一，《上孝宗皇帝第一书》，第 6 页。

[3] 叶适著，《叶适集》，第三册，《水心别集》，卷十，《始议二》，第 759-760 页。

[4] 余英时，《朱熹的历史世界：宋代士大夫政治文化研究》，生活·读书·新知三联书店 2004 年版，第五章《“国是”考》，第 251-289 页。另外还可参见沈松勤，《南宋文人与党争》，人民出版社 2005 年版，第五章《国是之争》，第 161-199 页。

[5] 柳宗元，《柳河东全集》，中国书店 1991 年版，卷四，《晋文公问守原议》，第 43-44 页，针对晋文公问政于寺人，批评“晋君择大任，不公议于朝，而私议于宫，不博谋于卿相，而独谋于寺人”；卷九，《故御史周君碣》，第 92 页，“史臣书之，公之死，佞者始畏公议”。外集卷下，《为文武百官请复尊号·第三表》，第 536 页，认为万众官民的伏阙言事是公议表达。

[6] 司马光，《传家集》，第 43 卷，《上体要疏》，第 396 页上-第 401 页下；赵抃，《清献集》，卷十，《奏劄乞罢制置三司条例司》，第 892 页下—第 893 页上。他们所谓的公论理念，其实与余先生指出的神宗认可之“共定国是”意义一致。只是由于实际上的国是由神宗、安石少数人把持，公论的规范含义才得到格外的凸现。

都有理义之性和是非之心，在不偏执好恶之前就会形成天下公论的来源。这种状态下的每个发言者都应该受到政治决策者的重视，将其纳入咨询参谋的政治过程。这在古代的周宣王纳谏中兴和子产不毁乡校中已有典范可循。对照起来，神宗对于王安石过于偏听，君臣合力推动变法，不容许批评质疑，这种做法严重忽视了天下公论。陈襄强调，天下之法的变革不能依靠极少数人的私议臆见，暗示天下之法应该由天下人论议。这个说法同样把法度变革与公论紧密地连接起来，表露出当时公论观念已有明确的政治体制自觉。他希望政事活动应该充分利用已有体制内外的各种渠道听取多数人意见，反对由少数人垄断把持。在这里，公论观念强调的接近于一种建立在公议舆论之上的正当性共识。

陈襄已经指出言论对于人君来说具有政治上非常明确的取舍兴亡效果。公论是国家政治决策和路线确定必须充分考虑的公共根源。这涉及到，应该如何进一步认识公论在政治国家中的地位。我们看到，北宋晚期的黄裳（1044-1130）提出，王道政治有五个重要部分，除了道德、法度、风俗、节气，就是公论。这种提法已经不同于强调道德、礼法和风俗的传统老调，明确指出了公论的重要性[2]。徽宗（1082-1135）即位诏书中特别强调“若夫曲学偏见，妄意改作妨功，扰政以害吾国是者，非惟朕所不与，乃公议之所不容，亦与众弃之而已”，公议被视作在更广大的范围内与国是相通一致[3]。到了两宋之际，经过一系列创伤剧痛的政治变动，士大夫中的主要政治家愈发推崇公论的关键政治价值。比如，李纲（1083-1140）就直接把它推举为国家政治的关键，明确指出“国之治乱存亡而君子小人之所以劝沮消长者，皆系乎清议。清议者，出于人心之同然而合天下之公论也”[4]。清议、公论都是根植于人心中相同的道德理性，是作为道义实体的国家任何时刻都不能缺少的根本规范力量。从这个角度出发，李纲提出一套历史解释，表明尧时公论在上因此实现极治、东汉公论下移于士人导致危而不亡，而五代时期公论完全丧失，天下陷入国之不国的恐怖失序之中。借助人体与元气的有机比喻，李纲把公论清议看作是天下国家的元气命脉。同时指出维护公论的根本责任就在于政府。同时期的赵鼎（1085-1147）在 1129 年南宋立国伊始，就向宋高宗指出国家衰亡除了外敌的原因还在于公论不能伸张。对于善恶是非的共识和舆论如果能够再度凝聚起来，比军队谋略等实力因素更为重要。他批评士大夫统治阶层内部由于学术分歧和人事纠纷，不能遵循政治上的大公至正之道，导致公论每每不能伸张，成为国家政治最深重的病症[5]。作为“高宗患难之君臣”

[1] 陈襄，《古灵集》，景印文渊阁四库全书本，第 1093 册，卷八，第 551 页下-第 553 页上。
[2] 黄裳，《演山集》，景印文渊阁四库全书本，第 1120 册，卷十八，《青州学记》，第 134 页下-第 136 页上。
[3] 语出《续资治通鉴长编》拾补，卷十六，元符三年十月己未条。转引自沈松勤：《北宋文人与党争》，第 327 页。
[4] 李纲，《梁溪集》，景印文渊阁四库全书本，第 1126 册，第 672 页，第 685-686 页。
[5] 赵鼎，《忠正德文集》，景印文渊阁四库全书本，第 1128 册，卷一，第 639 页-641 页。



的李纲和赵鼎在播迁易代之际的品评，一方面出于对北宋政治改革特别是熙宁变法及其末流化的反思，更加突出了公论的政治正当性意义，将其视为国家根本。另一方面，也是出于北宋末期诸如太学生运动等政治现象的激励。像李纲亲身经历了兵临城下之际陈东等带动的军民上书风潮，对所谓“士庶上书，其言皆出于平昔之公论”更有深切沉痛的时代体会[1]。

这种公论升格的思想推力，与对国是问题的批评，最终在南宋大儒朱熹那里绾合起来，透过对时政忧患的沉痛针砭将真公论与伪国是之间的矛盾展现得淋漓尽致。在 1167 年《与陈侍郎》一信中，晦庵直陈时政有三大主要病症[2]。其中最为深重的就是当局为了维护和议政策，强化君权独断，最终酿造成国是与士民公论的对峙。就像陈襄批评神宗君臣一样，朱熹也指出和议政策乃出于君主与少数权臣的独断推动，没有考虑大多数人士的异议公论。按照本义，真正的国是应该合乎天理人心，与天下所同是或曰万口一辞的公论相一致。可是，和议国是却依靠政权一时的强力与利诱竭力维持这种受操纵的公共性。其实际效力又只能到达体制中人，无法支配整个天下。最终导致现实的国是与公论龃龉难合，真实的言论情况不能反映到政治上，难免会重演北宋王安石、蔡京时期的政治灾难。在《戊午谠论序》中，朱熹指出受政府操纵的国是影响而形成的众论，已经失去了对于真正共识公论的把握，因此不能作为制定长期战略的根据[3]。宋金战和问题可以说规定了南宋立朝的长期国家战略，反对和议的士人群体如同北宋反变法派一样根据公论来对这个根本问题提出正当性理据。陆游（1125-1210）《剑南诗钞・七言律》云，“万事不如公论久，诸贤莫与众心违”，也是就此而发[4]。

上述国是与公论的对峙，其实深刻反映出君权独断与体现公共诉求的政治力量之间的冲突。这个冲突往往在志向不凡、权欲较强的君主那里更为明显。除了北宋神宗，南宋孝宗朝公论观念的再度强化也是一个明证。孝宗初期志在恢复，重视事功实务，引擢人才不拘常规，自信满满且流露出对于儒者空论的不以为然，出现了易惹争议的近习宠幸问题。这个时期许多著名的儒者士大夫都运用公论观念对其提出尖锐的批评。比如朱熹与孝宗讨论置将权的归属问题，孝宗认为自己的决定在程序上参考了士大夫的公论，朱熹则批评这其实是特殊利益势力假借公论的名义在论证自己的私利[5]。如薛季宣（1134-1173）指出政治大计应重视公论，政治上的国是（“一定之谋”）应该

[1] 语出《三朝北盟会编》（卷四十），转引自黄现璠，《宋代太学生救国运动》，载叶隽主编，《民国学术丛刊・历史编》，吉林出版集团有限责任公司 2009 年版，第 256 页。另外，余英时先生也特别强调了李纲的国是观念在宋代历史上的划时代意义。他提出的“愿与诸君共定国是”主张显示出超党派的性质，实则与其公论观念款曲相通，只是政治法度的性质更浓一些。见余英时：《朱熹的历史世界》，第五章，第 271-274 页。
[2] 朱熹，《晦庵集》，景印文渊阁四库全书，第 1143 册，第 514-517 页。
[3] 《晦庵集》，景印文渊阁四库全书，第 1145 册，第 547-548 页。
[4] 转引自黄现璠，《宋代太学生救国运动》，第 242 页。
[5] 黎靖德编，《朱子语类》，第七册，卷一百七，第 2658 页。

以公论为根本前提[1]。唐仲友（1136-1188）批评孝宗不能正视儒者谏议的价值，应该内守祖宗法度，外重天下公议[2]。陈傅良（1137-1203）更是抨击孝宗师心自用，独断专行，应该“因群心之所共违而察一意之所独向”[3]。吕祖谦（1137-1181）指出，政务应当“公议而公行之”，君主必须依靠政治社会的群体力量，适度地分权任责，“广揽豪杰、共集事功”，“合群策、定成筭，次第行之”。在充分吸收公共意见的基础上，制定合理的政策法度。而且一经制定，就要严格遵循。[4]

公论观念在南宋中期以后，在思想上已经树立起对于国是的优位。如南宋政治家杜范（1181-1244）指出国人的公论（“国人之论”）就是天下的公是非。政府应该重视台谏，鼓励直言精神，培养公议以确定朝纲和国是[5]。魏了翁（1178-1237）引述，公论是国家的根本，乃皇极和国是的前提[6]。真德秀（1178-1235）特别强调公议就是天理、天道，永远存于人心，不受国家强势权力一时的压制[7]。

除了公论在政治价值上逐渐得到推扬，南宋时期的思考还有另一方面值得特别注意。它围绕公论与法度、权威的关系，捕捉到了公论观念蕴含的复杂性。这方面的努力以陈亮和叶适最为突出。需要说明的是，他们的公论观念也有明确肯定的一面，认可对于公共事务的积极发言有助于清明政治的实现，这是体制内力量如台谏的应尽职责和广大民众的行动诉求。然而，在对宋代政治传统的深刻反省中，他们同时表现出对相关现象复杂面的审慎和怀疑。这种体现复杂性的态度早在北宋的蔡襄和司马光就有初步表露。蔡襄正是由于察觉到逐渐开放的公共议论中蕴涵了挑战和动摇等级秩序伦理的不稳定潜能，才发出对所谓清议公论的喟叹。司马光虽然承认公议公论的开明政治效用，同时强调君主权威面对充分言论更应该明白决断的重要性，不要轻易被舆论左右[8]。张方平（1007-1091）指出仁宗庆历前后政治议论逐渐兴盛，“士之翘俊者皆争论国政之长短”，“渐为奇论以撼朝廷，朝廷往往为之动摇”[9]。上文言及，陈亮敏锐地指出庆历改革在变法与发动公议舆论之间间的联系。思想上对张方平颇为推重的他认为这种联系很大地动摇了政府建

[1] 薛季宣，《浪语集》，景印文渊阁四库全书本，第 1159 册，卷二十二，《与汪参政明远》，第 354 页下；卷二十，《再上张魏公书》，第 333-334 页。
[2] 参见任锋，《南宋唐仲友的经制思想》，《南开学报》，2006 年第 4 期，第 73 页。
[3] 参见任锋，《秩序关怀与体制实践：南宋经制学者的政治观》，《中西政治文化论丛》（天津），2007 年，第六辑，第 24 页。
[4] 吕祖谦，《东莱集》，景印文渊阁四库全书本，第 1150 册，卷三，《淳熙四年轮对札子二首》，第 29-32 页。并见任锋，《秩序、历史和实践：吕祖谦的政治哲学》，《中国哲学史》，即刊。
[5] 杜范，《清献集》，景印文渊阁四库全书本，第 1175 册，卷十三《相位条具十二事》，第 716 页；卷 7，《论重台职箚子》，第 662 页。
[6] 魏了翁，《鹤山集》，景印文渊阁四库全书本，第 1172 册，卷二十，《奏乞将赵汝愚配享宁宗庙廷第一箚》，第 265-266 页；第 1173 册，卷七十四，《中大夫秘阁修撰致仕杨公墓志铭》，第 163 页下。
[7] 真德秀，《西山文集》，景印文渊阁四库全书本，第 1174 册，《除江东漕十一月二十二日朝辞奏事箚子一》，第 58-61 页。
[8] 司马光，《传家集》，卷 43，《上体要疏》，第 400 页。
[9] 转引自曲家源，《论宋代官场清议》，《社会科学战线》，2000 年第 3 期，第 159 页。



立起来的权威秩序，损害了国家的立国之势，评价并不积极[1]。宋代政治的特征之一就是“以议论为政”[2]。政治体制为人们论政提供了如策试、御试等广大的空间，希望人们对政治贡献着眼公益的建议。然而，陈亮从个体私性的认识论限制与利益束缚看到人们很难对于公共事务形成真正公正客观的主张。呈现在统治决策者面前的是很多自以为公的人士或者由于自己的认识局限或者出于特殊利益的驱动纷纷从自我立场出发肆言妄议。并且这类意见极大地影响着宋代立法和行政过程，执法要上，致使法度建设被各种私意劫持[3]。“夫法制一定，子孙世守之，小弊则为之损益，大弊则度德顺时，一易而定矣。纷纷而争言之，扰扰而迭易之，上下汩乱，不知所守，此岂为国久长之道邪！”[4]陈亮表现出对国家政治权威的深刻关切，捕捉到了公论的内在冲突面相。他的理想出路在于一个能够重视英雄主义政治人格的、公正无私而牢牢控制法度解释和确立权的强大政治权威[5]。

同时期的叶适同样关注到宋代政治中公共议论蜂起的趋势，并指出它在改革变法过程中虽然由范仲淹、欧阳修（1007-1073）等贤人君子推动形成，却决非一种可以由人自如控制的积极力量，最后成为了不同政见党派互相攻击陷害的双刃利器。“开口揽时事，论议争煌煌”的欧阳修自身也深受其害[6]。叶适同陈亮一样把握到了喜好议论与变革法度在宋代政治中的重要特征地位，将与变法和党争联系紧密的议论风气称之为“烈焰”、“洪流”[7]。他从言论政治角度刻画出其间困境：统治者高度重视言论的积极作用，人们也积极地参与公共议论。但是，统治者面对蜂拥而来的言论，不知如何取舍，往往最后都将之视为空言，“夫上有宽博无忌之心，下有慷慨尽言之意，皆前世之所不及也，而其效止于若此，此岂可不为之深忧其故欤！”[8]。叶适曾指出君主体制下独大的王权其实往往左右了人们的意见风向，阻碍人们表达自己的真实想法[9]。然而他并未深思这一政体下商议舆论制度的建设问题，更侧重于强调改善言论修辞的策略而更有效地向君主表达想法，或者从政治伦理的角度优先鼓励力行实践的直道风气而非汲汲于言论，“庆历后，议论浮杂，直气

[1] “庆历诸臣亦尝愤中国之势不振矣。而其大要，则使群臣争进其说，更法易令，而庙堂轻矣”，《陈亮集》，卷一《上孝宗皇帝第一书》，第 6 页；“论说利害以乱时政，其弊未知底止！”，卷十三，第 147 页。
[2] “论安言计，动引圣人，群疑满腹，众难塞胸，此古今儒者之同病；以朱墨为法，以议论为政，此又本朝规模之所独病也。”《陈亮集》，卷二十九，《与周子充参政》，第 380 页。《宋史》卷一七三《食货志》序论有具体描述，“宋臣于一事之行，初议不审，行之未几，即区区然较得失，寻议废格。后之所议未有以愈于前，其后数人者，又复訾之如前，使上之为君者莫之适从，下之为民者无自信守，因革纷纭，非是贸乱，而事弊日益以甚矣。世谓儒者议论多于事功，若宋人之言食货，大率然也。”
[3] 《陈亮集》，卷十一，《廷对策》，第 120 页、《任子宫观牒试之弊》，第 122 页；卷十二，《变文格》，第 134-135 页。
[4] 《陈亮集》，卷十三，《问科举》，第 147 页。
[5] 参见任锋，《时势与公理：陈亮政治思想中的法度观》，《浙江学刊》，2009 年第 2 期，第 121－122 页。
[6] 叶适，《习学记言序目》，中华书局 1977 年版，卷四十七，《皇朝文鉴一》，第 709 页。欧阳修诗句出自《居士集》卷二。
[7] 《叶适集》，《水心别集》，卷十，《始议二》，第 760 页。
[8] 《叶适集》，《水心别集》，卷一，《序发》，第 632 页。
[9] 《习学记言序目》，卷二十三，《汉书三》，第 329 页。

空多，直道已散。至治平熙宁，纷争于言语之末，而直道荡灭无余”[1]。陈亮和叶适的思考可以说是在当时士人阶层内部对于宋代言论政治最具代表性的系统反思，较为充分地揭示出公论观念在历史语境中的复杂蕴涵，构成了后世王夫之等人类似评论的先河。

## 三、讲学与公论：兼论传统的限度与超越

宋之后直到晚清以前的时期，公论观念的发展在明清之际最值得关注，黄宗羲（1610-1695）、王夫之（1619-1692）等思想家从不同角度运用这一资源推进了传统政治思维的重大跃进。然而，就中程视角而言，鼎革之际的这个跃进乃是受惠于中晚明的历史发展。其中的公论观念又具有不同于有宋一代的特征。

余英时先生已经指出，从政治文化上说，明代格局已大不同宋，士大夫阶层在朝堂政治上“得君行道”的抱负倍遭压制，不得不转向“觉民行道”的下行路线[2]。社会民间意义上的儒者实践成为明代文化最具贡献力的领域。就公论观念的历史发展而言，我们要看到，一方面，宋儒开辟出来的公论话语自有其内在思想的衍生惯性，在明代士大夫的政治世界虽没有激起宋代那样波澜浩荡的变法运动，也仍然延续增生，展示出新的思想面相[3]；另一方面，以王阳明讲学运动为枢轴的心学大发展，将新儒学运动作为公论现象学术实质的本相显露无遗，与公论观念产生了值得关注的思想关联。上述两面又互动缠绕，转相刺激，可以说共同催生了近世晚期公论观念的极限反思。

这时期一般意见仍然从整体的政治社会来理解公论的体现，认为政府应重视公论在己。相应值得关注的倾向是，从不同于政府体制本位的角度来强调公论体现。如元代黄溍（1277-1357）指出，公道在政府，而公论在士君子[4]。王世贞（1526-1590）指出公法在上，公论在下[5]。孙承恩（1485-1565）认认为，庙堂主公论，台谏职公论，若二者不能做到，缙绅、草莽都可体现公论。另外，公论不仅仅出于铨司官府，“学校亦公论也”[6]。高攀龙（1562-1626）引用王述古（1564-1617）的话，天下有公论，未必台省。台省有公论，未必

[1] “汉世每事必议，王通因此续书有议，遂谓议能尽天下之心……为治顾道得失何如耳。故孔子言‘天下有道，庶人不议’，不以必议为是也”，同上注；《叶适集》，《水心别集》，卷一，《序发》，第 632 页；《习学记言序目》，卷四十八，《皇朝文鉴二》，第 713 页。

[2] 参见余英时，《明代理学与政治文化发微》，载氏著《宋明理学与政治文化》，广西师范大学出版社 2006 年版，第 10-60 页。

[3] 有关明代士大夫言论现象与思考的代表性论著，参见赵园，《明清之际士大夫研究》，北京大学出版社 1999 年版，特别是第四章《关于“言论”的言论》。

[4] 黄溍，《文献集》，景印文渊阁四库全书本，第 1209 册，卷四，《跋朱椽辨诬诗卷后》，第 360 页。

[5] 王世贞，《弇州四部稿》，景印文渊阁四库全书本，第 1281 册，卷一百二十六，《奉椁庵先生》，第 117-118 页。

[6] 孙承恩，《文简集》，景印文渊阁四库全书本，第 1271 册，卷 28，《赠郡伯吴黄州谢政叙》，第 354-355 页，《再赠方砺庵序》，第 360-361 页。



诸公[1]。理想状态应该是政府体现公论，否则，公论只能由社会民间来伸张。最为人熟知的一段话，就是东林书院讲学期间，顾宪成（1550-1612）和首辅王锡爵（1534-1614）的对言，针锋相对地呈现出内阁朝论与外论的对峙，而后者最能体现公论精神[2]。

这种情况似乎透露明代公论观念的表达空间向非政府的体制外层面大大拓张了。而此趋势实则与中晚明兴起的明儒讲学运动、尤其是阳明学讲学息息相关。甚至可以说，在明代，讲学活动成为公论观念发展最有利的温床，是寄托公论的一种隐蔽形式。公论与讲学之间存在很大的交合重叠之处，虽然讲学多活跃于官方体制外的社会空间，却潜藏着非同寻常的政治意蕴。一般研究者对此并不深查，忽视了二者在理念和实践上的诸多相互涵摄层面。从理念上讲，作为正当共识的公论与近世新儒学的内在更新互为表里。与宋儒根据自己的学术意见论证、引导政治变革同理，以阳明学代表的明儒进一步在程朱理学基础上提倡新知，并据此表达自身的政治社会理解。而阳明学本身对于透过讲论言谈推广新知的必要性又十分重视，致使公论的公议舆论方面也有大幅的发展。受政治环境制约，这种新公论的形成和发展除了在政府体制内的隐现，更多地流向政府以外的士人群体和民间大众。

如有些研究者所指出的，讲学运动自身并不一定有明确、自觉的政治意识，不少参与者竭力使讲学活动消除政治敏感性。然而实际上，讲学作为隐蔽形式的公论，很难摆脱与政治世界的纠葛[3]。我们可以看到体制内的士大夫讲学，每每与科举、行政权力运作、政事纠纷发生密切关联。有研究者就曾从讲学与反讲学的角度来解释明代中后期内阁权力的斗争[4]。讲学与公论之间的潜在关系从压制讲学的张居正（1525-1582）那里可以窥见一二。他认为孔子讲学乃是时势约束不得不然，正确的政治文化取向应该是士大夫立足自身本分，将自己为学和为官的职事做好。近似上文讨论的陈亮，他认为树立讲学旗帜、鼓励众人发表议论，在政治上足以造成摇撼时政的反权威潜能[5]。而在热心讲学的官员看来，讲学却具有凝聚共识、开明行政的积极意义。如阳明学的重要思想家耿定向（1524-1596），就强调自己的讲学完全融入政事讨论，体现为对于公议舆论的尊重[6]。另一位泰州大儒罗汝芳（1515-1588）更是

[1] 高攀龙，《高子遗书》，景印文渊阁四库全书本，第 1292 册，卷 11，《山西布政司右布政使中嵩王公行状》，第 666 页。

[2] 参见黄宗羲著，《明儒学案》，中华书局 1986 年版，卷 58，《东林学案一》，第 1377 页。

[3] 关于明代讲学与政治的复杂关联，可参看陈时龙，《明代中晚期讲学运动（1522—1626）》，复旦大学出版社 2005 年版。尤其是第三章《挫折：隆庆及万历前十年的讲学与反讲学》。

[4] 参见陈时龙著作第三章第 100 页所引韦庆远的观点。

[5] “夫昔之为同志者，仆亦尝周旋其间，听其议论矣。然窥其微处，则皆以聚党贾誉，行径捷举。……大者摇撼朝廷，爽乱名实。小者匿蔽丑秽，趋利逃名……”，语出《答南司成屠平石论为学》，《张太岳集》卷二十九，转引自陈时龙著作第三章，第 130 页；另，《与李大仆渐庵论治体》云“又有一种腐儒，动引末季事以摇乱国事。不知本朝立国，规模与前代不同，本之威德并施，纲目兼举。无论唐、宋，即三代盛王，犹将远让焉。而宋时宰相，卑主立民、违道干誉之事，直仆之所薄而不为者。”转引自前揭余英时论文，第 54-55 页。从中也反衬出宋代公论与士大夫政治之间的正相关联系，在张居正看来却是负面消极的。

[6] 耿定向，《耿天台先生文集》，台北文海出版社 1970 年版，卷六，《与吴伯恒书》。

是将郡县治理与讲学教化紧密结合起来[1]。在政府体制外，泰州学派的王艮（1483-1541）、颜山农（1504-1596）、何心隐（1517-1579）等人，将讲学视为具有政治远景的经世大业，实践中也在乡村社会透过公论教化实现了良好的治理效果。至晚明，由于政局的腐朽加剧，如东林一类的党社书院更加透过讲学来表达政治公论，伸张天下的公是非。如刘宗周（1578-1645）所言，“天地瞑晦，人心灭息，吾辈惟有讲学明伦，庶几留民彝于一线乎！”[2] 可以说，公论观念与政治世界的历史关联在宋最有力地表现于朝堂变法运动中，在明则透过讲学与书院、讲会、党争、社团的互动集中表现出来。岛田虔次曾指出，明代的自由讲学风气开辟了当时体制外的公共空间[3]。这种观察放在宋明之际公论观念的历史变迁中更能显示其意义。

明代讲学运动对于传统儒学的传播推广来说特别彰显出这么一个层面，即突出强调人与人之间讨论、辩难的传授方式。王阳明（1472-1529）就指出，讲学“须口口相传，广布同志，庶几不坠”、“讲学须得人人面授”。晚明张鼐（?-1510）“夫众人之动其良心也，以会以语也”[4]。真理学术的探索，十分注注重讲论，强调付诸言语商谈，这种讲学意识也构成了公议舆论的形式前提，间接推动了公论观念的滋生。体现儒学共识发展、并在具体环境下呈现政治社会指向的公论，由此在不同阶层群体、地域、身份的人们中间得以寄身，由讲学而蕴含不同范围和层次的公议舆论。讲学当然包含着不同形式，比如由少数中心人物传授教化，或者冥契意义的静坐修行，同时也注重相互之间的商谈辩论。这种讲学意识最有自觉意义的表达和辩护可以在泰州学者何心隐的《原学原讲》中发现[5]。何心隐抗议张居正压制讲学，因此而牺牲性命。临终前写就的这篇数万言奇文引经据典，论证言论讲学乃是人的本性所在，是表达德性追求的根本要径，构成了儒学文明与政治的悠远传统。他主张“即事即讲”、“即事即学”，论证讲学言论活动的正当性，为这种活动的自由倡言辩护。该文从哲学认识论和传统生成的角度向世人确认讲论商讨是儒学文明的内在之义，其实蕴含了非凡的政治社会用意，进一步关联到讲学运动的主体意识之发展。

黄宗羲《明夷待访录》《学校》篇设计出一个制约王权的公共机构，冀望透过公共讨论形成的意志制约最高权力。政治不再以天子之是非为是非，而以天下人的是非为是非。这其实就是把近世兴起的公论进一步体制化了[6]。之所以有这么一个跃进，当然出于多种动力。就思想和实践来说，一个重要的缘由就在于黄宗羲所承受的阳明良知学对于主体性的弘扬与阳明讲学运动中

[1] 可参见吴震，《泰州学派研究》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 6 章，第 320 页。
[2] 语出《刘宗周年谱》天启五年，转引自赵园，《制度・言论・心态—<明清之际士大夫研究>续编》，北京大学出版社 2006 年版，第 216 页。
[3] 可参看岛田虔次著、甘万萍译，《中国近代思维的挫折》，江苏人民出版社 2008 年版，第四章。
[4] 语出钱德洪，《刻文录叙说》，《阳明全书》卷首。后者语出孙慎行、张鼐，《虞山书院志》卷七，会语。转引自陈时龙，《明代中晚期讲学运动（1522—1626）》，绪论，第 13 页。
[5] 何心隐著，容肇祖整理，《何心隐集》，中华书局 1960 年版，卷一，《原学原讲》。
[6] 黄宗羲，《黄宗羲全集》，浙江古籍出版社 1985 年版，《明夷待访录・学校》，第 10-14 页。



平等主体意识的孳生。阳明学强调良知本心，认为每个人都具有天赋的良知本心，理想地说“满街都是圣人”。这个观念发展到极致，就是李卓吾（1527-1602）提出的不以孔子之是非为是非，诉诸各自本心，破除学术和政治上各种教条的权威。可以说，良知本心的观念潜在地树立起了人们普遍赋有的道德理性的权威，人们在这一权威面前平等。这一倾向在公论观念上最直观的表现就是强调匹夫匹妇的舆论意见能够比有权势者更表现正当共识，更进一步夯实了公论的民意基础。

而在讲学活动中，这种思想在讲学参与者的朋友意识上最具代表性[1]。讲学活动塑造出这样一个公共空间，即参与者摒除一般的政治社会身份（如官位、职业、地域、信仰等），完全以良知真理的权威为标准，相互之间发展出自由、平等、开放的关系纽带，服膺于对道德理性的认同。比如耿橘（1601年进士）《虞山书院志・会簿引》卷四的院规讲明，“虞山会讲，来者不拒。人皆可以为尧舜，何论其类哉？凡我百姓，年齿高者与年少而知义理者，无分乡约、公正、粮里、市井、农夫，无分僧道游人，无分本境地方，但愿听讲，许先一日或本日早报名会簿，俟堂上宾主齐，该吏书领入，照规矩行礼。果胸中有见者，许自己上堂讲说”[2]。不少讲学者已经意识到这个空间介于家庭生活与君臣政治之间的特性，乃完全由在理性面前一律平等的主体自由、开放地构成[3]。这一点已然蕴含现代意义上公共领域的观念端倪，并暗示出友朋讲学活动作为隐性公论的重要性质。更有识见者则充分运用朋友与讲学之间的这层关系，发展出一套重铸政治社会关系的组织构想，可谓揭示出中国式公共领域论述的一个积极方向。如何心隐主张由以朋友为核心纽带的“会”来陶冶传统的君臣等伦理范畴，透过讲学建构一种平等、自由、开放的公共社群。君臣政治也应该由一种朋友讲学式的关系模式来引导。可以想见，公议舆论式的公论想象在其中扮演一个凝聚、连接的组织性角色[4]。这种观念想象的发展，自然得益于阳明学讲学运动中蓬勃发展的讲会等组织形式[5]。

又如，晚明顾宪成云，“群一乡之善士讲习则一乡之善皆收而为吾之善，而精神充满乎一乡矣；群一国之善士讲习则一国之善皆收而为吾之善，而精神充满乎一国矣；群天下之善士讲习则天下之善皆收而为吾之善，而精神充满乎天下矣；……君臣父子夫妇兄弟各有专主，而朋友则无所不摄。……非朋友无以成其君臣父子夫妇兄弟，非讲习亦无以成其朋友”[6]，试图透过讲学

[1] 关于朋友讲学与公论之间的联系，宋人已经有所自觉。如孝宗时期著名儒者刘夙、刘朔兄弟“自谓朋友讲习为古今至乐，常曰‘天下至大也，千岁至远也，所不可一日无者公论也。朋友群居，敬畏之心所由生，而公论之所由出也’。”见叶适：《叶适集》，卷十六，《著作、正字二刘公墓志铭》，第 305 页。
[2] 转引自陈时龙《明代中晚期讲学运动（1522-1626）》第五章，第 183 页。
[3] 这一点，可参见吕妙芬，《阳明学士人社群—历史、思想与实践》，中央研究院近代史研究所 2003 年版，第七章，第 310 页王畿的论述、第 322-323 页吕坤的论述。
[4] 参见《何心隐集》，卷二，《语会》、《师说》、《论友》、《论潜》等篇。
[5] 明代讲学活动除了在家庭、宗族范围内，更积极活跃于不同地域层次、地域之间，范围、规模，活动频率可谓前所未有。相关研究可参见吕妙芬，《阳明学士人社群—历史、思想与实践》，中央研究院近代史研究所 2003 年版；陈时龙，《明代中晚期讲学运动（1522—1626）》，复旦大学出版社 2005 年版。
[6] 语出高廷珍，《东林书院志》卷三，会语一。转引自陈时龙，《明代中晚期讲学运动（1522—1626）》，

活动形成平等的朋友纽带，使其统摄所有的人伦关系，为一个天下范围的善士社群的形成提供基础。在传统三纲五伦的格局中，透过讲学活动来充分激活朋友一伦的社会政治含义，进而探索改造传统关系格局、形成新群体意识的路径，这个方向可以说代表了传统公论观念更新跃进的成就。这其中又对应潜含着以公论为纽带的新社群构思，其普遍范围的视野不仅囊括天下，而且广及宇宙、涵括人的整个生活世界[1]。讲学对于言论活动的重视、组织和推广，与普遍化的公论想象实则款曲相通。薛方山（1535 年进士）言“古者谏无官，以天下之公议，寄之天下之人，使天下之人言之，此其为盛也”，“其世治者，其论公于众；其世兴者，其论公于朝；其世衰者，其论公于野”[2]。理想政治，是公论在全体公众中的表达。而现实衰政的情况下，公论往往是由政府之外的社会民间代表，即公论在野而不在朝。从这个思想氛围，我们才能更好地理解黄宗羲学校构想的来源推力。

宋明以来政治中的朋党问题也与公论现象联系密切，朋党之见一般被认为是违背了天下的共识公论，而朋党之争往往在对共识的争夺中透过公议舆论得到充分显示、催化。实践中，讲学活动由于学理上同声共气的人士们形成某种组织，又天然具有议论时政社会的冲动，难免被敏感者朋党化、政治化[3]。唐甄（1630-1704）曾说，“聚众讲学，其始虽无党心，其渐必成党势”[4]。明季党社运动的兴起，公论观念在其中同样发挥了重要作用。儒学传统中，士大夫或学生士子面对朝政不当，往往利用体制内的空间发表批判言论。如东汉末年“范滂挟公议为干，公卿皆折节下之。太学诸生附者三万余人，卒成党锢之祸”[5]。南宋后期，“天下公论，不归于上之人，多归于两学（太学、武学）之士。凡政令施行之舛，除拜黜陟之偏，禁庭私谒之过，涉于国家兴衰之计，公论一鸣，两学雷动。天子虚己以听之，宰相俯首而信之，天下倾心而是之。由是四方万里，或闻两学建议，父告其子，兄告其弟，师告其徒，

绪论，第 15 页。

[1] 如刘宗周所言，“学不可不讲，尤不可一时不讲。如在父便当与子讲，在兄便当与弟讲，在夫便当与妇讲，在主便当与仆讲，在门以内与家人讲，在门以外与乡里亲戚朋友讲，若是燕居独处，便当自心自讲……”语出《刘子全书》卷 11《学言中》；“充塞宇宙，静观物理，无非师友。仰观俯察，即俯仰是讲明；语默动静，即语默动静是讲明。”语出同书卷 13《会讲》。转引自赵园，《制度・言论・心态—<明清之际士大夫研究>续编》，北京大学出版社 2006 年版，第四章，第 217 页。

[2] 语出《明儒学案》卷 25《薛方山纪述》、卷 48 录崔铣《士翼》，转引自赵园，《明清之际士大夫研究》，第四章，第 247 页，注释 27。

[3] 关于被朋党化的公论现象，《朱子语类》里有一个非常有趣的记载，可见宋代议论风气的蓬勃及其在当政者眼中的“狂悖”意味，“宣政间，郓州有数子弟好议论士大夫长短，常聚州前邸店中。每士人大夫过，但以觜舒缩，便是长短他。时人目为猪觜，以其状似猪以觜掘土。此数子弟因戏以其号自标，为甚‘猪觜大夫’、‘猪觜郎’之属。少间，为人告以私置宫属，有谋反之意。兴大狱锻炼。旧见一策子载，今记不得。近看《长编》有一段，徽宗一日问执政，‘东州逆党，何不为处分了？’都无事之首尾。若是大反逆事，合有首尾。今看来，只是此事。想李焘也不曾见此事，只大略闻得此一项语言”。《朱子语类》，第 8 册，卷一百三十，第 3129 页。

[4] 语出《潜书》下篇下《除党》，转引自赵园，《制度・言论・心态—<明清之际士大夫研究>续编》，第四章，第 221-222 页。

[5] 语出邵博《闻见后录》卷十，转引自黄现璠，《宋代太学生救国运动》，第 236 页。



必得其说，互相歆艳”，两学俨然成为营造天下公论空间的枢轴渊源[1]。东林党人更进一步籍由书院讲学，倡扬公论精神。他们要求政治审议的公开化，反对公共事务私议密奏。钱一本（1539-1610）云，“况所言公，当与天下公言之；所言私，忠臣不私”。叶茂才（1558-1629）云“天下事非一家私议”[2]。东林书院提倡的公论精神，在事与愿违的时世中转变为顾宪成与王锡爵所言的朝论与外论的对峙，这一点已广为人知。另外，东林学者缪昌期（1562-1626）的公论观念也多为研究者称引[3]。他的《公论国之元气》、《国体国法国是有无轻重解》继承了宋人如李纲的比喻，将公论视为国家元气，是国家政治兴衰的根本。在此之前，明人孙承恩也已经提出，“公论也者，天地之元气，国家之命脉”，从宇宙本体论角度论证公论的正当性和公共性[4]。与何心隐对讲学传统的重塑类似，他把公论传统的源头归之于孔子。根据孔子对于三代直道而行的斯民的称赞，他强调愚夫愚妇即斯民的根本地位，将其视为宇宙本体论意义上的元气根源。天下民众的公论代表了一种不受政治权势控制的独立权威，反映公论的国是就是把匹夫匹妇的是非意见汇集到一起，与君主体制能够控制的国体国法几乎成一种对峙的关系。昌期更把公论比作宇宙中的太阳，国不可无公论国是，恰如天不能无日。实际情况中，国是公论需要由能够体现此公共精神的道德政治精英来代表，与国体、国法应该相维相制。公论现象不可避免地导致国是议论者纷纭，其间更有很多议论者是在混淆是非，然而当政者不能一味以党论来否定公论，公论自身并非故意对峙的异论或强求一致的同论。缪氏思想延续了宋人的论述线索，更突出了民众在公论中的根本地位，彰显出国是公论在近世国家观中的地位。关于政体法度与国是公论的论述，可以说极为深刻地把握到了公论的政治体制关联，问题意识显得更加明确，只是缺乏了陈亮那种功利视野下对公论内在悖谬性的犀利把握。葛荃先生认为，“在缪昌期的设计中，由卿士大夫掌握和操纵舆论，代表天下百姓，与君权相维相制，这是他在当时的历史和政治条件下所能找到的最佳参政方式”[5]。这种积极构想也同样延续了宋儒类似的古典共治思路。

宋明近世的公论观念形成了一个继承演化的传统，明清之际的著名思想家立足于这个思想视野中进行了深刻的反思，推动了该传统的跃进和深化。

王夫之身遭鼎革巨变，明亡的痛思转而潜发为近世政治文化的深刻反省。在对包括宋代以来传统政治的评价中，他围绕其中言论与政治现象的关系提出了独到而深刻的见解，展示出来的观察和批评视角别具一格，构成近世公论政治观念中少有的异类立场。

[1] 语出周密《齐东野语》卷十九，转引自黄现璠，《宋代太学生救国运动》，第 242 页。

[2] 前者语出《明史・钱一本传》，后者语出《东林书院志・叶茂才行状》，转引自葛荃，《中国传统的“公私观”与“以公民为本”》，《中国政治文化教程》，第 168 页。

[3] 缪昌期，《公论国之元气》、《国体、国法、国是有无轻重解》，载于《从野堂存稿》，《续修四库全书》，第 1373 册，第 391 页—392，第 408—409 页。

[4] 孙承恩，《文简集》，景印文渊阁四库全书本，第 1271 册，卷 28，《再赠方砺庵序》，第 360-361 页。

[5] 葛荃，《中国传统的“公私观”与“以公民为本”》，《中国政治文化教程》，第 171 页。

王夫之指出宋代自仁宗开天章阁言事，公议风气逐渐高涨，“言满天下，蔚然可观，相传为不讳之朝”[1]。后世也基本上把宋代这个风气作为政治清明开放的典范，汲汲取法。那么，这种公论风尚与政治兴衰之间究竟存在什么样的关联？是否真的有利于政治治理？王夫之从多方面进行了分析，侧重指出这种联系的消极面，冷峻地展示出公论政治的复杂性。

首先，从公论的一般原理来看，王夫之认为普遍人心能够形成正当共识的公论，而君主体制及受其支配的官僚阶层行事往往与公论违背[2]。王夫之认同人们积极发言论政的政治价值，“虽然，人臣以此事君，而国又奚赖哉？君有巨慝，大臣任之；大臣不能言，而后谏臣任之；谏臣不能言，而后群工下至士民，皆可奋起而言之。”[3]从大臣到一般士民，都可以参与到公论中去。“清议者，似无益于人国者也，而国无是不足以立”[4]。

然而，公论在历史情境中的具体表现要远远比基本原理复杂得多。从公论自身来看，若以理、天理为其基本内容即公是公非，那么要注意到在原则的抽象普遍性与人们具体的显现之间存在着相当大的距离。由于性情气质状况的差异，人们势必对抽象性的一般原则理解上呈现多样。这种多样不同可能很难透过辩论得到弥合、取得共识。如果认识不到这种实际情况，“执彼以概此，辨愈烦而心愈离”，作为共识的公论就遥不可及了[5]。另外，参与公论的人是否真的能尽力达到思考和发言的公正和真诚，如其所倡公论之所是，也是一个不确定的因素。“如攻安石者，无人不欲言，无言不可出，岂其论之各协于至正，心之各发于至诚乎？乃至怀私不逞之唐坰，反覆无恒之陈舜俞，亦大声疾呼，咨嗟涕洟，而惟舌是出。”[6]

另外，从言论与治道、言论的政治评判价值方面，王夫之也提出自己的看法。在天理观带来的理论化影响下，人们的政治语言和言论往往铺展出汪洋恣肆、滔滔不绝的雄辩风格，形成一种穷理自矜式的修辞形态。而关于实际政治事务的有益论述则淹没在这种言论中得不到正当凸现。更重要的是，对于政治人物的品评几乎也受到这种言论观的支配。王夫之指出，政治人物的才能在初次择选时可以根据其言论来评价，更主要的评判需要依靠其往后的政治实践表现。这些观点其实从侧面揭示出王夫之政治观的取向偏重，即强调事务实践或实务治理本位，对于借助言论彰显政理、借助言论衡定政治的世象有所保留。

上述对公论观念的认知偏向具体表现在他对宋代言论政治的多方面点评中：他批评宋仁宗虽然有听取公论的雅量，但是面对公共议论中的诸种言论，

[1] 王夫之，《宋论》，收于《船山全书》，岳麓书社 1988 年版，第 11 册，《仁宗第六》，第 119 页。
[2] 王夫之，《读通鉴论》，中华书局 1975 年版，上册，第 64 页。
[3]《宋论》，《光宗第三》，第 284 页。
[4]《读通鉴论》，上册，第 327 页。
[5] 《宋论》，《英宗第二》，第 149 页。
[6] 《宋论》，《神宗第七》，第 172 页。



仁宗“听言轻”而“行法决”，不能明智决断，却又急于付诸政策[1]。这就为各种异端学说的兴起大开方便之门，进一步误导政治实践。长远看来，王夫之甚至认为“仁宗作法之凉，延及五百年而不息”，对明代仍有深远的负面影响[2]。而这种最高权力对公论的认可和看重，带来了群臣士民内部复杂的政治反应。执政大臣借重公论推动行政，政见不同者各以公论相争，从民间号召奥援，“尚口纷呶之朝廷，摇四海于三寸之管”[3]。再加上言官的推波助澜，“人所不能言者言之矣，人所不敢言者言之矣，人所不忍言者言之矣。于国计无与也，于官箴无与也，于民瘼无与也，于吏治无与也”，所谓公议往往由公共事务泛化涵盖个人细行私德与恩怨情结，沦于琐细化、意气化[4]。言论向所谓公论传播转化的过程中，很多参与者又未必有自身真确的主张，“若夫群然竞起，合大小臣民言之恐后，则首其议者，盖亦诚出于不容已。而相踵相附，未问从违，喧争不已，则其闲以沽名故喋喋相仍者，十有八九矣”[5]。这种从舆论公众蜕变为舆论群众的情形无形加剧了统治群体乃至民众内部的紧张、分化和裂变，最终在政界表现为议论繁而朋党兴。

言论参与者在实现其公论承诺时，每每陷入是非争持不已的竞争场域，并且易于将政争理解为善恶对决的道德剧。王夫之的历史分析暗示，深陷于其中的宋代士大夫似乎沉湎于公论政治及其清议声名，对政治的道德正当性表现出过于偏执的狂热激情，不惜为此丢掉官职、甚至牺牲性命。而对于实际政治斗争中的策略权宜、清议评断之后的实务考量关注不足。这种政治心智往往酿成一种政治的骚动精神，在道德悲情的驱动下以一种近乎摩尼教的方式造成与敌对势力的鲁莽对决，在受到镇压后迅速失去政治空间，最后反而成全了真正的公论不齿者。“于是人皆乞罢，而空宋庭以授之小人。迨乎蔡京、王黼辈兴，而言者寂然矣。通国无君子，何怪乎通国之皆小人哉？”，“于是而激庸主奸臣以不相下，言者且竞以削斥为荣，空国以去，置宗社于奸邪之掌，徒自奖曰：吾忠而获罪之正人也。则沽名之咎又奚追邪？且夫君之过，不至于戕天彝，绝人望，犹可浣濯于他日，则相激不下，失犹小也。若夫天伦之叙歁，人禽之界，存于一线，一陷于恶，而终无可逸；是岂可雷同相竞，使处于无可解免之地者哉？”[6]

事态发展到这一步，所谓公论无异于助长了政治中的分裂、涣散、与正人失势，“政之不纲也，君之不德也，奸之不戢而祸至之无日也，无能拯救。而徒大声以号之，怨诅下逮于编氓，秽迹彰闻于强敌，群情摇动，而堕其亲上死长之情。则国势之衰，风俗之薄，实自此贻之矣。”[7]因此，在王夫之看

[1] 《宋论》，《仁宗第三》，第 113 页。
[2] 《宋论》，《仁宗第七》，第 125 页。
[3] 《宋论》，《仁宗第四》，第 115 页。
[4] 《宋论》，《仁宗第十一》，第 135 页。
[5] 《宋论》，《光宗》《附，手稿抄件》，第 288 页。
[6] 《宋论》，《英宗第七》，第 172 页；《光宗第三》，第 284 页。
[7] 《宋论》，《理宗第七》，第 326 页。

来，公论政治实际上并不像后世崇拜者想象得那样美妙。“置神器于八达之衢，过者得评其长短而移易之，日刓月敝，以抵于败亡。天下后世犹奖其君德之弘，人才之盛；则知道者之希，知治者之无人，抑今古之有同悲矣！”[1]对于公论政治典范的迷思，恰恰反射出人们不能把握道与政治的真谛。

相对于这种迷思，王夫之更着重强调道、德之实践相对于言论在政治中的根本地位，“奚以知大臣之能尽其道哉？不倚谏臣以兴雷同之议，则体国之诚至矣。奚以知谏臣之能尽其职哉？不引群臣士庶以兴沸腾之口，则直道之行伸矣”[2]。这一点实与南宋叶适同调。在君主而言，“圣王乐闻天下之言，而恶天下之以言为尚；上下交责于己，而不攻人以求胜；治之所以定，功之所以成，俗之所以淳，乱之所以讫也”[3]。要在对于事物实情的把握中确立“贞胜”，这才是真正的定论或公论。如坚守夷夏、君子小人、男女之辩等正确立场，否则容易留下借口被小人攻击。除了具备反击当朝国是的公论勇气，人们还应充分考虑实际政治事务，努力思考实际对策，不能只满足于表达立场的激情，被清议胜负牵着走，“徒相胜者，一泄而无余，天下亦何恃此清议哉？”[4]。

从政治体制与公论的层面，王夫之指出在天下范围内对于人才高下很难形成真正客观公允的公论，因此儒家想要在郡县天下复行封建的乡举里选制是不现实的[5]；另一方面，王夫之指出毁誉虽多有不当，其中毕竟以公论为理想标准，在选择人才上又要比法家的功业取向更为可取[6]。君主治国选材，应该依靠公法体制下廷臣的公论，而不能直接诉诸于所谓“里巷之民”、“涂人之片唾”，被任意、复杂的民意劫持[7]。体制内的公论，又不能像宋代以来在群臣中间发动舆论、或者“异论相搅”，唐代善用中舍杂判和给事驳正的政治审议制度更能避免近世“议论多，朋党兴，而国是以乱”的困境[8]。

从思想传统上看，王夫之的这种公论政治观较为接近南宋的叶适、陈亮，充分关注到公论内在的冲突和自身界限，更凸现了它在政治实践中的复杂意蕴。其政府本位的立场与明代张居正有相通处，而又不似江陵那样保守。围绕言论与政治从传统政治视野进行全面论述以及对公论迷思犀利反省的深度，概非前人所能及。

明清之际另外一位重要思想家顾炎武（1613-1682）在《日知录·清议》中指出历史上统治者在正式朝廷体制之外，于民间利用闾师乡校、乡举里选开辟清议空间，形成一种严格的道德评价机制，对于政府统治发挥强大的辅助作用。对于公论，一方面态度上肯定，《日知录·直言》认可天下无道，庶

[1] 《宋论》，《仁宗第六》，第 120 页。
[2] 《宋论》，《光宗》，第 291 页。
[3] 《宋论》，《仁宗第七》，第 121 页。
[4] 《宋论》，《宁宗第五》，第 304 页。
[5] 《读通鉴论》，上册，第 58 页。
[6] 《读通鉴论》，上册，第 112 页。
[7] 《读通鉴论》，下册，第 955-956 页。
[8] 《读通鉴论》，中册，第 688-9 页。



人可以议论。另一方面，值得注意的是，顾炎武对于中晚明士人特别是生员诸生积极参与公共事务的现象，侧重批评其对于权威秩序的扰攘、私性利益的纠缠。若是从民间政治或士人公共空间的发展看，顾所批判的现象（“百年以来，以此为大患”）其实也包含着公论这个层次（在顾看来是“哄”、“呼”、“噪”、“嚣”）[1]。而他对于现实中的这个层次其实抱着一种偏于消极的评价态度，与理论上的认可存有相当大的距离。只是这种出于维护政府权威的消极性不如王夫之的历史批判那样鲜明、自觉，对复杂性的把握也显得不足。

与王夫之、顾炎武同期的黄宗羲，则承继近世新儒学的主流，将公论观念的政治思考推至传统的巅峰，为后世的思维转接提供了极珍贵的思想契机。在《明夷待访录》的《学校》篇，明显可以看到黄宗羲把公论观念落实到学校这种政治机制中，作为天下人之公是公非的养成与表达之所，由此初步发展出对最高统治者发挥实质制约的构设。在学校主持者的选择上、讲学议政上都完全依靠公议机制。除此之外，基层社会组织机制中的乡饮酒之宪老乞言、乡贤名宦祠与风俗督导也根据公论产生、维持。公论观念成为这套政治社会构想的核心资源，自黄宗羲的论述脉络中就可看出乃是基于传统尤其是近世相关历史的观照。黄宗羲充分指陈宋明以来伴随讲学、国是、党争而兴起的公论之曲折发展，与王夫之不同，没有将公论视为政治衰亡的助推器，而是保国安君的利器[2]。可以说他继承和发扬了近世对于公论观念积极评价的主流立场。

研究者分析黄宗羲学校构想的思想渊源，一般而言，或者指出明代讲学党社风潮对他的刺激和推动，或者远溯至儒家对于政治议论的积极肯定（如孔子称赞子产不毁乡校）。其实，比较准确的说，是近世以来的公论观念史，特别是宋代公论的强烈政治批判意识与明代蓬勃的讲学党社风潮分别从精神意识和体制形式上为黄宗羲提供了传统的灵感暗示，共同构成学校想象的切近来源[3]。在新时势的冲击下，使他能够向传统极限发出挑战，于新思考中孕育了极为活跃的转换潜力[4]。

相形可见，黄宗羲与王夫之二人的公论观念展现出极为有趣的对照，从史论和政理的不同角度凸现出这个观念的复杂蕴含，构成了近世儒学在此议题上的一对极点。这时候，公论作为近世历史现象的华彩乐章已告落幕，黄、王二人的思考方能如密涅瓦的翔鹰一般提出深透的洞识。

[1] 语出《生员论中》，《顾亭林诗文集》和《日知录》“生员数额”条，转引自赵园，《制度·言论·心态——<明清之际士大夫研究>续编》，第 3-4 页。
[2] 黄宗羲，《黄宗羲全集》，浙江古籍出版社 1985 年版，《明夷待访录·学校》，第 10-14 页。
[3] 就以学校与公论之间的联系来说，宋人黄裳、魏了翁、明人孙承恩等都已经指出公论出于学校、学校也能主公论。参见黄裳，《演山集》，卷十八，《青州学记》，第 134 页下-第 136 页上；魏了翁，《鹤山集》，卷四十五，《重修泸州学记》，第 516 页；孙承恩，《文简集》，卷二十八，《赠郡伯吴黄州谢政叙》，第 354-355 页。
[4] 金观涛、刘青峰先生认为《明夷待访录》设想的乃是以家族为本位、绅士为代表的绅士公共空间，是儒学式公共空间在中国的表现形态。学校也是有中国特色的政治公共领域。它有可能是市民社会公共空间在中国的源头，可以成为中国引进西方现代社会组织形态的载体。这种认识基本把握到了黄宗羲公共观念的微妙之处。见氏著，《试论儒学式公共空间》，第 81-82 页。

以上对公论观念在近世中国的兴起和演化进行了考察，这是本文的主要目的。清代以后，公论观念虽然仍然延续，但在思想演变和实践活动中再也不能重现宋明的活力。这很大程度上是由于清朝统治者对于士人群体活动的政策压制，间接反映在学人经世志业和讲学热情的萎靡上。而这种情况到了鸦片战争之后的晚清时期在中外时势的刺激下终于有了转变，其性质和范围都逐渐溢出了传统的规模边界。限于主旨和篇幅，这里对这个转型不拟详论，仅略引端绪。扼要来说，公论观念的现代转变也可从三个方面来探视：即传统共识公论的瓦解与构建新共识引发的激烈竞争、现代公共舆论的兴起以及公议理念的现代制度转接。第一方面，可从晚清清流的回光返照中看到作为道德理性共识的局促教条，已经无法凭借旧有的儒学意识形态容纳西方现代文明的挑战。士大夫群体内部清流与洋务等实干派的对抗说明公论作为一个一元的公共规范准衡已经失效[1]。进入一八九五年之后的思想史转型时代，围绕新共识构建展开了激烈的思想争夺，作为近世公论核心的天理逐渐让位于公理，而后经辛亥、五四，又替之以种种以主义冠名的意识形态[2]。这其间，根据许纪霖先生的研究，公意和民意又成为代替公理大行其道的意识形态基础。新旧共识的更替可以概括为从近世天理世界观的笼罩向现代意识形态竞争变迁的历程[3]。

随着政治社会中维新变法的冲击，现代意义上的公共舆论在转型时代逐渐成为历史中的重要角色。它依托于各种传播媒介（如报刊）和组织媒介（如学会学堂），努力依照从西方泊来的现代社会理念进行自身的构建，对于中国从晚清到民国的巨变、民国期间的历次重大变迁都发挥了影响深远的历史作用。当代研究者把这种现象看作是中国式现代公共领域中凸现批判性的一个重要组成部分[4]。

在这个现代转型过程中，人们受到了近世公论观念和现代西方公共舆论理解的双重影响。一方面，他们自觉地努力引进西方的自由、权利、民主、宪政、共和等现代观念资源来构建现代公共舆论。比如揭示现代公共舆论的人民主权原则，指出其间包含的自由人权基础，由此保障每个个体的自由思

[1] 关于晚清清流舆论，可参见杨国强，《晚晴的清流与名士》，收于氏著，《晚晴的士人与世相》，生活·读书·新知三联书店 2008 年版，第 146-214 页；对这种传统意识形态崩溃、新兴思潮竞争造成的局面，刘师培的一段评论颇能窥见实情，“当数年以前，人民虽无新智识，然是非善恶，尚有公评。自新名词输入中国，学者不明其界说，仅据其名词之外延，不复察其名词之内容，由是为恶、为非者，均恃新名词为护身之具，用以护过饰非，而民德之坏，遂有不可胜穷者矣。”原载于《申报》1906 年 12 月 13 日，转引自王汎森，《思想史与生活史的联系—“五四”研究的若干思考》，《政治思想史》（天津），2010 年第 1 期，第 25 页。

[2] 关于主义话语的兴起，可参见王汎森，《“主义”与“学问”：1920 年代中国思想界的分裂》，载于许纪霖主编，《启蒙的遗产与反思》，《知识分子论丛》第九辑，江苏人民出版社 2010 年版，第 221—255 页。

[3] 参见许纪霖，《国本、个人与公意—五四时期关于政治正当性的讨论》，《史林》，2008 年第 1 期，第 53-62 页。

[4] 参见许纪霖，《近代中国的公共领域：形态、功能与自我理解—以上海为例》，《史林》，2003 年第 2 期，第 77-89 页；《都市空间与知识群体研究书系·总序》，参见洪九来，《宽容与理性，《东方杂志》的公共舆论研究（1904-1932）》，上海人民出版社，2006 年版，第 1-19 页。



考和表达，以期透过对于政府权力的监督和公众的教育引导来实现公共利益。近代新式报纸的舆论明显自别于传统邸报等官方媒介，而与近世公论的在下在野层面若合符节，并大力吸纳普通民众的实际参与，依托客观传媒机制表达其政治批判精神；另一方面，他们对西方现代观念的吸收不免浸染了近世理解的色彩。如，王韬（1828-1897）认为西方日报“云蒸霞蔚，持论蜂起，无一不为庶人之清议，其立论一秉公平，其居心务期诚正”。谭嗣同（1865-1898）解释“且夫报纸，又是非与众共之之道也”。苏报案起，时人指出“压力重则公论难伸，报馆之公论难伸则国民之前途必碍”，其间公论观念的痕迹很明显。公论观念成为当时国人理解西方现代政制和公共舆论的想象媒介[1]。人们还倾向于用西方理念来对比传统现实，比如 1904 年《中外日报》认为“专制之国，清议又最无权者也。皇帝所是，天下谁敢非之，皇帝所非，天下谁敢是之”。这种出于时政批判动机的史评虽然道出传统政治实践中的基本事实，对于深刻认识公论的政治思想文化蕴含却嫌单薄。现代人对近世观念把握不足，也未能及时深刻地反思，因此在不自觉的层次上又受到传统思维的支配。比如，关于报刊的性质，认为报刊是表达公论的现代渠道，读者对于其言论的态度关系到做人的良知，事关根本性的是非规范。而报刊能够很有把握地全面认识并且表达出民众的公共意志，体现出一种认识论上的乐观主义。再如彰显报纸期刊的公正客观，以不党不私为宗旨，同时强调自身的双重使命，即作为主持公论者，承担起对于国家的监督职能和对于国民公众的教育功能。对于报刊的价值，就像公论观念一样，视之为国家政治的根本，文明制度运行与推进的根源，甚至抬升到无与伦比的关键地位。这些理念在西方现代思想的刺激下得以充分释放，值得进一步研究。

公议理念的现代制度转接主要是指晚清革新变法以来国人不断地依托传统儒学经典资源，用公议公论的范畴来解释和接引近代西方议会等政治制度及其精神。最早“睁眼看世界”的一批人，如魏源（1794-1857）称道美国“议事听讼，选官举贤，皆自下始。众可可之，众否否之，众好好之，众恶恶之，三占从二，舍独狗同。即在下预议之人，亦先由公举，可不谓周乎！”[2]徐继畬（1795-1873）在《瀛寰志略》中盛赞华盛顿设立的美国政制，体现了“公器付之公论”的精神。从王韬到康（1858-1927）、梁（1873-1929）的维新变法人士都有类似的解释。再如 1906 年《东方杂志》的一篇社说根据孟子“进贤舍不才之道，中惟视左右诸大夫之言为可否，并必视国人之言为可否”，认为与西方上下议院相互制衡的原理暗合[3]。变革意见普遍认为把专制独裁政治转变为众思公议之政，就能够实现理想的政治世界。这一方面，学界已相当熟悉，兹不赘述。

[1] 引文分别转引自章清，《近代中国对“公”与“公共”的表达》，载于许纪霖主编，《公共性与公共知识分子》，江苏人民出版社 2003 年，第 204、207、208 页。

[2] 《海国图志》卷五十九，《外大西洋墨利加洲全洲总说》。

[3] 语出荷介，《孟子学说为西学之祖说》，《东方杂志》第三卷 7 号，社说。转引自洪九来，《宽容与理性，《东方杂志》的公共舆论研究（1904-1932）》，第八章，第 325 页。

## 四、公论观念的政治想象与现代命题

上文基本揭示出了公论观念的思想史脉络，这个观念还有一些思想面相值得注意，本节将与其政治理论蕴涵一并论述。

可以说，公论观念是随着近世新儒学的展开而兴起、演进的重要思想现象，集中体现出中国传统政治思维对于人类道德—言论理性的高调认知与想象，孕育衍生出丰富的公共意识和正当性意向。透过这个观念视角，可以使我们更清晰地了解近世传统的心智理念与政治图像，并且对其现代转换的蕴涵有宏观而深入的俯瞰。

在新儒学世界观的解释中，每个个体及其群集都先天地赋有对于道德是非规范的正当共识，并能透过言论明确表达出来。此共识可以视作超越性宇宙精神的内化。这个是非规范在伦理价值上乃是绝对的、一元的，对于人的生活世界有全面的控摄力，在社会政治构成上高度同质化，在群体行动上具有政治表达、社会参与和文化评价的积极维度[1]。人们把它看作是国家政治兴亡的关键因素，较之暴力、强制或智巧有绝对的正当性，且进一步提升为人类整体文明的核心准则，具有普遍而永恒的价值。在公论观念的核心存在一种新儒学的道德人模型，这种人格主体以对于根本道德规范的全体认同与一致言论为纽带，形成了一种天下范围内普遍意志的共同体。在近世传统中，宋明理学如从陈襄、朱熹到阳明学者、缪昌期、黄宗羲等最突出地表达出新儒学的这种高调公论观，而陈亮、叶适、王夫之等人对此观念与实践复杂性的警醒一定意义上形成了某种低调的审视与反诘。公论作为政治正当性依据的观念其实是他们的共享预设，只是前者在强调中不免过度推扬，高调认定公论的理想规范价值，后者从实践政治的视角围绕政治体制和权威与公论的关系更敏锐地察觉到该问题的复杂性。

公论之公，或清议之清，表现了对于道德是非意识的强调。而这种强调，一定条件下可以超越公论之公所蕴涵的多数主体层面，即未必要透过公众公共意义上的公议舆情来体现。这一点前文有所提及。再如，丁元荐（1586 年进士）《西山日记》卷下《清议》篇指出，在危难乱世，一个石工、或者胥吏、女子假若能持正论，也能够代表清议[2]。吕坤（1536-1618）有言，“公论，非众口一词之谓也。满朝皆非而一人是，则公论在一人”[3]。此处的公，强调的就是道德正当性。从公论结合公共意识和正当性的双重视野来看，这种颇具

[1] 对于一般民众到底享有多大的言论权，儒者往往是在天下无道式的政治现实逼迫下认可民众可以发言议论。对于理想政治，民众享有的是一种静默的认可权（“庶人不议”）。而前一种情况下，民众的言论又可以达到何种层次和幅度，儒者的意见趋向于将其看作政治决策时垂注考量的重要因素，而不是把民众引入实质的政治审议和决断过程。在这方面，核心力量仍然是士大夫代表的精英群体。

[2] 参见赵园，《明清之际士大夫研究》，第四章，第 209 页。

[3] 语出吕坤《呻吟语》卷五，转引自陈弱水，《中国历史上“公”的观念及其现代变形——一个类型的与整体的考察》，第 23 页。



吊诡色彩的解释却也透露出道德价值与舆情涨落之间的复杂关联，并非多数人之真理可以道尽。另一方面，公论又有等同于众论的趋向，表露出道德价值上的民本情结与集体崇拜。如苏轼言，“夫众未有不公，而人君者，天下公议之主也”[1]。陆九渊（1139-1192）的话更具代表性，“夫民，合而听之则神，离而听之则愚，故天下万世自有公论”[2]。缪昌期所言愚夫愚妇和斯民的公论是天地元气，也是这个意思。当然，在特立个体与普遍民众之间，一般意见更选择将公论主体安置在能够公正代言的士大夫精英身上。

这种公论主体的游离不定背后隐含着的其实是公论共识的道德神圣精神，或曰一种有待主体内化的宇宙超越意识。这是儒家传统“天听自我民听，天视自我民视”在近世新儒学视域中的新变，其中蕴涵的道德宗教意识耐人咀嚼。如事功派学者陈亮所言，“伏见朝廷由閤门之官而迁一执政，公论沸腾：上者：献其忠于天子，自忘其力之不逮；其次，类欲以病引去，若前临污渠，反身疾走，惟恐其污；又其次，则口不敢言而腹非之；以至将校卒伍，闾巷小民，无问识与不识，意汹汹不自安，肆言无忌，不虞诛殛之随后。夫岂閤门之官一一结怨而至此哉！信公论之所在，天实临之，不期合而自合，虽欲已其言而不可得也”[3]。真德秀向君主谏诤，要求其高度重视公论，做到“尽公极诚，如对上帝”[4]。最值得玩味的是晚宋谢枋得（1226-1289）在《辛稼轩先生墓记》中的描述。他慨叹辛弃疾（1140-1207）壮志未酬的生平没有得到公正评价，指出“枋得敬公本心亲国之事，亦所以为天下明公论、扶人极也。言至此，门外声寂然，枋得之心必有契于公之心也。以只鸡斗酒酬于祠下，文曰：呜呼！天地间不可一日无公论。公论不明，则人极不立。人极不立，天地之心无所寄！”[5]谢枋得把自己的撰述作为伸张公论的努力，并且显示出在天地之心、稼轩之心与作者之心间穿越时空而贯通起来的精神激励，这种精神中跃动的也即真德秀等新儒“对越上帝”的道德宗教意识。从这个视角来看，公论观念的公共意识并非纯然世俗意义的，并不必然转换为世俗社会的大众群体，其担纲者乃是最能内化显现这种超越性宇宙精神的主体。

进一步，这种公论观念的社会政治表达也是整全性、高度同质化的。表现公论精神的社会政治领域涵盖了现代意义上的所谓国家与社会、政府与民间。吕祖谦有一段记述十分精彩，“君子为是，非一人之私言也，天下之公论也。天下之公论不能尽隐。不行于上，必传于乡党闾里，而世之好事者常必相与珍贵而扶持之。及世之有为，则必质前日不用之说以为治，取乡党闾里之所珍贵而扶持者，达之于朝廷，施之于四海，其效可覩也”[6]。公论是在政

[1] 苏轼著、张彦修点校，《苏东坡全集》，珠海出版社 1996 年版，第四册，第四卷，《上初即位论治道二首》，第 97 页。

[2] 陆九渊，《陆九渊集》，中华书局 1980 年版，卷 34，《语录上》，第 399 页。

[3] 陈亮：《陈亮集》，卷二十七，《与徐彦才大谏》，第 312-313 页。

[4] 真德秀：《西山文集》，第 61 页。

[5] 谢枋得，《叠山集》，景印文渊阁四库全书本，第 1184 册，第 881-882 页。

[6] 吕祖谦，《大事记解题》景印文渊阁四库全书本，第 324 册，卷十，第 386-387 页，引吕本中言。

府和民间流转不居的。后者都须认同一个共同的公论，彼此只不过是体现公论精神的不同场域，在精神上并无本质的区别。具体的群体领域由于能够寄托公论而获得道义正当性，当然，若是孙承恩所言的缙绅、草莽获得，这种情形对于政府来说意味着政治上的危机。一般观点都认为政府国家在体现公论上最有职责和使命感，这样才能维持群体秩序的稳定治理。只有现实政府失职，社会民间才会成为公论中心，而这一般被认为是变异形态。这里关于公论观念与社会政治秩序的关系，其间曲折处最值得究心。具有超越意识的公论精神本质上是伦理一元主义、或曰秩序上乃一本论的。而公论理想的担纲者即国家在现实中往往不能胜任（或者由于现实政治本就是非道德的），因此社会和民间乃成为真正的担纲者。这在观念上也就逐渐促成了张灏先生所指出的“二元权威的契机”，即在把握权势实力的政府秩序之外，依据超越性的道德-言论理性另外还有一个心灵-舆论秩序的权威与之隐然形成对峙之势[1]。这在前文论述中在在可见。如谢枋得代表的人极意识与皇极国是的紧张，缪昌期的国是与国体、国法的分立。然而，这种契机往往是灵光一现，并没有获得充分的发展。其内在缘由在于造成此契机的超越精神最终是被体现宇宙架构秩序的人间体制架空。就像缪昌期所言，理论上立基于天下公论的斯民既很难分辨真正的国是，又没有实际权力，只能与君主在国体国法的架构下相维相制。而黄宗羲能够依托学校模式提出新制构想，可谓将二元权威的可能性大大推进一步，蕴涵了极限突破的前景。

公论观念的另外一个值得注意的方面是对于言论理性的处理。在中国传统的实践观中，个体修为的言论层次地位并不很高，始终处于道、德修行（具有相当强的言语不及之默识性质）的笼罩下[2]。然而，公论观念的发展内在推动了传统对于言论、特别是群体性言论（群喙、公言）的重视。能够体现正当共识的言论行为被赋予了高度积极的政治社会价值。特别是在天下无道的经常性现实中，来自庶人的议论被给以政治的正当性，尽管距现代意义的参政议政还尚遥远。另外，对于议论的功能、类型、与其它政治行动的关系，也在公论现象的展开中得到了深化的处理[3]。

除了言谈辩论这种表达形式，公论还有比如文字性的修史传述、邸报、评价性的谥号等广义的言论表达渠道。比如司马光曾就夏竦（985-1051）的谥号问题，向君主抗议，认为后者出于私情而违背公论，给与夏竦过高失实的谥号。这将导致道德评价颠倒紊乱的深远后果[4]。而史书史官，作为中国文

[1] 张灏，《超越意识与幽暗意识—儒家内圣外王思想之再认与反省》，《张灏自选集》，上海教育出版社 2002 年版，第 25-57 页。
[2] 关于传统实践观的这点特质，可参见笔者拙作，〈胡瑗与南宋儒学的实践意识〉，《汉学研究》（台北，汉学研究中心），2007 年，第 25 卷第 2 期，第 101-129 页；《投身实地，实践观的近世形态及其现代转换》，《学海》，2009 年第 5 期，第 53-58 页。另外，有学者指出孔子儒学持一种重视现实功效的“行为的语言观”或“实践的语言观”，见沈立岩：《先秦语言活动之形态观念及其文学意义》，人民出版社 2005 年版，第六章，第 431 页。
[3] 关于这一点，可参见赵园，《明清之际士大夫研究》，第四章各处；以及《制度・言论・心态》，第一章，第 9 页，如“任之议”与“议之议”的区分等。
[4] 司马光，《传家集》，卷十八，《论夏竦谥状》，第 195-197 页。



化中最为重要的记述评价机制，尤其被视作公论精神的保障。如吕祖谦所称，“公是公非，举天下莫之能移焉。是故人主极天下之尊，而公议复尊于人主。公议极天下之公，而史官复持于公议”[1]。李纲的《论史》特别从历史编纂的时代因素角度解释为何后人写史能够提出比较客观公允的公论，并将之作为制约最高权力的一种文化评价机制[2]。

我们常常见到时人将公论与现代的公共舆论（public opinion）等同起来。情况最初是以传统的公论来格义西方传来的舆论、公共舆论等词语，然后又反过来在后者的理念视野中理解公论观念。这种理解过程无疑忽略了公论与 public opinion 在各自文化世界中具有的思想传统脉络，无益于我们把握到双方自我理解的特质，从而进行深入的比较。

从本文的考察看来，公论观念的传统涵义除了接近于现代舆论的一面（公议和舆论），更为重要的是其所指示的对于根本道德规范的正当共识。而且这些涵义面之间又有着复杂而不确定的思想与历史关联。在晚清以来的转型历程中，传统公论观念发生了巨大的质变，并以特别尖锐的方式逼显出这一观念的现代命题：即围绕现代文明秩序（国家政体、公民社会与世界格局）的构建，如何处理新的共识价值与公议舆论代表的群体组织机制之间的互动关系？具体地，新的共识价值由什么构成？如何处理公议舆论内部各种异质机制如国家与公共领域、公民社会之间的纠结？如何透过这些规范机制有效地树立公意民情的权威，避免公论理念在政治实践中的消极现象？

我们看到，在文明秩序的根本规范和价值导向方面，已经从近世那种源于超越精神的、全面的、绝对的共识范式逐渐转型为超越意识萎缩变异的、有限的、相对而多元的共识竞争状态，后者且具有浓厚的自反性质。借用阿伦特对于公共领域的描述，前者可谓真理式的独断共识，后者近于意见式的竞争共识[3]。现代的共识领域恰如明人缪昌期所描述的，“况乎为国是者一，而议国是者多，借议以淆国是者又多。彼一是非，此一是非，是非之中更有是非，彼此之外，复生彼此。呶呶籍籍，日与媾斗”[4]。杜亚泉（1873-1933）更敏锐地指出，进入现代政治世界，中国最令人忧虑的是表现为国是之不存的人心迷乱。国是，“即全国人民，皆以为是者之谓”，“乃经无数先民之经营缔造而成，此实先民精神上之产物，为吾国文化之结晶体”。这个理想义的国是，我们已指出，其实就是近世兴起的公论。“然至于今日，理不一理，即心不一心”[5]。现代公论在这个层次面临的挑战，在于这种多元激烈竞争状态的曲折展开，特别是由于此过程中传统范式的反复回潮、以及与现代转型的交

[1] 吕祖谦，《东莱集・外集》，景印文渊阁四库全书本，第 1150 册，卷三，第 391—392 页，〈汉太史箴〉。
[2] 李纲，《梁谿集》，卷 154，第 672 页。
[3] 可参见江宜桦，《公共领域中理性沟通的可能性》，载于《公共性与公共知识分子》，许纪霖主编，《知识分子论丛》第 1 辑，江苏人民出版社 2003 年版，第 171-191 页。
[4] 缪昌期，《国体国法国是有无轻重解》，第 408 页。
[5] 语出杜亚泉，《迷乱之现代人心》，载许纪霖、田建业编，《杜亚泉文存》，上海教育出版社 2003 年版，第 362-363 页。转引自许纪霖，《国本、个人与公意—五四时期关于政治正当性的讨论》，第 54 页。

叉渗透而造成的交缠混乱。

另一方面，在近世公论的公议舆论方面，现代政治世界更是面临着极为不同的命题。现代社会阶层精英、更广阔范围的民众群体在政治体制和社会建制方面提出更为积极而深入的构建要求，以期达成体现公共性和实现富强目标的现代国家构建。在现代政体和公共领域形成的过程中，由传统士大夫蜕变而来的各阶层精英固然扮演了中心性的角色，而传统社会中被抑制的民众参与也形成了这个过程中最具冲击力的因素。传媒、政党、国家权力和各种民间力量的复杂角逐使得这个领域的转型同样颠踬艰难。

而公论观念的现代命题又特别围绕上述两方面的根本关联展开，在其间展示出自由主义、激进主义与保守主义的范式争夺。

高一涵（1885-1968）在 1915 年《新青年》上指出“共和国本，建筑在人民舆论之上”，“此时代之人民，其第一天职，则在自由意志（free will）造成国民总意（general will），为引导国政之先驰”，“公同所在，则发之为舆论，主之为公理，正义、人道，即此公同所归”[1]。其中强调人民公共舆论是现代政治的正当性基础，主要表现出在现代思想转型时代占据主导地位的共和式自由主义取向[2]。而这种取向后来受到更为激进的革命浪潮的挑战和颠覆，体现卢梭式普遍意志的公意和民意试图超越现代自由民主的路径，经由激进民主革命来构建更为理想的国家与世界秩序。以政党国家体制为框架，以革命公意这种新共识压制公民社会及其公共领域的发展，这也构成二十世纪最值得反省的经验教训[3]。

在当前阶段面对公论观念的现代命题，我们应努力进行思想史的清理和反省，同时保持现代心灵的开放与审慎。一方面，充分认识到现代共识的复杂性，同时积极挖掘传统共识资源（如史学批判传统代表的公共独立精神、谥论蕴含的文化评价机制等），另一方面，自觉认识公民社会和公共领域对于现代国家的重要性，推进现代公民公共理性的成长，以期实现公议舆论与共识规范的良性互动。在这方面，当前积极挖掘传统公论资源的一些理论思考应当具备更多的历史自觉，直面反省其间观念和实践的内在限制，在此基础上进一步深刻把握与现代理论的差异和相对优劣[4]。公论观念的现代命题，不

[1] 语出高一涵，《民约与邦本》，载于《青年杂志》（上海）1 卷 3 号，1915。转引自许纪霖，《国本、个人与公意—五四时期关于政治正当性的讨论》，第 61 页。

[2] 关于这一点，参见张灏，《中国近代转型时期的民主观念》，《张灏自选集》，上海教育出版社 2002 年版，第 282-284 页。

[3] 可参见许纪霖，《国本、个人与公意—五四时期关于政治正当性的讨论》，第 58-62 页。

[4] 这方面可以彭国翔的“公议社会”说与赵汀阳的“天下体系”（“世界制度”）论为代表。前者的“公议社会”指独立于权力系统之外的由广大知识人的普遍参与和反复讨论而构成的“风教”机制或空间，代表了社会上正义的价值判断和舆论导向，可以对政治决策施加全面的监督、控制功能。彭先生认为这个方面较之投票选举构成了民主体制更为本质的内容，而黄宗羲的学校公议构想由于体现这个理念而具备民主性质。参见彭国翔，《公议社会的建构：黄宗羲民主思想的真正精华—从《原君》到《学校》的转换》，《求是学刊》，第 33 卷第 4 期，2006 年 7 月，第 44-49 页。根据本文对于近世公论观念的研究，上述说法显然体现出传统公论思维的范式特征。若借用墨子刻先生对中国式市民社会观念的分析，我们能够看到这种思考依然是以精英为枢轴的、自上而下式的、体现乌托邦主义色彩的，迥异于西方现代 Civility（“市民性”）指向的市场式、自下而上、非乌托邦主义性质的风格。而从现代自由民主理



仅仅是现代中国的一大挑战，在当前西方同样面临诸多疑难纷争[1]。这些挑战和困难是否表征着现代政治世界的一些难以彻底解决的根本问题，无疑需要我们以更大的智慧和勇气来长期探索。

念来看，试图凭籍公共舆论（虽然这里是知识人式的）对于政治决策施加全面的控制，这种思路也僭越了萨托利所指出民主体制中公共舆论的限度，为后者设立了一个过于全能的角色，本身透露出近世公论观念对于舆论机制的高调政治期待。而另一面，虽然此说法并没有将公议世界与现代西方理论中的公共领域相比附，但若能对二者深入比较更能帮助我们认识到二者之间深刻的差异，进而对何谓民主的真正本质避免认识偏差。另外，该说法以阿马蒂亚·森对于论辩传统及其 Public reasoning 的论述为依据，而实际上 Public reasoning 与黄宗羲笔下近世的公论观念是否一致，其实大可商榷。较之森本人对于这个概念的简略描述，当代西方政治理论中的罗尔斯的公共理性甚或哈贝马斯的商谈伦理更适宜与公论观念进行比较，前者与公论观念的差异可能是更为根本的现代与传统之范式差异。这些理念所涉及的复杂层面是我们在进行中西沟通时应高度自觉、警省的。墨子刻的评论，见氏著、秋风译，《中国历史背景中的西方市民社会观念》，载“爱思想网”http://www.aisixiang.com/data/25142.html；萨托利的论述，参见[美]萨托利著、冯克利、阎克文译，《民主新论》，东方出版社 1998 年版，第 5 章。

相比起来，赵汀阳对于传统公论观念的运用更为大胆、浪漫和激进。他认为公论观念体现的民心远远优越于作为程序技术的民主和现代舆论，进而根据“得民心者得天下”的原理，试图为其天下体系的构设奠定政治制度的伦理合法性。从本文指出的现代命题来看，赵先生所推崇的传统公论观念之道德共识层面虽然以自然道德化的民意形式出现，却试图超越、摆脱与现代公议舆论体制的关联。他虽然注意到了哈贝马斯等代表的西方现代相关理论的探索，却未能充分正视其问题意识和价值。与彭先生的“公议社会说”一样，其公论观中先验和谐的理念、世界主义的情怀在政治思考范式上仍体现出传统思维的深刻支配力，值得进一步讨论。详见赵汀阳，《天下体系：世界制度哲学导论》，江苏教育出版社 2005 年版，第 29、30、57、124、150 页。

[1] 这方面的概述可参见江宜桦，《公共领域中理性沟通的可能性》，载于《公共性与公共知识分子》，江苏人民出版社 2003 年版，第 171-191 页；蔡英文，《公共领域与民主共识的可能性》，收于氏著《主权国家与市民社会》，北京大学出版社 2006 年版，第 165-179 页。

# 孝公难题与商君法治

凌　斌*

世界各国的制度创新和法律改革，立法的内容日益趋同，而法治的成效却天差地别。立法与法治的关系究竟如何？立法完成之后，还有哪些政治和社会因素阻碍着法治的建立？当代的中国法律人以各自的方式思考着这一主题。[1]

追本溯源，《商君书·定分》一文，最早明确提出了变法之后如何实现法治这一问题。这就是本文所谓之法治建立的“孝公难题”。下文将详细表明，所以称之为“难题”，不仅因为这一问题在理论和实践上殊难回答，而且在于，倘若不能妥善回答和有效解决这一问题，就会在法治进程中面临更多、更难的难题，陷入无法破解的困境。

在《商君书·定分》的开篇，变法的发动者秦孝公对实施者商君公孙鞅开门见山提出了这一“孝公难题”。孝公难题只有三十个字，不妨直录如下：[2]

> 法令以当时立之者，明旦，欲使天下之吏民，皆明知而用之、如一而无私，奈何？

这句话看似平淡无奇，逐字翻译为现代汉语就是：“立法之后，要想在旦夕之间，使天下的所有官员和百姓都能明确知道和严格服从法律并且能够保证法度统一、执法公正，该如何是好呢？”虽然这样的表述似乎较之原文更容易为当代学人所理解，但是中国古人的言简意赅、政治家的重功德而轻立言、以及中国古代思想与现代生活的人为隔阂，都使得要充分理解这句问话实际上远非把古文翻译为白话文这么简单。

通过比较孝公难题中蕴含的法治思想和深刻影响中国当代法学的西方主流法治理论，我们可以看到，着眼于社会创新的孝公难题中隐含着法治建立的三个基本难题：主权立法的溯及既往（“法令立之”）、法治权威的时不我待（“当时明旦”）和官僚体制的难于监督（“天下吏民”）。这三个难题的核心，在于制约各种可能阻碍、挑战甚或颠覆法治的潜在力量。这既是提出孝公难题的历史处境，也是中国当代法治进程始终面临的现实压力。

孝公难题的提出本身表明，战国时期的社会发展和商鞅变法的政治经济改革提出了非常深刻的“现代性”问题，其中蕴含的变法之治的要求和难题都是这一现代性的直接反应。孝公难题正是对变法之治必然提出的那些最具根本性的实践问题的一个杰出的理论思考。因此，秦孝公“在中国历史上第一次”提出立法之后的法治建立问题，其意义绝非是考古学的，而必定是政治学的。即这个问题还活在今天，这个问题中蕴含的法治思想和政治理念切中了当代中国的法治要害。

仍需强调的是，剖析、赞赏某一思想绝非意味着全然臣服和赞同其所有前提和每个结论。有时候，最让人不吐不快的，正是那些你不同意、不理解却又绕不开、放不下的东西。但是，不论我们最终如何评判，都不能磨灭孝公难题及其法治原则的理论意义。提出和阐释这些法治原则的秦孝公、商鞅和法家学者，不仅是当时的改革家和政治实践家，也是中国历史早期的政治科学家。他们在从事政治和法律实践的同时，亦在关注和总结政治与法治的内在逻辑，以期“见本然之政，知必然之理”。[1]他们不但在推动着一场划时代的艰巨变革，也在深思着自己事业背后的一贯之道。只是，他们的最终关切并非学术而是实践，是实践本身的不二法则。在他们看来，“说有必立而旷于实者，言有辞拙而急于用者”，理论的系统与说理的细腻并非他们的关切。他们的关切一如韩非所言，是“不求无害之言，而务无易之事。”[2]这也应当是我们在今天面对法家思想及其法治原则时，同样怀有的一种理解、宽容和尊重。

## 一、中西法治的殊途同归

中国法学界长久以来多有一个根深蒂固的成见，以为法家的法学法治和西方的法学法治不可同日而语。[3]但是，仔细对比其实不难看到，西方学者提出的法治理想与孝公难题中蕴含的法治目标之间，具有很多切近和契合之处。这当然需要后文的论证加以确凿。但是首先要请读者摒除中西法治水火不容、

* 北京大学法学院副教授。

[1] 参见周旺生：《法理探索》，人民出版社 2005 年版；苏力：《道路通向城市》，法律出版社 2004 年版；夏勇：《法治源流》，社会科学文献出版社 2004 年版；强世功：《法律人的城邦》，上海三联书店 2003 年版；梁治平（编）：《法治在中国：制度、话语与实践》，中国政法大学出版社 2002 年版；贺卫方：《运送正义的方式》，上海三联书店 2002 年版；许章润：《说法、活法、立法》，中国法制出版社 2000 年版。

[2] 《商君书·定分》。《商君书》各个版本中此处的断句各有不同，本文采取的是类似张觉《商君书校注》中的处理。

[1] 《商君书·画策》。

[2] 《韩非子·八说》。

[3] 典型的观点，参见钱见夫：《中国封建社会只有律家律学律治而无法家法学法治说》，载何勤华主编：《律学考》，商务印书馆 2004 年版。

古今法学泾渭分明这一思想成见。其实异同的判别本是乐山见仁、乐水见智。一如霍姆斯说的精辟：[1]

> 这“取决于目睹这一形象的人的心灵。[好比，纪念马歇尔大法官的]今天这个场合，对于一位弗吉尼亚人来说，也许意味着自己伟大的州的荣耀；对于一位爱国者来说，它代表了的事实是历史站在了马歇尔这一边，……而对于法律人更抽象但更深远的思考来说，它意味着一套新的法理学的兴起。……[好比，]对一个缺乏诗意的人来说，国旗不过是一块布片而已。”

问题的关键不在于作出毅然决然的判断，而在于辨别的依据何在。

因此首先需要澄清的是“法治”在本文的基本含义。虽然“法治”一词在中国早已家喻户晓、妇孺皆知，但其概念在学术上的争议之大，却也有目共睹。在众多的法治概念中，一个各派法治理论家共同接受的、最低限度的共识定义是“法治”一词的字面含义：法律统治。[2]这样一种实证主义定义肯定不能满足所有当代中国法律学人的期待，因为我们从西方舶来法治，原本就是希望自由、平等、民主、正义等等诸善一时齐备。然而无论如何，我们必须承认，如果连这个最为基本的法治定义都不能满足，连实现这一最为基本的法治理想的条件都尚未厘清，上述高尚价值和美好理想只能是一厢情愿，终归化不成我们和我们子孙后代的日用和生活。

以往中国法学界所以把法家的法治思想和实践打入法治另册，无非是以西方现代自由民主宪政的标准来规矩中国古代法治的方圆。这样做，把任何问题都上升为价值选择问题，除了易于陷入争论不清的意识形态冲突，更为重要的是，遮蔽了那些本可以清楚讨论、并且同样具有重要理论和现实意义的问题。对此拉兹的一番议论有其道理：[3]

> 如果法治是良法之治，那么解释其本质就是要提出一种完整的社会哲学。但是如果这样，这一术语就缺少了任何有价值的功能。我们没有必要皈依法治，因为我们发现：信仰法治就等于相信正义必胜。……不能将民主、平等（在法律或其他面前平等）、人权（尊重人或人的尊严）等价值相混淆。一种植根于否定人权、普遍贫穷、种族隔离、性别歧视以及宗教迫害的非民主法律体系，在总体上可能比任何更开明的西方民主法治体系更符合法治要求。这并不意味着它将优于西方的民主制度……但在某一方面又的确表现出了优越性：符合法治的要求。

[1] 霍姆斯：《约翰·马歇尔》，苏力译评，载苏力主编：《法律书评》第一辑，法律出版社 2003 年版，第 5 页。

[2] 下文将会进一步论证，西方主要的法治理论家，比如戴雪（Albert Dicey）、富勒（Lon Fuller）、拉兹（Joseph Raz）和菲尼斯（John Finnis），采取的都是法治的这一基本定义；非尼斯有所不同，但沿用的仍然是富勒的框架。这些法治理论家的国别也暗示了“法治”这一概念原本来自英美国家这一历史渊源。

[3] 拉兹：《法治及其价值》，载《法律的权威》，朱峰译，法律出版社 2005 年版，第 184 页。



这当然不是要走向另一个极端，例如把民主宪政问题简化为法治问题。借用社会学家的比喻，一方面，一个社会要从“制度失范”中解脱出来，有赖于一个法治“铁笼”作为社会团结的社会基础。但是另一方面，如果只有铁笼，那社会不过是在囚禁世人，从而沦为另一种类型的失范——“伦理失范”。[1]本文之所以暂时悬置这些问题，恰是因为这些问题实在太过重大、太过复杂，既不容轻易处理，也不应随便附和。因此上述澄清实则也是一种限定，将讨论限制于法治问题本身。

从这一最为基本的法治定义出发，孝公难题与西方主流法学理论关于法治问题的思考不仅针对的是同样的历史问题，而且指向的也是相近的秩序理想。两者之间的差别不在于作为价值目标的法治原则，而在于作为实践运作的法治形态的不同。限于篇幅，也鉴于本文的研究目的不是对西方法治理论的清理，[2]而是对中国当代法治理论的反思与重构，本文接下来只是集中讨论那些作为中国法学理论来源、因而在中国法学界影响最为重大和深远的特定的西方法治理论。

其中最著名的无疑是戴雪的“法治三原则”：凡罚皆决于常法，凡人皆制于常法，凡宪皆源于常法。[3]戴雪是在议会主权之后提出了上述法治原则，而且他也是少有的从法治之治的角度阐述法治原则的学者，因此其理论与孝公难题颇多契合也就不足为奇：孝公难题也是在既定主权之下，提出了立法之后应当如何实现法治的问题。如果不那么苛求古人和咬文嚼字，秦孝公强调立法之下“天下之吏民”皆如之何，实际上涵盖了戴雪的“凡人皆治于常法”这一后人总结的所谓“法律面前人人平等”原则。[4]而戴雪强调的摒除反复无常的恣意裁量，作为“凡罚皆决于常法”原则的核心内容，实际上与孝公难题中的“如一”原则丝丝入扣——法律由专职法官统一解释并且严格确保官员依法行政。[5]至于戴雪的“凡宪皆源于常法”原则，因其要点在于所有权利内容均由法院通过具体案件决定，其实只是英国普通法特殊历史实践的总结，并未成为普世的法治原则，在孝公难题中也并未提出。[6]

阐述更为系统并且奠定了法治思想范式的，是富勒的法治理论。[7]而且中

[1] See, Emile Durkheim, *The Division of Labor in society*, tran. by George Simpson, The Free Press, 1947, pp. 396ff; Max Weber, *The Protestant Ethic and The Spirit of Capitalism*, trans. by Talcott Parsons, China Social Science Publishing House, 1999, p.181 .

[2] 对西方学者各种法治理念的有益梳理，参见梁治平：《法治：社会转型时期的制度建构》，载梁治平前注；夏勇：《法治是什么——渊源、规诫与价值》，载夏勇前注。

[3] See, Albert Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Macmillan and Co., Limited (1915, Eighth Edition), pp.179-201.

[4] Id., p. 189.

[5] Id., p. 183-185.

[6] Id., p. 192.但更接近于商鞅在回答孝公难题时，设计的所谓“为法令置官吏”的法治方案。戴雪本人也坦然承认了这一点，参见 Dicey, note above, pp. 179-181.

[7] 对中国学者法治思考影响最大的其他西方学者，比如拉兹和菲尼斯，其法治理论都明显是对戴雪、富

国法学界对于法治的基本理解，也多是来自于后人总结的所谓富勒“法治八原则”：法律具有一般性、公开性、预期性、清晰性、一致性、能为性、稳定性和严格执法性。[1]富勒提出法治八原则的语境也是在“立法之后”，其思考的理论起点也是从立法之后的法治失败开始。为此，他还特别讲述了一则“立法失败”的寓言。[2]这其实并不奇怪。富勒治学的那个时代已经充分显示了现代法治必定以立法为规则主要来源的历史特点。因此与戴雪不同，他不再对立法的大量涌现而感到忧心忡忡，而是将立法作为了一个先定的法治前提。他因而分享了孝公和商鞅那个时代必须通过大量国家立法改变社会规则和推动社会变迁的历史处境。[3]

进而，由于同样面对着立法复杂化和陌生化的现实问题，与《定分》中的秦孝公一样，《法律的道德性》中的富勒特别强调法律的“明知”问题，并且将之作为了法治成败的关键。富勒认为除开法治的其他原则，“使法律为人所知、或者至少受其影响的人们所知”仍然是法治的“迫切需要”，所以立法者必须“告诉受法律影响的主体——或者代表其利益的律师——到哪里去了解这部法律的内容。”[4]而解决的办法，富勒也和商鞅一样明确意识到，不能是大众普法。他看到，[5]

> 那些“将法律起草得清楚易懂，以便使它们能够为工农大众所理解”的努力“只有通过牺牲一套法律体系中的系统化因素才可能获得。……换句话说，人们发现使法律变得为大众所容易理解的努力带有一项潜在的成本，即：法院对法律的适用变得反复无常并且难以预测。”他甚至直言不讳地说：“试图通过教育使每一位公民都能够充分理解可能会适用到他头上的每一部法律的全部含义，实际上是十分愚蠢的。”

这些内容都值得我们重视和反思，也都为富勒法治原则和孝公难题的比较提供了基础。

孝公难题与西方主流法治思想的契合不仅源于针对着相同的政治问题，而且是指向了类似的法治理想和相近的法治原则。对此我将将在第三章予以详细阐发。这里暂且做一个扼要的比较：孝公难题中的“明知”原则涵盖了富勒的法律的“公开性”和“清晰性”原则——法律的“内容能够被有效地传达给那些直接受影响的人们”，而且“必须得到明确表述”；“用之”原则中的应有之意既是富勒的“能为性”原则——法律不能要求其调整对象做不到

富勒理论的补充和修正，本文不再单独讨论。参见拉兹前注；菲尼斯：《自然法与自然权利》，董娇娇等译，中国政法大学出版社 2005 版，第 216 页以下。

[1] 参见富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆 2005 年版，第二章。

[2] 同上，第 40—46 页。

[3] 参见《盐铁论·刑德》，见马非百：《盐铁论简注》，中华书局 1984 年版，第 390 页。再如杜甫“秦时任商鞅，法令如牛毛”的评论（杜甫《述古三首》）。今年出土的秦简也印证了这一点。

[4] 富勒前注，第 52 页。

[5] 同上，第 54，59—60 页。



的事情，只应“保持在公民守法的能力范围之内”；“如一”原则是囊括了富勒所谓法律的“一般性”、“一致性”和“稳定性”——法律不应同样案件不同处理，不应自相矛盾，更不应朝令夕改；而“无私”原则更是确保富勒所谓法律的“严格执法性”的关键，也是落实戴雪的“凡人皆制于常法”原则的核心问题。[1]无论是秦孝公商鞅还是戴雪富勒，都深知法律的执行问题归根结底是执法者的守法问题，[2]——这一点，我们当代中国人已经深有体会了，后文也要进一步论述。当然，古今法治思想不可能如出一辙，正如现代法治理论本身也存在分歧一样，后文将会进一步加以辨别。

法治思想的相近源自于法治实践的类似。孝公难题的提出与西方法治理论的讨论，都植根于“现代法治”的兴起和发展。战国时期、特别是商鞅变法这一孝公难题所以提出的历史时代，与西方近代以来、特别是十九世纪下半叶以降的历史时期，在社会发展和法治实践上颇多相似。这两个时代都体现为各国既面临着外在的国家地区间全方位的实力竞争，又急需应对由此激发的各国内在的经济政治科技文化的飞跃发展。这些竞争和发展迫使各自时期里担当着世界历史责任的大国进行制度创新，带来了不断制定溯及既往、重新分配既得利益的立法实践，带来了制度变革和立法见效的时不我待，带来了高效强大的官僚组织，也由此带来了制约官僚集团和惩治官员腐败的急迫要求，带来了中央地方关系的复杂化和激烈冲突，带来了独立的学术力量及其与主权政治的纠缠，也带来了建立专职司法系统及其自我约束的时代呼唤，如此等等，我们将在后文中不断地进行这一古今两次现代性浪潮所引发的法治实践和相应理论探索的比较参照。

相同的历史背景使得以立法为手段、以法治为目标成为了两个时代里制度创新的共同特点。两个时代里的“现代社会”都一方面需要不断通过立法授权行政部门调整社会生活和政治秩序，另一方面又需要通过法治力量制约扩张的政府职能和膨胀的官僚体制，以消解其对公共善益的潜在威胁，确保通过立法这一常规手段而非战争等剧烈的政治冲突实现有效的制度转型。也是在这个意义上，本文将“变法之治”作为现代法治的基本形态。下文也将进一步表明，就法治的“现代性”而言，十九、二十世纪以来现代西方的法治模式同孝公难题的法治模式之间的家族相似性，还要远胜于其同前述十七、十八世纪启蒙时代的“常法之治”之间的类似之处。

将孝公难题和商鞅变法置于“现代性”的背景之中，并非是要像德国自承希腊、美国追比罗马，如“野孩子认父亲，暴发户造谱牒”般“追认先驱”。[3]相反，在于将古今中西纳入一个可供平等比较、互惠参照的共同框架。现代以及现代性不过是一个指称古今中外法治实践及其理念之相通历史背景的代名词。“现代性”并非一个绝对的时空概念，而是一个相对的解释概念；不仅

[1] See, Dicey, note above, pp.189-190.

[2] 参见，富勒前注；Dicey, note above, pp.237-238。

[3] 钱钟书：《中国诗与中国画》，载《七缀集》（修订本），上海古籍出版社 1994 年版，第 3 页。

可以是一个政治经济学概念，而且可以是一个政治社会学概念。如果按照后一种“非历史”、“非经济决定论”的理解，现代性完全可以跨越十七、十八世纪的历史时空，超脱西欧资本主义的经济阶段，成为一个更为普遍的、更为一般化的解释框架。本文希望前述努力多少可以表明孝公难题的普遍意蕴，感受到其所提出问题和原则确实可以跨越古今中西的人为藩篱，在人类古今两次现代性的辉映之中焕发出强劲的生命活力。

与此同时，孝公难题与前述西方法治理论之间也的确具有一些重要差别。这些差别的关键不在于提出了不同的法治理想或者是对法律统治的暗中背弃，而是着眼于一种不同的法治实践形态。

从法治实践形态的角度来看，前述西方主流法律理论家勾勒的是一种以十七十八世纪启蒙法治为模型的、刚性稳定的法治形态。这一“法治”理想的实质是“守成法治”，是“常法之治”（the rule of the ordinary law），法律的基本功能和主要内容是在于承认和维系一个稳定社会的常规秩序，法治的过程就是对基本生活观念和伦理道德进行统一提炼和对日常行为模式加以正式表达的过程。“常法守成之治”因此是一种承认现状和巩固统治的政治手段，强调的是制度缓慢积累和秩序渐进生成的“时间持续性”问题。

常法之治在富勒法治理论中居于中心位置，这从他对法治的“理想状态显然是法律不随时间的流逝而改变”、以及“在法律中注入普通生活中生长起来的常识性的判断标准”这类论述中可以清楚看到。[1]而从戴雪书中随处可见的“常法”（ordinary law）和“常设法院”（ordinary Courts）这类用词上，更可以看出戴雪式法治是也一种常规政治，对应的是非变革型的社会治理状态。戴雪法治原则中所谓的“常法”，皆指“常设法院”通过审理案件制定的规则。[2]用他自己的话来说，[3]

倘若不“拘泥于字面含义”，凡宪皆源于常法这一原则意味着，“宪制并非创造，而是‘生长’”，意味着“一个政府的形式是一种自生自发的生长，与一个民族的生活是如此紧密相连，以至于我们很难将之当作一件人类意志和活力的产品，……其不曾一举而成，远非立法的结果”。

这段论述很容易令我们联想到后世学者哈耶克的“立法”与“法律”之分，以及他所谓的“自生自发秩序”。[4]哈耶克对法治的定义几乎和富勒的前述界定如出一辙：[5]

法治“意味着所有政府行为要受到确定的和事前公布的规则限制——规则的相当确定性使我们有可能预见政权在特定情况下将如何行使其强制性权利，从而根据这种常识安排个人事务。”

[1] 富勒前注，第 53、76 页。
[2] 比如，Dicey, note above, pp. xxxvii, 189。
[3] Id., pp. 191, 192.
[4] 参见哈耶克：《法律、立法与自由》第 2、3 卷，邓正来等译，中国大百科全书出版社 2000 年版，第 20 页。
[5] 哈耶克：《通向奴役之路》，转引自拉兹前注，第 181 页。



一定程度上，富勒概括的常法之治也同样是马克思笔下的法治状态。在马克思的描述中，法治的生成是如下这样一个过程：

在这里，并且到处都一样，社会上占统治地位的那部分人的利益，总是要把现状作为法律加以神圣化，并且要把习惯和传统对现状造成的各种限制，用法律固定下来。……只要现状的基础即作为现状的基础的关系的不断再生产，随着时间的推移，取得了有规则的和有秩序的形式，这种情况就会自然产生……在生产过程以及与之相适应的社会关系的停滞状态中，一种生产方式所以能取得这个形式，只是由于它本身的反复的再生产。如果一种生产方式持续一个时期，那么，它就会作为习惯和传统固定下来，最后被作为明文的法律加以神圣化。

首先是社会现状“本身的反复的再生产”，进而是这种重复性的自我再生产因“随着时间的推移”而“持续一个时期”，并由此“取得了有规则的和有秩序的形式”，最后是“把现状作为法律加以神圣化”。这是一种“社会关系停滞状态中”维护“社会上占统治地位的那部分人的利益”的法治化过程。[1]

与之相对，孝公难题中提出的是一种致力于增进社会福利和推动社会发展的法治目标。这一法治目标的实质是“创新法治”，是“变法之治”（the rule of the innovative law）。孝公难题则并未预设一种静态的、凝固的法治图景，也并未将法治的根基安放于任何传统观念和习俗惯例之中。法治的生命因此不在于经验，[2]并不受制于传统和往昔，而是“治世不一道，便国不法古”。[3]究竟维系旧有常规还是推动全新变革，取决于对当下生产生活的关切。法治的终极目的因而在于现在和将来，在于社会福利和公共善益：“苟可以强国，不法其故；苟可以利民，不循其礼。”[4]

“变法之治”和“常法之治”都是法治过程的特定阶段。常法之治不过是法治进程的一个宏观看来法律制度基本稳定的特定阶段，而变法阶段相对于常法阶段的一个突出特点则表现为频繁大量的国家立法和经常不期的规则改变。而且，相对于维持现状和延续传统的常法之治，以规制和推动社会发展、改善国民生活为目标的变法之治是更为基本的、也是更为主要的法治内容。由此理解的变法之治不仅表现为急剧的根本性的政制变革，而且表现为常规性的法律规则的立法化和立法活动的频繁化。就此而言，孝公难题中的法治常规正是创新和变法，立法的内容虽然是以推动社会发展和增进国民福利为要旨，法治的过程也体现为不断颁布和推行此类立法，但是颁布推行创新型立法本身却是一种常规化的规则治理过程。一句话，孝公难题着眼社会创新的变法之治，是变法之常治（the ordinary rule of the innovative law）。

[1] 马克思：《资本论》第 3 卷，中共中央马克思、恩格斯、列宁、斯大林著作编译局译，人民出版社 1975 年版，第 894 页。
[2] Oliver Wendell Holmes, Jr., The Common Law, with an Introduction by Thomas Schweich, Barnes & Noble Publishing, Inc. 2004, p. 1.
[3] 《商君书·更法》。
[4] 同上。

当然，所谓“守成”的常法之治和“创新”的变法之治都是一种理想类型式的划分。按照这一划分，不难发现中国历史上也有“常法之治”的理念，而西方现代也有“变法之治”的实践。只是这已不再是本文的关切所在。本文关切的是对于变法之治的理论总结，与关于常法之治的西方理论具有的同等甚至更为重要的理论意义。首先，人类历史发展到今天，通过立法方式进行的制度变革、包括那些根本体制上的变法创制，已经成为常例，因而亦有常理。对法治的学术研究应当涵盖这一内容。其次，正是当时的变法，才有后世的常法。将变法阶段纳入法治的概念不仅有利于指导变法阶段的法治实践，而且可以帮助我们更好理解常法之治下许多被掩盖的重要问题。因为常法阶段深埋的制度基础和根本问题通常难以直接观察，甚至难以察觉，而变法阶段的重新奠基过程恰恰可以将之全面暴露出来。这和科学家看重陆地板块之间的火山喷发和选择日全食的时候进行重要天文观察的道理是一样的。[1]最后，即使仅仅从法治概念的内涵而言，变法阶段同样是“法律统治”；甚至由于变法阶段本身的特点，变法时期总是一个国家最为“法”治的时期。变法期间总是大量颁布立法，对社会和政府自身进行广泛规制，格外强调遵守规则、依法办事，要求法律和道德相分离，强调法律的专业属性，进而推行专职司法，如此等等；反倒是守成阶段的社会生活常常形成“无需法律的秩序”，以种种“潜规则”侵占了“法律帝国”的边疆。[2]

在西方现代社会的早期，法律领域延续的是启蒙哲学的建构理性主义。人们无论是在理论上还是在实践上，都低估了现代社会带来的如何重建和如何维系新生政治秩序这一问题的难度。那时的人们习惯将自己时代作为历史终结的人类顶点，以为一个基本的宪政框架和一套细致的法律规则可以应付现代社会带来的复杂多变的生产方式和生活方式。[3]前文所说的“常法之治”的法治理念和实践正是这样一种哲学思想的体现。然而一百多年来西方政治法律实践的反复试验和不断发展已经表明，那种试图以不变应万变的制度解决方案注定是行不通的。[4]下文的分析将进一步表明，那些在常法之治框架下认为易于实现的法治内容，在变法之治下却会变得相当困难，甚至危险异常，因此提出了独特的实践和理论问题。也是因为如此，本文认为，两千多年前的孝公难题提出的是一个真正的当代问题，而像戴雪富勒那样仍然用十七、十八世纪启蒙时代的法治理念理解十九、二十世纪现代法治的问题，反倒是时代错乱（anachronism）。

这也正是孝公难题对于今天乃至明天中国法治的发展和塑造仍然具有深远意义的重要原因。孝公难题据以提出的历史语境的“现代性”，也使得其与

[1] 比如爱因斯坦的相对论就是因为幸运地遇到了百年难遇的日全食而得到了实验的验证。参见钮卫星：《广义相对论是怎样被证明的？》，《天津科技》2004 年第 2 期，第 56-57 页。
[2] 埃里克森：《无需法律的秩序》，苏力译，中国政法大学出版社 2003 年版。
[3] 参见李猛：《除魔的世界与禁欲者的守护神：韦伯社会理论中的‘英国法’问题》，载《韦伯：法律与价值》，上海人民出版社 2001 年版，第 162 页。
[4] 参见波斯纳：《超越法律》，苏力译，中国政法大学出版社 2001 年版，第一章。



中国当代法治进程的历史实践具有了“同时代性”，使得理解、思考和回答孝公难题与反思和中国法治理论的探索与建构具有了“同一性”。

接下来，通过对孝公难题的理论阐释和提炼商君思想的法治原则，我们可以进一步辨析中西法治思想的殊途同归。

## 二、孝公难题的理论阐释

### （一）法令立之的溯及既往

现在，让我们开始着手探讨孝公难题中的第一个难题。孝公难题劈头提出的法治的第一要务，就是“法令……立之”。接受并且基于以立法做为社会创新的变法之治的基本方式，这是孝公难题悄无声息间设下的限定，亦是“宪定”——作为基本制度安排的“先定约束”。[1]

立法创新这一限定隐含的难题，是立法的频繁变动和溯及既往。这一难题的存在，是因为与旨在将现状神圣化因而强调法治时间持续性的“常法之治”相反，秦孝公着眼的“变法之治”的特点，是通过立法溯及既往式的改变现状。读者可能已经注意到，对秦孝公而言，法律是否溯及既往以及权利能否得到预期的问题，也就是富勒法治原则的第三条“法律不溯及既往”以及戴雪的第一条法治原则中对“法律不反复无常”的要求，并非法治的要素。

首先，与常法之治预设的平稳秩序相反，由于创新变法是法治的常规功能，因此古今中外的立法实践、特别是那些基本制度层面的重大变革都不可避免的要在事实上产生溯及既往的现实效果。对此，冯象在分析中国当代法治起点的政法策略时给与了精辟分析。[2]变法的本来目的就是要改变现实，而且变法的合法性也来自变法的溯及既往。因此，恰恰是因为要建立法治，要以国家立法取代传统习俗和生活惯例成为人们据以交往的规则，法治的基本原则中就不能包含“法律事先制定”或者“保护既有预期”这一内容。否则就永远无法进行变革。归根结底，当法治本身是一种新的治理模式和生活方式的时候，法律的溯及既往就不可避免。

进而，在以变法之治为基本治理模式的现代社会，法律的溯及既往就是法治的实际运作方式，溯及既往的法治效果每天都在法律实践中发生。波斯纳从普通法的实践中看到，[3]

> 法官总会将一个新原则适用于宣布该原则的案件，他不会为败诉方是否预见到这个原则而烦恼。……而且尽管立法在形式上一般都是预告性的，而实际经常是溯及既往。

[1] 参见霍姆斯：《先定约束与民主的悖论》，载埃尔斯特、斯莱格斯塔德（编）：《宪政与民主》，潘勤、谢鹏程译，三联书店 1997 年版。
[2] 参见冯象：《法盲与版权》，载《政法笔记》，江苏人民出版社 2004 年版。
[3] 波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社 2002 年版，第 416 页。

这些情况不仅是在美国，在全世界任何一个需要在司法中对既有规则进行解释和判断、需要通过立法规制社会生活的国度都会存在。一个现代社会就是一个不断通过立法对现状进行溯及既往式变革的社会，这是现代社会得以发展进步的常规途径。事实上，现代社会奉为圭臬的那些宣布“溯及既往的法律无效”的宪法和法律，本身就是溯及既往的，因为在此之前非但并无这一规定，而且往往有相反的实践。现代社会的一个显著标志就在于，“不知者不为过”不再成为免责的理由。相反，如凯尔森所说，作为“所有实证法律秩序的一个根本原则”，“一个人不知道法律对他的作为或不作为赋予制裁的事实，并不能称为对他不施加制裁的理由。”他据此敏锐地指出，就是否事先知道法律和能否形成理性预期而言，那些没有溯及既往的法律与溯及既往的法律之间“并没有实质上的区别”。[1]相应地，立法中关于生效时间和溯及力的规定虽然可以对此有所缓解，但并不能从根本上加以避免。

因而避免溯及既往其实并非法治不可或缺的要素，并非衡量或者定义法治的基本原则。对此，富勒本人也无法否认，他在这一主题的讨论中不断后退，最后唯一据守的阵地只剩下了“刑事案件不得溯及既往”，然而除了美国《宪法》和公共偏好之外也并无有力的理由。[2]但是，如果不是着眼于个案而是人们的社会实践和理性预期，刑事法律的变革实际上也不可避免会导致溯及既往的结果，比如投机倒把罪的取消就是一例。是否溯及既往，像波斯纳指出的，那只是一个法律实践中的相关因素，而非不可动摇的原则问题：[3]

> 避免溯及既往只是做出社会权衡时要予以考虑的因素之一，而并非法律正义的一个不可缺少的条件。……它的重要性会随着环境而变化，会随观察者对与稳定性相对的其他社会价值的重视程度而变化。

追根寻源，现代社会不断增多的立法以及由此带来的专职司法是导致法律溯及既往在所难免的直接原因。现代国家将立法作为了法律的常规表达形式，而且立法的巨大数量和高度频繁远非古代可比，这就导致规则的复杂性和变动性都大为增加。为了解决这一问题，产生了依靠专业司法机构适用法律的专业分工。[4]职业律师在现代社会的功能之一，实际上就是充当法律和民众之间的中介，从而缓冲现代社会的法律溯及既往效果。但是法律职业共同体的产生本身，事实上也就切断了民众对法律的预期途径。这可以遮蔽法律溯及既往的公众感知，但是反而更为便利了法治的溯及既往。因此现代法治无论从立法数量上还是从司法职能上都势必在客观上强化法律的溯及既往效

[1] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社 2003 年版，第 47—48 页。
[2] 参见富勒前注，第 67—69 页。
[3] 波斯纳前注，第 416 页。
[4] 同上，第 6 页。



果。

不论立法本身有着多么大的弊病，变法都只能采取成文立法的规则制定方式。这也是人类进入复杂社会之后古今中外概莫能外的事实。放弃成文立法，全然依赖个案平衡，不仅会增加官员百姓了解法律的“信息成本”，而且根本是南辕北辙。其在政治上只能有两种结果：一是政出多门，政策和法律矛盾混乱；二是大权旁落，主权立法者的变革措施被执掌司法权的部门阻碍甚至架空。因为规则本身的混乱和模糊只能导致规则解释者的篡权舞弊。因此放弃成文立法就意味着放弃变法的主动权和主导地位。由此观之，春秋变法表现为成文立法并非偶然，其实是变法这一事业的内在性质和现实要求决定的。就连以判例法为法律主要渊源的普通法国家也是如此。回首一个世纪前美国的进步运动和新政时期的政治法律改革，主要就是体现在政府以制定法方式颁布大量法案法规方面。[1]而且值得回味的是，正是因为制定法和判例法的并行，政出多门，新政时期罗斯福政府和美国联邦最高法院之间的冲突才不可避免。最终，也只有通过罗斯福威胁重组最高法院和大法官们以行动表示屈服这一极端异常的政治方式，美国的政制变革才能得以顺畅进行。[2]这样一段历史不但可以帮助我们理解昔日中国先贤的真知卓识，对于反思中国当代的法治进程一样深有裨益。

但是正如孝公难题这一问之间的意涵，以法治的新秩序为目标、以立法的新规则为途径的变法之治，也注定是一项远比常法之治更为艰巨的实践事业。古今中外的历史和现实表明，越是广泛深刻的变革就越会遭到顽固激烈的反对。现代心理学的研究也揭示了这一历史背后的人性基础：人们普遍存在安于现状并且敝帚自珍的“现状偏见”（status quo bias）。[3]这意味着，一项新的立法必定总是提出者势单力薄，反对者人多势众，支持者首鼠两端。[4]立法改变现状、破坏预期和触犯既得利益者的特点，使得新的法律规则一方面天生不如旧有制度那样安全，无可兹庇护的传统，也没有为数众多可以仰仗的忠诚信徒，另一方面又无时无处不赤裸裸暴露于所有反对者的各种攻击之下，面临着夭折于襁褓的现实威胁。锐意进取的立法者不应当遗忘马基亚维利的如下告诫：“必须记住，再没有比率先引进新的秩序着手起来更为艰难、成败之数更难捉摸和操作起来更加危险的了。”[5]吴起伏诛、商鞅车裂是历史上现成的教训。[6]

既然大量立法及其溯及既往不可避免，通过将法律的表达形式规定为“法

[1] See, Bernard Bailyn, Robert Dallek, David Donald, John Thomas, and Gordon Wood: *The American Republic*, D. C. Heath and Company, 1992, Chap. 24-25.
[2] 参见罗伯特·麦克洛斯基：《美国最高法院》，任东来、孙雯、胡晓进译，中国政法大学出版社 2005 年版，第 254—258 页。
[3] William Samuelson and Richard Zeckhauser, “Status Quo Bias in Decision Making,” *Journal of Risk and Uncertainty*, Vol. 1, No. 1, pp. 7-59 (1998).
[4] Niccolo Machiavelli, *The Prince*, trans., with an introduction, by Harvey Mansfield, the University of Chicago Press, 1998, p23.
[5] Id., p. 23.
[6] 参见《史记·孙子吴起列传》；《史记·商君列传》。

令立之”，孝公难题向我们提出了在我看来是现代法治面对的最为根本性的难题：法治如何在立法频繁变动并且溯及既往的前提下得到实现。

（二）旦夕之间的法治成败

与此最为密切相关的、孝公难题中的第二个难题，也是《定分》中的秦孝公比戴雪富勒们更为远见卓识、敏锐非凡的地方，是他斩钉截铁地提出了法治的“时间紧迫性”问题。

这一问题中包含了法律内容的有效传达和法治威信的尽快确立两个重要内容。前者我将留待下章讨论法治的“明知原则”时再加阐述。许多法律学人都愿意将法治的落实归结为法律信仰的生成和法律权威的确立。本文并非要否认这一观点。本文要追问的恰恰是，如果法律信仰和法律权威对于法治至关重要，那么，法律的信仰权威究竟何来。

尽管后世的读者中没有人在阅读《定分》时留意“当时……明旦”这一要求，但这的确是一个非同寻常的要求。而且是一个极为苛刻的要求，给从立法到法治的过程制定了一个不容更改而又刻不容缓的时间表：只争朝夕。同时，不论提出这一问题的原因何在，孝公难题的追问本身都是在强调这个问题的意义重大。若不是深知由法到治的迅速转变的道阻且长、危机四伏，绝不会把法治的旦夕成败看得如此之重，不会在这么短短的一句话里非要强调“当时－明旦”这个时间问题不可。因此，就算这只是行文之中的一个修辞，我们也应知道作者此处的格外手笔，究竟在意味着什么。

《商君书·垦令》道出了孝公提出“当时－明旦”之问的深刻道理。这便是商鞅所谓“无宿治”的法治思想：若要缘法求治，必须立竿见影。因为法治如果能够立竿见影，确保国家立法令行禁止，那么腐败官员就没有时间从中牟取私利、危害百姓；同时，如果办事官员都能提高效率，那么百姓就可以节省时间，增加生产：[1]

> 无宿治，则邪官不及为私利于民。而百官之情不相稽，则农有余日；邪官不及为私利于民，则农不败。农不败而有余日，则草必垦矣。

显然，这一法治实现的时间紧迫性与“治吏”和“利民”的实践关联，正是《定分》中孝公关切其时间维度的原因所在。他与学者们关注理想价值不同，在乎的始终是实践过程和现实效果。是过程，时间维度当然就变得至关重要；看效果，早晚问题当然就会首当其冲。

细读《商君书》其他篇章可以发现，商鞅不仅一再地强调了法治的时间维度，而且实际上提出了一个法治的时间公式！这一公式与学界对于立法的效果会随时间而得到增强的通常假设截然相反：法治的成败与立法的见效时间成反比。对此，商鞅在《去强》、《说民》和《靳令》中作了更为详尽的论

[1] 《商君书·垦令》。



述。他形象地指出，[1]

> 以日治者王，以夜治者强，以宿治者削。”（如果国家的立法在当天白天便可见效，则王业可成；到当天夜里见效，仍可以成就霸业；若是过了夜、等到第二天才发生效力，国家的衰亡也就为时不远。

这意味着，法治的“时间”变量不仅是现代化对法治提出的外在条件，而且是法治的内在要素。不但救亡图存要求“快变”，法治建立本身也要求“快变”——立法之后的旦夕之间，是一个事关法治成败的紧要关头。

按照商鞅的洞察，从主权者完成法令制定到法令发生实际效力之间，必定有一段时间间隔。这个时间不是如今所说的法律制定之后要等到规定时间方可生效的“生效时间”，而是从法律在形式上生效到在实际上产生支配效力的“见效时间”。前述所谓法治的时间急迫性，归根结底就是这一新法见效立威的时间紧迫性。因为威信总是越到后来越难树立。通常所谓“新官上任三把火”，是因为在新官的时候没有“火”起来，成了旧官以后就多半只有“凉”着的份儿。从一开始就不被遵守的法律，其后也就势必是一纸空文。这就是心理学上的“初始效应”（primacy effect）和固著效应（perseverance effect）：法律的效果也依赖于人们的“第一印象”，因为最初的法治观念一旦形成，便会持续的影响人们以后的行为。[2]这是商鞅变法之前，先要南门立木、以明不欺的道理所在。[3]

一些当代的中国法学家，因为他们所处的历史时刻，也敏锐地意识到了法治的时间要素。苏力从马克思的上述论断解读出了时间性要求之于法治的内在意义。他看到，“当马克思强调‘随着时间的推移’之际，……他是将时间作为法治的一个构建性的内在变量，是法治的一个固有的或内在的要素。”他因此进一步强调，变法阶段如果不能尽快结束，法治的时间持续性要求就无从保证，变法的目标和变法的手段之间便会出现一个他所谓的“变法和法治的悖论”。[4]贺卫方提出的则是制度改革应当“慢变”的主张。尽管贺卫方提出这一主张的理论基础并非马克思，而是对英美普通法经验的提炼，但看到的同样是法治的时间性问题。“慢变”不是消极等待秩序的自生自发和执意保守神圣的现状，而是说法律的变革一定要慢到人们可以接受的程度，否则，如果变法不能足够的慢，过于严重地破坏人们的预期，就会不可避免地遭遇强烈的反对。[5]

但是，这些对法治时间纬度的洞察，因为囿于“时间持续”和“自生自

[1] 《商君书·去强》。
[2] Elliot Aronson, Timothy Wilson, Robin Akert, *Social Psychology*, Addison-Wesley Educational Publishers Inc., 1999, pp. 74, 76, 94-95.
[3] 《史记·商君列传》。
[4] 苏力：《阅读秩序》，山东教育出版社 1999 年版，第 170－171，171－173 页。
[5] 贺卫方：《司法何时公正》，载贺卫方前注，第 188 页。

发”成见，实际上最终取消了法治的时间性问题。和戴雪富勒们的法治理论一样，上述主张仍然没有突破“守成”传统之下“常法之治”的思维惯性。之所以会存在那样一个法治和变法的悖论，之所以以法治为目标的变法只能慢变，正是因为他们理解的法治仍然主要对应于前述的“常法之治”，仍然将法治仅仅作为一个价值标准而不是作为一个实践过程。而按照这一价值标准，法治只能是一种“社会生活规则有序”的“规则性的秩序”，[1]只能是制度稳定时期的小修小补。然而如果一个国度不得不进行基本制度上的根本性变革，比如在商鞅时代的秦国和当代的中国，那就必然要面对着打破法治时间延续性和破坏预期、溯及既往的困境。这时决容不下“慢变”，而其要打破的正是“作为法律神圣化”的“现状”。

孝公难题的着眼点则不在于常法之治，不在于那种社会关系停滞状态下、或者说既定法治传统下缓慢而自生自发的制度演进，而是“现代”的规则频繁更替的变法之治，是如何确保新的规则和秩序尽可能快地得到有效实施。

其实法治的时间紧迫性才是法治时间性问题的关键所在。我们仍然可以从变法和常法两个阶段加以讨论。在变法阶段，法治的建立者必须争分夺秒。前述的法治艰险意味着，虽然变法和法治都需要时间，然而变法的成败和法治的废立却由不得时间。正如马基亚维利清楚看到的，不能把成败留给“时间的恩惠”和命运的审判，变法者必须依靠“他们自己的能力和审慎”，因为变革时期的时间，等不得，也靠不住。[2]如果空等“时间的推移”，任由秩序“自生自发”，那么结果只有一个：坐以待毙。因为就算变法者等得，变法中既得利益受损的那些人也等不得，也不会听天由命。何况改革者必定明显处于相对少数这一力量对比，也决定了法治建立的时间紧迫性。从兵家的角度来说，这就是要速战速决，成败在此一举。毛泽东的《论持久战》是从反面说明了这一道理：改革者如果势单力孤而又不能毕其功于一役，就必定会陷入四面楚歌的危险境地。[3]

而且，只有变法过程中满足了孝公难题中速效法治的要求，建立了总体性的法治威信，常规阶段的法治才能够平稳运行。可以说，变法阶段的时间紧迫性恰恰是常规阶段时间持续性的前提：只有变法建制时刻的霹雳手段和雷霆万钧，才有常法守成岁月的和风细雨、润物无声。后人守成，必先有成可守。建制者如果不在创制立法之初就奠定下新制度的威信，留下一个长治久安的局面，虽然后人可以全力以赴加以弥补，但是必定极其艰难，而且极其危险。[4]

最后，时间紧迫性的重要意义同样存在于法治的常规阶段。一方面，因为即使在法治常规阶段法律保持了稳定，社会自身的突然转型或者思想风潮

[1] 苏力前注，第 148 页。
[2] Machiavelli, note above, p. 13.
[3] 毛泽东：《论持久战》，《毛泽东选集》第二卷，解放军出版社 1991 年版，第 439—518 页。
[4] Machiavelli, note above, p. 27.



的一时激荡的情况总会存在。这时，立法者必须同样遵循时间紧迫性的要求，尽快恢复到其神圣化的现状。否则当年的戴雪也不会如此忧心忡忡于法治威信在当时英国公众中的衰落。[1]在这个意义上，法治永远无法摆脱政治的影响，也不应当将政治因素完全清洗出法治的领地。英国上议院、美国最高法院和德国宪法法院的通常角色正是法治的政治守护者。另一方面，就现代社会的前述特征而言，“常法”甚至不是一种可欲的理想，因为这不仅意味着稳定，更意味着僵化、守旧、不知变通和停滞不前。由于前述的现代社会大量和不断立法的特点，像戴雪富勒马克思哈耶克们所描绘的那种发展缓慢的和以维系现状为主要特点的法治模式早已不复存在。而现代立法频繁变动的现实与其溯及既往的特点结合在一起，就注定了现代法治进程的时不我待。

因而，只要法律规定和社会发展之间存在着明显错位，法治的孝公难题就始终存在。一个国度的社会发展越是迅猛，孝公难题中的这一时间问题就越是关键。这样，我们实际上已经不知不觉间面对了秦孝公提出的两个难题：一是如何在以立法的方式变革现状、溯及既往的前提下实现法治，二是如何尽快而有效地确立法治的威信。

（三）普天之下的吏民之别

接下来，依然耐人寻味的是孝公难题提出的“天下之吏民皆……”这一要求。下文将论证，秦孝公着眼“天下”，是源自于建立主权政治、通过新型官僚体制对社会基层和国民个体进行有效治理的政治诉求，而“吏民”之别的表述则是潜在的表明，官僚集团本身将成为威胁主权政治的新兴力量，因而必须通过法治加以制约。进而，这两者的矛盾既是法治建立的政治原因，也是法治建立的难题所在。

寻求主权政治的建立，是孝公君臣在《更法》中关切“天下”议之、在《定分》中放眼“天下”吏民的历史背景。春秋战国时期，公权衰微，私力争强：“其先诸侯兼并，次则大夫篡权。”[2]究其原因，正如吴起所言，是“大臣太重，封君太众，……上逼主而下虐民”。[3]所以各国君主不论是为了家族私利还是国家公义，必须实现托克维尔所说的“政府集权”[4]。西方现代大国的历史也是同一过程。无论是英国法国还是德国美国，法治的建立都是以强有力的主权政治的建立为前提。英法德均和孝公时的秦国一样表现为君主制下的王权：英国一般公认为亨利二世在全国范围确立了普通法制度，[5]法国和德国作为法治建立标志的民法典制定，众所周知，一是在法兰西第一帝国时期，一是在德意志第二帝国时期。美国虽为民主制，但是通行全国的现代法

[1] Dicey, note above, pp. xxxvi-xlviii.
[2] 钱穆：《秦汉史》，三联书店 2004 年版，第 4 页。
[3] 《韩非子·和氏》，见《韩非子集解》，王先慎撰，钟哲点校，中华书局 2006 年版，第 96 页。本文所注《韩非子》均为该版本页码。特此说明，以下不再注出。
[4] Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, trans., ed., and with an introduction, by Harvey C. Mansfield and Delba Winthrop, The University of Chicago Press, 2000, p. 81ff.
[5] 一个综述，参见约翰·哈德森：《英国普通法的形成》，刘四新译，商务印书馆 2006 年版，第 31 页以下。

治得以确立，亦要归因于南北战争后联邦权力的强大和扩展。[1]戴雪总结英国宪政的“精义”，归根结底是两个要点，首先是主权政治，其次才是法治。[2]而许多哲学家和法学家都已在理论上表明，主权归一是法治的政治前提。[3]

但是，只有建立支配全境的、以郡县制为主体的“现代”官僚体制，才真正意味着“普天之下”，不但“莫非王土”，而且“莫非王臣”。经过了两三百年各国变法图强的实践摸索，战国时期的历次变法逐渐汇聚在了一点：官僚制的建立。正如阎步克指出的“战国时期的大规模变法运动，究其实质，可以视为一个[专职]官僚化的社会转型。”[4]秦国政治成就的历史根源就在于，商鞅变法是整个东周时期最为彻底的、旨在建立以郡县制为主体的官僚体制的变法。而且是一种即使在今天看来都相当“现代”的治理制度。

只有成功建立了严格执法的官僚体制，才是真正建立起了“法律的统治”。真正的法治，尤其是变法之治的变法之治，势必是官僚制和法治的结合。变法之治或者说现代法治的一个社会学概括，应当是“官僚法治”（bureaucratic rule of law）。单靠法律不可能解决封建割据、权贵乱政问题，更不能富国强兵、一统河山。还必须依靠强有力的科层组织：军队和文官。[5]之所以“徒法不能以自行”，主要不在于孟子所说的先王之治，[6]真正重要的原因是，溯及既往、触犯既得利益的变法之治不可能完全得到各个阶层群体的欢迎配合，而势必需要官僚体制的强制执行。官僚体制的建立，是主权者得以扫荡中间势力、国家得以对全境之内所有个体国民进行直接支配和对基层社会政治秩序进行有效治理的政治基础。

不过，主权政治既要建立以郡县制为主体的“现代”官僚体制，又要解决官僚体制本身带来的新的政治问题。官僚制的建立虽然满足了主权政治得以实行的必要制度前提，但另一方面，实际上也给变法者带来了一个新的问题：如何制约官僚集团，打击新的权贵政治，确保中央的法度统一、政令畅通。国家必须能够控制文官和军队的每一个个体成员，而不是反过来被他们所操纵。中国几千年历史一再表明，军阀割据、武夫当国固然祸国殃民，学阀党争、文人政治同样不是治世之道。法治的理想在于，国家的法律必须能够为全国的每一个国民所遵守，包括武士，也包括文官。[7]人们往往惮忌军队

[1] See, William Wiecek, “The Reconstruction of Federal Judicial Power, 1863-1875,” *The American Journal of Legal History*, Vol. 13, No.4, (Oct., 1969), pp. 333-359.
[2] Dicey, note above, pp.179ff.
[3] 参见 Thomas Hobbes, *Leviathan*, ed. Richard Tuck, Cambridge University Press, 1996, chap. XVIII；霍布斯：《一位哲学家与英格兰普通法学者的对话》，毛晓秋译，上海人民出版社 2006 年版，第 22 页以下；奥斯丁：《法理学的范围》，刘星译，中国法制出版社 2002 年版，第六讲；哈特：《法律的概念》，许家馨、李冠宜译，法律出版社 2006 年版，第四章。
[4] 阎步克：《士大夫政治演生史稿》，北京大学出版社 2003 年版，第 12 页。将“专制”替换为了“专职”。吴宗国持相同的观点，也“把战国时代视为官僚政治制度真正的产生时期”。吴宗国主编：《中国古代官僚政治制度研究》，北京大学出版社 2005 年版，第 2 页。
[5] See, “The Bureaucratization of the Judiciary,” *The Law as It Could Be*, New York University Press, 2003.
[6]《孟子・离娄上》，见《孟子正义》，焦循撰，中华书局 1996 年版，第 484 页。本文所引《孟子》均为此书页码。特此说明，以下不再注出。
[7] 在春秋战国时期，文官和武官已经有了初步的分化，只是尚未如后世般明晰。参见阎步克前注，第一



控制的军官政府，但却每每忽略了恶吏上下其手的文官政府其实也是法治的天敌。托克维尔所说的“行政集权”非但是对国民个体自由的威胁，[1]也是对主权政治本身的威胁。

仅仅是立法本身，非但对此并无补益，甚至会恶化这个问题。王船山指点秦史时一语道破：“法密吏重”。[2]因为立法越多，反倒是官员可兹凭借的遮拦也就越多。进而，立法细密，难免不会法令不一，这又会进一步给官员上下其手的机会。申不害辅佐韩昭侯变法，便留下了这一教训：法律前后不一，必定滋生贪官污吏，因为这些官吏可以在新法旧法之间左右逢源，哪个法律对自己有利就援引那部法律。[3]所以其同时代如淳于髡者，也提醒变法者自知以“修法律而督奸吏”为要务。[4]

现代政治法律实践因此尤其体现为发展和控制官僚体制这两者之间的平衡问题。英国的现代政府发展较早，戴雪这样贵族出身、通晓政治的法学家也就很早敏感于此。他尤其忧心于官僚集团的崛起掌握了过多权力，特别是原本司法机构管辖的权力不断流失到行政机关和行政官员手中。[5]戴雪比其他人清醒的地方在于，他知道这不是什么价值理想或者权力争斗问题，而是现代社会的势所必然：[6]

> 公平地说，必须意识到，把司法功能强加给官员而对法治产生的侵犯，部分上是因为立法意见的整个潮流都支持扩大国家权威。无限增加政府职责的不可避免的结果，就是导致国家官员必然越来越多承担大量的公共事务。

立法意见反映的是因现代社会崛起而产生的普遍而现实的规制要求，而其结果必然是如戴雪看到的，带来“官僚司法化”和“司法官僚化”的双向变化。[7]这一过程，在美国新政和二战后的政治法律发展中也体现的颇为明显。[8]

由此我们也就易于理解，为什么不是像西方法治理论那样仅仅强调法律面前“人人”平等，秦孝公要求的是天下“吏民”的平等。

吏民分列而非合称为民，无形中意味着对吏民之别的强调，也就是对“吏”的强调，意味着对于官员势力威胁主权政治和国民福祉的担心。我们不应当将之随意忽略过去，不应当将之等同于“法律面前人人平等”，更不应当将之作为“官本位”的思维定式加以简单的批判。如果我们坚持前文的进路，仍

一章。
[1] See Tocqueville, note above.
[2] 王夫之：《读通鉴论》，中华书局 1975 年版，第 8 页。
[3]《韩非子・定法》。
[4]《史记・田敬仲完世家》。
[5] See, Dicey, note above, pp. xxxviii, xliii.
[6] Id., p. xxxix.
[7] Id., p. xliii.
[8] See Fiss, note above.

然将之放入东周变法、特别是商鞅变法的历史语境和针对问题中加以理解，我们就不难品味出其中的意涵。春秋战国时期手握重权的臣下屡屡坐大，反噬其主，教训不可胜数。秦孝公放眼可及的就有“三家分晋”、“田氏代齐”的例子在前。[1]所谓“不去庆父，鲁难未已。”[2]这使那时的政治精英早比马基亚维利更知道那个政治真理：“促使他人强大就是在自取灭亡。”[3]那时的人们也自然比我们当代人更知道马基亚维利如下告诫的重要：主权者“则必须防范[那些以权谋私之人]，畏之如公开的敌人”。[4]历史的教训已经一再告诫他们，们，新兴的官僚集团如果没有妥善的制约办法，就将成为这样暗藏的敌人。

但当时的历史一再重蹈覆辙，使这个规律的正确性一再得到验证，更可见这个问题的解决其实相当不易。所以对商鞅变法的历史处境而言，官员的安分守法显然要远比平民百姓的循规蹈矩对于政治和法治的意义更为重大。

因此孝公难题中不仅“吏民”有别，而且“吏”在“民”先，便有格外的理论和实践意义。吏在民先，意味着在当时的秦国同在后世的西方乃至今日的中国一样，建立法治的直接目的在于治官，在于制约政府官员对国家主权的窃取和滥用，限制行政权力的不当扩张。[5]正如韩非所云，“吏者，民之本纲也。故圣人治吏而不治民。”[6]当世所谓“权大于法”之讥，并非是在描述权力和法律的相互关系，而是对掌权者利用法律营私舞弊的指责，是在用一种简约通俗的方式指出：法治的前提是吏治。

《商君书》中一再提醒“邪官”、“污吏”对于法治的威胁。[7]因为变法和法治的执行者可能是法律最大的反对者和破坏者。而且问题会由于官官相护、勾结成党变得更为严重。[8]考虑到由于当时物质和教育资源的稀缺，商鞅变法那个时代的重要官员基本来自贵族阶层和新兴地主阶级的时候，抑制豪强贵族和制约官员文吏就实际上是一回事。所以，慎于立事垂法的太史公特别要把齐国变法时“阿大夫”和“墨大夫”一事详加记录：阿大夫如何满朝之人极口称誉，实则上下贿赂、阿求美誉；墨大夫如何众口烁金积毁销骨，实则专意治邑、墨不媚世。[9]此事与北宋熙宁王安石变法的教训，当时时为后世改革者警醒，提防各级官员假借舆论阻梗新制、利用变法谋取私利。这是当时中国古代政治实践面临的问题，也是近代西方大国法治初建时面对的共同问题。美国南北战争前以思科特案为代表的牵涉奴隶制的那些司法判决首鼠两端、进退失据，就是美国国内割据因而法治难行的例证。[10]官僚体制的扩张和

[1] 吕思勉：《先秦史》，上海古籍出版社 1982 年版，第 194 页以下。
[2] 《左传·闵公元年》，见杨伯峻：《春秋左传注》，中华书局 1990 年版，第 215 页。本文所注《左传》页码，均为该书。特此说明，以下不再注出。
[3] Machiavelli, note above, p. 16.
[4] Id., p. 40.
[5] Dicey, note above, pp. 189-190.
[6] 《韩非子·外储说右下》。
[7] 参见《商君书》中《垦令》、《修权》、《禁使》、《慎法》、《定分》等篇。
[8] 《商君书·禁使》。
[9] 《史记·田敬仲完世家》。
[10] *Commonwealth v. Aves*, 35 Mass. (18 Pick.) 193 (1836); *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856).



文官势力的增长本身固然足患，但真正构成对法治致命威胁的是官僚集团与地方豪强势力的同谋，是新老权贵的勾结。

然而即便意识到这一问题，这依旧是一个难题。因为法治的作用始终是围绕着行政权力和官僚体制的发展，法治面临的是一个既依靠又制约官僚集团的两难处境。毕竟压制贵族和官僚不是目的，将治理范围延伸到基层才是目的。而国家法律如要快速有效地传达给基层的官员百姓，又离不开官僚集团。也就说，秦孝公提出的“天下之吏民皆明知”法律这一法治原则，是迫使商鞅和所有制度改革者必须进行制度创新，既防范贵族势力与官僚集团对变法和执法的左右，又能通过主要由贵族子弟组成的官僚集团将法律传达下去，实现变法的内容和法治的效果。

这样，孝公难题就在立法溯及既往和法治迅速见效之外，提出了第三个难题：制约执法官员的权力滥用。前述三个难题，都是现代社会的诞生所提出的新的治理难题：在一个立法更替不断、规则溯及既往的社会中，国家必须尽快确立法律规则的威信，必须制约官员势力对国家主权的侵蚀和滥用。这三个问题的解决，既是法治进程面临的三个难题，也是法治建立必须满足的三个条件。

## 三、界定法治的基本原则

解决上了秦孝公提出的上述难题，就为建立法治铺平了道路。但是要最终建立法治，还必须界定法治目标的具体含义。法治目标不能没有标准，以至于把立法等同于法治。但也不能标准太多太细，不但死板僵化，而且容易没有重点而无所教益。因此关于“法治原则”的探讨总是在法学理论中被不断提出。[1]其中对中国学界影响最为广泛和深远的，无疑是戴雪的“法治三原则”和富勒的“法治八原则”。[2]

本文遵循先例，从《商君书·定分》的“孝公难题”中提炼了法治的“四项基本原则”：明知原则、用之原则、如一原则和无私原则。这四项法治原则合在一起，设立了确定法治实现与否的衡量标准，也同时提出了法治进程的实践方向和目标理想。提出这四项法治原则的“孝公难题”，[3]只是短短的一句问话：“法令以当时立之者，明旦，欲使天下之吏民，皆明知而用之、如一

[1] 外国学者的研究参见，Colleen Murphy, “Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law,” *Law and Philosophy* Vol. 24 (2005), pp. 239–262; Jonathan Rose, “The Rule of Law in the Western World: An Overview,” *Journal of Social Philosophy*, Vol. 35 No. 4 (Winter 2004), pp. 457–470.国内学者的研究参见，梁治平：《法治：社会转型时期的制度建构》，载梁治平前注；夏勇：《法治是什么——渊源、规诫与价值”，载夏勇前注；苏力：《现代化视野中的中国法治》，载苏力：《阅读秩序》，山东教育出版社 1999 年版。
[2] Albert Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Macmillan and Co., Limited (1915, Eighth Edition), pp.179-201；富勒前注，第 49－52 页。虽然富勒提出的是由“八种法律上的卓越品质”组成的“法律的内在道德”，并且法律的内在道德并不属于富勒所谓的“义务的道德”，而仅仅是“愿望的道德”，但是国内外的学者普遍将之作为了评判法治与否的基本原则。
[3] 关于“孝公难题”的一个理论阐释，参见本文第一章。

而无私，奈何？”[1]原文至为精要，但是却总括了商鞅的基本思想，甚至构成了法家思想的一个总纲，提出了基本的法治要义。

实现法治需要考虑的问题很多，法治要素当然也远不止以上四个。《定分》中的孝公难题没有提出其他因素，这显然不能理解为他没有意识到那些问题。更为合理的解释是，作者深思熟虑、权衡再三之后，认定这四个问题是法治的首要问题：不解决这四个首要的法治问题，其他的问题也都难以解决；不符合这四项法治基本原则，法治就不是“法治”。

然而，孝公难题中“法治四原则”的具体内容和确切含义，却不易一目了然。与戴雪和富勒的法治原则相比，由于历史久远和表达方式的言简意赅以及欠缺详尽的阐释和注释，使我们难以直截了当地了解到这四项原则的确切含义。对于这些原则的阐释必须也只能更多借助《商君书》各篇和其他法家典籍。但是一旦我们进入了这四项原则所开启的法治思想之门，便会立刻有“天门中断楚江开”的豁然开朗。

这里借用《商君书》中的说法，我们姑且对这四项法治基本原则做一个简单描述：[2]明知原则指向的是“去强”问题，也就是如何抑制权贵、打破地方割据、确保政令畅通的问题，用之原则提出的是“朴民”问题，也就是如何确保国民遵纪守法、养成守法习惯的问题，如一原则引出的是“壹言”问题，也就是如何处理政治批评和统治秩序关系的问题，无私原则关切的是“修权”问题，也就是法治的吏治问题。

（一）法律传递的明知原则

法律的明知，其实在“现代社会”的变法之治中是一个不容回避而又极难解决的实践问题。[3]不容回避是因为，正如前述，法律的陌生性成为了现代社会的一个基本特征。国家不论是推行下至吏民日常生活起居上至国家根本政治结构的根本性政制变革，还是实施对社会政治经济文化各个层面的细致的公共规制，都必须制定大量注定包括立法者在内的所有人陌生的法律和政策。而且随着运行时间的推移和治理空间的扩展，这些法律法规将会变得日益复杂精细，使得普通官员和民众不再能够直接了解和运用，从而进一步恶化法律的陌生性问题。所以对现代社会的立法者而言，要将这些国人普遍陌生的复杂规则贯彻到日常实践当中，成为指导和约束每个人具体行为的强制规范，必须首先解决法律的传达问题。

也是因为上述原因，这又是一个非常棘手的实践问题。这一难题至少包含了两层内容：一是法律传达的时间紧迫性，二是法律传达的内容准确性。前者的解决可能受制于物理空间的距离和传输工具的效率，而后者则如同富勒所看到的，要看“法律的要求离公认的是非观念有多远”，[4]也就是法律的

[1] 《商君书·定分》。
[2] 既然是“借用”，便有和原篇原意相异的地方，比如《壹言》篇便不只是讨论言论问题。《商君书》毕竟不是教科书，各篇往往论述多个主题。这在中国和西方古代作品中都很常见。
[3] 关于变法之治及其现代品格，参见凌斌：《革新法治的孝公难题》，《法制与社会发展》2008 年第 3 期。
[4] 富勒前注，第 60 页。



陌生性究竟多大。如果法律过于远离日常观念，那么即使公之于众，也终究因为无法得到准确的理解而实际上并未“有效”地传递给公众。这里同样存在一个立法的“禀赋效应”（endowment effect）：[1]法律的内容越是远离日常观念这个参照规范（reference norm），法律就越是难以有效传递给一般公众。

然而现代法律或者说法律现代性的关键就在于，法律已经远离了日常观念。许多法律学人和富勒一样，把法律的“清晰性”作为法治的“一项最基本的要素”，并且认为“获得清晰性的最佳办法便是利用并在法律中注入常识性的判断标准，这些标准是在立法会堂之外的普通生活中生长起来的。”[2]因为在他看来，[3]

> 倘若法律仅仅是将共同体中广泛分享的对错观念明确表达出来，‘制定法必须被公布并且得到明确表述’这一要求的重要性便会减弱。重要性同样减弱的还包括溯及既往的问题；如果法律基本上是……道德的一种体现，那么，在形式上表现为溯及既往型立法的东西实质上可能仅仅代表着对已经获得广泛接受的观点的肯定……

显然，富勒的这个假设并不成立。时代早已过了他梦想中的那个法律和道德、法理与常识亲如一家的远古时代。即使是“诚信”和“适当注意”这样两个富勒所举的源于日常生活的常识概念，早已成了平民百姓完全不知所云的抽象规则。[4]否则，如果法律常常可以按照常识理解，法学院和司法考试还有什么必要呢？

而且，“明知”问题的重要性和复杂性，远非初看上去那样简单。这一原则实际上关联着一个事关法治成败的要务：抑制权贵势力和打破地方割据。因为法律不能为普通民众所明知，最为重要的障碍在于地方的强势力量对法律的把持操控。对于当时的秦国而言，真正影响法律有效传达的关键问题，绝非地广人稀这一自然因素，[5]也不仅仅是传输手段和立法语言这类技术因素，而归根结底是一个政治问题：国家能否打破中间势力的阻挠、建立法律与个体国民的直接联系。

理解这一点对于我们理解孝公难题的法治思想及其与当代问题的直接关联非常重要。我们还是要从当时的历史语境谈起。回首战国往事，当时的变法者必须竭力避免的、最不可欲的改革后果，就是贵族豪强成了改革最大的得益者。如前所述，春秋战国天下大乱的背景，正是贵族诸侯的封建割据、问鼎逐鹿。所以即使秦国这样趁势崛起的既得利益者，要国祚长存、千秋万

[1] Daniel Kahneman, Jack Knetsch, and Richard Thaler, “Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem,” in Cass Sunstein (ed.), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press, 2000.
[2] 富勒前注，第 75、76 页。
[3] 同上，第 109 页。
[4] 同上，第 76 页。
[5] 参见《商君书·徕民》；钱穆：《国史大纲》，商务印书馆 2002 年版，第 66 页。

载，也必须以史为鉴，竭尽全力避免自己的后世子孙重蹈覆辙。那个时代的人最能理解后世霍布斯关于自然状态的描绘和对于战争状态的警告。[1]所以那时的变法注定要向贵族开刀，[2]亦被贵族遗老遗少所不共戴天。[3]像秦孝公和商鞅这样深处改革风暴中心的政治家当然明白自己事业的艰险。毫无疑问，他们清楚知道每一部法令都会受到那些既得利益受到威胁的贵族势力的拼死抵制。当反对者无力在法令通过之前根除其于未萌的时候，他们一定会在法律的传达和解释过程中上下其手，在执法和司法层面扭曲法律的如期适用。真正的较量总是发生在街巷。

所以，商鞅变法要建立的法治国家和近代民主制一样是一种以国民个体为治理单位的政治秩序。古代君主制和现代民主制是两种最为接近的政体形式。它们共同的隐患都是贵族、精英知识分子和官僚集团，共同的统治基础都是主权者和个体国民的携手。[4]商鞅变法之所以成功，既是因为商鞅看到了问题的关键："法之不行，自上犯之"、[5]"法之不行，自于贵戚"，[6]也是因为为秦孝公深深理解并且全力支持了商鞅的看法。没有主权者的理解和支持，就算法律文字再简单易懂、法律内容再滴水不漏，法治的梦想都会在权贵的阻挠和左右下化为泡影，灰飞烟灭。孝公一死，商鞅就被迫逃亡，身裂族灭，恰是相反的例证。[7]其实在此之前，就有楚王尸骨未寒、吴起即遭屠戮的前鉴。[8]

所以，非但法治的目标是制约贵族势力，而且法治的实现过程本身就要求制贵。一如后文所论，《定分》中商鞅"禁屋藏法"和"专职司法"的制度设计正是针对于此，是希望通过以法律官僚垄断法律解释权的方式杜绝贵族势力的干预。法家眼中的"六虱"和"五蠹"，那些游离于法治统治之外但却影响于国计民生之内的政治力量，都是国家法律解释权的潜在争夺者。[9]韩非子告诫的"乱之所生者六也：朱母、后姬，子姓，弟兄，大臣，显贤"，[10]六者无一不是最有机会也最有实力争夺法律解释权的贵族势力。法家之所以敌视权贵和知识分子，并非毫无来由。因为他们必定会利用自己的知识有意无意将法律作有利于自己的解释，甚或巧言诡辩，谋求私利——读过《国语》和《战国策》的人都能知道，古人的巧言令色决不输于现代律师。这些人在地方上越是活跃，就越会影响到普通民众对法律的理解。

[1] Thomas Hobbes, *Leviathan*, ed. Richard Tuck, Cambridge University Press, 1996, chap. XIII.
[2] 一个突出的例证是吴起的"迁贵人往实广虚之地"，《吕氏春秋·贵卒》，见张双棣、张万彬、殷国光、陈涛：《吕氏春秋译注》，北京大学出版社 2000 年版，第 760 页。
[3] 参见杨宽：《战国史》，上海人民出版社 2003 年版，第五章。
[4] 关于现代民主制的抑制权贵问题，参见 Max Weber, "The President of the Reich," *Weber Political Writings*, ed., by Peter Lassman and Ronald Speirs, Cambridge University Press, 1994。
[5] 《史记·商君列传》。
[6] 《史记·秦本纪》。
[7] 参见《史记·商君列传》。
[8] 参见《史记·孙子吴起列传》。
[9] 参见《商君书·靳令》；《韩非子·五蠹》。
[10] 《韩非子·八经》。



所以，虽然孝公难题提出的明知要求和富勒的"公开性"和"清晰性"法治原则有着某种表面上的关联，但是在实质内容上其实截然不同。富勒的法治原则由于是在法治大局既定的前提下对法治要素的提炼，由于主要着眼于法度而非治道，因此实际上掩盖了并且最终取消了其中最为关键的法治问题：国家法律对国民个体的有效支配。而孝公难题提出的明知问题则始终紧扣着这一法治命脉。

我想这是孝公难题将法律明知问题列为第一原则的原因所在。如何确保法律迅速准确的传递给普通官员和平民百姓，有赖于国家在制度上摒除各种潜在势力、特别是权贵势力的不当影响，有赖于国家权力迅速有效地贯彻到社会基层。而这也是实现法治的明知原则既殊为不易又势在必行的关键。

（二）法律遵守的用之原则

明知难，用之亦难。这里的"用"字，当然可以做运用解，但在本文中主要是遵守、服从的意思。这一含义在古代很常见，如"将士用命"之类。《商君书》中也多有类似的用法，比如"技艺之民不用，故其国易破也"（《农战》），"战事兵用曰强"（《去强》），"民众而不用者，与无民者同"（《算地》），等等。总之，"用之原则"提出的是一个"守法"问题。一如前述，既然法治的实质是国家建立对个体国民的有效支配，那么反过来说，法治就是个体国民的守法问题。

守法的反面有两个：一是非法，二是违法。前者对应着"有法必依"的期望，后者关联着"违法必究"的后果。无论是非法还是违法，都对"用之原则"构成了颠覆性的挑战。一般来说，违法更容易被视为实现守法要求的大敌，而非法则往往为人所忽略，或者至少不被认为是一个严重的法治问题。其实不然。尤其是在以立法改变现行规则为主要法治方式的变法阶段，非法是一种最容易被人忽视然而又最严重地威胁法治的行为或者状态。"非法"意味着，虽然行为主体没有直接违反法律，没有和法律发生正面冲突，但是却通过规避法律的方式使得法律的目的落空。这种方式较为隐蔽，也容易获得他人包括执法者和法学家的同情，但是就法治目标而言，却同样是、甚至因为易于遭到忽视或者博得同情而尤其是一个严重的法治问题。

要充分理解"非法"或者说法律规避的危害，需要将之放入制度竞争这一背景之下。在任何社会、任何时候都必定存在着其他制度与法律制度、或者其他法律解释与专业法律解释之间的竞争。无论立法者以何等强力措施推进法律对基层社会生活和政治层面的渗透，国家法律都必定在一定程度上与其他规则渊源、特别是习俗惯例进行着潜在的竞争，法律人和司法机构也势必面临着他人和其他组织力量的冲击和挑战。也就是说，人们永远拥有不诉诸法律、而是诉诸其他规则或力量的选择。[1]至少人们可以选择"退出"（exit）法治。[2]而这种自我放逐本身同时是对法律的放逐。比如电影《教父》第一部

[1] 参见尤伊克、西尔贝：《法律的公共空间》，商务印书馆 2005 年版，第六章。
[2] See Albert O. Hirschman, *Exit, Voice, and Loyalty*, Harvard University Press, 1970.

（Godfather I）一开场，老教父就从一个法律制度下的失败者那里得到了其对自己黑手党的忠诚和对法治的背弃。

法律在这个意义上和其他社会产品一样，要在市场竞争中面临着贬值甚至淘汰的风险。在规则竞争的意义上，法治的建立意味着法律在制度市场上形成了垄断。无论是像《教父》中揭示的前述寻求其他救济途径和法外偷生的叛逆，[1]还是如电影《鲨堡救赎》（The Shawshank Redemption）中展现的公然对国家法律本身的挑战，都是法治所必须予以压制的。这时，一个国家只有守法违法之别，而不存在非法这一“第三领域”。反过来说，法治尚未建立的标志就在于仍有大量非法或者法律规避行为的存在。法律规避，虽然在社会学意义上也是一种法律适用的方式，[2]但是在政治学意义上却是对法治权威的颠覆。法治必须通过合法与非法这一区分明确自身统治的有效性。所以亚里士多德格外强调：纵有良法，若是不能得到悉数遵守，便仍无善治（eunomia）。[3]亦如戴雪所说，法治对个人或者阶级的强制服从“对福利甚或一个文明共同体的存在实为必要”。[4]

故而，要解决守法问题，一方面，就是要取缔与法治形成竞争局面的替代势力。这虽然是“去强”问题，为了集中讨论，也放入此处。战国时，人们逃避法律的主要方式也是依附于权贵，或为门客，或为私徒。[5]前者食养于贵族公子，后者则荫庇于私学门下，“逃事伏匿，附托有威之门以避徭赋”，以至“上不得者数万”。[6]中国当代律师界的一个公开的秘密，就是普通律师通过将自己的业务归入合伙人名下而逃税。这实在是古代学徒避赋的现代翻版。至于其他种种营私枉法的情形，也和现代一般无二，无非庇护于豪强官宦的羽翼之下；否则，若只是一个个光杆的平民百姓，就算“民不畏死”，奈何逃脱得了国家机器保驾护航的正式法律。所以，与明知原则一样，尽管国家立法有着强力和学理的支持，守法原则能否实现仍然是一个严峻的法治问题。

另一方面，本节希望着重阐述的是其中蕴含的“朴民”思想。《商君书》中有关“朴民”、“弱民”、“愚民”和“民无邪”的论述，都揭示了法治的关键之一在于国民守法习惯的养成。[7]商鞅视之为政治良性循环的起点：[8]

> 善为国者，……则民朴壹。民朴壹，则官爵不可巧而取也。不可巧取，则奸不生。奸不生，则主不惑。（国民朴实本分、遵纪守法，那么官员就不敢巧取豪夺，腐败断了来源，国家便可清明）

然而之所以强调守法习惯的养成，恰恰是因为，现代社会法律规则的频繁变动非常容易让官员百姓养成违规的习惯。因为违法的增多是变法、特别是以立法的方式溯及既往的变法首先得到的第一个效果。人性本身是稳定的，这就使得法律的变化不可能迅速改变人们的行为方式，只能首先制造出违法者。而一个时代越是变革，就越会产生机会主义者，法治确立过程的持续时间越长，钻法律空子的刁民越多，徇私枉法的恶吏越多。

中国自鸦片战争以来，一个半世纪的变法延绵不断，一个重要后果就是，朝令夕改本身成为了人们的稳定预期和思维习惯。由于法律的溯及既往和立法的频繁变动以及由此而来的法律陌生性，人们常常不知不觉就生活在违法的状态之中。而且实际而言，社会天天变，法律因此跟着年年变，真要是较真严格依法办事，日子就没法过。所以人们已经渐渐习惯于“良性违宪”和“有效违约”，——我们可以进而称之为“习惯性违法”。这种状况，不但是在中国、在社会和法制急速变革的国度如此，在戴雪时代的英国、在这个社会相对稳定、法治已经成熟的国度同样如此。戴雪就对日益流行的我称之为“违法有理论”的下述观念深表忧虑：“如今许多本来可敬的人士都秉承了而且践行了如下信念：倘若违法者是在寻求对他或她而言看似正义和可欲的目的，那么违反国家法律就不仅是可许的，而且是可赞的。”[1]这也再次表明了“用之原则”的普遍意义。

更严重的是，守法者如此，执法者却无可奈何。因为毕竟法不责众——人人都违法就只能当作人人都守法看待。国家如果强行逼迫官员严格执法，就等于是在实施富勒所谓的“要求不可能之事”。富勒看到，“在类似的情况中，政府官员面临的是这样一种选择：要么做出严重不义之事，要么对偏离法律要求的情况视而不见，从而导致人们不再尊重法律。”[2]更为可能的情况是，执法者只能枪打几个出头鸟，杀掉几只骇猴鸡，比如褚时健们。这样一来，一方面对其他人毫无警示的效果，人们仍然会照旧“习惯性违法”；另一方面，褚时健们却会一再喊冤叫屈，把责任全然推给体制，甚至腐败也成为一种“权利”。[3]而这又会形成一系列恶性循环：官员的执法被指责为“选择性执法”甚至富勒所谓的“敲诈性执法”。[4]

长此以往，“从众效应”就会发生，原本遵纪守法的人也会变得徇私枉法。[5]这不是因为人人存心违法，而是因为人们已经不认为那是违法。闯红灯就是

---

[1] 可能是其他第三方救济，也可能是其影响下的第一方或者第二方救济。参见埃里克森：《无需法律的秩序》，苏力译，中国政法大学出版社 2003 年版。
[2] 参见苏力：《法律规避和法律多元》，载《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社 1996 年版。
[3] Aristotle, *The Politics*, trans. with an intro., notes, and glossary by Carnes Lord, Chicago: University of Chicago Press, 1984, 1294a1.现代学者通常把 eunomia 翻译为法治，过于狭隘了；eunomia 意指各种形式的善治，而不限于法治。
[4] Dicey, note above, p. xlii.
[5] 裘锡圭：《古代文史研究新探》，江苏古籍出版社 2000 年版，第 400-410 页。
[6] 《韩非子·诡使》。
[7] 参见《商君书》中《农战》、《错法》、《弱民》和《定分》各篇。
[8] 《商君书·农战》。



[1] Dicey, note above, p. xli.
[2] 富勒前注，第 84 页。
[3] 冯象：《腐败会不会成为权利》，载冯象：《政法笔记》，江苏人民出版社 2004 年版，第 10 页以下。
[4] 参见富勒前注，第 92—93 页。
[5] Elliot Aronson, Timothy Wilson, Robin Akert, *Social Psychology,* Addison-Wesley Educational Publishers Inc., 1999, pp. 293ff.

例子。我们不会因为自己违反交通规则穿越马路而感到愧疚，是因为我们“习以为常”。以至于我们甚至觉得那些刻意遵守交通规则、非要等到绿灯以后才过马路的人不是太“傻”就是太“假”。有多少人会因为学了法律就遵守交通规则？扪心自问，有多少人敢说自己从未违法？然而我们谁会为此而感到惭愧呢？法治失败的标志之一，就是人们根本不认为违法是什么坏事，既不以遵纪守法为荣，也不以违法乱纪为耻。如果法律实证主义和法律经济学的理想全然得以实现，那么法治的奖惩不过是赌徒的骰子。

最后，在“习惯性违法”和“违法有理论”的风气之中，立法者、守法者和执法者都会养成这种执法不严和违法不究的习惯。中国的法官、百姓、记者和人大代表都可能这样想：天知道今天依据的法律明天还是不是法律。甚至想都不用想——人们已经习惯于这一思维定式：法律总是存在问题，总要不断修改。所以人们总会说：“法律还需要完善。”这不仅表明法律会不断改下去，而且意味着违法多多少少是正当的——这不是违法者的问题而是法律本身的问题。违法不但有了习惯，而且有了依据。“中国的法律不够健全”，不只是“有法不依”的托词，而且是“执法不严”的借口，甚至是“违法不究”的盾牌。在这种情况下，再想推行法治，势必难比登天。

这便是商鞅主张“重轻刑去”、“以刑去刑”的原因所在：必须以严刑峻法确保国民守法习惯的养成，才能实现无人违法的法治理想。[1]否则，倘若违法乱纪成为了惯例，令行禁止还会是规矩么？

（三）法律实施的如一原则

法律“如一”其实是人们对法治特征的一个最为朴素的理解，也是各派法治理论的一个基本共识。而且，其他法治原则、比如知法守法、公正执法的问题最终也都要体现为法律实施的前后一贯和内外一致，也就是富勒所说的法律的“一般性”、“一致性”和“稳定性”。《商君书》中关于“刑无等级”思想的论述，[2]商鞅变法“法令至行，公平无私，罚不讳强大，赏不私亲近”伟大实践的千古流芳，[3]也都构成了孝公难题“如一原则”的理论和实践背景。因此，虽然在前两个原则的讨论中，本文已经阐释了与之密不可分的法家的制贵和朴民思想，此处还是将之作为了一个具有独立意义的理论和实践问题，专门予以讨论。

我们还是首先要问，哪些力量会阻碍如一原则的实现。大体而言，四种势力的影响最为关键。我们已经详细论述了前三个：一是豪强贵族的权贵政治，二是官僚集团的徇私舞弊，三是平民百姓的违法乱纪。本节集中讨论的是第四种影响：“知识分子”的政治非议。这其中的关键，在于如何妥善解决法治政府和知识分子的关系问题，背后引申出的则是现代法治面临的另一个

1 《商君书·去强》；《商君书·说民》。
2 《商君书·刑赏》。
3 《战国策·秦一·卫鞅亡魏入秦》，见《战国策笺证》，上海古籍出版社 2006 年版，第 135-136 页。本文所引《战国策》均为此书页码。特此说明，以下不再注出。



难题：如何协调学术与政治的内在张力。

我将从法家著作中一个为后世广为诟弊的主题谈起：贬抑学术和控制言路。在当代看来，这样的观点实在令人震惊，直如大逆不道。固然如此。但一个值得深思的事实是，法家自己也是一类“知识分子”，而且对法家思想本身也并无任何例外的宽容。比如韩非对包括同为法家的管仲商鞅的著作在内的各派思想流传都颇为警惕，并非单单排斥儒家。[1]也就是说，法家是一般性地反对知识分子以学术干预政治，而不是针对某派学说，只是那时影响最大的知识分子力量是儒家而已。这当然更为严重，但是也迫使我们不得不问：如果不是这类知识分子确有危害变法和法治的破坏力量，为什么法家和信奉法治的统治者要对其如此惮忌？

《商君书》中主要强调的是两个原因：一是私议乱国，二是私议生奸。私议在法家看来是可以乱国的凶器，险如兵者，所谓“公私之交，存亡之本”。[2]所以商鞅一再强调，“多释法而任私议，此国之所以乱也。”[3]道理在于，法度正如国家的天平和尺度，确立是非对错的标准。国家如果任由私议，荒废法度，便如同交易不用秤尺而全凭臆测，除非尧舜再世，否则必定黑白颠倒、是非不明。[4]如果一个国家没有了评判是非对错的标准，人人都是自己行为对错的最高裁判、都可以按照自己的好恶裁决是非，在商鞅看来，这是“令奸恶大起、人主夺威势、亡国灭社稷之道”。[5]无论是“存亡之本”，“国之所以乱”，还是“亡国灭社稷”，这样的说法都显示了商鞅对于私议乱国的无比担心，也暗示着东周时期严峻的政治形势和沉痛的历史教训。可见言论之间亦有国之大事，不可不察。

而且，商鞅还进一步指出，即使确有尧舜这样的英明圣贤可以明察秋毫，但是一来百年难遇，二来没有识别尧舜的判断标准，所以终究不足为政。[6]甚至在商鞅看来，就算尧舜圣贤，生于当世，其见解依然只是私议，并非公益——“天下之利”。而听任私议，无论是尧舜之私议还是腐儒之私议，终究是“私天下之利”。反之，在商鞅看来，只有信守法治，才是“为天下治天下”。[7]因此也就格外应当体现“公私之分明”。[8]

立法附着于语言文字，这是现代法治与传统政治的一个鲜明差别。因此，相对于人人皆有的“私议”，依靠语言表达的国家立法也不过是一种“公议”，两者不过都是一种观点、意见罢了。这也是霍布斯格外强调法律是一种“命

1 “今境内之民皆言治，藏商（鞅）、管（仲）之法者家有之，而国愈贫；言耕者众，执耒者寡也；境内之民皆言兵，藏孙（武）、吴（起）之书者家有之，而兵愈弱；言战者多，被甲者少也。”见《韩非子·五蠹》。
2 《商君书·修权》。另参见《商君书》中《去强》、《弱民》、《慎法》、《定分》等篇。
3 同上。
4 同上。
5 《商君书·定分》。
6 《商君书·修权》。
7 同上。
8 同上。

令”的道理所在：命令唯一不同于其他言辞的地方只在于自上而下的强制性。[1]反过来说，如果没有国家权威的支持，立法之“公议”和民众之“私议”就并无高下之分。所以每当两者发生冲突，公议和私议何者优先、主权者意志和国民意志孰为圭臬，便总是一个现实而严峻的政治问题。所以商鞅所谓私议乱国的道理其实易于了然：任私议则公议废，听民意则国法乱，结果必然是无法无据、天下纷争的“自然状态”。

由此我们容易理解为什么法家一再把压制儒墨知识分子作为一个重要的法治问题。关键在于对这些知识分子以“法先王”为依据，否认“后王”也就是进行变法的诸侯国君的政治合法性，进而否认变法所确立的新规则的制度合法性，使得以“复礼”为名的道德仁义不断与“变法”确立的法令刑赏相冲突。而且这些儒墨知识分子结成了势力庞大的门徒集团，不受君主管辖，游离于政治秩序之外，俨然成了“惟无封土而已”的新兴诸侯。[2]他们成为了另一种意义上的“权贵”。更何况这些知识分子大多的确出身贵族，与君主离心背德，各怀私利，即使并未直接颠覆既有秩序，也势必始终是法治的一种潜在的威胁力量。何况，君主难免容易受到自己臣下私议的谄媚甚至左右。如果主权者采纳私议的言论胜于遵从公议的法律，法治也就荡然无存。[3]这些因素都意味着，担心这些知识权贵以私议废法度、乱国家，并非是杞人忧天，而是有着深刻的政治和社会原因。

私议所以乱国，除了淆乱是非，还有滋生腐败。纵容私议导致官员腐败的道理在于，任由人们对法律做出解释，就会给执法者留下钻营法律的空子，[4]进而滋生奸党。[5]商鞅对此也有一段精彩论述，耐人寻味：[6]

> 夫废法度而好私议，则奸臣鬻权以约禄，秩官之吏隐下而渔民。谚曰：‘蠹众而木折，隙大而墙坏。’故大臣争于私而不顾其民，则下离上。下离上者，国之隙也。秩官之吏隐下以渔百姓，此民之蠹也。故国有隙蠹而不亡者，天下鲜矣。”（国家废弃法度而崇尚私议，大官便会徇私枉法、权钱交易，小官则要欺上瞒下、鱼肉百姓。俗语说的好，‘蠹众而木折，隙大而墙坏。’大官如果只顾谋私而不顾百姓死活，百姓便会和国家离心离德，此为国之裂隙。小官如果欺上瞒下而鱼肉百姓，便是侵害百姓的蛀虫。国家有如此裂隙蛀虫，鲜有不亡）

这意味着，即使知识分子在批评法律时全然怀抱为国为民的一片丹心，仍然可能被豪强势力和腐败官员巧为利用，化作谋利的契机。并且按照商鞅的逻

[1] Hobbes, note above, p183.
[2] 参见钱穆：《国史新论》，三联书店 2001 年版，第 238-241 页。
[3] 《商君书・修权》。
[4] 《商君书・弱民》。
[5] 参见《商君书・禁使》；《商君书・慎法》。
[6] 《商君书・修权》。



辑，他们原本的侠肝义胆和拳拳公意即便没有成为他人暗加利用的狐假虎威，却也暗暗背离了自己孜孜以求的法治理想。

这里尤其值得我们深思的是商鞅“不以善言害法”的洞见。[1]这个世界上根本没有完美无暇的制度，而现代社会的一大特点又是立法的频繁更替。因此援引某种价值原则，诉诸天理仁义、公平效率、自由平等诸种价值尺度，总是可以找到理由对现行立法做出批评，也总是能够自圆前述的所谓“违法有理论”。这些理由中也的确会有一些“说法”合情合理，长远看来有利法治。然而如果因为这些理由是“善言”，便据以左右法律，那么法治本身却会因而受害，因为理由总能找到，尤其还有知识分子这样职业寻找理由的人在。法律如果听命于道理，便是没有法律，正如道理倘若取决于法律，便是没有道理。

从历史经验上看，知识分子不当的政治参与的确可能削弱政治本身和伤害知识分子自己。汉代的法家帝王汉宣帝曾告诫儿子汉元帝，切不可废弃法度任用俗儒，否则，任由儒生“是古非今”，势必使官民“眩于名实，不知所守”：[2]

> 孝元皇帝，宣帝太子也。……柔仁好儒。见宣帝所用多文法吏，以刑名绳下，大臣杨恽、盖宽饶等坐刺讥辞语为罪而诛，尝侍燕从容言：“陛下持刑太深，宜用儒生。”宣帝作色曰：“汉家自有制度，本以霸王道杂之，奈何纯任德教，用周政乎！且俗儒不达时宜，好是古非今，使人眩于名实，不知所守，何足委任？”乃叹曰：“乱我家者太子也！”

汉元帝不听，终究应验了宣帝的预言：“乱我家者太子也”，西汉政治由此一蹶不振。同样，“苏格拉底之死”在西方历史上很早就留下了深刻的教训：处理不好政治与学术之关系，既会毒害政治，也会危及学术。[3]而近代以来，法国十八世纪中叶的“文人政治”曾令托克维尔痛心疾首，哀叹知识分子不但把自己送上了断头台，而且开启了法国一个世纪延绵不绝的革命和动荡。[4]法国自拿破仑以降一撅而不复振，早已徒具大国之虚名。这也是韦伯要强烈批驳“课堂政治”的原因所在。[5]英国美国的政治实践虽然通常体现为对言论自由的崇尚，但是每到关键时刻，素来都是以铁腕政策压制反对派知识分子。尤其是上个世纪美国最高法院判决的一系列案件，在权衡政治安全与言论自由之间的关系问题上，几经反复，从来没能挣脱于当时国内外政治环境的制

[1] 《商君书・靳令》。
[2] 《汉书・元帝纪》，见《汉书》，中华书局 1962 年版，第 277 页。
[3] See Plato, *The Republic*, Translated, with notes and an interpretive essay, by Allan Bloom, Basic Books, 1968, p. 176, 496a-e.
[4] 参见托克维尔：《旧制度与大革命》，冯棠著译，商务印书馆 1992 年版，第三编，第一章。
[5] 韦伯：《学术作为一种志业》，罗久蓉译，载《韦伯作品集 I：学术与政治》，广西师范大学出版社 2004 年版，第 176 页.

约。[1]往往重弹的还是霍姆斯当年定下的基调：是否限制言论自由是一个实践上的权宜问题，只能审时度势。[2]

然而，历史同样表明，毕竟强行压制异议只能一时有效，终非长久之计。一味“权使其士，虏使其民”[3]、“强天下以必从其独见”，[4]必定会导致被压迫者的强烈反抗。所有的强权政治都不可避免地会自我增生其治理难度。压迫的力量越大，反弹的力量也就越大。这意味着极端强权政治的逻辑是自我毁灭，也意味着主权政治为了避免堕入强权政治的自我毁灭，就必须自我限制。进而，这还意味着，至少“法律统治”这一法治的最低限度要求并不能避免恶政的出现，正如一切制度都不能避免那样。而且，退一步讲，制度改革本身也不可能没有知识分子的参与，正如李斯《谏逐客令》所表明的那样。[5]环顾古今中外成功的“变法”实践，没有哪一次能够缺少知识分子的参政议政乃至治政执政。商鞅本人就是当世的大知识分子。何况禁绝言路都留下了深刻的政治教训。厉王止谤，国人逐之。指鹿为马，天下共诛。而且知识分子永远是一个国家强盛和自由不可缺少的政治和智识财富。一味压制和排斥知识分子也许会有短期的政治效果，然而长久说来必定会自伤国本。毕竟排除异己终究是孤立和内耗，海纳百川才是真正的征服。

所以，道统与治统，全然合一则难免僵化禁锢，截然背道又势必碎裂天下。如何令两者张驰有度、相反相成，实在是经时累世之难题。应当承认，就学术而言，九流并立，百家争鸣，是思想解放、精神自由的繁荣气象；但就政治而言，议而无定、是非不明，则始终蕴含着失治乱政的危险。学者们容易忽略这一问题的严重性。像富勒那样将如一原则的困境简化为法律解释的疑难，[6]就是规避了问题的要害。正如前文力图表明的，如一原则的难以实现，归根结底首先是解释权的归属问题，其次才是解释学的推演问题，首先是实践和政治问题，其次才是理论和学术问题。

学术与政治的问题多为两难，鲜能得出截然的判断，或者归结为一个不留余地的价值原则。其中的艰难微妙，也远不是后世的议会政治、政党政治以及言论自由和结社自由所能尽解。这其实已经牵扯到了政道问题的探讨，牵扯到了道统、政统和治统三者关系的综合处理。如此题目本文无从多论，只能是说，古今的经验教训如果不能给我们太多直接的导引，至少可以提醒我们对此深思慎辨。

（四）法律执行的无私原则

[1] See *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951); *Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957); *Scales v. United States*, 367 U.S. 203 (1961); *Bond v. Floyd*, 385 U.S. 116 (1966); *Watts v. United States*, 394 U.S. 705 (1969). See also, James T. Patterson, *Grand Expectations: the United States, 1945-1974*, Oxford University Press, 1996, pp.165ff.
[2] See *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).
[3] 《战国策·赵三·秦围赵之邯郸》。
[4] 王夫之：《读通鉴论》，中华书局 1975 年版，第 1113 页。
[5] 《史记·李斯列传》。
[6] 参见富勒前注，第 77—80 页。



总的来说，无私原则强调的是法律执行的公正问题，是吏治问题。“无私”的意思就是公正，所谓“背私谓之公。”[1]私的两个含义——自私和偏私——的反面，正好对应着“公”和“正”：“公”即超越私利，“正”即不存偏私。从《商君书》各篇中对“私”的讨论来看，孝公难题所谓之“无私”，既能关乎“私议”，也可指涉“吏治”。但“吏治”明显是更为根本和关键的问题。在商鞅看来，国家如果能够“开公利而塞私门”，严惩官员的徇私舞弊，国民就会不再寻求旁门左道，转而一心一意遵纪守法，这样就能自然实现民富国强。[2]因为官员如果不向民众谋取私利，那么民众就不至于疲弊，就有时间发展生产、繁荣经济。[3]我在上一章讨论了普通官员以及行政机构的执法公正问题，这里将围绕另一问题展开讨论：专职法官的司法公正。

专职司法及其独立与公正，归根结底也是为了解决吏治问题。商鞅实际上在两千三百年前就指出了，司法独立的意义并非来自司法内在的性质，而在于制约官员枉法这一法治和现代官僚制的外在需求。除了我在本文第一章曾讨论过的商鞅建立专职司法制度的基本设想，此处还要强调，商鞅在普通官吏之外另设专门的法官法吏，指向的靶心就是如何确保普通官吏和平民百姓一样遵守法律。《定分》中普通官吏之外另设专门的法官法吏虽然在当时未必能够通行，但是其理念却正好应对了制约官僚集团的迫切要求。在商鞅看来，只有“吏民知法令者皆问法官”，只有官员和百姓都是而且都知道对方是从独立于自己的法官那里获得法律指导，才能做到官员百姓人人知法守法：“吏不敢以非法遇民，民又不敢犯法”。[4]商鞅的分析深合后世博弈论的道理：虽然官员和百姓都有“守法”和“违法”两种策略，但是由于独立“法官”制度保证法律成为了官员百姓的共同知识和对称信息（“天下之吏民皆明知”法律），使得任何一方的违法行为都难逃对方的追究，因此[百姓各安本分，官员遵纪守法]这一策略组合就构成了一个稳定的“纳什均衡”。[5]

不过，这一制度设计势必带来进一步的难题：法官的腐败问题。制约其他官吏的法官法吏就不会徇私枉法么？他们误导欺瞒百姓怎么办？他们和普通官吏勾结在一起贪赃枉法、欺下瞒上怎么办？如何确保法官法吏“如一而无私”的传达和解释法律呢？

总的来说，商鞅提出的是严刑峻法保障下的一整套制度。这套制度和现代一样指向的是法官素质和法官职责两个层面。首先，是要求法官牢记法律，保证专业素质。如果法官不幸忘记了某条法律，就按照该法律规定的刑罚论处。商鞅还考虑到，会出现法官离职或者病死的情况，所以还建议，新任法官必须在规定的标准下、在规定的期限内掌握法律，如果没有达到上述要求，

[1] 《韩非子·五蠹》。
[2] 《商君书·壹言》。
[3] 《商君书·垦令》。
[4] 《商君书·定分》。
[5] 参见艾里克·拉斯缪森：《博弈与信息》，王晖、白金辉、吴任昊译，北京大学出版社 2003 年版，第 17—19 页。

也要依法治罪。商鞅特别对更改法律内容的情况严惩不贷，哪怕是仅仅增减了立法中的一个字，杀无赦。[1]这些措施和今天的法学院教育、司法考试一样，确保了法官的专业水平。实际上，上述制度也潜在地构成了一种法官素质的筛选机制。因为那些不聪明、不勤快因而业务能力不强的人不但不可能胜任，而且即便出任也会随时被淘汰出法官队伍。考虑到当时的法律都是以死刑肉刑为惩罚手段，如果我们今天的法官生活在当时的秦国，恐怕会有一大批没手没脚甚至没脸没命的了。这就从进入和淘汰、筛选和惩罚两个层面保障了司法人员的从业素质问题。其次，是要求有问必答，从而保证法律的有效传达。如果法官不告诉官员百姓所问的法律，就和忘记该法一样，也要处以该法律规定的刑罚。[2]惩罚的力度要远远比今天惩治司法不能和司法腐败的措施严厉。而且根本不考虑是否有主观意图，是否贪污受贿，是否造成了社会危害。

这些制度内容相比现代司法体制当然简陋，但背后的道理却并不粗浅。我们如果稍加归纳就可以看到，与整个官僚体制的设计一样，商鞅这里勾勒的司法制度实行的是客观评价机制和法官个人责任。

不难看出，之所以不考虑任何主观意图而强调客观标准，主要是出于对司法腐败的高度警惕。如前所述，越是变法，越是新法初立，就越容易产生藏纳司法腐败的空隙。特别是在地方层面上，各地的豪强显贵很容易通过收买法官来左右法律的实际运作，借机徇私枉法。因为，这时候新法还没有给与人们普遍的预期，司法者如何适用法律，除了立法者之外没有其他的力量加以监督，不像一项已经延续了几十年上百年的制度，每个依赖于这项制度的人都会监督和捍卫这项制度。因此，也许增删的字句根本无关紧要，但关键是不能赋予法官增删法律内容的权力。因为一旦开了这个口子，立法者就必须去判断法官的增删是否紧要。这种管理成本将会非常之高，而且很容易悬而未决。因为这背后又涉及到谁有资格评判是否“紧要”以及什么是评判是否“紧要”的标准和规则，这就很容易招致其他势力借口于此插入进来。这样立法者就是在自找麻烦。历史已经不只一次提醒，变法过程中各方势力注定要千方百计插手新法，攫取利益，施加影响。放任如此，则法治最终必定只能是徒具空文。

那么，如何知道法官严格遵守了上述客观标准了呢？商鞅考虑的很周到，他设计的制度要求严格的文字记录。每次问答都要制作两份“券书”，问者和法官。而且规格统一：“六尺之符”，而且时间严明：“明书年月日时”——一直精确到时辰，这甚至比今天的法院判决书的时间记录还要精确。[3]而且，加印密封。这实在是极其现代的官僚体制的治理模式！

这因而隐含了一种非常现代的司法制度——个人责任的司法制度。上述

[1] 《商君书·定分》。
[2] 同上。
[3] 同上。



文字记录和档案管理制度，就使得国家得以监督和追究每个法官的具体责任。这也是商鞅的这样一套严厉制度的最终落脚点：出现法律传达与法律原文有一丝一毫的差异，杀无赦的只是出错的法官本人，而不是株连其他法官。这一点当代中国的司法系统仍然没有做到。

而之所以控制的如此严密，不留丝毫余地，显然是对司法腐败的高度警惕。因为只要有小小的偏差，就会被钻空子，被腐败官吏和别有用心者利用。国家制度，千里之堤，须得时刻防微杜渐、小心贪赃枉法的蚁穴之患。

## 四、为什么“法官授法”和“禁屋藏法”

由此我们就易于理解：商鞅为什么如此敌视和严防法律的普及，究竟普法对于法治、至少是“专职法治”有什么样的危害，以至于除了任命专职“法官”传达和解释法律之外，还要以禁室、禁封、禁印与不赦死罪这样大动干戈的手段，来防范官员和民众亲视法律呢。

显然，如此作为的目的，不是要真的将法律束之高阁。否则立法干什么呢？商鞅这样做仍然是要解决法律如何准确传递的问题。他是不让人们私自查阅法律，而非不让人们知道法律。不让人们私自查阅法律，是为了让人们更准确的知道法律。进而，商鞅要解决的不仅是法律传达这样一个问题，而是着眼于对“孝公难题”中各个问题的系统性解决。商鞅在着手解决法律“明知”问题的同时，已然全盘考虑了“用之”、“如一”和“无私”等一系列法治的核心原则。

至关重要的是，不同于当代法学界的流行理解，商鞅认为，法律“明白易知”、“天下之吏民无不知法”的实现，不是由于法律的文字浅显和知识普及而使人们能够直接了解掌握。相反，法律之所以能够“明白易知”，官员百姓之所以能够“无不知法”，那是因为按照他的设计，他们获知法律的来源是去询问专职司法的法官，而不是自己直接查阅法律（原文是“吏民知法令者，皆问法官。故天下之吏民无不知法者。”）。[1]商鞅的这一思想，用现代的法律术语来说就是：实现法治的根本在于专职司法者垄断法律解释权，或者说，垄断司法权——对法律规则具体含义进行适用性解释的权力。而法律解释权，正如萨托利所说，和霍布斯所谓的主权者的命名权“同样重要。命名是手套，解释是手；利维坦也需要有个汉普蒂·邓普蒂，他告诉艾丽丝说，‘我在使用一个字时，它的含义，就是我打算让它有的含义。’”[2]

商鞅是现实的改革家。他认为法律含义的明确必须也必定要靠人和制度、而不是靠字和条文来维系。缘法求治，也许是缘木求鱼。他和秦孝公一样，深知徒法不足以自行。他尤其对文字的确定性深怀疑虑。他深知，法律条文

[1] 同上。
[2] 萨托利：《民主：多元与宽容》，冯克利译，载《直接民主与间接民主》，三联书店 1998 年版。See also Giovanni Sartori, *journal of democracy*, 1997, Vol. 8, Nov. 4, pp. 58-69.

不是法律本身，法律文字的“明白易知”绝非是法律的明白易知。不论立法者如何煞费苦心，法律中总归会有含混不清或者思虑不周的地方。法律需要解释，这是不可改变的现实。那些以为法律条文和知识的普及可以减少交易成本的人太过高估了文字和知识的确定性，也太过低估了法律文字不确定性带来的“成本”。事实上，法律含义的不确定性是现代法律的一个基本特点——法律不再像古代时候那样简单并且可以从基本的道德观念中推导出来，比如“杀人者死，伤人及盗抵罪”。刘邦“约法三章”这个例子反过来表明，商鞅变法在“现代化”秦国的法律时，产生了法律复杂化和陌生化的问题。[1]这是为什么秦孝公会特别关心法律的“明知而用之、如一而无私”问题、为什么商鞅会特别在意法律含义确定性问题的原因所在。

而且，即便法律本身可以制定得明确无误，但是因为人心各异，因此理解起来也总归会有偏差，会有分歧，会有争议。商鞅特别举了读书的例子来说明这个道理：[2]

> 今先圣人为书而传之后世，必师受之，乃知所谓之名。不师受之，而人以其心意议之，至死不能知其名与其意。（先哲著书立说，使之流传后世的方式，一定都是老师学生之间口耳相传。如果不是由老师亲授弟子，而是任由后人按照自己的心意加以揣测，那么他们就是读到死，也不可能明晓其本意）

因为读者早因为各抒己见并且各持己见，而把著书者本来的意思涂写得模糊不清了。本文在解读《定分》一文时遇到的问题再好不过的印证了商老先生的高见。比如第一章注释中提及的关于《定分》作者的争议，再比如下文马上要探讨的那个“愚”字的确切含义。

知识的传授依赖于权力的专一；法律知识也不例外。如果没有解释权力的垄断作为基础，法律的文本解释最终只能导致法律解释本身的无效。因而法治的关键就在于如何确保法律的确定性不被法律知识的扩散和随之而来的法律解释权的散落所瓦解。商鞅看到，如果法律的最终解释权不能真正垄断和掌握在主权立法者手中，那就是人人都可以自行解释法律、都自以为是法律解释和司法决定的权威。如果人人都可以自行解释法律、都自以为是法律解释和司法决定的权威，那就会人人都有自己关于法律的“说法”。如果人人都有自己关于法律的“说法”，那么最终的结果就必然是没有法律。所以商鞅人为，只有设置密封法律的、壁垒森严的“禁室”，使人们没有胆量也没有机会窥探法律，才能确保“天下之吏民虽有贤良辩慧，不能开一言以枉法”。[3]只

[1] 不妨将“现代化”作为一个非历史意义上的解读，也就是说，将“现代化”理解为对所有致力于变革旧体制适应新情况的过程。秦国的商鞅变法，相对于秦国当时的制度与习惯，也是一种“现代化”。关于“约法三章”，参见《史记·高祖本纪》。
[2] 《商君书·定分》。
[3] 同上。



有通过设立专司法律的“法官”，作为天下吏民的老师，传授法律的真谛，法律才是真正的“明白易知”，才能做到“知诈贤能者皆作而为善，皆务自治奉公”。[1]

相反，法律一旦张榜公布、大白于天下，变成了人人都可评判和解说的对象，人们必定会因为各有自己的解释，各执一词、莫衷一是。如此一来，法律虽然制定和颁行天下，但是天下人反而无法知道到底什么是“法律”，法律的“明知”反而无从实现。如此一来，法律的普及非但无助于人们依靠法律来弥合矛盾、化解纷争，而且反而会制造矛盾、导致人们对法律本来含义的不断纷争。[2]其结果，商鞅甚至“危言耸听”地说，只能是法度废弛，天下大乱：“奸恶大起、人主夺威势、亡国灭社稷”。[3]

这就是为什么商鞅认为，只有专职司法者垄断了法律解释权，只有通过一条密封的法律传输通道，法律才能够迅速、准确、有效、统一地传递到每个被官员百姓手中，秦孝公担心的一应问题才能全部迎刃而解，法治的四个基本原则才能全部实现，变“法”也才能因此达致法“治”。

是的，商鞅是首先从法治之“治”、而非法治之“法”出发，设计了一整套经由法律达致善政的法治方案。专职法治不是缘“法”求“治”，而是以“治”成“法”。商鞅着眼于“治”，不是因为商鞅不重视“法”。相反，是太重视了：[4]

> 法令者，民之命也，为治之本也，所以备民也。为治而去法令，犹欲无饥而去食也，欲无寒而去衣也，欲东而西行也，其不几亦明矣。

在商鞅这个“法家”看来，法律是“民之命”、“治之本”。要想抛开法律来追求善治，就如同不吃饭而想不挨饿，不穿衣而想不受冻，显然是荒谬的。因为“不待法令绳墨而无不正者”，千人万人中才有一个；那样的圣人，不能当作法治的起点。而好的统治必须着眼于天下的芸芸众生：[5]

> 夫不待法令绳墨而无不正者，千万之一也。故圣人以千万治天下。故夫知者而后能知之，不可以为法，民不尽知。贤者而后知之，不可以为法，民不尽贤。

所谓“天下熙熙，皆为利来，天下攘攘，皆为利往”，[6]普通的官员百姓都是追名逐利之辈，也就必定纷争不断。因此，只有也只能依靠“法治”，依靠法

[1] 同上。
[2] 同上。
[3] 同上。
[4] 同上。
[5] 同上。
[6] 《史记·货殖列传》。

律的奖惩，使之趋利避害，从而定分止争。

但是，正是因为法治的落脚点是熙熙攘攘的名利之徒，而不是“从心所欲不逾矩”的圣人，违法就是常态，守法才是例外。也就是说，立法带来的结果很可能是违法的人更多，守法的人更少。正是在这里，我们可以看到商鞅这一法治方案的更深一层的考虑：法律知识的弥散不仅会破坏法律的统一与实效，而且会败坏民众循规守法的敦厚习惯，从根本上颠覆统治的基础。尽管作为“法家”，商鞅并不承认儒家所批评的“民免而无耻”[1]的法治弊病，但是对于淳化民风的治道却也极其看中。他说，“民愚则易治也，此所生于法明白易知而必行。”[2]

以往，人们往往把商鞅的这一观点贬斥为“愚民政策”而打入另册。其实，联系上下文可以知道，这样的理解不尽全面。这里的关键是对“愚”的理解。按照学者的注释，这里的“愚”字含义有二，一是安分，二是守法。

尽管“愚蠢、愚昧”之意是现代中国人对“愚”字最为常见的理解，“愚”的本来含义中却还包含着“敦厚、朴实、安守本分”的意思。[3]《商君书》中多有同一用法，比如“民不贵学则愚，愚则无外交，无外交则勉农而不偷”(《垦令》)；“民愚，则易力而难巧；世巧，则易知而难力”(《算地》)；“民愚，则力有余而知不足；世知，则巧有余而力不足”(《开塞》)，等等。这其实是法家一派基于愚知之辨对“愚”字引申的特殊用法，比如《韩非子•诡使》：“守法固，听令审，则谓之愚”；《管子•君臣》：“君明、相信、五官肃、士廉、农愚、商工愿，则上下体而外内别也”。不过褒贬色彩上有所差异。其他学说中也有类似的用法，最著名的是《列子•汤问》中“愚公”与“智叟”，再比如《老子•第三十八章》：“前识者，道之华。而愚之始。是以大丈夫处其厚，不处其薄；处其实，不处其华”；《论语•阳货》：“古之愚也直，今之愚也诈而已矣”；《墨子•非命》：“繁饰有命，以教众愚朴人久矣”；《荀子•不苟》：“知则明通而类，愚则端悫而法”；《孔子家语》：“故《诗》之失愚，《书》之失诬”，王肃注：愚，敦厚。《说文解字》的解释是“愚，戇也”，并且“愚”、“戇”二字互训，实际上都多少隐含了憨厚朴实之意。

换句话说，愚确实有“无知”的意思，但这个“无知”是“知之为知之，不知为不知”之意，和《定分》后文说的“巨盗谨悫，而各自治”，[4]《开塞》中所谓的“古之民朴以厚”，[5]是一个意思。上引《论语•阳货》道破了古今读者对于“愚”字的不同理解：“古之愚也直，今之愚也诈”。其反意是“知”，通“智”，与今天博学智慧的意思有所不同，在古文中常常还有“钻营取巧”、

[1] 《论语・为政》，见《论语集释》，程树德撰，中华书局 1990 年版，第 212 页。本文所引《论语》均为该书页码。特此说明，以下不再注出。
[2] 《商君书・定分》。
[3] 有关《定分》中愚字的这一含义，参见《商君书评注》，中华书局 1976 年版，第 296 页。
[4] 《商君书・定分》。悫：厚道、朴实。又如《韩非子・外储说左上》：“夫称上古之传颂，辩而不悫”；《荀子・非十二子》：“高言谨悫”，见《荀子集解》，王先谦撰，中华书局 1988 年版。
[5] 《商君书・开塞》。



“奸猾狡诈”的贬义，比如《定分》中所谓的“知诈贤能”[1]，以及《老子》所谓“民之难治，以其智多”[2]。事实上，除了“安守本分”这一一般性的意思，在《商君书》中“愚”、“朴”、“弱”等字，都包含了一个特定的含义，那就是“守法”。“民愚”、“民朴”、“民弱”都是指民众遵守法律的状态。[3]其实，在《定分》中，无论是将“愚”字理解为安分还是守法，都是一个意思。既然商鞅将法律的功能理解为“定分”，那么官员百姓遵守法律的状态也就是“安分”。这是商鞅法理学的精髓所在：安分始能定分，守法才有法治。

即使从自由主义的立场来看，“守法”习惯的养成也并不等同于“愚民”。现代自由主义的经典代言人约翰・斯图加特・密尔就认为“守法”是所有健全统治的前提：[4]

> 就其最狭的意义说，“秩序”意味着服从。……凡是不能使人民遵守他的法令的人，就不能说是在统治人民。……政府应得到人民的服从，这是必要的条件。

何况，商鞅不但是把官员百姓的“守法”习惯看作是建立法治本身的必要条件，而且也将之视为民众根本利益之所系，强调只有专法于“法官”、“以为天下师”，才能“令万民无限于危险”。[5]这就更不能单从“愚民”的角度加以理解。

商鞅这句话是想说明，法律明确、执法严明，官员百姓就不会失了“厚道”，为了追名逐利而成为违法乱纪的“恶吏”、“刁民”。如此翻译成白话文，这句话的意思就明白顺畅了：“老百姓遵章守法就易于秩序井然，这有赖于法律的明白易知和有效实行。”用今天的话来说就是，法律解释和适用的明确统一，有助于维护人民遵守法律的习惯，进而有助于法治的形成。这就是商鞅借助“兔喻”所讲的定分与守法的辩证关系：[6]

> 一兔走，百人逐之，非以兔为可分以为百，由名之未定也。夫卖兔者满市，而盗不敢取，由名分已定也。故名分未定，尧舜禹汤且皆如鹜焉而逐之；名分已定，贪盗不取。……故夫名分定，势治之道也；名分不定，势乱之道也。故势治者不可乱，势乱者不可治。夫势乱而治之愈乱，势治而治之则治。故圣王治治不治乱。……故明主因治而终治之，故天下大治也。

[1] 《商君书・定分》。
[2] 《老子・六十五章》，见《老子校释》，朱谦之撰，中华书局 1984 年版。本文所引《老子》均出自该书。特此说明，以下不再注出。
[3] 参见《商君书注释》，高亨注释，中华书局 1974 年版，第 42 页注 1，第 155 页注 1；《商君书锥指》，蒋礼鸿撰，中华书局 1986 年版，第 27 页附注。
[4] 约翰・斯图加特・密尔：《代议制政府》，汪瑄译，商务印书馆 1997 年版。
[5] 《商君书・定分》。
[6] 同上。

一如前述，从法治的角度来看（这一限定很重要），不养成守法的习惯，就是在养成违法的习惯。商鞅真正担心的是，纵容人们对法律的私议和非议，必定导致刁民恶吏乘机颠倒黑白、混淆是非、“以下为上”，从而败坏了社会的守法风尚和正常秩序，断送了法治必须的“如一”和“无私”。[1]与后世的卢梭一样，商鞅看到，民众的“守法德性”是统治的基础，立法者和变法者必须小心加以维护，防止法制的混乱败坏了民众的“纯朴心灵”。[2]不仅托克维尔所谓的民情（mores）会塑造法律，[3]法律也会反过来影响民情。一如前述，如果法律解释权不能垄断于一，法律就会变得模糊不清，难以令行禁止。这样，法律的含混就会使官员百姓产生钻营法律漏洞、图谋一己之私的激励。因为法律含混不清，伺机为恶的官员和百姓就容易曲解法律为自己辩护，“拉大旗作虎皮”，反把法律当作自己违法的借口。而且，因为法律的含混不清，就总会有人“打擦边球”，阳奉阴违，规避法律。久而久之，人们必定轻视法律，法治的权威也就在一次次“擦边”与“规避”中沦丧殆尽。尤其是，如果无法确定法律的明确含义，那么官吏就可以借机上下其手、覆雨翻云，而立法者和百姓们却碍于法律而束手无策，只能任由摆布。[4]到了这步田地，就不仅是有“法”无“治”，而且是因“法”害“治”。长此以往，即使原本奉公守法的人也会变成“钻法律空子”的见利忘义之辈。那就真应了老子的那句话：“法令滋彰，盗贼多有”。[5]

因而，法治必须力图避免法令的“滋彰”。避免法令滋彰，关键不在于减少法律，而在于从实质上防止法律“滋彰”流溢到百姓官吏之中，成为街谈巷议的对象，进而成为混淆黑白、欺上瞒下的工具。也就是说，法治必须通过专职司法者对法律权力的垄断来避免法律知识和相应法律解释权的扩散，从而避免因法律含义“异而无定”而导致的恶吏刁民趁机为害于世的祸患。这就是为什么商鞅力主“专职法治”，一方面钦命法官执掌法律，另一方面以种种非常手段禁止法律流落民间，以严刑峻罚禁绝吏民对法律的自行查阅和解读。

由此可以理解，商鞅提出的“法官授法”和“禁室藏法”这一制度设计，贯穿了“明知”、“用之”、“如一”和“无私”四个法治基本原则，体现的是对法治建立之“孝公难题”的通盘思考。商鞅一以贯之的核心思想，就是通过专职法官垄断法律解释权，来实现普通官员和一般公众对法律的准确了解和严格遵守，实现法律实施的协调统一和公正无私。

[1] 同上。
[2] 卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆 2003 年版；《爱弥儿》，李平沤译，商务印书馆 2001 年版。
[3] 托克维尔：《论美国的民主》，董果良译，商务印书馆 1997 年版，第 315 页。
[4] 《商君书·定分》。
[5] 《老子·第五十七章》。



## 五、商君思想的普遍意蕴

尝思王船山治史之要，深以为然：“以古之制，治古之天下，而未可概之今日者，君子不以立事；以今之宜，治今之天下，而非可必之后日者，君子不以垂法。”[1]虽不敢妄比君子，但以我有限之学，窃以为商鞅对于变法与法治问题的深刻洞见，的确可谓“无不可以此理推而行”、“无不待此以得其宜”，[2]足以概今必后，立事垂法。

商君思想中前述法治原则贯通古今的普遍意蕴，既体现在其实践和理论的贡献上，也体现在其自身的思想局限之中。所有这些贡献和局限，皆因其所针对的历史语境与当代中国法治进程的相近相通，而对中国学人包括法律学人格外珍贵。如何回答、如何妥善解决上述四项法治原则提出的抑制权贵（“明知”）、自觉守法（“用之”）、同等实施（“如一”）和执法公正（“无私”）这一应问题，不仅关系到特定制度的兴革存废，而且影响着国计民生的长治久安。

因此，即使孝公难题提出的法治四原则原本并未追求任何理论贡献，但是其对我们完善和发展法治理论无疑具有重要的启迪。前述西方法治理论对法治的基本描述，主要是对自己偏爱的那种法治状态的理论提炼，不过是对他们自己地方性和历史性生活经验的普世化和超验化。[3]相比之下，这些原则及其背后的法治思想既突破了西方学者生活世界的局限，反衬了西方法治理论中未能留意或者未加阐明的基本法治问题，又超越了自身所处的特定法治阶段的局限，揭示了法治建立过程与法治完备状态之间的基本差别和潜在联系，从一个动态的法治进程中提炼总结了法治的基本问题和要义。这些问题和要义，虽然远未涵盖法治建立面临的所有问题，但是却对有关法治的首要问题做出了提纲挈领的精彩概括。这些真知灼见显示了提问者对法治逻辑的深思熟虑。能提出这个问题，能在如此简短的文字中表达如此丰富深邃的法治思想，绝非庸常之人朝夕可得。

当然，思想的光亮也有“路灯下最黑”。四项法治原则是在给定“孝公难题”的前提下得出的结论，而孝公难题是一个由主权立法者——秦孝公——提出的法治问题，也就必定受此限制。这也是为什么主权性质（比如君主制还是民主制）及其与法治的基本关系问题，法律学人同样关切的法治以外的其他价值（诸如自由、人权）问题，都在孝公难题中并未提及。诚然，正如前述西方学者同样认为的，法治的功能并不在于冲突利益的协调和多元价值的统合。但是，这确实是法家思想以及法治模式自身的固有问题：由于搁置了对主权和主权者问题的探讨，取消了政治合法性的外在评判，政治蜕变得

[1] 王夫之前注，第 1112 页。
[2] 同上。
[3] 戴雪说得坦诚：他总结的三大法治原则只是英格兰法治的独有特点。See Dicey, note above, pp. 179-181.

治多政少，徒然局限于如何实现主权者意志这一实证主义目标及其工具主义效果。历来论者诟弊秦国帝制的暴政，将之归因于法家和法治，虽然有失偏颇，却亦不无道理。而且，就算法治并未沦落为暴政，但依然存在着托克维尔担心的民主法治结合之后产生“温和专制”（mild despotism）。[1]这些都是各个时代的法治主义者需要自觉自省之处：法治既可以强国利民，也可能助纣为虐。

用法治话语来说，商鞅悬置或者忽略了法治的“良法”问题。一方面，变法必定会导致法律的良莠不齐，导致法律的合法性受到普遍质疑。《史记》中也有直接的记述，所谓“令行于民期年，秦民之国都言初令之不便者以千数。”[2]但是另一方面，良法与否又需要时间的检验。否则就无法进行变法。一如前述，人们总是可以通过评判法律的善恶来阻止或者扭曲变法，而且究竟何为裁断善恶的评判标准，往往受制于相关者的既得利益。因此，必须留给新法一段足够的时间，以观“后效”——事后的效果。至少对于作为实践问题的法治建立而言，是否良法要从后果上看，而不是基于某种价值判断或者自然法审判。因此在商鞅看来，在新法初行的一段时间里，必须禁止对良法问题的讨论，将良法问题留给“实践检验”：得到遵守的法律就是良法，反之就不是良法。就这么简单。也就是说，商鞅实质上取消了变法阶段的良法问题。

取消了变法阶段的良法问题，实际上也正是中国当代法治改革的时间选择。改革、创新和修法，总是具有无可置疑的天然正当性。这就是我为什么要从“商鞅”的法治思想开始我们关于法治两条道路的讨论。这就是我为什么不一开始就从“西方法治”这个法律人更容易心悦诚服的例证出发，而是从“先秦法家”这个历来饱受抨击的思想流派、从商鞅这个千百年来备受争议的人物谈起。本文希望一开始就提醒如今已然日益增多的、主张法律人专家治国的人们，不要只看到专职法治的好处，重蹈了历史的覆辙。事实上，我之所以选择“专法之治”和“专职法治”这样的说法，也是希望借助“专法”、“专政”乃至“专权”、“专制”在字面上的关联，显示出其在统治方式上的内在相似性。[3]

虽然秦孝公的问题究竟如何回答，商鞅的方案应当怎样评判，可以儒家见礼，法家见法，今古西东，各有不同；但毫无疑问的是，我们必须回答和评判。这也是以下章节将要继续探讨的问题正如我一再强调的，孝公难题，不是古代秦国一时一地的个别问题，而是任何以立法打破旧规则、确立新秩序的制度改革——不论是法治、礼治，是德治、人治，还是政治、经治——都要面对的普遍问题。孝公难题提出的是一个真正的“法理学问题”：法和治

[1] See Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, trans., ed., and with an introduction, by Harvey C. Mansfield and Delba Winthrop, The University of Chicago Press, 2000, pp. 662-663.
[2] 《史记·商君列传》。
[3] 托克维尔就暗示了法治可能是一种“温和的专制”（the mild despotism）。参见托克维尔前注，第876页。



的关系问题。

孝公难题提出了一系列问题，而没有提供任何确切的答案。但是表明而非回答这些问题，正是孝公难题具有普遍意义的原因所在，也是孝公难题的贡献所在。特定答案往往针对着因而局限于特定历史语境和现实问题。反倒是问题本身，可以跨越数千年历史时空的浩渺悠长，重新在当代产生深沉的回响，不断激励也拷问后人给出自己时代所能得出的最好回答。孝公难题的意义因而绝不仅是一段腐烂发霉然而价值不菲的帛书竹简，而是先人留下的一笔政治遗产，饱含着法家的政治智慧和历史的经验教训。

孝公难题中隐含的启迪和教训，绝非仅仅源自提问者的天才横溢或者私心作祟，而是来自其所赖以产生的那一特定语境本身的超越性和局限性。

一如前述，孝公难题之所以具有超越特定语境的普遍意蕴，在于其所处的历史语境恰好是人类历史上的第一次现代性开端。孝公难题的提出本身，标志着商鞅变法的“现代性”。本文赞同许多历史学家的判断：早在战国时期，中国便开始遭遇了西方二十多个世纪之后才开启的现代性进程，开始迈向了一个广土众民的统一大国。[1]相比人类历史上第二次现代性展开，孝公难题显示了突出的“政治早熟”品格。商鞅变法和孝公难题的现代性更多体现在制度和政治层面，是一种“制度现代性”或者说“政治现代性”。虽然比起西欧十七世纪前后开启的第二次现代性浪潮在广度和深度上都有所不及，但是就其所处的时代本身而言，也已然是“千年未有之大变”。早熟的中国政治和法治，在一个以奴隶经济和农业经济为主体的社会经济条件下，[2]就建立了一整套以国民个体为基本治理单位的统治模式，努力将国家权力的触角借助法律的传递深入到社会基层的底部，空前提高了政治动员和组织能力，最终奠定了一个统一多民族国家的政治基础。对比欧洲，我们应当承认，这本身就是一个了不起的成就。

也是在这个意义上本文认为，中国古代在学术上与西方现代政治法律理论颇为切近的是法家思想，在实践上与西方现代政治颇为类似的是法家政治。商鞅变法前后的秦国和西方近代与当代中国一样，面临着一个地域广阔、人口稠密、组织复杂、交往频繁的“现代”社会的诞生，面临着其所带来的前所未有的实践要求和理论挑战；由此提出的法治的孝公难题，关切和探索的是如何建立一个适应“现代”社会治理特点的“现代法治”问题。以往认为法家的法治和西方的法治不可通约，认为法治仅仅是启蒙的产物或者专属于西方传统，是将古今中外的法治思想和法治实践过于截然地对立和割裂开来。

[1] 参见韦伯：《儒教与道教》，商务印书馆1997年版，第二章；赵鼎新：《东周战争与儒法国家的诞生》，夏江旗译，华东师范大学出版社、上海三联书店2006年版，第一章；阎步克前注，第一章；Victorial Tin-Bor Hui, “The Emergence and Demise of Nascent Constitutional Rights: Comparing Ancient China and Early Modern Europe,” *Journal of Political Philosophy*, Vol. 9, No. 4, Dec. 2001, pp. 373-403; Charles Tilly, *Westphalia and China*, Contentious Politics Series, 1998, available at http://www.ciaonet.org/wps/tic11.
[2] 参见裘锡圭：《战国时代社会性质初探》，《古代文史研究新探》，江苏古籍出版社2000年版；杨师群：《东周秦汉社会转型研究》，上海古籍出版社2003年版，第一章。

政治早熟一方面意味着法治的提前诞生，意味着国家统治和治理能力的高度发达，意味着统一和稳定带来的社会福利；但是另一方面，正如个人的早产早熟往往意味着更早经历人间苦楚一样，一个民族的政治早熟也蕴含了其自身的悲剧。现代法治或者说变法之治由于致力于改造社会人心、推动历史进程，因此势必依赖于强大的国家力量。然而法治依赖于国家强力，势必就要受制于统治资源。而统治资源毕竟非能凭空而来，而是需要从国家内外聚集，除了像战国各国以及西方早期列强那样靠战争对外掠夺之外，就只能靠国内征敛来实现。但是无论国内国外，社会全面发展的现实条件决定了承受的限度。这个限度因而限制着法治这一治理模式的适用程度，一旦突破了这个承受限度，法治对于国家社会、主权国民都将成为灾难：实现法治所需的庞大统治资源因而可能耗尽国力，反过来成为一个吞噬社会的恶兽。回顾历史，法治现代性的过早成熟，既是促成强大秦国统一天下的前因，也导致了残暴秦朝二世而亡的后果。

这是孝公难题背后蕴含的又一个“难题”，是法治本身固有的制约因素。法治，毫无疑问是人类历史上治理最为精细周密、因而最为消耗统治资源的一种治道。秦国的历史帮助我们看到，试图支配国民个体的现代法治和以家族甚至封君为基本治理单位的传统统治模式，在统治资源的仰仗和耗费上有着天渊之别。西方现代早期所以一度奉行以启蒙思想为指导的常法之治，中国古代所以长期德主刑辅，一个重要并且直接的原因都在于治理资源不足。[1]

因此孝公难题之难，实在于现代法治之于中国之难。回首往昔，人类历史上从未遇到过如此艰难的实践事业。两千多年前的秦国不论，那些主要西方“大国”刚刚进入现代之时，其历史大多不足中国十分之一，方圆不足中国百分之一，人口不足中国千分之一，尚且历时三百余年，经受两次世界大战，才通过对外侵略和国内资本主义经济的迅猛发展，积累起能够担负一个以个体国民和基层社会为治理极限的官僚法治。而当代中国，这样一个有着几千年文明历史、幅员上千万平方公里、占世界人口四分之一的大国，要推行革故鼎新、精微治理的现代法治，如何能够轻易实现。中国政治法律体制的深入改革势必道阻且长，而前辈成就的灿然斐然亦无可担保后辈事业的任重路险。

只是，任何困难都消磨不了一个悠久民族的大国心志。那个激励了当年秦孝公和商鞅的大国传统，也同样激烈着现代和当代中国的仁人志士。他们会和秦孝公一样，在内心深处于自己家国的屈辱落后“丑莫大焉”、“常痛于心”，[2]因而有知耻之勇，自强之志；会和商鞅一样，甘愿抛开个人荣辱、身家性命，以亲手改变一个国度、乃至一个世界的历史命运，使这个国度再度拥有强盛、富足、文明和荣耀，重新在文化和精神上自立于世界民族之林。

[1] 参见霍尔姆斯、森斯坦：《权利的成本——为什么自由依赖于税》，毕竟悦译，北京大学出版社 2004 年版；苏力：《法律与文学——以中国传统戏剧为材料》，三联书店 2006 年版，第 249 页注 36。
[2] 《史记·秦本纪》。



正是因为有鲁迅所谓一代代埋头苦干、拼命硬干、为民请命、舍身求法的民族脊梁，[1]我们这个曾经积重难返、千疮百孔的“老大帝国”，深处内忧外患一百多年，才能携泰山以超北海，半个世纪里迎头赶上；才有梁任公描绘之“少年中国”，如潜龙腾渊、乳虎啸谷，其前途似海、来日方长！[2]

这是孝公难题中无言的雄心壮志，当与天不老。这是法治进程前壮丽的美景宏图，愿与国无疆。

[1] 鲁迅：《中国人失掉自信力了么？》，载《且介亭杂文》，人民文学出版社 1973 年版，第 94 页。
[2] 梁启超：《少年中国说》，《饮冰室合集》第二册，上海中华书局 1936 年版，饮冰室文集之五，第 11-12 页。

# 百年中国的新法家思潮

喻 中*

**内容摘要**：自清末以降，“新法家”作为一种法政思潮，已经或隐或显地流淌了一个世纪。“新法家”思潮中“隐”的一面，主要体现在章太炎、梁启超、刘师培、沈家本、陈独秀、吴虞等人的著述中；“显”的一面，主要以陈启天为代表。“新法家”思潮在现代中国的兴起，既是“新战国时代”背景下的一种思想文化现象，同时也是一种具有普遍性的法政实践。

**关键词**：新法家；新战国时代；陈启天；评法批儒；富国强兵

只要提起现代中国的新儒家，人们的脑海里总能浮现出一系列个性鲜明的学术思想人物：梁漱溟、熊十力、马一浮、张君劢、方东美、钱穆、冯友兰、贺麟、唐君毅、牟宗三、徐复观，以及杜维明、刘述先、成中英、蔡仁厚等等。但是，如果说到“新法家”，一些人就不免惊诧：“新法家”是什么？现代中国有一个和新儒家比肩而立的“新法家”吗？如果回答是肯定的，那么，谁又是“新法家”的代表人物？“新法家”的核心思想又是什么？以及，相对于二千多年前的法家学派或曰“旧法家”，现代中国作为一种思潮的“新法家”又“新”在何处？

## 一、或隐或显的“新法家”群体

两千年以降，针对春秋战国时代的法家学派及其代表人物，已经积累下来的研究文献堪称汗牛充栋。不过，在当代公众的潜意识里，甚至在一些学人眼里，所谓法家，基本上就是故纸堆中的一个“学派”、百家争鸣中的“一家”。法家学派及其代表人物虽然讨论过“法”、“术”、“势”之类的基本概念，提出过“以法治国”之类的政治主张，但毕竟都是一些尘封已久的陈旧话题，与20世纪的中国现实，尤其是与当下的现实，似乎并没有什么直接的关联。[1]然而，只要穿越一层又一层的学术思想迷雾，我们还是可以发现，在现代中国的思想河流中，总有那么一股若隐若显的“新法家”思潮，一直在涓涓不息地流淌着。这里所说的“若隐若显”，恰好可以描绘现代中国“新法家”的两种形态：“隐匿的新法家”与“显现的新法家”。

其中，“隐匿的新法家”主要由一些认同传统的法家学说、正面评价传统法家思想的人物构成。这些人一般不打出“新法家”的旗号，甚至也不以“新法家”自居——就像钱穆不以新儒家自居、甚至拒绝别人给他贴上新儒家的标签一样。[1]不过，“隐匿的新法家”尽管自己不打出“新法家”的旗号，却并不妨碍后来者从思想史研究的角度，把他们归诸“新法家”的行列。在现代中国的思想舞台上，这些“隐匿的新法家”持续不断地踩着时代的鼓点，产生了重要的影响，在一个特殊的层面上表达了现代中国的思想诉求，也在较大程度上回应了现代中国的思想需要。

具体地说，“隐匿的新法家”群体中的代表性人物，大致包括章太炎、沈家本、刘师培、梁启超、陈独秀、吴虞，等等。他们的著作虽然主题不同，观点各异，但都从不同的侧面表达了他们对于传统法家学说的认同甚至推崇。正是在这个意义上，可以把他们称为“隐匿的新法家”。

先看章太炎（1869—1936）。[2]章太炎以国学大师闻名于世，但是，他在1898年写下的“商鞅”一文，却是一篇典型的“翻案文章”，[3]其主要目的就在于为法家学派的代表人物商鞅正名。文章开篇即为商鞅抱屈：“商鞅之中于谗诽也二千年，而今世为尤甚。其说以为自汉以降，抑夺民权，使人君纵恣者，皆商鞅法家之说为之倡。呜呼，是惑于淫说也甚矣。法者，制度之大名，周之六官，官别其守，而陈其典，以扰乂天下，是之谓法。故法家者流，则犹西方所谓政治家也。”这段话类似于今天所谓的“平反”或“恢复名誉”，试图为商鞅洗清二千年的不白之冤。在章太炎看来，商鞅的思想与实践应当给予高度的褒扬，因为，“鞅之作法也，尽九变以笼五官，核其宪度而为治本，民有不率，计画至无俚，则始济之以攫杀援噬，此以刑维其法，而非以刑为法之本也。”从结果来看，“商鞅行法而秦日富”，他既能“使民生”，又能“使民膏泽”，[4]这种利国利民的法家人物仿佛圣贤，绝不能等同于后来的以笔杀人、面目可憎的刀笔吏。

三年后的1910年，太炎又写下“秦政记”一文，对实践法家思想的“秦政”给予了积极的评价，他说：“古先民平其政者，莫遂于秦，秦皇负扆以断

---

* 首都经济贸易大学法学院教授。

[1] 需要说明的是，最近两年来，关于“新法家”的研究已经引起了法学理论界的注意。其中，程燎原教授的研究尤其引人注目，其代表性著作主要有：《晚清“新法家”的“新法治主义”》，《中国法学》2008年第5期；《论“新法家”陈启天的“新法治观”》，《政法论坛》2009年第3期；等等。比较而言，程燎原教授的研究主要是从学术史的角度，研究“晚清”的“新法家”，本文的论述主要是从思想史的角度，研究现代中国一百多年的“新法家”思潮。

[1] 参见余英时：《钱穆与现代中国学术》，广西师范大学出版社2006年版，第26页。

[2] 笔者在四川大学图书馆查阅章太炎的文集时，就是在有关法家学说的书架上找到的。这就表明，在图书分类中，章太炎的部分著作被归属于法家著作。

[3] 为商鞅“平反”的还有梁启超，他在《管子传》自序中写道：“商君、荆公，为世诟病，以迄今日”，“余既为荆公所‘洗冤录’，商君亦得顺德麦氏为之讼直”。见梁启超：《梁启超传记五种》，百花文艺出版社2009年版，第1页。

[4] 章太炎：《商鞅》，载汤志钧编：《章太炎政论选集》上册，中华书局1977年版，第68—72页。

天下，而子弟为庶人；所任将相，李斯、蒙恬，皆功臣良吏也。后宫之属，椒房之嬖，未有一人得自遂者。”“自法家论之，秦皇为有守。非独刑罚依科也，用人亦然。韩非有言曰：明主之吏，宰相必起于州部，猛将必发于卒伍。夫有功者必赏，则爵禄厚而愈劝；迁官袭级，则官职大而愈治”。正是因为秦始皇遵循了韩非的主张，使得“秦皇之与孝武，则犹高山之与大湫也；其视孝文，秦皇犹贤也。”太炎又说：“尝试计之，人主独贵者，政亦独制。虽独制，必以持法为齐。释法而任神明，人主虽圣，未无不知也。惑于左右，随于文辩，己之错置方制于人，何以为独制？”[1] 这些论述表明，章太炎认同法家学派的基本思想及其实践。

与章太炎齐名的刘师培（1884—1919）也有类似的看法。在1903年写成的“中国民约精义”一书中，刘师培把管子的治道类比于西方的法制。他说：“《管子》所行之政治，以立宪为主”，“且管子治齐，最得西人法制国之意，以法律为一国所共定，故君臣上下同受治于法律，而君主仅践立法者所定之范围。”至于“《商君》之说，虽流为专制。然即《修权》篇之言观之，以君位为主，以君为客，非以人君为国家之主体，仅以人君操国家之主权耳，与伯伦知理国家法人说，若合符节。”因此，“近人多轻视法家，以为尊君权之始，岂知法家限抑君权，无异于儒家之说乎。”[2]这就是说，商鞅的学说，与伯伦知理[3]的学说是相通的，其正当性自不待言。

比较而言，在舆论界影响深远的梁启超（1873—1929）则更加有效地弘扬了法家学说，因而可以视为“隐匿的新法家”阵营中的主要代表或主要发言人。1904年，梁启超写成了“中国法理学发达史论”一文，肯定了法家学说的现实意义。他说：“我国自三代以来，纯以礼治为尚。及春秋战国之间，社会之变迁极剧烈，然后法治思想乃始萌生。法治主义者，应于时势之需要，而与旧主义宣战者也。”梁启超在此所指称的“旧主义”，乃是相对于法家的“新主张”而言的，因为，“我国法律思想，完全发达，始于法家。吾故命法家为新学派。命法家以前诸家为旧学派。而旧学派中，复分为三，一曰儒家，二曰道家，三曰墨家。”通过这样的对比，我们可以发现，在梁启超的思想观念里，新旧之异，其实已经暗含着高低之分、优劣之别，因而，旧的儒家、道家、墨家实在远逊于新的法家。正是由于这种价值位阶上的不同，让梁启超做出了一个著名的判断：“逮于今日，万国比邻，物竞逾剧，非于内部有整齐严肃之治，万不能壹其力以对外。法治主义，为今日救时唯一之主义。”[4]在梁启超看来，足以充当救时、救亡、救国的灵丹妙药，只有法家学派的“法

[1] 同上，第499—500页。
[2] 刘师培：《〈中国民约精义〉案语》，载李妙根编选：《国粹与西化：刘师培文选》，上海远东出版社1996年版，第26-27页。
[3] 即Bluntschli，今译布伦奇里，19世纪德国政治学家。
[4] 梁启超：《中国法理学发达史论》，载范忠信选编：《梁启超法学文集》，中国政法大学出版社2000年版，第69页以下。



治主义”；要拯救危机四伏的中国，除了法家的法治主义，没有别的办法。[1]

陈独秀（1979—1942）是新文化运动前夕名副其实的思想领袖。作为一个“新青年”，陈独秀也看好法家学说，也认为法家学说优于儒家学说。1916年，陈独秀在《新青年》杂志上发表了流传甚广的“宪法与孔教”，文章认为：“阴阳家明历象，法家非人治，名家辨名实，墨家有兼爱节葬非命诸说，制器敢战之风，农家之并耕食力，此皆国粹之优于儒家孔子者也。”[2]可见，在陈独秀的观念里，法家是作为人治思想的对立面而存在的；在价值排序中，法家享有优越于儒家的地位。

至于“只手打倒孔家店的老英雄”吴虞（1874—1939），更是全面服膺法家学说。他称赞商鞅：“商君以为治国家人民，惟有法律而已；礼乐有害于国家”，“商君的理想，是要富国强兵”，概而言之，“商君是要使国人尽同胞的义务，从国家主权者绝对的命令对外去压服敌人，开拓疆土，有占优胜的大政治家；不是抱着人伦道德讲义本子当教习的人哩！”他又称赞韩非：“治民无常，惟以法治，法与时转即自治，法与世宜即有功”，“其思想之博大，义理之明晰，论锋之税利，实非儒家所及。”从历史影响上看，“商君、韩非的书，刘先主、诸葛亮并加称重，韩非反对旧道德言论的价值，也就可想而知了！”“然而古来儒家，多以诗书孝弟为个人要紧的事，对富国强兵的反转轻视，这真是不识时务”。[3]这种观点与梁启超推崇的“法治主义”具有同声相应、同气相求的效果。

此外，对新旧两种法律都有全面理解的沈家本（1840—1913）对于法家的“法治主义”也有较强的认同，他在“新译法规大全序”中写道：“管子曰：‘立法以典民则祥，离法而治则不详’；又曰：‘以法治国则举措而已’；又曰：‘先王之治国也，使法择人不自举也，使法量功不自度也’，其言与今日西人之学说流派相近，是法治主义”。[4]可见，沈家本也把管子的学说称为“法治主义”。

与上述“隐匿的新法家”不同的是，熊十力（1885—1968）本是新儒家的代表人物，但是，他对法家学派及其思想也有“同情式的理解”。尤其是在抗日战争期间，他对韩非学说多有论述，他说：“余虽不取韩子之为术，而深感其言有亟切于吾国当今之务者，略提二事。其一事曰韩子生危弱之国，而于外交则斥尽当时合纵连横二派之术，乃一以自恃而不待人为国策。……纵横之徒，或联与国，或事一强，皆恃人而不自恃，其速其亡。韩子两斥绝之。当时六国之天下，唯韩子一人独延两间生气于衰绝之余，其有功于造化者大

[1] 关于梁启超法治观念的详细论述，可参见喻中：《梁启超的“法治主义”：从救亡本位到启蒙本位的转变》，未刊稿。
[2] 陈独秀：《宪法与孔教》，载任建树、张统模、吴信忠编：《陈独秀著作选》第一卷，上海人民出版社1993年版，第225页。
[3] 吴虞：《道家法家均反对旧道德说》，载赵清、郑城编：《吴虞集》，四川人民出版社1985年版，第160—162页。
[4] 沈家本：《新译法规大全序》，转引自《中国法律思想史资料选编》，法律出版社1983年版，第881页。

矣哉！余确信古今有国者，苟自恃自爱而不自亡，则其并世任何强国决无可以倾覆之者。”“其二事曰韩子思振危亡之韩国，首以治吏为政本。……韩子所言，盖谓圣人守法而选用大臣，大臣则奉法而督责群吏，使各率其民而举其职，则治本立。故曰明主治吏不治民者，非不治民也，治亲民之吏而民已治矣，是摇木拊本，张网引纲之说也。”[1]在熊十力看来，韩非的现实意义主要有两个方面，一是自恃自爱，二是以治吏为政本。熊十力对于这两个方面的强调，在当时的抗战背景下，是有现实针对性的。

通过这些代表性人物的代表性言论，我们大致可以看到一种新思潮的轮廓：无论是章太炎式的国学大师还是梁启超式的启蒙思想家，无论是“新青年”陈独秀还是“新儒家”熊十力，他们相互之间也许都不能引为同道，但却奇迹般地包含了一个最大公约数，那就是，在“评法批儒”的主题上持有相似的立场：都贬斥儒家学说，都推崇法家学说，都要求进一步发挥法家学说的积极意义与现实意义。[2]在梁启超那里，法家学说的“法治主义”甚至还成了“今日救时唯一之主义”。由此可见，在 20 世纪初期，若干在思想界居于领袖地位的人物在不同程度上都是法家学说的认同者甚至是信奉者。

与“隐匿的新法家”群体相比，“显现的新法家”人数较少。最具代表性的人物，也许当推学者们较少关注的陈启天。

陈启天（1893—1984），湖北黄陂人，1905 年入武昌高等农务学堂，1911 年投笔从戎，同年考入武昌中华大学政治经济科，毕业后，曾任教于中华大学中学部、文华大学及湖南省立第一师范学校。1919 年参加五四运动，1924 年毕业于南京高等师范，即受聘于上海中华书局任编辑，主编《中华教育界》，同年秋与曾琦、左舜生等创办《醒狮》周报，宣传国家主义。抗战期间，任国民参政会参政员。1941 年参加中国民主政团同盟。著有《最近三十年中国教育史》、《张居正评传》、《商鞅评传》、《中国法家概论》、《韩非子校释》、《中国政治哲学概论》、《民主宪政论》、《寄园回忆录》，等等。

在陈启天出版于 1941 年的《韩非子校释》一书的开篇，他就直言讲道：“旧战国时代所恃以为国际竞争者，厥为法家思想，此不争之事实也。近百年来，我国既已入于新战国之大变局中，将何所恃为国际竞争之具乎？思之，重思之，亦唯有参巧近代学说，酌采法家思想，以应时代之需求而已。”[3]陈启天站在国家主义的立场上，把两千多年前的战国时代称为“旧战国时代”，把现代中国所处的时代称为“新战国时代”，并认为，现代中国要适应“新战国时代”的需要，就必须“酌采法家思想”。

由于陈启天明确地提出了“新战国”之类的论断，并直接要求采纳法家思想以适应国际竞争的需要，因此，本文以为，可以尝试着把他视为“显现的新法家”的主要代表人物。[1]

[1] 熊十力：《韩非子评论：与友人论张江陵》，上海书店出版社 2007 年版，第 41—43 页。
[2] 可见，现代中国的“评法批儒运动”，早在 19 世纪末期就开始了，且一直延绵不绝。1974 年的“评法批儒”运动，并不是一个新鲜的事物，它仅仅是百年中国“评法批儒”的一个片断罢了。
[3] 陈启天：《韩非子校释》，中华书局 1941 年版，第 1 页。



## 二、“新法家”为什么崛起

透过上述两个方面的人物及其思想，可以得出这样的结论，现代中国的“新法家”作为一个群体，作为一种思潮，确乎是存在的。在此，值得我们进一步反省的是，为什么在现代中国，会突然兴起一个“新法家”的群体及其思潮呢？

从历史上看，法家学说的全盛时期，大致是战国与秦朝。自从秦帝国“二世而亡”之后，法家的精神虽然“并未绝灭。从桓宽《盐铁论》所载儒生与法吏的争辩，已足窥见汉代二家思想冲突之激烈，他如王充、王符、崔实、仲长统等，亦多有近于法家之论。其后三国之诸葛亮、刘廙；魏之刘劭、陈群、钟繇；晋之葛洪、刘颂、张斐、杜预；隋之赵绰、刘行本；唐之李乾佑、柳宗元、白居易；宋之王安石、许应龙、杨万里；元之苏天爵、郑介夫；明之方孝儒、丘浚；清之黄宗羲、崔述、袁枚，而至沈家本，历代不乏在某一方面表现法家精神的议论”。[2]不过，在儒家学说居于主导地位的两千年里，“原教旨”意义上的法家学派之声誉，总体上呈现出一种不断下跌的趋势。法家学派声誉下跌的表面原因，是 “法家不别亲疏，不殊贵贱，一断于法，则亲亲尊尊之恩绝矣。可以行一时之计，而不可长用也”。[3]按照这样的解释，似乎讲“亲亲尊尊”的儒家天然地优于不讲“亲亲尊尊”的法家。然而，究其实质，法家学派声誉跌落的根本原因是势易时移：汉代以后，随着战国硝烟的逐渐散去，大一统的政治局面占据了主导地位，因而，旨在为列国之间的生存竞争与争霸战争提供技术指导的法家学说失去了用武之地。[4]在董仲舒提出“罢黜百家、独尊儒术”的政策建议并得到汉帝国的采纳之后，法家学说已经不再具有政治上的正当性了。

但是，到了 19 世纪中晚期之后，随着朝贡体制下的“天下”变成了物竞天择、适者生存的“万国”，大一统的中国变成了“万国”中的一国，国门洞开的中国身不由己地被拖入了第二个战国时代。这个陈启天所谓的“新战国时代”，也只有两千多年前的“旧战国时代”差可比拟：一方面，无论是“新战国”还是“旧战国”，都是列国众多、大小强弱不等、相互征战不休；都是时而结盟、时而背信、一切以利益为鹄的；都是强国谋求霸主地位、弱国岌岌于自保。另一方面，在“旧战国时代”，最强盛的秦国在西方，在“新战国时代”，最强盛的美国恰好也在西方；甚至“新战国时代”处于东方的“礼义之邦”中国，都可以比作“旧战国时代”地处东方的“好礼”之鲁国……，

[1] 关于“新法家”陈启天的思想，本文不再展开，详细的论述，可参见程燎原：《论“新法家”陈启天的“新法治观”》，《政法论坛》2009 年第 3 期。
[2] 王伯琦：《近代法律思想与中国固有文化》，清华大学出版社 2005 年版，第 9 页。
[3] 《史记·太史公自序》。
[4] 详细的分析，可见喻中：《韩非天下第一》，《比较法研究》2009 年第 6 期。

诸如此类的现实与事实似乎都可以说明：太阳底下无新事，“新战国时代”几乎就是“旧战国时代”的重演与再现。

在“旧战国时代”，既然信奉法家学说的秦国最终实现了富国强兵、一统天下的目标，那么，现代中国要在“新战国时代”实现富国强兵、救亡图存，就不能不对法家学说给予足够的重视。因为，法家学说对于“战国”背景之下一个国家追求富强之指导意义，早在两千年前就已经得到了验证。正是在这样的文化逻辑与历史经验的影响下，“回到法家”就成为了 20 世纪早期很多思想者自觉或不自觉的思想选择。现代中国的“新法家”人物及其思潮，就是在这样的语境下生长起来的。无论是反对儒家的陈独秀、吴虞，还是赞同儒家的熊十力，都愿意接受法家学说的核心观念，最根本的原因，就在于法家学说适应了“新战国时代”的核心需要。

由此，就出现了一个值得注意的现象：虽然“旧战国时代”的法家学说以及商鞅、韩非等人的政治实践，与西方传过来的法治概念并没有什么内在的联系，但在中国现代学术思想史上，从早期的梁启超到当代的一些学者，都习惯于把法家学说与西方传统中的“法治”进行对接，将法家学派的精神概括为“法治主义”或“一个最低限度的法治概念”。[1]

为什么会出现这种牵强的比附？一个显而易见的原因是，近百年来，源于西方的法治话语在一种强大的经济实力、军事实力、科技实力的支撑下，很快在现代中国的话语体系中占据了霸权地位，取得了话语上的领导权与支配权。在“新法家”以及其他思想者的潜意识里，如果本土的法家学说能够在西方人编织的话语体系中获得一个正当的地位，似乎有助于进一步凸显中国传统文化的现代价值，似乎也有助于重建中国人的文化自信心。这样的思维定式，大概也在一定程度上促成了“新法家”思潮在现代中国的兴起。

不过，从根本上说，“新法家”思潮的滋生蔓延，不能仅仅归结于中西文化的交流与对话，更重要的根源，恐怕还在于法家的精神实质，恰好契合了现代中国的内在需要。

法家的精神实质是什么？一言以蔽之，富国强兵；更简而言之，那就是富强。“旧战国时代”的秦国采用法家学说，就是为了实现富国强兵这个核心的目标；法家学派讲了一整套道理，归根到底，还是为了满足各个国家实现富国强兵、一统天下的宏愿。后来的史实也证明，在法家学说的引导下，偏居西隅的秦国的确富强起来了，这就意味着，法家学说乃是国家富强的思想基础；在法家学说与国家富强之间，就建立了一种逻辑上的因果关系；要想国家富强，非倚重法家不可。

但是，自从秦国灭掉六国之后，中国进入了大一统的历史阶段。其间，虽然也有东汉末年的三国鼎立，后来还有五代十国之类的分裂状态，等等，但从总体上看，“旧战国时代”众多诸侯国长期争霸的局面，基本上退出了人

[1] 王人博：《一个最低限度的法治概念——对中国法家思想的现代阐释》，《法学论坛》2003 年第 1 期。



们的视野。在大一统的整体背景之下，没有“国际”，只有“天下”，那种渴望富国强兵、以期在国际竞争中脱颖而出的紧迫情势不复存在，旨在寻求富强的法家学说也就失去了针对性和现实感。直至 19 世纪中叶，在西方列强的坚船利炮的威逼之下，才使中国人再次体会到什么叫做“战国时代”。亡国灭种的紧迫情势唤醒了中国人的历史记忆，“赋闲”了两千多年的法家学说，再次受到了中国思想者的垂青。

从“旧战国时代”到“新战国时代”，经历了一个时空上的轮回。如果说，“旧战国时代”一直延续了 255 年（公元前 475-公元前 221）才告终结，那么，现代中国所置身于其中的“新战国时代”，如果从 1840 年算起，至今已有 170 年。回想一百多年来的思想与政治，虽然想法、说法、做法不断翻新，但是，万变之中自有一个不变的根本，那就是实现富国强兵，彻底摆脱“落后挨打”的命运。这样的追求，恰好暗合了法家学派的精神实质。

## 三、从“新法家”的角度看现代中国的变迁

如果以“新法家”思潮作为线索，我们还可以看到一部从“富强”到“发展”为核心的观念史。

19 世纪后期，以李鸿章作为灵魂人物的洋务运动所秉持的核心理念就是富强。19 世纪末期的戊戌变法，参与其事的康有为、梁启超提出的种种新政措施，最终的目标也是富强。光绪皇帝之所以愿意支持这场变法运动，也是因为相信：通过变法可以实现国家富强的目标。在那个世纪交替的时代，在中国思想界产生了重大影响的严复，尽管被后人打上了“启蒙思想家”的标签，[1]但他的核心追求，还是“寻求富强”。[2]与严复同时代的梁启超，尽管在维新、革命、保守几种不同的立场之间反反复复地跳跃，但他做出选择的依据，依然是救时、救亡、救国，他的名言“法治主义，为今日救时唯一之主义”已经透露了这个至关重要的信息。

清朝的灭亡、民国的初建并没有从根本上消除国家危亡的险境——这正是五四运动暴发的主要背景。后来的研究者虽然习惯于把五四运动称为新文化运动或启蒙运动，陈独秀在 1916 年确实也提出了“最后觉悟之觉悟”，[3]但是，五四运动的直接起因却是救亡——在一战结束之后的巴黎和会上，青岛的主权即将由德国转让给日本。在思想界，李泽厚曾经用“救亡压倒启蒙”这个简洁的论断来概括五四运动的精神，[4]似乎这场运动的基本轨迹就是：以

[1] 譬如，李泽厚就认为：“严复在中国近代史上的地位不是什么‘法家’，也不在于代表了资产阶级改良派，而在于他是中国资产阶级重要的启蒙思想家。”见李泽厚：《中国近代思想史论》，天津社会科学院出版社 2003 年版，第 234 页。

[2] 美国学者史华兹教授的代表作之一是《寻求富强：严复与西方》（江苏人民出版社 1990 年版），这个标题中的“寻求富强”，已经准确地描绘了严复的思想肖像。

[3] 陈独秀：《吾人最后之觉悟》，载任建树、张统模、吴信忠编：《陈独秀著作选》第一卷，上海人民出版社 1993 年版，第 179 页。

[4] 李泽厚：《中国现代思想史论》，天津社会科学院出版社，2003 年，第 19 页。

启蒙始，以救亡终。这样的论断尽管在学术界产生了不小的影响，但它却忽略了一个至关重要的基本事实：并不存在一个与救亡无关的启蒙。五四运动前后，以陈独秀为代表的“新青年”虽然提出了很多有关民主、科学、人权的新观点，但是，这些新观点的最终落脚点却依然是救亡。换言之，救亡才是五四运动的主线，启蒙的成分虽然也是显而易见的，但它却是服务于、隶属于救亡这根主线的，它主要是在为救亡提供一种精神上、思想上的准备或支撑。从这个角度上说，救亡不仅压倒了启蒙，也压倒了其他一切事物；不仅在五四运动中压倒了启蒙，在其他时期也压倒了启蒙。

20 世纪 30 年代以后，随着抗日战争的展开，救亡在思想领域内的主线地位更加明显，各种政治活动几乎都要服从于、服务于当时的救亡活动——抗日战争。这大概也是作为新儒家的熊十力能够认同韩非子的根本原因。40 年代中期，随着抗日战争的结束，救亡的主题在短期内有所松懈。但是，到了 50 年代，由于新政权的成立，由于朝鲜战争的打响，救亡这根玄又开始绷紧，[1]只不过，随着“中国人民从此站起来了”，救亡的姿态转化成为了富强的姿态，对救亡的追求悄然变成了对于富强的追求。这样的追求，从 20 世纪 50 年代开始，一直延伸到当下，几乎没有间断过。

立足救亡、追求富强的思想，恰恰就是法家的思想。现代中国对救亡或富强的再三致意，在相当程度上，可以说明，百年中国的思想底色，正是法家的思想，或者说，法家学说在相当程度上已经上升为现代中国的主导思想。从这个结论出发，我们可以解释某些流传广泛的思想个案。

譬如，著名的“马克思加秦始皇”的说法。据学者考证，这句话最早出自毛泽东在 1958 年 8 月 19 日的北戴河会议上的讲话。[2]1965 年 6 月 13 日，毛泽东在接见胡志明时又说：“在中国历史上，真正做了点事的是秦始皇，孔子只说空话。几千年来，形式上是孔夫子，实际上是按秦始皇办事。秦始皇用李斯，李斯是法家，是荀子的学生。”[3]1973 年 9 月 23 日，毛泽东在会见埃及副总统沙菲时，再次说道：“秦始皇是中国封建社会的第一个有名的皇帝，我也是秦始皇。林彪也骂我是秦始皇。中国历来分两派，一派讲秦始皇好，一派讲秦始皇坏。我赞成秦始皇，不赞成孔夫子。因为秦始皇第一个统一了中国，统一了文字，修筑了宽广的道路，不搞国中有国，而用集权制，由中央政府派人去各地，几年一换，不用世袭制度。”[4]这几段“语录”，分别出自五十年代、六十年代、七十年代，尽管场合、语境、针对性都不相同，但它们却有一个共同的特点，那就是对秦始皇的推崇，而秦始皇的执政纲领，就是由法家思想武装起来的。这就说明，毛泽东也是法家学说的认同者，在某种意义上，甚至可以说是 20 世纪后期“新法家”在政治上的主要代表。

[1] 1949 年，新政权在决定国歌的时候，“义勇军进行曲”入选，“中华民族到了最危险的时候”被反反复复地唱响，实际上是在一个比较特殊的层面上说明，救亡的意识不但没有消逝，反而有强化的趋势。
[2] 许全兴：《“马克思加秦始皇”的出处和本义》，《湖南科技大学学报》2009 年第 3 期。
[3] 陈晋：《毛泽东之魂》，吉林人民出版社 1993 年版，第 271 页。
[4] 许全兴：《毛泽东晚年的理论与实践》，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 451—452 页。



按照这样的判断，1974 年至 1975 年之间兴起的“评法批儒”运动就不难理解了。它实际上是主政者旗帜鲜明地举出了法家思想的旗号，就像一段颇具典型意义的“编者前言”所说：“法家著作是我国历史遗产中的珍品之一，其中许多反孔批儒的杰出篇章，至今还可以使人感到强烈的战斗气息。但是，长期以来，法家的进步思想遭到了历代反动统治者及其御用文人的恶意攻击，法家著作被埋没，被歪曲，被篡改。今天，我们要把这种被颠倒了的历史重要颠倒过来，恢复其本来面目，剔除其封建性的糟粕，吸收其民主性的精华，批判地继承这份珍贵的遗产，从中吸取教益，求得借鉴。”[1]这段话，代表了当时在政治上居于支配地位的观点。

在一些研究者的眼里，1974 年的“评法批儒”运动具有闹剧的性质，[2]似乎意义不大。然而，即使是闹剧（譬如赵本山的小品），也是思想史上的一种不可忽略的素材。20 世纪 70 年代中期的主政者对于法家思想的高调弘扬，其实可以在一个特殊的层面上表明：法家思想在现代中国思想领域内的支配地位。从思想演变的角度来看，“评法批儒”的思想运动早在章太炎的“商鞅”、梁启超的“中国法理学发达史论”、吴虞的“道家法家均反对旧道德说”等论著中就已经开始了；20 世纪初期的思想论争，很多都是以“评法批儒”的方式展开的。[3]1974 年的运动，只不过是直接提出了“评法批儒”这个名词罢了。

文革结束以后，“评法批儒”运动的正面意义虽然被干净、彻底地抹去了，儒法之间的高低优劣也不再受人关注，近年来，儒家思想的地位还有较大幅度的提升，但是，法家思想的精魂却没有退出主流意识形态。从 20 世纪 80 年代来以来的 30 年时间里，主导性的思想就是发展，因为“发展才是硬道理”。然而，30 年来念兹在兹的发展，实质就是“寻求富强”。而对富强的追求，正是法家思想及“新法家”思想的核心内容。换言之，百年中国的主导思想，无论怎么变，几乎都没有脱离“新法家”的基本教义，只不过经历了从“救亡”到“富强”再到“发展”几个不同的历史阶段、几种不同的历史形态罢了。从这个角度来看，百年以降的中国，在相当程度上就处于“新法家”思想的主宰之下。

稍作延伸，我们还可以发现，现代中国的“新法家”既是一种普遍性的思潮，同时还是一种普遍性的政治实践。从历史上看，无论是“旧法家”还是“新法家”，其核心目标都是富国强兵，对于这个目标的追求，几乎可以见之于 20 世纪以来各个时代的主政者。这就是说，不仅学术思想界有一个或隐或显的“新法家”群体，政治领袖群体中也多为“新法家”，他们的言与行，

[1] 编辑小组：《历代法家著作选注》，北京人民出版社 1974 年版，“前言”，第 2—3 页。
[2] 周炽成：《闹剧背后：从思想史的角度看“评法批儒”运动》，载《现代哲学》2006 年第 2 期。
[3] 譬如，梁启超、章太炎都曾“评法批儒”。1909 年，梁启超应在《管子传》一书中写道：“吾以为孟子之学力，容有非管子所能及者。管仲之事业，亦有断非孟子所有学者。”见梁启超：《梁启超传记五种》，百花文艺出版社 2009 年版，第 2 页。1910 年，章太炎则在《原法》一文中写道：“董仲舒为《春秋折狱》，引经附法，异道、儒所为，则佞之徒也。”见汤志钧编：《章太炎政论选集》上册，中华书局 1977 年版，第 42 页。梁、章两人的评判，与 1974 年前后流行的“评法批儒”话语，几乎同出一撤。

几乎都没有脱离传统法家思想的框架。

虽然绝大多数主政者都把富国强兵当作自己的主要目标，都在实践法家学派的基本观念，但是，却鲜有主政者公开地把法家学说认作自己的指导思想——唯一的例外也许就是“评法批儒”时期。这种现象背后的原因在于：法家学派虽然在功能上满足了主政者在“新战国时代”的实际需要，但却不适宜充当国家的意识形态。分而言之，一方面，在西方话语权的支配下，只有共和、民主、人权、法治、平等、自由之类的旗号才可能为政治提供足够的正当性依据与合法性基础，以富国强兵为目标的法家学说，由于诉求比较现实，没有足够的超越性，缺乏作为意识形态的持久魅力。另一方面，法家学说虽然不同于儒家学说，但在“新学”或“西学”面前，它们又同属于“旧学”，在现代中国“辞旧迎新”的大潮之下，它对于政治的“正名”功能，在主政者编制的评估体系中，难以脱颖而出。正是由于这两个方面的原因，虽然陈启天、梁启超等人都对法家思想的积极意义给予了高调的论证，但主政者在选择意识形态的符号或旗号时，法家学说常常名落孙山。主政者即使宣称以富强作为目标，[1]但也要拒绝“法家”这个符号。这就说明，“新法家”的思想尽管在相当程度上支配了百年中国的政治实践，但是，在多数情况下，这种思想是以“隐匿”的方式在起作用；只有在 1974 年的“评法批儒”期间，它浮出水面，以“显现”的方式极其短暂地支配了当时的政治实践。

## 四、“新法家”新在何处

以上我们论证了“新法家”思想对于“旧法家”思想的继承，主要分析了两者之间的共性，但与此同时，我们也要看到新旧法家思想之间的差异。

一方面，两千年前的“旧法家”寻求富强，有一个立足点，那就是君主的政治利益。尤其是在战国的背景下，君主有寻求富强的强烈愿望，因而，“旧法家”的富强观可以视为一种“君主本位”的富强观。这是君主政治使然。因为，按照当时的政治理论与实践，国家本身归属于君主，国家富强几乎就等同于君主富强。但是，在“新法家”代表人物陈启天的国家主义理论体系中，以及在梁启超、章太炎的理论阐述中，对富强的追求却是为了满足国家的需要，因而可以视为“国家本位”的富强观。如果说晚清时期的“新法家”还必须面对一个摇摇欲坠的君主，那么，民国以后的“新法家”则完全是在“后君主时代”萌生出来的，因而对富强的追求就主要体现为与君主无涉的“国富民强”或“民富国强”。

另一方面，“旧法家”的理论以君主为中心，其理论体系具有独断论的倾向。在春秋战国的思想舞台上，与“旧法家”思想进行角逐的，虽有儒、道、墨诸家，但在各国君主眼里，只有法家学说最有效——孔子、孟子身前的遭遇就可以佐证这一点。而且，在那个“礼崩乐坏”的时代，各国君主也不惮于轻视儒、道、墨诸家。但是，在“新战国时代”，在“新法家”的理论视野中，对于救亡、富强、发展的追求则是与西方近现代的思想学说交汇在一起的——正如前引陈启天所言：“参巧近代学说，酌采法家思想，以应时代之需求而已”。这就是说，在“新法家”的眼里，作为一种治道的法家思想并不能居于垄断地位，它与其他源于西方的新式学说必须携手共存，从而体现出交涉与妥协的倾向——即使是毛泽东本人，也要宣称自己是“马克思加秦始皇”，言外之意，是马克思主义与法家学说的携手共存。

尽管“新法家”不同于“旧法家”，但是，按照“新法家”代表人物陈启天的判断，我们正处于一个“新战国时代”。只要“新战国时代”尚未终结，法家的精神实质就将或隐或显地主导着中国人的思想倾向与政治选择。由于任何人都无法预料“新战国时代”将会终结于何时，这就意味着，在未来中国，“新法家”的影响还会持续下去，甚至还有扩大的趋势。

[1] 中国现行宪法的序言中写道：“把我国建设成为富强、民主、文明的社会主义国家”。在多个目标中，“富强”被列在首位。

# 法家“法治”学说的定性问题再思考

宋洪兵*

**内容提要**：现代学界对法家“法治”思想的研究和评论，在近代西方政体学说、主权观念等主流话语体系之中往往被定性为“专制”、“人治”和“刑治”。这些定性既需要结合法家“法治”学说的文本材料做进一步的探讨，又需要对其研究方法加以理论反思。

**关键词**：法家；法治；专制；人治；刑治

清末民初，西学涌入，学界开始运用现代学术范式对法家思想进行系统研究，成就卓著。总体而言，现代学界的法家思想研究可以分为三个层次：首先，围绕先秦法家的文献记载，概括分析其基本观点及思想框架，譬如集中探讨法家的人性论、历史观、法、术、势思想的具体内涵等，此为法家研究的基础层次；其次，联系先秦诸子的整体脉络及历史语境，分析法家思想兴起的思想渊源和历史背景，春秋战国时期礼崩乐坏的时代特征在此得到强调和凸显，法家与先秦儒家、道家、墨家及名家的思想关联，也受到充分重视，这属于较高层次的研究；最后，关于法家思想的整体评价问题，属于法家思想研究的最高层次。其中，尤其是法家“以法治国，举措而已矣”（《韩非子·有度》，下引《韩非子》只注篇名，相似说法亦见于《管子·明法》）、“不别亲疏，不殊贵贱，一断于法”（《史记·太史公自序》）的“法治”思想引起了学界的普遍关注。

近代以来，“西学源于诸子说”的盛行，使得先秦法家与西方现代法治之间的思想关联引起了当时思想界的广泛关注。薛福成的观点很有代表性，他说：“余观泰西各邦治国之法，或暗合《管子》之旨，则其擅强盛之势亦较多。”黄遵宪也认为西方“用法类乎申韩，其设官类乎《周礼》，其行政类乎《管子》者十盖七八”。[1]不料这种观点引起了沈家本、严复等人的强烈批评，明确主张法家“法治”乃“实专制之尤”，与泰西蕴含自由、人权价值的“法治”截然不同。沈家本、严复的学术观点，其后为萧公权所继承，并在当代学界得到不断强化[2]。当代学界，涉及法家“法治”学说的定性，使用频率最高的往往是“专制”、“人治”以及“刑治”。[1]鉴于此种状况至今尚未引起人们从学理上进行深刻反思，故而对这些未经省察的相关观点做深入研究就显得尤为重要。

* 中国人民大学国学院副教授。

[1] 有关“西学源于诸子说”，参阅罗检秋：《近代诸子学与文化思潮》，中国社会科学出版社 1998 年版，第 75-76 页。

[2] 参阅宋洪兵：《韩非子政治思想再研究》，中国人民大学出版社 2010 年版，第 31-34 页。



## 一、法家“法治”学说“专制论”辨正

近代意义上的“专制”汉语词，最早由日本构制，并在日本明治时期的“新日语”中已经普遍使用。[2]近代以来中国普遍使用的“专制”、“君主专制”等概念，实质就是源自西方文化语境的“专制”概念[3]。

西方近代意义上的“专制”一词主要意指两个层面：一就专制政体而言，二就专制权力行使而言。然而，这两个层面只不过是同一个问题的两个侧面而已，其实都具备一个明显的特征，即：专制政体下，统治者手握不受任何约束最高权力，可以任意行使，尤其在孟德斯鸠眼中，“专制”概念几乎等同于君主拥有不受任何约束的绝对权力，并且君主随时都可以根据个人的意愿及喜怒，任意滥用自己手中的权力而不必承担任何政治责任[4]。这里可以借用博登海默的一个概念，孟德斯鸠定义的“专制政体”其实就是博登海默定义的“纯粹专制政体”，即：“纯粹的专制君主是根据其自由的无限制的意志及其偶然的兴致或一时的情绪颁布命令与禁令的。某天，他判处一个人死刑，因为他偷了一匹马；……这种纯粹的专制君主的行为是不可预见的，因为这些行为并不遵循理性方式，而且不受明文规定的规则或政策的调整。”[5]现代政治学认为，所谓君主专制政体，包括三方面内涵：其一，君主职位终身制和世袭制；其二，君主享有至高无上的地位和特殊的尊容；其三，君主独揽国家权力，君权超越任何其他权力和法律之上，是不受制约的、绝对的权力。而政治学意义上的“不受限制”或“不受约束”的特定含义是君权不受法律制约、不对任何机构负责、不受任何机构和权力的“合法反对”与制约监督[6]。可见，西方政治语境中的“专制”一词，无论就政体角度还是从权力行使角度分析，君权至高无上并不受任何合法反对与制约监督，是其必备的题中应有之义。

要解决法家“法治”学说是否“专制”这一理论问题，关键在于回答这个问题，即：法家提倡的中央集权政体是否就是西方政治学意义上的“君主专制政体”？答案非常明确：虽然法家提倡中央集权制度，并且确实与西方政治学意义上的君主专制政体有某种相似之处，但是在法律权力与君主权力

[1] 参阅《法治与人治问题讨论集》编辑组：《法治与人治问题讨论集》，社会科学文献出版社 2003 年版。

[2] 冯天瑜：《新语探源：中西日文化互动与近代汉字术语生成》，中华书局 2004 年版，第 391 页。

[3] 关于专制概念传入中国之后对中国法家思想研究的影响，可参见宋洪兵：《二十世纪中国学界对“专制”概念的理解与法家思想研究》，《清华大学学报》2009 年第 4 期。

[4] 孟德斯鸠：《论法的精神》，中译本，商务印书馆 1959 年版，分见第 9 页，第 153 页。

[5] 博登海默：《法理学——法哲学及其方法》，中译本，华夏出版社 1987 年版，第 222 页。

[6] 张星久：《中国君主专制政体的起始时间》，《武汉大学学报》2000 年第 1 期。

的关系问题上，二者仍然存在明显的区别。

首先，法家明确主张君主世袭制，《亡徵》篇所谓“轻其适正，庶子称衡，太子未定而主即世者，可亡也”即为明证。按照韩非子的想法，君主去世，太子即位本是十分自然的事情。《难势》篇也强调政治制度的设计应该充分观照“生而在上位”的绝大多数君主是“中人”的政治现实，也透露出了韩非子赞成君主世袭。这与君主专制政体有其契合之处。

其次，加强君权，强调中央权力相对于地方政府以及君主权力臣民的有效支配和绝对统治，这也是西方“君主专制政体”的题中应有之义。法家将中央权力的稳定性视为社会秩序稳定的基本现象，主张加强君权，强调君主相对于臣民的绝对支配权和统治权。如何维护君主权势自然成为法家思考的一个重要课题，同时也是他们为重建政治秩序提供的一个有效途径。《慎子·德立》篇突出强调了君臣伦理的重要性，反对君臣易位、尊卑失序：“臣疑其君，无不危之国。孽疑其宗，无不危之家。”《商君书·定分》在强调确定“名分”重要性的基础之上维护君主权势，以此来稳定社会，否则，如果名分不定，君主权势就存在被褫夺的危险而有亡国灭社稷之虞：“夫名分不定，尧舜犹将皆折而奸之，而况众人乎？此令奸恶大起，人主夺威势，亡国灭社稷之道也。”因此，法家“事在四方，要在中央。圣人执要，四方来效”（《主道》）体现的更多是一种大一统秩序之下的政治生态，而非为了满足一人私欲而设计的专制政体。

最后，法家明确反对君主权力凌驾于法律，更反对君主为所欲为地滥用手中权力，这是法家中央集权制度与近代君主专制政体的根本区别所在。法家要求君主守法、君主不得凌驾于法律之上的观点俯拾皆是。《管子·任法》曰：“君臣上下贵贱皆从法，此谓为大治。”《慎子·君人》明确反对君主“舍法而以身治”，韩非子亦说：“释法术而心治”（《用人》）。法家的“君道无为论”、“君主能力与智慧有限论”、“君主节欲论”，则进一步对此给出了深刻的阐释。

（一）法家主张“君道无为”。韩非子大力提倡的“无为”思想，继承了道家要求君主“见素抱朴，少私寡欲”、“去甚，去奢，去泰”一切顺其自然的思想，同时也继承了前期法家诸如《管子·版法解》“喜无以赏,怒无以杀”、《管子·心术上》“人迫于恶，则失其所好；怵于好，则忘其所恶，非道也。故曰不怵乎好，不迫乎恶。恶不失其理，欲不过其情”、《慎子·佚文》“我喜可抑，我忿可窒，我法不可离也”体现的君主治国去好去恶的主张，强调君主舍弃个人好恶，实行“无为”政治。韩非子主张君主“去好去恶”、“去智去旧”（《主道》）、“去好去恶，群臣见素”（《二柄》）、“去喜去恶，虚心以为道舍”（《扬权》）、“以道为舍”（《大体》）、“故至治之国，有赏罚而无喜怒”（《用人》）等。法家主张“无为”的根本目的，在于消解君权对实际政治运作的负面影响，约束和限制君权滥用，从而确保国家治理和政治统治的公平



性和公正性。法家“无为”思想的正面价值于此得以凸显。

（二）法家力主君主能力与智慧有限论。法家认为，现实中的君主无论就才智还是就德性方面而言，均属中流，从而为其君权约束理论寻求到了强有力的理论支撑。韩非子强调，参与现实政治治理过程的真正统治者，绝大多数既不是尧舜般的圣贤，也不是桀纣般的不肖，而是“上不及尧舜，而下亦不为桀纣”的“中人”（《难势》）。法家告诫君主要对自己能力和智慧的不足、有限保持清醒认识的思想非常普遍，如《难三》说：“且夫物众而智寡，寡不胜众，智不足以遍知物，故因物以治物。”《八经》也谓：“力不敌众，智不尽物。”这些言说，主要目的就在于提醒君主充分意识到自身能力的不足，自觉约束和限制权力行使，所谓“圣人尽随于万物之规矩”（《解老》）。熊十力曾称赞：“圣人尽随于万物之规矩，一言而道尽民主法治精神。美哉洋洋乎！”[1]熊氏所谓“民主法治精神”的断语或许略显过誉，然而就精神特质及问题意识而论，韩非子援道入法，为其“法治”思想（也即“法权高于君权”思想）确立形而上依据的理论意图非常明显。《解老》强调“缘道理以从事”，《大体》篇则直接点出道法之间的亲缘逻辑：“因道全法”，《饰邪》篇则主张君主智能不足以具备道法完备的特性，强调君主以法治国的重要性：“道法万全，智能多失。夫悬衡而知平，设规而知圆，万全之道也。”因此，法权高于君权的主张，在法家政治思想中本为无须多言、显而易见的逻辑。

（三）法家主张“君主节欲论”，反对纵欲，更反对滥用权力。《扬权》篇云：“夫香美脆味，厚酒肥肉，甘口而疾形；曼理皓齿，说情而捐精。故去甚去泰，身乃无害。”要求君主“去喜去恶，虚心以为道舍”；韩非子对于国君沉湎女色、荒废朝政的现象更是深恶痛绝：“耽于女乐，不顾国政，则亡国之祸也。”《亡征》更谓：“好宫室台榭陂池，事车服器玩，好罢露百姓，煎靡货财者，可亡也。”《解老》说：“有道之君，外希用甲兵，而内禁淫奢。”又说：“圣人不引五色，不淫于声乐；明君贱玩好而去淫丽。”更为重要的是，韩非子要求君主必须在法律规定的范围内行使权力。他在《诡使》篇将君主不守法看作社会混乱的根本原因：“世之所以不治者，非下之罪，上失其道也。”《有度》篇亦对君主不在法治范围内行使权力提出了尖锐批评：“此其所以然者，由主之不上断于法，而信下之为也。”《八经》篇则径直批判君主无视法治的政治行为将导致严重的政治后果：“上暗无度，则官擅为。”

通过上述分析，就主观动机而言，法家的“法权”高于“君权”的思想应该得到确认，君主既不可以超越法律的约束和限制为所欲为，更不可以随心所欲地滥用手中权力。就此而论，法家的思想体系，与西方政治学意义上的君主专制政体，并非一回事，所谓法家“法治”学说“专制”论并无多少学理依据。钱穆之所以极力反对以“君主专制”概念来评判中国传统政治制度及思想文化，主要原因就在于强调中国政治制度设计背后的理念本质上存

[1] 熊十力：《韩非子评论》，台湾学生书局 1984 年版，第 51 页。

在限制、规范君主最高权力的政治动机[1]。西方学者诸如安乐哲（Roger T.Ames）对法家的一些评价就值得重新思考，他认为法家主张“统治者自己可以超越法律之上，并且法律为统治者所控制并服务于他的个人利益”[2]。这个观点在当代仍然具有很大影响力，皮文睿（Randall P. Peerenboom）在分析法家时就曾指出，“归根结底，法律是取悦统治者的工具。因此，统治者为了维持自己的权力而公布和改变法律，并使自己始终超越于法律之上。”[3]显然，这些断语其实都值得我们进行批判性的解读。如果一味以最高权力（君权）没有受到法律切实有效的约束和限制去责难和批判法家“法治”的“专制性”，势必抹杀掉法家在君主政体时代想方设法约束、限制君权滥用、实行理性政治的那份良苦用心和理论努力。

## 二、法家“法治”学说“人治论”辨正

一般而言，“人治”概念，具有如下几层内涵：

其一，彻底否定外在客观规范的纯粹意义上的“人治”，此即于光远所定义的：“在思想上就是认为，不要法律就可以治理国家，因而，或者根本不主张立法，或者在立法之后认为可以藐视法律，可以不遵守法律。”[4]显然，主张“以法治国”的法家，不能被定性为此种纯粹意义上的“人治”。

其二，“法不自用”意义上的“人治”。于光远亦从“法不自用，法不离人”的意义来理解“人治”：“只有法律条文，没有人去认真执行，再好的法律肯定是起不了作用的。”[5]若按照这种思路，法家思想是否可以定性为“人治”呢？章太炎曾批评韩非子的法治思想忽视了人的主观因素：“法者非生物，人皆比周，则法不自用。”[6]似乎表明法家纯任法治。而根据王伯琦的研究，章太炎的这种批评显然是一种误解，因为若按“有了好的制度，还要好人来执行”来理解“人治”，儒家、法家是“人治”，因为“从实说来，一个能抱法的人，在道德上已是一个相当完整的人了。所以照韩非的意思，亦至少希望有一个能抱法而处势的君子。[7]”应该说，王伯琦的观点对于克服章太炎对于法家“法治”思想有关“人”与“法”关系层面的错误认识，是有帮助的。但将法家思想定性为“法不自用”意义上“人治”，实为不妥。因为这种逻辑其实是以“人”与“法”之间内在的永恒张力为依据去衡量和定性法家的“法治”学说。“法不自用”所存在的缺陷，是所有主张以外在客观规范来进行社会治理的学说共同面临的一个困境。毕竟任何政治措施以及客观规范的产生

[1] 钱穆：《国史大纲》，引论部分，商务印书馆 1994 年版，第 14—16 页。
[2] 安乐哲（Roger T.Ames），*the rule of ship*, state university of New York,1994,p132.
[3] 皮文睿（Randall P. Peerenboom），*Competing conceptions of rule of law in China, Asian discourses of rule of law: the theories and implementation of rule of law,* Routledge curzon 2004,p114.
[4] 于光远：《对人治与法治问题讨论的一点看法》，《法治与人治问题讨论集》，第 8 页。
[5] 同上，第 8 页。
[6] 章太炎：《非黄》，《章太炎集》，河北教育出版社 1996 年版，第 539 页。
[7] 王伯琦：《近代法律思潮与中国固有文化》，清华大学出版社 2005 年，第 224 页。



与落实，归根结底都是与“人”不可分离的。在一个并非由全能上帝立法并主宰一切的世俗社会，哪个时代的客观规范诸如法律、制度之类，能够离开“人”而自动产生作用呢？如果法家的“法治”因离不开人而被定性为“人治”，哪个存在客观规范的社会不会被定性为“人治”社会呢？显然，以一种人类社会普遍存在的难以克服的矛盾来定性某个特定历史时期的一种思想学说，单纯从逻辑上讲，其研究思路及结论没有太大的漏洞，但是从深入研究和评价特定时期内的法家“法治”学说却没有实际意义。

其三，从西方近代政体理论视角，强调君主政体背景之下“立法权”无法做到“正本清源”，从而无法有效约束君主最高权力，法律最终沦为君主统治之工具，故而法家“法治”学说在君主政体时代本质必然成为“人治”。梁启超认为：“法家的最大缺点，在立法权不能正本清源”，认为在立法权与废法权俱归君主的情况下，“夫人主可以自由废法立法，则彼宗所谓‘抱法以待，则千世治而一世乱’者，其说固根本不能成立矣。”[1]萧公权亦承此思路，指出：“吾国古代法治思想，以近代之标准衡之，乃人治思想之一种。盖先秦诸子之重法，皆认法为尊君之治具而未尝认其本身具有制裁元首百官之权威。……推原其故，殆由论者徒知法治之实际效用生于共守，而未注意理论上君权既属至高，则决不容有任何制裁加与其上。”[2]当代学者多将法家的“法治”定性为“人治”[3]。耐人寻味的是，每每在讨论完法家之“法治”学说之后，研究者大都千篇一律会加上诸如“法家的‘法治’并非现代民主‘法治’，其本质其实是‘人治’”云云，此种观点影响之巨可见一斑。

问题在于立法权的问题真的能够做到“正本清源”吗？[4]至少在梁启超看

[1] 梁启超：《先秦政治思想史》，《饮冰室专集》之五十，第 149 页。
[2] 萧公权：《中国政治思想史》，辽宁教育出版社 1998 年版，第 235 页。
[3] 林欣：《论政体与法治》，《法治与人治问题讨论集》，第 207 页；江荣海：《论韩非的人治思想》，《北京大学学报》1993 年第 1 期；夏伟东：《为什么说法家的“法治”是人治的一种表现》，《伦理学研究》2004 年第 5 期。
[4] “正本清源”之说，最早见于《汉书·刑法志》。班固针对汉初因为删除肉刑而在法律执行方面产生的畸轻畸重的混乱状况，，一方面，因肉刑之废除，一些本不可适用肉刑而不必受“大辟之刑”的罪行因此而遭受重罚，“外有轻刑之名，内实杀人”，以致“以死罔民”、“死者岁以万数”，另一方面，本应重罚的一些罪行，诸如“穿窬之盗，忿怒伤人，男女淫佚，吏为奸臧”，却又因为肉刑之废除，仅仅适用“髡钳”之刑，无法达到惩恶的效果，“刑者岁十万数，民既不畏，又曾不耻，刑轻之所生也”。在此情况之下，执法官吏，为了有效打击偷盗行为，往往在轻刑与重刑之间，任意适用“大辟之刑”，“故俗之能吏，公以杀盗为威，专杀者胜任，奉法者不治”。而欲治理这种状况，班固建议减少死刑适用条款，恢复肉刑，“岂宜惟思所以清原正本之论，删定律令，篹二百章，以应大辟。其余罪次，于古当生，今触死者，皆可募行肉刑。及伤人与盗，吏受赇枉法，男女淫乱，皆复古刑，为三千章。诋欺文致微细之法，悉蠲除。”显然，此处之“清原正本”一语双关，一方面强调法律规范在整个司法体系之中所占据的本原地位，只有从源头上厘清法律条文，才能避免当时所谓“乱名伤制，不可胜条”的混乱状况，另一方面，又体现儒家王道政治指导下的德主刑辅理念，“圣人取类以正名，而谓君为父母，明仁爱德让，王道之本也。爱待敬而不败，德须威而久立，故制礼以崇敬，作刑以明威也。……故圣人因天秩而制五礼，因天讨而作五刑。”惟有体察圣人制礼作刑的深刻用意，教化为主，不专主刑杀，才能真正解决“礼乐阙而刑不正也”的现实弊端。如果去除先入为主的近代三权分立政体理论的影响，班固以儒家的“圣人”为法律之源，强调立法者的德性，事实上已经实现梁启超“立法权”意义上的正本清源。近人萧公权正是在班固立法者之品德意义上使用“正本清源”一词的。他在阐述管子与商韩不同点时也曾从“正本清源”的角度做了一番他自己的论证：“抑吾人当注意，管子深知‘法之不行，自上犯之’。故欲正本清源，教人君自身守法。所惜管子未立制君之法，故其学与欧洲之法治思想尚有可观之距离。”（萧公权：《中国政治思想史》，第 225-226 页。）在萧氏看来，管子非不知“正本清源”，

来，这应该是不成问题的。他明确表示，“法治主义”的实行“最少须有现代立宪政体以盾其后”[1]。显然，梁启超的观点，具有鲜明的立法、行政与司法三权分立的西方政体色彩。他在不知不觉之中，将君主视为西方立宪政体中仅仅掌握行政权的代表，强调立法权的正本清源，即主张将立法权付诸议会。如此一来，“法家的最大缺点”就可以得到克服，君主权力被约束限制在法律的最高权力之下。

不过，梁启超“正本清源”的思路，存在一个不易为人察觉的错位。当讨论法家“法治”学说的“最大缺点”足时，他主张君主作为最高权力既有立法权又有废法权，他讨论的其实是如何限制最高权力的问题，但当他讨论该问题的解决方案时，他并未从约束最高权力的角度去回答如何“正本清源”，他的“立宪政体”这一解决方案是从立法权与行政权的角度去探讨由立法机关制定的法律如何对行政首脑进行权力限制。如此，他本该回答西方宪政体制之下如何约束和限制最高权力的问题，这是他追问法家的逻辑，而不是立法者制定法律约束行政首脑的问题。毕竟，行政首脑的权力与法家的君主权力，不可相提并论。梁启超的回答，只解决了立宪政体由于立法权、行政权与司法权的三权分立相对于法家君主政体之下集立法、司法与行政于一体的集权政治的优越性，但却悬置了他对如何限制和约束最高权力的追问。

那么，梁启超对法家的追问逻辑，在立宪政体背景下立法权是否能够“正本清源”？这牵涉到如何看待西方宪政视野中如何约束与限制最高权力的问题。在西方立宪政体背景下，何者为最高权力？毋庸置疑，答案为：国家主权。梁启超本人明确阐述过国家主权：“夫一切权利之主体皆人也，一切权利之客体皆物也，国家者本为有人格而能统治之人也。”[2]有研究者指出，梁启超的国家观念，深受德国政治学影响，其国家主权人格化的理论，据说也是来自伯伦知理：“从一个既指王朝国家又指边缘相当模糊的人类集体的概念，朝着一个完全人格化，并且成为政治生活的主体和政治辩论的基本主题的社会人类集体的方向转变。在此基础上，又出现了与这种概念紧密相联的国家目的的观念，以及属于国家本身的主权观念。[3]如果缘此推论，有人格之国家与其制定之法律之间，究竟是何关系呢？究竟哪个具有最高权力呢？

在西方近代国家学说体系之中，主权在民的逻辑又将国家主权视为全体人民的集体意志。在此，西方政治学说中的国家主权，实则与法家思想体系

而是欲正本清源而不得。“不知”是个认识论的问题，“不得”是个实践论的问题，二者不可混淆。如果我们能够超越萧氏以“人君之地位是否超出法上”的标准刻意区分管子与商韩的视野，就会发现，法家在立法权这一正本清源问题上，并非没有认识。也就是说，法家在立法权上并非不知“正本清源”，否则，法家对君主“去好去恶”、“体道”、“守道”的种种要求，就无法得到充分的理论解释。需要指出，萧氏以“人君之地位是否超出法上”的标准刻意区分管子与商韩的做法，结合《韩非子》文献分析，是无法成立的。参阅宋洪兵：《韩非子政治思想再研究》，第四章《先秦诸子的“政治共识”与韩非子思想的政治正义性》。

[1] 梁启超：《先秦政治思想史》，《饮冰室专集》之五十，第 149 页。
[2] 梁启超：《内阁果对于谁而负责任乎》，《梁启超全集》，北京出版社 1999 年版，第 2424 页。
[3] 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。



之君主权力具有相同的本质。如果按照梁启超“正本清源”的逻辑，我们同样可以追问，国家主权既为最高权力，它由该由谁来制约？而我们从西方政治哲学史获知的答案却是“无解”。狄骥在阐述“主权的限制问题”时指出：“国家主权所引起的这个最后的问题，如果可能解决的话，是比其他问题更加无法解决的。因为解决这个问题所进行的一切尝试都归于失败了。然而解决这个问题却十分必要，否则个人便会被国家消灭，并为集体完全吞噬了。可是我们只要略加思索，就很容易知道这个问题已经没有可能的解决方案了。”[1] 狄骥在近代立宪政体背景之下指出限制与约束国家主权之不可行。而这困境之根源恰恰在于国家主权之人格化，凯尔森认为：“传统理论在承认国家的义务和权利的存在时所遇到的困难来自这一事实：人们将国家视为一个超人的存在，将国家看作是一类人同时又是一个权威。”[2]

需要指出，梁启超以及当代学界追问法家学说中君主拥有立法权、同时君主权力又得不到有效约束进而无法“正本清源”的学术观念，其思路源自德国的国家主权理论中蕴含的“法律与国家的二元论”。德国的国家主权理论认为：“国家和法律是两个不同的事物。国家和法律的二元性，事实上是现代政治科学和法学的基石之一。”[3]国家与法律的二元论，逻辑上必然提出如下问题：“如果国家是法律秩序的权威，国家又如何可以从属这一秩序，并且就像个人那样，从其中接受义务和权利呢？在这种形式下，正是国家自我义务（auto-obligation）问题，特别在德国法学中，起了如此巨大的作用。这一问题被认为是一个最困难的问题。”[4]当然，凯尔森自其实证法学的立场出发，批评这种将国家人格化的观点是“万物有灵论的迷信”[5]。法国思想家狄骥也对德国人格化的国家主权理论提出激烈批评，明确反对如下论调：“如果政府掌握着最高的强制权，那么它们如何能够收到那些因为向它们施加消极和积极的义务，从而具有更高效力的法律的约束呢？如果政府的行为因此受到限制的话，那么它们还拥有最高的权力吗？在我们谈及加诸最高权力之上的法律义务时，难道不是产生了一个悖论吗？不过，德国的思想家们看来是会接受这一观点的。”正因如此，狄骥才舍弃德国的主权理论，认为“这种论调完全是一种错误，对于现代意识来说，上面的这一结论只能够引起争议”，进而主张以“公共服务的观念”取代“主权”观念[6]。殊途同归，凯尔森与狄骥都对德国的国家主权理论之中有关主权与法律的关系进行了深刻批评，均指出其在何者为最高权力的问题上存在致命缺陷，转而改弦更张，另谋出路。

那么，现代的民主宪政可以解决“立法权”上“正本清源”的问题吗？一般来说，现代的民主宪政，核心就在于确认宪法的最高权威。问题在于，

[1] 莱翁·狄骥：《宪法论、法律规则与国家问题》，钱克新译，商务印书馆 1959 年版，第 450 页。
[2] 凯尔森：《法与国家一般理论》，第 223 页。
[3] 汉斯·凯尔森：《法与国家一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 204 页。
[4] 同上，第 222 页。
[5] 同上，第 214 页。
[6] 莱昂·狄骥：《公法的变迁》，郑戈译，辽海出版社、春风文艺出版社 1996 年版，第 48 页。

宪法由谁来制定？按照西方的宪政理论及实践，多数答案是“人民”。然而，抽象的“人民”是否可以在使得宪法在“立法权”上“正本清源”呢？凯尔森在分析“宪法序言”时曾深刻指出，“它具有一种与其说法学上的性质倒不如说是意识形态的性质。如果将它去掉的话，宪法的真正意义通常也不会起丝毫变化。……人民（宪法声称它源于人民）首先是通过宪法才在法律上出现的，所以这只是在政治意义上，而不是法学意义上，人民才是宪法的来源。更明显的是，实际上创造宪法的那些人只代表了全体人民的一小部分，即使人们考虑到选出他们的人来说，这也是如此。”[1]凯尔森甚至声称宪法“代表全国人民是一种政治上的虚构”[2]。美国学者查尔斯·A·比尔德对1787年美国第一部宪法的深入研究，恰好可以印证凯尔森的观点。比尔德针对班克罗夫特及大法官马歇尔认为“人民”制定宪法的说法，认为“宪法并不像法官们所说的那样，是‘全民’的创造；也不像南方废宪派长期主张的那样，是‘各州’的创造。它只是一个巩固的集团的作品，他们的利益不知道有什么州界，他们的范围的确包罗全国。”[3]德国政治学家兼先法学家施密特（Carl Schmitt）亦指出实际制定法律的过程其实并不代表“人民”的意愿：“所谓法律，在议会制立法国家意味着此一时彼一时的议会多数派的时不时的议决，在直接民主国家意味着此一时彼一时的公民多数派的时不时的意志。民主主义的多数原理的归结包括：第一、随时性，第二、单纯多数——即百分之五十一的多数。”[4]这表明，至少在宪法意义上，“人民”只是一种意识形态说法，具体到实际运作，任何一部宪法都是由少数民意代表所组成的特定机构（诸如制宪会议）来制定的。而少数民意代表，尽管在理论上或意识形态上可以宣称代表了全体人民，但实质上却是以“人民”的名义来做这少数人想做的事情。美国学者爱德华·密德·安尔为《美国宪法原理》作序时曾援引1777年《联邦条例》“今后未经国会同意及各州州议会加以批准，联邦条例概不得随时加以修正。”而1787年各州代表开会的初衷本为修正《联邦条例》，开会过程中才临时决定制定一部新宪法取代《联邦条例》：“制宪会议当时之作此决定无异一种革命性或政变性之行动，但就联邦条例之国家已入于麻痹状态一点而论，则此行动实为政治上大智与大勇之措施。”[5]尽管随后的历史证明，1787年宪法符合美国人民的根本利益，但是这部宪法制定过程实质是以“人民”的名义但“人民”缺席的“政变”。由此可见，即使美国1787年宪法，其实也是少数人参与制定的，在宪法的“立法权”上同样未能做到“正本清源”。

怎样才算宪法“立法权”的“正本清源”呢？季卫东认为，“立宪活动其

[1] 同上，第290页。
[2] 同上，第322页。
[3] 查尔斯·A·比尔德：《美国宪法的经济观》，何希齐译，商务印书馆1998年版，第18页、227页。
[4] 转引自季卫东：《宪政的规范结构：对两个法律隐喻的辨析》，《二十一世纪》（香港）2003年第12月号。
[5] 汉密尔顿：《美国宪法原理》，严欣淇译，中国法制出版社2005年版，第4-5页。



实意味着某种瞬间的特权——参与宪法制定的人的意志可以等同于全民的公意”。问题在于，按照现代民主宪政的最终权力来源于人民的政治理念，这种瞬时的特权即便代表了瞬时的全民公意，是否可以代表未来公民的政治意愿呢？所以他在逻辑上进一步推导出这样的结论：“如果要维持宪法的契约论或者合意论的构成，那就必须为此在一定程度上承认宪法是可变的。”如此一来，就势必就会出现宪法稳定性与可变性之间的矛盾：“真要彻底贯彻宪法的契约性的话，恐怕在观念上应该假定每天都得就宪法内容进行投票”，进而将“正义还原为每个人的主观体验的荒谬结局”。那如何克服这种稳定性与可变性之间的悖论？在这个问题上，也就是“最高效力从何说起”的问题上，其实是没有最终答案的，即使现代民主政治体制也没有办法根本解决[1]。也就是说，欲维护宪法的正当性，倘若依据梁启超在立法权上正本清源的思路，那就必须每天进行全民公决，如此一来，宪法理论上的立法权获得了正本清源式的保障，可是宪法的稳定性又如何得以体现？该种思路又具有怎样的可操作性？季卫东的这个观点，遥遥呼应着大哲康德称之为“最困难”、“同时又是最后才能被人类解决的问题”。因康德对于该问题的深刻阐述对于本文所欲探讨的理论至关重要，故不嫌累赘，长文转述于下：

困难之点就由这个问题的观念本身而呈现到我们的眼前，那就是：人是一种动物，当他和他其余的同类一起生活时，就需要有一个主人。因为他对他的同类必定会滥用自己的自由的；而且尽管作为有理性的生物，他也希望有一条法律来规定大家的自由界限，然而他那自私自利的动物倾向性却在尽可能地诱使他要把自己除外。因此，他就需要有一个主人来打破他自己所有固有的意志，并迫使他去服从一种可以使人人都得以自由的普遍有效的意志。然而，他又向哪里去寻找这位主人呢？除了求之于人类之中，就再没有别的地方了。但是，这位主人也同样是一个动物，他也需要有一个主人。因为无论他可能想要如何着手，但总归是看不出来他怎么才能找到一位其自身乃是公正的、正直无私的首领来；不管他是求之于一个个别的人也好，还是求之于为此而选出来的由若干人所组成的集体也好。因为其中的每一个人，当其没有另一个领导者对他自身依法行使权力时，总是要滥用自己的自由的。然而最高首领却既须其本身就是正直的，而又还得是一个人。所以这个问题就成为一切问题之中最为棘手的一个问题了。[2]

通过康德的阐述可以看出，人类需要一个主人，这位主人作为最高首领既是必需的，同时又是很难对其进行约束和控制的。同样的逻辑，在立法权的问题上，很难寻求一个完美的“正本清源”的制度可能，在稳定性与可变性的悖论问题上，尽管现代民主制度可以在程度上比先秦法家更能处理好，但是并不能从根本上杜绝《汉书·杜周传》“前主所是著为律，后主所是疏为

[1] 季卫东：《宪政的规范结构：对两个法律隐喻的辨析》，《二十一世纪》（香港）2003年第12月号
[2] 康德：《历史理性批判论集》，何兆武译，商务印书馆1990年版，第10-11页。

令”的情况，只不过这个“主”由法家的一人意志，变为立宪机构少数代表的“意志”而已，但正如康德所指出的那样，无论求之于个人还是求之于集体，都很难确保立法权完全意义上的“正本清源”。其实，梁启超所主张的立宪政体与法家的君主政体相比较，其对于限制与约束行政首脑的权力滥用，无疑更具可操作性。尽管如此，在民众厌政的西方社会，代议制早已为媒体舆论、利益集团所控制，民意代表的“意志”距离人民真正的内心意愿不可以道里计[1]。这样，少数人的意志与君主一人意志之间，只是一个程度问题，而非本质问题。现代历史学家吕思勉尚有一个非常精辟的回应，只可惜他的这个观点从未受到学者的重视，他说：

法家之言，皆为君主说法，设君主而不善，则如之何？万事一决于法，而持法者为君主，设君主而坏法，则如之何？近之持立宪论者，每以是为难。然此乃事实问题，不足以难法家也。何者？最高之权力，必有所归。所归者为君主，固可以不善；所归者为他机关，亦可以为不善。归诸一人，固不免坏法；归诸两机关以上，岂遂必不能坏法？今之议会，不与政府狼狈为奸乎？议会与政府，非遂无争，又多各为其私，非必为国与民也。故曰：此事实问题也。[2]

在吕思勉看来，立法权所关涉的最高权力之约束和限制问题，是一个人类社会共同面临的“事实问题”，是人类社会需要共同克服的一个政治困境。在此意义上，民主政体也好，君主政体也罢，其实都不能完全解决梁启超所期许的“正本清源”的问题。也就是说，宪法稳定性与可变性的问题，涉及到作为最高权力之宪法及其来源，其实是人类面临的永恒悖论，它不是专属于先秦法家的困惑，而是人类至今尚未彻底给出完美答案的困惑。深受政体理论濡染的现代中国学者，为了确证近代以来民主体制的正当性，以一种近乎浪漫的情怀构筑了一个有关立法权的“正本清源”神话。在这个精心编织的理论框架中，西方民主宪政受到青睐，法家有关“君臣上下贵贱皆从法”的理念被刻意解读为不能“正本清源”，是一种与民主相对的“专制”、“人治”。

饶有趣味的是，法家与现代西方学者在如何约束最高权力的问题上，都提到了自我约束。试对比梁启超与狄骥的如下表述：梁启超批评法家“法治”学术涉及君主守法寄希望于“自禁”时说：“立法权应该属于何人？他们始终没有把他当个问题。他们所主张法律威力如此绝对无限，问法律从哪里出呢？还是君主，还是政府。他们虽然唇焦舌敝说：‘君主当设法以自禁’，说：‘君主不可舍法而以心裁轻重。’结果都成废话。造法的权在什么人，变法废法的

[1] 黄万盛认为：“在西方民主世界的任何一个国家，只要在大选年，老百姓就会饱受媒体的轰炸，政客们不惜重金滥用媒体，蛊惑选民。看起来，选民是上帝，实际上，选民只是投票的工具，他们的自我意向迷失在媒体的鼓噪中；而政客们在选举时为拉拢选票空口许愿满嘴桃花，在选举之后，他们的承诺绝大多数都是被扔在一边不能兑现的空头支票。近年来，愿意投票的选民数每况愈下，是选民对选举丧失信心的体现。”参阅黄万盛：《正在逝去的和尚未到来的：<破碎的民主>中文本序》，《破碎的民主》（三联书店 2005 年版）一书系法国学者皮埃尔·卡蓝默所著。

[2] 吕思勉：《先秦学术概论》，东方出版中心 1985 年版，第 97 页。



权自然也在那人。君主承认的便算法律，他感觉不便时，不承认他。当然失了法律的资格。他们主张法律万能，结果成了君主万能。这是他们最失败的一点。”[1]狄骥在批评叶赫林“主权自限原则”时亦说：“很明显，在这种自限说中有一套真正的戏法。一种自愿的服从不是服从。如果只有国家才能建立和拟定法，而且国家还可以随时在它认为必要时加以修改的话，国家便不是真正受法限制的。这样给公法设定的基础，不容置辩是极为脆弱的。国家的权力只是因为国家所乐意并在国家自行设定的范围内受法限制，这种权力便极端类似一种绝对无限的权力。我刚才谈到的一种戏法，把它称为诡辩学说可能更正确一些。无论如何，这只是靠着一种似是而非的理由，人们才硬说国家是受法约束的。这就是现代整个法学界为解决用法来限制国家的问题所作出的努力。”[2]梁启超以无法约束与限制君主最高权力的逻辑去批评法家之君主“自禁”，与狄骥批评“主权自限”的逻辑，如出一辙。这表明，在约束与限制最高权力的问题上，无论法家也好，近代以来形形色色的立宪政体学说也罢，其实都无法根本解决决梁启超所期许的“正本清源”的问题。也就是说，如何约束与限制最高权力其实是人类面临的永恒悖论，它不是专属于先秦法家的困惑，而是人类至今尚未彻底给出完美答案的困惑。深受西方政体理论濡染的现代中国学者，为了确证近代以来立宪政体的正当性，以一种近乎浪漫的情怀构筑了一个有关立法权的“正本清源”神话。在这个精心编织的理论框架中，西方近代宪政受到青睐，法家有关“君臣上下贵贱皆从法”的理念被刻意解读为不能“正本清源”，是一种与民主法治相对的“人治”。

令人遗憾的是，现代以来的中国学界，极少注意到西方政治哲学对国家主权理论的反思对于更新法家思想研究的重要意义，直至今日，依然沿袭着梁启超的观点和思路来定性和分析法家。显然，追问国家最高权力是否受到约束与限制，与追问法家君主最高权力与法律的关系，同出一辙。近代以来西方尤其德国思想家的国家主权理论面临的困境，被梁启超移形换景，运用到了先秦法家身上，顺此思路，自然就提出了究竟君主权力最高还是法律权力最高的问题。德国思想家们的国家主权理论“最困难的问题”，其实同样不能在立法权的问题上“正本清源”，其实同样与先秦法家一样，最后必须乞灵于最高权力的“自我义务”。梁启超运用西方国家主权理论来追问法家立法权不能正本清源时，并未意识到，他批评法家的弊端，也是西方思想家最头疼的问题。梁启超评论法家时曾提出一个重要的方法论：“法治主义通有的短处”与“先秦法家特有的短处”，并且将立法权不能“正本清源”归结为先秦法家特有的短处[3]。这个方法论是可取的，但是结论却值得商榷。依据这个标准，法家无法有效约束与现在君主的最高权力，实则是人类普遍存在的一个理论难题，是一个根本无解的难题。倘若按照通常“正本清源”的思路，在如何

[1] 梁启超：《先秦政治思想史》，《饮冰室专集》之五十，第 217 页。

[2] 莱翁·狄骥：《宪法论、法律规则与国家问题》，第 459-460 页。

[3] 梁启超：《先秦政治思想史》，《饮冰室专集》之五十，第 216-217 页。

约束最高权力的问题上，恐怕迄今为止所有的国家的最高权力其实都不可能受到外在法律的约束与限制，都难免“人治”之嫌了。如果法家之“法治”因此而被定性为“人治”，那还有何种制度何种社会不是“人治”？总之，此种以人类通有的短处来界定法家，除了给学界平添诸多无谓的理论困惑外，对于深化法家之“法治”学说，并没有太多益处。

## 三、法家“法治”学说“刑治说”辨正

法家“法治”本质是否属于“刑治”的问题，也向来为学界所关注。严复认为：“夫督责书所谓法者，直刑而已。所以驱迫束缚其臣民，而国君则超乎法之上，可以意用法易法，而不为法所拘。夫如是，虽有法，亦适成专制而已矣。”[1] 当代法学界亦有学者认同这种观点。[2]笔者以为，欲解决法家“法治”是否“刑治”的问题，需要从两个方面来考察：其一，法家之“法”与“刑”的关系以及“法”的多元内涵；其二，法家之“法”与“刑”是否含有权利、正义的意味？

首先分析第一个问题。

从文献记载来看，“刑”确为法家之“法”的重要组成部分。法家非常重视刑罚对于治国之重要性。韩非子说：“凡所治者刑罚也”（《诡使》），又说：“夫严刑重罚者，民之所恶也，而国之所以治也”（《奸劫弑臣》）。《商君书·说民》则将“刑”视为实现法治理想社会的起点：“刑生力，力生强，强生威，威生德，德生于刑。”《管子·心术上》亦说：“杀僇禁诛谓之法。” 就此而言，《尔雅·释诂》“刑，法也”以及《说文解字》“法，刑也”的判断，是有充分依据的。法家对刑罚之重视还体现在“以刑去刑”的观念提倡方面（《商君书·去强》、《韩非子·饬令》）。法家利用人们趋利避害的心理特征，主张通过刑罚之威慑，最终使之所以惩罚的善恶价值、是非观念完全内化为百姓自身的实际意愿，从而达到“以刑去刑”的效果。《商君书·定分》详细描述了这种理想及其实现逻辑：“故圣人立天下而无刑死者，非不刑杀也，法令明白易知，为置法官吏为之师以道之知。万民皆知所避就：避祸就福，而皆以自治也。”

多数情况下，法家之“法”与“刑”的关系可以表述为：“法”代表一种客观规范，“刑”则代表客观规范的具体落实与实施，如《商君书·说民》称：“法详则刑繁，法简则刑省。”《韩非子·解老》也说：“民不敢犯法，则上内不用刑罚”。由此亦可以看出，法与刑既存在很紧密的关系，但法家将二者分列对举来表示又至少表明二者并非完全一回事。对此，胡适的观点非常明确：“法家所主张的，并不是用刑罚治国。他们所说的‘法’，乃是一种客观的标准法，要‘宪令著于官府，刑罚必于民心’，百姓依这种标准行动，君主官吏依这种标准赏罚。刑罚不过是执行这种标准法的一种器具。刑罚成了‘法’的一部分，便是‘法’的刑罚，便是有了限制，不是从前‘诛赏予夺从心出’的刑罚了。”[1]既然“法”为执行刑罚之标准与依据，由此自然衍生出罪刑法定的政治理念，“释仪的而妄发，虽中小不巧；释法制而妄怒，虽杀戮而奸人不恐。罪生甲，祸归乙，伏怨乃结。故至治之国，有赏罚，而无喜怒，故圣人极；有刑法而死，无螫毒，故奸人服。”（《用人》）毋庸置疑，这是一种公正观念，同时也是“以刑去刑”能够实现的伦理基础。上述言说都表明，尽管“刑”为法家之“法”题中应有之义，但二者存在的细微差别却不容忽视。就此而言，陈顾远的观点值得充分重视，他说：“法家把法字的涵义看得很广，依正当的用法，刑书只是法的一部分，绝不能泛称为法；所以商鞅受《法经》以相秦便改法为律，把《法经》的盗法、贼法……改为盗律、贼律……，表示出法与刑不是一种事物。”[2]

同时，法家之“法”蕴含“刑”的意味，绝不意味着法家之“法治”就是“刑治”。最简单和最直接的原因在于，法家之“法”除了“刑”之外，尚有“赏”的重要内涵：“二柄者，刑、德也。何谓刑、德？曰：杀戮之谓刑，庆赏之谓德。”（《二柄》）“厚赏”作为法家“法治”的逻辑基础和物质前提，就是首先让绝大多数人具备相对丰厚的物质生活条件，从而强化人们的利害意识和差别意识，惟有如此，才会乐生恶死、趋利避害，“刑”也才有了真正得以落实的社会基础。《安危》篇说：“人失其所以乐生，而忘其所以重死。人不乐生，则人主不尊；不重死，则令不行也。”《六反》篇也称：“凡民之取重赏罚，固已足之之后也。”《八经》篇更主张只有“使民利之”、“使民荣之”的前提下才能“使民畏之”、“使民耻之”。显然，这些史料都清楚地表明，法家及韩非子的“法治”思想本质不是仅止于“刑治”而已。

法家之“法治”并非单纯“刑治”的深层原因，先秦法家诸子并非现代法学意义上的法学家，而是政治家，尽管这两种身份都关注法律之运用，但作为政治家的法家对“法”的理解远比现代法学家更为丰富。譬如，《商君书·画策》说：“国皆有法，而无使法必行之法。”此句“法”字出现三次，前两次出现之“法”既可理解为“法律”，亦可理解为广泛意义的社会规则；而最后一次出现之“法”，既可具有前面两个“法”的内涵，又可蕴含“方法”之意。再如，韩非子曾引述申不害的话：“法者，见功而与赏，因能而受官。”（《外储说左上》），此处之“法”实为奖赏与委任官吏之方法，其与申不害强调的“术”具有相同的内涵：“术者，因任而授官，循名而责实，操杀生之柄，课群臣之能者也，此人主之所执也。”（《定法》）韩非子在《有度》篇的观点更可以看出“法”所具有的制度或规则内涵：“故明主使法择人，不自举也；使

[1] 王栻主编：《严复集》，第四册，中华书局 1986 年版，第 938—939 页。
[2] 梁治平：《法辨》，《中国社会科学》1986 年第 4 期；郑琼现、占美柏：《法家“法治“说：理论、实践及百年流变》，《学术研究》2004 年第 6 期。

[1] 胡适：《中国哲学史大纲》，上海古籍出版社 1997 年版，第 268 页。
[2] 陈顾远：《法治与礼治之史的观察》，《复旦学报》1944 年第 1 期。

法量功，不自度也。能者不可弊，败者不可饰，誉者不能进，非者弗能退，则君臣之间明辨而易治，故主雠法则可也。”在此，“法”作为一种制度标准，绝不具有“刑”的内涵。一般而言，“刑”是一种禁止性规范，强调行为之后果，并以惩罚为手段；但此处之“法”的功能在于“择人”、“量功”而非惩罚。章太炎将其称之为“制度”，他说：“法者，制度之大名。……故法家者流，则犹通俗所谓政治家也，非胶于刑律而已。”[1]冯友兰则将其视为“组织和领导的理论与方法”：“把法家思想与法律和审判联系起来，是错误的。用现代的术语说，法家所讲的是组织和领导的理论和方法。”[2]顾立雅在详细梳理先秦“法”的内涵之后认为，法家之“法”多数情况下具有“法律”（Law）与“行政技术”（Administrative technique）的双重内涵。[3]就此而论，法家所关心的“法”本质上是社会规则及其实现方法之总称，此亦胡适所谓“标准法”之缘由。

再看第二个问题。

学界有一种舆论不仅将法家的“法治”定性为“刑治”，并且“不含有权利、正义的意蕴。”权利、正义均为西方政治概念，且为现代汉语之表达形式，若从字面上讲，先秦文献自然不会存在与西方政治语境中的“权利”、“正义”完全相同的概念。然而，没有字面意义上的概念，并非没有如此之观念。试问，倘若法家乃至整个中国古代之“刑”，不含权利、正义的意蕴，那执法者岂不是真成草菅人命的杀人魔王了么？近人王伯琦依据狄骥有关社会规范理论，将法的规范分为准则法与技术法两种类型。准则法是目的，技术法是方法。以刑法为例，刑法属于技术法，但其背后却隐藏着准则法。“如不得杀人，不得盗窃，不得欺诈，不得背信，都是准则法，这是我们应遵守的行为规范，但这不是刑法的内容。刑事法所规定的是杀人盗窃欺诈背信等行为应处以何种的刑罚。”根据这个判断，王伯琦认为法家提倡的“法”既是准则法又是技术法，力主法家“法治”并非“刑治”。他说：“技术法仅是确保准则法被遵守的方法，既讲到技术法，必然的应以承认准则法之存在为前提，倘使否认了准则法，技术法就无从谈起。所以法家虽多就技术法方面发挥议论，但决不会不承认先有道德礼义之存在。”同时，他还针对将“法”与“刑”等同起来的观点只注意到技术法一面而忽视了准则法：“我们言法，决离不了准则法的概念，亦就是说，离不开道德礼义的概念。……倘说法与刑同义，那么言法的人将都是刽子手了。”[4]令人遗憾的是，王伯琦有关法家“法治”并非“刑治”的观点，并未受到学界应有的重视。这至少提醒人们思考，即便从“刑治”角度去理解“法治”，也应该考虑到法家之“法治”本身所具有的权利、正义价值。

[1] 章太炎：《检论·商鞅》，《中国现代学术经典·章太炎卷》，第 383 页。
[2] 冯友兰：《中国哲学简史》，北京大学出版社 1985 年版，第 186 页。
[3] Herrilee G. Creel, SHEN PU-HAI: A Chinese Political Philosopher of the Fourth Century B.C., The University of Chicago Press,1974, p162.
[4] 王伯琦：《近代法律思潮与中国固有文化》，清华大学出版社 2005 年版，第 10-14 页。



探讨法家“法治”学说的权利意识，最最显著的非“街兔理论”莫属。《慎子·逸文》记载：“一兔走街，百人追之，贪人具存，人莫之非者，以兔为未定分也。积兔满市，过而不顾。非不欲兔也，分定之后，虽鄙不争。”相似说法亦可见于《商君书·定分》：“一兔走，百人逐之，非以兔也。夫卖者满市，而盗不敢取，由名分已定也。故名分未定，尧舜禹汤且皆如骛焉而逐之；名分已定，贪盗不取。”若用现代观念来审视，无主之兔（譬如野兔），在所有权问题上归属未定，如此，不管何人，均可尝试据为己有。然而，如果此兔并非野兔，其所有权归属并无分歧时，他人是不能随意侵占的。此处之“名分”，具有强烈的个人所有权的意味，他人不得无故侵犯。《商君书·定分》所谓“吏不敢以非法遇民，民又不敢犯法”，实质也蕴含百姓利用“法”来维护自身权益以免遭官吏之侵害的意味。此外，法家“君臣互市”的观念，亦隐隐透露出某些权利意识，所谓“主卖官爵，臣卖智力，故自恃无恃人。”（《外储说右下》）在此观念之下，君臣之间基于公平原则形成一种能力与爵禄的买卖交换关系。倘若大臣能力完全胜任君主委任之职责，那么他就理所应当获得其应得的爵禄，这是他的“权利”，并且他也不会因此对授予他爵禄的君主感恩戴德。此即“以功受赏，臣不德君”（《外储说左下》）。此种观念，即使放在动辄感念英名领导之当代中国，依然不乏警醒价值。

至于法家之“刑”有无正义价值，倘若去掉先入为主的阶级分析法以及现代民主制度的偏见，其实根本不成其为一个问题。缺乏正义价值的刑罚，且不问是否符合中国历史之复杂情形，单纯从逻辑上亦可推知绝不可行、不可信。《荀子·正论》曾谓：“杀人者死，伤人者刑，是百王之所同也，未有知其所由来者也。”这是最朴实最切近人情体验的公平正义价值，“百王之所同”道出了“杀人者死、伤人者刑”超越时空的价值。在一个是非观念与善恶价值正常有序的社会，杀人及伤人者，定会受到惩罚这点，无论古代也好，当代也罢，除了程度之差别外，实质完全相同。法家之“法”与“刑罚”，亦能在此意义上获得其正当性。《慎子·逸文》阐述“法”之特性：“法者，所以齐天下之动，至公大定之制也。” 韩非子以“法”为执行刑罚之标准与依据，并且衍生出罪刑法定的政治理念，“释仪的而妄发，虽中小不巧；释法制而妄怒，虽杀戮而奸人不恐。罪生甲，祸归乙，伏怨乃结。故至治之国，有赏罚，而无喜怒，故圣人极；有刑法而死，无螫毒，故奸人服。”（《用人》）毋庸置疑，这是一种公正观念。韩非子明确主张：“圣王之立法也，其赏足以劝善，其威足以胜暴。”追求“善之生如春，恶之死如秋”的理想社会（《守道》）。如果不去纠缠善恶价值的相对性，法家之“法治”在此表达的同样是一种扬善惩恶的正义价值。

综上可知，法家之“法”具有“刑”的内涵，但更重要的是一套社会规则体系及其实现方法，所以将法家“法治”定性为“刑治”的观点是偏颇的，不利于正确认识和评价法家。

## 四、余论

学界不仅将法家之“法治”定性为“专制”、“人治”、“刑治”，同时还从政体视角主张它与现代民主法治存在本质区别，所谓现代民主法治（“rule of law”）与法家“法治”（rule by law）区别。但是，正如前文所提到的，现代民主“法治”之下，欲使主权者居于法律之下，实则也是一种幻想而已。就此而论，古今“法治”观念具有相似的特质，也面临着同样的困境。“法治”概念本身，实则人类创造的处理人际关系及资源分配的一套规则体系。因为“法”本身的出现与存在，根本上说乃是基于“人”的需要，“法”是由“人”并且由“拥有最高权力的人或机构（少数人）”制定出来满足人类需求的。从这种意义上说，“法”是人类社会实现治理的工具，然而“法”本身蕴含的矫正人类贪欲及偏心的公平正义特质，又使得“法”具有不听从“人”而欲“人”听从“法”的意味，无论法家之“道生法”，还是西方古典自然法或近代天赋人权观念，均欲赋予“法”相对于“人”之至高无上性及绝对正当性。然而，由于“法”本身是人类制定出来的规则，所以它本身蕴含的公平正义特质又必须依赖于“人”尤其是特定的“人”来执行，如此以来，真正意义上的“法的统治”（“rule of law”）无法实现，实质均为“以法为治”（rule by law）。

当然，如此主张，并非就说法家之“法治”与现代民主“法治”并非没有区别。这种区别主要体现于现代民主法治的一套相对完善的政治体制有利于“法治”相对于法家之君主政体更接近“法的统治”（“rule of law”）。有学者深刻指出：“西方文化的优势恰恰在于它的实践性和可操作性，西方的民主思想正因为有了一套可操作的程序，才将其变成一种社会的现实；西方的法律思想正因为有了一套运作规程，实现了三权分立、司法独立和相互制衡，才在一定程度上实现了法治和在一国范围内保证了个人的自由和人权。中国思想如果不解决实践性和可操作性的问题，如果找不到将其贯彻落实的途径和方法，我们永远就只能停留在空谈和议论方面。”[1]在美国民主政治中，民众被视为“睡着的狗”的生动比喻，亦说明尽管民众平时对于政治参与热情不高，然而一旦他们发现当政者滥用法律时一定会积极参与，从而在下一次选举中将他们选下台[2]。也就是说，西方民主“法治”尽管离真正的“法的统治”（“rule of law”）尚有距离，其法律之制定也难免沦为少数意志体现，然而其程序之透明以及给民众预留参与政治之途径，相对于法家之“法治”，无疑更为合理，也更有利于实现法家之“法治”理想。

毫无疑问，法家之“法治”对于业已高度规则化、有序化之西方社会而言，已经失去借鉴价值。但是，对于当代中国，依然值得提倡。诚如前文所

[1] 张曙光：《天下理论和世界制度：就<天下体系>问学于赵汀阳先生》，载邓正来主编：《中国书评》，第五辑，上海人民出版社 2006 年版。
[2] 迈克尔·罗金斯等：《政治科学》，林震 译，华夏出版社 2001 年，第 135 页。



言，法家之“法治”乃是一套社会规则体系及其实现方法。法家之“法治”涉及规则属性、规则制订、规则执行以及规则运行环境等诸多方面的探讨。所谓“规则体系”，体现在社会治理层面，就成为“制度”或“法规”，体现在日常生活领域，就成为林林总总的行为规范及交往礼仪。中国文化“重关系、轻规则”的特质，使得中国成为一个徒具规则体系而无规则落实的社会。费孝通认为在“差序格局”的社会中“一切普遍的标准并不发生作用，一定要问清了，对象是谁，和自己有什么关系之后，才能决定拿出什么标准来。”[1]当代中国，政治领域的腐败、商业领域的欺诈及食品安全问题、日常生活中的各种潜规则，其实都亟待规则体系之真正落实。熟悉本土文化特性之法家向来重视规则体系之落实环境及落实途径，对于解决当代中国规则缺失之困境，或有一定助益。

[1] 费孝通：《乡土中国》，三联书店 1985 年版，第 34-35 页。

# 传统中国法制的整体思考

邓建鹏*

中国传统法制起源于东亚大陆早期频繁的战争及与此相关的军事法令、家族伦理社会的礼，这类法制并非群体成员通过协商、辩论、妥协等方式达成的共同意愿，而是强烈地表现为军事集团首长（后来则是皇帝）的意志强加于另一方。与古希腊平民与贵族阶层相互斗争达成妥协意志——法律不同，中国传统法制具有优先保障法令制定者自身利益的倾向，对私人利益的保障不是其重心。故而，这种传统法制是一种治理型的法制，其以禁令、约束性条款为基本特征，强制民众遵纪守法、承担义务与维持适应统治者要求的秩序。生法者为君，守法者为官与民。因此，在司法过程中，具有个人自由意志特征的专断权力（源自皇帝）与循法而治属性的常规权力（源自皇帝对官僚集团的规范及官僚自身使命）共存，交互影响司法实践。

然而，以王朝私利为最终目标而选择的制度，最终难以被社会各方尤其是下层民众所接受。受前一王朝政权被推翻的警醒，中国传统法制在订立伊始往往以稳定和宽缓为特征，随着警示日渐远去以及最高统治者权力日益不受约束，法制与司法实践愈加趋于严苛，难以长期维系。社会民众在忍无可忍之际，最后以暴力推翻现政权，建立新王朝。但是，与新政权配套的法律制度，仍然是以最高领导集团的私利为核心目标。这意味着，法制的创建，始终不存在上层统治者与底层民众协商与妥协的过程。没有经由各方让步、克制或同意而达成规则，也即宪政体系下的法制，这导致治乱循环在中国历史上相沿不已。权力结构的持续，导致在前后敌对政权建立的不同王朝下，法制表现为稳定的继承性。有革命，却无新制度。法制长期未能优化，虽具有“温水煮青蛙”般的缓慢负效应，但不会立马导致政治危机。然而，一旦危难来临，诸如因长期官僚集团的贪污腐败、司法不公引发王朝末期的起义、叛乱、外乱入侵等，变革为时已晚。

传统法制的成文化与体系化框架深受法家学派影响。法家的政法思想为维护君主专制提供了诸多学说资源。与先秦儒家不同，汉以后，儒家学说经过历代学人的努力改造，迎合了王朝的政治需要，跃升上政治舞台，成为指

* 中央民族大学法学院教授。



导政治与法制的主要学说，极大影响了历代法制内容与原则。被改造后的儒家学说与历代家族伦理身份等级社会的状况相适应。因而，受儒家思想支配的中国传统法制是一种身份性的法制，法制对民众义务及所享有的资格的设定、司法判决结果皆因人的身份层级而异。

在晚清西方列强侵入中国之前，庞大的中华帝国基本缺乏与其它国家和民族竞争的危机与意识，社会自身除了唐宋之际有较大变化外，整体上差异不大，皇权结构亦维持上千年的稳定。历代王朝并不注重将诸如权利、自由的平等保障等内容纳入法制之中。社会民众被统治刻意维持成散沙状，禁止自由结社。因此，在社会内部，皇权政治没有任何实质性力量的制衡，法律与司法方面的恣意在最高统治者身上表显甚为明显，故而最高统治者往往成为吞噬法制稳定与司法正义的黑洞。虽说皇权为维持自身统治的合法性与正当性，不断颁布各种惩治违法官吏的法令，甚至这些涉及行政惩戒的法令数量之巨，国外罕有其匹。然而，对于不同层级的官员，其利益天生多样化和分散化，官僚通过破坏法制、滥用权力等形式获取巨额利益，皇帝无法保证官僚集团利益与其一致。

时至近代，在中国与列强间的冲突中，一国法制的优劣很大程度决定了其竞争的成败。自中世纪以来，西欧小国林立，这些小国间的激烈竞争迫使一些政府倾向于改善包括法律在内的社会制度，最后促成了向宪政转型。欧陆国家历经文艺复兴洗礼等因素，其法制向限制国家权力、保障民众平等权利与自由、激励团体对外扩张转化。深受传统法制与司法体制束缚的中国臣民在与列强对抗时，时时处于下风。这种劣势催生了种种政治和外交危机，迫使晚清王朝改弦更张，引进西方法制。但是，受制于固有既得利益集团的束缚，立法者主要基于自我利益，选择性地学习与移植西方法律，并以西式法律为框架，建构了中国特色的法律体系。由于近代动荡不安的政治局面，这种具有西方色彩的法律体系在彼时中国落地生根异常艰辛。

# 传统中国的土地产权分立制度

聂　鑫*

**内容提要**：土地产权问题是中国古代首要的问题之一，也是当代仍然面临的重大问题。传统中国逐渐形成了独特的土地所有权观念与制度，其最典型的特征便是产权分立。西周分封制度之下的井田制、北魏至唐的均田制，都是在土地国有前提下土地产权分立（分割）的例证。五代至北宋土地私有化愈演愈烈，但又兴起了土地集体共同所有的土地制度；明代中叶以后，永佃权与“一田两主”的土地产权分立方式又大行其道。总的来看，在土地所有权分立的条件下，“土地公有”的传统在中国源远流长，土地集体共同所有的方式同样影响深远；而私有土地的所有权与占有使用权（“占耕”）的分立，以及土地所有权本身的分割，都是民间行之已久的习惯。这对于我们今天的土地产权制度建设仍有一定的借鉴意义。

**关键词**：土地；产权分立；土地公有；集体共同所有权；分割所有权

传统中国是一个典型的农业国家，也是人口大国，人与地的紧张关系在上千年前便十分突出。《通典》正文第一句话便是：“谷者，人之司命也；地者，谷之所生也；人者，君之所治也。有其谷则国用足，辨其地则人食足，察其人则徭役均。治此三者，谓之治政。”[1] “辨其地”，即土地的产权问题，也成为数千年中华帝国的首要问题之一。基于马克思所谓的“亚细亚生产方式”，以及儒家倡导的家族主义传统，传统中国逐渐形成了独特的土地所有权观念与制度，并影响深远，其最典型的特征便是产权分立，也即在同一土地上不同阶层的所有权并立，它们用不同的方式分享土地的占有、使用、收益、处分权。在经历了一百多年翻天覆地的法制现代化之后，直至今日，我们仍能轻易辨识出我们土地产权制度的“中国特色”，例如：农村土地国家（集体）所有权与个人使用、收益权的分立，城市住宅用地国家所有权与个人使用权的分立等等。

有的学者将土地所有权作为绝对无限制的物权，在其看来，所谓土地产权制度的“中国特色”只意味着产权不清的落后状态，他们认为彻底的土地私有化才是最佳的选择；但也有人认为土地所有权并非确定不动的逻辑概念，乃因历史的、具体的事实变动而变化。事实上，在比较法制史上，关于土地（不动产）所有权，历来有两种对立的法律传统：罗马法传统与日耳曼法传统。从法律传统上来说，古代中国的土地所有权（包括整个不动产物权）制度与西欧经典的罗马法传统不同，更接近于团体主义的日耳曼法传统：其一，罗马法传统奉行个人主义；日耳曼法与中国古代法则奉行团体主义的，其土地所有权含有身份法的色彩。其二，罗马法上的土地所有权系“绝对排他性权利”；则日耳曼法与中国古代法上的土地所有权是可与其他种类物权相容的物上权；其三，前者系恒有一定内容的单一且抽象的权利；后者则可因经济上的需要分立为两个以上阶层的、异类所有权，系具体的权利；其四，罗马法上的土地所有权纯属私法的领域；日耳曼法与中国古代法上的土地所有权则与公法上的土地支配权相混淆。[1]

传统中国，在意识形态上奉行团体主义（家族主义），强调国家、集体利益高于个人利益；在政治上，坚持土地国有（土地王有），《诗经·小雅》上便有“普天之下，莫非王土”的观念，土地所有权附属、受制于国家权力；在日常经济生活中，土地所有权也并非绝对排他的权利，它可为集体所共同所有，也可与其他的物权并存，它自身还可分立为不同阶层的所有权，如田皮骨、大小租等。以下我们将具体讨论这些“中国特色”。

## 一、土地公有（国有）前提下的土地产权分立：井田制、均田制

### （一）分封与井田制

当原始社会的人们在土地上共同耕作且平均分配时，土地乃是集体公有财产，这便是所谓井田制的起源；国家产生后，继承了土地公有的观念，并将其转化为土地国有的制度，由于国王（天子）乃是一国之主，故而土地国有也即土地王有，二者合二为一。一般认为，在魏李悝“尽地力”、秦商鞅“废井田、开阡陌，令民自实田”之前，为实行土地公有制的时代。当时的“井田制”名为公有/王有/国有，其实质上则是天子将土地于分封于诸侯，诸侯又分封于卿大夫，形成逐级分封、层层占有的采地食邑。此时虽云“普天之下，莫非王土”，但王（天子）并不实际占有分封给诸侯的土地，而是由诸侯及其卿大夫依次占有，交由庶人耕种（使用），并沿着士－卿大夫－诸侯－王的次序依次上贡，以分享土地的产出收益。我们可以说，从国家产生伊始，中国的土地产权便分立为国家与其他所有者分享土地所有权。

### （二）土地兼并盛行之下对井田制的追思

井田制一经废除，土地兼并之风遂不可遏制。秦汉以后，仁人志士提出谋求补救的办法，大都以原始的井田制为最高理想之制度；纵使井田制只是

* 清华大学法学院副教授。

[1] 杜佑：《通典》，中华书局 1988 年版，第 2 页。

[1] 戴炎辉：《中国法制史》，（台北）三民书局 1966 年版，第 287～284 页。

后人子虚乌有的想象，但孟子所倡“井田制”的观念已深入后人之心。

“孟子曰：夫仁政必自经界始。经界不正，井地不均，谷禄不平，是故暴君污吏必慢其经界。”[1]汉代“富者田连阡陌，贫者无立锥之地”，其酷烈有甚于秦，武帝时董仲舒首倡“限民名田”之说，对于百姓豪强占有田地的数额作出限制，他认为“古井田法虽难卒行，宜少近古，限民名田。”，他的建议没有得到采纳。汉哀帝时，大臣师丹、孔光等建议“限民名田”，“诸侯王以至吏民名田不过三十顷”，由于权臣的反对，未能实行。[2] 到了王莽篡汉之后，他在“胜利的乐观、信古和自信之余”，缺乏董仲舒、师丹的审慎，认为孟子提倡的井田制“可卒行”，“他要依照先圣的启示，理性的唤召，为大众的福利和社会的正义，去推行一种新经济的制度。”他下诏：田地国有，不得买卖；男丁八口以下之家占田不得过一井，即九百亩；占田过限的人，要将其余田分给宗族乡邻；无田的人，由政府授田。王莽的这一新政实行未久，便遭遇障碍，才三年，便在欧博的进谏之下下诏废除了，欧博的谏言如下：“井田虽王法，其废久矣。……今欲违民心，追复千载绝迹，虽尧、舜复起，而无百年之渐，弗能行也。”[3]

王莽改制失败之后，后世虽仍不乏将井田制作为理想的，但在现实操作上仅退而求其次，追求“耕者有其田”的均田制。东汉末的荀悦在“限民名田”之外，提出“耕而勿有”，即土地占有使用权与所有权分立的主张，他论证说：“且夫井田制，不宜于人众之时，田广人寡，苟为可也。然欲废之于寡，苟为于众，土地布列在豪强，卒而革之，并有怨心，则生纷乱，制度难行。……既未系备井田之法，宜以口数占田为之立限。人得耕种，不得卖买，以赡贫弱，以防兼并，且为制度张本，不亦宜乎！”[4]

（三）均田制的兴衰

西晋时，政府总结前人的理论与实践经验，颁布了《品官占田荫客令》和《占田令》，规定了官员和百姓占田的数额限制，以抑制土地兼并，其官第一品 50 顷，每品减 5 顷，依次递减至九品官占田限额为 10 顷；百姓则男子限占田 70 亩，女子 10 亩。[5]是为北魏均田制之先声。

北魏孝文帝于太和九年（公元 485 年）首颁均田制，以后北齐、北周、隋、唐前后相承，均田制延续了约 300 年。北魏因长期战乱，人口逃亡、土地荒芜，留居农民亦不堪沉重赋役，多荫附士族豪门。针对这一状况，政府颁布《均田令》：15 岁以上男子受露田（植谷物）40 亩，女子受露田 20 亩；男子受桑田（植树）20 亩，女子受桑田 5 亩；产麻区则男受麻田 10 亩，女子五亩。奴婢与良人一样授田；四岁以上耕牛（“丁牛”）每头受露田 3 0 亩，

[1] 杜佑：《通典》，中华书局 1988 年版，第 6 页。
[2] 董仲舒、师丹等人的建议参吕思勉：《中国制度史》，上海世纪出版集团·上海教育出版社 2002 年版，第 437 页。
[3] 王莽改制及其评价参张荫麟：《中国史纲》，商务印书馆 2003 年版，第 223～225 页。
[4] 杜佑：《通典》，中华书局 1988 年版，第 13 页。
[5] 杜佑：《通典》，中华书局 1988 年版，第 15 页。



以 4 头牛为限。露田所有权归官府，人到法定纳税年龄则由政府授给耕作，必须用来种植谷物粮食，不得改种其他经济作物，更不得买卖或抛荒，待其年老免役或死亡则时归还政府；因拥有奴婢、耕牛而分得之田则随其奴婢与耕牛之有无以还受。桑田则“皆为代业，终身不还”。又土地的还受时间为正月（农闲时），以避免影响庄稼正常的耕作与收获。“诸人有新居者，三口给田一亩，以为居室；奴婢五口给一亩”，类似今天的宅基地。至于各级地方官，则由政府在其任职处附近依官等高低拨付一定数额的公田，但严禁买卖，此为后世“职分田”之始。[1]均田制在“均田”与国家控制土地所有权（处分权）的大原则之下，也充分照顾了民间的实际情况。例如：对于“桑田”，由于树是多年生制度，由栽培到收获须经过多年时间，如需还给政府，必然会造成栽培者的损失，进而也会影响栽培者的生产积极性，故而《均田令》规定桑田不必退还政府，而可以传给后代，北齐则称其为“永业田”。因桑田可以传给子孙，经过数代之后，在一家之中桑田便会越积越多，对此，《均田令》又明确规定：“有盈者无受无还，不足者受种如法。盈者得卖其盈，不足者得买不足。”[2]但是卖者不得卖过其分，买者不得买过所足。另外，由于各地人口密度不一，田多人少（“宽乡”），若不增加授田量，则造成多余田地的荒芜；田少人多（“狭乡”），若不减授，则供不应求。北魏《均田令》也充分考虑到以上情况，政府在授露田时，常常加倍授予，一丁男往往可受露田 80 亩，女子可受 40 亩，称为“倍田制”；地狭人众时则不倍授。

北魏均田制比较好地实现了荀悦“耕而勿有”的精神，通过土地还受的制度将大量土地（露田）的所有权收归政府，农民只有占有、使用权（占耕之权），而无自由处分土地（如买卖）之权。通过土地所有权与占有使用权的分立限制了土地的买卖与过分集中，在一定程度上实现了“耕者有其田”的理想。但是我们必须看到其局限，一方面，北魏实行均田制的物质基础是长期战乱之后农民流亡、大量土地抛荒的现实让政府有田可授，随着人口的增殖造成的人多地少的矛盾必将再度出现。另一方面，均田制在使百姓均田的同时却赋予官员更多的职分公田，在北魏宣帝时更改职分公田为永赐，“得听买卖”。国家放弃了对于职分田处分权的控制，这严重破坏了均田制下产权分立的格局，使职分田主拥有了完全产权，造成了土地的兼并与集中。更严重的是，很多官僚打着“买卖职分公田”的旗号，大量买入或强占百姓的土地，这意味国家对于其所授民田的处分控制权也被侵蚀。整个产权分立的局面被打破，小农便无法维持对土地的占有。

唐初继续实行“均田制”，但其对于土地自由处分（买卖）的限制更宽，其授予百姓的土地分为口分田、永业田两部分，另有私田作为宅地。口分田，少壮受田，老死后要还给官府；永业田可以继承。二者理论上讲都不可自由

[1] 北魏均田制详参杜佑：《通典》，中华书局 1988 年版，第 17～19 页。
[2] 杜佑：《通典》，中华书局 1988 年版，第 18 页。

买卖，《唐律·户婚律》规定有“卖口分田”之罪。但依成书于永徽年间的《唐律疏议》，永业田在家贫无以供葬时可以出卖；口分田在自狭乡迁往宽乡时可以卖，还可以卖充宅及碾硙、邸店；所赐之田与五品以上勋官永业地均可自由买卖。[1] 土地得以自由买卖导致了土地兼并的盛行，均田制便日趋破坏。唐开元年间，农民受田不足的问题已经十分突出，加之户籍制度败坏、又遭遇安史战乱，土地还受制度随之失灵，国家无法实际控制土地的处分权。唐中叶后，在藩镇割据之下，中央政府根本无力整顿土地制度，均田制遂一蹶不振。

宋代土地更见集中，北宋仁宗曾下诏“限田”，企图走西晋占田制的老路，但行之未久便转而废弃，其根本原因在于当政者本身即是大地主。当时的大地主占有全国绝大多数的耕地，小自耕农的数量大大萎缩。更有甚者，政府强迫收购、刮取民田而为官田，放给农民佃种以获利，这样的官田，其实是一种官庄园。[2]其所谓“官田”，乃是统治集团私有、服务于该集团私利的土地，而非真正公有之土地（“公田”）。

## 二、土地私有前提下的土地产权分立

由五代至宋，是中国历史上的一个重要转折时期，学术思想由“汉学”变为“宋学”；在土地所有制的形式与实质方面也发生了巨大的变化，这被学者总结为“官田的私田化与官租的私租化”。在此之前，“在东方（亚细亚）特征起作用的时期里，问题是沿着与此恰好倒置的倾向发展的，即私田的官田化和私租的官租化，也就是说，在那段时间里，国家兼有地主的身份，私田在法令上作为‘永业’而以国家的名义授予，而国家赋税中则兼备着地租的性质。现在，从五代和北宋开始，事情又来了一个倒置，国家把土地更大限度地下放给普通的地主了，……从而地主手里的土地所有权不知不觉就深化了很多。即便封建国家手里还留有一批土地的话，他们也完全按照普通地主的样子来进行经营，执行剥削。”[3]也有人总结说，唐以前国家土地政策的核心在于“均田”，赋税乃是其次要目标；宋之后国家土地政策的核心则在于“聚敛”，故而均田制度无法复兴。但由宋至清，土地私有权的深化并不意味着所有的土地产权完全由分立走向合一，在土地私有的前提之下，仍然存在着共同所有权与分割所有权等土地产权分立的现象。

（一）共同所有权

在传统中国，个人在法律地位上不能独立，盖其依赖于团体而存在。而这些团体的典型为对人影响最大者，乃宗族、乡村与家族。宗族常拥有公产，

[1] 唐律及疏议条文参《故唐律疏议》，卷十二第十五，商务印书馆 1936 年影印本。
[2] 程溯洛：《南宋的官田制度与农民》，载“历史研究”编辑部编：《中国历代土地制度讨论集》，三联书店 1957 年版，第 489 页。
[3] 赵俪生：《中国土地制度史》，齐鲁书社 1984 年版，第 387～388 页。



如祭田、义庄等；而乡村亦有其公产，如公共樵牧地、义地、乡村公庙及庙产等。“公产系总有，乃组成所有权内容的各种机能，分属于团体及团体成员的所有权。”[1]族产与乡村的公产，均以土地为主，其所有权也明显存在产权分立的现象。在五代及宋土地私有化的背景下，政府不再积极地实现为小农平均地权的理想，但人民却不得不谋私力救济，他们以宗族和乡党为集体，以谋求互助与赈济贫寒。相应的，宗族组织于宋代复兴[2]，祭田、义庄等也创始于北宋。从数据上看，在 20 世纪初、中叶，中国北方地区的族庙公产不超过全部耕地的 1%，为纯粹私有化地区；长江流域如湖南、湖北，族产占全部耕地的 15%左右；而在广东、浙江、江苏这些传统中国民间小共同体（宗族组织）最为活跃的省份，其全部耕地的 30%～80%为公田，“与其说这三省许多地方的传统农民是‘小私有者’，不如说是宗族公社成员。”[3]可见农村土地集体所有制度在中国相当范围的地区也是由来已久。即便为某个家族所私有的土地，在家长的家产管理权与教令权之下，其产权构成也呈现出与西方个人私有产权不同的样态。

1、族产

族产之典型者为祭田和义庄。设立祭田的主要目的在是祭祀祖先，但也有兼具周济族人与育才等目的者。“祭田不仅为族人个人利益的存在，乃具有超越个人利益的共同目的。”祭田设有管理人，但其重大决策需由族人大会以集体决议做出。义庄据说始于北宋范仲淹所创设之范氏义庄，其设立目的在于以义庄土地的收益，赈济族中贫寒孤寡，亦有兼及祭祖、育才目的者。与祭田相较，义庄更加独立于族人，以其自身名义拥有财产，为法律行为，以管理人为其代表，其主要管理工作为出租义田、收租米、分配义米等。除族人共同出资设立者外，族人虽可由义庄受益，但其根据为义庄章程，不得仅以族人之身份主张权利。[4]

2、乡村之公产

乡村公产的处分及管理权属于乡村，使用收益权属于乡村民。村民因居住于乡村，而取得相应的权利，负相应的义务；因迁徙他乡而终止其权利义务。

3、家产

传统中国的家庭与现代西方的所谓核心家庭不同，往往至少三世同堂，祖孙、叔侄、妯娌同财共居一处。在分家析产之前，家产为家族成员共有的财产，所有家人均在一定范围内享有家产的收益权，在分家或继承时同一世

[1] 戴炎辉：《中国法制史》，（台北）三民书局 1966 年版，第 304 页。
[2] 祠堂古已有之；但已分家的宗族，共同营建宗祠，全体参加一宗一族的祖先祭祀，始于宋代。族谱因门阀而盛行于六朝（谱牒），唐中叶以后渐衰；至宋以降，修谱之风复兴，但已无政治作用，其目的在于纠合宗族，以谋求自卫自立。（参戴炎辉：《中国法制史》，第 192～193 页。）
[3] 数据参秦晖：《公社之谜——农业集体化的再认识》，载秦晖：《传统十论——本土社会的制度、文化及其变革》，复旦大学出版社 2003 年版，第 312～313 页。
[4] 戴炎辉：《中国法制史》，（台北）三民书局 1966 年版，第 195～198 页。

代的男子拥有均分财产的权利；但家产的管理权与处分权却统摄于家长（特别是直系尊亲家长）。这里也明显存在产权分立的特征。

（二）土地使用权的长期化与分割所有权：从“永佃权”到“一田两主”

永佃权是中国传统社会后期的一种租佃形式，它盛行于明中叶以后。采用永佃形式租佃地主土地的佃农，在不欠租的情况下，有永远耕种的权利，但不得自行将土地转佃他人。从制度经济学角度看，永佃权使得地主获得长期稳定的租金收入，减少监督管理费用与签订契约的成本；它也使得佃农拥有长期投资回报的稳定预期，使得其愿意增加土地投入成本、提高土地肥力。“地主仅仅收取地租，地主的变动不影响佃户的地位，即土地所有者的变化不影响土地所有权。这一制度不仅反映了使用权的相对独立也体现了土地使用权的长期化思想。”[1]

所谓分割（土地）所有权即一田（地）两主，宋元已有记载，盛行于明以后的江南等地区。一地两主指将土地分为两层，称上层为田面（田皮），下层为田底（田骨）。通常以原主为底（骨）主，以原佃户或受业人为田面（皮）主，但有些地方称谓正好相反，台湾地区的称法则是大小租。产生土地所有权分割的原因有多种，其首要者为开垦改良，即地主以永佃的方式将土地出租给佃户，由其开垦或改良，而永佃户以实力占耕；日久之后，永佃户自认为业主，一般人亦予以承认，于是一地的所有权分为两层：原地主为田底主，原佃户为田面主。其与一般“永佃权”的区别在于，田面主（原永佃户）可以自行将土地转佃以收取超额地租，甚至可以设定新的永佃权给转租佃户；即使田面主欠租，田皮主（原地主）也不得将土地收回。另外，也有地主为了获得资金，将其土地的部分所有权，也即收租权（大租），或耕作权与转佃收租权（小租）卖给他人。[2]这其中又以开垦改良，也即由永佃权转变为一田两主为典型。另外，清代在垦荒时，为了刺激佃户的生产积极性，有时地主在设定租佃关系之始便授予佃户田面权，在新开发地区如台湾、热河这种情况尤其普遍。[3]

## 三、结语

通过研究中国土地产权制度的历史，笔者总结了如下三个特色，而这三者在实际运作中都与土地产权分立制度密不可分，这在今天仍有一定现实意义。

（一）政治上土地公有的理念与实践

在中国历史上，公田制是最高的理想，所以尽管不合时宜，却总不断的有人提倡。井田制在理论上是纯粹的公田制，均田制是在国家拥有大量可授

[1] 陈豪：《中农村土地制度思想的考察》，复旦大学经济学院硕士论文（2008 年），第 22～23 页。
[2] 戴炎辉：《中国法制史》，（台北）三民书局 1966 年版，301～303 页。
[3] 杨国桢：《论中国永佃权的基本特征》，载《中国社会经济史研究》1988 年第 2 期，第 14 页。



土地前提下兼容土地私有制的公田制。在传统中国，“任何看似私有的产权都会受到国家的限制，历经挣扎，也仍然逃不脱私有产权不完全的困境”；“国有乃是人人皆有的虚拟化”，“在中国古代社会，没有西欧中世纪那种国王与各级贵族、商人、市民的‘协议’关系，所有的关系都必须由各种形态的‘家长’来作为唯一的‘法人代表’。各级家长之间又构成纵向往上‘统一’的从属关系——最后其顶端就是‘产权’的最后家长——国王或皇帝。”[1]土地公有（国有/天子所有）也是抑制土地兼并、实现“耕者有其田”理想的根本路径。在西周，土地与人民理论上归国王所有，实际上经过逐级分封、层层占有的封建体制，造成土地产权的分割（分立），形成西周时期对于土地特殊的所有权形式。北魏至唐的均田制，则是小农的土地长期占有使用收益权与国家所有权分立，土地处分权（自由买卖）受到国家的限制；国家作为地主用赋税的方式向小农收取地租（“租税合一”）。论其实质，土地公有的理想在井田制与均田制中，乃是通过不同的土地产权分立方式变为现实。而当国家对于土地处分权的控制越来越弱时，产权分立模式被打破，随之而来的是土地兼并的横行与土地公有制的破坏，小农随之遭殃。

近年来，“土地私有化”成为不少法学与经济学研究者津津乐道的选项，认为其是财产权保障的核心问题。但是，在我们这样一个人多地少、三农问题突出的国度，土地的私有化与自由流转是否真正有利于普通民众的长远利益？历史的经验与教训不可忽视。而对于“国家不肯放弃土地国有乃是纯粹基于现实利益考量”之类的说法，我们比照宋代以后的历史，也可发现：国家放弃土地公有的模式并不等于国家放弃聚敛，它仍可通过增加税赋的方式获得比均田制下更多的财政收入，在这种情况之下，升斗小民可能面临大土地所有者与政府的双重剥削。

（二）土地集体所有的民间传统

在宋以后的中国南方地区，宗族乡村等团体（集体）所有的土地在全部耕地中占有相当大的比重；在家族之中，家产又为家族成员这个“小集体”所共有。这些集体共同所有的“公田”的产权状态是一种复杂的“总有”模式，土地的管理处分权、使用权、受益权等为作为整体的团体与个人分享。

研究这一民间传统，对于我们理解当下的农村土地集体所有制度的由来及其变迁有重要意义。对于集体所有这样一种土地产权模式，我们不能简单地给它贴上“产权界定模糊”的标签，应当认识到这一“长期现实存在”的合理性与积极意义。

（三）社会经济生活中土地产权分立的习惯

土地是传统中国人民的基本生产资料与生活依靠，再加上人多地少的现实，人民对于土地产权极其重视，不到万不得已绝不肯完全放弃土地。于是在土地使用权与所有权分离（分立）的模式之外，一田两主的现象发生了，

[1] 王家范：《中国传统社会农业产权辨析》，载《史林》1999 年第 4 期，第 2、5 页。

地主在出让部分土地所有权的同时仍保留了剩余的土地所有权。此外，为了在获得地价的同时保有土地所有权，古代中国人设计了“出典”的方式与“典权”这一传统中国独有的不动产物权，使之与土地所有权并立；即使在不得以整个出卖土地时，也尽量采用“活典”而非“绝卖”的方式，这都是中国特有的土地产权处分方式。土地产权分立、甚至所有权分割的模式，尽管不符合“西方法理”，但却为传统习惯所普遍接受，乃是法律生活之中“经验重于逻辑”活生生的例证，对此本文便不再赘述。



# 作为法制实施之基础的国家认证能力
## ——来自秦汉时期的一个例证

尤陈俊*

在讲述秦代法制之时，几乎任何一本当代学者所编的《中国法制史》教材都会提及，秦代是以身高来作为是否要承担刑事责任的标准。稍有区别的仅是一些教材主张秦代是以男子身高六尺（约合今 1.38 米）作为负刑事责任的起点，而另外一些教材则主张当时男子达到六尺五寸（约合今 1.5 米）才开始负刑事责任。这些判断的史料依据，均来自于 1975 年底在湖北省云梦县睡虎地的一座古墓中出土的秦代手写法律文书残简（即现今学界所称的“睡虎地秦墓竹简”）的相关案例记载。

很多年前，当我开始接触中国法律史时，每次从那些差不多千篇一律的《中国法制史》教材中看到上述说法，便不禁好奇于秦代这一可谓后无来者的古怪规定。因为按照《中国法制史》教材中所言，秦代之后的历朝历代，皆是按照年龄而非身高来确定刑事责任。用一本使用量极大的国家级重点教材《中国法制史》中的原话来说，那就是：“秦律以身高确定刑事责任，汉律则直接按年龄确定刑事责任，并有最低年龄和最高年龄的区别。这一方法为后世封建法典所沿袭。”[1]

而且，令我感到迷惑的，除了秦代的这一古怪规定本身，还有一些教材和论著在讲述这一古怪规定时所用的古怪表述。例如一本《中国法制史》教材声称“秦时以身高来确定刑事责任年龄”，[2] 而一篇论文在其文内标题中则写道“秦律的责任年龄是身高六尺”。[3] 身高与年龄之间固然存在某些联系，但身高怎么就会直接成为形容年龄的单位？后来仔细想想，发现这些表述其实大有问题。正确的说法，如果借用现代刑法学的术语来讲，其实应该是秦代是以身高来确定是否负刑事责任，或者秦律规定身高六尺才开始具有刑事责任能力。

* 中国人民大学法学院副教授。

[1] 曾宪义主编：《中国法制史》，高等教育出版社、北京大学出版社 2000 年版，第 98 页。

[2] 范忠信、陈景良主编：《中国法制史》，北京大学出版社 2007 年版，第 175 页。

[3] 张全民：《秦律的责任年龄辨析》，《吉林大学社会科学学报》1998 年第 1 期。

语言表述的形式问题，细心的读者可以通过自己的斟酌加以纠正，但对语言表述所指向的实质内容的理解，则主要依赖于作者提供的信息及其诠释。但令人遗憾的是，恰恰正是在秦代为何是以身高而非年龄作为刑事责任能力之分类标准的问题上，管见所及，几乎所有的《中国法制史》教材均未再多做解释。一些《中国法制史》教材不惜耗费文字在一些犄角旮旯的细节问题上磨磨唧唧，但对于上述秦代规定的原因所在，却是惜墨如金而未著一字。

这种知其然但不知其所以然的困惑，曾伴随我甚久，直到后来读到杜正胜的《编户齐民：传统政治社会结构之形成》（以下简称《编户齐民》）一书，[1] 方才逐渐明白其中的玄机。

在该书的第一章“编户齐民的出现”中，作者重点讨论了春秋中晚期至秦汉时期的户籍制度形成及其登录方式变迁。《编户齐民》一书指出，尽管迄今尚未发现其实物，但中国在先秦时期就已创制了“名籍”（指单一个人的身分资料），后来又发展出了“户籍”（指以户长为首，包含所有家户成员的身分资料）。名籍或户籍在当时的首要用途，便是国家藉以征发兵役和徭役。其中的课役类别记录，正是后者的依据。而秦代藉以划分课役类别的标准乃是身高。从睡虎地秦墓竹简来看，男子身高六尺五寸及以上是当时划定课役身份的一个关键。不过这种按照身高起役的作法，并非秦代的首创，而是可以追溯至更远，因为在《周礼》中便有“国中自七尺以及六十，野自六尺以及六十有五，皆征之”的记载。《编户齐民》一书还指出，在秦代，不仅应不应服役的区分是身高，而且负不负法律责任的准绳也是身高。按照该书中的说法，在秦代，身高六尺乃是刑事法律责任的一大关键界线，未满六尺者可以不负刑事法律责任。《编户齐民》一书还接着讨论了前文所说的那些关键性身高与年龄之间的大致对应关系，认为其中“六尺是十一、二岁青春期以前童子的一般身高”，而“男子六尺五寸大约正值青春期”，六尺五寸至七尺之间的发育尺度大致相当于十四至十六岁。[2]

《编户齐民》一书中的上述讨论显然颇为有趣，但令我更感兴趣的，还是其对先秦时期起役为何并非以年龄为准之原因的一段简短解说：

> 古来平民年龄记录往往不甚精确，《史记》云，秦国到秦王政十六年（前二三一）才‘初令男子书年’（《秦始皇本纪》），此即睡虎地秦简《编年记》今十六年的‘自占年’。书年、占年即申报年龄以登记在户籍或国家的档案上。新旧史料都清清楚楚地记载秦国户籍记录人民年龄始于秦王政十六年，上距献公十年编录户籍已一百四十年。东方六国由于史记残阙，暂时存疑；但从秦史来看，户籍建立之初并未有明确的年龄档案。然而至迟秦王政统一中国后，书年制度必普及全国。汉袭秦制，故今日所见汉简名籍或近似户籍的完整资料无不记录每位成员的年岁。[1]

[1] 杜正胜：《编户齐民：传统政治社会结构之形成》，台北联经出版事业股份有限公司 1990 年版。
[2] 参见杜正胜：《编户齐民：传统政治社会结构之形成》，台北联经出版事业股份有限公司 1990 年版，第 1—20 页。



换言之，尽管秦国早在秦献公十年（公元前 375 年）便已开始编录户籍，但当时在编录户籍所搜集的信息中，年龄并非不可或缺的内容，估计与此前的名籍、户籍制作一样，当时更注重的是对身高这样更易获得的外显信息的低成本搜集。这种年龄档案残缺甚或根本阙如的状况，一直要到秦王政十六年（公元前 231 年）才有所改变。这一年，秦王嬴政要求国中男子自行向国家申报年龄以做登记，此即《史记·秦始皇本纪》中所称的秦王政十六年“初令男子书年”。户籍档案中年龄信息的残缺甚或阙如，必然影响到追究刑事法律责任时也无法以年龄为断。这也正是在睡虎地秦墓竹简所记载的案例中，论处刑责时为何是以身高而非年龄为准的主要原因所在。

《编户齐民》一书中的这段解说，为我们理解本文起首提出的疑问提供了关键的背景信息，其推断也为近年来出土的秦汉文献所证实。例如在里耶秦简的户籍简中，我们并未见到关于年龄的登记信息，[2] 而在居延汉简当中，则常可看到关于年龄的记载。不过，《编户齐民》一书尽管初步解释了年龄信息为何未能在睡虎地秦墓竹简中成为判断刑事责任能力的关键，但并没有进一步去追问：秦代一度沿袭之前的作法，论处刑责时以身高为准，而汉代以来则改以年龄，这样一种看似细微的变化，只是历史长河中的一朵涟漪，还是反映某种关键性变迁的一枚透镜？

在我看来，这种发生在刑事法制领域内的变化，其实反映了帝制中国早期发生于国家能力领域中的一个深刻变化。具体而言，它体现了从先秦至秦汉时期国家在认证能力上的一个重大飞跃。所谓的“认证能力”，用欧树军的概括来说，就是指“国家在可靠事实基础上，建立和执行明确、精细和统一规范的能力”。[3]

就秦代而言，秦献公十年（公元前 375 年）的编录户籍行为，意味着当时秦国在认证能力上的一大提升，因为从这时起，秦国开始大规模地对国民的相关信息进行系统搜集。由于战国时期兵戈不息的时代背景，当时国家更关心的是为尽可能地征发兵役去搜集所需的国民信息，因此，人口数量、性别、身高这些容易从外在把握的信息，就成为了用来满足战争背景下尽可能简便地筛选可用兵士之需而首选搜集的内容。这一时期的认证技术总体上尚显粗燥，侧重于对社会人口事实的外显信息的搜集。

秦王政十六年（公元前 231 年）要求登记男子年龄的作法，意味着秦国在认证能力上的又一提升。相对于数量、性别、身高等外显信息而言，对年龄这样的内在信息的更多掌握，显然要求国家具备更强的认证能力。借用社

[1] 同上，第 21 页。
[2] 王彦辉：《出土秦汉户籍简的类别及登记内容的演变》，《史学集刊》2013 年第 3 期。
[3] 欧树军：《国家基础能力的基础》，中国社会科学出版社 2013 年版，第 16 页。

会学家迈克尔·曼对国家权力所做的两种类型划分——专制权力和基础性权力——来说，[1] 对人口数量、性别、身高等外显信息的掌握，主要依靠“专制权力”既可为之，亦即国家在短时间内诉诸强制力量的使用差不多便可获知，但对年龄这样的内在信息的搜集，则还对“基础性权力”提出了更大的考验，因为对真实的年龄信息的了解还需要社会民众的配合，不似人口数量、性别、身高等信息那样依靠国家强制即可从外部获得。易言之，对年龄信息的掌握程度，在某种程度上象征着国家权力对社会的渗透程度。而这种体现于年龄认证的基础性权力提高，反过来也会使专制性权力获得更高质量的提升，进而增强总体性的国家能力。相较于身高而言，年龄是一种更为精细的分类标准，它使得国家对国民的控制从单纯依靠根据外在生理特征所做的初步认知，转入主要依据对内在生命历程的深入了解，进而能够在征发兵徭诸役时对人力资源进行更高质量也更为文明化的利用。

前述发生在刑事责任领域中的分类标准变化，正是秦汉时期发生的这种国家认证能力提升之影响所及。从这个意义上讲，诸如人口管理之类的国家认证能力之提升，构成了中国古代法制实施朝向更高质量的状态迈进的重要基础之一。本文所讲述的，正是这样一个见微知著的例子。

[1] 迈克尔·曼所谓的“专制权力”，是指“针对市民社会的国家个别权力，它源自国家精英的一系列运作，而这些运作不需要与市民社会群体作例行公事式的协商”；而所谓的“基础性权力”，则是指“一个中央集权国家的制度能力”，是“一种‘贯穿’社会的‘权力’”。参见[美]迈克尔·曼：《社会权力的来源》（第二卷·上），陈海宏等译，上海人民出版社 2007 年版，第 68－69 页。



# “法自然”与“自然法”之比较

张小平*

自然法思想对西方政治法律理论和法治实践的发展曾经产生并迄今保持着非常重要的影响。美国著名法社会学家昂格尔认为多元集团和自然法的存在是西方法律秩序赖以产生的两个必不可少的历史条件。[1]在中国法律思想发展的历史上，产生过“法自然观”。“法自然观”受到“天人合一”、“道法自然”的中国传统哲学观点的启发与指导，影响着中国人在宇宙秩序中安放自身的理念和实践。自从近代中国国门洞开，中西法律文化频密交流以来，关于中国古代是否存在自然法思想，“法自然观”是否是中国本土的自然法思想一直存在着激烈的争论。这个论题从 20 世纪初一直争论到了 21 世纪，成为比较法律文化和比较法律思想史研究中的一大课题。本文旨在比较两者之间的异同，并对这一学术现象的存在与发展作出评价。

## 一、自然法之源流

即令在世界许多民族上古文明中都可觅得自然法的些微踪迹，但是在讨论自然法这个主题的时候，我们必须审视希腊人的贡献。[2]希腊早期文明中对自然哲学的研究，为后来政治哲学和伦理哲学的研究开辟了路线，即追求变化中的不变和多样性中的统一性。在公元 5 世纪时，希腊人的政治与学术辩论促成了这样一种观念：以某种更高的法则来对付社会的常规和现行法，以“自然法”命名的这一范畴承担着批判一切弊端的功能。[3]有权威文献认为，亚里士多德在《政治学》和《尼各马可伦理学》两书中，致力探讨法律的道德基础，以及如何在一个宏阔的宇宙秩序发现法律和道德的理性基础的问题，

* 中央财经大学法学院副教授。

[1] [美]昂格尔：《现代社会中的法律》，吴玉章、周汉华译，译林出版社 2001 年版，第 63 页。

[2] M. D. A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence,* 7th ed., Sweet & Maxwell Limited, London, 2001, p. 103.

[3] [美]乔治·霍兰·萨拜因，《政治学说史》（上册），盛葵阳、崔妙因译，商务印书馆 1986 年版，第 47-56 页。

由此提出了自然法哲学。[1]自然法的出现和形成是一个过程，一般认为，自然法概念正式形成于斯多葛学派。[2]斯多葛学派对自然法的表述，以克里西普的《论主要的善》一书中的一段话最为典型。克里西普认为："我们个人的本性都是普遍本性的一部分，因此，主要的善就是以一种顺从自然的方式生活，这意思就是顺从一个人自己的本性和顺从普遍的本性；不作人类的共同法律惯常禁止的事情，那共同法律与普及万物的正确理性是同意的，而这正确理性也就是宙斯，万物的主宰与主管。"[3]斯多噶学派学者认为理性作为一种遍及宇宙的普适力量，乃是法律和正义的基础。存在基于理性的普遍自然法。他们将自然法思想与世界主义视角交织在一起。

西塞罗是古希腊罗马自然法学的集大成者。"西塞罗的真正重要性在于他介绍了斯多葛学派的自然法学说，……这一学说由他传给了罗马法学家，同样也传给了教会的教父。"[4]西塞罗认为"真正的法律乃是正确的规定，它与自然相吻合，适用于所有人，是稳定的，恒久的。"[5] 自然法有两个来源，一为上帝，一为人类的理性。

自然法发展的第二阶段是中世纪神学的自然法学。托马斯·阿奎那等人用基督教教义取代斯多葛学派的"理性"。于是自然法成为维护教权和教义的工具。

第三阶段是17至18世纪的古典自然法学，古典自然法具有理性主义、自然状态论、国家契约论、天赋人权论、法治主义等特点。[6]

自然法思想的第四阶段是现代自然法。出现于19世纪末20世纪初。由于它是在自然法的"复兴"口号下进行的，故又称复兴自然法。现代自然法的主要特征是：在绝对自然法与相对自然法的对比中，以相对自然法为主；在形式自然法与实体自然法的对比中，以实体自然法为主；在神学自然法与世俗自然法的对比中，神学自然法与世俗自然法的力量相互消长，最后使世俗自然法越来越占主导地位；在个人本位的自然法与社会本位的自然法的对比中，以社会本位的自然法为主；在本体论自然法与方法论自然法的对比中，以方法论意义上的自然法为主；世界主义趋势加强。[7]

纵览思想史的发展，可以看到自然法是一个富于弹性和包容性的概念。在与时代主题互动的过程中，不停变换着内容与形态。而其不变之点，在于始终确认在实在法之上，有一"高位法"或"理想法"存在，并为批判实在

[1] Christopher Berry Gray, *The Philosophy of Law: An Encyclopedia*, Vol. II, Garland Publishing Inc., New York, 1999, p. 575.
[2] 黄颂：《西方自然法观念研究》，华中师范大学出版社2005年版，第14页。
[3] 北京大学哲学系外国哲学史教研室编译：《古希腊罗马哲学》，商务印书馆1961年版，第375页。
[4] [美]乔治·霍兰·萨拜因：《政治学说史》（上册），盛葵阳、崔妙因译，商务印书馆1986年版，第204页。
[5] [古罗马]西塞罗：《论共和国 论法律》，王焕生译，中国政法大学出版社1997年版，第120页。
[6] 吕世伦主编：《现代西方法学流派》（上卷），中国大百科全书出版社2000年版，第6-7页。
[7] 吕世伦：《理论法学经纬》，中国检察出版社2004年版，第302-311页。



法之工具。[1]"自然法思想尽管因其含有先验的信念的性质而遭到诘难，但是，参照一个更为理想因而被认为具有更高效力的自然法对实在法的批判似乎不会消失。"[2]

## 二、中国古代"法自然观"概述

虽然以注释现行实在法为主要任务的"律学"一枝独秀是历史上中国法学发展的主要特点，但在中华法系逐步演进的漫长过程中，从整体的角度对法律发展一般规律进行探讨的法学思想一直不断涌现。从西周至秦汉是中国文化的定型期，这一时期也是中国法律思想最活跃的时期。在百家争鸣的历史竞技中，儒、道、墨、法四家对中国法律思想的影响最大。其中法家学说注重对实在法的研究，其立论基点与学说要义，与西方法学史上的分析法学派颇有类似之处。除此之外，儒、道、墨三家均有发达程度不同的"法自然观"思想。鉴于其立论有所不同，故分述如下：

（一）道家的"法自然观"思想

道家的代表人物是老子和庄子。相比较而言，庄子更倾向于法律虚无主义。老子在其政治法律学说中，构造了一个"天下有道"的理想社会，而判断是否"有道"的标准则在于是否合乎"自然"。《老子》中指出："人法地、地法天、天法道、道法自然。"[3]

老子认为天道是判断是非善恶的标准，是人们必须遵守的根本法则。老子所推崇的"天道"有以下一些特点：

其一，无为。"道常无为而无不为。侯王若能守之，万物将自化。化而欲作，吾将镇之以无名之朴。镇之以无名之朴，夫将不欲。不欲以静，天下将自正。"[4]

其二，不争。"天之道，不争而善胜，不言而善应，不召而自来，坦然而善谋。"[5]

其三，公正无私。"天道无亲，常与善人。"[6]"天之道，其犹张弓欤？高者抑之，下者举之；有余者损之，不足者补之。天之道损有余而补不足。"[7]

老子对人定法，包括"礼"与"德"在内，持有相当的（但非绝对的）否定态度。

"夫礼者，忠信之薄，而乱之首。"[8]

"大道废，有仁义。智慧出，有大伪。六亲不和，有孝慈。国家混乱，

[1] 马汉宝：《西洋法律思想主流之发展》，台北1999年版，第271页。
[2] 《元照英美法词典》，法律出版社2003年版，第950页。
[3] 《老子》第二十五章。
[4] 《老子》第三十七章。
[5] 《老子》第七十三章。
[6] 《老子》第七十九章。
[7] 《老子》第七十七章。
[8] 《老子》第三十八章。

有忠臣。”[1]

“以正治国，以奇用兵，以无事取天下。吾何以知其然哉？以此：天下多忌讳，而民弥贫；人多利器，国家滋昏；人多伎巧，奇物滋起；法令滋彰，盗贼多有。”[2]

“民不畏死，奈何以死惧之？若使民常畏死，而为奇者，吾得执而杀之，孰敢？常有司杀者杀。夫代司杀者杀，是谓代大匠斫。夫代大匠斫者，希有不伤其手矣。”[3]

“和大怨，必有馀怨，安可以为善？是以圣人执左契而不责于人。有德司契，无德司彻。”[4]

（二）儒家的“法自然观”思想

中国传统社会是以农业文明为基础的伦理本位社会，其政治法律结构也是从伦理出发来构建的。儒家运用“天人合一”、“法天则地”的自然主义来论证伦理本位的合理性及其基本规则。

人性论是儒家政治法律思想的起点。孔子曰：“性相近，习相远也。”[5]孟子认为：“恻隐之心，人皆有之；羞恶之心，人皆有之；恭敬之心，人皆有之；是非之心，人皆有之。恻隐之心，仁也；羞恶之心，义也；恭敬之心，礼也；是非之心，智也。仁义礼智，非由外铄我也，我固有之也。”[6]“人之所不学而能者，其良能；所不虑而知者，其良知也。孩提之童，无不知爱其亲也；及其长，无不知敬其兄也。亲亲，仁也；敬长，义也。”[7]孟子这些言论，意在说明人类皆有普遍之共性。而此种普遍性，正是法自然观的一个重要立论前提。

“礼”是儒家政治法律思想的核心范畴。“礼”是社会行为规范，包含伦理道德和法律等多方面的涵义。“礼”的产生及其权威性源自其法于自然的属性。“夫礼，天之经也，地之义也，民之行也。天地之经，而民实之，则天之明，因地之性，生其六气，用其五行。气为五味，发为五声，章为五色，淫则昏乱，民失其性，是故为礼以奉之……。”[8]“礼也者，理之不可易者也。”“礼者，天地之序也。序，故群物皆别。”[9]“夫礼，先王以承天之道，以治人之情。”[10]《礼记》认为，“天道”体现了上下尊卑的自然法则，所以顺应者一法则的“礼”是合乎自然的。《礼记》还把“礼”具体化为“父慈、子孝、兄良、弟悌、夫义、妇听、长惠、幼顺、君仁、臣忠”等十个方面。

1 《老子》第十八章。
2 《老子》第五十七章。
3 《老子》第七十四章。
4 《老子》第七十九章。
5 《论语·阳货》。
6 《孟子·告子上》。
7 《孟子·尽心上》。
8 《左传·昭公二十年》。
9 《礼记·乐记》。
10 《礼记·礼运》。



儒家倡行“礼治”，强调“礼”对现实法律的指导作用。“礼乐不兴则刑罚不中，刑罚不中则民无所措手足。”[1]“道德仁义，非礼不成；教训正俗，非礼不备；分争辩讼，非礼不决；君臣上下，父子兄弟，非礼不定；宦学事师，非礼不亲；驱朝治军，莅官行法，非礼威严不行；祷诉祭祀，供给鬼神，非礼不诚不在。”[2]

（三）墨家的“法自然观”思想

在肯定法律作用的基础上，墨子明确提出了以“天”为法则的法自然观思想。“然则奚以为治法而可？故曰：莫若法天。天之行广而无私，其施厚而不德，其明久而不衰，故圣王法之。既以天为法，动作有为，必度于天。天之所欲则为之，天所不欲则止。然而天何欲何恶者？天必欲人之相爱相利，而不欲人之相恶相贼也。”[3]“顺天之意，谓之善刑政；反天之意，谓之不善刑政。”[4]

在论述国家与法律起源的时候，墨子提出了类似“自然状态说”的理论。墨子说：“古之民始生，未有正长之时，盖其语曰，天下之人异义，是以一人一义，十人十义，百人百义。其人数兹众，其所谓义者亦兹众。是以人是其义，而非人之义，故相交非也。内之父子兄弟作怨仇，皆有离散之心，不能相和合。至乎舍余力，不以相劳；隐匿良道，不以相教；腐朽余财，不以相分。天下之乱也，至如禽兽然。无君臣上下长幼之节、父子兄弟之礼，是以天下乱焉。明乎民之无正长以一同天下之义，而天下乱也，是故选择天下贤良、圣知、辩慧之人，立为天子，使从事乎一同天下之义。天子既以立矣，以为唯其耳目之请，不能独一同天下之义，是故选择天下赞阅贤良、圣知、辩慧之人，置以为三公，与从事乎一同天下之义。天子三公既已立矣，以为天下博大，山林远土之民，不可得而一也。是故靡分天下，设以为万诸侯国君，使从事乎一同其国之义。国君既已立矣，又以为唯其耳目之请，不能一同其国之义，是故择其国之贤者，置以为左右将军大夫，以远至乎乡里之长，与从事乎一同其国之义。”[5]这一段话论述了由于人们之间见解和立场的不同，导致人们之间相互的猜忌、争斗，社会处于混乱的状态。于是人们选出领袖，设立各级行政官员，以建立公共秩序（即“一同天下之义”）。

墨子认为，国家的政治法律活动应当符合正义的标准。“凡言凡动，利于天、鬼、百姓者为之；凡言凡动，害于天、鬼、百姓者舍之。凡言凡动，合于三代圣王尧、舜、禹、汤、文、武者为之；凡言凡动，合于三代暴王桀、纣、幽、厉者舍之。”[6]“仁人之事者，必务求兴天下之利，除天下之害。”[7]

1 《论语·子路》。
2 《新书·礼》。
3 《墨子·法仪》。
4 《墨子·天志中》
5 《墨子·尚同中》。
6 《墨子·贵义》。
7 《墨子·兼爱下》。

## 三、自然法思想与中国“法自然观”的比较

（一）中国“法自然观”与自然法思想具有外在的相似性。主要表现在：

1、在哲学方法论上，二者都以自然主义为基础。自然主义的含义非常复杂，广义上的自然主义指主张用自然原因或者自然原理来解释一切现象的哲学思潮。[1]无论中国的“法自然观”还是西方的自然法理论，其哲学基础都是自然主义的。即推重自然，用自然来解释人事和理解世界纷纭万象，主张人应该按照自然法则来生活。

2、无论中国的“法自然观”还是西方的自然法思想，都主张在世俗法或人定法的非至上性。即在世俗法或人定法之上，还有更高的一个东西存在。因此，广义上的法的结构是二元的，体现出应然与实然的分离，在中国是“天道”与“人道”，在西方则是“自然法”与“人定法”。“法自然观”和自然法思想，都体现了为现实秩序寻求形而上基础的努力。

3、二者都强调了法的道德属性和与道德的联系。中国“法自然观”指出“天地之大德曰生”，倡导“仁政”、“为政以德”、治国以礼。尤其是墨家提倡“兼爱”、“非攻”，主张“法不仁，不可以为法。”而西方的自然法思想则直接把平等、正义等道德内容引入对法律的评判之中。

4、二者对弥补成文法的不足均起到了一定的作用。中国古代的“春秋决狱”、“原心定罪”实际上是用抽象的“礼”在成文法无规定或根据成文法判案明显不合理的情况下对成文法作出补充和修正。而在西方法律发展的过程中，特别是在普通法系发展的过程中，在公平、正义、平等原则的指导下，法官根据自己的良知对具体案件进行裁决。脱离自然正义的观念来理解普通法是不可想象的。

5、在一些具体的结论上，二者有着相似之处。例如，中国儒家主张“己所不欲，勿施于人”。[2]而在英国资产阶级革命时期政治法律思想家霍布斯所归纳的自然法的十四条原则中，第二条的涵义与此非常接近。霍布斯写道：“在别人也愿意做的前提下，当一个人为了和平与自卫的目的认为必要时，会自愿放弃这种对一切事物的权利；而在对他人的自由权方面满足于相当于自己让他人对自己所具有的自由权利。……这就是福音书上那条戒律‘你们愿意别人怎样对待你们，你们也要怎样待人’，也就是那条一切人的准则，‘己所不欲，勿施于人’。”[3]

（二）中国“法自然观”与西方自然法思想具有内在的异质性。主要表现在：

1、作为“法自然观”和自然法产生的哲学基础的自然主义有着重要的区

[1] 《中国大百科全书•哲学卷》，中国大百科全书出版社 2000 年版。
[2] 《论语•颜渊》。
[3] [英]霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆 1985 年版，第 98 页。



别。

其一，相比较而言，中国“法自然观”的学说缺乏理性精神的支持。《老子》中所说的“自然”主要强调自然而然，不假人为而自成的意思。儒家的“天意”和“天理”也不是人类的理性精神和客观的正义准则。“仁”和“礼”是儒家确认的宇宙人生的最高准则。但它们不是逻辑认识得来的，而主要是一种内心体认的结果。而西方自然法则经过了希腊哲学的理性化过程。自然法来源于宇宙运行中所遵循的普遍法则，实际上是“理性”的代名词。主张实在法顺应自然法，就是倡导法律要反映人类的理性精神，体现正义的要求。“自然法观念的起源，可以归诸人类心灵之一项古老而无法取消的活动……这活促使心灵形成一个永恒不变的正义观念；这种正义，是人类权威所加以表现或应加以表现的……如果它未能加以表现，它便得接受惩罚，因而缩小乃至丧失其命令的力量。这种争议被认为是更高的和终极的法律，出自宇宙之本性——出自上帝之存有以及人之理性。由此更引申出如下思想：法律（就最后的祈求对象这意义而言的法律）高于立法；立法者毕竟在法律之下，毕竟服从于法律。”[1]当然，我们说中国的“法自然观”缺乏理性精神的支持，并不是说中国的“法自然观”是非理性的。笔者认为俞荣根的观点颇为公允：“古希腊罗马自然法和先秦儒家仁——礼法则虽然都蕴涵理性，但前者是以自然哲学和认识论为理论依据的知识理性，后者则是奠立于家族主义血缘基础之上，是以人本主义的伦理哲学为理论依据的良知理性，或人伦理性。古希腊罗马自然法的知识理性主要是通过逻辑的方法加以认识和论证的，从而逐渐形成了一种向外‘求知’、‘求真’的传统；儒家仁——礼法则的良知理性则不假外求，它是通过主体对宇宙人生及其大化流行的体认而得来的，并把它内化为主体人格，完成自律、自讼的道德践履。”[2]综而论之，我们大致可以说，“与西方‘自然法’说的科学精神相区别，中国‘法自然’观主要体现了艺术的精神。”[3]

其二，“法自然观”和自然法思想存在着思维方式上的差别。

首先，儒家的天道观是“天人合一”的，强调人的对自然的参与，而不是服从或改造。天、地、人称“三才“，组织成为一个宇宙大化流行的系统。人通过悟性可以直感把握天道，天道、天理都在人的经验之中，不在人类之外。天参与人事，人亦参与天地之化育。这完全不同与西方自然法观念中的天人两极对立模式。

其次，儒家以天道、天理为理想法，但同时认为，唯有圣人能把握天道，体认天理，创制礼法，治理天下。于是，天道完全溶进了“圣人之道”。儒家的理想法实际上已衍化为“先王之道”、“先王之法”。儒家极力主张时君世主的实在法应符合理想法，即符合“先王之道”和“先王之法”，其办法是“法

[1] [意]登特列夫：《自然法》，李日章译，台北联经出版事业公司 1984 年版，第 3 页。
[2] 俞荣根：《儒家法思想通论》，广西人民出版社 1992 年版，第 47 页。
[3] 罗昶：《中国“法自然观”与西方“自然法”说比较》，《法商研究》1996 年第 5 期。

先王”、“法圣人”。先王、圣人成为天道、天理的体现者、代表者，又是王道之法的最高制定者，成为后世君主的实在法的渊源和评判标准。这样，在儒家那里，人与自然，实在法与理想通过先王、胜任合而为一，成胶着状态，混沌不分。这与西方的自然法观念不同。在西方自然法学之中，理想法，或者说，一切实在法的评价标准，不在人类社会之中，而要到人类社会之外或之上去寻找，到自然法中去寻找。[1]

2、在与现实法的关系上，“法自然观”的批判精神不及自然法思想。“法自然观”和自然法思想都构造了法律的二元结构，但是这种二元结构的内部旨意趣有很大差别。《老子》的“法自然观”虽然对现实的礼法制度持否定态度，但是《老子》倡导的主要是顺应“自然之道”不要盲目地认为改造社会关系，同时赞美社会关系简单、民风淳朴的“小国寡民”的社会。儒家虽然将“天意”、“天理”置于现实的礼法之上，但是较多地讨论君主自然会遵循“天意”、“天理”的要求制定法律的情况，而很少讨论君主不遵循“天意”、“天理”时应该怎么办的问题。在实践上，当君主不遵循“天理”、“天意”时，儒家主张在忠孝的框架下对君主进行“诤谏”，而不主张否定现实法的效力，更不主张更换君主。尽管儒家“为政以德”、以礼治国的思想对君权产生过制约作用，但是综观中国数千年来的政治法律实践，可以看到从汉朝以后，“天道”观越来越不是批判现实礼法，而是用于美化现实礼法，为其合理性与权威性做辩护。西方自然法一开始就是作为一种批判实在法的力量而出现的。自然法就成了衡量实在法善恶的标准。柏拉图认为法律的本质应该是一种善德，但现实生活中的法律并不必然地体现出一种道德正义。亚里士多德不仅认为城邦的法律不一定具有正义性，而且认为城邦法律的善恶取决于城邦政体的性质。R.M.昂格尔指出：“由于自然法观念的发明，对社会安排进行激烈批评才第一次有了可能。伴随着普遍的自然法则观念，一种潜在的革命原则也就问世了，说得明白点就是，人们熟悉的社会组织与存在形式并不能穷尽一切好的或可能的社会存在状态。为了接受超验宗教的宇宙观念和与其相关的高级法概念，人们必须使自己拥护那种其效力具有普遍性和客观性的标准，而不是他们自己意志的产物。”[2]这种法分善恶、恶法非法的思想，正是自然法思想的魅力所在。在资产阶级革命时期，启蒙学者用它抨击封建专制；二战以后，新自然法学派又运用它论证德、意法西斯法律的非法性，对纳粹战犯进行历史的审判。

3、从内容讲，中国的“法自然观”缺乏平等自由观念和民主意识。尽管道家主张“损有余以奉不足”，墨家主张“兼爱”，但作为中国“法自然观”主流的儒家“礼法”观念却是服务于一个有高低尊卑之分、爱有等差、权利于义务不均等的伦理社会的。因此尽管同样是取法天地，但中国的“法自然

[1] 俞荣根：《儒家法思想通论》，广西人民出版社 1992 年版，第 54-55 页。
[2] [美]昂格尔：《现代社会中的法律》，吴玉章、周汉华译，译林出版社 2001 年版，第 76 页。



观”看到的是天尊地卑，并以此直接解释君权、夫权的合理性。儒家法崇尚的是家族本位、义务本位，每个人都被编制在亲亲、尊尊的以血缘为中心的人伦之网中。子民之于君父，绝无平等可言。圣人是沟通天道与礼法的桥梁，普通人在追随圣人发现和制定的“先王之法”而亦步亦趋，整个社会便可以达到和谐。自然法思想中所表达的文化基因，实有异于法自然观之处。梭伦改革声称他的立法“无论贵贱，一视同仁”。亚里士多德在《修辞卷》中引用智者的名言说：“大神令人类全都自由，自然从不曾强迫谁当奴隶。”[1]同时，自然法给人格的上帝或精神的理性的“上帝”保留了位置。在上帝面前大家一律平等。因此自然法属于每一个人，在自然法面前人人平等。

4、最能引发我们深思的，是两种学说的不同历史命运。中国的“法自然观”在秦汉之际成型后，与中国的社会结构和文化一样，一直处于“超稳定状态”。尽管有“世易时移”和“法后王”的主张，但“天道恒常”与“法先王”始终是意识形态的主流。中国的“法自然观”逐渐失去了对实在法进行批判的动力和活力，中国的法学也逐渐走上以“律学”为主的道路。中西法律文化交汇，中国移植大陆法系的法律制度以后，“法自然观”逐步推出历史舞台。除了在环境法领域人们依然到中国先哲那里寻觅关于人与自然和谐相处的箴言之外，从总体上讲“法自然观”没有发展出其现代形态。但西方的自然法则不同。首先，在自然法发展的历史上，绝对自然法的历史并不长，从托马斯•阿奎那开始，就承认自然法有相对性。其次，自然法能够与时代的精神相结合。在中世纪，自然法通过与神学的联姻，折射出自己的生命之光。资产阶级革命时期，资产阶级思想家将自然法作为反抗封建专横的武器。在继承斯多噶学派关于自然和宇宙的理性、自然法与正义的一致性、自然法的永恒性和普遍性以及自然法与神的意志的统一性等基本点的基础上，进一步强调人的理性、人性、人的权利，并认为根据自然法，可以制定出详尽、普遍适用的法典。二战以后，自然法再度复兴，成为重建公众信仰、挽救社会危机的思想武器。著名法理学家沈宗灵写道：“西方法律思想史中的一个重大特征是：自然法（natural law）这一概念及其思想自古至今绵延不绝，除 19 实际曾一度衰落外，一直是一种很盛行的学说。”[2]其原因可能正如梅因在其代表作《古代法》一书中所揭示的那样：“‘自然’学说及其法律观点之所以能保持其活力，主要是由于他们能和各种政治及社会倾向联结在一起，在这些倾向中，有一些是由他们促成的，有一些的确是他们所创造的，而绝大部分则是由他们提供了说明和形式。”[3]

[1] [古希腊]亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆 1965 年版，第 11 页。
[2] 沈宗灵：《现代西方法理学》，北京大学出版社 1992 年版，第 37 页。
[3] [英]梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆 1984 年版，第 52 页。

## 四、评价与结论

如前所述，中国的“法自然观”与西方自然法思想在表层上存在诸多相似之处。这种相似不是偶然的。在世界各文明民族早期，原始初民们都盛行对自然力的崇拜，因此自然主义是普遍存在的。原始思维的反思对象，始终不能脱离人在宇宙中的位置为体。在人类社会发展的早期，虽然人类已经以社会组织的方式进行活动，但由于人类的社会组织仍然是很初级形态的，并且人类所掌握的自然力依然有限，无论以社会或个体的形式，人类较多地直接面对自然界。这一特点也影响到人类早期的思想和文化发展。综观人类早期的哲学和社会科学，可以发现是以“天——人”关系为主轴的。到后来，随着社会形态的完善和生产力水平的不断提高，人类的生产和生活开始逐步在经过人力改造的“人化自然”中进行，同时人类社会结构和社会关系日益复杂，哲学和社会科学才逐步转向以“人——人”关系为主轴。由此我们不难理解为什么中西法律文化同样孕育于自然主义。但是，法律文化的胚胎一旦产生，就要沿着自己的发展道路成长，将内在的文化基因逐一进行显性的“表达”。中国的“法自然观”与西方自然法思想在价值观念、思维方式、现实法与理想法的关系及其实现机制上存在质的区别，不宜当作同一个事物来看待。这其中的原因，当然要从地理环境、历史传统、生产方式背后去找。

中国古代是否存在自然法思想的问题，中国的“法自然观”与西方自然法思想是否同质的问题，产生于西学东渐，中国法律文化开始转型的时期。一百余年来，对于这个问题的争论一直不断。持“同质论”的最初可以上溯到梁启超。他在 1904 年写的《中国法理学发达史论》中认为儒家的法理学是“自然法”。其后陈顾远先生在 1934 年出版的《中国法制史》中也认为“中国法制近于自然法或正义法。”此后，中国古代法的自然法观在台湾得到了进一步发展。耿云卿、何孝元、王洁卿、梅仲协等诸家均持此说。[1]近年来在大陆，也有不少法学的教材、专著和论文认为儒家的“礼”、老子的“法自然”、墨子的“法天”就是自然法。[2]持反对意见，即认为中国古代无自然法，“法自然观”与自然法存在本质区别的代表任务主要是俞荣根。他认为所谓“儒家自然法”不过是机械比附的产物，甚至命题本身就是值得商榷的。[3]笔者认为，对于这一问题，应当放到中西法律文化联系与区别的大视野中考察方能认清其本质，廓清其源流。中西文化交汇之始，如何认识二者之间的关系是当时学术界文化论争的焦点。在“中体西用”论逐步失利之后，曾经有过“西

[1] 参见俞荣根：《儒家法思想通论》，广西人民出版社 1992 年版，第 41-42 页。
[2] 如刘新主编：《中国法律思想史》，中国人民大学出版社 2000 年版；程维荣：《道家与中国法文化》，上海交通大学出版社 2000 年版；崔永东、龙文茂：《“中国古代无自然法”说评议》，《比较法研究》1997 年第 4 期；赵建文：《墨子法律思想的自然法理论特征》，《现代法学》1995 年第 2 期；邓建华：《儒家自然法思想及其启示》，《湖南师范大学社会科学学报》2000 年第 1 期。
[3] 俞荣根：《儒家法思想通论》，广西人民出版社 1992 年版，第 40 页。



学中源”的论调及调和中西文化的主张。梁启超的“儒家法理学自然法论”，一则为由于当时学术界对西学所知尚不够深，同时也由于当时的研究者对中华法律文化的特质缺乏足够时间和空间上的观察距离、缺乏批判工具和参照系，是时代的局限。文化的民族性是一个任何人都无法回避的现实存在。在具体的结论上或者在现象上不同民族的文化间会有共同性，这一方面是由于不同民族的不同文化都会面临共同的问题，另一方面也是由于客观世界包括人类社会的运动有时会殊途同归。但就文化的深层与核心部分而言，不同文化的差异性是显而易见的，甚至是难以调和的。正如我们不能因为张载说“盈天地之间皆气也”，而笛卡尔、惠更斯等人认为宇宙之间充满了“以太”就认为中国的“气”就是“以太”。作为中国哲学的核心范畴，“气”在西方哲学中没有与之对应的范畴。同样，尽管“法自然观”和自然法思想具有诸多“形似”之处，但我们不能认为“法自然观”就是中国的自然法。作为影响乃至决定了东西方法律发展重大差异的理论，我们认为自然法思想在中国法律文化中没有完全与之相对应的理论。在比较“法自然观”和自然法思想的时候，一定要注意避免“管中窥豹”式的局部对比可能导致的认识偏差。

更进一步讲，笔者以为，中国“法自然观”与西方自然法思想的同乃在古代，异则在近代。中国“法自然观”有整体主义、神秘主义和义务本位的倾向。这一点在西方早期的自然法思想中，亦可觅得踪迹。中国“法自然观”的上述三层底色，几乎一直未改，而西方自然法思想，却在历史进程中经历了理性化、个体主义的改造，并融入了自然权利的成分。“古典自然法并不意味着自然权利，而是意味着自然的功能、目的和义务”。[1]“正确地说，近代自然法理论根本就不是关于法律的一套理论，而是有关权利的一套理论。”[2]“近代自然法之所以会有那么大的威力和活力，还是因为它为人权做辩护。理性主义、个体主义与激进主义三者结合起来赋予那个古老的字眼一番全新的意义。那个一度被利用来建立一套普遍法律并充当伦理之基础的观念，启发了一套有关权利的理论。”[3]在这个意义上，持二者同质说者，着眼在古代；持二者异质说着，着眼在近代。行文至此，我们对于冯友兰先生所谓“一般人心目所有之中西之分，大部分都是古今之异”[4]一说，当别有会心。

[1] [英]韦恩·莫里森：《法理学：从古希腊到后现代》，武汉大学出版社 2003 年版，第 31 页。结合原文，此处的所谓“古典”，其意当指古代。
[2] [意]登特列夫：《自然法》，李日章译，台北联经出版事业公司 1984 年版，第 57 页。
[3] 同上，第 59 页。
[4] 冯友兰：《三松堂全集》第四卷，河南人民出版社 1986 年版，第 225 页。

# 民本思想与法治政府

柴　荣*

**内容提要：**政府应该定位在服务的角色上，在西方传统理念中它表现为社会契约的达成，近代它纠结于政府与经济的关系。政府的职能定位,在中国古代表达为“民本”思想，近代体现为“为大众服务”、“为人民服务”思想，在当下全球化背景下，中西方都更加明确了要追求建立服务型政府的理念。

**关键词：**政府；法治；民本

政府的服务属性并非是一个从无到有的纯粹的创新理念，它是政府从产生那天起就应有的属性。因为社会管理的主体———政府，具有“应然”与“实然”的两重性。从应然层面看，是指政府应该具有怎样的属性？从古到今，东西中外的民众都会回答：政府至少应该具有服务的属性；从实然层面分析，政府的服务属性是指在执政管理的过程中其事实状态又如何呢？人类一直都在通过不断地追求政府“应然”层面的服务目标实现其“实然”的服务属性,但是,政府的“应然”层面的服务目标和“实然”层面政府服务属性的实现状况总是有一定的距离。

应然层面的服务目标是政府存在的基础，政府存在的基础是民众的意愿，民众的意愿在西方传统理念中表现为社会契约的达成，在全球化背景的现代西方社会表述为“重塑政府运动”、“企业型政府”、“政府新模式”、“市场化政府”、“代理政府”、“国家市场化” 等服务型政府的定位。在中国古代表达为“民本”思想，近代表达为“为大众服务”、“为人民服务”，在当下中国表述为社会管理创新背景下服务型政府的建立。

## 一、西方关于政府法理属性的思想流变

### （一）契约框架下的政府属性

* 北京师范大学法学院教授。



政府的由来，西方有些学者是通过契约论来做解释的，康德说：“人民根据一项法规，把自己组成一个国家，这项法规叫做原始契约。”[1]通过这个原始契约政府具有了道德人格，所谓：“政府是被赋予一定能力的一个道德人格”，[2]卢梭解释说，由于社会公约，我们就赋予了政治体以生存和生命；现在就需要由立法来赋予它以行动和意志了。在中文版的《社会契约论》的译注中有这样的分析,政治体国家的形成要依靠法律，而法律又一定要体现社会的公意。既然由于这个原始的契约或者被称为“社会公约”的规则赋予了政府以灵魂，使其具有了道德人格，那么政府的行为就要体现公意，也就是要代表民意，法律应该是公意的体现，法律也就是为了体现公意才产生的。《社会契约论》中是这样表述的：“法律是政治体的唯一动力，政治体只能是由于法律而行动并为人所感受到；没有法律，已经形成的国家就只不过是一个没有灵魂的躯壳，它虽然存在但不能行动。因为每个人都顺从公意，这还不够；为了遵循公意，就必须认识公意。于是就出现了法律的必要性。”[3] 在弄清楚政府权力来源和政府存在的合理、合法性基础上，西方学者更进一步阐明应该如何让政府为给予它权力的民众服务，诚如洛克所言：“虽然人们在加入社会时放弃了他们在自然状态中所享有的平等、自由和执行权，把他们交给社会，由立法机关按照社会的利益所要求的程度加以处理，但是这只是出于个人为了更好地保护自己、自己的自由和财产的角度考虑（因为我们无法想象，任何理性的动物会抱着每况愈下的目的来改变他的现状），社会或由他们组成的立法机关的权力决不容许扩张到超出公众福利的需要，”……政府的一切行为都应该围绕着“人民的和平、安全和公众福利。”[4]法国思想家孟德斯鸠认为， 限制政府权力的关键不是分权而是制衡，首先，孟德斯鸠引入了一个先验命题：“一切有权力的人都容易滥用权力，这是一条千古不易的真理，这种滥用一直到权力受到限制时为止”[5]。他更是从具体规制度层面阐释了如何限制和制衡政府权力以让政府更有效地为民众服务，这样就产生了西方的三权分立思想。

既然国家政府存在的先决基础是“人民赋权”，那么人民和政府之间的关系就应该至少是平等的。马克思甚至认为，政府应该是公仆的角色，他说：“为了防止国家和国家机关由社会公仆变为社会主人”[6]，必须彻底清除“国家等级制，以随时可以罢免的勤务员来代替骑在人民头上作威作福的老爷们，以真正的负责制来代替虚伪的负责制”[7]。因此，契约基础下的政府定位就有服务的含义在其中，而且它强调政府要为人民的“和平、幸福、安全”服务就

[1] [德]康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，沈叔平译，商务印书馆 1991 年版，第 143 页。
[2] [法]卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆 2003 年版，第 76 页。
[3] [法]卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆 2003 年版，第 44-45 页。
[4] [英]约翰·洛克：《政府论》，刘丹、赵文道译，湖南文艺出版社 2011 年版，第 158 页。
[5] [法]孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，陕西人民出版社 2003 年版，第 154 页。
[6] 《马克思恩格斯选集》第 2 卷，人民出版社 1972 年版，第 335 页。
[7] 同上，第 414 页。

应该是法治政府，是权力受到限制的政府，受限制的政府应该是受法律限制的政府，政府权力不应该是无所不能、没有边界的，应该是受法律约束的政府。

（二） 以与经济的关系考量政府属性

18 世纪中后期，以亚当·斯密为首的古典自由主义理论非常重视市场对社会的调节作用，认为市场这只“看不见的手”能够自发地配置社会资源，亚当·斯密的自由市场经济理论绝对排斥政府对市场发挥作用，认为干预的结果有损于社会的民主与自由，强调单一市场调节就能发挥良好作用，政府的定位应该是通过完善有关市场的法律规范，让各种生产要素、商品成为可以自由交易的统一市场。他们强调“管得少的政府是管得好的政府”[1]，他认为：“各个人都不断地努力为他自己所能支配的资本找到最有利的用途。……他对自身利益的研究自然会或者说必然会引导他选定最有利于社会的用途。他受着一只看不见的手的引导，去尽力达到一个并非他本意想要达到的目的。他追求自己的利益，往往使他能比在真正出于本意的情况下更有效地促进社会的利益。因此他主张把政府的影响范围缩至最小———斯密把它限定在‘守夜人’的地位上。”[2]

20 世纪 30 年代的世界性大危机使得亚当·斯密的“看不见的手的理论”没有了实践支撑，20 世纪 50 年代，以凯恩斯主义为代表的国家干预主义思潮以“市场失败论”论证了国家干预的必要性，他们对传统的自由放任主义经济学说做了否定，强调加强政府管制的必要性。于是强调国家干预的凯恩斯主义产生，这种学说认为，市场机制中存在着固有的缺陷，也就是有效需求的不足，这一缺陷必须依靠政府调节加以解决，政府应该通过主动干预来加强投资、引导和调整社会的消费倾向，以扩大社会有效需求，受国家干预理论的影响，这个时期的政府颁布了大量的财政和货币法规，非常重视发挥政府的管制作用。

由此可见，关于政府的地位职能，从 18 世纪中后期到 20 世纪中期的时间里，长达 200 多年以来，一直是围绕着与市场经济的关系来定位，时而充当“守夜人”时而充当“看得见的手”。政府的服务民众的职能定位在发展市场经济的紧迫任务中被遮蔽了，常常只能是以调控市场为媒介来间接实现服务民众的目的。

## 二、中国从民本思想到“为人民服务”思想的衍变

在中国古代主流正统的法律意识中，儒家思想有着浓厚的“以民为本”的色彩，在政府的定位和政府与民的关系问题上，主张“亲民”、“惠民”、“利

[1] [英]路易斯·亨金：《宪政与权利》，郑戈等译，三联书店 1996 年版，第 5 页。
[2] 李传军：《管理主义的终结———服务型政府兴起的历史与逻辑》，中国人民出版社 2007 年版，第 215-216 页。



民”、“恤民”，把民放在国之根本的重要地位，在国家社会生活中，孟子的名言：“民为贵，社稷次之，君为轻”[1]成为明君贤士的重要道德追求。

（一）民本思想下的政府与民众关系

儒家法律思想，在官民的法律关系上，其基本价值取向是民本主义。中国传统法律思想有“民为邦本”的民本观念，这是与德治思想互为表里的。儒家认为“天生民而立君，以为民也”[2]，而且儒家把原始崇拜“神灵”的天的观念，具体落实于民的身上，把民意提升到神意的地位。如儒家认为“天聪明，自民聪明。天明畏，自民明畏。”“天视自我民视，天听自我民听。”[3]再如“夫民，神之主也。”[4]，甚至认为“天时不如地利，地利不如人和”[5]。充满暴君污吏的政府欺诈百姓，在儒家思想中是不承认其政治地位的。儒家认为民心向背决定统治者得失天下，所以，权力阶层必须赢得民心，才能得到天下 。孟子曰：“桀、纣之失天下也，失其民也；失其民者，失其心也。得天下有道：得其民，斯得天下矣。” [6]这是孟子在用中国历史上有名的两个暴君“桀、纣”的故事，来打比方说明得民心者得天下，失民心者失天下的道理。

在传统儒家思想看来，在人君之上的神，人君所凭藉的国，以及人君本身，都是为民而存在的，可以说神、国、君都是政治话语中的虚词，而民才是实词。 天命即人命，君主要想得到天佑，必须以百姓的利益为施政的根本。比如齐宣王攻打燕国，获胜后问孟子是否应该吞并这个邻国。孟子把人民的意愿和利益作为决定条件，他说：“取之而燕民悦，则取之，取之而燕民不悦，则勿取。”[7]意思是吞并燕国这件事情，要看燕国百姓的意愿，如果燕国百姓乐意就这样做，如果不乐意，就不要吞并燕国。这说明孟子认为，权力阶层必须注意倾听百姓的意见，而不能任意妄为。所以在儒家思想中，民的地位代表着天与神的资格，甚至于站在统治者之上，对人的关注构成了儒家人本主义传统的重要方面，或者说民本思想构成了儒家思想中的一大特色，具体而言，在官吏与百姓的关系中，孔子强调要宽以待民。他说：“宽则得众”，[8]只有“为政以宽”才能得到人民的支持。他站在百姓的角度向统治阶层发问：“居上不宽，……吾何以宽之哉？”[9]与“宽以待民”相一致，官吏阶层必须想到民众的疾苦，关心民众的利益。孟子曾说：“民事不可缓也。”[10]

但是，在几千年的君主政体下，中国不可能像西方国家那样用法律来规

[1] 《孟子· 尽心下》。
[2] 《尚书·皋陶谟》。
[3] 《尚书·泰誓》。
[4] 《左传·季梁·谏追楚师》。
[5] 《孟子 ·二章》。
[6] 《孟子·离娄上》。
[7] 《孟子·梁惠王下》。
[8] 《论语·阳货》。
[9] 《论语·八佾》。
[10] 《孟子·滕文公上》。

范、限定政府权力。西方在契约的基础上产生的法治政府思想认为，政府有义务为公众谋求福祉。当然，中国传统法律思想中同样不得不考虑政府与百姓的关系问题，认为政府与官员是为民而存在的，官民之间应该有和谐的关系。从这个角度上而言，中西方有一定的相通之处。

（二）政府的“为人民服务” 属性

以孙中山为领导的资产阶级革命派推翻了君主帝制，新建立的国民政府明确定位为“执政为民”。孙中山的三民主义中蕴含了政府应该是“替众人服务”的“人民公仆观”，他这样解释他的观点：“上而总统，下而巡差，皆人民之公仆也”[1]。孙中山说：“现代文明进化的人类觉悟起来，发生一种新道德，这种新道德，就是有聪明能力的人，应该要替众人来服务。这种替众人来服务的新道德，就是世界道德的新潮流”[2]。

新民主主义政权建立的主旨就是要建立为人民服务的政府，1940 年新民主主义革命的重要领导人董必武在陕甘宁边区所作的《更好地领导政府工作》讲话中提到：“政府有权，要为群众做事，为群众谋福利，不应该妨害群众、压迫群众。”[3]他说：“政府要倾听群众的呼声，采纳群众的意见，了解群众的生活，保护群众的利益。”[4]政府工作的最终目的只有一个，“就是全心全意为人民服务”[5]在中国执政党共产党历史上，最明确地提出“为人民服务”思想的是毛泽东。1944 年，毛泽东在《为人民服务》一文中强调：“我们的共产党和共产党领导的八路军、新四军，是革命的队伍。我们这个队伍完全是为着解放人民的，是彻底地为人民的利益工作的”，“因为我们是为人民服务的，所以，我们如果有缺点，就不怕别人批评指出”。[6]毛泽东认为，“我们的责任，是向人民负责。每句话，每个行动，每项政策，都要适合人民的利益。”[7]1945 年召开的中国共产党第七次代表大会，把为人民服务的思想写入了党章，正式明确了全心全意为人民服务的根本宗旨。这一宗旨的确立明确了社会主义国家的政府应该具有服务的根本性质。 在中国共产党第七次代表大会的报告中这样表述为人民服务思想的内涵：“全心全意地为人民服务，一刻也不脱离群众；一切从人民的利益出发，而不是从个人或小集团的利益出发；向人民负责和向党的领导机关负责的一致性；这就是我们的出发点。”[8]中华人民共和国成立后，面对新国家需要稳定以及恢复、发展经济的形势和任务，“为人民服务”的重要性一直被国家反复强调。当时党和国家主席毛泽东说：“因为革命胜利了，有一部分同志，革命意志有些衰退，全心全意为人民服务的精神少了……共产党就是要奋斗，就是要全心全意为人民服务，不要半心半意

[1]《孙文学说》，载《孙中山选集》，人民出版社 1981 年版，第 173 页。
[2]《世界道德之新潮流》，载《孙中山全集》第 10 卷，中华书局 1986 年版，第 156 页。
[3]《董必武法学文集》，法律出版社 2001 年版，第 3 页。
[4] 同上。
[5]《董必武选集》，人民出版社 1985 年版，第 304 页。
[6]《毛泽东选集》第 3 卷，人民出版社 1991 版，第 1004 页。
[7]《毛泽东选集》第 4 卷，人民出版社 1991 年版，第 1128 页。
[8]《毛泽东选集》第 3 卷，人民出版社 1991 年版，第 1094 页。



或者三分之二的心三分之二的意为人民服务。”[1]

“为人民服务”理念逐渐成为新中国政府的立身基础，尽管中国上个世纪 60 到 70 年代，政府的定位严重地偏离了为人民服务的主旨，但是，改革开放后，“为人民服务思想”再次受到重视，1985 年 5 月，邓小平同志在全国教育工作会议上指出：“什么叫领导？领导就是服务。”[2]时至今日，“为人民服务”的思想仍然有着现代的价值，它与当下服务型政府的建立目标有异曲同工之处。

## 三、全球化背景下中西方政府的服务性法定职能

20 世纪 80 年代，西方发达国家作为新自由主义流派代表的公共选择学派，又以“政府失败论”否定了国家干预的合理性，强调放松或者解除政府管制。政治理论的变革，也引发各国政府管制实践的相应改革，例如，20 世纪 70 年代末 80 年代初以来，“英国的撒切尔政府和美国的里根政府、克林顿政府，进行了较为深入的放松管制改革。”[3]20 世纪的 70 年代末 80 年代初期，恰逢中国改革开放起步阶段，中国也开始逐渐放松政府计划经济模式下的强力管制并建立和发展市场经济。从这一点出发，20 世纪 80 年代以来，西方与中国有着大致类似的社会背景。

（一）西方的“新公共管理理论”和“新公共服务理论”

20 世纪之后特别是 70 年代以来，在全球化时代和后工业化的语境下，西方发达国家的社会管理经历了一次以新公共管理和服务型政府型政府建设为重要内容的新型社会管理改革。“重塑政府运动”、“企业型政府”、“政府新模式”、“市场化政府”、“代理政府”、“国家市场化”、“国家中空化”等，只是对这场改革的不同称谓。西方很多国家提出了创建“服务型政府”的目标。服务型政府的根本理念是：“管理就是服务，政府的存在是为了满足社会的需要，政府应该尽可能地为社会提供满意的公共物品。”[4]

以公共选择理论为基础之一，20 世纪 80 年代后在英美国家兴起了被称为新公共管理的政府改革模式。其中，公共选择理论的主要假设是经济人假设，以布坎南为代表的公共选择理论认为，政府行为实际上不可能是为公共利益服务，因为，政府是由有私心的政府官员组成的，他们不可能是传统理论所假定的公正无私的“道德人”，而是追求自身利益最大化的理性“经济人”，政府官员会本能地追求权力、地位和选票，却未必最大限度地追求社会利益。在市场经济条件下，“政府管制和许可证越多，政府介入经济活动就越深，在

[1]《毛泽东选集》第 5 卷，人民出版社 1972 年版，第 420 页。
[2]《邓小平文选》第 3 卷，人民出版社 1993 年版，第 121 页。
[3] [英]吉迪恩 •拉赫曼:《金融危机之下，撒切尔主义最终失败》，中国新闻网, 2009-04-30. www. chinenews. com
[4] 詹国彬：《从管制型政府到服务型政府———中国行政改革的新取向》，《江西社会科学》2003 年第 6 期。

信息不对称情况下，政府官员就会用权力设租，寻租便会产生。因此，公共选择学派指出，当市场的缺陷出现时把所有问题转交给政府去处理未必是最佳选择，原因就在于政府失灵比市场失灵的后果可能更为严重。”[1]

西方的新公共管理学派的“政府治理”理论是20世纪80年代提出的，他们的核心思想是，以企业家理念改造政府，要求各部门制定“为顾客服务标准”，这也被称为“政府再造”，正如美国学者所言：“政府再造就是用企业化体制来取代官僚制体制。”[2]他们认为，西方国家的公共服务型政府归纳起来应该有三个特点：“一是把企业的竞争理念引入政府，加大政府自身的压力；二是把成本效益机制引入政府，树立成本核算意识，降低政府运行成本；三是把企业家观念引入政府，树立服务顾客意识，建立服务型政府。”[3]这种大规模的政府改革要求政府像企业那样高效运作，政府官员要像企业家经营自己的企业那样使用财政资金，政府服务走市场化道路。

在总结新公共管理理论与实践的基础上，美国学者又提出了新公共服务理论，该理论认为，公共管理的本质是服务，政府或公务员的首要任务是帮助公民实现其公共利益，而不是试图去凌驾于社会之上，即他们的角色定位是“服务而非掌舵”，[4]其典型特点是以公众服务为核心，以民众参与为主要方法，以是否能实现公众利益为评价标准。美国学者登哈特夫妇归纳了公共管理的主流思想，提出了这样的观点：“当我们急于掌舵时，也许我们正在淡忘谁拥有这艘船。而政府是属于它的公民的。”[5]因此，新公共服务理论提出公共行政人员在其管理公共组织和进行行政执法时应该着重强调他们服务于公民的职责。新公共服务理论 提出了新公共服务的七条理念，分别是：“服务于公民而不是服务于顾客；追求公共利益；重视公民权胜过重视企业家精神；思考要具有战略性，行动要具有民主性；承认责任并不简单；服务而不是掌舵；重视人而不只是重视生产率。”[6]

（二）社会管理创新背景下中国提出建立服务型政府

改革开放30多年来，我国的经济总体水平有了举世瞩目的发展，但是，这些经济目标的实现给社会管理带来了巨大的挑战：利益分配不公、城市化进程中部分群众利益受损的问题，改革开放以来，各级政府低价征用农民土地，然后高价出售，使农民至少蒙受2万亿元的损失。[7]另外，教育、医疗、环境污染、资源、房地产开发，司法不公、执法不严都使我国的群体性事件和突发事件频繁发生，群众上访数量居高不下。面对这些问题，在对外开放、

[1] 涂晓芳：《政府利益对政府行为的影响》，《中国行政管理》2002年第10期。
[2] [美]戴维·奥斯本，彼德·普拉斯特里克：《摒弃官僚制：政府再造的五项战略》，谭功荣等译，中国人民大学出版社2002年版，第14页。
[3] [美]彼得斯：《政府未来的治理模式》，吴爱明等译，中国人民大学出版社2001年版，第18-26页。
[4] [美]登哈特，登哈特：《新公共服务——服务而不是掌舵》，丁煌等译，中国人民大学出版社2004年版，第21页。
[5] 同上，第21页。
[6] 参见同上，第40-41页。
[7] 参见廖小军：《中国失地农民研究》，社会科学文献出版社2005年版，第101页。



经济改革的同时，政府从1982年起进行了四次大的政府体制改革，从总体历史经验来看，采用了渐变式的形式。历经这数次改革，我国政府职能虽以市场经济为目标并逐步靠近，但仍然还未完全摆脱计划经济的影响。政府职能的转变与经济全球化、信息化、市场化、和知识经济时代的要求相比仍然相对滞后。其根本原因在于几次政府改革只停留在机构和人员数量的增减上，没有真正找到政府存在的基础和政府工作的目标是什么？国内经济政治转型的过程中面临如此众多的问题，加之世界各国纷纷提出创建“服务型政府”的目标，通过改善公共物品的供给质量，以重新赢得公众对政府的信任的同时，我国政府也深刻认识到构建公共服务型政府的时代紧迫性。2002年，中国共产党十六大将政府职能定位在：经济调节、市场监管、社会管理和公共服务四个方面；2003年，中国共产党的十六届三中全会明确指出：坚持以人为本，树立全面、协调、可持续的发展观，促进经济社会和人的全面发展。2004年，温家宝说：所谓“人”就是指“人民”，进一步讲“以人为本”，就是要把“人民的利益作为一切工作的出发点和落脚点，不断提高人们多方面需求和促进人的全面发展。”[1]同时提出了“努力建设服务型政府的要求”，2010年，中国共产党中央十七届五中全会明确指出：要加快服务型政府建设步伐，建立创新的公共服务体系，建立多元参与、平等竞争的公共服务体制，服务型政府建设已成为推动政府转型、完善政府治理、推进科学发展的助推器。

自从2005年十六届四中全会《关于加强党的执政能力建设的决定》中明确提出要“推进社会管理体制创新”,近年来“社会管理创新”成为不仅成为我国社会建设与管理的主要方向，而且也成为包括管理学、社会学、法学等很多学科在内的学术界热切关注的一个重要话题。“社会管理创新，是指在现有的社会资源和管理经验的基础上，引入新的社会管理理念、知识和方法，对传统的社会管理模式及管理方法进行完善，从而建构新的社会管理机制，更好地实现社会管理目标的活动。”[2]在中国的语境下谈社会管理创新，首先要明确政府的地位，因为毫无疑问政府是社会管理创新的主导者，中国应该构建一个可问责的政府，合理界定政府权力边界，明确政府与社会分工，使政府既有所作为，能够在创新中发挥自身的主动性、积极性和创造性，又不至于危害社会，损害公众利益。服务型政府的建立就是为了明确政府与社会、政府与公民之间的关系。服务型政府应该是“在公民本位、社会本位理念指导下，在整个社会民主秩序的框架下，通过法定程序，按照民主意志组建起来，以公民服务为宗旨，实现着服务职能并承担着服务责任的政府。”[3]

[1] 温家宝：提高认识、统一思想、牢固树立和认真落实科学发展观——在省部级主要领导干部“树立和落实科学发展观”专题研究班结业式上的讲话，2004年21日，
http://news.xinhuanet.com/news-center/2004-02/29/content-1337121.htm
黄恒学，张勇主编：《政府基本公共服务标准化研究》，第91页，人民出版社，2011年版。
[2] 应松年：《社会管理创新引论》，《法学论坛》2010年第6期。
[3] 刘熙瑞，段龙飞：《服务型政府：本质及其理论基础》，《国家行政学院学报》2004年第5期。

## 四、结语

总之，无论中外，政府产生和存在的都是要为民众服务，在政府中没有了服务的内涵，政府就没有存在的必要，甚至会变成民众所憎恨的“利维坦”[1]或“老虎”[2]。无论是西方从社会契约、经济关系的角度还是中国用“民本思想”、“为人民服务”的逻辑解读政府存在的根基和“官民”关系。

在全球化的今天，服务型政府的建立不仅是中国的更是世界的趋势与潮流，可以说服务意识是政府存在的立身之本。正如有些学者所言：“在当代市场经济条件下，政府职能定位的基本原则就是明确政府职能的公共性、有限性和服务性，以建立公共服务型政府为政府职能定位的终极目标。现代政府的实质服务型政府……政府只有通过提供充足优质的公共服务，才能证明自己存在的价值与合法性。没有服务就没有现代政府。”[3]国家机器是庞大的,也是众多的,但是唯有政府是最有力量的社会管理者。因此，在社会管理创新的背景下，让政府的服务属性更好地从“应然”层面转向“实然层面”。让政府作为最有能力的社会管理者更好地为民众提供公共服务，是包括法学学科在内的许多学科学者共同追求的目标！

[1] 英国政治家思想家托马斯·霍布斯于1651年出版了他以怪兽Leviathan（中文翻译成“利维坦”）命名的著作——《利维坦》，意在用以比喻一个强大的君权至上的政府，“利维坦”是《圣经》中的怪兽，传说，人类深感自己的弱小，于是请求上帝说：“上帝啊，请你再创造一个英雄吧，让他保护我们”。上帝说：“英雄在保护你们的同时，也会欺压你们，吃你们。”后来人们为了抵御各种外来的风险，自己创造了一个利维坦，创造了一个能让他们有保护他们的庞然大物----政府，但政府这个利维坦（Leviathan）有双面的性格。它由人组成，也由人来运作，因此也就具有了人性的那种半神半兽的品质。

[2] 在《礼记·檀弓下》中记载的“苛政猛于虎”的故事，同样犀利地剖析了残暴的政府吃起人来，让民众觉得比老虎还要可怕的道理。和西方“利维坦”的比喻有异曲同工之效。

[3] 李军鹏：《公共服务型政府》，北京大学出版社2004年版，第24—33页。



# 中国近代权利观的形成和演变

刘小妹*

与民主、法治等宪政价值一样，权利归根到底是一种政治文化，必须经由长期的孕育发展方可成功。因此，简单的模仿或移植西方的权利概念、权利制度、权利体系，其事易为，其效难获。中国近代的权利观念，是在欧美强势文化的侵逼之下发生的，既脱不开文化帝国主义的侵染，又叠加了追求民族富强的愿景，更有传统文化的缠绕，因而与西方那种超验的、先验的“天赋人权”或“自然权利”观念相去甚远。那么，中国近代的权利观念究竟从西方截取了什么，又背负了什么样的时代使命，这是权利能承受之重吗？本文正是带着这些思考，尝试去梳理和解读“权利”在中国近代的跨语际实践过程中，如何本土化，如何交汇古今中外，如何形成自身的特质，以及这些特质对中国的权利和宪政发展意味着什么。

## 一、“权利”的语义变迁

近代中国的权利观念与西方原生的权利观念相去甚远，这是不争的事实。问题的关键在于站在什么立场、用什么方式去解读这种“差异”，以及如何去认识“差异”的历史意义。在方法论上，首先需要尽可能摒弃“西方中心观—中国中心观”或“传统—现代”的范式[1]，从具体的“语境”[2]出发，进行客观的解读。即便客观解读，也有不同的角度。既有对差异产生的历史语境以及差异的具体内容的认识，也有对权利发生的“历史意义”的解读。无论是过分地强调“差异性”，还是极力地坚守“中国性”，按照一些学者的看法，它都或多或少地是以一种变相的形式重复了它所摒弃的西方的“霸权”色彩，[3]因为它都暗含着以西方为参照系，或者视西方为权威性典则。因此，只要着

* 中国社会科学院国际法研究所副研究员。

[1] 参见[美]柯文：《在中国发现历史——中国中心观在美国的兴起》，林同奇译，中华书局2002年版。

[2] 关于中国近代宪政的语境研究，参见王人博：《中国近代的宪政思潮》，法律出版社2003年版，第一章；王人博：《宪政的中国语境》，《法学研究》2001年第2期。

[3] 关于西方霸权与中国的论述，参见[美]周蕾：《妇女与中国现代性——西方与东方之间的阅读政治》，蔡青松译，上海三联书店2008年版。

力强调呈现“差异”，那么无论文本如何小心地避免对中西进行好与坏、优与劣、先进与落后、传统与现代之类的价值判断，阅读的受众仍然很容易在差异与优劣之间建立想像的关联。鉴于此，本文侧重对差异的历史意义的解读，亦即，将“不同语言在翻译活动和跨语际的实践中发生的交往”视为历史进程中至关重要的一部分，并以此解读权利翻译和权利观念形成过程中的“自身历史的话语空间。”[1]

（一）“**right**”的中文翻译

“语言问题在中国的现代性想像中的重要性是毋庸置疑的”，因而，“中国现代史的研究必须考虑到跨语际实践的历史”。[2]由此，对中国近代权利观念的考察需要从对西文“rights”的翻译及选择过程开始。

1、《万国公法》对“right”的翻译：权利

近代政治法律词汇大都是假日文而译，而恰恰“权利”这一重要的法律术语是直接从古代汉语翻译来的。首次用“权利”一词对译西文“right”的是 1864 年刊印的由美国传教士丁韪良主译的《万国公法》，这已为学界取得共识。[3]然而，丁韪良本人在 1862 年翻译《万国公法》的过程中，曾对“right”这个词的译法有过长久的困惑，并直言以“权利”对译“right”仅是权宜之计：“公法既别为一科，则应有专用之字样。故原文内偶有汉文所难达之意，因之用字往往似觉勉强。即如一‘权’字，书内不独指有司所操之权，亦指凡人理所应得之份；有时增一‘利’字，如谓庶人本有之‘权利’云云。此等字句，初见多不入目，屡见方知不得已而用之也。”[4]此处“不得已而用之”，体现了丁韪良内心的真实感受，因为他和他的翻译团队都熟谙古汉语，深知“权利”一词难以准确地传达出西文“right”一词的精神意蕴。如此，要贴切理解丁韪良对“right”的翻译，有必要对西方及古汉语中“权利”一词的具体含义作些简要探究。

权利在西方文化中有三个层面的意义。第一个层面是自然正当性，即在道德和价值领域，权利被等同于“正义”和“善”。第二个层面是人的自主性，即在政治生活中，个人相对于国家具有优先性。第三个层面是利益的合法性，即在法律关系中，合法的利益和诉求受到国家的保护。

从词源学上看，古汉语中“权利”一词是个合成词。“权” 有两方面的意义。其一是秤、秤锤，标准、尺度，权衡、衡量，[5]这是基本字义。其二是通权达变，即与“经”相对的“权”。[6]“利”是一个与“义”相对的范畴，

[1] 刘禾：《跨语际实践——文学，民族文化与被译介的现代性（中国，1900—1937）》，宋伟杰等译，三联书店 2002 年版，第 110、116 页。

[2] 同上，第 38 页。

[3] 参见黄克武：《自由的所以然：严复对约翰弥尔自由思想的认识与批判》，台北允晨文化实业股份有限公司 1998 年版，第 166 页。

[4] 转见刘禾：《帝国的政治话语》，三联书店 2009 年版，第 171 页。

[5] 例如《孟子字义疏证》：“权，所以别轻重；谓心之明，至于辨察事情而准，故曰权。”

[6] 孔子提出：“可以共学，未可与共适道；可与适道，未可与立；可与立，未可与权”。孟子认为：“男女授受不亲，礼也，嫂溺援之以手，权也”。孔子把权与立相对，孟子以权与礼相对，取意相同，反映



指利益、收益、好处等。在儒家的“经权”之别和“义利”之辨中，虽然并不全然否定“权”和“利”，但在价值评价上确乎是重“经”而轻“权”、重“义”而轻“利”的。尤其是在“君子喻于义，小人喻于利”的道德设定下，“利”的追求在道德评价上丧失了正当性理据。[1]合成词“权利”在先秦经典文献中的使用频率并不高，但依然牢固确立了“权势与货财”的基本含义。[2]秦汉以降，“权利”一词在经典性文献中已是随处可见了，其基本含义却是沿袭先秦而不改。比如，《史记》中数次使用“权利”一词，其基本含义均为权势和利益。[3]值得注意的是，在中国传统文化中，“权利” 的基本含义“权势”、“威势”、“货财”以及“利益”等，在道德评价上均含有贬义，带有较强烈的否定性意味，这在体现汉政治统治理念发展方向的重要典籍《盐铁论》中表现得十分明显。[4]

可见，无论是单词“权”、“利”，还是合成词“权利”， 在以儒家思想为主流的传统文化中，都是在与儒家道德理想相对立的语境中使用的，因此都不含有“正当性”的意义。这与西方启蒙运动以来，在道德语境中产生的权利观念可谓大异其趣。熟知西方宪政文化精义，对古汉语亦造意非浅的丁韪良深刻地意识到了这一中西差异的不可化约性，无奈之下他做了一个智慧的取舍：即将权利的道德正当性打包封存，以便尽量将《万国公法》中的“权利”一词置于法律的层面。

综上，《万国公法》用代表权力和利益的“权利”来翻译“right”的法律意义，除了在字面上不直接包含“正当”这样的意思外，基本上表达了合法的正当权力和利益之意思。[5]但是，在道德层面上，中国传统文化一直把儒家道德伦理作为正当权力和利益的基础，这与近代西方对权利的理解相别甚远。而西文中“right”本身所含有的道德正当性，正是严复所难以舍弃的。

2、严复对“rights”的翻译：民直

虽然丁韪良本人对“权利”这一翻译并不十分满意，并留下了一段“不得已而用之”的说明，但现实中，随着《万国公法》的流行，“权利”一词亦广为人们接受。直至 20 世纪初的严复，他重遇了丁韪良翻译“right”时的困惑与无奈，并对“right”本身所包含的道德正当性难以割舍。

了儒家学说在道德实践上原则性与灵活性的统一。即“权”是在特殊情况下，对“道”“经”“常”的变通。

[1] 参见赵明：《近代中国对“权利”概念的接纳》，《现代法学》2002 年第 1 期。

[2] 例如《荀子·君道》：“按之于声色、权利、忿怒、患险，而观其能无离守也。”《荀子·劝学》：“君子知夫不全不粹之不足以为美也……是故权利不能倾也，群众不能移也，天下不能荡也。生乎由是，死乎由是，夫是之为德操。”文中“权利”均意指权势与货财。

[3] 例如《史记·魏其武安侯列传》：“陂池田园，宗族宾客为权利，横于颍川。”文中“权利”意指权势货财。

[4] 《盐铁论》几乎都是在与儒家道德理想相对立的语境中使用“权利”一词的，颂扬“仁义”、“礼义”、“王道”，而贬斥“权利”，把“权利”与“贪”、“邪”、“私”联系起来而加以使用。参见赵明：《近代中国对“权利”概念的接纳》，《现代法学》2002 年第 1 期。

[5] 金观涛、刘青峰：《近代中国“权利”观念的意义演变——从晚清到〈新青年〉》，载台湾中央研究院《近代史研究所集刊》 1999 年第 32 期。

由于《万国公法》对“权利”的翻译影响甚远，严复早年在翻译《天演论》时，虽然感到这种翻译是有问题的，但依然沿用了“权利” 一词表达英文中 rights。此后，在翻译《群己权界论》时，严复再度思考“rights”的译法，并专门致信与时人梁启超探讨：“Rights 一字，仆前三年，始读政理诸书时，即苦此字无译，强译‘权利’二字，是以霸译王，于理想为害不细。后因偶披读《汉书》，遇‘朱虚侯忿刘氏不得职’一语，恍然知此职字，即 rights 的译。然苦其名义与 duty 相混，难以通用，即亦置之。后又读高邮《经义述闻》，见其解《毛诗》‘爰得我直’一语，谓直当读职…… 乃信前译之不误，而以直字翻 rights，为铁案不可动也……rights 字，西文亦有直意，故几何直线谓之 right line，直角谓 right angle，可知中西申义正同。此以直而通职，彼以物象之正者，通民生之所应享，可谓天经地义，至正大中，岂若权利之近于力征经营，而本非其所固有者乎？且西文有 born right 及 God and my right 诸名词，谓与生俱来应得之民直可，谓与生俱来应享之权利不可。”[1]

在严复看来，西文 rights 是一个复合概念，其中包括作为底层意义或深层结构的“直”、“宜”的因素，即“正义”；同时这一概念也包括表层性的显在意义，这就是古汉语“权利”一词所传达的内涵。两层含义中前者是基础性的因而是制约性的，是“体”；后者是受制约的因而是第二性的，是“用”。[2]基于“体一用”的分析结构，对 rights 的翻译应首要表达“正当”的含义，而中文“权利”这个词中，无论“权”还是“利”均无“正当”这种价值判断。经过反复求索，严复终妙手偶得一“直”字，是以“直”在古今中外都含有“正当”之谓，便决意将 rights 译为“民直”或“天直”，并在译本《群己权界论》中，在不同场合分别将 rights 译为“民直”、“天直”和“权利”，以准确表达英文 rights 的复杂内涵 。[3]

丁韪良和严复对西文“right”的理解都基本准确，只是在 right 所包含的两层含义中，在所谓体用之间，基于两难的困境而作出了不同取舍。前者出于对现实的考量，舍弃了 right 的“体”，即道德正当性，故而以“权利”之“用”表达法律意义上的权益。后者基于对学理的真诚，回归了 right 的深层结构，即正义、正当、善，是而以“民直”之“体”为 right 的基本含义，辅之以“权利”之“用”表达 right 的复杂内涵。惜乎“民直”这个译法并没有传播开来，在历史的长河中终于被“权利”的译法所淘汰。单纯从学理上来说，严复对 rights 的翻译应该是更为准确，但为什么中国人还是选择用“权利”来代表 rights 呢？

要说严复近乎语义学的翻译在实践中未被选择，是因为众人皆蒙昧而不解 rights 之真义，怕是不妥。在中国的近代，引领舆论的知识分子，都是“开

[1] 严复：《严复集》第 3 册，中华书局 1986 年版，第 518－519 页。
[2] 参见邓文初：《学术本土化的意义——从严复论“rights”的翻译说起》，《博览群书》2004 年第 11 期。
[3] 金观涛、刘青峰：《近代中国“权利”观念的意义演变——从晚清到〈新青年〉》，载台湾中央研究院《近代史研究所集刊》1999 年第 32 期。



眼看世界”的饱学之士，对中西两造都有相当的智识，对 right 含义的理解也是丰富而精准的。例如，严复写信与之讨论 rights 翻译问题的对象梁启超，他在严复至信的同年，即 1902 年，开始《新民说》的写作。正是在《新民说》里，梁启超至少存在三种不同的理解权利概念的思路，即自主性意义上的权利、竞争所得的权利和良知意义上的权利。这三种思路预示着三种不同的权利现代性观念，即自主性的权利现代性、竞争性的权利现代性、良知性的权利现代性。[1]梁启超对“权利”三种含义的交织使用，说明他是基本理解 right 之意的，他无疑也能理解严复“民直”之意，但是他没有采纳严复的意见，依然选择了“权利”一词。为什么呢？

将代表正义、正确、应当、适宜等等含义的 Rights 以带有强力、强制、权势等等含义的权利来翻译，确实造成极不妥当的混淆。因此，在严复和梁启超之后，对“权利”的检讨也一直存在着。如 20 世纪 30 年代初，清史专家孟森在《独立评论》上发表一篇论《士大夫》的文章，极言“权”与“利”合成一词之害.他说：“今使明明利字，冒以权字冠其上，而导人以争”，则“上下交争利而国危矣”。他深刻指出“君子喻于义，小人喻于利”的儒家经典已经给“权利”两字赋予了无法逃脱的固有的本土化之意义。在中西之间，被权利的道德性问题纠缠的，还有与严复共称中国自由主义两代领袖的胡适，他在一再对“权利”进行阐释后，不仅得出一个与严复相当近似的结论：“其实‘权利’的本意只是一个人所应有，其正确的翻译应该是‘义权’”；[2]而且还和严复一样在儒家典籍中对这种“义权”的观念进行了引证。

如果本文的前述判断是正确的——即从丁韪良到以严复、梁启超、胡适等为代表的近代中国知识分子，不仅准确理解了 right 的含义及其道德性语境，而且对“权利”的中西之别体悟甚深，对民直、义权等概念亦进行过严格的考辨和审慎的思考，对“权利”一词所造成的极不妥当的混淆也有深刻检讨——那么，对“权利”一词的集体性地选择原因何在？意义何在？

（二）“权利”话语的重构

中国近代对“权利”的选择原因很复杂。政治的、经济的、文化的、民族的因素都交杂缠绕其间。因此，它远不是一个翻译用词的问题，也不单是对西方权利理念的截取、误读或选择性吸收问题。“权利”在中国近代的发生有着其深刻的历史语境和艰巨的时代使命。本章无意考究中国近代知识分子在多大程度上理解了西方的权利哲学，而是着力分析：中国近代知识分子是如何通过“操纵”权利这一西方话语来构建他们关于现代民族国家的理论、“权利”怎样作为一种话语策略参与了中国近代民族国家理论的创造，以及“权利”如何在被翻译、引述、重复、争论，也就是在一次又一次地被合法化和非法化的过程中，取得其特定的历史意义？这里考察的不是中国近代知识分

[1] 顾红亮：《梁启超<新民说>权利概念的多重含义》，《江苏社会科学》2010 年第 6 期。
[2] 转见邓文初：《学术本土化的意义——从严复论“rights”的翻译说起》，《博览群书》2004 年第 11 期。

子对权利的“误解”，而是暗含深意的重构。而且，这样的重构体现了中国近代权利话语的历史意义和时代特质。

近代的中国内忧外患，那些致力于革弊图新的知识分子在精神上是极度痛苦的，但是另一方面，救亡图存的时代主题也赋予了这些知识分子以特有的深沉和担当。这样的历史舞台，这样的时代责任，使他们在接触西方的权利概念和权利哲学时，不得不在个人与国家关系、“体用”范式以及契约论与进化论、自由主义与功利主义政治哲学三个层面对其进行“操纵”式的转化。

1、个人与国家的关系

权利观念无论是在西方，还是在近代中国，都是在“个人与国家”的关系中生发并被理解、接受的。众所周知，西方的权利观念源起于“个人主义”政治哲学对公民与国家关系的界定，因此接受了先验的“自然权利”观念。同时，权利成为个人对抗国家的阵地。但是，对于近代中国，虽然时代主题也是“对抗”[1]，但对抗的双方不是个人与国家，而是中国与西方。在以国家为整体对抗西方的语境下，民族观被嵌进了自我观，自我观被嵌进了民族意识，即个人与国家之间是“黏结关系”，而非对抗关系。[2]个人与国家之间“覆巢之下无完卵”的黏结关系，使得近代中国对西方的权利观念进行了两个层面的转换。

第一个层面是权利主体从个人向国家的转换。权利在中国古汉语中意为“权势和财货”，而这正是民族中国欲在世界民族之林获得独立自主性所急缺的。因此必须对权利在西方文化中所具有的自然正当性、人的自主性和利益的合法性三层涵义进行必要的裁剪和改造。

首先，是摘除权利的“自然正当性”涵义。原因很直白：自然正当性是西方基于自然法传统而对自然状态和天赋人权的一种理论预设，是先验的；但是，在近代中国把权利的主体置于国家之上后，在殖民与被殖民的现实威逼下，正在丧失家园的我们，不可能认为国家之间存在什么天赋的、不可剥夺的权利。恰恰相反，在这个优胜劣汰的人世间，国家的权利要靠我们每个国民为之奋斗和争取，绝非什么天赋的、自然正当的。

其次，是对“人的自主性”涵义进行改造，即拓展“自主性”的主体范围。对此，有学者有过分析：“法律意义下的权利只要没有进一步赋予道德含义，从合法正当的权力和利益，很容易推出某种范围内权力和利益的拥有者的自主性为正当的理念。例如一个国家享有国际法给与的正当权力与利益，这也意味着它在有关领域中有自主之权”；“由于‘权利’在中文中原有意义是权力和利益，晚清中国知识阶层是从维护国家权力和利益角度意识到国家

[1] Gayatri Chakravorty Spivak, *In Other World*, New York: Routledge, 1988, p. 197.斯皮瓦克是当代西方后殖民理论思潮的主要代表，她认为被迫卷入到殖民主义中来的国家的近现代化过程，必须被看成是对抗，而不是过渡。

[2] 参见刘禾：《跨语际实践——文学，民族文化与被译介的现代性（中国，1900—1937）》，宋伟杰等译，三联书店 2002 年版，第 119、128 页。



和群体的自主性为正当。这是用‘权利’翻译‘rights’的原因。”[1]因此，在近代中国享有自主性权利的主体不惟是个人，还有国家和人民。与之对应，权利概念亦衍生出国权、民权和个人权利三个概念。[2]

最后，是对“利益的合法性”涵义的消解。虽然，中国人最早接触的便是丁韪良法律意义上的“权利”概念，但是在“物竞天择，适者生存”的规则下，国家作为权利的主体其利益是“争”来的，而非法律赋予的。而这一“争”字又恰合“权利”在古代中国所固有的本土化涵义。

第二个层面是将权利中“人的自主性”涵义置于民族国家理论框架之下，即手段与目的的转换。近代中国知识分子对个人自由和权利的理解，表面上看涉及到了西方权利中自然正当性、人的自主性和利益的合法性三层涵义，但是这里的个人权利只是把个人从他所在的家庭、宗族或其他传统关系中“解放”出来的手段，目的是使国家获得对个人的直接、无中介的所有权。毋庸赘述，这与西方以保障个人权利为目的的政治设计相别天壤。

当然，这里并不否认有学者对权利的“个人自主性”涵义的考证结果，也不否认中国近代知识分子中存在着对国家及民族主义话语即将被利用来控制个人的焦虑，[3]但是在救亡图存的时代使命下，这些知识分子归根结底都是民族主义者。因此，个人的权利与自由始终被置于个人与国家的价值等级关系中，即“小我”与“大我”[4]的价值位阶中：“在个人被视之为小，国家被视之为大的情况下，从个人角度对国家所进行的批评不可能超越一个语言已经事先命名并规定好的等级关系。再加上‘大我’的概念赋予国家一种成熟的、主体性的形象，使它在话语层面上取代‘小己’作为权利的代理和运作场地。的确，在‘小己’和‘大己’成为个人与国家的同义词之前，个人已更加紧密地与民族国家联系在一起，国家由此对个人拥有更加绝对的占有权。”[5]

可见，西方的权利观念是把人从上帝那里解放出来，获得自主性；近代中国的权利观念是把人从家庭的、宗族的传统关系中解放出来，再把人交给国家，以帮助国家“争”得自主性。如此，一方面，在个人与国家的黏合关系下，权利的主体和内涵经过上述两层转换，国家的权利、个人的权利、正当性的权利、自主性的权利、利益性的权利交织组合，造成了中国近代文献中权利一词涵义的含混和漂移；另一方面，也正是通过对权利主体与权利内

[1] 金观涛、刘青峰：《近代中国“权利”观念的意义演变——从晚清到〈新青年〉》，载台湾中央研究院《近代史研究所集刊》 1999 年第 32 期。

[2] 民权虽然具有权利的涵义，但是在近代中国它更多的是被用来嫁接和转换西方的民主制度，因此这里使用国权、民权和人权一组概念，只是为了表达权利主体的丰富性和灵活性，后文中笔者仅将讨论的范围限于国权和个人权利。关于民权与民主的关系，参见刘小妹：《中国近代宪政理论的特质研究》，知识产权出版社 2009 年版，第三章“中国近代宪政理论中的民权与民主”。

[3] 举如杜亚泉：《个人与国家之界说》，《东方杂志》 1917 年第 3 期。

[4] 关于“小我”与“大我”的论述，参见高一涵：《国家非个人之归宿论》，《新青年》 1915 年第 4 期；胡适：《不朽》，《新青年》 1919 年第 2 期。

[5] 刘禾：《跨语际实践——文学，民族文化与被译介的现代性（中国，1900—1937）》，宋伟杰等译，三联书店 2002 年版，第 130 页。

涵的交错搭配，通过在国家权利与个人权利内涵之间的游走，知识分子群体为民族中国编织了一条走向现代化的可行之路：赋予个人以自主性，以便将他们从传统关系中解放出了；赋予个人以追求合法利益的权利，并鼓励他们“争”各自所应得之利益，以便国家集结个人之力量、个人之利益谋求独立与富强。

2、社会契约论与进化论、自由主义与功利主义政治哲学

西方的宪政与权利理念深深地植根于其社会契约论和个人自由主义的政治哲学土壤之中，因此，这些先验的自然权利，是人之为人与生俱有的，国家（政府）就是为保护人的不可剥夺的权利而构建的。但是，这样的预设和逻辑都不符合近代中国的国情。

在近代中国，没有社会契约、也没有天赋人权，有的是与西方暴力遭遇后的国弱民辱。国家都风雨飘摇人民的生命如何保障，人民的生命都没有保障又何谈财产与尊严。显然，中华民族的权利、中国人民的权利都不可由“天”赋予，而只能靠我们自己去“争”取。因此，严复作为引入西学的一代先师，他放弃了洛克，也没有眷恋于卢梭，而是将几乎全部的认同置于穆勒、斯密的功利主义以及斯宾塞、赫胥黎的社会进化论。因为，无论是功利主义还是社会进化论，在关注个人利益的同时，都对“公众幸福”保留着一份关怀，严复只需富含深义地将斯密等人对“公众幸福”的关怀，转移到自己魂牵梦萦的国家力量的关心和考虑之上，便可利用解放出来的个人能力达到集体的目的。同时，严复也很关心对利益一致的观念的培育，他以“一国犹如一身”的比喻说明了整合自我利益与民族利益的重要性，认为甲午战败的原因之一，就是因为不能做到“击其头，则四肢皆应；刺其腹，则举体知亡”，[1]相反，将保卫国家的重担落在了“北洋一隅”。

既然严复认同功利主义和进化论的政治哲学思想，又认识到了整合自我利益与民族利益的重要性，甚而将个人自由视为“鼓民力、开民智、新民德”一剂良药。这样的严复，是如何从《天演论》到《群己权界论》，萌生了对 rights 从“权利”到“民直”的转变？可能是出于两本著作的题域限定以及严复本人对学术的尊重。《天演论》涉及到“物竞天择，适者生存”的自然法则之下，国家如何于竞争中生存的问题，虽然他在此也不满“权利”的译法，但是在民族国家的题域下，缺乏与西方个人权利的对比平台，因此他暂时搁置这个翻译问题。《群己权界论》则不同，它讨论的是个人与社会的关系，而这个题域与西方权利观念中个人与国家关系是比较贴近的，因此，在不涉及民族国家问题时，严复得以将自己的翻译更多地置于纯学术的考虑，也就有了“民直”的译法。严复如果先翻译《群己权界论》，或许他在《天演论》中也不得不放弃“民直”。

综上，出于对进化论和功利主义政治哲学的选择和推介，严复及其同时

[1] 严复：《严复集》第 1 册，中华书局 1986 年版，第 9 页。



代人的权利观念具备了两个特点。一是只要遇到民族国家问题，就必需对西方权利的原生涵义有所取舍和改造。二是中国及中国人的权利都不是天赋的，而是在优胜劣汰的法则下竞争来的，即梁启超《新民说》中所谓的“竞争性的权利”。当然，这里的“争”不是“上下交争利而国危矣”，而必须将争得的利上下一致地统于国家。

3、“体用”范式

“体”、“用”是中国传统哲学中的一对范畴，体是本质，用为功用，一事有体即有用，体用不二。内在本体与外在功用是相互联系的，只要体真正存在，那么功用就会自然而又必然地显现出来。然而，近代以来，“体用”范畴表达的不再是形而上学上的本质与功用的关系，而是社会学意义上的目的和手段的关系，它关心的不是合理性，而是其运用于社会的有效性、有用性。

“权利”正是在这一“体用”范畴下，从西方移植过来“用”以培育民族国家之“体”的。而严复对 rights 的翻译，一方面重视了 rights 的“体”、“用”之辨，即“直”（正义）视为 rights 的“体”，将“权利”视为 rights 的“用”，并强调作为底层意义或深层结构的“直”相对于古汉语“权利”涵义所具有的基础性和制约性作用；另一方面，他又忽视了“中体西用”的体用大背景。其实，在近代中国对权利的移植过程中，重要的是如何找到或构建适合中国之体的用，而不是寻求什么是西方的权利之体。因此，对于严复所找到的西方权利之体“直”，问题的关键不在于它是否正确表达了西方权利之体，而在于它是否能为中国之体所接纳，以及是否对中国的民族国家之体有用。然而，“民直”一词无论是在权利的主体上，还是在权利的内涵上，都限定得过于严格，因此无法在权利的三层涵义间游走操纵，也无法接纳从人权向国权的转化。

综上，以梁启超为代表的知识分子对自主性的权利、竞争性的权利、良知性的权利的交织使用，绝非“没有充分意识到它们之间的细微区别”[1]，而是有意通过操纵权利话语来实现民族国家的构建。近代中国需要在权利主体、权利内涵及其搭配组合上给予足够的灵活性，这样才能有效地借助权利话语实现从个人自主性向国家自主性的转变，才能为民族中国的构建提供路径。因此，“民直”的翻译没有被历史选择，不是因为它的正确性遭到了质疑，而是因为它有碍于对国家权利的伸张，因此不能参与近代中国民族国家的构建过程。

## 二、自由的民族国家观

自由主义与民族主义，一个以个人自由为本位，另一个以群体的归属为指向，而自由民族主义就是要协调在自由主义看来是互相对立的个人与国家

[1] 顾红亮：《梁启超<新民说>权利概念的多重含义》，《江苏社会科学》2010 年第 6 期。

之间的关系，以既肯定个人自由的意义，又寻找民族的集体认同。个人自由和民族独立是一组相互内在和均衡关联的反向性概念，因此，自由民族主义应该同时在个人自由和民族独立两个维度理解，不可仅偏及一方。尽管在国际竞争和列强入侵的论述语境中，在民族危机压倒一切的急迫之时，可能会出现手段与目的之间的紧张。1905 年的梁启超以及 1930 年代的自由主义人士蒋廷黻、钱端升、丁文江等甚至直接为专制与独裁辩护，但是，恰恰正是这些专制倡导者的无可置疑的自由主义者身份，使我们不能简单地将其化约为个人本位的自由主义或者是国家本位的民族主义。

近代中国的民族主义是通过对历史文化的重构性想象而建立起来的。[1]曾有学者将清末民初的民族主义归纳为三种不同的模式。一是章太炎、孙中山等革命派知识分子反满的种族民族主义；二是以梁启超为代表的立宪派知识分子的国家民族主义；三是康有为的儒教民族主义。其中，儒教民族主义不过昙花一现。种族民族主义在国家民族主义的基础上附加了一层反满的历史性任务，除此之外二者抱持着几乎相同的政治理念，而且，革命成功后的民国建立的就是“五族共和”的政体。为避繁杂，本章仅以作为历史主流的国家民族主义为考察对象，包括其国家观以及个人与国家的关系。

最早对民族主义做出完整思考的是梁启超。在新文化运动以前，中国面对的危机主要是国家的，而不是文化的，在这样的背景下，梁启超的民族主义思想的目的，是要使中国融入世界，让中国在全球竞争中成为一个普世性的国家。对他来说，“问题不在于中国与西方文明程度如何，而在于中国同西方国家的地位如何。”[2]为了重新建立起与西方的平等地位，他放弃了大同的理想，致力于构建一个富强的民族中国。1899 年，他在《论近世国民竞争之大势及中国前途》一文中，区别了现代的国民与传统的国家：“国家者，以国为一家私产之称也。……国民者，以国为人民公产之称也。国者积民而成，舍民之外，则无有国。以一国之民，治一国之事，定一国之法，谋一国之利，捍一国之患，其民不可得而侮，其国不可得而亡，是之谓国民。”[3]

正如“国家”术语中的“家”一词所提示，传统国家本质上被设想成一

[1] 民族主义并非一种客观的历史存在，而是一个“构造物”，分歧在于民族的构建是纯粹想象的，还是依凭传统的重构性想象。主张前一观点的如：泰勒说，所有的现代欧洲民族，最初都是“写作者们的创造物”，并且“只存在于想像之中”，转见[美]费约翰：《唤醒中国：国民革命中的政治、文化与阶级》，李恭忠、李雪风等译，三联书店 2004 年版，第 21 页；班尼迪克·安德森也认为，现代民族主义不是一个自然的演化过程，而是人为想象和建构起来的。主张后一观点的有：史密斯反对安德森的主观“发明”（invented）或“想象”（imagined）说，强调现代的民族主义不能凭空想象而来，只能在原有族群传统的基础上“重新建构”(reconstructed)，参见[美]班尼迪克·安德森：《想象的共同体：民族主义的起源与散布》，吴叡人译，上海人民出版社 2005 年版。杜赞奇亦认为，近代中国民族主义的产生是一个散失与传承的历史的复线运动。参见[美]杜赞奇：《从民族国家拯救历史》，王宪明译，社会科学文献出版社 2003 年版，第二章。传统文化是由语言文字风俗等构成的，它影响着生活于其中的每一个人，进而塑造统一的意识形态或认同感，因此，任何一个政治共同体都不可能摆脱自己的传统文化，民族主义只能是重构性的想象。

[2] [美]列文森：《梁启超与中国近代思想》，刘伟等译，四川人民出版社 1986 年版，第 5 页。

[3] 梁启超：《论近世国民竞争之大势及中国前途》，《饮冰室合集》文集之四。



个家庭，“国”被看成是某一王朝家庭的私有财产。[1]而富有侵略性的西方民族主义则建立在民众的基础上，因此，梁启超接着在该文中，以“今日世界之竞争国民竞争也”为题，简单而朴实地描述了西方的民主形态：“今日欧美诸国之竞争，……其原动力乃起于国民之争自存。……故其争也，非属于国家之事，而属于人群之事；非属于君相之事，而属于民间之事；非属于政治之事，而属于经济之事。故夫昔之争属于国家君相政治者，未必人民之所同欲也；今则人人为其性命财产而争，万众如一心焉。”[2]

“万众一心”正是梁启超的目标所在，动员国民积极参与政治生活就是他的民族主义思想的重心。从这个观点看，民族共同体的组成成员具有一个共同的意志和目的，国家不过是这种民族共同体的一种组织方法。民族主义与民主密不可分，[3]“将西方的民主融化在民族主义之中，并将民主看成是民族主义的一个部分，构成了中国宪政文化的基本品格之一。”[4]因此，梁启超的民族主义是政治的民族主义，确切地说，是有着民主政治内涵的民族国家共同体。国民既是特定政治共同体的成员，又是民族国家主权的主体，而国家强盛的希望就寄托在国民的自主、自由和能力之上。进而，他在 1901 年的《国家思想变迁异同论》中，将个人的自由和权利视为民族主义的原动力：“平权派之言曰：人权者出于天授者也，故人人皆有自主之权，人人皆平等。国家者，由人民之合意结契约而成立者也，故人民当有无限之权，而政府不可不顺从民意。是即民族主义之原动力也。”[5]

民主和自由成为梁启超民族国家观的基点。梁启超的国家理念生发于戊戌亡命，避居日本的那段时间。那时，日本通过明治维新的变法改革，走上了近代国家的发展道路，国家主义精神作为明治精神的脊柱之一，[6]极大地刺激了流亡他乡的梁启超。对照之下，他产生了一种强烈的“无国”感而带来的焦虑和危机。[7]1903 年，梁启超就是怀着这样的心情，撰写长文《政治学大大家伯伦知理之学说》系统介绍伯伦知理的国家理论。也是在这一年，梁启超“应美洲保皇会之邀，游历美洲”[8]，7 个月的游历非但没有加强梁启超对民主制度的信念，反而引发了他对民主制度一系列严厉的批评，并开始出现了更加强烈的国家主义倾向。他在 1904 年 2 月的《新大陆游记》中得出结论：“恃千万人中之一二人，以实行干涉主义以强其国，则可也，以千万人中之

[1] [美]张灏：《梁启超与中国思想的过渡（1890—1907）》，崔志海、葛夫平译，江苏人民出版社 2005 年版，第 95 页。

[2] 梁启超：《论近世国民竞争之大势及中国前途》，《饮冰室合集》文集之四。

[3] [美]张灏：《梁启超与中国思想的过渡（1890—1907）》，崔志海、葛夫平译，江苏人民出版社 2005 年版，第 95 页。

[4] 王人博：《宪政文化与近代中国》，法律出版社 1997 年版，第 61 页。

[5] 梁启超：《国家思想变迁异同论》，《饮冰室合集》文集之六。

[6] 国家主义精神、进取的精神和武士的精神被并称为明治精神脊梁的三个支柱。参见[日]松本三之介：《国权与民权的变奏——日本明治精神结构》，李冬君译，东方出版社 2005 年版，第一章。

[7] 张佛泉：《梁启超国家观念之形成》，《政治学报》（台湾）1971 年第 1 期。

[8] 丁文江、赵丰田编：《梁启超年谱长编》，上海人民出版社 1983 年版，第 309 页。

一二人为例，而遂曰全国人民可以自由，不可也。”[1]

梁启超预言中央集权将是20世纪美国政治的一个趋势，当中央集权趋势积聚到一定的力量，自由主义的趋势便将消退。[2]同样，中国更加不能指望通过民主政治来达到富强，而应该寄希望于一个强有力领袖人物所领导的强有力的中央政权，以及这一中央政权卓有成效的设计、动员和指导。这个思路不只是梁启超的结论，也是当时中国思想界的共识，甚至这种观点也在后来的中国历史中一直延续。举如不同的政党和领袖，都力图以中央集权进行这种动员和指导，以期在短期内达到一个预期的成效。1905年，梁启超在这一思想的延长线上再跨一步，发表了长文《开明专制论》，大胆歌颂开明专制的优点。不过，也不能对他的专制思想作夸大的理解。第一，“专制”只是手段，并不具有价值的意义。第二，他不仅言专制，更强调“开明”，其义包括有固定的法度和以公益为目的。[3]第三，他很快于1906年，放弃了开明专制，重回君主立宪制。说梁启超流质善变确有道理，他不仅一生思想多歧，即便是在同一篇文章中也是转折不断，这尤其体现在19和20世纪之交的文章中，对自由主义和国家主义的关怀总是同时出现：作为生活在专制制度羁扼下的国民，他不能不要求民主和自由；而作为面临西方列强的侵略、面临亡国危险的落后民族和国家的国民，则不能不急切地要求国家的强大。

事实上，构造像个人与国家、独立与合群、利己与爱他、自由与专制、民主与集权等反向性概念正是传承了儒家文化的独特智慧。反向性概念追求的是一种动态的平衡，而不是固定的结构和程式，因此，它为近代中国构建民族国家提供了一个可以因势利导的灵活框架，当民族危机紧迫之时便向国家独立和集权倾斜，在和平稳定的时局之下则更加强调个人的自由和民主的政制。由此，要准确理解近代中国在构建民族国家的过程中，自由主义与民族主义的关系，必需把持两点。一是在研究近代知识分子的政治思想时，必须严格区分纯粹的理论立场和基于现实政治实践需要的权宜举措，探寻他们在不同时势下不同思想表现背后不变的立场和理念；二是由于反向性概念之间没有固定的结构，因此它只能依赖参与主体的道德性来保持一个合理的平衡，在这个意义上，近代中国的个人自由和民族国家都始终是伦理性的存在，“道德”不可避免地成为构建自由主义与民族主义合理关系的轴心，同时也是中国政治生活的主题。

梁启超的民族主义既是自由主义的，肯定人的基本权利和法律自由；也是共和主义的，强调国民拥有参与政治的权利，通过契约形成公意；更是康德主义的，将现代国民视作对传统奴隶的否定，强调其个人道德和意志上的自主性。由此，梁启超所设想的共同体区别于传统儒家的以仁为中心的道德

[1] 梁启超：《新大陆游记》，《饮冰室合集》专集之二十二。
[2] [美]张灏：《梁启超与中国思想的过渡（1890—1907）》，崔志海、葛夫平译，江苏人民出版社2005年版，第142页。
[3] 萧公权：《中国政治思想史》，辽宁教育出版社2001年版，第701页。



理想国，也同社群主义的具有公共善的城邦世界不同，它既是一个政治共同体，又是一个道德共同体，确切地说，是一个以政治美德为中心、以国民信仰为纽带的政治伦理共同体。[1]一个类似于古希腊共和主义城邦的共同体。就像古希腊城邦中“人天生就是政治的动物”一样，国民的诞生是因为他觉悟到了作为国家一员的身份认同感，国民作为共同体的成员，不仅拥有法律的、政治的和意志上的自由，而且也有对共同体忠诚的义务，那就是积极参与政治生活，参与的目的是为了把自己的力量贡献给共同体。

## 三、中国近代权利观念的历史特质

在自由民族主义国家观的大背景下，权利跨语际来到中国，经过知识分子富含深意的改造和重构，有效地参与了中国近代民族国家的构建，这是权利所具有的最重要的历史意义。也正是在这个过程中，权利经过翻译、选择、接纳和重构，在价值判断、主体、内容和形态等方面形成了自己的特质。

（一）权利的道德性

在西方，权利语言是在阐明独立于公民实际秩序的人类道德要求的语境中产生的。通过对人类本质和自然法的规范性的、前公民观念的诉求，这些要求发展成为了自然权利的观念。自然权利在其产生之初，为16世纪末抵抗专制统治的运动提供了合法性论证。为了抵消自然权利与生俱有的革命论锋芒，作为一种反应，17世纪自然权利的理论家们寻求将这个革命力量进行中立的叙事来加以分析，并将它们看成得到了国家的保障。[2]由此，自然权利成为连接自然法与公民社会的宪法的纽带，并与宪法上的公民权利接榫，一方面它使得宪法的高级法背景具体化了，或者说，它成为具体地、世俗地解读宪法宗教之维的工具，另一方面，它使得权利保护成为人类政治生活的最高伦理，成为宪法的最高价值所在。在政治领域中，权利本身就是道德的载体和化身，权利为政治生活提供正当性，而不是相反。权利拥有自然的、自足的正当性，它无需诉诸其他价值，具有不假外求的“非道德正当性”[3]。

中国近代的权利观与上述西方的权利语境大相径庭。在儒家传统之中，“义利之辨”是一个亘古的主题，先义后利、重义轻利的道德训诫，一直被认为是中国古代权利观念不发达的原因所在。不仅，中国古代的权利观念不具有西方式的“非道德正当性”，即使是在20世纪头十年，中国知识分子认识到了个人权利是一种非道德的正当性，但用道德来论证权利的模式依然极

[1] 关于自由民族主义思想，可参见许纪霖：《现代中国的自由民族主义思潮》，《社会科学》2005年1期；许纪霖：《政治美德与国民共同体：梁启超自由民族主义思想研究》，《天津社会科学》，2005年第1期；许纪霖：《在现代性与民族性之间：张君劢的自由民族主义思想》，《学海》2005年1期。
[2] [美]昆廷·斯金纳、博·斯特拉思主编：《国家与公民——历史·理论·展望》，彭利平译，华东师范大学出版社2005年版，第5页。
[3] 金观涛、刘青峰：《近代中国“权利”观念的意义演变——从晚清到〈新青年〉》，载台湾中央研究院《近代史研究所集刊》1999年第32期。

顽固地存在着。[1]无论如何，权利之上还有更高的道德诉求和价值目标，由此，权利也具有了实现更高价值的工具性效用。

1、义利之辨

义与利是儒家创设的一对范畴。这里借用来分析中国近代的权利特质，主要是出于三个考虑。其一，虽然，在西方关于权利的本质有包括利益论在内的多种观点，[2]但是，如前文所述，中国近代基于“群体的、利益的、积极的自由观念”，权利的核心所指就是“利益”，因此可以“利”来对应“权利”。其二，虽然“义”在本义上指的是儒家伦理，但是，我们可以将其抽象为权利背后的“道德”诉求，因此，作为抽象的“道德”象征的“义”是不变的，变化的仅是道德的具体内容。其三，以“义”对应“道德”，以“利”对应“权利”，体现了近代权利观念与传统文化的承接关系。对权利与道德的关系的分析，可以从义、利的一致性以及“义”所指的演变两个方面展开。

“义”与“利”是两种不同质且不可化约的价值，还是“无不义之利，亦无不利之义”的“仁义功利一元论”，不仅自古便有孟子与子思的各执一辞，后人的解释更是见仁见智。[3]就现实经验而言，义、利之间总会有所冲突，否则也不会有“不义之财”的说法了，但是，在政治生活中，“利”本身没有“自然”的正当性，只有符合“义”的“利”才是被认可和保护的，即“君子爱财取之有道”。具体到近代的权利观念，权利背后还有国家主义、功利主义、平等等价值标准，因此权利所承载的个人利益只有在不违背更高的国家利益的前提下才为民主的宪法所认可。即在宪政的体制内，只存在与国家利益一致的个人利益（权利）。权利在国家利益与个人利益之间维持平衡，正如儒家在群性与个性之间维持平衡的理想人格一样。近代中国，个人与国家之间有一个稳固交叉的中间地带，权利就站在那里。[4]

“义”所代表的道德的具体所指是在不断演变的。为了清晰、完整地展现权利之上的道德诉求，有必要对道德进行分层。首先，道德在最高的层次上体现为国家优先，无论是儒家的“天下为公”的理想，还是近代中国“国家独立富强”的主旨，不变的是集体主义或国家主义利益主导，个人是作为集体的组成部分而存在的。其次，道德在第二个层面上的具体所指经历了两次转变。第一次转变是，戊戌维新之后，进化论、功利主义取代传统儒家的“义”成为权利的道德基础。一方面，知识分子纷纷从物竞天择来论证竞争

[1] 同上。

[2] 权利在本质上可被看作道德资格、自由、意志、利益、法律赋予的某种力量或能力等。关于权利本质的具体论述，参见夏勇：《人权概念起源》，中国政法大学出版社 1994 年版，第 40–42 页。

[3] 关于“义”与“利”的关系的分析，参见李明辉：《儒家视野下的政治思想》，北京大学出版社 2005 年版，第 59–63 页。

[4] 美国学者狄百瑞以“人格主义”（personalism）一词体现中国文化中个人与集体之间的平衡关系，以区别于西方的“个人主义”（individualism）；余英时表示儒家思想中的“个人主义”，也使用的是“personalism”的语义。Wm. Theodore de Bary, “Individualism and Personhood”, in *Asian Values and Human Rights: A Confucian Communitarian Perspective*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998, p. 25；余英时：《中国思想传统的现代诠释》，江苏人民出版社 2004 年版，第 23 页。



的正当性，并进一步指出个人权利观念是有助于竞争的；从而使竞争这一非道德的正当性成为个人权利合理的根据。[1]另一方面，近代中国，将西方的功利主义原则从自由主义理念中剥离出来，然后，将被归约为“最大多数人的最大幸福” 的功利主义，重置于“个人与国家关系”的中国式场域中，以简单而浪漫的逻辑方法接受了这样一种观念，即“个人对财富的渴望之和，无异于对整个公益的物质改善”[2]。同时，就像“不义之财”非为利一样，知识分子时刻提醒国民：“共和宪法如何而后可？必也，牺牲个人之尊荣，力谋多数人之政权。政权在多数国民，则凡发政施令，自不得不以多数人之幸福为前提，而置个人之尊荣权利于度外。”[3]可见，与多数人的幸福不一致的个人权利，已经被排除了。第二次转变是，五四时期，平等作为一种新道德，“使得百年宪政的政治诉求，往往在观念上由公域内的人格平等向着私域内的权益平等倾斜”。私域内的平等，并不是基于财产权的保护，而是对成为统治阶级一员以分享利益的身份或资格的保护。不过，该身份或资格不是天生的，而是被赋予的，赋予的条件是曾经积极参与民族国家的构建、参与夺取政权的革命事业。

2、工具理性

权利之上有个恒定的、最高的道德诉求就是国家利益优先，除此以外，不同时期还分别被赋予了进化论、功利主义或平等的衡量标准，权利是达成这些道德价值目的的工具，这样的表述和论证不仅充斥于知识分子的政论文章，在宪法文本中也予以了确认。从前述维新派的“人人有权，其国必兴”，到孙中山民权主义位于民族主义之后屈居第二，都可有所体察。而且，根据学者的考察，同盟会机关报《民报》发刊二十六期，延续五六年，反满的文章连篇累牍，竟没有一篇阐扬民权主义的专文。[4]自由主义者虽然对“我国民之推翻专制创立共和者，固欲于事实上维持国家之势力，非欲于原理上主张天赋人权”[5]的政治工具主义提出了批评，但终未逃出“小我”与“大我”关系的巢臼。

近代中国始终在焦灼地思考国家富强之“力”的来源问题。“通过授权给人民，而使国家变得强盛，社会更加团结，这似乎无可非议”，因为，“如果一个国家想要在竞争中立足，但又不能从实业、宗教、教育和法律的发展以及一个发达的公民社会中得到力量和支持，那么除了民主和人权这些口号，

[1] 金观涛、刘青峰：《近代中国“权利”观念的意义演变——从晚清到〈新青年〉》，载台湾中央研究院《近代史研究所集刊》1999 年第 32 期。

[2] 罗威廉：《晚清帝国的“市民社会”问题》，载黄宗智编：《中国研究的范式问题讨论》，社会科学文献出版社 2003 年版，第 186 页。罗威廉在该文中分析的是，晚清对“人欲”、“私”和“利”等传统观念的重新评估，本文认为，罗威廉的这个结论延用于民国时期也基本符合。

[3] 王宠惠：《中华民国宪法刍议》上篇“宪法要义”，载《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。

[4] 熊月之：《中国近代民主思想史》，上海人民出版社 1986 年版，第 372 页。

[5] 杜亚泉：《共和政体与国民心理》，《东方杂志》1912 年第 9 卷第 5 期。

还有什么有用的、强有力的工具来帮助它达到目标呢？”[1]在公民社会被证明不适用于近代中国之后，时人无可选择地投入集体主义的怀抱，“自由”让位于“团结”，民主和人权的理解都带上了一层集体主义的、工具主义的色彩，不仅如此，宪法本身也只是“一个为了达到政治目的而采取的政治手段的汇聚物”，[2]这是一种朴素的哲学，毕竟生存是第一位的。

综上，权利在道德主义、工具主义的考虑之下，并不具有天赋的“非道德正当性”，相反，权利要接受“义”所代表的道德的衡量，其中那个恒定的、最高的道德诉求就是国家利益。

（二）权利主体的扩展：从个人到国家

如前所述，近代中国权利的主体不惟是个人，还有国家。在权利的主体经历从个人到国家，再从国家回归个人的过程中，一方面，在民族国家构建过程中，个人的自主性是国家自主性的前提，国家的自主性权利优先于个人的自主性；另一方面，争得独立自主性的国家又通过法律赋予并保障个人的权利。

即便是在西方，人要过公共生活，在政治上也不可能与国家社会毫无联系，反而在某种意义上说，“正因为能够给分解了的现代性的主体提供整合的途径，国家才获得自身的权能和范围”[3]。在这里，个人是国家的逻辑起点，国家为个人提供整合途径。这样的表述让我们有熟悉和亲近的感觉，因为在近代中国国家的自主性也是以个人的自主性为基础的，但是这种相似性是表面的，分歧才具有根本的意义。在西方，国家只是提供整合的“途径”，即是工具、是手段，因此国家的“权能和范围”不是自主性的，不具有当然的合法性。由此，国家不是权利的主体，而是权能、权力的主体，而且这一权能、权力要受到个人权利的限定。在近代中国的民族国家构建过程中，个人的自主性权利是构建民族国家的工具和手段，因此国家的自主性是优先于个人自主性的价值目标，由此权利的主体包括个人和国家，而且首要的是国家。

就个人的权利而言，在民族国家构建的过程中，个人自主性只是把个人从传统束缚中解放出来的手段，个人在相对传统获得自主性的同时，又将自己的自主性全盘献给了民族国家。因此，这里的自主性权利更多的是一个口号、是唤醒国民的工具，[4]其具体内容抽象而飘忽。在民族国家建成以后，个人的权利经过国家的“转至”，在内容上出现了以社会经济权利为主的特点，在形态上表现为权利所具有的义务本位和国家赋予特点。

（三）权利的内容结构：以社会经济权利为主体

在民族国家构建过程中，作为政治性权利基础的“自主性”权利内涵，不仅内容抽象，而且还发生了主体的转换。因此，在近代中国权利观念形成，

[1] 夏勇：《中国民权哲学》，三联书店 2004 年版，第 96–97 页。
[2] [英]沃尔特·白芝浩：《英国宪法》，夏彦才译，商务印书馆 2005 年版，第 57 页。
[3] Anthony J. Cascardi, *The Subject of Modernity*, Cambridge: Cambridge University Press, 1992, p. 179.
[4] 参见[美]费约翰：《唤醒中国——国民革命中的政治、文化与阶级》，李恭忠、李里峰等译，三联书店 2005 年版.



乃至宪政理念形成的过程中，政治性权利和自由没有得到充分的发展，政治自由和权利的体系没有形成，对政治自由和权利的尊重与保护的理念和文化也没有培育完全。

由于政治自由和权利无论是在传统中国还是在近代民族国家构建过程中，都没有得到有效的培育，因此，在民族国家建立以后，我们不是将政治自由视为社会经济权利的基础，而是将社会经济权利视作实现政治自由的物质条件。即在民族中国，我们不是先有完善的政治自由和权利，而是要通过社会经济权利的发达为政治自由的实现创造条件。

相对于政治自由来说，社会经济权利是更为根本的，这样一种社会主义的理念，对于长期处于动荡与混乱而导致民生凋敝的近代中国，对在心理上首先渴望的是“安身”的近代中国民众来说，尤其如是。因此，在 20 世纪 30 年代后的宪法文本中，都载入了社会经济权利的内容，如国民政府下：1931 年《中华民国训政时期约法》第四章对“国民生计”的规定、1936 年《中华民国宪法草案》第六章对“国民经济”的规定以及 1946 年《中华民国宪法》第十三章对“国民经济”、“社会安全”和“教育文化”的规定；新民主主义政权下：1934 年《中华苏维埃共和国宪法大纲》第（五）项的规定、1941 年《陕甘宁边区施政纲领》第（九）至（十六）项的规定、1946 年《陕甘宁边区宪法原则》第二项“人民权利”中的相关规定。[1]从宪法文本中直接、正面规定社会经济权利的角度，亦可窥见近代中国权利内容在结构上所具有的特点。

（四）权利的逻辑起点：劳动的义务

五四运动前后，西方各种社会改良主义思潮以及马克思主义思想的传入，加上俄国十月革命的示范效应，经济民主逐渐在中国兴起。经济民主之下，权利被添加了一层“经济平等”的道德诉求，成为达成实质的、真正的平等与民主的工具。对于近代中国来说，所谓“真正的”并不是伦理学的哲思，而是意指“真实的”、“现实的”。

与经济民主、经济平等思想一并兴起的是“劳动”的新道德，当时“劳动阶级”、“劳工专政”、“劳动节”、“劳动光荣”、“劳力者治人”等概念、口号和思想都反映了“劳动”作为一种新道德在五四运动后的中国的兴起。“劳动”的道德也促成了“从精英政治向平民政治”的转化。近代中国，个人只有作为集体的成员，才能分享权利，而获得这一集体成员资格取决于“参与”的有效性，有效参与又依赖于参与者的能力，并且参与不同的集体需要不同的能力。当参与者的资格从“智识”转到“劳动”，而“劳工的能力，是人人都有的，劳工的事情，是人人都可以作的”[2]，平民政治以及无产阶级的新民主主义民主思想便发轫于此。

[1] 参见许崇德主编：《中国宪法参考资料选编》，中国人民大学出版社 1990 年版。
[2] 李大钊：《庶民的胜利》，《新青年》1918 年第 5 卷第 5 号。

劳动的道德下，前述权利链条中的第一个环节“个人参与”，从基于“民智”的受教育义务，转变为基于劳动能力的工作义务。1923 年《中华民国宪法》制定前后的讨论，包括各宪法草案、各宪法起草委员会的相关说明以及宪法文本等，清晰地展现了这一转化过程。1919 年《中华民国宪法草案》第 16、17、18 条及《草案说明书》规定国民应尽纳税、服兵役、服习国民教育三项义务。至民国宪法制定前夕，1923 年 4 月北京议会宪法起草委员会所提出的草案，在“生计章”中设有“国民有不背善良风俗，为精神上或体力上劳动之义务”的规定，但是，10 月颁布的民国宪法并没有采纳这一建议，仍然于第 19、20、21 条规定了纳税、服兵役、受教育的义务。随后，1924 年冯玉祥发动“北京政变”，曹锟被囚禁，段祺瑞执政，次年 12 月，段祺瑞政府国宪起草委员会拟定《中华民国宪法案》，该宪法案第 148 条，秉承 1923 年 4 月北京议会的宪法草案，以原封不动的表述规定了劳动的义务，不过该宪法案因段祺瑞政府垮台而未及颁布。1931 年《中华民国训政时期约法》第 25、26、27 条规定，人民有纳税、服兵役及工役、服公务的义务，这是第一次在正式的宪法文本中规定劳动的义务。1934 年立法院呈报国民政府的《中华民国宪法草案》第 22 条删去了“服工役”的义务，但是，中央宪法草案审议委员会，在 1935 年发表的《国民党中央之审查意见》第（三）项规定，“应于‘服兵役’三字后，加‘及工役’三字”，1936 年最后颁布的宪法草案吸纳了这一审议意见。但是，1946 年《中华民国宪法》第 20 条仅规定了服兵役的义务，[1]删去“服工役”义务并重提受教育的权利与义务的政治背景是国民党政权与共产党政权的彻底分道扬镳，而这一小小的变动恰好表达了国民党决裂的决心，它从反面证明了劳动的义务对于共产党领导的新民主主义民主宪政的重要意义。

综上，结合、对照宪法文本中对社会经济权利和劳动的义务的规定，社会经济权利是积极的、免于匮乏的权利，必需先有可资分享的资源。劳动创造价值，劳动是可供分享的资源的终极来源，因此说，社会经济权利不是凭空而来的，它实质上就是分享劳动的果实，即劳动的义务就是社会经济权利的起点。

（五）权利的存在形态：“依法”享有

权利的道德性否认权利具有天赋的、自然的因而自足的非道德正当性，因此，近代中国并没有接受西方天赋人权的理念，[2]相反，权利是通过国家的媒介从义务转化而来，即道德性的、义务本位的权利源于国家（政府）的赋予。国家赋予权利的方式就是法律，因此我们看到无论是晚清政府 1908 年《钦定宪法大纲》，还是国民政府从民国元年的《中华民国临时约法》开始，直到

[1] 有关劳动义务宪法规定的梳理，可参见王世杰、钱端升：《比较宪法》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 131 页。

[2] 最早的西学智者严复在《法意》的按语中，认为“国有禁令谓之法”，“物有是非谓之理”，后者不是法，前者不是理。法既是国家的禁令，有强制性、后天性，因而他不赞同自然法的观点和“天赋人权”的说法。此后，虽有人权派、民盟对天赋人权的宣扬，但始终未占主流。



1946 年《中华民国宪法》的宪法文本，以及共产党领导下的 1934 年《中华苏维埃共和国宪法大纲》到 1949 年《共同纲领》，在规定人民权利时，都有“于法律范围以内”、“依法律有”的前缀，或“非依法律”不得限制、剥夺的后缀。

这种依法律享有或限制权利的模式，招致了一些批评。丘汉平批判民国元年《临时约法》，把约法当作赋予人民权利的源泉；第六条在规定人民权利时，都有“非依法律”不得限制、剥夺的后缀；所谓“非依法律”就是意义不明，这样极容易给掌握权力的人一个专制的机会。[1]胡适针对南京国民政府 1929 年 4 月 20 日发布的一道保障人权的命令，[2]即刻发表《人权与约法》一文批评该命令及国民党的专制统治，拉开了“人权运动”的序幕，该文中写道：“命令中说，‘违者即依法严行惩办不贷’，所谓‘依法’是依什么法？我们就不知道今日有何种法律可以保障人民的人权。”他在文章的最后呼吁“快快制定约法以保障人权！”[3]陈茹玄指出 1931 年《训政约法》除信仰自由外，均有“依法律有”某某权，“非依法律不受限制”等等，此盖为日后政府于必要时，得斟酌立法，不受约法约束，俾有伸缩余地也。[4]训政约法之后的几次宪草中，对人民自由权利的规定均加上了“非依法律，不得限制”的笼统规定，引发了民主人士的强烈不满，他们认为宪草做如此规定，实“为政府留一随时限制民权之余地”[5]，主张“统统要把‘非依法律’一句弃掉”，以宪法确认人民的“完全自由”，否则“人民虽然在名义上享受各种自由权利，而实际上此等权利随时可被一纸法律取消”。[6]可见，丘汉平、胡适、陈茹玄、平心等人所要求的是以宪法保障人权，而非“依法”保护权利。尽管批评的声音不绝于耳，但是，宪法文本中一以贯之地坚持了“依法”享有或限制权利的表述，甚至现代宪法也传承了这一权利形态。

权利一旦再被赋予经济的内容，便进一步地强化了“依法”享有权利的形态。因为，经济权利是一种积极的权利，而且基于道德性又被视为“真正”的权利、可实现的权利，于是，它需要国家提供可资分享的利益。简单地举个例子，假如你依靠领取失业保险金生活，那么，显然这笔钱不是天上掉下来的（天赋的），而是由政府民政部门依法发放的。可实现的权利的范围是由国家的经济实力决定的，因此宪法确认和保护哪些社会经济权利必需视一国的国情而定。

综上所述，尽管在色彩斑斓的中国近代化思潮中，不乏天赋人权的介绍者、鼓吹者和信奉者，但是，从实证的角度看，一方面近代中国所有的宪法

[1] 丘汉平：《宪法上关于人民之权利规定之商榷》，《东方杂志》1933 年第 30 卷第 7 号。

[2] 保障人权命令的全文是：“世界各国人权均受法律之保障。当此训政开始，法治基础亟宜确立。凡在中华民国法权管辖之内，无论个人或团体均不得以非法行为侵害他人身体，自由，及财产。违者即依法严行惩办不贷。着行政司法各院通饬一体遵照。此令。”

[3] 胡适：《人权与约法》，《新月》1929 年第 2 卷第 2 号。

[4] 陈茹玄：《增订中国宪法史》，台湾联经出版事业公司 1984 年版，第 194–197 页。

[5] 《宪草初稿之商榷》，《申报》1934 年 3 月 19 日。

[6] 平心：《〈五五宪法草案〉评议》，载《平心文集》，华东师范大学出版社 1985 年版，第 223 页。

文本以及单行的保障人权的命令、条例等，所规定的权利都不是基于“天赋”的正当性；另一方面，权利是社会、经济发展的产物，注重经济权利，必然会强化政府在保障权利方面的决定性作用，因此，在宪法上往往为政府保留“依法”调整权利清单的权力。



# 司法独立的全球考察和理论再思

支振锋*

**内容摘要：**当今世界，关于司法独立制度存在着许多理论和实践的迷思。但本研究报告对全球、尤其是典型发展中国家司法独立制度运行实践的考察发现：第一，司法独立不是无条件、无背景的，它需要历史与政治传统、社会环境、制度框架、机制保障等一个复杂系统的保障，而且它本身就是这个社会系统的一部分；第二，从经费投入上讲，司法独立或者说保持司法独立性是昂贵的，然而昂贵的经费投入只能说是司法独立的运行良好的重要条件，但不能保障它一定运行良好；第三，普遍选举、三权分立、多党政治等西式民主虽然在西方国家与司法独立之间表现出了相互促进的正相关关系，但这种关系并不是必然的，经验表明，西式民主并不能确保司法独立的良好运行，同时高质量的司法独立也未必以绝对的西式民主为前提；第四，对于非西式民主体制的国家或地区而言，建立高质量的司法独立不仅是可能的，而且是现实的；第五，司法独立也不是一个绝对的非此即彼的概念，要么司法独立，要么司法不独立，事实上，它可能还存在一个程度或类型的问题。第六，司法独立并不是终极目标，更不是终极真理，更重要的是司法体系运行的实际绩效。最后，值得注意的还有一点，那就是司法独立不仅要求立法和行政机关不侵蚀司法权，同样还要求司法克制或司法谦抑，法院应该谨慎实行司法能动主义，不能过分地将自己的意志强加给立法与行政机关或者社会。

当今时代，保持司法的独立性被视为公正司法和人权保障的根本，并被认定为国际潮流和“必由之路”。[1]全世界无数杰出的知识分子为之倾倒，以皓首穷经的精神进行了大量极有教益的研究。但大量的工作集中在司法独立[2]

* 中国社会科学院法学研究所副研究员。

[1] 参见蒋问奇：《司法独立是法治国家的必由之路》，《西华大学学报（哲学社会科学版）》2005 年第 1 期。

[2] 本文在术语的使用上，同时使用“保持司法独立性”和“司法独立”，这里面体现了作者一种有意的区分：保持司法独立性是在司法实践中科学总结出来的普遍现象，它所强调的是实现司法的目标所应该具备的重要条件；而司法独立着重强调的是一种司法制度。司法独立要求保持司法的独立性，但保持司法独立性并不必然等同于西式的司法独立，或者说是与西方司法独立不同的另外一种司法独立的种类或版本。两者既有共性，也有差异。比如，我国宪法规定人民法院依法独立行使审判权，这其实也是要求保持司法独立性，但这并不意味着我们要建立西方那种与三权分立和多党政治紧密相联的司法独立制度。

的必要性、必然性与美好前景上，而关键的问题是，它的理论预设是什么？司法的独立性是否是无条件、无前提的，它究竟需要什么样的制度支撑与保障条件？从实践上看，半个世纪以来，在保证司法的独立性已成全球潮流的背景下，诸多第三世界国家是否成功建立起了这套制度并能良好运转？进而，对于正在或将要进行司法改革的所谓法治后发国家而言，应该如何视之？

可吊诡的是，在我国学界，虽然科克与英王辩论的故事广为流传，“波茨坦磨坊”的传奇耳熟能详，但作为一套司法制度，就保持司法的独立性而言，对其奠立之根基与支撑之条件，却依然缺乏足够细致和有分量的研究。[1]这些本应早就解决的问题，今天仍有深入讨论的必要，并应根据翔实的经验考察做出更深刻的理论反思。

有鉴于此，在讨论的第一部分，基于西方语境，本文会对这套司法制度的理论预设进行简洁的梳理，指出西方司法独立的出发点，就在于通过三权的分立与制衡，保障产权和人权；这也是所有试图建立司法独立制度国家共同的期待；同时，文中还将基于西方实践，讨论保持司法独立性最基本的制度要求是什么，简单介绍西方国家保持司法独立性所必须具备的最基本的制度框架。接着，讨论的第二部分将会对司法独立制度的运转实效进行全球性的经验考察，指出这套司法制度在实践中存在的一个有趣而值得深思的悖论：在理论上，它响彻全球，无远弗届；但在现实中，却蹒跚跬步，踽踽独行。而“独立”之后，司法是否就一定能够实现正义？答案也同样是一个令人沮丧的事实。但问题的关键在于，为什么那些从宪法和法律的制度层面上建立起了保持司法独立性制度框架的第三世界国家，大多收获的都是失败呢？显然仅仅制度层面的规定并不足够，其背后还有更深层次的复杂原因。因此在第三部分，文章将继续深入挖掘，独立的“司法”还必须具备何种内在条件及保障机制？而为了探究其原因，就必须将目光投向那些司法独立的成功者，看它们是怎么保障司法独立性的，重点对其保障机制与支撑条件进行细密的梳理，并试图从历史与社会的更大背景下，去思考保持司法独立性制度的结构性条件。进而，第四部分继续挖掘，探析司法独立的“体制论”，并试图从具体保障机制与历史文化传统及社会因素等方面来展示司法独立制度有效运行的复杂性。最后，文章将以一个扼要的理论反思作为结语。

[1] 基于中国知网(cnki)的检索，从 1979 年以来，截至 2013 年 7 月，直接讨论该制度保障机制与条件的研究论文仅有约 7 篇，比如李毅：《论司法独立的保障机制》，《兰州学刊》2001 年第 1 期；戴小明 李川国：《论司法独立及其保障机制》，《华中师范大学学报（人文社会科学版）》2004 年第 3 期；马登峰：《从条件看英国历史上的司法独立》，烟台大学硕士论文 2007 年，等。这些研究在当时的条件下自有其贡献，但在讨论中都失之简单，不够细致和具体，而且也未能做出深度的理论思考。其他也有一些研究涉及到了这个问题，但也往往不够细致和体系化，有时候还可能有倒果为因之嫌。而有意思的是，在未曾对司法独立的前提与保障机制做出细致考察的情况下，却已有大量研究讨论我国的司法“独立”制度，或者试图“构建”我国的司法独立制度。其中虽不乏洞见，但更多的却有以己昏昏使人昭昭之嫌。表现在实践中，就是司法改革已经进行多年了，实际上大家还是懵懵懂懂，缺乏共识。至于我国司法的所谓“独立”，的确有学者意识到了其中的一些“基本问题”，但可惜并没有真正深入下去，要么试图颠覆对“独立”的“障碍”，要么否定我国司法的“独立”可能，而未能在两个极端之间找到适合的中道。参见王申：《“千年之交司法改革”国际学术研讨会综述》，《法学》2002 年第 2 期。



必须交代的是，这个研究在有些方面可能会得出与当前学界某些认识并不完全一致的发现。但这不意味着是质疑现有学界成就的“否定”；而是旨在拾遗查漏的“补阙”。文章并不意图提出高深玄奥的理论，只努力以实事求是的经验考察呈现出我们本应重视但却有意无意忽略了的简单常识，从而展示出问题所本来就具有的复杂性，并希望以此促使人们放弃“一招鲜，吃遍天”的迷思，真正解放思想，以独立之精神与自由之意志，进入丰富的经验世界，具体地解决身边的真实问题。

## 一、理论目标与制度框架

### （一）权力制衡以保障权利

司法独立制度的产生，与近代西方的资本主义与市场经济有着内在的必然联系。资本与市场经济——财产权——是它的底色。韦伯对此有经典论述。在他看来，在陌生人交易风险大且难以控制的市场经济条件下，对产权和契约的保护就需要一套政治独立和技术可靠的司法体系。他的这个命题成为现代法律理论的核心，成为将法院定位为国家保护市场的核心组织的合法性的最佳证成。韦伯将国家看作一个垄断了暴力使用权的政治实体，同时将法律视为现代政治发展的前提。而对于追求“营利事业”的企业家们来说，只有法律和司法才能为其提供确定性和可预测性，因此应该具有核心的地位。[1]这一理论进路随着韦伯将政治支配的类型划分为形式非理性、实质非理性、实质理性、形式理性四种理想类型的经典型构，而在很大程度上成为当今世界各国司法理论共享的思想背景。甚至，他在一本影响与误解同样广泛的书中将中国传统司法贬低为伊斯兰式“卡迪司法”的缺乏充分经验证据和缜密逻辑的论断，也赢得了无数的叫好。[2]

经济学家道格拉斯·诺斯(Douglass North)发展了这一进路，他将制度定义为用来减少人类交往不确定性的社会“游戏规则”，并提出经济绩效以制度（比如法院功能的发挥）保护产权和合约权利的力度为标准。他们二人的理论为以工具主义方法为指导的司法改革提供了理论上的辩护，实际上，近年来世界银行、国际货币基金组织以及其他西方机构所支持的新自由主义战略就是以此为基础的。[3]政府最小化及与此同时的司法和社会最大化——也即所谓小政府、大社会及独立的司法，构成了其虽然丰富但却并非完全逻辑自洽的光谱。

[1] See, M. Weber, *On Law in Economy and Society*,(Harvard University Press,1954); and Asia Pacific Judicial Reform, *Searching for Success in Judicial Reform: Voices from the Asia Pacific Experience*,( Oxford University Press,2009), p. 7.

[2] 韦伯：《中国的宗教：宗教与世界》，康乐、简惠美译，广西师范大学出版社 2004 年版，第 157 页；张玲玉：《韦伯“卡迪司法”论断辨正》，《环球法律评论》2012 年第 3 期。

[3] See Asia Pacific Judicial Reform, *Searching for Success in Judicial Reform: Voices from the Asia Pacific Experience*,( Oxford University Press,2009), p. 7; and D. North, Institutions, *Institutional Change and Economic Performance* (Cambridge University Press, 1990).

而在实践上，近代以来西方国家司法独立建立的过程与这个理论恰相印证。以英国为例，其司法独立主要是指普通法院相对于国王和行政部门的独立，在2005年《宪法改革法》之后，尤其是2009年10月1日“英格兰和威尔士最高法院”开张之后，最高法院开始独立于议会。历史上藉由“诺曼征服”之威，英国建立了相当强大的王权，普通法院一直从属于国王，在政治治理上，国王的统治权与财产权不分、政治与经济不分。争取财产权及参与制定财产分配规制的政治权利，就成为英国政治和社会的重要主题。封建制的存在，又从另外一个侧面削弱了王权，为公民（先是贵族、教士等上层阶级）赢得财产与政治权利提供了更大的支撑空间。然而由于近代早期财富存在形式由实物向货币的转化这一变革，引发了获取财富方式的变革，即由先前的国王分配变为市场分配。于是，“普通法院开始强调自己是习惯法的代表，坚持市场交换正义原则，开始与国王、与行政分离开来，确立了司法独立。英国普通法院司法独立的最重要意义在于促成了英国政治与经济、行政与司法的分离，完成了英国法治秩序与市场经济的建构。”[1]而实际上，历史上向国王争取财产权、政治权利等权利的斗争，在欧洲大部分国家都曾出现。后来，君主立宪建立，国王权力在很大程度上被废黜，斗争的方向则指向了“政府”。在这个过程中，保持司法的独立性既被认为是结果，也被认为是保障。

可见，司法独立在近代西方的出现与建立是与市场经济和产权保护密不可分的，并逐渐演化成对整个人权的保障。近代西方法政思想的重要奠基者洛克将生命、自由与财产权并列，认为它们都是不可让渡的权利，“人们联合成为国家和置身于政府之下的重大的和主要的目的，是保护他们的财产”。[2]无财产即无自由，成为许多人所分享的共同认知。[3]美国1776年《独立宣言》提出生命、自由与追求幸福的权利是不可剥夺的；1789年法国《人权宣言》更将自由、财产、安全和反抗压迫的权利宣布为天赋人权。

（二）司法独立的制度框架

实践中，司法独立不仅是一项重要的司法制度，也是近代以来在西方所形成的重要政治制度与政治原则。一方面，它是三权分立与权力制衡的重要环节，从而避免国家的暴政；另一方面，它还是近代以来西方普选制民主下，少数人对抗多数人“暴政”的重要制度设计。因此，从西方的实践来看，它需要权力的分立和制衡，以及司法机构独立和法官独立三个重要支点。它们共同构成了保持当今西方国家司法独立制度的基本框架。

西方学者的共识是，保持司法的独立性要求独立的法院、独立的法官以及法定的诉讼程序。[4]因此，对司法独立性的保障，需要立法行政司法三种权

[1] 参见魏建国：《司法独立：近代英国法治秩序与市场经济建构的制度之基》，《学习与探索》2006年第2期。
[2] [英]洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、翟菊农译，商务印书馆1964年版，第78、75页。
[3] 参见[美]詹姆斯·布坎南：《财产与自由》，韩旭译，中国社会科学出版社2002年版。
[4] 参见[瑞士]托马斯·弗莱纳原著，[瑞士]萨拉·白尔恩英文编校：《司法机关的独立性》，高中译，李灿校，中国方正出版社2009年版。



力的分立、司法机关的独立、法官的独立、裁判行动的独立、物质和经费保障以及法官从业保障等支撑性条件。当然，还有另外一个同样重要但往往却被忽略的因素：司法克制，因为三权分立不仅意味着立法与行政对司法的尊重，同样还要求司法自身恪守本分。虽然学界对这个问题相关讨论已经比较多，但却欠缺翔实和系统，因此结合国际规则和部分国家的规定来进行经验考察和再次强调仍然有其意义。不过，由于司法独立制度在西方国家得到了更好的实施和有效运转，因此，我们的考察主要聚焦于西方国家，以展现司法独立制度保障机制在当今世界各国实践中最为丰满的形态。

1、权力分立与制衡

在西方，司法独立制度萌芽之时，权利保障主要警惕的是国王或者政府，于是将政府权一分为三，并与司法结盟，就成为一项重要的历史选择。因为，如果要保护这些权利，就要“防止权力滥用，必须以权力制约权力，”[1]三种权力分立制衡与保持司法独立性的制度由此才走上历史舞台。

立法、行政、司法三种权力的分立是司法独立的政治前提。亚里士多德提出政体三要素，将城邦事务大体分为议事机能、行政机能与审判机能，[2]为后世三种权力分立的理论提供了思想源头。洛克在《政府论》下篇中率先提明确提出三种权力分立的理论，但并不成熟。孟德斯鸠将国家权力分为立法、司法和行政三种，认为三权必须分立才能保障公民的权利。他指出：“如果同一个机关，既是法律的执行者，又享有立法者的全部权力，它可以用它的‘一般的意志’去蹂躏全国；因为它还有司法权，它可以用它的‘个别的意志’去毁灭每一个公民。”[3]孟德斯鸠精辟总结：“如果司法权不同立法权和行政权分立，自由也就不存在了。如果司法权和立法权合二为一，则将对公民的生命自由施行专断的权力，因为法官就是立法者。如果司法权与行政权合二为一，法官便将握有压迫者力量。”又曰：“如果同一个人或者由重要人物、贵族或平民组成的同一机关行使这三种权力，即制定法律权、执行公共决议权和裁判私人犯罪或争讼权，则一切便完了。”[4]

这种思想的发扬光大则是在独立战争之后的美国，在美国立宪时，汉密尔顿对司法的独立有着同样精彩的论述。他基于对人性恶——掌权者尤其恶——的认识，认为“立法、行政和司法权置于同一人手中，不论是一个人、少数人或许多人，不论是世袭的、自己任命的或选举的，均可公正地断定是虐政。”[5]他指出，“防止把某些权力逐渐集中于同一部门的最可靠的办法，就是给予各部门主管人抵制其他部门侵犯的必要法定手段和个人的主动。防御规定必须与攻击危险相称。野心必须用野心来对抗。如果人都是天使，就不需要任何政府了。如果是天使统治人，就不需要对政府有任何外来的或内在

[1] [法]孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆1961年版，第156页。
[2] [古希腊]亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年版，第214-215页。
[3] [法]孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆1961年版，第155页。
[4] [法]孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆1961年版，第156页。
[5] [美] 汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，程逢如等译，商务印书馆版1980年版，第47篇。

的控制了。在组织一个人统治人的政府时，最大的困难在于必须首先使政府管理被统治者，然后在使政府管理自身。毫无疑问，依靠人民是对政府的主要控制；但是，经验教导人们，必须有辅助性的预防措施。”[1]由于立法机关掌握财权和制定影响公民权利义务之规则的权利，行政机关控制武力并掌握荣誉和资源的分配权，而司法部门则既无军权，又无财权，也不能控制社会财富和力量的分配，不能采取任何主动行动，是最小危害部门，所以应使法院“成为人民与立法机关的中间机构，以监督后者局限于其权力范围内行事。”[2]在他看来，“司法机关为分立的三权中最弱的一个，与其他二者不可比拟。”“司法部门的任务性质决定该部对宪法授与的政治权力危害最寡，因其具备的干扰与为害能力最小。”“司法部门绝对无从成功地反对其他两个部门；故应要求使它能以自保，免受其他两方面的侵犯。”“法院的完全独立在限权宪法中尤为重要。”[3]

正是在汉密尔顿等联邦党人的呼吁下，美国宪法第三条第一项规定，“合众国之司法权属于最高法院和国会随时设置之下级法院”，从而使联邦司法机构的独立地位得到了宪法保障。尽管“相对而言，美国宪法对司法组织独立方面的保障相当薄弱。”[4]时至今日，西方发达国家中绝大多数及世界大部分国家已经实行三种权力分立的制度；在拉丁美洲，到21世纪初期，33个国家中有21个实行了三种权力的分立；[5]在非洲，不少国家对保持司法独立性的制度奉行拿来主义，1993年南非共和国的宪法也规定了保持司法独立性的原则；东欧各国转型后也在宪法中强调保持司法的独立性，俄罗斯联邦宪法第118条规定：“司法权仅由法院行使”。

因此，三权分立的目的不是提高效率，而是为了防止暴政。司法不仅居于立法机关和人民之间，实际上还居于行政机关与人民之间。纠纷与诉讼必须由独立、中立、专业的第三方裁决机关垄断的强调司法独立性的制度理念，经过数百年的曲折之后，大体在西方国家的制度与实践中得以实现，并在二战之后被宣称为“人权保障的重要内容”[6]和基础性条件。

2、司法机关的独立性

司法机关的独立地位，既是三种权力分立的的政治制度的要求，也是保持司法独立性的制度真正得以施行的基础。继美国宪法之后，1791年法国宪法规定，在任何情况下，司法权都应由法院独立行使，立法议会和国王不得行使司法权；1919年德国魏玛宪法规定，司法权赋予法官，由法院行使，法官独立，只服从法律，并为1949年德国基本法所沿袭； 1992年蒙古国的第

[1] [美] 汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，程逢如等译，商务印书馆版1980年版，第51篇。
[2] 同上，第78篇。
[3] 参见同上，第78、79篇。
[4] 廖海：《美国司法独立争论的历史考察》，《法律科学》1999年第1期。
[5] 袁东振、徐世澄：《拉丁美洲国家政治制度研究》，世界知识出版社2004 年版，第170页。
[6] 参见李步云：《为“司法独立”正名》，《环球法律评论》2013年第2期。在下文讨论司法独立的机制保障时，我们会讨论到国际法和国际条约的相关规定。实际上，其意旨就在于公民权利保障。



四部宪法也规定，法院行使司法权，除依法设立的法院外，其他机关不得行使审判权。实际上，当今世界绝大多数国家在宪法中都做了类似的规定。

国际条约对此也有规定，1948年12月10日联合国大会通过并宣布的《世界人权宣言》第8条规定：“任何人当宪法和法律赋予他的基本权利遭受侵害时，有权由合格的国家法庭对这种侵害行为作有效的补救。”第10条更明确地规定：“人人完全平等地有权由一个独立而无偏倚的法庭进行公正和公开的审讯，以确定他的权利和义务并判定对他的任何刑事指控。”1966年12月16日通过的《公民权利和政治权利国际公约》第14条也规定：“人人有资格由一个依法设立的合格的、独立的和无偏倚的法庭进行公正的和公开的审讯。”国际律师协会于1982年10月在新德里第19届年会上通过的《关于司法独立最低标准的准则》（简称“最低标准”），第2条规定：“司法部门之整体应享有自治及对于行政机关之集体独立”。1983年在加拿大举行的司法独立第一次世界大会通过的《司法独立世界宣言》（简称“世界宣言”），规定“司法机关应当独立于行政机关及立法机关”。 1985 年第七届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会制定、后经联合国大会决议核准的《关于司法机关独立的基本原则》（简称“基本原则”），其中规定：“司法独立应该由各国以宪法或法律加以保障，尊重并遵守司法独立是所有政府及其他组织的义务”。1995年8月19日在北京召开的第6届亚太地区首席大法官会议上通过的《亚太地区司法机关独立基本原则的北京宣言》（简称“北京宣言”），第4条也规定：“国家应当保证司法机关独立性，并由宪法和法律予以规定。”

在美国等西方国家，以及包括俄罗斯等转型国家，除保持司法的独立性之外，法院基本上还都享有司法审查权。只不过，在美国司法审查权由普通法院行使；而在德国、俄罗斯等国，司法审查权往往由宪法法院等专门司法机关行使。

3、法官的独立性

法官的独立性，即是法官在裁断案件时仅需依据案件事实和遵守相应的法律，法官之外的个人不得对法官行使职权产生影响。正如马克思所言：“法官是法律世界的国王，除了法律就没有别的上司。”[1]法官的独立又可以分为两部分内容：个人独立和实质独立。“个人独立”（personal independence）是指法官的任期和工作条件应受法律保护，从而避免法官受到行政控制；“实质独立”（substantive independence）是指法官在行使职权时仅遵守法律和自己的良心，[2]他在行使司法职权时不仅不受同级法官的影响，[3]也不受高级别法官的影响，如院长、首席法官等。[4]1987年8月联合国经济与社会理事会通过的《世

[1] 马克思：《1848-1850年的法兰西阶级斗争》，《马克思恩格斯全集》第1卷，人民出版社1995年版，第181页。
[2] 司法独立与世界和平国际联合会(International Associations of Judicial Independence and World Peace)：《斯科普司国际标准》（Mount Scopus International Standards, 2008）第2.2.1和2.2.2条。
[3] 《关于司法独立最低标准的规则》，第46条。
[4] 《亚太地区司法机关独立基本原则的北京宣言》第6条。

《世界司法独立宣言》，规定“每个法官均应自由地根据其对事实的评价和对法律的理解，在不受来自任何方面或由于任何原因的直接或间接的限制、影响、诱导、压力、威胁或干涉的情况下，对案件秉公裁判”。1988 年联合国人权委员会《关于审判人员、陪审员和陪审技术顾问的独立性及律师的独立性的宣言草案》，其中对将法官独立的解释是“法官个人应当自由地履行其职责，根据他们对事实的分析和法律的理解，公正地裁决其所受理的案件，而不应有任何的约束，也不应为任何直接或间接不当影响、怂恿、压力、威胁或干涉所左右，不论其来自何方和出自何种理由。”其中，1980 年召开的第六届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会在其第 16 号决议书中，要求犯罪预防和控制委员会把拟定关于法官独立性以及法官和检察官甄选、专业训练和地位的准则列为优先事项。

实行保持司法独立性制度的国家一般都有保障法官独立性的规定。如 1946 年日本宪法规定，法官依照良心行使职权，法官独立，只受宪法和法律的约束；1947 年意大利宪法规定，法官只能服从法律；美国宪法第 2 条第 2 款规定：“总统有权提名，并于取得参议院的意见和同意后，任命大使、公使及领事、最高法院的法官，以及一切其他在本宪法中未经命定、但以后将依法律的规定而设置之合众国官员。”

4、司法克制

在“阿拉伯之春”民主化活剧的“埃及季”中，与军政府沉浮（穆巴拉克下台与军政府政变夺权）、民选总统穆尔西的多舛命运相比，埃及最高宪法法院却是一个关键的、但却被忽略了的棋子。它实际上罢黜了两任总统，不管是独裁者穆巴拉克还是民选总统穆尔西，它都能通吃，最后甚至院长直接走上前台，自任代总统。而即便在穆尔西担任总统期间，它也拥有任命内阁、解散议会和起草新宪法、制定军事预算等权力，成为埃及总统之上的“太上皇”。但它与军队的亲密合作以及复杂关系，则又说明，它实际上是军方所控制的。[1]那么，在司法独立模式下，除了立法与行政不应干预司法外，司法应如何自处，如何处理与立法与行政的关系呢？埃及最高宪法法院也许是“非典型”法院，它的行为也许是“非典型”司法，但它却给我们反思司法独立提供了新的素材与维度。

在经典的司法独立理论中，最为警惕两个方面，一是立法、行政与司法权被掌握在一个人或者一个机关之手；一是立法与行政对司法的干预。在汉密尔顿看来，法院既无财权、亦无军权，因此它只能是防御性的，而不具有进攻性，是最小危险部门。大体上讲，这是一个富有洞见的发现，它强化了人们对司法的中立、专业、被动性的认知，增强了人们对法院维护社会正义的信心。但问题在于，后人却把它推向了极致，在培根、洛克、孟德斯鸠、

[1] 参见刘治琳：《回顾埃及政变：内在原因及出路》，环球网（2013 年 8 月 16 日），http://opinion.huanqiu.com/opinion_world/2013-08/4252330_2.html，最后浏览日期为 2013 年 8 月 19 日。



汉密尔顿等人理论的基础上，树立了司法是社会正义的“最后一道防线”、正义的守护神与化身，甚至司法本身就等于正义的神话，[1]反而有可能遮蔽我们对司法更为全面和深入的认识。因为，从司法独立的经验实践来看，虽然立法与行政会不断地试图侵蚀司法权，而司法权也未必那么中立和防御，它也有可能试图去侵蚀立法与行政，甚至积极干预社会，所谓“最小危险部门”，并不等于零危险部门。美国自身的实践也表明，“无论最高法院由哪些人组成，都趋向于增加自己的权力。”[2]因此，三权分立与司法独立的情况下，司法如何自处，如何处理与立法与行政的关系，也是一个重要的方面。而无论从理论还是实践上讲，司法独立也会意味着司法克制(judicial restraint)、司法尊重(judicial deference)或司法谦抑(judicial passivism)，司法也必须尊重立法、行政与社会发展自身。这是司法独立虽然被忽略，但同样非常重要的一个方面。

比如在美国，其司法独立就经历了司法克制与能动的摇摆。成立之初，美国最高法院奉行司法克制主义，1793 年，华盛顿曾委托国务卿杰斐逊就外交中的国际法问题征询最高法院意见，但 5 位大法官联名回复拒绝，认为提供这样的“司法建议”与其职能是不相符的，在成立最初的十几年里，也未曾裁决过任何国会立法与政府行政违宪。[3]虽然 1803 年因为政党斗争，马歇尔通过马伯里诉麦迪逊案，开启了司法能动的历史，但从几乎整个 19 世纪的历史来看，这更好像是一个特例。在此后的百年里，最高法院主要关注自身的独立与发展，极为尊重立法与行政。[4]

但这种克制并没有坚持下去。19 世纪中叶，美国最高法院偶尔也曾放弃过司法克制的立场，最令人关注的便是涉及到奴隶制争议的德雷德·斯科特诉桑福德案（简称斯科特案）。[5]斯科特案中，时任首席大法官的坦尼，一改过去最高法院在涉及奴隶制问题上的克制立场，在判决中充满种族歧视的偏见，宣称黑人是低劣的种族，等同于货物，无权要求白人必须尊重他们；判决不仅让坦尼个人声名扫地，也让美国最高法院蒙上羞辱，最终成为美国内战的关键起因之一。该案与 1896 年确立“隔离但平等”的“普莱西诉弗格森案”[6]一起，成为美国和人类司法史上鼓吹或容忍种族歧视的耻辱象征。而在 20 世纪初之后，地位和权威逐渐确立的美国最高法院便开始试图展露牙齿。当时，保守的大法官们无视社会经济的发展与变化，固守自由放任资本主义时

[1] 如果在日常生活中，出于宣传与树立人们对法院信心的需要而言，“最后一道防线”论、“守护神”论自然有其道理。但如果从学理上进行认真的检视，这些说法可能有值得辨析的地方了。所谓“最后一道防线”，只不过指的是法治常规状态下司法的终局性；正义的“守护神”，指的则是司法对社会正义的维护和促进，这都是没问题的。但司法“终审”或者“终局”是否真的等同于正义实现，还是被“视为”正义实现，就有值得曲辨的意味了；同样的道理，司法当然要守护正义，但是否要“神”化它，也值得深思。

[2] [美]戴维·M .奥布赖恩：《风暴眼——美国政治中的最高法院》，胡晓进译，上海人民出版社 2009 年版，第 26 页。

[3] 程汉大：《司法克制、能动与民主——美国司法审查理论与实践透析》，《清华法学》2010 年第 6 期。

[4] Thayer, The origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law, 7 *Harv. L. Rev.*(1893), pp. 129,144.

[5] Dred Scott v. Sandford， 60 U.S. 393 (1857).

[6] Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

代的契约自由、财产权不容侵犯的经济哲学，漠视社会福利和社会正义，将联邦和各州政府一系列涉及劳工权利保护的社会经济立法宣布无效，典型的是 1905 年的洛克纳诉纽约州案。[1]积极的司法能动在理论上引起了“反多数难题”的争论，也在实践中引起了行政机关与社会的反弹。[2]尤其是在罗斯福新政期间，联邦最高法院过于积极地干预经济和行政，将早期新政中的一系列政策宣布为违宪。最终，咄咄逼人的最高法院激怒了当时人气正盛的总统罗斯福，后者试图出台法院改组计划(court-packing plan)。虽然因有总统控制最高法院之嫌而计划失败，但这给联邦最高法院极大的刺激，迫使其改弦易辙。

当然，并不是说司法独立一定不允许司法能动。实际上，20 世纪中期之后，以沃伦为首席大法官的联邦最高法院，在一系列涉及言论表达自由、种族平等、性别平等、公平选举、刑事被告人权利保障等领域的案件中，大力推行司法能动主义，掀起了一场影响深远的权利革命。当即便如此，沃伦法院也注意不突破底线，并未推行极端的司法能动主义。[3]虽然直到今天，美国联邦最高法院仍在司法克制与司法能动之间徘徊，有时候还不免引起非议，但大体上讲，“最高法院已经汲取了历史的教训：只有通过相对谨慎的(根据法院的价值取舍)微调历史发展的轨迹，最高法院才可能对美国现实生活产生最大的影响。相反，如果最高法院投身于那些旨在阻挡强大政治潮流、不顾一切的纲领性宣示，那只会把大法官们牢牢地限制在自以为是的观念内，只会自找麻烦，尤其是在下面的情况下：最高法院扭曲民意、不合时宜的企图引发了民众不满的浪潮，足以冲垮司法构建的大堤。”[4]而其中的关键就在于两点：第一，恪守三权分立与司法独立的原则，不逾越边界，充分尊重立法与行政部门，从而维护民主体制，在多数决与少数人权利保护之间形成平衡；第二，不过深地干预社会，但在条件成熟时顺水推舟，促进民权。比如，美国立国以来便面临种族歧视与对妇女的歧视，但为什么联邦最高法院一开始不去解决此问题，有时候甚至还助纣为虐，而直到 20 世纪中叶才开始正视并解决此问题？难道在之前的一百多年里，最高法院的法官们全是种族主义者，抑或是道德不够高尚，到了二战之后大法官们突然道德水平提升了？当然不全是这个原因，更重要的是随着平权运动的发展，二战之后美国的社会发生了重大变化，最高法院不过是顺应时代，回应了这个变化而已。罗伊诉韦德案，[5]布朗诉托皮卡教育局案[6]等著名案例已经充分表明了这一点。1984 年，

[1] Lochner v.New York,198 U.S.45(1905).
[2] 黄先雄：《司法谦抑的理论与现实基础——以美国司法审查为视角》，《湘潭大学学报（哲学社会科学版）》2007 年第 5 期。
[3] 参见[美]莫顿·J .霍维茨：《沃伦法院对正义的追求》，信春鹰、张志铭译，中国政法大学出版社 2003 年版。
[4] [美]罗伯特·麦克洛斯基：《美国最高法院》，任东来等译，中国政法大学出版社 2005 年版，第 173 页。
[5] Roe v. Wade，410 U.S. 113 (1973 年).
[6] Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).



在谢弗林案件中，[1]联邦最高法院还发展出了谢弗林原则（亦称谢弗林尊重），确定了在国会对某一法律条文的含义并无清楚说明或国会的立法意图难以确定时，法院对于行政机关在其行政职权范围内对该法律条文作出的合理的解释应给予充分尊重的原则。这个原则，明显与司法尊重、司法谦抑原则是一脉相承的。

可见，司法克制、司法谦抑也是司法独立能够得以在理论上成立和在实践中得到实施的一个重要支撑。[2]

## 二、司法独立制度实效的全球考察

作为旨在抵御暴政、保障人权的一种司法制度和政治制度，司法独立的基本制度框架已经在全世界绝大部分国家建立起来。但其在全球各国运转的具体实效如何呢？

### （一）理论与实践的悖论

司法的基本功能是通过确定权利义务的边界与归属从而定纷止争，公正和平等是它的基本要义。作为国家职能的一部分，司法对于维持社会稳定、促进经济发展、保障社会福祉、滋养人类文明，都是不可或缺的核心要素。在现代世俗国家，重视情理法平衡正义以及社会和谐的传统中国司法，[3]与重视程序正义与强调权利边界的西方司法，是两种典型的司法模式。两者之间的相互影响与浸润，也是当今世界司法的一个重要现象。中国传统司法模式历数千年而代有损益，但自 1840 年以来，却在西方文明的强势侵袭下，因难以有效应对现代大型工商社会而渐趋式微。而自 18 世纪以来，立法与司法的分化在一些西方国家逐渐定型，[4]审判权由独立的司法机构所垄断也渐成定制，一种强调保持司法独立性的制度由此形成，并随着西方的殖民侵略与理论输出而影响全球。

当今世界，几乎所有国家都一直在寻求改进其司法体制，以至于“司法改革”一词像“全球化”一样，已经进入了各国当地的语言之中；[5]但半个世纪以来世界各国的司法改革却几乎都是在西方强调司法独立性的制度的影响下，甚至是在西方国家的推动与控制下进行的。比如，1960-1970 年代，拉美

[1] Chevron U. S. A. v. Natural Resources Defense Council，467 U. S. 837(1984).谢弗林尊重好像重要适用于行政法案件。
[2] 请参考，陈云生：《论司法谦抑及其在美国司法审查制度中的实践》，《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2005 年第 5 期；马聪：《司法克制理论的内涵及其现实意义》，《华南师范大学学报（社会科学版）》2008 年第 5 期。
[3] 参见张伟仁：《中国传统的司法和法学》，《现代法学》2006 年第 5 期；《中国法文化的起源、发展和特点( 下)》，《中外法学》2011 年第 1 期；张伟仁：《天眼与天平：中西司法者的图像和标志解读》，《法学家》2012 年第 1 期。
[4] [德]尼古拉斯　卢曼：《法院在法律系统中的地位》，陆宇峰译，泮伟江校，高鸿钧审订，载于高鸿钧於兴中主编：《清华法治论衡》第 12 辑，清华大学出版社 2009 年版，第 122 页。
[5] Asia Pacific Judicial Reform, *Searching for Success in Judicial Reform: Voices from the Asia Pacific Experience*,( Oxford University Press,2009), *preface by Antonio T. Carpio and K.M. Hayne*.

地区在国际援助下通过“法律与发展运动”所进行的司法改革；1980-1990 年代后苏联时期，在“华盛顿共识”的激励下，试图为推进市场经济转型而进行的司法改革；亚太地区近年来开展了“法治复兴”的运动，其中司法改革成为促进人权保护、实现善治和减少贫困的重要手段。[1]以至于司法改革成了一宗令人垂涎的大生意，联合国、世界银行、亚洲开发银行、澳大利亚国际开发署、美国国际开发署等机构已经投入数十亿美元，广泛地在第三世界开展司法改革的多边或双边援助项目。[2]

不可否认，种种司法改革项目在提升法治、人权与强调司法独立性的观念上效果明显，但改革的整体效果却有雷声大雨点小之嫌。而根据张千帆教授对 194 个国家和地区的最新统计，司法审查制度在世界范围的覆盖率将近 90%，其中美洲达 100%，欧洲达 93%，非洲达 98%，亚洲达 70%。[3]由于司法独立正是司法审查的前提，这说明司法独立在世界范围内的覆盖也同样至少达到 90%，甚至更高。但仔细检视却会发现，除主要分布在西北欧、北美、澳洲与东亚的大约三十几个国家或地区，经过一个多世纪的努力，不仅能够保持司法独立性而且还能实现基本良好的运转外，其他绝大部分国家虽经过半个多世纪的司法改革，终究未能建成如西方一样有效运行的保持司法独立性的制度。直面事实的人们不免沮丧地发现，改革参差不齐，成果寥寥无几；[4]司法和法律改革，不过是一个偶尔成功却经常出错的故事，[5]至多不过是成绩绩平平。

司法改革及司法独立制度的运转效果，还可以通过一些量化的方式展现出来。虽然迄今为止，并无专门的指标或者标准对不同国家的司法独立进行评估，但并不意味着我们对此束手无策。实际上，近年来影响逐渐扩展的全球治理指标以及“全球竞争力报告”等，都包含有参考价值的工具性指标。世界银行最新发布的全球治理指标(Worldwide Governance Indicators)根据 1996-2011 年数据，评估了 215 个经济体的治理指标。在“法治”（司法是其重要方面）这个指标[6]上，数年来各个国家的得分与百分位虽然颇有变化，但幅度并不大，基本保持稳定，只有伊拉克等少数国家因为美军入侵，政局动

[1] Asia Pacific Judicial Reform, *Searching for Success in Judicial Reform: Voices from the Asia Pacific Experience*,( Oxford University Press,2009), pp.4-5.
[2] Asia Pacific Judicial Reform, *Searching for Success in Judicial Reform: Voices from the Asia Pacific Experience*,( Oxford University Press,2009), *preface by Antonio T. Carpio and K.M. Hayne*.
[3] 张千帆：《从宪法到宪政——司法审查制度比较研究》，《比较法研究》2008 年第 1 期。
[4] 比如，T. Carothers ed., *Promoting the Rule of Law Abroad: in Search of Knowledge*, (Washington DC: Carnegie), pp. 301-323; L. Hammergren, "Latin America Experience with Rule of Law Reforms and its Applicability to National Building Efforts," 38 *Case Western Reserve Journal of International Law* (2006), p.63; R. Messick, "Judicial Reform and Economic Development: A Survey of the Issues," 14 *The World Bank Research Observer* (Feb.1999), pp. 117-136; and D. Trubek, A. Santos, *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, (Cambridge University Press).
[5] E. Jensen, "The Rule of Law and Judicial Reform: The Political Economy of Diverse Institutional Patterns and Reformer's Response", in E. Jensen & T. Hellereds, *Beyond Common Knowledge: Empirical Approaches to Rule of Law,* (Stanford University Press, 2003), p.345.
[6] 这个指标主要“观察执法人员对社会制度的信心和服从程度，重点关注合约执行、财产权、警察、法庭的质量，以及犯罪和暴力行为发生的可能性。”因此，其中显然是包括法院司法的。而且，作为“法治”的一部分，司法独立在其中表现出例外的可能性并不大。



恶化了。比如，印度、巴西和俄罗斯，都已经建立起司法独立至已经迈入高收入国家行列，但它们的治理指标分数仍然很低。而言，GDP 前 10 名的大型经济体中，巴西得分最高也仅为 0.01，为-0.78。不计同为第三世界国家的中国，其他 6 个国家中，除最低为 0.41 外，分数最高的为英国的 1.67，最低的日本也有 1.27。的前 20 个国家，同样是法治指标，2011 年度得分最高的依然是和日本，转型国家除巴西的 0.01 和土耳其的 0.08 外，得分统统为负，而且，由于近期的社会动荡，埃及和土耳其的得分很可能还会继续降低。[1]但事实上，这 20 个国家中，约 90%已经建立起司法独立制度。

而对比鲜明的是，“非民主体制”的新加坡，2011 年度得分为 1.69，从 1996 年到 2011 年的 15 年里，得分最低也在 1.27 分，最高达 1.76 分。香港特别行政区也是如此，2011 年得分为 1.54，而且回归祖国之后得分一直呈上升状态，1996 年未回归时为 0.75 分，之后一路攀升，在 2002 年达到 1.24 分，在 2005 年最高曾达 1.61 分。[2]

世界经济论坛发布的《全球竞争力报告 2012-2013》对司法独立和司法效率的排名，也大体与此相符。印度司法独立为第 45 名，司法效率为第 59 名（简称为 45/59，下同），俄罗斯为 122/124。其他明星转型国家表现也通通欠佳，波兰为 50/111，匈牙利 72/117，捷克为 75/115，斯洛伐克为 115/140。而同样对比鲜明的是，新加坡为 20/1；中国香港为 12/6。当然，不能不提的还有美国，司法独立排名为第 38，司法效率排名为第 35，成绩不错，但并不突出。[3]

也就是说，即便后发国家建立起了独立的司法体系，其运转也很少能够达到作为榜样的法治发达国家水平。

（二）独立并未必然导致正义

由于实践中存在着上述悖论，一个值得关注与深思的现象是，有些国家很早就建立起了保持司法独立性的制度，有些国家则是通过学习与借鉴建立起的司法制度，并且其中有的运转良好，有的则徒有其表。比如拉丁美洲，在“建立起”保持司法独立性的制度之后，总统干预司法的情况仍然时有发生。2004 年 12 月 8 日，在厄瓜多尔政府授意和执政党“爱国社团党”的策划下，在亲政府的“罗尔多斯党”议员支持下，议会以多数票解散了当时试图弹劾总统的最高法院，罢免了全部 31 名法官，同时议会决定以亲政府人士取代宪法法院和选举法院的法官。此举使基督教社会党在最高法院的法官成员从 18 名

[1] 参见世界银行官方网站，http://info.worldbank.org/governance/wgi/mc_chart.asp，浏览日期为 2013 年 7 月 19 日。
[2] 参见世界银行官方网站，http://info.worldbank.org/governance/wgi/mc_chart.asp，浏览日期为 2013 年 7 月 19 日。
[3] See http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2012-13.pdf，浏览日期为 2013 年 8 月 10 日。

骤减到 4 名，几乎完全失去了在司法部门的控制权和影响力。[1]俄罗斯虽然实行了三种权力的分立、司法的独立性以及违宪审查等制度，但却并没有消除“进入法院时你穿着一身衣服，出来时你会一丝不挂”的严重司法腐败，俄罗斯人说，“就像鸭子的肚子，法官的口袋很难被填满”。[2]世界上最大的民主国家印度、曾经号称亚洲民主橱窗的菲律宾，都在制度上建立起了先进和完善的司法独立制度，但简单浏览一下透明国际等组织所发布的指标，就可发现它们也同样都是世界上著名的贪腐国家，行政和司法腐败都极其严重。可以说，大部分第三世界国家所建立起来的司法独立制度，其表现都不过尔尔。司法腐败、难以获得公正的审判、司法效率低下、案件拖延严重、诉讼代价过高，成为绝大多数第三世界国家司法的常态，哪怕它们已经建立起西方式的司法独立制度。[3]

而同时，在东亚的中国台湾、香港，以及新加坡、日本、韩国等，却相对成功地建立起了保持司法独立性的制度，并且运转还算良好。但良好并不是完美。尽管受美国影响极大，日本法官取得独立地位仍然极其艰辛，甚至一度导致 20 世纪 70 年代的司法危机。而我国台湾地区虽然司法改革比较成功，但仍存在判决质量令民众难以信服、检调侦查调查不详实、最高法院动辄发回更审、积案太久、司法人员风纪不佳等问题。[4]近年来，还冒出了不少貌似强大、高高在上，但与社会脱节、对弱者缺乏同情心的“恐龙法官”，[5]引起了诸如“白玫瑰”运动等强烈的社会抗议行动。

实际上，即便在最早建立起保持司法独立性制度的国家，司法的整个运转也并非完全令人满意。在美国，号称司法独立，但司法依然不能摆脱政治的操弄，[6]金钱堂而皇之宰制着司法，[7]审判不依事实，刑事司法体系昂贵而失失败，[8]甚至令人发出“审判的死亡”[9]的惊呼。这套司法效率低下，昂贵笨拙，拙，“在过去的 30 年里，我们的法律制度已经承载了太多无谓的资源消耗和拖沓的诉讼。当前法律制度的许多征兆表明，它已经不再服务于其快捷的实现正义和保证结果公正这个目的。相反，法律制度对资源不节制的损耗，确实给美国社会带来了巨大的、难以承载的成本。每年美国政府在民事司法系

[1] 杨建民：《拉美国家的司法制度研究》，《拉丁美洲研究》2010 年第 6 期。
[2] 崔浩旭：《俄罗斯司法腐败透视》，《俄罗斯中亚东欧市场》2009 年第 11 期。
[3] 参见 Asia Pacific Judicial Reform, *Searching for Success in Judicial Reform: Voices from the Asia Pacific Experience*,( Oxford University Press,2009)。这本书提供了许多宝贵的一手实证材料。
[4] 刘孔中、王红霞：《台湾地区司法改革 60 年：司法独立的实践与挑战》，《东方法学》2011 年第 4 期。
[5] 参见，《恐龙法官 祸国殃民》（2010 年 10 月 17 日），洛杉基博客，http://blog.ifeng.com/article/14137126.html，浏览日期为 2013 年 5 月 10 日；《台湾人，你还相信司法吗？》（2010 年 10 月 6 日），洛杉基博客，http://blog.ifeng.com/article/8501046.html，最后浏览日期 2013 年 5 月 10 日。
[6] See Michael A.Bailey, *The Constrained Court：Law, Politics,and the Decisions Justices Make*, (Princeton University Press,2011).
[7] See Jed Handelsman Shugerman，*The people's court: pursuing judicial independence in American*, (Harvard University Press, 2012).
[8] See William T. Pizzi, *Trials without Truth: Why Our System of Criminal Trials Has Become an Expensive Failure and What We Need to Do to Rebuild It*, (New York University Press，1999).
[9] Robert P. Burns, *The Death of the American Trial*, (The University of Chicago Press, 2009).



统上的间接花销，保守地估计已经达到了 3000 亿美元。”[1]在此背景下，1990 年美国颁布了《民事司法改革法》( Civil Justice Reform Act of 1990) ，开展了轰轰烈烈的司法改革。英国则从 1997 年布莱尔任首相开始酝酿，至 2001 年 7 月 5 日出版《所有人的正义——英国司法改革报告》，[2]2003 年 6 月 14 日正式式出台改革方案，最终于 2006 年宣布刑事司法改革结束。意大利分别在“1999 年、2001 年对 1988 年刑事诉讼法进行了大幅度的修改，并且此轮修改并未结束，相关的司法改革建议仍在热烈的讨论之中”。德国在 2002 年施行了《民事诉讼法改革方案》。日本自二战之后，已经进行了三轮司法改革。[3]

实际上，完全独立的司法独立还未曾存在过。[4]在这种情况下，我们对保持司法的独立性是否有进一步的思考，能否秉持独立之意志、自由之精神对其进行更清醒与深刻的认知？独立与正义之间固然联系紧密，但是否能轻率地划上等号？我们是否还能笃定地说，司法独立是实现正义的必由之路和唯一方式，或者说第三世界司法改革的目的地就是建立起西方式司法独立制度？在强调司法的独立之外有没有更好的替代方案，或者打了“补丁”的升级版？正义可能需要独立，独立也可能导致正义，但它们之间的关系显然不是必然的；或者说，我们不能武断地构建独立与正义之间的因果关系。也行，我们可以从逻辑上说，司法独立（或者保持司法的独立性）是实现可持续社会正义的必要非充分条件。

## 三、司法独立的内在条件与机制保障

环顾世界，一方面，司法独立的理念已几乎横扫全球，甚至有被奉为真理之势；另一方面，虽然不少国家已模仿西方建立了相应的保持司法独立性的制度，但却运转并不一定良好，甚至很艰难，即便在保持司法独立性的制度运转大体良好的西方国家，公众对司法系统的表现也并非普遍满意。司法腐败成为全球现象，2012 年，联合国法律专家、专门负责法官和律师独立工作的特别报告员加布里埃拉　克瑙尔(Kanul)在向联合国大会提交的年度报告中指出，各国都要为抵制司法腐败而做出更大的努力。[5]

为什么人们满怀着热忱与憧憬种下保持司法独立性制度的龙种，但收获的却大多是司法腐败、司法低效、司法不能，甚至司法虚假独立的跳蚤？原因何在？其背后有无深层的背景？这些就成为需要我们以直面事实的坦诚和

[1] Proposed Civil Justice Reform Legislation: Proposed Legislation: Agenda for Civil Justice Reform in America, 60 *University of Cincinnati Law Review*( 1992) ,p. 997.
[2] 参见《所有人的正义——英国司法改革报告》，最高人民检察院法律政策研究室组织编译，中国检察出版社 2003 年版。
[3] 邵晖：《域外司法改革的价值诉求与目标取向——以日本和英国的司法改革为例》，《北方法学》2011 年第 3 期。
[4] 康娜：《论我国国情下的最优司法独立度：一个制度经济学的视角》，《清华法学》2012 年第 3 期。
[5] 林娜编译：《联合国专家称司法腐败严重威胁法治实现》，《人民法院报》2012 年 11 月 30 日第 008 版。

秉承意志自由与独立思想的勇气去探幽抉隐的课题，一方面弄清楚保持司法独立性的制度的本质并考察其运行的制度条件与保障机制，同时挖掘出保持司法独立性制度南橘北枳的更深层次的历史与社会原因。而一旦深入下去，我们就会发现，实际上，除了宪法、法律层次上的制度性框架外，司法独立的实现还必须依赖于一些不可或缺的内在条件与机制保障。

（一）独立“司法”的内在条件

司法独立是近代西方才出现的制度。[1]而随着对保持司法独立性的强调，“司法”本身也发生了极大的变化，其中基本的变化是法官遴选制度及其所带来的法官素养的提升。没有高素质的法官，司法的独立带来的往往是司法专断、司法低能以及更为严重的司法腐败。因此，法官的的遴选与素质决定着司法独立的质量与成败。

比较典型的是新加坡这样的成功者。[2]新加坡能够通过几十年的转型，成功地建立起高效、廉洁的司法制度，其中一个很重要的因素就是严格的法官遴选制度。根据规定，新加坡最高法院法官(包括司法委员)的任职资格必需是在法界服务 10 年以上者。除了大法官是总理提名、总统任命外，最高法院的司法委员的任命要先经大法官咨询，然后再由总理提名和总统任命。比较基层的区法庭的法官经亦须大法官提名由总统任命，区法官的资格是必须大学法律系毕业并从事 5 年以上的法律实务者。[3]作为另外一个东亚转型成功者，韩国同样对法官遴选有着严格的要求。在韩国从事法官，通过司法考试之后，还要两年进修，结业成绩好的才能成为法官、检察员，其他人成为律师。[4]

在英国，法官一律从律师中选拔，在低等级法院任法官一般需律师执业 7 年以上，在高等级法院则要 10 年以上，且一般只有皇家大律师（ Queen's Counsel) 才可能成为高级法官。全英只有 1500 余名法官，高等级法院法官一般都有皇室授予的爵位，社会地位极高，并成为法律领袖和公平正义的象征。[5]2005 年英国《宪法改革法》在对大法官遴选的规定上，仍然确立了严格的精精英化标准。在法国，担任初任法官要接受 4 年大学法律课程并通过大学毕业考试（或者法律规定的其他严格条件，比如律师需要 8 年从业经历），然后参加政府主持的考试，[6]通过之后还要到国家司法官学校接受 31 个月的培训。[7]在荷兰，一般要经过 6 年的法律技能训练才有资格成为法官。在丹麦，要求法官候选对象要经过 12-14 年的法律实务工作锻炼。[8]在德国，想成为法官要经过两次由州司法考试委员会组织的考试，一次是大学毕业考试，合格

[1] See Helen Cunningham ed., *Fragile Bastion: Judicial independence in the nineties and beyond* (Sydney: Judicial Commission of New South Wales, 1997).
[2] 黄赟琴：《1990 年以来的新加坡司法改革介评》，《人民法院报》2012 年 11 月 16 日第 8 版。
[3] [新加坡]吴撷英：《独立公正的新加坡司法制度》，《南京大学法律评论》1997 年春季号。
[4] 刘贤贞：《韩国的司法改革》，《人民司法》2006 年第 11 期。
[5] 郑先红等：《英国司法制度概述及启示》，《中国司法》2011 年第 12 期。
[6] 吴玲：《法国司法体制》，《中国司法》2005 年第 6 期。
[7] 骆兰兰 金福平：《法国：31 个月培训初任司法官》，《检察日报》2007 年 5 月 28 日第 4 版。
[8] 江必新：《荷兰、丹麦司法制度考察感想》，《企业家天地》2006 年第 11 期。



者经过两年见习，参加第二次考试，第二次考试是挑选法官的主要依据，通过率为 10%。然后，各州根据法官缺额情况，由法官挑选委员会挑选，经过对品行、身体与专业的审查并通过之后，才可被任命为法官。但到此仍未结束，新法官还有 3-5 年的实习期，实习期间如果表现不好，仍然可以被解雇开除，否则任期终身。[1]

在奥地利，同样只有经过艰苦的学习，严格的培训与考试和逐级选拔，才能成为法官。在法学高等院校通过 4 年学习后取得硕士学位证书，可以从事所有与司法有关的职业，有权凭学位证书到法院实习。经高等法院登记备案后，在有空位的情况下，可以进行 2 个月的实习。一般分配到法官办公室，相当于法院辅助人员，对审判工作进行初步了解，处理一些非诉案件。之后，再参加 9 个月的专业培训，考核合格，可在法院继续实习，如果不想担任法官还可以从事检察官或执业律师。如经过 9 个月的实习，认为自己不适合法官职业，就不必再进行培训。9 个月的培训后，还要在不同的法院进行 2 个月的实习，担任书记员工作。经过上述专业培训后，可向高等法院提出申请，在严格的考试中取得良好成绩后进入面试。经 5 人小组面试合格后，再作心理测试和体检，并进行下一阶段三年三个月的法官专业培训。实习人员在从事书记员工作的同时，还要草拟法律文书，解答当事人的咨询。法官对实习人员的专业、性格、人际关系、处理无争议案件、处理与当事人的关系及语言表达等方面进行综合考察，对其是否适合作法官作全面客观评价。4 年实习后，进行 10 个小时考试，通过后，再由 5 人小组面试，成绩良好时具备担任法官的资格。其所在实习法院人事委员会及高级委员会同时向司法部推荐，如有空缺，可被任命为法官。另外，准法官们还要参加社会上及高校里的专题讨论和讲座，增强驾驭能力、组织能力、语言表达能力、交际能力等，还要到律师办公室、检察官办公室各进行 5 个月实习。[2]

而即便在保持司法独立性的制度已经运转较好的国家，也仍然面临保持和提升法官素质与履职能力的挑战。比如在美国，虽然总统享有任命联邦法官的权力，但他通常会咨询美国律师协会中的联邦司法常务委员会意见。联邦司法常务委员会负责评价每名候选人，并给出“完全胜任”、“胜任”和“不胜任”三种结论。总统根据上述结论任命联邦法官。因此，美国律师协会在联邦法官任命中的作用不容忽视。法官任用的多方参与也是有一定的历史原因的。在北美殖民地时期，英王可以根据个人好恶任免法官。这使得殖民地法官无法独立地行使职权。因此制宪过程中强调多方的参与便是为了防止通过任命来操纵法官行使职权。而且，尽管争议不断，在进 20 世纪下半叶以后，有些州仍然采取了一系列旨在维持并提升法官素质的举措，包括要求法官必须具备法学专业教育背景，各州采取法官遴选制度代替普选产生法官等。法

[1] 宋建潮等：《德国、法国司法制度之比较》，《人民司法》2000 年第 3 期。
[2] 姜明川：《关于荷兰、奥地利司法制度的考察报告》，《山东审判》2007 年第 2 期。

官需要被评价法律能力，包括法律推理能力，实体法、程序法和证据法知识，以及是否与时俱进更新法律知识等；诚信公正，包括避免实质的不公正和可能造成不公正印象之行为，自尊并尊重他人，不得歧视与偏向，兼听则明，依据事实与法律裁决；沟通能力，包括其在法庭上的口头表达及撰写判决是否清晰而富有逻辑性；职业素养，包括自尊自重、待人谦和、克制自控、处理诉讼公正有效、能够积极参与并在一定程度上领导辖区司法系统的改善及司法教育活动、提升司法公信力；管理能力，包括准时开庭及完善的庭前准备，维持庭审秩序，妥善运用法庭规则、命令及期限的强制执行，有效运行日程安排，妥善运用协调和其他替代性争端解决机制，在运用科技进行司法管理方面进行适当创新，培养有创造力的工作环境，运用招聘、雇佣、晋升等措施确保成功申请法院职位人员的广泛性与多样化，确保残障人士和语言文化差异不会成为进入司法系统的障碍。此外，特别法院的法官应当就其是否适当展示必要的知识和技巧接受评价，上诉法院的法官应当就其准备和参加听取口头辩论的工作质量及与其他法官的合作能力接受评价。[1]

由此可见，不是什么样的“司法”或法官都能独立，司法也不是想什么时候独立就什么时候独立。遴选法官的条件，以及法官的素质，是司法能否独立、司法的独立能否成功的重要内在基础性条件之一。那么，对于急匆匆忙于转型，试图建立起保持司法独立性的制度的第三世界国家而言，这一点是否有所启示呢？

（二）保障机制：物质经费保障与法官任职保障

无论是法院还是法官，如果要获得独立性，都必须有一定的物质和经费保障。而对于法官来说，还必须有行使职权时某种程度上的豁免权或职业保障。《基本原则》第 11 条对法官从业保障有着原则性的规定：“法官的任期、法官的独立性、保障、充分的报酬、服务条件、退休金和退休年龄应当受到法律保障。”但在具体保障措施上，各国会有所差别。但整体上而言，各国法院经费预算一般享受不同于普通国家机关的特殊保障，法官在任期、薪酬等方面，也都待遇优渥，这是他们正常履职的重要条件。

从美国的情况来看，司法机关作为一个整体的经费保障并未在立宪时受到重视。这在一定程度上是因为当时司法独立的理念更加重视个体独立而非整体独立。因此，我们可以看到美国宪法中关于法官个体薪酬的设计，却无法找到关于整个法院系统的经费保障机制。“关于司法部门对国会在财政上的依赖大家只注意到酬金方面，至于在其他方面诸如建筑、文员、巡回审案的费用等，国会也可施以如酬金一样的影响，则是制宪者们始料未及的。因为，在当时下级法院的支用是很微薄的，代表们想不到如此有限的经费会授人以柄。但时至今日，国会对法院经费的审查与控制成为美国当代司法独立最具

[1] 么宁：《美国司法绩效评价概览》，《人民检察》2012 年第 3 期。



争议性的问题之一。”[1]因此，在 20 世纪下半叶的司法改革中，法院整体经费的独立性被日益强调。国会对于法院系统经费的影响逐步降低。现阶段，在美国，至少在联邦层次上，国家预算程序中的司法预算与众不同。政府部门的预算申请通常提交给管理与预算办公室(总统办公室的一个部门) 供其修改，然后由总统将总体联邦预算提案提交国会。但根据联邦法，联邦司法部门的预算不受管理与预算办公室修改，必须将司法部门起草的预算原文提交国会。这种程序不能消除政治过分干涉的风险(国会本身仍然有权通过它想通过的任何预算) ，但此特别程序降低了这一风险并加强了尊重司法独立的文化。[2]

荷兰和丹麦的法院经费，均由专门的委员会根据全国法院上年度经费开支和当年可能增加的费用，编制全国法院单独的预算计划，由司法部报请国会批准，委员会主要按照各个法院办案数量情况负责对经费进行具体分配，并对经费使用情况进行监督。两国对法官从业也有明确保障，法官一经任命，除因犯罪外不得剥夺其法官资格，直至 70 岁退休。[3]新加坡法官的长任制可以服务到 65 岁，除非他本人犯法并经严格的法律程序，在任期内任何部门或个人不得撤换他，法官的高薪制由国会决定，一经任命也不得任意削减，这些使法官在工作上有安全感；最后，最高法院的法官在执法中依法享有豁免权，其言行不对任何负责，也不得在国会中讨论，除非经国会议员总数的四分之一以上的动议。[4]澳大利亚法官 70 岁退休，年薪 30 万澳元以上，10 倍于普通公民的收入，而且薪水一般只增不减。[5]我国台湾地区从 1979 年起至 2007 年底，法官的工作待遇提高了 11 倍多（剔除通货膨胀因素）；同时实施了法官的终身保障制度，规定法官自愿退休时除退休金外并另加退养金，且法官 70 岁时不办案仍可照领全薪的“优遇制度。”[6] 阿根廷最高法院法官的工资比总统的工资至少高三分之一甚至一半，这在世界上是少有的。法官的职业有可靠保障，无论巴西还是阿根廷，法官实行终身制，除因犯罪外不得剥夺其法官资格，直至 70 岁退休。[7]

在法国，法官实行终身制。在任职期间除因经法定程序被弹劾外，不能被免职、撤换或者强令退休；没有经过个人同意，不能调动和升迁。法官在审判活动中的言论和行为不受追究。在任职期间的薪俸不减少，退休后享受全薪待遇。除此之外，政府还发放特殊的津贴和补助，以保障刑法和其他专业法官在执行任务时的人身安全。[8]在最早建立起司法独立制度的英国，1701 年颁布《王位继承法》，实行法官终身制和法定薪金制，确认法官行为良好则

[1] 廖海：《美国司法独立争论的历史考察》，《法律科学》1999 年第 1 期。
[2] 葛维宝：《法院的独立与责任》，葛明珍译，《环球法律评论》2002 年第 1 期。
[3] 江必新：《荷兰、丹麦司法制度考察感想》，《企业家天地》2006 年第 11 期。
[4] [新加坡]吴撷英：《独立公正的新加坡司法制度》，《南京大学法律评论》1997 年春季号。
[5] 侯希民：《关于澳大利亚司法制度的考察报告》，《山东审判》2004 年第 6 期。
[6] 刘露：《我国台湾地区司法改革述评》，《武汉理工大学学报（社会科学版）》2013 年第 1 期。
[7] 江必新：《巴西阿根廷司法制度考察归来的感想》（上），《人民法院报》2006 年 9 月 19 日第 6 版。
[8] 吴玲：《法国司法体制》，《中国司法》2005 年第 6 期。

任职终身。[1]英国法官薪水很高，待遇优厚。法官的工资只能增加，不得减少。他们的工资从一个固定的基金中支付，不需经过议会投票表决。除非严重失职或行为不端，法官一经任命，非经本人同意，一般不能被免职。最高法院法官为终身制，地方法院法官 72 岁以后才可以退休。如要罢免，要求上下议院一致通过。[2]

当然，维持司法的独立性还意味着司法权的专属性和终局性，也即司法权只能专属于司法机关，并且法院的判决具有终局性。《最低标准》第 18 条第 1 项规定："行政机关不得以任何作为或并作为，抢先解决司法争议事项，亦不得拒绝法院判决之正确执行。"《世界宣言》第 2 章第二之第 5 条作了更明确的规定："司法机关对于所有司法性质之争议，应有直接的或经由司法审查之管辖权。"关于法院判决的终局性，《基本原则》第 3 条规定："司法机关应对所有司法性质的问题享有管辖权，并应拥有绝对权威就某一提交其裁决的问题按照法律是否属于其权力范围作出决定。"《北京宣言》第 3 条第 2 项则规定："司法机关对具有司法性质的所有法律争议有直接管辖权或复审管辖权。"第 33 条规定："司法机关应对所有具有司法性质的争议具有管辖权，并拥有决定争讼是否由其主管的排他性权力。"第 34 条规定："除非经最高法院同意，其管辖权不应受到限制。"

实际上，保持司法的独立性还包括法院行政管理的独立、法官惩戒与弹劾、晋升等方面，同时还要理顺不同类型法院及同类型但不同审级法院之间的关系。除了框架性制度，具体的微观运行机制也同样决定着司法独立制度的运行效能。但这是另外一个更为细致的问题，需择时再行讨论。

## 四、司法独立有效运行影响因素的复杂性

从西方的理论与实践来看，司法独立制度的前提便是三权分立 "体制"决定司法独立的成败。而三权分立的前提则是普遍选举与多党政治，也即西方的民主体制。对于这个在西方学术界几乎成为共识的结论，值得我们基于经验考察做出认真的分析，并进而探讨影响司法独立制度有效运行的复杂因素。

（一）体制决定论的洞见与谬见

长期以来，在司法改革与司法独立的问题上，一直流行着政治论或体制论。这种看法认为，司法独立之所以久难倡行，关键不在于其自身，而在于政治上的不民主甚至政治专制主义。而这里的民主，不言而喻，就是普遍选举、三权分立与多党政治。比如，在西方学者看来，正是由于一党领导，导致越南法院更愿意执行党的政策而不是法律，从而导致法治不倡，司法不能

[1] 陈爽：《英国司法独立形成之探析》，《北方工业大学学报》2009 年第 4 期。
[2] 黄伟东：《关于英国、南非司法制度的考察报告》，《山东审判》2007 年第 3 期。



独立。[1]对中国的认识也有些类似，比如认为中国的法治与法院改革都受到政治的控制，因此导致司法独立难以实现。[2]在拉美、中东，情况也是同样，正是那里不断涌现的非民主的强人政治，阻碍着司法独立制度的建立与有效运行。这的确是富有洞见的观察，因为事实上，司法独立运行较好的国家，绝大部分具有西式民主的特点。

但真理向前多走一步就是谬误。如果因为一些未能实行西式民主的国家的司法独立制度无法有效运行，就认为西式民主体制是实现司法独立的前提条件，可能就有点不符合事实了。正如上文所引用的全球治理指标和全球竞争力报告的指标所表明的，在新加坡和我国香港地区，并不存在西方那种同时具备普遍选举、三权分立与多党政治等要件的民主体制，但仍然成功建立起了高质量的司法独立制度。即便按照中央的部署，香港特别行政区在未来实现了普选，仍然改变不了它是在非民主体制下建立并有效运行司法独立制度的事实。而实际上，即便是我国，也并不如许多人所认为的那样不好，学者的经验研究表明，对于许多案件而言，司法独立并不成为问题。[3]世界银行《2010 年商业环境调查》(Doing Business 2010 survey)结果显示，在全世界 183 个国家中，我国在"合同执行"(enforcement of contracts) 方面排名第 18 位。[4]而在世界经济论坛的最新的《全球竞争力报告 2012-2013》中，将中国的司法独立状况排名为第 66，司法效率在第 44，处于中等偏上水平；还有美国，司法独立排名为第 38，司法效率排名为第 35，成绩不错，但并不突出。[5]

同时，也正如上文所呈现的，许多发展中国家按照西方标准进行了所谓民主转型，但大多却始终未能真正建立起有效运转的司法独立制度。

那些数据可能很枯燥，主要都是西方机构做出的，个别数据可能因统计口径不同而有出入，但也能在一定程度说说明问题：第一，新加坡和香港特区的经验说明，在非"（西式）民主"与多党政治体制下，完全可能建成高质量的司法独立；第二，完成了西式民主转型的国家，未必能够建立起高质量的司法独立。因此，司法独立或者说保持司法独立性与西式民主（以普遍选举、多党政治、三权分立为特征）之间并无必然联系。事实上，也有西方学者认识到，民主既不是司法独立的充分条件，也不是必要条件。即使是一党

[1] Penelope Nicholson, Judicial Independence and the Rule of Law: The Vietnam Court Experience, Vol.3 *Asian Law Journal* (2001).
[2] Stanley B.Lubman, *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*,(Stanford University Press, 1999), 该书第九章专门讨论中国的法院改革。以及 Donald C.Clarke, "Power and politics in Chinese Court System: The Enforcement of Civil Judgments," No.1, Columbia Journal of Asian Law 10, (1996), pp.1-92.这两篇文献在中文世界里也曾得到广泛征引。
[3] See Peerenboom. Randall,"Introduction", in Randall Peerenboom eds., *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion*, (Cambridge University Press 2009).
[4] 参见，http: //www. doingbusiness.org/ExploreEconomies/? economyid=42，转引自康娜：《论我国国情下的最优司法独立度：一个制度经济学的视角》，《清华法学》2012 年第 3 期。
[5] See http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2012-13.pdf，浏览日期为 2013 年 8 月 10 日。

制的政权也可能给予法院较为独立的司法权，其原因包括促进经济增长、 维护社会秩序、约束政府官员、提高政权的合法性等。[1]

可见，按照西方标准进行民主转型，可能会促进司法独立制度的建立与有效运行，但这并不是必然条件。更重要的条件，很可能是并未得到重视的各国自身的具体条件或国情。正如在对亚太国家司法改革的经验进行翔实考察之后，印度学者莫汉　戈帕尔(Mohan Gopal)沮丧地指出：五十多年司法改革方案的经验清楚的显示，司法机构——比其他种类的公共机构更甚——不能被“设计”和“制造”，也就是说，不能通过植入实现设计好的法律、机构和人员来“生产”它们。因此，改革方案必须是“自然生长”而不能是“人为构建”出来的。完全属于本土的改革，持续性成功的可能也高得多。[2]如果说这个发现不是对既有司法改革方案之否定的话，那么，它足以提醒我们司法问题的复杂性，而不能去简单化理解。

（二）内在条件欠缺与外在环境不佳

经验考察可以发现，虽然并不如“政治”因素那么显赫，实际上法官素质、社会环境、经费保障等可能才是影响甚至决定一国司法独立制度运行状况的直接原因。而各国实践也表明，恰恰也正是这些显而易见的因素，阻碍着各国司法前进的脚步。

1、法官素质

对于第三世界国家而言，无论是作为前殖民地而独立，还是摆脱半殖民地状态而独立，在独立建国之后都面临着国家各个方面的建设问题。对于这些刚刚争取独立的国家而言，发展军事以维持独立、发展经济以养民富国、巩固政治以加强统治，都是当务之急。而对于一个国家的维系而言，同样重要的制度建设——包括法治与司法建设，却往往因为并非燃眉之急的任务而被延迟或忽略，甚至还可能因为与“中心任务”冲突而受到破坏。在这种情况下，无论是前宗主国留下了完整法律体系的国家如印度，还是独立自主、革命建国的国家如中国，都面临法律人才紧缺、法官素质不高的局面。尤其是对于许多固有文化传统浓厚，但又接受西法东渐继受西方法律的国家而言，司法人才紧缺、法官素质不高，始终是一个迄今尚未完全解决的问题。[3]

一项考察发现，法律教育在许多非工业国家非常薄弱，并不能保证质量，也不足以应对大量增长的法律教育需求，导致法官与律师的素质不够高。[4]而实际上，司法改革的经验表明，如果没有一个受过良好训练的法官与法院工

[1] See Moustafa Tamir and Tom Ginsburg, Introduction: The Functions of Courts in Authoritarian Politics, in Moustafa Tamir and Tom Ginsburg,eds. , *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, (Cambridge University Press 2008).

[2] 亚太司法改革论坛编：《探寻司法改革的成功之道——亚太经验》，黄斌 支振锋 徐宗立等译校，中国政法大学出版社 2010 年版，第 71, 72 页。

[3] 但奇怪的是，检索 cnki 发现，迄今为止，对国外各国尤其是发展中国家法官素质、司法腐败、法官独立、司法独立的机制保障等问题进行专门研究和考察的论文，竟然少得可怜，在某些国家、某些问题上甚至为零。

[4] 亚太司法改革论坛编：《探寻司法改革的成功之道——亚太经验》，黄斌 支振锋 徐宗立等译校，中国政法大学出版社 2010 年版，第 66 页。



作人员队伍，和明晰的法院工作人员责任体制，公众可能就不会信任法院的公正和其裁决中所实现的正义。[1]比如越南，以前，法官任命之后都仅仅接受最高法院或司法部的短期培训，而培训者也都是在苏联受训。后来则是西方的援助机构帮助法官的司法技巧，由于早先许多法官并不拥有法律学位，他们都需要技能提升。[2]在有些国家，一方面法官职位严重，比如菲律宾，虽经努力，直到 2006 年 11 月，全国 2258 个司法职位中，还有 569 个空缺，但法官腐败严重，从 1986 到 2005 年，共有 1357 位地区法官受到了处罚，但只占受到控告法官的一半。[3]其他如尼泊尔、柬埔寨，都同样面临着法官素质、数量与腐败的困扰。[4]在中国，虽然法官素质不断提高，但媒体曾经曝光的法盲法官、错别字判决书、虚构法条的判决书、法官向当事人写保证书保证将如何判决、上海 4 名法官集体买春，以及不断曝光的冤假错案、判决屈从于官员和舆论、司法腐败，都说明我们提高法官素质的路还很长。实际上，这恐怕是发展中国家共同面临的问题。

2、社会环境

一个值得关注的现象是，在有些转型国家，实际上已经对法官的职业化及准入资格进行了高标准的规定，也提高了法官待遇，司法经费投入也比较多，但为什么司法腐败与司法不公仍然迄今未能得到根治呢？比如，在埃及，公民法律专科毕业，通过考试进入国家司法培训中心学习 6 个月，合格后方可成为检察官，担任检察官 8 年后，在国家司法培训中心学习 1 个月，年满 28 岁，方可申请担任法官。[5]在俄罗斯，根据联邦的宪法法院法第 8 条、第 12 条以及 2005 年 4 月 5 日签署的第 2 号联邦宪法性法律做出的修改，俄罗斯宪法法院的法官除公民资格、年龄资格和道德资格外，还必须具备高等法学教育程度、15 年法律工作经历并且精通法律的职业资格。[6]而且，这两个国家家都对法官不薄。埃及的法官享有司法豁免权，即不经最高司法委员会同意，没有足够的证据，不能对法官进行调查、 讯问和开除，以确保司法的独立和公正；南非对宪法法院、最高上诉法院和高等法院法官的罢免则由议会决定，且只有达到三分之二以上的多数赞成票才能罢免。[7]俄罗斯 1992 年法官地位法规定，法官由选举制过渡为任命制和终身制，不能削减法官工资，可带薪休假，优先入住房屋；2001 年实行法官退休制度，宪法法院法官退休年龄为

[1] 亚太司法改革论坛编：《探寻司法改革的成功之道——亚太经验》，黄斌 支振锋 徐宗立等译校，中国政法大学出版社 2010 年版，第 143 页。

[2] Penelope Nicholson, Judicial Independence and the Rule of Law: The Vietnam Court Experience, Vol.3 *Asian Law Journal* (2001).

[3] 亚太司法改革论坛编：《探寻司法改革的成功之道——亚太经验》，黄斌 支振锋 徐宗立等译校，中国政法大学出版社 2010 年版，第 225, 217 页。

[4] 亚太司法改革论坛编：《探寻司法改革的成功之道——亚太经验》，黄斌 支振锋 徐宗立等译校，中国政法大学出版社 2010 年版，第 8, 9 章。

[5] 江必新：《埃及南非司法制度见闻》，《中国审判》2007 年第 10 期。

[6] [俄]格里岑科　叶琳娜　弗拉基米罗芙娜：《俄罗斯联邦的宪法司法制度》，刘向文译，《河南省政法管理干部学院学报》2005 年第 6 期。

[7] 江必新：《埃及南非司法制度见闻》，《中国审判》2007 年第 10 期。

70 岁，其他法官为 65 岁。[1]俄罗斯法官工资增长很快，2002-2006 年的《俄罗斯司法体系发展》计划中，打算到 2006 年法官的平均达到每月 28.5 千卢布，但 2005 年底即已达到 59.2 千卢布。而且，《2006 年联邦预算法》还计划从当年 1 月起进一步拨款提高法官工资的 32%，2007 年计划再提高 7.5%。[2]

在拉美国家，不少也舍得投入司法经费。秘鲁宪法第 238 条规定："司法权力机构的预算不少于中央政府日常开支预算的百分之二；危地马拉宪法第 213 条、巴拿马宪法第 208 条也规定司法机构的预算不得低于国家全部预算的 2%。有些国家司法经费占财政收入的比例更高，如哥斯达黎加宪法第 177 条规定:司法机构的预算额不得少于经济年度日常收入预算的百分之六。[3]巴西在在 20 世纪 90 年代的司法支出即曾占到财政总支出的 3.7%。[4]但迄今为止，一一晃十数载，这些国家的司法制度仍然弊端丛生。我们还可以再以图表列举一些较为典型的转型国家为证，它们都实现了民主转型，也投入了大量的资源，但并未收获高质量的司法独立。

西式民主体制不惜庞大的经费投入，虽然有助于实现司法独立，但并不足以保证一个高质量的司法独立体制。保持司法独立性或实现司法独立，还受到其他一些因素影响。比如，社会转型尚未完全走向正规，对于拉美、非洲、西亚和东南亚的一些国家而言，甚至连建立现代民族国家的任务都没有完成，许多国家不过是传统酋邦的粗糙联合。因此，整个社会缺乏规则体系和法治精神，司法独立自然难以建立，保持司法独立性也难以实现。

对于传统东南亚等儒家文化影响圈，则比较重视社会关系。关系和人情，都给法官独立司法带来影响。而实际上，从越南的情况来看，法官在接受最高法院、司法部或者检察官学院培训时，往往会形成利益关系，构成潜在的利益冲突。[5]我国许多落马的官员和法官，往往都有贪内助、交友不慎等现象，也在一定程度上跟人情社会有关系。虽然城市化进程加快，但中国仍然未能完全成为所谓陌生人社会，在广袤的土地上，呈现熟人社会、半熟人社会与陌生人社会交错的状态。

而且绝大多数发展中国家，除了如印度等极少数曾完全沦为英国殖民地的国家外，绝大多数都缺乏西式的专业法律职业传统。在现代司法独立制度首先萌芽和明确建立的英国与美国，两国虽然在法律职业上已经各具特色，但其共同的谱系都是英格兰的法律职业传统。[6]在英国形成了法官、律师、律师会馆与法学院等稳定的法律人职业平台，在美国则是法官、律师、法学院

[1] 范纯：《论俄罗斯的司法改革》，《俄罗斯中亚东欧研究》2007 年第 2 期。
[2] [俄罗斯]尤　克　克拉斯诺夫：《2002-2006 年俄罗斯司法改革的发展：实施联邦总体规划的总结》，於海梅译，《金陵法律评论》　　年春季卷。
[3] 姜士林等：《世界宪法全书》第 1432、1756、1378、1514 页。转引自陈永生：《司法经费与司法公正》，载《中外法学》2009 年第 3 期。
[4] 陈永生：《司法经费与司法公正》，载《中外法学》2009 年第 3 期。
[5] Penelope Nicholson, Judicial Independence and the Rule of Law: The Vietnam Court Experience, Vol.3 *Asian Law Journal* (2001).
[6] 参考陈绪刚：《法律职业与法治——以英格兰为例》，清华大学出版社 2007 年版。



的法律职业生产流水线。这种富有传统而又制度化的法律职业，很容易形成法律职业的共同体，甚至是法律职业利益集团。这个利益集团一方面自我凝聚并逐利，形成边沁所批判的法官公司，同时也有助于这些国家司法的职业化和专业化。而缺乏这种法律职业传统的发展中国家，在实现司法职业化与专业化的道路上就要走得更为艰辛。

社会整体发展水平也严重制约司法独立的发展。比如亚太岛国瓦努阿图自 1980 年独立以来，便采用了一套保护对抗性法院体制的法制系统。但这个国家经济落后，人类发展指数很低（2007 年处于中等发展中国家排名后三位），人均工资底，实用读写能力妇女为 30%、男性为 37%，这些"障碍的结合，意味着通过国家法院来实现正义的观念可能与许多人无关。"[1]在斯里兰卡，内部冲突不断，海啸等自然灾害肆虐以及经济的不发达，稳定的社会与适足的经费的缺乏，也构成了法院和法司法独立的障碍。[2]尤其是在非洲、西亚、拉美等一些经济落后、政治分裂甚至部族政治仍然影响巨大的国家，建立起昂贵、职业化与专业化的司法独立制度，恐怕即便可能，也是未来很遥远的事情。

当然，更重要的是，一个国家司法制度运行的水平，大体上会与这个国家其他政治制度运行的水平相适应，而不会大幅超越或落后于政治制度的运行。如果一个国家整体上政治清明，那么，哪怕并非所谓的民主国家，司法制度也与可能运行良好，比如我国唐朝贞观之治时期，大体上就是如此；而如果一个国家政治腐败，哪怕建立了司法独立制度，也好不到哪里去，印度和菲律宾就是最典型的例子。实际上，如果结合透明国际的的清廉指数、世界银行的全球治理指标、全球竞争力报告等国际指标，我们也可以看到，这些国家司法运行状况与腐败之间的正相关关系。只是限于篇幅，在此不能引用更多的数据了。

3、经费保障不足

虽然在拉美等许多发展中国家，司法经费投入在推进司法独立及提高司法制度运行实效上效果不彰，但这并不能否定经费投入对司法制度运行的重要性。实际上，根据《全球竞争力报告 2012-2013》的指标排列，从发达国家和地区的情况来看，经费投入明显与司法独立呈一种正相关的关系。

第三世界国家往往是经济落后或者欠发达国家，财力紧张，投入到司法的经费有限，不少国家甚至主要依靠外援来推行司法改革。但问题在于，外援虽然有益，但并不一定可靠。西方在东南亚部分国家所推行的司法改革援助项目，与其说是本地利益的需要，还不如说是援助者的项目规划而已，引发了不少抱怨。在柬埔寨，援助者带来的是跟本地司法改革不大的其他议程，

[1] 亚太司法改革论坛编：《探寻司法改革的成功之道——亚太经验》，黄斌　支振锋　徐宗立等译校，中国政法大学出版社 2010 年版，第 147-148 页。
[2] 亚太司法改革论坛编：《探寻司法改革的成功之道——亚太经验》，黄斌　支振锋　徐宗立等译校，中国政法大学出版社 2010 年版，第 181 页。

西方的援助专家并不了解当地需求，他们的项目甚至跟其他项目相冲突；在瓦努阿图，外来援助下的制度变革被认为是上层或外部强加的，遭到很多抵制；在尼泊尔，还没等到本地的培训组织有效运转，援助资金已经中断。所以，诸如印度这样的国家，开始不接受外来援助，而是自主进行司法改革项目；印尼则坚持使用一种简单的技术方案（比如 excell 表格），以避免对外来援助的依附。[1]由于主要依靠外来援助，不少第三世界国家的司法改革议程、甚至领导权都被西方主导，有时候援助组织项目主管的人事变动、甚至关注点的变化，都会影响到这些国家司法改革的进行。而即便经济发展已经达到一定程度的我国，根据 2008 年 11 月 28 日中共中央政治局发布的《关于深化司法体制和工作机制改革若干问题的意见》中披露的数据来估算，2006 年的法院支出折合成美元仅为约 25.32 亿，人均 1.9 美元，显然过低。因此，前些年曾经出现过人民法院因为基建而欠债成为债务人的情况，也就不足为奇了。[2]这不是中国政府不愿意对司法进行更大投入，还是因为财力不足，而在发展关键期，用钱的地方太多。但与有些发展中国家不同，我国在司法改革中，更重视国家自主性与自力更生，对外来援助的利用比较审慎，因此，我国司法制度的运行虽然仍存在诸多问题，但在发展中国家中实际上还不错的。

（三）历史与政治传统的影响

司法独立的制度框架与经费等相关保障机制都是极为重要的，但问题的关键在于，在不少国家，即便在满足了这些条件的情况下，司法独立却仍然不能有效建立或者即便建立了，但运行效能不佳。因此，一方面我们固然必须承认保持司法独立性所为人类司法文明所带来的进步与创新，以及在提升人权保护层次上的贡献；另一方面，我们还必须认知考察司法独立的东西方样本，探讨其背后更深层次的原因。当然，这里面可能会有对纯粹理论层面上的对“独立”的质疑，但质疑不是否定，而是要打开思想的禁锢，为了探寻更多的可能与更佳的未来。

长期以来，对于第三世界国家的司法从业者和改革者而言，司法独立一直是当然的目标，好像实现了司法独立就能立即脱胎换骨、百病皆去。司法独立成了无背景、无条件与无前提的万金油。而第三世界国家移植维持司法的独立的制度的广泛实践恰恰给了我们大为不同的答案：建立起司法独立制度只是实现定纷止争、和谐正义的第一步，尽管是重要的一步。为什么有的国家很早就能实现司法的独立而有的国家不行？为什么有的国家移植维持司法的独立的制度能够成功而有的国家却失败了？原因何在，道理在哪里？对这些问题的思索，将会把我们带向更深层次的历史与社会原因之中。这里面至少有三个方面的问题。

第一，合并型的契约国家与统一型的大一统国家的不同。历史上最先建

[1] 亚太司法改革论坛编：《探寻司法改革的成功之道——亚太经验》，黄斌 支振锋 徐宗立等译校，中国政法大学出版社 2010 年版，第 37-38 页。

[2] 贺卫方：《当法院成了债务人》，《法治与社会》2009 年第 9 期。



立司法独立制度的是英国与美国，而它们都是合并型的契约型国家。英国合并了苏格兰与英格兰等几个部分，且王权衰微，诸侯并起，新兴资产阶级要权，各方僵持不下，故而才有大宪章与权利法案，君主、贵族与新兴资产阶级划分权力，订定契约，然后锻造现代国家。[1]美国更是由 13 个殖民地脱离英国而重新拼合，其后的领土扩展也往往是内部各州分裂、购买与加入（往往是先阴谋策划他国的部分领土独立，然后再“自愿”加入美国，成为一州）的过程。这样，无论是英国还是美国的“合并”，虽然具体情形颇有差别，但合并的过程实际上就是谈判、订约并进而锻制宪法和法律的过程。一言以蔽之，这样的国家，都是因契约而结合，国家的形成不仅是政治事件，同时也是法律事件，也因此更容易确立三种权力的分立与司法的独立。而反观其他接踵其后的西方国家，无论是德、法还是意、西，都要么是武力统一的国家，要么有相对强大的王权，因此订约困难，国家形成的过程主要是一个更注重军事武力的政治解决过程，其司法独立确立的难度更大，时间更靠后。[2]而对于中国这样比德国、法国更为典型的统一型国家（中国是大一统国家），乃革命建国，而非契约建国，自然更难存在三种权力分立的前提，难以猝然建立起司法独立。

第二个维度是国家能力的悖论。建立司法独立的过程，实际上是一个国家试图垄断社会上主要的纠纷解决，并以司法为中心来解决纠纷的过程，可以概括为纠纷解决的国家中心主义或司法中心主义模式。而司法作为国家的一个分支垄断社会的主要纠纷解决，需要国家政治上的有效治理与经济上的财政支撑两个前提。没有国家政治上的有效治理，国家政令不一，国家就不可能垄断社会上主要的纠纷解决；而如果没有现代的税收来提供强大财政支持，司法独立及其所附随的精致而昂贵的程序正义与形式主义也无从实现。比如，20 世纪 90 年代美国的辛普森案，律师费与检察官经费加一起超过 2000 万美元，几乎相当于当时我国一个规模比较小的省份的一年的司法预算。这么昂贵的司法，没有富裕的社会与充裕的财政，是不可能供养得起的。如果说有效治理与财税都属于国家能力的范畴的话，那么，也正是在这个问题上，司法的独立遇到了它的悖论：对于许多第三世界国家而言，要么是缺乏有效的政治治理与充裕的财税支持，所以无法实现司法的独立；要么这两个条件具备的时候，极其强大的政府不愿意司法来分享它的权力，从而阻碍司法的独立。国家能力是建立司法独立的必要但非充分条件。经验研究可以从另一个侧面提供印证。美国著名政治学家曾经通过实证研究证明，政治变革必须有一定的社会基础，指出经济发展是导致民主转型的重要原因，并在某种程

[1] 参见支振锋：《宪法切实施行的基础性条件》，《环球法律评论》2012 年第 6 期；

[2] 参见支振锋：《宪法切实施行的基础性条件》，《环球法律评论》2012 年第 6 期；[法]基佐：《欧洲文明史——自罗马帝国衰败至法国革命》，程洪逵等译，商务印书馆 2008 年版，第 127，24 页；魏建国：《西欧封建制度的立宪主义内蕴》，《环球法律评论》2007 年第 6 期；李栋：《试析英国的封建制度及其宪政之生成》，《环球法律评论》2011 年第 4 期。

度上得到了罗伯特　达尔的支持；[1]亨廷顿在讨论第三波民主化浪潮时，也将经济发展视为非常重要的原因。[2]实际上，对于司法改革也是一样，没有经济发展及国家税收汲取能力的提升，就不会有对司法充分的财政供养，从而势必影响到司法的运行与公正。所以，波斯纳也主张，在经济发展的初级阶段，主要关注经济增长，不必将稀缺资源过多地用于司法改革；待经济增长带来较丰富的资源后，再进行全面的司法改革；这样才能形成一个良性循环。[3]

一系列量化指标也能在某种程度上解释这个问题。根据世界银行全球治理指标数据库，选择“法治”指标对各个国家进行对比可以发现，人均收入水平与法治得分明显呈正相关关系。比如在撒哈拉沙漠以南的非洲地区，南非在法治指标上得分最高，它的经济发展水平也是最好；而其他国家经济发展滞后，得分也很低。当然，也跟这个地区战乱不已有关，得分最低的刚果达-1.6 分，其次为科特迪瓦、尼日利亚、苏丹得分为-1.26，除经济发展水平堪外，也都是战乱纷争之地。[4]和平、统一与秩序尚无，如何奢谈司法独立？

第三个方面是司法公信与吸纳不满的问题。还以辛普森案为例，这个一波三折案件的审判结果引起了以种族为界的截然不同的反响。调查结果显示：近 65%的白人认为辛普森是罪犯，只有 13%认为他不是。相反，黑人中有 11%的人认为他是罪犯，而 61%的人不这样认为。在拉丁裔人士中，有 41%的人认为他犯了罪，但有 31%的人不同意。[5]而且，1997 年 2 月 5 日，位于加利福利亚州圣莫妮卡市的民事陪审团还一致认为辛普森需要对殴打罗纳德·高曼并造成其非正常死亡以及殴打妮克尔·布朗承担民事责任。这次民事诉讼的原告是罗纳德·高曼的父亲弗雷德·高曼（Fred Goldman），丹尼尔·彼得罗切利（Daniel Petrocelli）是原告的代理律师。辛普森被判赔付原告 3350 万美元损害赔偿金，另外赔另一名死者妮可·布朗·辛普森的家属约 2500 万美元（但后来两个家庭都没有收到赔偿金）。在案件结果高度争议的情况下，法院竟然没有受到社会公众和被害者家属的激烈甚至极端性抗议，更没有受到冲击，这在许多国家、尤其是第三世界国家是不可想象的。比如，近日美国协警枪杀黑人少年被判无罪案，虽然案件争议极大，甚至引发了社会抗议运动，但法院的判决仍然得到了遵循。[6]而其原因，一方面是因为美国社会对司法的信任，正如托克维尔所言，在美国，政治问题往往也会以司法的方式来处理；另一

[1] See Seymour Martin Lipset, *Political Man: The Social Bases of Politics*,(Garden City, N.Y.: Doubleday,1960), pp.45-47; Seymour Martin Lipset, *Political Man*, (Baltimore: John Hopkins University Press, 1981), pp.469-476;

[2] 参见[美]塞缪尔　亨廷顿：《第三波——二十世纪末的民主化浪潮》，刘军宁译，上海三联书店 1998 年版，第 2 章“原因”。

[3] See Posner. Richard A., Creating a Legal Framework for Economic Development, *World Bank Research Observer* 1998,13(1), pp.1-11.

[4] 参见世界银行官方网站，http://info.worldbank.org/governance/wgi/mc_chart.asp，浏览日期为 2013 年 7 月 19 日。

[5] Cathleen Decker, *Los Angeles Times*, Oct 8, 1995,Part-A.

[6] 《美枪杀黑人少年的被告被判无罪》，新华网（2013 年 7 月 14 日），http://news.xinhuanet.com/world/2013-07/14/c_116528661.htm，浏览日期为 2013 年 8 月 12 日。



方面，则可能与美国的选举民主和对自由无束的言论的保障有关，因为社会不满总要有发泄的渠道，而选举民主和自由无束的言论，使公民对公共事务有充分的参与感，使其能够表达观点、争取利益、发泄不满，正是社会不满的最佳倾泻口与社会秩序的强大稳定器。

也就是说，美国及西方司法的独立，不仅与其运行大致良好的实际绩效有关，与其背后的社会信任与社会不满的吸纳机制也是息息相关的。事实上，宗教也是英美等西方国家能够实现崇尚法治、实现司法之独立的一个重要因素。只是其中牵涉过于复杂，限于篇幅，无法在本文中展开。因此我们可以说，虽然司法及其独立性是实现正义的重要甚至主要方式，但却未必是唯一选择或者便利的选择，而毋宁是一个庞大、有机的社会与历史系统的一部分。

## 五、结语

自 1701 年英国《王位继承法》[1]实质性地开启西方强调司法独立性的制度以来，经过近 3 个世纪的努力，尤其是 20 世纪以来，保持司法独立性逐渐在西方国家得到了确立，其影响也扩及全球。但一个仍然令人不解的问题是，对于许多非西方国家而言，为什么已经在宪法和法律的层面上确立了司法独立的制度框架，也从法律层面上规定了保障司法独立的物质保障和法官从业保障，但在现实中却始终不能实现良好运转，依然饱受司法腐败、司法不能之苦，不能有效建立起司法公信与司法权威呢？

经验考察可以解释这个问题。“徒法不足以自行”，字面上司法独立的制度框架与保障机制规定再完善，也不能等同于它们会在现实中得到好的履行，甚至不一定能够满足履行的条件。而实践表明，尽管保持司法独立性在不同的国家可能会展现不同的样态，但它却并不是西方国家的专利。1992 年越南宪法第 130 条规定：“法官与陪审员独立，只应该服从法律。”而我国 1982 年宪法也同样明确规定：“人民法院依照法律规定独立行使审判权”，“人民检察院依照法律规定独立行使检察权”。

[1] 实际上，1701 年《王位继承法》开创西方司法独立制度的说法并非没有争议。一则，这部法案当时主要解决的是王位继承的问题而非法官职业保障；二则，当时的法官实际上对这部法案中的法定薪酬等规定并不领情，因为这种“阳光工资”实际上堵住了其他种种合法或非法利益的空间，比如国王赏赐、封地收入甚至贪污受贿等；三则，当时的所谓法官独立，主要是议会与君主争权的产物。1701 年王位继承法颁布之后一百余年间，虽然国王干预司法的情况在减少，但议会干预司法的情况却在明显增加。司法受到政治影响十分显著。据研究，1689 年至 1714 年期间，高级法官在担任法官职务之前有 85%已经是议员，有 92%部分已经是官员。至于助理法官而言，其中 41%的人在任职前已经是议会议员，有 52%的部分为官员。1701 年之后很长一段时间内，辉格党和托利党围绕着法官的任命展开了激烈的斗争。法官在那个岁月中虽然逐渐独立于皇室（相较于君主专制时期而言，实际上这段时间皇室对于司法的控制仍然是十分有力的），但却日益陷入议会的控制之中。在 1714 年至 1760 年期间，英国三分之二的法官在国会任职，另外，有 90%的法官接受皇室的俸禄。这种状况直到 18 世纪 60 年代才有所好转。当时英国议会两党均同意对司法系统进行专业化改革，并且开始强调在法官选任中首要考察法官的专业能力。而出现这种理念的转变，实际上已是在 1701 年王位继承法颁布 160 年之后。See Robert Stevens, The Act of Settlement and the Questionable History of Judicial Independence, *Oxford University Commonwealth Law Journal* (Winter 2001), pp.253-267.

因此，一方面，我们固然不能否认司法独立作为人类司法文明的一大进步所给人权保障带来的提升；但另一方面，从西方各国司法独立的运行实效来看，即便司法能够独立，也并不是包治百病的良药，除了作为条件和前提的制度框架外，它显然还必须具备一定的内在条件。那么，我们就必须去探讨，是不是什么样的“司法”都应该独立？即便司法的确独立了，是否一定能够达到我们所设想的制度目标？它是否还必须满足一系列的内在条件或者背景因素？

正是基于这样的认识，本文从宏观着眼、微观着手，对司法独立制度的实践悖论、理论基础、制度框架、保障机制以及内在条件和社会传统因素进行了梳理。本文的发现也许可以归纳为这样的七个结论：第一，司法独立不是无条件、无背景的，它需要历史与政治传统、社会环境、制度框架、机制保障等一个复杂系统的保障，而且它本身就是这个社会系统的一部分；第二，尤其是，从经费投入上讲，司法独立或者说保持司法独立性是昂贵的，然而昂贵的经费投入只能说是司法独立的运行良好的重要条件，但不能保障它一定运行良好；第三，普遍选举、三权分立、多党政治等西式民主虽然在西方国家与司法独立之间表现出了相互促进的正相关关系，但这种关系并不是必然的，经验证明，西式民主并不能确保司法独立的良好运行，同时高质量的司法独立也未必以绝对的西式民主为前提；第四，对于非西式民主体制的国家或地区而言，建立高质量的司法独立不仅是可能的，而且是现实的。第五，当然，司法独立也不是一个绝对的非此即彼的概念，要么司法独立，要么司法不独立，事实上，它可能还存在一个程度的问题。[1]也因此，第六，司法独立并不是终极目标，更不是终极真理，更重要的是司法体系运行的实际绩效。正如 2003 年亚洲发展银行报告所指出，“我们应该关注司法体系的实际绩效，不管司法独立的程度是否很高”。[2]另外，值得注意的还有一点，那就是司法独立不仅要求立法和行政机关不侵蚀司法权，同样还要求司法克制或司法谦抑，法院应该谨慎实行司法能动主义。法院不能过分地将自己的意志强加给立法与行政机关或者社会。

这个讨论可能在一定程度上否认了独立与正义之间必然的因果关系，但绝不意味着否定和排斥司法的独立性，而不过是提醒我们去充分认识此一问题的复杂性。实际上，虽然司法独立因为过于昂贵和机械死板而饱受饥议，但保持司法独立性则是司法能够良好运行的规律，而且迄今为止，只有这个制度在保证司法清廉与公正上表现出了最好的绩效。因此，问题的关键就在于去认真地研究和区辩它的制度本质、内在肌理以及保障条件，充分认识到其优势与短板，从中汲取对我们有益的政法智慧。秉持独立之思想，自由之

[1] 康娜：《论我国国情下的最优司法独立度：一个制度经济学的视角》，《清华法学》2012 年第 3 期。
[2] Asian Development Bank,2003. Judicial Independence Overview and Country-level Summaries,p.3,http://www. adb.org/Documents/Events/2003/RETA5987/Final_Overview_Report.pdf，转引自康娜：《论我国国情下的最优司法独立度：一个制度经济学的视角》，《清华法学》2012 年第 3 期。



意志，不被虚幻的理念所挟持，不为轻浮的宣传所困惑，解放思想、实事求是、直面问题、条分缕析，才是应有的态度。

因为，对于司法独立性这种实践导向的研究而言，必须进入真实的实践世界，对具体而细微的经验事实做出清晰而深切的全面认知，方能反视自身，两相对照，真正明白自己努力的向度与限度。放弃那种寻找一试就灵的万能药的简单化思考，充分认识到事物的复杂性，并且理性地直面这种复杂性，会更有助于问题的解决。毕竟理想悠远的概念天国，必须落实到脚下可能真实的过于残酷的坚硬大地。当然，对于有担当的知识者来说，他不会诅咒大地的板结与僵硬，却始终能以精卫填海、盘古开天的精神，不抛弃、不放弃，不气馁、不诅咒，最终将它开垦和浇灌成丰腴的沃土。

# 商鞅的法治国：立国之道与法的统治

贺海仁*

**内容提要**：商鞅是先秦法家的重要代表人物，以他的名字命名的变法奠定了中国两千年的制度格局，然而，两汉以降对先秦法家的历史性诋毁和否定是中国主流法律文化的“传统”，它不仅消解了先秦法学的历史功绩，也助长了延续至今的“法不是好东西”的观念。对商鞅变法的考察和评判，提炼出作法自毙的法治精神，有助于审视法治因素在中国历史上的内生性和独特性，彰显依法治国的“中国化”意义。

**关键词**：商鞅；变法；史记；法治

先秦法家是人类历史上第一个以法命名的学派和思想体系，春秋战国时期的百家争鸣大景观也以儒法斗争为纲纪。然而，在历史乃至当代语境中撰写对先秦法家不具有否定性结论的文章需要有更多学术勇气，更遑论对法家思想的提倡和发扬了。历史上不乏饱学之士尝试为先秦法家做一些平反昭雪的工作，大多未能取得显著性效果。法律观念史的研究表明，对先秦法家整体上的排斥、轻视甚至污蔑是中国传统法律文化的特征，中国没有法治的传统，历代官员不敢以法学自居，民众观念上不相信法律，概与此有很大的关联。商鞅是先秦法家的重要代表人物，也是身体力行的法律实践者，他通过法律的统治奠定了秦国统一天下的制度框架。21 世纪初，中国依然面临着强国、富民和中华民族复兴的历史任务，这促使我们有必要从内在视角再次审视和评估商鞅的法制遗产。

## 一、法律与战争状态

公元前 361 年，中国社会处于战国时期，天下处于战争状态。是年，秦孝公向天下发布求贤令。

> 昔我缪公自岐雍之间，修德行武，东平晋乱，以河为界，西霸戎翟，广地千里，天子致伯，诸侯毕贺，为后世开业，甚光美。会往者厉、躁、简公、出子之不宁，国家内扰，未遑外事，三晋攻夺我先君河西地，诸侯卑秦，丑莫大焉。献公即位，镇抚边境，徙治栎阳，且欲东伐，复缪公之政令。寡人思念先君之意，常痛于心，宾客君臣有能出奇计疆秦者，吾且尊官，与之分土。[1]

* 中国社会科学院法学研究所副研究员。



招贤令是历史上绝无仅有的以国家名义招聘治国能手的邀请邀约，它回顾了秦国自缪公以来的历史，指出了秦国的时代困境、求贤目的以及求贤承诺。招贤令的意图在于富国强兵，提出了强秦的两大目标：对内克服“国家内扰”，消除厉、躁、简公、出子等四世遗留下来的乱政局面；对外收复失地，恢复穆公时期的霸主地位。卫鞅闻是令下，西入秦。

入秦之前的卫鞅是魏国国相公叔痤的中庶子。中庶子实为门庭舍人而非国臣，相当于作为宾客的士人。[2]历史到了春秋战国时期，士人已经成为一个独立的社会阶层，逐渐形成了独特的士文化。士人的总体特征是“游”，按照余英时的理解，“游”至少有两层涵义：

> 第一是周游列国，寻求职业；第二是从封建关系中游离出来。他们代表着中国史上知识人的原型。[3]

士人首先需要“安身”，然后可以“立命”。士人的安身之本就是“学术”，即知识。德国哲学家卡尔·雅斯贝尔斯观察到：“在帝国解体的困境之中，在战乱和动荡的时代，孔子便是那些想通过他们的建议使国家得以拯救而到处游历的许多哲学家中之一员。对于所有这些哲学家来讲，出路便是知识。”[4]先有学，后有术，不同之学规定了不同的术路。士人的专业各有差异，但最终都服务于治乱的共业——治乱是百家的共业，这一点司马谈说得最为明白：

> 夫阴阳、儒、墨、名、法、道德，此务为治者也。[5]

根据章学诚的说法，自王官之学散落后，百家之学便登上了历史舞台。[6]

[1]《史记·秦本纪》。
[2]私门养客是战国时期士人分化的具体表现，私门养客的制度化，正是和国君养贤的制度化平行的，参见余英时：《士与中国文化》，上海人民出版社 2003 年版，第 47-48 页。
[3]余英时：《士与中国文化》，上海人民出版社 2003 年版，第 602 页。
[4][德]卡尔·雅斯贝尔斯：《大哲学家》（上），李雪涛等译，社会科学文献出版社 2010 年版，第 128 页。
[5]《史记会注考证》卷 130，第 7 页。
[6]王官之学是古代学术的总称，若用以教学，则分六艺，具体科目为礼、乐、射、御、书、教，但在实践中则以“四术四教”统之。《礼记·王制》云：“乐正崇四术、立四教。顺先王诗、书、礼、乐以造士，春秋教以礼乐，冬夏教以诗书。”

春秋之时，统一的王官之学被打破，形成了百家的局面，同时，“道术将为天下裂”，使百家“多得一察焉以自好”，士人根据自己的喜好研习不同的学派思想及其技巧，为安身立命提供本事。商鞅作为卫国贵族理应学习六艺之术，却选择了“刑名之术”，走向法家之路。

商鞅少好学刑名之术，在其成年阶段又身处具有法家传统的魏国。《晋书·刑法志》云：“秦汉旧律，其文起自魏文侯师李悝。……商君受之以相秦。”魏文侯时期的魏相李悝（约前 455-前 395）是开启中国成文法传统第一人，在他担任魏相的时期，制定了影响深远的中国第一部较为系统的成文法—《法经》。《汉书·艺文志》列李悝的著作《李子》为法家之首，按照章太炎“著书定律为法家”的说法，[1]法家的开山鼻祖应为李悝。据说商鞅入秦携带了李悝的《法经》，这增加了商鞅入秦的传奇色彩，提高了《法经》的地位。

传说归传说，真正重要的是这些记载显示了商鞅的法家本色。在与秦孝公的前三次会谈中，商鞅分别从五帝、三王和五霸等三个维度提出了治国之术，重点谈论的是德治或礼治，就仿佛是一个儒家之人向秦孝公推介以德治国的方略。只是到了第四次会面，商鞅才抛出以法家为路线的强国之术，令秦孝公“不自知膝之前于席也”，“大悦之耳。”商鞅与秦孝公的四次会谈透露出这样的信息，商鞅熟悉五帝三王之术，知晓延续已久的治国方略。这一信息之所以重要，是因为有作为的变法人士都看到了当时思想和体制的不足，并且针对性地展开他们的变法运动。

在商鞅的时代，五帝三王之术仍然是维护遥遥欲坠“周天下”的官方意识形态以及思想基础。然而，五帝之术在孔子的年代也是遥远的传说，这些传说给后世最大的印象是统治者以身作则的表率和禅让的美德。就禅让行为而言，自从周公制礼作乐之后，帝王的更替已不是随随便便的举动，他的一切行为都需要用礼节制。周人传子之制为救殷制易生争斗之弊而设，“亲亲”原则决定了不论周天子还是各诸侯国君的选任都在亲属之间进行，“尊尊”原则所确立的嫡长子继承制更加明确了统治者的候任范围，这一形势使禅让不仅不可能再现，在观念上也是反动的，更勿论形成禅让制度了。忧心如焚的孔子在世的时候就为恢复周礼而四处奔波，但仍未能阻止颓势，乱象没有因为孔子确立的仁学而消减。

仁学在战国时期的最大继承者是孟子（约公元前 390-前 305）。在商鞅入秦前后，孟子在同一时间段内也游走于各国之间，用“口舌之功”向国君推销其治国之术，但屡遭奚落：

> 道既通，游事齐宣王，宣王不能用。适梁，梁惠王不果所言，则见以为迂远而阔于事情。当是之时，秦用商君，富国强兵；楚、魏用吴起，战胜弱敌；齐威王、宣王用孙子、田忌之徒，而诸侯东面朝齐。天下方务于合从连衡，以攻伐为贤，而孟柯乃述唐、虞、三代之德，是以所如者不合。[1]

[1]《检论·原法》。



孟子游说的内容大概是商鞅在与秦孝公前三次会谈时的德治，被君王们认为迂腐而不能用。形势强于人，凡是启用了法家思想家的国家都逐渐强大起来，并在战国的危局中立于一席之地。法家的首要目标在于保国和强国，还不是为了平天下，这也是法家受到各诸侯国重视的重要原因。法家在战国时期的逐渐兴起，一方要注意法律治乱的实用主义目的，另一方面也要正是法律在治国理政中的正当性功能。

在天下大乱的格局下，商鞅看到了人性中暴露出来的固有的自利本能：“饥而求食，劳而求佚，苦则索乐，辱则求荣。”[2]不是消灭这些“民之情”，而是通过法律的治理给予最大化的引导和控制，就可以在一个竞争性环境中确立良好的秩序。在商鞅变法前夕，如何看待法律以及确立新的统治策略成为争论的焦点问题。代表旧势力的甘龙认为：“圣人不易民而教，知者不变法而治。”商鞅针锋相对地指出：“三代不同礼而王，五霸不同法而霸。”[3]商鞅的反驳意见既指出了历史事实，也透露出战争状态下变法的理由。正如高道蕴观察的那样：“公元前 350 年商鞅在秦孝公宫中的争论恰好反映出，当时在中国改革旧法创立一个公法领域的行为是何等危险，那意味着将法律从传统中分离出来。”[4]其实，危险不仅来自于法律要从传统治理模式中脱颖而出，法律也要成为治理国家的首要工具和方法，这是王官之学散落的表征，也是天下礼崩乐坏的必然反映。

从可以观察到的历史现象看，法在历史结构中正在替代礼而成为主导性的规范力量，仁学无力扭转这个趋势，商鞅变法不过是顺势而为的自然举动，虽然这并不否认个人因素在其中的能动作用。法律的功用在于治理乱象，但法律的有效性确立了紧急状态中的公共秩序。当被认为的歌舞升平、四平八稳的社会呈现出礼治不能约束的情形时，紧急状态就出现了。法律的治恶说正是建立在这种规范的隐喻基础上，这是法律获得正当性的基本理由。紧急状态是非常状态，当原有的秩序被打乱或认为秩序被打乱时，紧急状态就会显现，前者是社会学紧急状态，后者则是哲学紧急状态。法律理论是在社会学紧急状态的背景下展开的对哲学紧急状态的归纳、分析和规范。战争状态则是法律存在的前提条件，没有战争状态就没有法律，没有国家也没有法律，这或许是霍布斯政治哲学成为近代社会科学先驱的价值所在。霍布斯所描述的人与人之间的战争既是对社会学意义上的战争状态的归纳，也是对哲学意

[1]《史记·荀卿》。
[2]《商君书·算地第六》。
[3]《商君书·更法第一》。
[4] 高道蕴：《中国早期的法治思想？》，载高道蕴等编：《美国学者论中国法律传统》，中国政法大学出版社 1994 年版，第 229 页。

义上的战争状态的规范。[1]因此，法律是在战争状态中生成和发展起来的治国方略，只有在战争状态或隐喻的战争状态下，法律的价值才能体现出来。

## 二、作为案例的君臣政治契约

商鞅入秦事秦乃是关于外人的历史叙事，外人的问题包括“关于外人的问题”和“外人的问题”两个方面，它们均关涉外人提出问题以及向外人提出问题。[2]商鞅作为外人获得秦国的礼遇并委以重任并不是一个孤立的现象。在秦国存续的几次关键性历史时刻，事秦者几乎大多是从东方来的游人士子，无不成就了秦国立国、强国和统一天下的宏伟大业，这方面的代表人物有秦穆公时的由余、百里奚、秦惠公时的张议、秦昭公时的范雎、秦始皇时的李斯等。外来的游人士子所在国家无一例外地是秦国的敌人，但来自敌国的游人士子则不在敌人的范畴之内。许倬云说：

> 战国才智之士，不论文武，多有出仕别国为客卿，各国朝廷也不十分在意（秦一度有逐客之议，终究并未实现）。[3]

敌我关系是具有现实和规范双重性质的人与人之间的战争关系。在我国的历史文化语境中，对来自远方的人要么尊称为“友”，要么敬称为“客”，而鲜有将外来人作为敌人看待并加以处置的。由于没有事先预设的敌友政治观，当各个诸侯国使用乃至重用来自敌国的游人士子的时候，并没有或有必要经历一个“化敌为友”的心理转换过程。以周天下为核心的封建制度正在以前所未有的速度瓦解，但天下的观念和格局并没有消除。一个人既是具体国家的臣民，也是还未消亡的周天下的子民，后者作为一种象征决定了个体身份上的同质性，未能产生公法意义上的敌我政治观，这是商鞅事秦并获得重任的一个重要的历史背景。

商鞅变法十年后即取得了秦国大治的成就[4]：

> 行之十年，秦民大悦，道不拾遗，山无盗贼，家给人足。民勇于公战，怯于私斗，乡邑大治。

[1] 关于自然状态下人与人的战争关系的讨论，见[英]霍布斯：《利维坦》，黎思复等译，商务印书馆 1985 年版。
[2] 有关外人的专门讨论，见[法]德里达等：《论好客》，贾江鸿译，广西师范大学出版社 2008 年版。
[3] 许倬云：《我者与他者》，三联书店 2011 年版，第 26 页。
[4] 商鞅入秦之后，其官位随着功绩逐次升高，先任左庶长变法维新，后任大良造统领国政，遂成为一人之下万人之上的总理大臣。商鞅变法大致可以分为两个时期：第一，公元前 361 年—公元前 348 年：任左庶长。第二，公元前 348—公元前 338；商鞅从左庶长擢升为大良造，以首相身份主持国政。



《战国策·卫鞅亡魏入秦》又记载：

> 道不拾遗，民不妄取，兵革大强，诸侯畏惧。

“道不拾遗”、“大治”等词是传统社会描述治国理政的最高标准，厌恶法家的司马迁也毫无吝啬地把这些词给了商鞅。百家对大治的标准和要求是不同的，但高抬儒家的司马迁对孔子的为官政绩的评价也不过如此：

> 与闻国政三月，粥羔豚者弗饰贾；男女行者别于涂；徒不拾遗；四方之客至乎邑者不求有司，皆予之以归。[1]

需要注意的是，商鞅变法最大的成效就是使“秦人大悦”，这既是商鞅变法取信于民的反映，也是让普通民众在变法中收益的结果，这个因素是成功变法的真正内在动力。徙木立信和刑太子傅的事例体现了统治者要守法的法治精神，表达了统治者与被统治者共同信守法律的契约精神。信守承诺往往被视为个人道德素养的重要标志，“信近于义”，但当承诺是统治者面向被统治者发出时，就构成了具有政治伦理性质的契约，成为衡量统治者德性和取信于民的标志。非鞅的司马光同样高度评价“秦孝公不废徙木之赏”：

> 臣光曰：夫信者，人君之大宝也。国保于民，民保于信，非信无以使民，非民无以守国。是故古之王者不欺四海，霸者不欺四邻，善为国者不欺其民，善为家者不欺其亲。不善者反之，欺其邻国，欺其百姓，甚者欺其兄弟，欺其父子。上不信下，下不信上，上下离心，以至于败。所利不能药其所伤，所获不能补其所亡，岂不哀哉！

良好政治的本质是统治者与被统治者之间的信任关系，尤其体现在被统治者对统治者的可信任方面。政治欺骗往往表现在两个方面：要么在作出承诺后不履行或不恰当履行其承诺，要么一开始就是不想履行的虚假承诺，这两个方面都会造成社会和国家“上不信下，下不信上，上下离心，以至于败”的局面。

商鞅与秦孝公的良好互动关系是商鞅成功变法的另一重要因素。[2]商鞅的政治主张和变法措施所以能在秦国变为现实，是与秦孝公的强有力支持分不

[1] 《史记·孔子世家》。
[2] 在儒家眼里，商鞅与秦孝公不是得君行道的典范，儒家的道统结构中不包含法律的因素。余英时说：“‘得君行道’是儒家最古老的观念之一，孔子、孟子则代表了追求‘得君行道’的原型。所以《孟子·公孙丑上》既有‘管仲得君，如彼其专’之语，又有‘夫子加齐之卿相，得行道焉’之问。但孔、孟都是失败的先例，”见余英时：《朱熹的历史世界：宋代士大夫政治文化的研究》，三联书店 2011 年版，第 421 页。

开的，把商鞅变法称为“秦孝公任用商鞅变法”更能够体现历史原貌。[1]按照春秋战国时期士的期待性解释，士与君王应当有师生、朋友和君臣三种关系。“帝者与师处，王者与友处，霸者与臣处，亡国与役处。”[2]若是师生关系，士对于君王有教诲的职责，若为君臣关系，士则有服从王命的义务。朋友关系则是平等的关系，相互之间互敬互信。商鞅与秦孝公之间的关系既不是一般的师生关系，也不是一般的君臣关系，也很难说是朋友关系。

商鞅与秦孝公之间是一种契约关系，形成了君臣共同治理秦国的权力关系。招贤令作为一份邀请邀约对接受强秦条件的所有受邀约人均有效力，对发出邀约的秦孝公自然形成了必要的约束，这个约束力因天下人作为理所应当的见证人而得以增强。在商鞅的主导之下，随着秦国的逐渐强大，秦孝公不断兑现他的承诺，最终收复河西故地之后，“秦封之於、商十五邑，号为商君。”事实上，早在收复失地的前六年，秦国就显现出了它的崭新形象：“秦人富强，吴子致胙于孝公，诸侯毕贺。”招贤令说：“三晋攻夺我先君河西地”，欲“东伐”，又说“诸侯卑秦，丑莫大焉”，复言“国家内扰，未遑外事”。可以说，强秦需要完成的三件大事，即“内扰”、“遑外事”和“东伐”均一一现实，秦孝公兑现了他“尊官分土”的承诺。

秦孝公信守了承诺，甘愿退居二线放手让商鞅实施一系列改革，甚至在事关自己的儿子犯法的问题上任凭商鞅依法处置，可以说，秦孝公是第一位守法之君，法下之君。《战国策》记载：“孝公行之八年，疾且不起，欲传商君，辞不受。”秦孝公死前欲禅让君位于商鞅，体现了真正的尧、舜之道。当然，这种情况不能仅从人格的力量上做出理解，君主从“家主”向“国君”的转变，以及士人从“家臣”到“国臣”的转变是推进“家国”向“国家”转型的两个重要的身份解放运动。[3]

法治的要义不在于法律内容是否苛刻和繁琐，也不在于实行法治的国家是否“法外施恩”，而在于法律对统治者阶层是否起到了同样的制约作用。真正实行法治的国家，首先制约了国家权力。制约国家权力是法治有效性的主要标志，虽然这样做并非就可以全然实现了法治。[4]商鞅意识到“法之不行，自上犯之”，提出了一系列限制和约束统治者权力的主张和措施，在我国法制史上首次出现了“今秦妇人婴儿皆言商君之法，莫言大王之法”的局面[5]，其效果限制了君权，高扬了法权高于君权的法治精神。商鞅变法限制君权的实践行为与春秋时期管子的法理念是相通的。管子说：“不为君欲变其令，令尊

[1] 参见刘海年：《秦统治者的法律思想》，载刘海年：战国秦代法制管窥》，法律出版社 2006 年版。
[2]《战国策·燕策》。
[3] 牟宗三提出了士与元首的双重解放对废井田、立郡县的意义：“士不再是贵族的家臣，而凭自己的知识才能在社会上得到一客观的地位，影响到中国社会形成了士农工商职业的区分，这是士的解放。元首不再纠缠于贵族的家族之中而成为一国的元首，得到了超然的地位，这是元首的解放，”见牟宗三：《中国哲学十九讲》，上海世纪出版集团 2005 年版，第 143 页。
[4] 按照现代社会对法治理想标准的理解，法治应当包含一系列相互依赖的普遍性要素，参见夏勇：《法治是什么：渊源、规诫与价值》，载《中国社会科学》1999 年第 4 期。
[5]《战国策·秦策一》。



于君”，[1]“君臣上下贵贱皆从法，此谓为大治。”[2]韩非是法家的集大成者，但韩非“法、术、势”并举，不仅刻意将君权置于整个法律体系的顶端，也将君权放置在法律之外，遂将商鞅开创的带有限制君权性质的法治因素破坏殆尽，几乎抽干了法家的真精神。

## 三、权威典籍中的非鞅论

先秦法家的没落具有复杂的政治文化原因，例如汉儒在政治上取得正统地位，在制度设计上抑制法家的成长，然而，《史记》等权威典籍对先秦法家的否定则具有风向标式的先导作用。商鞅在史记列传中位列第八，这自然与各个人物在历史舞台上的出场顺序有关，但对法家人物单独列传的唯有管仲、商鞅和李斯，这三个人都在不同时期均居于相位，他们既有法制理念，也有推行这一理念的政治条件，无不取得了彪炳史册的历史功勋。[3] 不过，司马迁虽然为商鞅单独列传，却无不充满了矛盾心理，站在儒家的立场上对商鞅诋毁有加，成为中国历史上第一大悬案。

《史记》中有一些难以证明的具有传说性质的记载，这些传说不乏夸张和神奇，给人留下了无限想象的空间。下面这一段老子与秦国乃至与秦帝国关系的记载就足以令人震惊：

> 自孔子死之后百二十九年，而史记周太史儋见秦献公曰：“始秦与周合，合五百岁而离，离七十岁而霸王出焉。”或曰儋即老子，或曰非也，世莫知其然否。

言说者周太史儋即使不是老子也能够体现出这段记载的分量。这段文字把孔子、老子、周代、秦国联系在一起，形成了中国历史上为数不多的大历史想象观以及神奇的隐喻文本，它借老子之口预言秦国要霸、可霸和能霸。这是一种预言，一种有关历史规律，或用老子的话讲，一种“道”的具体表现。史学家既有义务忠实记载历史，精心梳理前朝往事，又在笔端透露历史玄机，有意无意间掌控了历史，成为主导历史的人。

从春秋到战国，能被史学家称为霸王的国家不在少数，著名的有春秋“五霸”、战国“七雄”，但收拾天下残局者唯有秦国——这个地处中国的西北部，被人称为文质不开的野蛮国家。[4]本杰明·史华兹就把秦国与古希腊城邦斯巴达相提并论。[5]站在文明角度看待“野蛮的他者”，从古希腊的亚里士多德到

[1]《管子·法法》。
[2]《任法》。
[3] 值得注意的是，法家集大成的韩非与老子并叙，还夹杂了庄子和申不害的生平言论。
[4] 秦人“与戎翟同俗，有虎狼之心，贪戾好利而无信，不识礼仪德行。苟有利焉，不顾亲戚兄弟，如禽兽耳”，见《战国策·魏策》。
[5]参见[美]本明杰·史华兹：《古代中国的思想世界》，程钢译，江苏人民出版社 2004 年版，第 344 页。

近代的黑格尔都有涉猎。然而，无论这种文明中心主义的观察视角是否可以成为考察世界历史的一个维度，对秦国乃至中国都不适用。作为周天下的一个诸侯国，秦国由于其祖上的显赫功绩具有封国的正统地位。《史记·秦本纪》说：

> 秦之先，帝颛顼之苗裔孙曰女修。女修织，玄鸟陨卵，女修吞之，生子大业。大业取少典之子，曰女华。女华生大费，与禹平水土。已成，帝锡玄圭。禹受曰："非予能成，亦大费为辅。"帝舜曰："咨尔费，赞禹功，其赐尔皂游。尔后嗣将大出。"乃妻之姚姓之玉女。大费拜受，佐舜调驯鸟兽，鸟兽多驯服，是为柏翳。舜赐姓嬴氏。

这段文字同样赋予统治秦国的嬴氏家族无比荣耀的传奇色彩。嬴氏的先祖辅佐大禹治水有功，又因调训兽鸟复立新功，比之其他诸侯国更具有显赫的一面以及拥有正统的地位和历史合法性。[1]因此，在商鞅变法之前，说秦国不以儒术治国同样缺乏事实根据。作为商鞅变法的反对者，甘龙、杜挚等贵族旧势力的反对意见总体上仍然属于德治论和礼治论的范畴。在更早的时候，在著名的秦缪公与由余的对话中，秦缪公告诉来自戎地的由余，"中国以诗书礼乐法度为政"，指责商鞅的人说他为了推行法治而行"燔《诗》、《书》而明法令"之举，证实了王道之学在秦国的存在。

太史公说商鞅"天资刻薄"、"少恩"，并"恶名于秦"，其证据是商鞅"迹其欲干孝公以帝王术，挟持浮说，非其质矣。且所因由嬖臣，及得用，刑公子虔，欺魏将昂，不师赵良之言"。由商鞅的人品之恶推及其行为之劣，乃至商鞅的代表作《开塞》、《耕战》诸篇也被作为证明商鞅刻薄的证据。太史公虽然指认了法家的某些正价值，但仍系统地强化了法家"刻薄"的一面：

> 法家严而少恩；然其正君臣上下之分，不可改矣。……法家不别亲疏，不殊贵贱，一断於法，则亲亲尊尊之恩绝矣。可以行一时之计，而不可长用也，故曰'严而少恩'。

《史记》用儒家的标准衡量法家人士，如同用道德标准衡量人的行为是否有罪，开创了儒家全面否定法家的先例。法律独有的性质和价值在此存而不论，单就个人品行与法律性质划等号就足以显示了儒家的偏见，产生了黑格尔所批判的心理史观，"这种历史观点知道怎样来鄙视和贬低一切伟大事业和伟大人物，……这种理智断定，一连串这些伟大的行为所构成的伟大行为

[1] 清华简《系年》的发现，为"秦族东来说"提供了强有力的文献支撑，参见王洪军：《新史料发现与"秦族东来说"的坐实》，《中国社会科学》2013 年第 2 期。



和活动，固然在世界上创造了伟大的东西，并且给行为人带来了权力、名誉和声誉等后果，但是归属于个人的不是那种伟大的东西本身，而只是落在他身上的这种特殊而外在的东西；由于这种特殊的东西是一种结果，因而它好像应当是他的目的，甚至是他唯一的目的。"[1]心理史观充其量是一种佣仆的心理观。

法律不讲恩，这是古今中外法律的所具有的基本品质，这与法律治恶说的精神明通暗合。法律之所以不讲恩在于法律是以行使"合法暴力"为特征的强制规范体系，这与道德、习俗等规范形成了鲜明的对比。在法律与道德的诸种相互依存的关系中，唯有法律的不讲恩的冷峻特征方能显出道德讲求恩德的光辉品质。与道德规范相比，法律总体上只具有否定性价值，它只是在维持社会关系原状或避免一定社会关系恶化方面具有独特的价值。[2]这个道理儒家虽然明了却视而不见，将论战的矛头指向了法家人士的个人品质，到了人身攻击的程度。在《盐铁论》"非鞅"篇中，由贤良、文学士发出的讨伐之声最引人注目：

> 今秦怨毒商鞅之法，甚于私仇，故孝公卒之日，举国而攻之，东西南北莫可奔走，仰天而欢曰："嗟乎！为政之弊，至于斯极乎！"卒车裂族夷，为天下笑。斯人自杀，非人杀之也！

以追求仁义道德为目标的文学、贤良对商鞅之死以及族夷欢呼雀跃，不惜抛开平日里的斯文雅言，发出了"善有善报，恶有恶报"的庸俗评判。在事实判断方面，下面的表述就与后来儒家大师荀子入秦亲闻亲见形成的印象大相径庭：

> 商鞅峭法长利，秦人不聊生，相舆哭孝公。……其后秦日益弱。

又说：

> 今商鞅弃道而用权，废德而任力。峭法盛刑，以虐戾为俗，欺旧交以为功，刑公族以立威，无恩于百姓，无信于诸侯，人与之为怨，家与之为难。

盐铁会议上的儒士们不是非鞅的首创者，系统且颇具权威性的非鞅论当属《史记》。《史记·商君列传》行文约 3300 字，在近三分之一的文字中，司马迁借赵良这个儒家人物对商鞅口诛笔伐。在赵良与商鞅会谈场景中，与其

[1] [德]黑格尔：《法哲学原理》，范杨等译，商务印书馆 1961 年版，第 127 页。
[2] 有关法治的否定性价值的讨论，见[英]约瑟夫·拉兹：《法律的权威：法律与道德论文集》，朱峰译，法律出版社 2005 年版，第 194-196 页。

说商鞅与赵良在对话和辩论，不如说这是一场儒家集体对商鞅的审判，在这个特殊的法庭上，充当法官的儒家并没有给商鞅答辩的机会。这是一场不公平的审判，儒家既是一方当事人，也是法官。

在赵良判词中，商鞅治秦的功劳几乎全部被抹杀，并且添加了太史公评语中没有的新内容。商鞅被认为具有以下几个方面的道德缺陷或人格污点：第一，非名；商鞅依靠景监这一旁门左道的方法觐见秦王，相秦无名。第二，非功；商鞅相秦不为百姓事，以大兴土木为能事；第三，非教；商鞅以法为教，以法吏为师；第四，非寿；商鞅用法律而不是礼数对待贵族，将导致减寿；第五，非人；商鞅劓公子虔、杀祝懽、黥公孙贾等是不仁人的表现。非名、非功、非教、非寿、非人等“五非”论足以让商鞅死于非命，除非商鞅“听赵良言”：归还封地，辞官罢相，隐退山林。赵良判词以恐吓威胁的方法让商鞅就范，直言在秦孝公死后对商鞅动手：“秦王一旦捐宾客而不立朝，秦国之所以收君者，岂其微哉？亡可翘足而待。”处死商鞅的判决在先，商鞅“谋反”举动在后，“欲加之罪何患无辞”在这里活灵活现地体现出来，可谓人言可畏，历史不忍细读。

从赵良判词中同样得出了商鞅“严而少恩”的结论。支持这个结论的一个主要证据就是劓公子虔和黥公孙贾。劓刑和黥刑都是古代中国刑法中极为残酷的肉刑，然而，包括劓刑和黥刑在内的酷刑在孔子向往的西周就已经存在，并在周公旦的誓言和教导中得到了不折不扣的执行。《尚书·酒诰》中就有“放弒其君则残之”的明确记载。不可思议的是，被儒家谴责的这种不能体现恩情的酷刑（如凌迟、刺字等）却保留下来，至清末的沈家本时代才最终废除。就这里所提到的几个酷刑的残忍程度而言，黥刑最轻，劓刑次之，宫刑则最为残酷，但与车裂刑比起来则是小巫见大巫了。商鞅被处死后又被车裂，而指责商鞅实施酷刑的人在看到商鞅被处以更残酷的刑罚的时候，不仅未能用同样的标准谴责对商鞅用刑的人，反而颇生快意。需要提及的是，史记在行文中虽然没有从正面提出商鞅谋反的事实，仍借用秦惠公之口巧妙地将谋反的罪名加于商鞅，以致成为历史上著名的疑案。[1]

## 四、荀子师徒入秦与杂道文化

商鞅变法一百多年后，儒家大师荀子（约公元前 313—238）入秦，打破了“儒家不入秦”的惯例。在考察了秦国的山山水水之后，荀子发表了他的游秦观感：

[1] 朱维铮对该案考证后指出：“假如司马迁所记商鞅的末路属实，那么只能说这是正言若反。第一，证明商鞅法令已贯彻到秦国边境，因而旅舍主人，见商鞅拿不出通行证，便拒绝他投宿。第二，证明商鞅到自己的封邑发兵，无非藉以保护自己流亡郑国，而秦惠王派兵越境追杀，恰好反证商鞅没有反秦。第三，证明秦军杀害商鞅后，才将他五马分尸，因而作为‘公子虔之徒’的秦惠王，宣称商鞅因造反才被车裂，可谓事后追加罪名，”参见朱维铮的博客：http://www.china-review.com/cat.asp?id=25088。



其固塞险，形势便，山林川谷美，天材之利多，是形胜也。入境，观其风俗，其百姓朴，其声乐不流污，其服不佻，甚畏有司而顺，古之民也。及都邑官府，其百吏肃然，莫不恭俭、敦敬、忠信而不楛，古之吏也。入其国，观其士大夫，出于其门，入于公门；出于公门，归于其家，无有私事也；不比周，不朋党，倜然莫不明通而公也，古之士大夫也。观其朝廷，其朝闲，听决百事不留，恬然如无治者，古之朝也。故四世有胜，非幸也，数也。是所见也。故曰：佚而治，约而详，不烦而功，治之至也，秦类之矣。虽然，则有其諰矣。兼是数具者而尽有之，然而县之以王者之功名，则倜倜然其不及远矣！是何也？则其殆无儒邪！故曰粹而王，驳而霸，无一焉而亡。此亦秦之所短也。[1]

这是对秦国的一曲讴歌、一副赞美图。倘若没有最后一句关于秦国“无儒”的评价，单看荀子称道秦国民为“古之民也”，秦吏为“古之吏也”，秦士大夫为“古之士大夫也”，秦朝廷为“古之朝也”的颂扬，就知道荀子给秦国打了高分。荀子的言语当中流露了太多的溢美之词，但也有夸大的成分，说秦国“山林川谷美”，但这一描述改变了长期以来秦国穷山恶水出刁民的看法，更为重要的是，儒家开始改变对秦国的敌视态度，以自己的方法理解甚至讨好秦国。荀子眼中的秦国已经到了大治的局面，按照他自己的话说就是“治之至也。”在国际威望上，秦国也已到了“威动海内，强殆中国”的地步[2]。

荀子是战国后期的儒家巨人，但同时强化了法律在治国理政中的作用，“隆礼重法”的思想开创了礼法并治的新格局。荀子的思想“对秦汉时代的儒家影响极很大，特别是对此后封建正统思想的形成曾起过开路的作用，”[3]甚至封建正统思想的奠基人董仲舒也不得不“作书美孙卿”。[4]荀子入秦的动机不可考，他的身份既不太像说客，似乎也没有像商鞅那样有事秦的愿望。入秦的荀子更像一个访问学者。秦昭公把荀子作为儒者对待，只是由于秦昭公儒家无用论的话引得荀子滔滔不绝，大发议论，指出了秦国的弱点，暗示秦国无儒必亡的结局。

商鞅入秦在历史上是一件大事件，这一事件比之后来荀子、李斯和韩非子师徒三人相继入秦更具历史意义，荀子、李斯和韩非子进入的虽然都是秦国，但已是留下商鞅印记的秦国。商鞅要解决的是强秦的任务，后三人要面对一统天下的主题。倘若没有商鞅强秦在前，何来李斯等人辅佐秦王一统天下？荀子入秦的时代显然昭示了一种时代气氛，秦国持续不断地推行商鞅之法，其国力早已超越了霸天下的程度，一种人人可以感知和梦想的“一统天

[1] 《荀子·强国》。
[2] 《荀子·强国》。
[3] 张国华等：《中国法律思想史纲》（上），甘肃人民出版社 1984 年版，第 113 页。
[4] 刘向：《孙卿叙录》。

下”的气象正在形成。在荀子的影响和支持下，他的高足李斯学完“帝王之术”后决定入秦。我们难以知道荀子教授给李斯的帝王之术的具体内容，如果它仍囿于“三皇五帝”意义上的治理理念和技术，则仍然没有跳出纯儒的圈子。从李斯后来在秦国的主张和推行的治国路线看，他当然是不折不扣的法家。从史料的详细记载看，李斯对入秦事秦做了充分的思想准备，具有极为明确的目标。临行前，李斯向老师表达了入秦的动机和目的：

> 今秦王欲吞天下，称帝而治，此布衣驰骛之时而游说者之秋也。[1]

李斯是朝着秦国的帝王事业而入秦的，不同于商鞅当年为了强秦而入秦。此时此刻，秦国已经发生了翻天覆地的变化，天下格局也从七国相互制衡走向了以秦国为中心。李斯初见秦王时就对天下的大势做了如下总结和分析：

> 自秦孝公以来，周氏卑微，诸侯相兼，关东为六国，秦之乘胜役诸侯，盖六世矣。今诸侯服秦，譬若郡县。夫以秦之强，大王之贤，由灶上骚除，足以灭诸侯，成帝业，为天下一统，此万世之一时也。[2]

荀子时代的秦国已经显露出帝国的气势，对秦国而言，其他六国“譬若郡县”，统一天下只是一个时间问题。荀子并不打算阻止秦国吞并天下的“狼子野心”，李斯入秦前向他阐发的一番告别演说词不是间接证明了自己希望秦国统一天下的心愿吗？历史显示出足以引起人们遐想的场景乃是，老师入秦在先，随后弟子事秦在后，而且这位老师居然还享有儒家大师的称号！需要注意的是，李斯入秦后不久，荀子的另外一个高足韩非子也现身于秦国，后者对秦王的影响甚至超过了李斯的作用。

除非我们不认可荀子是儒家人物，否则可以推断儒家在协助秦国统一天下中发挥了重要作用；除非李斯和韩非子双双背叛了老师的教诲，否则荀子之学中当然包含了中央集权统治所需要的“帝王之术”。李斯以政治实践家的身份践行了帝王之术，而韩非子从理论上高度概括了这个帝王之术。如果说荀子入秦时对秦国“无儒”感到遗憾，那么李斯和韩非子入秦或事秦，是不是间接弥补了无儒的缺憾？不过，历史中的学术图谱却难以清晰统一，韩非子被后世誉为法家的集大成者，司马迁却将其划入老子学派。李斯被荀子亲自送到秦国，在历史上却留下了酷吏的恶名。

李斯和韩非子既然向荀子学帝王之术，又准确预测秦王变帝王的大趋势，那么统一天下之后的秦帝国应当采用什么样的统治之术呢？在大世将出的时候又有什么样的政治哲学可以作为正当性根据呢？这些问题随着秦国日益强

[1] 《史记·李斯列传》。
[2] 《史记·李斯列传》。



大以及不可挡的前进趋势而日渐明显，像荀子这样的儒家大师当然不会视而不见。

荀子不是那种凭借弟子出名的学者，李斯和韩非子吸取了荀子之学中的法律思想，加重了法律在治理天下中的分量，相对降低了礼或道德对于统一之后的天下的主导作用。荀子改变了礼法的本末之争，而将法与礼转换为工具—目的论的关系。荀子之所以能够成为儒家的代表人物，就在于他系统地提出了用法来推礼的思想和机制。法是实现礼的工具和手段，越是重法，就越是加强了礼的功能和作用，这样一来，后期儒家既通过法律确立了儒家的正统地位，也可以在统治失败的时候把罪名推给法家。

荀子既是杂儒的开创者，也是杂法的先行者。按照儒家早期的类型划分标准，儒家分为纯儒和杂儒。汉以后，儒家的学说中注入了法家、道教、阴阳家、兵家甚至佛家的因素，这已是不争的事实。儒家为体，其他学说为用，形成了支配中国社会二千余年的思想和政治统治模式。汉廷虽然在统治策略上提出了“罢黜百家，独尊儒术”的主张，但并未改变儒家的杂道性质，“儒术”早已不是那个纯儒了。儒家强调王道，但在政治实践中并不排斥霸道，王道以德，霸道以法，形成了“外儒内法”的统治格局。

宋朝理学家张栻有言，“学者要须先明王伯之辨，而后可论治体。”[1]王伯之辨即王霸之辨，这几乎成为中国学术史、政治史、思想史的主线，如同今人论统治之术，则先要论国体而后可论政体。在历史上，主张王道者有之，主张霸道者有之，主张杂道者有之。然而，实际情况如何呢？且看唐高宗李治与令狐德棻的一段对话。唐高宗问：“何者为王道、霸道？又孰为先？”令狐德棻对曰：“王道任德，霸道任刑。自三王已上皆行王道，唯秦任霸术，汉则杂而行之，魏、晋已下，王霸俱失。”[2]这就承认了中国历史的治理之术先行王道，王道衰，霸道兴，而后王霸合，遂使王道、霸道俱失，出现了所谓的杂道。杂道中既有王道的成分，也有霸道的因素，但是，这已不是那个原先的王道，也不是原先的霸道了。

中国历史改朝换代的战争结束之后，为证明本朝的合法性，对前朝往事给予彻底否定成为了不断割断历史的坏传统，而刻意丑化和贬低前朝往事则是固有的手法。汉初，陆贾向刘邦献国策：

> 居马上得之，宁可马上治之乎？……向使秦已并天下，行仁义，法先圣，陛下安得而有之？[3]

事实上，汉朝对秦朝的口诛笔伐并没有让它停止“汉承秦制”的工作，“行仁义”、“法先王”的儒家教义更多体现为官方的话语表达，却与统治的具体

[1] 张栻：《南轩先生文集》卷十六史，论汉家杂伯。
[2] 刘昫：《唐书列传》卷二十三，令狐德棻传。
[3] 《史记·陆贾传》。

实践往往发生背离，温文尔雅的“外儒”外观包裹的则是冷峻严厉的“内法”。《汉书》卷八三本传记说：

> 博尤不爱诸生，所至郡辄罢去议曹，曰：岂可复置曹邪！文学儒吏时有奏记称说云云，博见谓曰：如太守汉吏，奉三尺律令以从事耳，亡奈生所言圣人道何也，且持此道归，尧、舜君出，为陈说之。其折逆人如此。

朱博是西汉末期的人物，官至哀帝建平时期丞相，他的上述言论与官方儒教表达迥异，但表达了外儒内法的实际情况，而这不是唯有汉朝独有的统治格局。陆贾以法得天下，以儒治天下的建议虽然令人向往，却不是历史事实。可以说，外儒内法是二千多年来传统社会的主线，法家思想一直贯穿于统治思想和治国实践当中，只不过这里所讲得法家是已经被改造的后期法学或杂法。

法家亦有纯法家和杂法家两种，前者以商鞅为代表，后者以韩非子为代表。纯法家的时代因为商鞅之死而式微，其标志乃是术、势、律并立，法律为此丧失了它的科学性和自主性，间接地使建构法治国家的努力付之东流。牟宗三说：中国老习惯中所说的法治是按照法家传下来而讲的，所以一提到这个名词就令人可怕。”[1]对法家全盘否定造成的严重后果之一，就是给后来的历朝历代的统治者提供了不依法办事的正当性理由，提到法治就有苛政之嫌，提到执法人员就是酷吏，以致学人不敢以法为教，政治家不敢以法为纲。

## 五、作法自毙的法治精神

商鞅时代的秦国处死了商鞅，其后继者却继承了商鞅变法几乎全部的遗产。大多数史学家不得不承认，商鞅变法奠定了秦国统一中国的制度性框架。刘向曾给予商鞅极高的客观评价：

> 秦孝公保崤、函之固，以广雍州之地，东并河西，北收上郡，国富民疆，长雄诸侯，周室归籍，四方来贺，为战国霸君，秦遂以疆，六世而并诸侯，亦皆商君之谋也。夫商君极身无二虑，尽公不顾私，使民内急耕织之业以富国，外重战伐之赏以劝戎士，法令必行，内不阿贵宠，外不偏疏远，是以令行而禁止，法出而奸息。[2]

北宋王安石称商鞅变法后“百代遵其制”。 唐德刚认为，商鞅变法开启了中国

[1] 牟宗三：《中国哲学十九讲 》，上海世纪出版集团 2005 年版，第 126 页。
[2] 《史记·商君列传》。



“第一次政治社会制度大转型”的序幕，郭沫若则肯定地说：

> 秦王政后来之所以能够统一中国，是由于商鞅变法的后果，甚至于我们要说秦汉以后的中国的是由商鞅开的幕，都是不感觉怎样夸诞的。[1]

在阐释中国历史的阶段性特征时，牟宗三认为，三大事件构成了中国历史的主要结构：周公制礼作乐、先秦法家开出的政治格局以及从辛亥革命到当代的民主建国，这一判断再次证明了先秦法家的重要历史地位。[2]在商鞅死后的 117 年，一个适用于全中国的商鞅版“秦法制”建立起来，秦帝国短命的事实没有妨碍秦法制在汉以后在中华帝国中继续存活下去，延伸到 1911 年成立中华民国。

对历史事件和人物的证明评价既要建立在历史事实基础上，也要遵循科学的方法论。如果跳出儒家观点的圈子，“法治的模式为中国历史的研究这提供了一个框架，从而超越了在评价中国早期法律改革中的基于道德义愤的判断。”[3]下面从“作法自毙”词义和政治国家产生等方面评判商鞅变法中的法治因素，并归纳商鞅心目中的法律国图景。

### （一）作法自毙中的法治精神

商鞅之死，历史上有许多说法，阶级斗争论和儒家的报应论均认为商鞅死有余辜。抛开这种意识形态的立场和争论，在某种程度上商鞅死于他领导制定的法律及其法律体系。商鞅既是该法律体系的创建者，也是该法律体系的“以身试法”者。《史记·商君列传》：

> 商君亡至关下，欲舍客舍，客人不知其是商君也，曰：“商君之法，舍人无验者，坐之。”商君喟然叹曰：“嗟乎！为法之敝，一至此哉！”

查验身份然后才可以入住旅店，这应是当时秦国的一条法律规定，[4]商鞅在逃亡路上不敢亮明身份，旅店经营者也不敢让商鞅入住，否则将产生连坐的法律后果，这说明法律的效力已经达致全国，并在最底层和边远的地方得到了不折不扣的执行。问题的关键在于，为什么旅店经营者拒绝无身份之人入住就让商鞅发出了法律之弊的感叹，难道这个旅店经营者任人无证入住就可体现法律之善吗？“为法之敝，一至此哉”的记载颇令人生疑，即使商鞅真的说过这样的话，极有可能的意思是在特定语境下的自我嘲

[1] 郭沫若：《十批判书》，东方出版社 1996 年版，第 303 页。
[2] 见牟宗三：《中国哲学十九讲》，上海世纪出版集团 2005 年版，第 140 页。
[3] 高道蕴：《中国早期的法治思想？》，载高道蕴等编：《美国学者论中国法律传统》，中国政法大学出版社 1994 年版，第 351 页。
[4] 试比较《旅馆业治安管理办法》第 6 条、《中华人民共和国治安管理处罚条例》第 58 条关于住宿条件以及对无证入住的处罚规定。

讽，这也是为什么后人将“为法之敝”改为“作法自毙”的一个重要原因。“为法之敝”之“为”可当“作”解，“为法之敝”可当“作法之弊”解，但将“作法之弊”的谐音改为“作法自毙”则使原本的含义发生了质的改变。如果为法之敝的对象在商鞅那里只限于舍人之法，作法自毙的对象则扩展至所有立法者制定的法律。

然而，上述商鞅自我嘲讽之说颇难成立，主要依据是“喟然叹曰”与所叹内容似乎相反。喟，因感慨而叹气，人发出感叹的原因很多，不惟独伤感悲伤之时才叹气。“喟然”有赞美认同之意，这在经典文献中屡见不鲜，如：“於斯之时，天下大说，向风而听，随流而化，喟然兴道而迁义”（《史记·司马相如列传》）。“夫子喟然叹曰：‘吾与点也！’”（《论语·先进》）“颜渊喟然叹曰：‘仰之弥高，钻之弥坚，瞻之在前，忽焉在后。’”（《论语·子罕》）孔子和颜渊在喟然叹曰时均表达了赞美和宽慰之意，由此推论，商鞅所发出的喟然叹曰只有在对舍人守法的举动表示敬意才合乎逻辑，在这个意义上，不是“为法之弊”而是“为法之利”才可以使前后语句意思相连，更能体现商鞅变法所追求的效果。

把“为法之弊”改为“作法自毙”固然不失为攻击法家的方法之一，满足了历史上不同的人对法家人物口诛笔伐的快意，然而，在现代社会中，作法自毙这一成语却歪打正着地与法治的真谛发生了关联。作为引申义，作法自毙可能包含的一个意思是立法者所立之法有可能伤及自己，为了避免作茧自缚的结局，立法者最好不要制定严刑峻法，但这恰恰使得立法者为了避免受到法律制裁，在制定法律之初就最大限度地把所有的法律义务都给了他人，而把法律权利留给了自己。倘若立法者自己制定的法律也要受其约束，在违法的情况下受自己所立之法的制裁，这就接近了今人所论法治的核心。[1]立法者不受其制定的法律的约束，或者在明显违法之后仍然享有免责的特权，无论立法者制定的法律是否在惩罚范围和处罚措施上是否严酷，都与法治的标准相去甚远。

法律是否严酷的标准不在于它的处罚后果上是否残忍，而在于在同等条件下是否适用于所有人，即使在今天我们也很难认同入店查验身份的做法体现了法律的严酷性。严刑峻法不是恶法的表征，轻处宽罚并非就是良法，人人受制于法律并在违法的情况下受到法律制裁，法虽严酷也不失为良法，在同等条件下社会成员的一部分人不受法律制约，适用于其他社会成员的同一法律在制裁措施上虽轻且软，也是恶法的表现。

（二）政治国家与法律的统治

“商君相秦十年，宗室贵戚多怨望者。”贵族是特权阶层，世卿世禄。

[1] 苏格拉底不肯逃狱的理由是他要遵守城邦的法律，因为城邦的法律是他与城邦的约定，这就把自己视为是立法者的成员。在亚里斯多德著名的法治概念中，除了规则之治、良法之治外，还包括需要普遍遵循的“守法之治”，守法之人包括统治者自身，有关讨论参见[古希腊]柏拉图：《游叙弗伦苏格拉底的申辩克力同》，严群等译，商务印书馆 1983 年版；[古希腊]亚里斯多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆 1965 年版。



春秋之后，贵族政治的局面开始走向瓦解，但并没有彻底崩溃。齐、楚、魏等国虽然采取了法家思想并且早于秦国变法，但并没有对贵族统治形成制度上的威胁，只有商鞅在秦国的变法真正触动了贵族的统治，这是商鞅变法成功的重要因素。梁启超曾有言：“始终未行贵族政治者，唯一秦国耳。”[1]这不是说秦国立国以来始终没有出现贵族统治，这个判断只有在商鞅变法之后才能成立。商鞅开启了一个以国家为本的新体制以及相应的国家政治哲学，瓦解了贵族统治，确立了法律的统治，在君主、国家和法律之间确立了非人格的权利义务关系。法律统治要求所有的人同等地适用于法律的规定，无贵贱、尊卑之别，这与礼治所倡导基于身份原则的差别对待体制形成了鲜明的对比。

秦帝国之初，关于帝号的讨论首先确定了国体的性质。在此之前，有许多关于最高统治者的称呼，如“王”、“帝”、“天皇”、“地皇”、“泰皇”等，“泰皇”最为尊贵。秦始皇在诸多的选择当中，去掉“泰”字，保留“皇”字，又采用上古“帝”的名号，合成“皇帝”。“始皇帝”作为新的政治概念中断了“三皇五帝”传统，表达了开启新时代绝对规范的意义，发明了官僚国家治理的新形式，具有开天辟地的意义。昂格尔在评价秦法制的历史意义时指出：

> 有组织的行政官僚开始确立起来了，他们的许多特点深深地刻画了中华帝国和现代西方官僚政治。毕竟，政府正在把日益广泛的社会活动纳入自己的控制和指导范围之内而斗争，把从前被认为是社会自我调节秩序组成部分的领域政治化。[2]

官僚制国家是在封建制国家的废墟上建立起来的拟制国家，它摧毁了以家庭伦理为基干的封建等级秩序，构建了官僚法为精神的公共统治秩序。在国家范围内只有一个也是唯一的最高权威；“法自君出”的权威原则确立了君王的最高法律地位和权威力量，任何与之相悖的权威，无论来自伦理的权威还是道德的权威，都要在这个政治权威面前让步和屈服。只有在官僚法律体系面前，国之忠和家之孝的经典冲突才得以突显出来，最终则使家威服从于国权。国法高于家法使国家成为凌驾于任何人和社会组织的力量。

国法与家法分离的事实不能忽视君王既作为国之君与家之长的双重身份。在任何意义上，视国为家的君王以爱民的角度阐释这种情怀则无可厚非，然而，将国家利益与君王的利益不加区别地混同，就会得出君王“以我之大私为天下之公”的结论，[3]在这个意义上，出自君王的法律则是执行君王私利的工具。当法律成为超越君王私家利益成为治理国家的正当性工具，约束君王的行为就不再是由传统、习俗乃至具有恐吓性的天人感应力量来决定，而由

[1] 梁启超：《先秦政治思想史》，浙江人民出版社 1998 年版，第 48 页。
[2] [美]昂格尔：《现代社会中的法律》，吴玉章、周汉华译，译林出版社 2001 年版，第 96-97 页。
[3] 《原君》。

法律作为天下公器发挥约束所有人的规范作用。“夫不待法令绳墨，而无不正者，千万之一也。”[1]公器作为行为的准则，即使君王也不能改变，在这一点上，只要看看传统法律词汇汇总将众多的度量衡术语（如规矩、方圆、尺度、绳墨等）作为法律的隐喻就可以一目了然。

借助于官僚法律体系，国家拥有了属于自己的统治领域并强制性居于权威之首，开启了政治国家的历史纪元。政治国家统治具有非人格化特征和法律的普遍有效性。摆脱了情感和习俗制约的官僚法律体现了冷冰冰的理性的单一力量，这使得法律可以有效地不加区别地适用于所有的人，从而提高了大国统治的效率。在《商鞅》一诗中，王安石有针对性地说：“今人未可非商鞅，商鞅能令政必行。”对于一个通过战争统一了广袤国土的政权而言，为了保障令行禁止，避免再次分裂和新的战争，没有什么通过人为的制度设计更能维护大一统的局面。

（三）商鞅的法律理想国

商鞅“以身试法”的举动令人想起苏格拉底对雅典城邦法律的遵守，而对政治国家的建构则确立了世界上最早的世俗君主制国家，这一切都与他追求的理想国具有千丝万缕的关联。在《商君书》的主要篇章中，商鞅通过法律的视角为国家治理描绘出理想的目标和途径。法律的重要性和有效性在于定分止争，在于禁奸除恶。法律禁恶的功能几乎是所有变法人士的共同认识，但并非所有的国家都获得了强国富民，统一天下的基业。这是因为“国皆有法，而无使法必行之法。国皆有禁奸邪刑盗贼之法，而无使奸邪盗贼必得之法。”[2]严刑峻法固然是使法必行之法，却不是唯一的方法，关键要在全社会形成学法、知法和用法的大环境，如此则“势不能奸，虽跖可信也；势得为奸，虽伯夷可疑也。”[3]在对法律作出了这样的定性和功用之后，商鞅通过以下的理念和措施勾勒出理想的法律国家的面貌。

1、君王任法去私，依法治国。商鞅认为国家大乱和不能有效治理的根源不在于“非其法乱也，非法不用也，”[4]而在于君王“释法制而任名誉”，“以私害法”，导致民众从君而不从法。“民不从令，而求君之尊也，虽尧、舜之知，不能以治。”[5]为此，商鞅明确提出了与儒家截然相反的为君之道：“言不中法者不听也，行不中法者不高也，事不中法者不为也。”[6]

2、以法治官，坚守法律面前人人平等的原则。商鞅是我国古代为数不多地坚守法律面前人人平等的法学家之一，他明确提出：“刑无等级，自卿相、将军以至大夫、庶人，有不从王令，犯国禁、乱上制者，罪死不赦。有功于前，有败于后，不为刑损。有善于前，有过于后，不为亏法。”在此要义下，

1 《商君书·定分》。
2 《商君书·画策》。
3 《商君书·画策》。
4 《商君书·画策》。
5 《商君书·君臣》。
6 《商君书·君臣》。



对于官员实施更为严格的惩罚，“守法守职之吏有不行王法者，罪死不赦，刑及三族。”[1]

3、民众守法是自治的表现，不仅可以抵制来自官吏的非法侵害，也可以达致大治效果。商鞅提出法律应当简明易懂，不仅要公布于众，而且要设置专门的法官负责解释法律。“吏民欲知法令者，皆问法官。故天下之吏民，无不知法这。吏民知民知法令也，故吏不敢以非法遇民。”更为重要的是，“万民皆知所避就，避祸就福，而皆以自治也。……故天下大治也。”[2]理想的“有道之国”是“治不听君，民不从官。”[3]

以上几个方面揭示了商鞅的君为守法之君，官为守法之官，以及民为守法之民的理想国。当然，君、官、民所共同遵守的法律并不建立在法律作为公意的良法基础上，这是认识传统法治与现代法治格外需要注意的地方。

## 六、结论

非鞅论作为历史传统消解了法律在中国人心目中的地位，但描述商鞅正价值的言论并没有在历史上销声匿迹，每当国家发生重大危机、有为的政治家实施变革之际，后者的声音就会显现出来。梁启超在百年前指出，“我国不采法治主义则已，不从事于立法事业则已，苟采焉而从事焉，则吾先民所已发明之法理，其必有研究之价值，无可疑也。”[4]在梁启超心目中，法治主义的法理及其精神就是商鞅之法的要旨。先秦法家的法派学说没有建立现代意义上的法治模式和标准，但也不必然支持一个不受制约的权力主义政府，在重要的意义上，倡导使统治者（君主、官吏）服从于法律的精神有助于重新认识我国法治在起步时面貌。毋庸置疑，先秦法治的思想自然与儒家理想国要求相距甚远，也与现代法治的理想标准存在较大的距离。商鞅的弱民、愚民和重刑思想让憧憬仁人道德的儒家十分厌恶，也令提倡自治和权利的现代法治主义者不满。从历史客观主义的角度看，秦法制确立了近代官僚国家的制度体系，开创了用法律而不是道德约束公权力的制度和实践。需要注意的是，由商鞅变法确立但经汉朝改造的秦法制具有杂道的显著性特征，这可以使统治者在认为和平时提倡儒家的仁爱之治，在认为是战争状况时毫不留情地启动法律之治，以便交替使用以德治国和依法治国的治国方略，这是认识我国传统政治制度的前提，也是在现代性来临之际实施革新不得不面对的背景因素。对秦法制实施现代化的改造，需要在继承秦法制的实证主义法学的基础上，强化法律生成过程的民主性，并以现代性的基本理念作为贯穿始终的主线，完成内生性法律与移植性法律的有机统合。

1 《商君书·壹刑》。
2 《商君书·定分》。
3 《商君书·说民》。
4 梁启超：《梁启超法学文集》，范中信选编，中国政法大学出版社 2000 年版，第 71 页。

# 法家及其法治的历史命运
## ——基于对商鞅法治思想的反思

黄金荣*

**内容提要：**商鞅的法治思想及其实践既成就了一统中国的秦帝国，也塑造了古代中国唯一的“法治国”形象。但商鞅以及后来者韩非子的法治思想中蕴含的极端君主专制逻辑也对秦帝国末期法治全面蜕变为暴政并导致其速亡负有不可推卸的责任。秦帝国灭亡之后儒家的德治思想最终统治中国两千多年并非偶然，它在限制君主权力、保障社会自由和强调法律的人道主义等方面确实都显示出优于法家法治的特点。法家的形式主义法治精神和儒家的实质主义法律理念在今天仍然是我们建设法治的宝贵历史“本土资源”。

**关键词：**商鞅变法 法治 德治 法家 儒家

在倡言法治的今天，法治成了一种新的意识形态，而中国历史上儒家的德治则成了一种今天法治急欲摆脱的反面历史典型。但历史的吊诡之处却在于，西汉之后，儒家的德治之所以能够一统中国并延续两千多年，就是秦帝国法治已经丧尽人心。秦帝国的法治始于商鞅变法，即便在今天看来，商鞅的法治思想也仍然光芒四射，其一手缔造的秦国形式主义法治实践不仅空前，而且到现在为止也仍可以说是绝后。但令人遗憾的是，商鞅成就的秦国法治最终却成了中国历史上恶政的代名词，商鞅以及另外两个与秦帝国密切相关的法家——韩非子和李斯最后也都成了这种法治的牺牲品，而在战国时期一直鲜有统治者问津的儒家德治思想却在秦帝国灭亡之后很快成了国家的主导思想，并最终成就了一统中国两千多年的历史传奇。在致力于建设法治的今天，法家法治和儒家德治的不同历史命运确实值得我们深思。

## 一、商鞅“法令至行”的法治理念与实践

在战国各国变法图强的历史潮流中，儒家的德治学说曲高和寡，儒家总体也并没有摆脱孔子时代“丧家之犬”的命运。但与之相反，法家则往往成了各国的坐上宾，其极具实用主义精神的法治学说经常大行其道。法家们主持的变法大都也取得了很大程度的成功，差的也至少取得了一时之效。例如，李悝变法，“行之魏国，国以富强”；[1]吴起在楚国变法致“诸侯患楚之强”；[2]申不害在韩国变法的结果则是“终申子之身，国治兵强，无侵韩国者”。[3]

当然，在所有法家的变法中，商鞅变法无疑是最成功和最彻底的，后世都将“商鞅变法”作为变法成功的楷模。商鞅的法令“行之十年，秦民大悦，道不拾遗，山无盗贼，家给人足。民勇于公战，怯于私斗，乡邑大治”；再“居五年，秦人富强，天子致胙于孝公，诸侯毕贺”。[4]商鞅变法作为一种“强国之术”无疑是成功的，它确实从根本上改变了秦孝公在招贤令中所说的“诸侯卑秦”，“国家内忧，未遑外事”的局面，[5]并最终为秦国一百多年后完成统一中国的千秋伟业奠定了坚实的制度和物质基础。

商鞅变法之所以能够比前人取得更大的成功，原因就在于其更加彻底地用法治推动了秦国制度的全面变革。对于商鞅变法中推行的法治，《战国策》以极为赞赏的语气称赞，“商君治秦，法令至行，公平无私。罚不讳强大，赏不私亲近”。[6]可以说，商鞅变法不仅在通过变法实现对国家“有规划的变迁”方面史无前例，而且在践行法治方面在中国历史上也可说绝无仅有，试想，在中国的历史上，除了商鞅变法后的秦国，还有哪个朝代可以得到“法令至行，公平无私”的至高评价？因此，商鞅变法不仅造就了一个政治和经济上都极为成功的秦国，而且也成就了古代中国最早、也几乎是唯一的“法治国”形象。

商鞅变法之所以能够成功，当然还有一个根本性的因素，那就是其法治思想主张得到了秦孝公的全面支持。也正因如此，我们可以从商鞅的法治思想本身考察秦国法治的真正面貌。商鞅的法治思想既有与其他法家一致的一面，也有其非常特殊的一面。与所有法家一样，商鞅将法治视为实现富国强兵的手段，深信“以法治者，强”，[7]商鞅也与其他大部分法家一样特别强调能使“民威”和“无奸”的“刑治”，认为“禁奸止过，莫若重刑”，[8]“以刑去刑，刑去事成”。[9]但与其他法家相比，商鞅的法治思想和实践也具有鲜明的特色，在某些方面甚至大大超越了与其同时代的法家，即便韩非子等后世法家也难以完全与其相提并论。

### （一）使“天下之吏民，无不知法者”的普法教育

* 中国社会科学院法学研究所副研究员。

1 《汉书•食货志上》。
2 《史记•孙子吴起列传》。
3 《史记•老子韩非列传》。
4 《史记•商君列传》。
5 《史记•秦本纪》。
6 《战国策•卫鞅亡魏入秦》。
7 《商君书•去强》。
8 《商君书•赏刑》。
9 《商君书•靳令》。

自子产通过公布成文法打破“刑不可知则威不可测”的传统，法律就逐渐被法家作为治理国家、推动社会改革的最有效手段。商鞅也明确提出，“法制明则民畏刑。法制不明，而求民之从令也，不可得也”，[1]认为“法明治省”[2]，而“法之不明者，君长乱也”。[3]但商鞅对“明法”的要求并不限于此，更更为重要的是，他明确提出了“欲使天下之吏民，皆明知而用之”[4]的普法思想。为了达到“天下之吏民，无不知法者”这个宏大目标，他不仅提出要“法详”[5]、“法明白易知”，从而使“愚智遍能知之”，而且还试图通过“置法官吏为之师，以道之知”。也就是说要通过设置专门的官吏宣传法律，因此，“吏民欲知法令者，皆问法官”，“诸官吏及民有问法令之所谓于主法令之吏，皆各以其故所欲问之法令，明告之”。[6]

普法的还有一个重要方法是通过对不知法者和未尽普法责任的官吏的惩罚达到让其认识到知法重要性的目的，为此商鞅主张“民敢忘行法令之所谓之名，各以其所忘之法令名罪之”，“主法令之吏不告，及之罪，而法令之所谓也，吏民之所问法令之所谓，皆以吏民之所问法令之罪，各罪主法令之吏”。虽然这种对不知法者的惩罚显得非常极端，但其出发点还是在于强调官员和百姓一体知法的重要性。他认为，如果全社会都知法，“万民皆知所避就；避祸就福，而皆以自治也”，不仅如此，普法还能达到官吏与百姓相互制约的目的，所谓“吏明知民知法令也，故吏不敢以非法遇民，民不敢犯法以干法官也”。[7]

商鞅主张“治国贵下断”，其核心理由就在于，在“上令而民知所以应”的情况下，万民就可以达到“自治”的目的，人们在家里就能判断是非曲直，当然就用不着各级政府官吏来行使这种判断之权，更不用君主来这么做，如果反过来事事都要依赖官吏甚至君主来判断，那只能说明法治的失败，因此商鞅认为“断家王，断官强，断君弱”。[8]

（二）“为法令，置官吏”的法律职业主义

在法家思想中，商鞅的“法官”思想非常独具特色，他不仅提出了中国历史上最早的“法官”概念，而且也可以说提出了中国最早的法律职业主义观点。在《商君书•定分》一文中，秦孝公就问商鞅，“欲使天下之吏皆明知而用之，如一而无私，奈何？”商鞅提出的主张就是“为法令，置官吏。朴足以知法令之谓者，以为天下正”，“以为天下师”。君主任命专门的官员“各主法令之”。商鞅对主法令的法官或法吏的设计是，“天子置三法官。殿中置一法官，御史置一法官及吏，丞相置一法官，诸侯郡县皆各为置一法官及吏”。

1 《商君书•君臣》。
2 《商君书•弱民》。
3 《商君书•壹言》。
4 《商君书•定分》。
5 《商君书•说民》。
6 《商君书•定分》。
7 《商君书•定分》。
8 《商君书•说民》。



法官的职责就是熟悉法律，并向其他官员和百姓提供专门的法律咨询服务，因此“吏民欲知法令者，皆问法官”，做到“天下之吏民，无不知法者”，从而使“天下之吏民，虽有贤良辩慧，不敢开一言以枉法；虽有千金，不能以用一铢”。由于法官身负为天下“明法”的任务，因此他自身也对知法和守法富有很大责任。因此法官不能随意解释法律，“有敢剟定法令损益一字以上，罪死不赦”；对人们的询问，法官也不能不宣告法令，否则“皆以吏民之所问法令之罪，各罪主法令之吏”。从《定分》一文的描述看，商鞅所谓熟悉法令的法官只是负责法律咨询工作，并不负责审案断案，但尽管如此，法官对于法律的解释和解答无论对于官员还是百姓而言都是一种有关法律的权威答案。

（三）“公平无私”的法律平等主义

主张法律平等主义几乎是所有法家的一致特征，但商鞅无疑是其中主张贯彻得最彻底的法家之一。商鞅变法的一个最著名的内容就是通过实行平等的军功制度限制秦国贵族的权力，提升平民的地位。“有军功者，各以率受上爵”，“宗室非有军功论，不得为属籍”，从而做到“有功者显荣，无功者虽富无所芬华”。[1]

与其他法家一样，商鞅特别强调法律适用上的平等主义，这个方面商鞅最著名的一段话就是主张“刑无等级。自卿相将军以至大夫庶人，有不从王令，犯国禁，乱上制者，罪死不赦。有功于前，有败于后，不为损刑。有善于前，有过于后，不为亏法。忠臣孝子有过，必以其数断。”[2]在“刑无等级”这个方面，众所周知的一个最著名事例就是“太子犯法”，“刑其傅公子虔，黥其师公公孙贾”。[3]

为了实现“法必明，令必行”[4]的目标，商鞅特别反对“君臣释法任私”和“以私害法”，[5]而主张“上开公利而塞私门”，“私门不请于君”。[6]他认为，为，如果释法任私，必然导致“法无度数”，“法立而治乱”。[7]与此同时，商鞅特别强调法律的公信力问题。商鞅认为，“信者，君臣之所共立也”，[8]“信则官不敢为邪”，[9]而“民信其赏则事功成，信其刑则奸无端”。[10]在商鞅看来，如果“人君能使其民信于此明如日月”，“则兵无敌矣”。[11]由此可见，商鞅变法从“徙木立信” 确立法律的公信力开始，最终达到“法令至行”的法治境界绝非偶然。

1 《史记•商君列传》。
2 《商君书•赏刑》。
3 《史记•商君列传》。
4 《商君书•画策》。
5 《商君书•修法》。
6 《商君书•壹言》。
7 《商君书•错法》。
8 《商君书•修权》。
9 《商君书•垦令》。
10 《商君书•修权》。
11 《商君书•错法》。

（四）“治法明，则官无邪”的以法治官思想

法家主张法律适用上的平等主义一个必然的逻辑推论是，必须重点限制官员和贵族的权力。商鞅在此方面既是最早、最深刻阐述这一思想的法家，同时也是直接身体力行的成功实践者。商鞅一句著名的话就是“法之不行，自上犯之”，他也在中国历史上首次开创了“王子犯法与庶民同罪”的著名案例。商鞅相信“治法明，则官无邪”，[1]“法平则吏无奸”。[2]他主张用法治限制官员的行为，“任法而治矣。使吏非法无以守，则虽巧不得为奸”，[3]而对于枉法的官员进行严刑峻法，“守法守职之吏，有不行王法者，罪死不赦，刑及三族”，[4]从而使“群臣不敢为奸”。[5]以法治吏的目的一方面在于防止“奸臣鬻权以约约禄”，[6]使“徙迁者不饰，代者不敢更其制，过而废者不能匿其举”，另一方面也在于可以提高行政效率，从而达到“治不留”与“无宿治”[7]的目的。商鞅以法治官还有一个更为有意义的目的，那就是防止“秩官之吏隐下而渔民”[8]以及“邪官”“为私利于民”。[9]

在商鞅以法治官的思想中，其有关通过法律达到以民限官效果的思想也颇具特色。商鞅认为，在“吏明知民知法令”的情况下，“吏不敢以非法遇民”，“遇民不修法，则问法官，法官即以法之罪告之，民即以法官之言正告之吏。吏知其如此，故吏不敢以非法遇民”。[10]这就是说，通过法官的帮助百姓得以知法，一般的官吏就不敢以非法手段对待百姓。反对子产铸刑书的晋叔向曾担心铸刑书之后，“民知有辟，则不忌于上，并有争心，以征于书，而侥幸以成之”，[11]但在商鞅看来，这种民以法抗官的现象正是实现其法治的一种有效手段。

（五）“明主任法”的“明王”论

从现代的法治观点看，法家施行“不别亲疏，不殊贵贱，一断于法”[12]的法治最大的一个疑问就是如何处理法律与君权关系问题。商鞅对君权至上并没有提出质疑，但他提出了“明主任法”[13]的明王论，他要让君主相信，遵守法治最符合国家和其自身的切身利益。他认为，“明王之治天下也，缘法而治”，[14]而“处君位而令不行，则危”，“背法而治，此任重道远而无马牛”。[15]他认

1 《商君书•壹言》。
2 《商君书•靳令》。
3 《商君书•慎法》。
4 《商君书•赏刑》。
5 《商君书•画策》。
6 《商君书•修权》。
7 《商君书•垦令》。
8 《商君书•修权》。
9 《商君书•垦令》。
10 《商君书•定分》。
11 《汉书•刑法志》。
12 《史记•太史公自序》。
13 《商君书•修权》。
14 《商君书•君臣》。
15 《商君书•弱民》。



为，“明主任法去私”，“爱权重信，而不以私害法”，[1]商鞅认为，君主在守法方面成为臣民模范的意义在于，“君好法，则臣以法事君；君好言，则臣以言事君。君好法，则端直之士在前；君好言，则毁誉之臣在侧。”[2]

商鞅把法律视为维系君臣信任关系的基本准绳。商鞅认为“国之所以治者三：一曰法，二曰信，三曰权”，虽然其认为“权者，君之所独制也”，但也认同“法者，君臣之所共操也；信者，君臣之所共立也”，[3]因此法治国应该是君臣共治天下，而不是君主乾坤独断。这种观点又与其“治国贵下断”的主张相呼应，他主张“断家王，断官强，断君弱”。在他看来，一个实行法治的“明王”，如果越不需要其直接行使权力，就越说明治理有方，因此法治的客观效果就会使君主权力行使减少到最低的限度，这种理想法治的最终效果就是达到“治不听君，民不从官”[4]的境界，这种实际主张从法不从君的法治思想无疑已经达到了当时的历史条件所能达到的历史高度。

## 二、商鞅法治与秦国兴亡

商鞅变法后实行的“法令至行，公平无私”的法治无疑是成功，因为“期年之后，道不拾遗，民不妄取，兵革大强，诸侯畏惧”[5]，更为重要的是，尽管秦孝公死后，商鞅被车裂，但并没有人亡政息，“及孝公、商君死，惠王即位，秦法未败也”，[6]可以说商君亡，商君之法存，因此“及至秦王，续六世之馀烈，振长策而御宇内，吞二周而亡诸侯，履至尊而制六合，执棰拊以鞭笞天下”。[7]两千多年来，人们对商鞅变法对于秦朝统一中国的贡献很少会予以否认，但对于商鞅变法是否导致秦帝的速亡却从来都是众说纷纭。

西汉时《盐铁论•非鞅》中记载的有关争论就典型了反映了这种分歧。欣赏商鞅的一方说“秦任商君，国以富强，其后卒并六国而成帝业。二世之时，邪臣擅断，公道不行，诸侯叛弛，宗庙隳亡”，因此是“赵高之亡秦而非商鞅”，但反对商鞅一方则认为，“商鞅以重刑峭法为秦国基，故二世而夺”，因为“刑既严峻矣，又作为相坐之法，造诽谤，增肉刑，百姓斋栗，不知所措手足也”，并且“商鞅弃道而用权，废德而任力，峭法盛刑，以虐戾为俗，欺旧交以为功，刑公族以立威，无恩于百姓，无信于诸侯，人与之为怨，家与之为雠，虽以获功见封，犹食毒肉愉饱而罹其咎也”。根据反对者的观点，商鞅变法的成功就如同“食毒肉愉饱”，其做法是“知利而不知害”，因此商鞅对于秦亡无论如何难辞其咎。那么商鞅在这个方面究竟负有多大的责任呢？

1 《商君书•修权》。
2 《商君书•修权》。
3 《商君书•修权》。
4 《商君书•说民》。
5 《战国策•卫鞅亡魏入秦》。
6 《韩非子•定法》。
7 《史记•秦始皇本纪》。

（一）商鞅的难辞之责

从反对者的立场出发，商鞅之所以要在很大程度上为秦朝的灭亡负责，是因为在后人看来，导致秦朝灭亡的诸多暴政，始作俑者正是商鞅。因为商君死后，“后世遵其法”，[1]因此，商君之法得以继续为秦国富国强兵发挥作用。从《史记》的有关记载看，秦帝国末期的很多所谓暴政也确实可以追溯到商君之法。商鞅得到充分实行的法治学说有以下几个鲜明的特点，正是这些特点使得商鞅确实很难逃避其历史责任。

1、重刑主义。贾谊指责秦始皇“酷刑法”，秦二世“繁刑严诛”，最终导致“蒙罪者众，刑戮相望于道，而天下苦之”。[2]这种场景可以说是商鞅主张的“重刑主义”的必然后果。商鞅与其他法家一样确实都过于迷信重刑的作用，所谓“禁奸止过，莫若重刑”，他认为重刑才是“使法必行之法”和“使奸邪盗贼必得之法”。其理论依据就是，“以杀去杀，虽杀可也；以刑去刑，虽重刑可也”。[3]根据这种逻辑，只要能够达到治理目的的一切残酷刑罚和手段都是合理的。因此，“令民为什五，而相（收）司连坐”，“不告奸者腰斩”，“匿奸者与降敌同罪”，“事末利及怠而贫者，举以为收孥”。[4]这些前所未有的重刑措施既使秦国在商鞅变法后迅速得以强大，但同时也在很大程度上导致其在统一中国后迅速解体，正如贾谊所说的那样，“秦之盛也，繁法严刑而天下振；及其衰也，百姓怨忘而海内畔”。[5]

2、愚民主义和文化专制主义。“焚百家之言，以愚黔首”的愚民主义和文化专制主义也是秦始皇最受后人诟病的政策之一。商鞅的信徒李斯就认为，国家统一后，应法令出一，而私学盛行，则会“不师今而学古，以非当世，惑乱黔首”，一旦有法令颁布，就会“各以其学议之”，“异取以为高，率群下以造谤”，因此主张“非秦记皆烧之，非博士官所职，天下敢有藏《诗》、《书》、百家语者，悉诣守、尉杂烧之。有敢偶语《诗》、《书》[者]弃市”，最终导致“天下之士”“拑口而不言”。[6]

上述愚民政策和文化专制主义政策的源头确实都可以追溯到商鞅。在商鞅眼中，实行愚民政策有很多好处。“民愚，则知可以胜之”“则易力而难巧”，[7]“民愚则易治也”。[8]因此要让“民不贵学”，“使民无得擅徙”，“无外交” 从而使其“务疾农”。不仅如此，为了使“愚农不知，不好学问”，商鞅还要求“国之大臣诸大夫，博闻辨慧游居之事，皆无得为”，[9]以免增加百姓的见闻，不专心务农。为了确保民愚易治，商鞅特别反对“学诗书”，“事商贾，为技

1 《史记•太史公自序》。
2 《史记•秦始皇本纪》。
3 《商君书•画策》。
4 《史记•商君列传》。
5 《史记•秦始皇本纪》。
6 《史记•秦始皇本纪》。
7 《商君书•算地》。
8 《商君书•定分》。
9 《商君书•垦令》。



艺”，因为“民以此为教者，其国必削”。[1]正因为如此，商鞅把“礼乐”、“诗书”等视为有害无益的“六虱”，必欲除之而后快。

商鞅不仅主张政令的统一，也主张舆论的统一。所以他主张“壹赏，壹刑，壹教”，“壹教，则下听上”，因此他反对“博闻辩慧，信廉礼乐，修行群党”，也反对“独立私议以陈其上”[2]，他认为“人主为法于上，下民议之于下”，就会导致“法令不定”。[3]正因为如此，商鞅变法时发现当初说新法不方便的秦国百姓又说法令方便时，商鞅便以“此皆乱化之民”为由全部把他们全部发配到边疆，最终达到“其后民莫敢议”的效果。[4] 由此可见，秦始皇极端的愚民和文化专制主义政策确实是跟商鞅的政策一脉相承的。

3、国家主义。贾谊认为，秦始皇和秦二世暴政还体现在“赋敛无度”导致“百姓困穷而主弗收恤”[5]，滥用民力，驱民作阿房宫，修秦始皇陵，从而使天下苦之。这种在孔子眼里绝对属于“猛于虎”的“苛政”在秦始皇统一中国后可谓登峰造极。但从根源上说，也与商鞅变法后采取的国家主义经济政策有很大的关系。商鞅变法的目的就是通过严格的法治手段奖励耕战，并增加政府从民间汲取的财力和军力的能力。商鞅为了增加国家的赋税和征兵能力，要求“民有二男以上不分异者，倍其赋”，为了促农促耕，下令“事末利及怠而贫者，举以为收孥”[6]。在《商君书•垦令》篇中，商鞅为鼓励农业，增加税收，不仅主张采取抑制豪强的政策，如对于俸禄丰厚又食客众多的士大夫贵族“以其食口之数，赋而重使之”，要求贵族士大夫长子以外的子弟“不可辟役”，而且还出台了很多比较苛刻的汲取民利的政策，如“壹山泽”、“重关市之赋”、“贵酒肉之价、重其租，令十倍其朴”，其政策甚至还包括“使民无得擅徙”、“使商无得粜，农无得粜”“无得取庸”等极端经济政策。可以说，商鞅变法在使秦国富国强兵的同时，也确实为后来秦国滥用民力埋下了祸根。从这个意义上，《盐铁论》中文学之士攻击商鞅“赋敛既烦数矣，又外禁山泽之原，内设百倍之利，民无所开说容言。崇利而简义，高力而尚功”的做法是“知其为秦开帝业，不知其为秦致亡道也”的说法还是很有道理的。

（二）极端君主专制主义谁之过？

在《过秦论》中，贾谊说秦始皇“怀贪鄙之心，行自奋之智，不信功臣，不亲士民，废王道，立私权，禁文书而酷刑法，先诈力而後仁义，以暴虐为天下始”，而“二世受之，因而不改，暴虐以重祸”。很显然，秦始皇父子自身的极端专制和暴力是秦“亡，不亦宜乎”[7]的重要原因。那么这个方面，商商鞅的法治思想应该负有多大的责任呢？

1 《商君书•农战》。
2 《商君书•赏刑》。
3 《商君书•定分》。
4 《史记•商君列传》。
5 《史记•秦始皇本纪》。
6 《史记•商君列传》。
7 《史记•秦始皇本纪》。

从商鞅有关“明主任法”的“明王”论可以看出，商鞅对于君主的至上权力本身并没有提出怀疑，认为“权者，君之所独制”，“权制独断于君，则威”，[1]也主张利用“主操名利之柄”[2]“恃其势”[3]，并且利用“人生而有好恶”恶”这一“赏罚之本”“以御民之志”。[4]从此意义上说，即使商鞅再世，其对秦始皇父子的乾坤独断也不太可能提出根本性质疑。但从其“明主任法”、“治国贵下断”的观点可以看出，商鞅至少并不会主张像秦始皇那样“天下之事无小大皆决於上”，[5]对其而言，这种做法只会导致“君断则乱”，在其心目中，法治理想境界还是“治不听君，民不从官”，百姓知法“自治”。不仅如此，商鞅有关“法者，君臣之所共操也；信者，君臣之所共立也”的主张也说明，法治的理想境界是君臣通过法律实现共治，并且认为法律是保持君臣双方信任关系的准绳。由此可见，商鞅在很大程度上还是承认君主在一定程度上应该自觉接受群臣通过法律对自己的制约。因此，几乎可以肯定地说，秦帝国末年秦始皇父子的作为使其不太可能成为商鞅心目中的“明王”。也是从这个意义上说，商鞅并不应为秦始皇父子的极端专制行径负主要责任。

真正应该在很大程度上为秦始皇父子权力失控负责的是韩非子以及对韩非子思想亦步亦趋的李斯。韩非子普遍被视为战国时期法家的集大成者，其积极吸收了商鞅之法、慎到之势和申不害之术，因而其思想既重法，也重势和术。韩非子在很多思想上与商鞅具有很大的相似性，在个别问题上甚至比商鞅阐述得更为充分。例如，在坚持法律适用的平等主义方面，韩非子也强调法律的公信力，认为“法不信，则君行危矣”，主张“法不阿贵，绳不挠曲”，“刑过不避大臣，赏善不遗匹夫”，[6]也认为法律既要“诘下之失”，也要“矫上之失”[7]，要求“人臣循令而从事，案法而治官”，[8]甚至提出“圣人治吏不不治民”。[9]

但韩非子在有关君臣关系上的看法与商鞅存在重要区别，其在“术”的思想上尤其达到登峰造极的地步，从而为实行君主极端专制主义提供了理论依据。韩非子首先把君臣关系描绘为赤裸裸的你死我活的利害关系，从而切断了君臣共治天下的逻辑基础。商鞅虽然也从功利主义的角度描述君主以明法驾驭群臣的必要性，但仍然主张“法者，君臣之所共操也；信者，君臣之所共立也”，因此君臣之间不仅有“信”，而且还有“法”，并且是以“法”维持“信”。但韩非子的观点却几乎完全相反，他认为，“人主之患在于信人。信人，则制于人”，据此，他认为君主的妻子和儿子都不能信任，因为“后妃、

1 《商君书•修权》。
2 《商君书•算地》。
3 《商君书•禁使》。
4 《商君书•错法》。
5 《史记•秦始皇本纪》。
6 《韩非子•有度》。
7 《韩非子•有度》。
8 《韩非子•孤愤》。
9 《韩非子•外储说右下》。



夫人、太子之党”都“冀其君之死”，“君不死，则势不重”。妻子和儿子不能信，群臣就更不能信了。韩非子认为“人臣之于其君”，“非有骨肉之亲”，只是“缚于势而不得不事”罢了，在这种情况下，如果君主稍有懈怠，就很可能导致“劫君弒主”的严重后果。[1]

正是基于“万乘之患，大臣太重；千乘之患，左右太信”这种“人主之所公患”，[2]韩非子特别主张君主应将权势紧紧抓在自己的手里，要“善任势”，[3]“执柄以处势”，[4]让群臣“下无重权”[5]。韩非子把刑和德作为“明主之所导导制其臣”的“二柄”，认为“人主”必须“以刑、德制臣”，从而使“赏罚之威利出于己”，否则就会导致“君反制于臣”。[6]为了防止“臣以外为制于内”，韩非子极力反对大臣通过各种手段收买人心，因此“利于民者，必出于君，不使人臣私其德”，“不使群臣行私财”。[7]从防范“大臣专权”以及“大臣执柄独断”[8]的角度出发，韩非子特别反对“臣专法而行之”，认为这是臣子“偏借其权势”，必然导致君主“有主名而无实”，“上下易位”。[9]韩非子欣赏申不害提出的能“独视”、“独听”和“独断”者可以“为天下主”[10]的观点。这一点显然与商鞅“治国贵下断”、“断家王，断官强，断君弱”的观点形成了鲜明对比，也与商鞅变法的成功实践完全相悖。商鞅变法之所以能够成功，一个重要原因就在于，秦孝公能够让商鞅“专法而行之”，即便处罚太子，也未罚由君行。可以说，如果秦孝公没有一直信守在变法之初就与商鞅达成的政治契约，没有做到一直放权，商鞅变法就不可能取得如此成功。

由于防止君主大权旁落成了韩非子思想的出发点，其有关法治的思想在很多方面也开始与商鞅思想大异其趣。如果说商鞅的法治还具有君要守法、君臣通过法律共治天下的味道，那么韩非子有关“法”与“术”相结合的思想就已经使法完全变成了君主驾驭群臣以及通过群臣统治天下的工具，或者至少为以“术”破“法”制造了理论依据。

韩非子认为，术和法一样，“皆帝主之具也”，“此不可一无”无论“徒术而无法”还是“徒法而无术”都不行。只有“人主”以“法术御其臣”，才能防止大臣“擅事主断，而各为其私急”。[11]对于韩非子而言，术是君主对内驾驭君臣的神秘工具，而法则是君主对外实现统治的公开利器，群臣要一体遵从的规则，因此“君无术则弊于上，臣无法则乱于下”[12]。韩非子虽然也主张

1 《韩非子•备内》。
2 《韩非子•孤愤》。
3 《韩非子•奸劫弒臣》。
4 《韩非子•八经》。
5 《韩非子•备内》。
6 《韩非子•二柄》。
7 《韩非子•八奸》。
8 《韩非子•孤愤》。
9 《韩非子•备内》。
10 《韩非子•外储说右上》。
11 《韩非子•奸劫弒臣》。
12 《韩非子•定法》。

“法不信，则君行危矣”，反对“人主释法用私”，但他并没有像商鞅那样将法视为君臣都应信守的规则，这就为君主以“术”破“法”埋下了巨大隐患。由于驾驭防范群臣所需的“术”客观上要求具有极端的灵活性，君主如何能做到不以灵活的“术”破坏相对稳定的“法”就成了一个几乎不可能解决的难题；不仅如此，即便君主能够做到“一断于法”，韩非子为了防止大权旁落而主张君主要“独断”的做法也会势必导致执法权力集中到君主手中，从而走向极端的集权主义，这与商鞅主张的“治不听君，民不从官”显然是背道而驰的。从此意义上说，说秦亡于韩非子确实并没有冤枉他。[1]

后来信奉韩非子学说的秦始皇父子的一系列行为可以很明显说明韩非子法治思想的恶果。秦始皇“天下之事无小大皆决于上”，“臣下诸大臣皆受成事，依办于上”，官员“畏罪持禄，莫敢尽忠”、天下“良士”“畏忌讳谀，不敢端言其过”。秦始皇发现有人将其话泄露出去后，就“诏捕诸时在旁者，皆杀之。自是后莫知行之所在”。秦二世则“行诛大臣及诸公子”，“群臣谏者以为诽谤”，“用法益刻深”，从而导致“君卿以下至于庶人，人怀自危之心”。[2]在极端的君主专制的情况下，韩非子的法治最终开始全面走向堕落。

（三）秦国法治下的法家命运

秦国法治是由商鞅、李斯等法家一手缔造的，但令人感慨的是，这种法治既没有能让秦国最后得以长治久安，也未能让法家自身的安全得到保障。商鞅、韩非子、李斯这三位对秦国法治都贡献甚巨的法家先后都在秦国以身殉法。“作法自毙”这个成语不仅生动反映了商鞅的个人命运，同时也是身处秦国的法家集体命运的最好写照。

作为中国古代最成功的改革家和法家代表，商鞅虽然让秦国“法大用，秦人治”，但其自身并没有摆脱历史的宿命。当秦惠王继位，商鞅想“告归”时，有人就对秦惠王说，“大臣太重者，国危；左右太亲者，身危。今秦妇人婴儿皆言商君之法，莫言大王之法。是商君反为主，大王更为臣也。”于是“惠王车裂之，而秦人不怜”。[3]这个置商鞅于死地的告状理由简直活脱脱就是商鞅后继者韩非子的主张。《史记》记载的商鞅逃亡过程中“作法自毙”故事既让其切身感受到自己变法的成功，同时也让其深刻体会到“为法之敝”。[4]对于商鞅法治的速成性质以及可能存在的问题，商鞅并非没有任何认识。商鞅入秦后，对秦孝公未采纳其儒家“王道”学说而偏好作为“强国之术”的法治这个现实，曾不无惋惜地说，这种强国之术虽好，但“难以比德于殷周”。[5]商鞅对于其法治可能难以长久的预断不可谓不准确，但很可惜，这种对法治局限性的认识并没有改变其最终的历史命运。

与秦国法治有关的另外两位法家分别是韩非子和李斯。这两位曾经的同门

1 徐进：《韩子亡秦论——商鞅、韩非法律思想之比较》，载《法学研究》1994 年第 4 期。
2 《史记•秦始皇本纪》。
3 《战国策•卫鞅亡魏入秦》。
4 《史记•商君列传》。
5 《史记•商君列传》。



同样曾受到秦始皇的欣赏，他们都对秦国最后几十年的强盛作出了很大的贡献，并且都在很大程度上决定了秦国的最后命运。只不过两者的贡献方式有所区别，韩非子贡献的是秦始皇深以为然并力行之的法治学说，而李斯则是秦国法治国策的最有力推动者和实施者。韩非子的学说深受秦始皇喜爱，秦始皇甚至说过“寡人得见此人与之游，死不恨矣”。但韩非子到了秦国之后，却很快被秦始皇“以过法诛之”。[1]因此韩非子这个法家最终也死在了最欣赏自己且对自己法治学说身体力行的君主手里。

李斯既是商鞅之法的实践者，同时也是韩非子学说的倡导者，他对于秦始皇最终统一中国可以说发挥了极为重要的作用，但他在秦帝国法治全面滑向暴政这个问题上也难辞其咎。他提出的烧《诗》《书》及百家语的错误建议使秦帝国开创了行暴政的恶劣先例，其对秦二世的助纣为虐更进一步让秦帝国陷入万劫不复的境地。在秦二世上台后“法令诛罚日益刻深，群臣人人自危”的情况下，李斯为了保护的儿子不会因秦法受罚，竟然上书“阿二世意”，进一步劝其要“独断而审督责”。对于群臣进一步用“深罚”进行“督责”的结果导致秦帝国“刑者相半于道，而死人日成积于市。杀人众者为忠臣”。[2]李斯最终也为自己助纣为虐的做法付出了惨痛代价。在赵高的陷害下，李斯最后不仅充分品尝了自己一直主张的严刑峻罚的苦果，也最终死于自己参与扶持的绝对君主之手。李斯这个秦国最后的法家死后一年，他自己倾一生之力参与缔造的秦帝国及其严酷法治也随之土崩瓦解。

## 三、儒家之德治何以胜于法家之法治

商鞅变法成就的法治随着秦帝国的覆灭已经在中国历史上烟消云散，法家一度倡导的法治在很大程度上也因为秦帝国的恶劣历史形象而成了暴政的象征。对于秦帝国二世而亡的结果，虽然并非都可以归因于法家及其法治，但很显然，作为中国历史上唯一一个独尊法家以及法治的王朝，法家及其法治思想对于秦帝国的快速覆亡确实难辞其咎。尽管法家的法治思想在限制君主和官员权力以及平等严格实施法律方面提出了很多真知灼见，但其学说所具有的一些内在逻辑也确实蕴含着极端君主专制的巨大危险，法家法治学说在秦国 100 多年的实践证明，它虽然能够在一定程度上迅速实现富国强兵，但也极其容易导致极端的君主专制；在法家治理的社会里，法律尽管能够得到公平而严格的实施，但其实践结果却也容易使法律沦落为暴政的锐利工具。法家思想自身具有的这些天生弱点在秦帝国后期可以说暴露无遗，正因如此，随着秦帝国的覆灭，法家及其法治思想也从此一蹶不振。此后，儒家学说迅速取而代之，并在西汉初期以后成为中国历朝的主流思想。儒家学说能够在

1 《史记•老子韩非列传》。
2 《史记•李斯列传》。

中国占据统治地位两千多年这个事实本身就说明，在传统的中国古代社会，儒家倡导的德治在很多方面确实要优于法家之法治。

（一）对君权道德合法性的追问

无论是法家的法治学说还是儒家的德治学说，都包含不少限制国家权力的思想。但在中国古代的传统中，无论是哪家学说，完全否定君主的权力无论如何都是不可想象的。对于法家和儒家这两个争相试图将自己的学说售予帝王家的学派而言，他们的重心都在于劝导君主更加合理地使用自己的权力，而不在于想方设法限制君主的权力。当然，两种学说的主张在客观上都会产生对君主权力施加某些限制的效果，只不过这两种学说在这方面的实践效果存在重大的区别，并最终使儒家之德治显示出优于法家之法治的气质。

商鞅等法家所具有一个共同的特点是，他们都主张君主应该“缘法而治”，做到“不以私害法”，都强调“君臣上下贵贱皆从法”。[1]如果从这个主张出发，君主在行使赏罚的权力方面客观上确实会受到一定程度的限制。在这个方面，儒家的论述似乎从来没有超越法家。但由于法家摒弃任何道德论述，只是单纯从功利的角度论述君主是否依法行使权力的利弊得失，并没有论证君主在法律和道德上具有服从法律的义务，并且对于君权的道德合法性也几乎不进行任何追问，[2]这就使得君主在如何使用法律这个治国利器方面，几乎缺乏任何法律和道德上的限制。从现代的视角看，法家的法治思想固然在强调执法的严厉性与形式公平性方面独树一帜，但在如何确保君权受到法律或道德限制方面却几乎没有任何成就。

在法家看来，“夫生法者，君也，守法者，臣也，法于法者，民也”，究其实质，“法者，天下之至道也，圣君之实用也”，[3]因此法律终究只是君主的治国利器，法律对于臣民的限制确实是实实在在的，而对于君权的限制却虚无缥缈。法家法治学说主张的强大法律无从限制君权，但它却又几乎排斥道德对君主的任何约束，在这种情况下，一旦执利器的君权失控，“君臣上下贵贱皆从法”反而会造成更为严重的后果，因为法律之利器愈锐利，君主之权也容易变得愈有侵犯性，秦帝国末年的景象就典型体现了这一点。

儒家与法家一样也没有谈论君主应如何受法律制约，但与法家对君权行使的道德合法性这个问题几乎不予任何追问不同，儒家思想一再强调这种道德合法性的重要性。儒家的理想君主之治是以德服人，能获得民众的衷心拥护：“为政以德，譬如北辰，居其所而众星共之”[4]，儒家相信“行仁政而王，莫之能御”，[5]而不是商鞅主张的那样，“凡明君之治也，任其力不任其德”，[6]单

1 《管子•任法》。
2 在法家中，慎到在这个方面可能算是例外，慎到曾提出“立天子以为天下，非立天下以为天子也；立国君以为国，非立国以为君也”，(《慎子•威德》)这个思想蕴含着对君主道德合法性进行追问的逻辑，不过我们并未见到慎到对此观点进行进一步阐述，当然更没有达到儒家“暴君放伐论”的高度。
3 《管子•任法》。
4 《论语•为政》。
5 《孟子•公孙丑章句上》。
6 《商君书•错法》。



纯强调“刑生力，力生强，强生威”[1]。根据前者的主张，君主行使杀伐之权自然要谨慎从事，而根据后者，君主使用暴力当然更容易百无禁忌。不仅如此，儒家对于君主不仅有道德劝解，而且也有道德警告。孟子的暴君放伐论实际上就彻底否定了暴君的道德合法性。孟子将桀纣称为“残贼之人”和“一夫”，并认为，“诛一夫”并非弑君，[2]这就为“君君、臣臣”的忠诚义务划定了一个基本的底线，也为君权行使设定了一个道德底线。由于法家对于道德论述完全持排斥态度，因此自然不可能为君权行使设定任何道德底线。在韩非子看来，君主无论怎么做，都可能导致“主失势而臣得国”，[3]因此必须时刻对失去权力心怀恐惧，并通过“人主之大物”——法与术采取适当的防御措施。在这种情况下，君主行使权力只有策略是否适当之别，而没有什么道德正当与否之分。

（二）君臣伦理与君臣共治

在君权的道德合法性问题上，儒家和法家在君臣关系论述上的区别也是其中一个重要方面。在儒家的心目中，“君君、臣臣”虽是不可轻易动摇的原则，但并非绝对，因此，尽管“臣事君以忠”是应该的，但“君使臣以礼”[4]也是应然的。儒家主张臣子在道德和人格上应该保持相对的独立性，孔子所谓“三军可夺帅也，匹夫不可夺志也”，[5]孟子所谓“富贵不能淫，贫贱不能移，威武不能屈。此之谓大丈夫”[6]都是这种独立精神的写照。正因如此，儒家心目中理想的臣子都是坚持以道德原则劝导君主行仁政的君子，所谓“君子之仕也，行其义也”，[7]最后即便君主不听劝导，大臣也应独善其身，正所谓“以道事君，不可则止”，[8]“行天下之大道。得志与民由之，不得志独行其道”。[9]儒家特别强调“君臣有义”，[10]为此，孟子甚至宣称，“君之视臣如手手足；则臣视君如腹心；君之视臣如犬马，则臣视君如国人；君之视臣如土芥，则臣视君如寇雠”。[11]这种君臣伦理意味着君臣在道德上负有相互尊重的义务，君主并不能任意处置大臣，也意味着君权在道德上始终要受到具有独立人格的大臣的制约。正是在这种儒家思想的支配下，中国历史上最终形成了使君权受文官集团很大程度制约的君主与士大夫共治天下的权力格局。

在君臣关系上，法家之间观点并不完全统一。商鞅主张“法者，君臣之所共操也；信者，君臣之所共立也”，主张“治国贵下断”，因此他还主张一定程度的君臣共治天下。与其同时代的慎到的主张基本与商鞅相似，认为“大

1 《商君书•去强》。
2 《孟子•梁惠王章句下》。
3 《韩非子•孤愤》。
4 《论语•八佾》。
5 《论语•子罕》。
6 《孟子•滕文公章句下》。
7 《论语•阳货》。
8 《论语•先进》。
9 《孟子•滕文公章句下》。
10 《孟子•滕文公章句上》。
11 《孟子•离娄章句下》。

君任法而弗躬，则事断于法矣”，[1]“人君苟任臣而勿自躬，则臣皆事事矣”。[2]但君臣关系到了韩非子那里就成了相互忌惮但又不得不相互利用的纯粹利害关系，因此其主张“圣人治吏不治民”，将防范大臣为非作歹、篡夺权力作为君主治国的中心任务，在这种情况下，大臣并不是一个独立的道德主体，并不具有监督君主的道德资格，而只是君主治理的客观对象而已。不过，由于商鞅与韩非子一样只是从功利主义视角理解君臣关系，其君主有限共治论客观上也具有滑向韩非子君主独断论的必然性。商鞅认定“仁义之不足以治天下”，“圣王者，不贵义而贵法”，[3]也认为“上与吏也，事合而利异者也”，[4]因此主张“明主之使其臣也，用必加于功，赏必尽其劳”[5]。这种完全以功利利关系而缺乏道德原则维系的君臣关系本身容易导致信任的缺失，进而沦落为韩非子设想的恐怖君臣关系。从这个意义上说，韩非子的君臣关系观点确实在很大程度上可以代表法家的观点，这也使得法家之治比儒家之治更容易走向极端的君主专制。

（三）仁政与军政

法家的法治思想有一个重要特点，就是它主张通过严格的奖惩制度激励人的功利之心，鼓励耕战，汲取民利，并通过严厉的法治手段全面管理社会，在统一各项制度的同时，也统一舆论和思想。梁启超将法家的这种法治主义也称为“殖产主义与军国民主义”。[6]这种具有军国主义色彩的法治虽然在形式上具有“令必行”、“君臣上下贵贱皆从法”的优点，但由于一切都从上到下进行规划和实施，因此极易造成权力的压制以及文化上的专制，从而导致文化和社会活力的枯竭。从李斯的《谏逐客令》可以看出，自商鞅变法以来，对秦国作出巨大贡献的人才（包括商鞅和李斯自己）几乎全部都来自其他国家而不是秦国，这个事实也可以说从反面说明商君之法推行的愚民政策之害。

从现代视角看，儒家德治显然比法家法治更能保障个人和社会的自由。儒家主张实行“仁政”，认为“苛政猛于虎”，因此主张“省刑罚，薄税敛”。[7]儒家全面继承了周初以来逐渐形成的民本传统，主张“民为贵，社稷次之，君为轻”，[8]“天子不能以天下与人”。[9]因此政策和法律应该能够得“民心”。因此，儒家认为，“建国立君以礼天下，虚囹圄而免刑戮”，君主应“发仓廪，散财币，以振孤独穷困之士，轻赋少事，以佐百姓之急，约法省刑以持其後，使天下之人皆得自新。”[10]这样才能做到长治久安。儒家的仁政相对法家的军

1 《慎子•君人》。
2 《慎子•民杂》。
3 《商君书•画策》。
4 《商君书•禁使》。
5 《商君书•弱民》。
6 梁启超：《中国法理学发达史》，载范忠信主编：《梁启超法学文集》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 117 页。
7 《孟子•梁惠王章句上》。
8 《孟子•尽心下》。
9 《孟子•万章上》。
10 《史记•秦始皇本纪》。



政而言，对于社会不同意见要宽容得多。儒家信奉“防民之口，甚于防川”，因此对于子产不毁乡校而允许“人朝夕退而游”“以议执政之善否”[1]的行为赞赏有加。即便是汉武帝实行所谓“罢黜百家，独尊儒术”政策之后，儒家也并没有禁绝百家学说的流行。与此相反，秦帝国短暂的统一就给中国文化的发展带来了灾难性后果，因此可以想象，如果秦始皇统一天下后真能够“二世三世至于万世，传之无穷”，[2]中国的文化传统真不知要其被摧残到何种程度。

与儒家“仁政”思想相一致，儒家的法律思想也具有法家所不具备的可贵人道主义。法家“以杀去杀”的重刑主义不仅导致“蒙罪者众，刑戮相望于道”，更导致最终失尽人心。正因法家法治思想中缺乏基本的人道主义思想，从而使其形式主义法治特别容易走向社会正义的对立面。秦昭襄王时，秦国遇到大饥荒，秦王居然以“发五苑之蔬果”赈济灾民会“使民有功与无功俱赏”，从而违反“使民有功而受赏”的“秦法”为由拒绝对灾民进行救济，[3]这个极端事例再好不过地说明，缺少人道主义精神的秦国形式“法治”会是一种怎样残酷的面貌。在中国古代历史条件下，富有人道主义精神的儒家之德治显然更能保证社会长治久安。在儒家“仁政”思想的指导下，西汉以后的中国法律开始全面儒家化，肉刑开始逐步得到废除，株连受到了极大限制，“与其杀不辜，宁失有罪”[4]的“慎刑”制度得以全面确立。儒家德治思想中体现这种法律人道主义精神一度使中华法系的光芒盖过西方的法制。[5]儒家思想主导下的法律制度一直延续了两千多年，最终创造了令法家难以想象的历史奇迹。

当然，儒家“仁政”思想并非没有历史局限性。法律儒家化的结果使法家倡导的法律平等主义开始全面退却，德治思想主导的结果也为执行过程中以德破法创造了条件，因此儒家德治思想支配下的执法再也没有达到法家“法令至行，公平无私”的程度。更为重要的，由于君权神圣不可挑战，因此最终导致“言仁政者，只能论其当如是，而无术以使之必如是”，因而“不能禁二千年来暴君贼臣之继出踵起，鱼肉我民”。[6]但要全面克服儒家这种局限性还要等待现代民主和人权思想出现之后。在这种现代思想出现之前的古代中国，儒家的德治仍然确实要比法家的法治可取得多，毕竟它能够更好地保障古代中国人的民权和民生。

1 《左传•子产不毁乡校》。
2 《史记•秦始皇本纪》。
3 《韩非子•外储说右下》。
4 《汉书•刑法志》。
5 参见[美]D.布迪、C.莫里斯：《中华帝国的法律》，朱勇译，江苏人民出版社 1995 年版，第 30 页。
6 梁启超：《论人民与政府之权限》，载林文光选编《梁启超选集》，四川文艺出版社 2009 年版，第 49-50 页。

## 四、结语

在倡言法治的今天，中国古代法家及其法治的命运确实令人感慨不已。法家“不别亲疏，不殊贵贱，一断于法”的形式主义法治精神至今仍然闪烁着耀眼的光芒，商鞅变法后实现的“法令至行，公平无私”的法治实践至今也难以望其项背。不仅如此，法家试图通过法律实现对国家“有规划的变迁”方面与改革开放后我国的法治建设实践异曲同工，其在法律至上方面具有的局限性方面也与我们现在法治面临的困境具有相似的一面。法家及其法治的成功在很大程度上要归功于其形式主义的法治观，但其失败却不仅仅在于形式主义法治的不彻底，而且还在于其缺乏法律获得社会长久认同所必不可少的实质合理性。在法家失败之后取代法治的是儒家的德治，这种更具实质合理性的治理方式尽管在执法公平和严格程度方面不如法家之法治，但却因为具有更多制约最高权力因素而具有更大的生命力。在建设法治国家的今天，法家的形式主义法治精神和儒家的实质主义法律理念仍然都是我们宝贵的历史“本土资源”，它们的利弊得失也让我们对追求一种既能保障自由和人权价值同时又能使法律得到一体平等遵守的法治更加充满信心。



# 重构中国的政治价值

胡水君*

**内容提要：**政治德性与政治理性，是政治价值的两种基本形式。历史地看，儒家的道德政治彰显出政治德性；源于近代西方的权利政治表现出政治理性；而侧重于功利的法家政治虽具缜密政治逻辑，但在价值上存在明显缺失。在现代化道路上，中国政治需要在继续动态地通过顺民意、促民生等实践方式维护政治正当性的同时，平行开通并拓展政治德性和政治理性的生发途径，强化道德价值和理性价值，使政治具有更大的道德正当性、权利正当性和法律正当性，避免陷入单纯的利益政治或功利政治。

**关键词：**政治价值；政治德性；政治理性

政治既要讲逻辑，也要讲价值。政治逻辑与政治价值是政治的两个基本元素。历史地看，法家政治表现出一套基于人趋利避害的生理本性而实施赏罚的有效政治逻辑，而对政治价值有明显忽视；儒家政治则主要表现为一种基于道德精神开展政治实践，或者在政治制度和实践中灌注道德价值的政治。“政者，正也”（《论语·颜渊》），突显出价值在中国传统政治中的基础地位。作为政治哲学的核心，政治价值不仅包含道德内容，也包含理性内容。政治德性和政治理性，构成了政治价值的两种基本形式。如果说中国以儒家政治为主导的传统政治，侧重于对以人的道德为价值轴心的政治德性的维护，那么，近代以来的西方政治，则侧重于对以人的权利为价值轴心的政治理性的张扬。总体而言，政治价值既为政治权力的运行设置了价值目标和原则要求，也因此使得政治权力的存续具有一定正当性，从而成为政治得以稳固发展必不可少的因素。诸如堵塞政治价值生发渠道的法家政治，虽可兴起于一时，但往往难以为继。立足晚清以来“古今中外”的时空格局审视，在政治现代化进程中，统合传统的政治德性与现代的政治理性，重构可久可大的中国政道或政治价值，仍可谓现代中国亟待实现的历史任务。本文沿着从法家政治、儒家政治到现代权利政治的历史发展线索，对三种主要的政治类型作价值分析和判断，并由此尝试提出构建现代中国政治价值的学理方向。

* 中国社会科学院法学研究所教授。

## 一、法家政治的价值缺失

法家多为政治家或改革者，而并非普通的司法行政官吏。从《商君书》开篇关于是否“变法”的辩论，可明显看到作为“政材”的公孙鞅与作为“治材”的甘龙、杜挚的不同。公孙鞅“论于法之外”，力主“不谋于众”、“变法而治”，是鲜明的立法者、变法者或政治人物形象。与之相比，居官守法，力主“因民而教”、“据法而治”的甘龙和杜挚，看上去则是附着于既定政制之下的执法者、“拘礼者”或行政人材。作为政治家的法家，着眼于整个国家政治体制，提出的不仅仅是行政或司法理论，而是典型的政治理论。一些学者因此断定，“法家之学，是一种政治学或政治哲学。”[1]法家的政治理论在逻辑起点、治理手段、政治目标上自成严整体系，在具体实施中也显示出强大社会功效。

以人的生理或自然本性为根本的“自然之道”（《韩非子·功名》），是法家理论的逻辑起点。法家虽然明确反对像儒家那样将政治建立在“仁”、“德”的基础之上，但也讲“道”和“理”，一如学者所言，“法家以治出于理”，“理为法家之根本主义。”[2]总的看来，法家理论的道理根据在于自然律和自然人性。《韩非子》提到，晋国郡守董阏于看到百仞深涧，从来无人也无动物误坠其中，就明白了治国方法，说“使吾治之无赦，犹入涧之必死也，则人莫之敢犯也，何为不治”（《韩非子·内储说上》）。这样一种有如坠涧必死的客观过程或自然律，正是法家立论的基础。从“必然之理”（《商君书·画策》）、“必行之道”（《韩非子·解老》），推出“必治之政”《商君书·画策》），是法家政治的基本理论逻辑。法家理论的重要特点，就在于“与理相应”（《韩非子·解老》），因循客观的“必然之道”（《韩非子·显学》）来治理国家。此特点一贯地体现在法家诸子的理论主张之中。相关话语有很多，例如，“因之道……无事而天下自极”（《申子·大体》）、“善因天下”（《商君书·赏刑》）、“因天下以治天下”（《管子·轻重丁》）、“守成理，因自然”（《慎子》逸文）、“因天之道”（《韩非子·扬权》）、“因事之理”（《韩非子·外储说右下》）、“随自然……恃万物之自然”（《韩非子·喻老》）。

在法家那里，依循“自然之道”来达成“必治之政”，是通过人的自然本性实现的。法家所主张的“因自然”、“因天之道”，在政治和社会领域就是“因人之情”（《慎子·因循》）。人情或人性，按照法家理论，并不指人的道德良知，而是指人趋利避害的生理本性。用商鞅的话讲，“民之生，度而取长，称而取重，权而索利”，“饥而求食，劳而求佚，苦而索乐，辱而求荣，此民之情也”（《商君书·算地》）。人“皆挟自为心”（《韩非子·外储说左上》），彼

[1] 陈启天：《中国法家概论》，中华书局 1936 年版，第 31 页。
[2] 谢无量：《韩非》，中华书局 1932 年版，第 31、107 页。



此“用计算之心以相待”（《韩非子·六反》），是法家对于人性的基本判断，也是法家政治的人性论前提。此种人性，在法家看来并不是道德批判或政治改造的对象，反而是政治或治道的根基之所在。循天道、守成理、因自然就是顺应人的这种性情，“不逆天理”也就是“不伤情性”（《慎子》）。正是通过人的自利性情，“循天顺人”（《韩非子·用人》）得以统为一体，“自然之道”得以落实于政治和社会领域。犹如市场经济或市民社会以人的理性计算能力为前设一样，人的趋利避害本性，也被法家所充分利用，成为法家政治展开的现实切入点，正所谓“天道因则大，化则细……因也者，因人之情也。人莫不自为也，化而使之为我，则莫可得而用矣”（《慎子·因循》）；“人生而又好恶，故民可治也……好恶者，赏罚之本也”（《商君书·错法》）；“凡治天下，必因人情。人情者，有好恶，故赏罚可用。赏罚可用则禁令可立，而治道具矣”（《韩非子·八经》）。

自然人性和“自然之道”，构成了法家在治理手段上坚持“垂法而治”（《商君书·壹言》）、“以法治国”（《韩非子·有度》）的根本理据。法家之所以“不务德而务法”（《韩非子·显学》），正在于法律与自然人性、“自然之道”的紧密内在联系。在法家那里，法律包含着“赏”与“罚”两个基本内容，二者分别对应于人性的“好”与“恶”。以赏劝，以罚禁，乃法家鉴于人的自然本性而以法使民的一般原理。所谓“操名利之柄而能致功名”（《商君书·算地》）、“操其利害之柄以制之”（《韩非子·内储说上》），都是法家基于人趋利避害本性的“使民之道”（《商君书·更法》）、“用民之法”（《韩非子·说疑》）。在法家理论中，法律在国家治理功效上的充分显现，不仅有赖于赏罚对人的自然本性的契合，而且依凭于赏罚如同“自然之道”那样“用之如一而无私”（《商君书·定分》）。在关于董阏于的叙述中，无人误坠百仞深涧，显然既与人的趋利避害本性相关，也与“入涧之必死”的自然情势联系在一起。法家强调“公私之交，存亡之本”（《商君书·修权》），力主“信赏必罚”（《韩非子·外储说右上》）、“去私行，行公法”（《韩非子·有度》），甚至坚持“行刑重其轻者”（《商君书·去强》），终究是为了使赏罚如自然律一样，成为自动有效的必然客观过程，让人对法律像面临百仞深涧那样“莫之敢犯”。此可谓法家的“使法必行之法”（《商君书·画策》）。以赏罚对治人的好恶，以公法达到令行禁止，这是法家在国家治理上“因自然”、“行必然之道”的两个主要表现。

总体看，法家政治是一种有着缜密逻辑的自然政治。此种政治从人的生理本性出发，通过法律将所有人际关系确定为客观的法律关系，并以法律的严格一律实施在国民行为与名利刑罚之间建立起必然的因果联系，从而造就“一民使下”（《管子·任法》）的法律治理体系。这一近乎自然律的客观体系，由于受到理论逻辑的有效支持，具有明显的外在效果。这至少体现于三个方面。一是“治乱”（《韩非子·有度》），使社会获得相对稳定的秩序，“以救群生之乱，去天下之祸，使强不陵弱，众不暴寡，耆老得遂，幼孤得长，边境

不侵，君臣相亲，父子相保，而无死亡系虏之患”（《韩非子・奸劫弑臣》）。二是在一定程度上“使民……致其所欲”（《商君书・说民》），让一些国民获得功名利益。三是“主以尊安，国以富强”（《韩非子・和氏》），此乃法家政治最为显著的功效，也是其最高的政治目标。商鞅变法“行之十年，秦民大说，道不拾遗，山无盗贼，家给人足。民勇于公战，怯于私斗，乡邑大治”（《史记・商君列传》），“兵革大强，诸侯畏惧”（《战国策・秦一》），可谓法家政治效果的极致表现。无论是社会安定，还是国民基于赏罚体系主动或被动获得功利，都从属并服务于“富强之功”（《商君书・算地》）、“霸王之业”（《韩非子・六反》）这一终极目标。按照法家的理论逻辑，国富、兵强、主尊，必须通过赏罚以“抟民力”（《商君书・农战》）、“致民力”（《商君书・壹言》），通过法治统一国民行为、整合并提升国家能力来实现。商鞅所说的“人情好爵禄而恶刑罚，人君设二者以御民之志，而立所欲焉”（《商君书・错法》），清楚地揭示出法家政治“尊君”、“利上”（《韩非子・八经》）的初始动机，以及国民的趋利避害本性、国家的无私赏罚体系与主尊国强的霸王之业之间的内在联系。

近代西方的权利政治理论，就其结束“战争状态”、维护“自然权利”、形成“民族国家”而言，与法家理论其实有着相似的治理逻辑和外在效果，只是多出了法家所不具备的政治理性向度。从政治价值的角度看，尽管法家对暴政有所察觉和排斥，认为“仁暴者，皆亡国者也”（《韩非子・八说》），由此“期于利民”（《韩非子・心度》），希望“国无刑民”（《商君书・赏刑》），反对“劳苦百姓，杀戮不辜”（《韩非子・亡征》），但是，“以功用为的”（《韩非子・外储说左上》）的法家政治总体上并未包含政治德性和政治理性内容。在政治德性方面，法家消解了人的道德本性及其在人际交往和政治领域的作用发挥，力主“远仁义”（《韩非子・说疑》）、“不务德”（《韩非子・显学》），甚至将仁政与暴政同列亡国之道，由此最终滑向“制民”、“塞民”、“胜民”、“备民”（《商君书・画策》、《商君书・定分》）、“戒民”（《韩非子・南面》）的政治境地。对生冷客观的“自然之道”的追随，堵塞了仁义道德在法家政治中的生发渠道，这使得法家政治与儒家政治表现出“自然”与“道德”的明显区分。在政治理性方面，法家通过赏罚体系有效地让民众“轻死”“乐用”（《商君书・弱民》）的“使民之道”，其实亦可谓“死民”之道，民众在国家政治生活中的主体地位因而不得彰显，而是只沦为达致政治功利的手段。基于此，法家政治总是不断地被批评为“牛羊用人”（《法言・问道》）、“残忍为治”（《隋书・经籍志三》）、“违道而趋利，残民以厚主”（《苏轼文集・六一居士集叙》）、“有见于国，无见于人；有见于群，无见于孑”[1]。富国强兵、尊君称霸的外在功利目标，最终遮蔽了人之为人的内在理性价值，这使得法家政治与权利政治表现出“功利”与“权利”的明显区分。《商君书》上的一段

[1] 章太炎：《国故论衡》，上海古籍出版社 2003 年版，第 115 页。



话鲜活地勾勒出法家政治的非道德立场和价值缺失：“民之见战也，如饿狼之见肉，则民用矣。凡战者，民之所恶也。能使民乐战者，王。强国之民，父遗其子，兄遗其弟，妻遗其夫，皆曰：‘不得，无返。’又曰：‘失法离令，若死我死，乡治之。行间无所逃，迁徙无所入。’行间之治，连以五，辨之以章，束之以令，拙无所处，罢无所生。是以三军之众，从令如流，死而不旋踵”（《商君书・画策》）。从中，可洞察由功利目标所主导的有效政治逻辑和治理效果，却见不到政治的道德根基和理性取向。对此，有学者曾作出这样的评价：“法家政治，是以臣民为人君的工具，以富强为人君的唯一目标，而以刑罚为达到上述两点的唯一手段的政治。这是经过长期精密构造出来的古典的极权政治。任何极权政治的初期，都有很高的行政效率；但违反人道精神，不能作立国的长治久安之计。”[1]

功利目的、治理手段与实际效果之间严密而连续的政治逻辑，并未为法家政治带来持久的合法性。因为道德和理性价值的缺失，法家政治在历史上也产生了不利的政治后果。其一，将人际关系一律构造为法律关系，抑制了仁义忠诚在人与人之间的生发空间，以致“伤恩薄厚”（《汉书・艺文志》）。这使得法家政治“必有无德之患”（《论衡・非韩》），尤其是带来“君臣相憎”（《论衡・自然》）、“上下相忌”（《苏轼文集・韩非论》）。古人就此指出，“法术之御世，有似铁辔之御马，非必能制马也，适所以梏其手也。人君之数至少，而人臣之数至众，以至少御众，其势不胜也。人主任术，而欲御其臣无术，其势不禁也。俱任术，则至少者不便也”（《群书治要・体论》）。其二，亲疏不别，贵贱不殊，实际伤害了一些社会阶层；重其轻罪，则会让更多的人受到与罪不相称的伤残，也容易导致犯轻罪者干脆选择犯更重的罪；无功不赏，阻塞了让在功利体系中陷于不利竞争处境的人获得赖以生活的基本福利的政治途径。这些不仅使法家的“国无怨民”（《商君书・去强》）理想不能实现，也事实上造成了“宗室贵戚多怨望”（《史记・商君列传》）以及“揭竿而起”（《史记・陈胜本纪》）的民众反抗。古人因此提到，“申韩、商鞅之为治也，拨其根，芜弃其本，而不穷究其所由生……背道德之本，而争于锥刀之末，斩艾百姓，殚尽大半……犹抱薪而救火，凿窦而出水”（《淮南子・览冥训》）。其三，法家关于“上古”、“中世”、“当今”（《商君书・开塞》、《韩非子・五蠹》）之类的时代划分，以及对“六虱”（《商君书・靳令》）、“五蠹”《韩非子・五蠹》的批判和排斥，显示出法家割裂历史传统、脱离文化根基的现实利益立场。法家政治因此看上去欠缺足够的价值元素和文化内涵，从而通常被认为虽能收近效但常有远祸，客观上不利于政治在文化基垫上获得持久发展，“可以行一时之计，而不可长用”（《史记・太史公自序》），甚至被比喻为需要慎用的治病药石。

[1] 徐复观：《两汉思想史》第 2 卷，华东师范大学出版社 2001 年版，第 31 页。

## 二、儒家政治的德性根基

从法家政治，不难看出基于人的自然本性、近乎自然规律的经验法则，而难以发现人的经验认知之外、形而上的道德世界、道德法则和道德诉求。法家理论有意或无意隔断了人的道德认知，只将政治限定于经验认知领域，在根本上缺乏或无涉道德确信。因此，虽然法家理论和法家政治把生理基础、赏罚手段、功利目标紧密衔接起来，形成了在政治上可有效操作的自治逻辑，但在此知识体系和政治过程中，人与人之间客观生冷的利害和法律关系消解了人的政治德性和政治责任。与之形成鲜明对照的是，政治道德以及道德意蕴浓厚的政治责任，一直构成为儒家政治的核心。一些学者对此有所觉察，认为“中国的政治理论……所提出的，并不是政治上的主权应该谁属的问题，而是政治上的责任应该谁负的问题”[1]，“中国传统政治……一向注意政府责任何在，它的职权该如何分配，及选拔何等人来担当此责任”[2]，“中国传统思想，则无宁谓人类道德意义尚远在国家意义之上。”[3]

无论是作为中国传统文化主流的儒家文化，还是作为中国传统政治主流的儒家政治，其根基都在于“道德”。大体而言，中国传统文化主要表现为“道德”文化，其中，“道”为“德”之根本，“德”为“道”之功用或入“道”之门阶。对于“道”与“德”的内在一致，古人有这样的表述：“道者，德之本也……德者，道之泽也”（《新书·道德说》），“道与德不是判然二物”[4]。尽管如此，从客观与主观的角度，“道”与“德”亦可略作区分，“大抵道是公共底，德是实得于身，为我所有底”[5]，“道者，人之所共由；德者，己之所独得”（《朱子语类》卷六）。在社会意义上，如果以“道”为客观的自然过程，而以“德”为主观的精神努力，那么未尝不可以说，法家政治的立足点在于一种立足经验规律的客观自然之“道”，而儒家文化和儒家政治则始终不离作为主体的人之“德”或者同样被认为客观存在、围绕“德”展开的道德律。“道”与“德”的这种相对区分，既发生在法家与儒家之间，也发生在道家与儒家之间。因为对仁德的坚持和固守，儒家在世界观、价值观和人生观上同时对法家和道家产生理论张力，由此所倡导的政治是一种典型的植根于人之德性的道德政治。

法家对“德”的排斥，并不表明对“道”的舍弃。看上去，法家与儒家都讲“道”和“理”，都试图依循“天道”推导出政治之道，只不过各自所追随的“道”在内容和方向上存在根本分歧。法家基于“刀锯以制理”（《文心雕龙·诸子》），儒家则“志于道，据于德”（《论语·述而》），主张“道之以德”

[1] 钱穆：《国史新论》，三联书店 2005 年版，第 71 页。
[2] 同上，第 100 页。
[3] 钱穆：《政学私言》，九州出版社 2010 年版，第 175 页。
[4] 陈淳：《北溪字义》，中华书局 1983 年版，第 43 页。
[5] 同上。



（《论语·为政》）。在政治道路上，法家与儒家分别侧重自然律和道德律，这可视为各以人的生理本性和道德本性为根基的两种“道”。源于“自然权利”的近代自然法与道德意蕴深厚的古代自然法大致对应于这两种“道”。法家对客观法则的倚重与道家对自然之道的尊从是相通的，两家都表现出一种冷智慧，都反对道德建构和礼教。《韩非子》有专门的“解老”、“喻老”篇，《史记》将韩非与老子并列作传，认为“韩非……喜刑名法术之学，而其归本于黄老……原于道德之意”（《史记·老子韩非列传》），以及法家将黄帝治道断定为“内行刀锯，外用甲兵”（《商君书·画策》）并遵照实施，凡此都显示出法家与道家之间的一定相通性。有学者指出，“‘天地不仁，以万物为刍狗；圣人不仁，以百姓为刍狗’，韩非之学，出于老子而流为惨刻者在此。”[1]对于客观的“自然之道”，儒家并未完全否定或忽视，但儒家政治的重心不在于此，而在于以德性为根基的“仁”道。贾谊的一段相关话语很具有代表性：“凡人之智，能见已然，不能见将然。夫礼者禁于将然之前，而法者禁于已然之后，是故法之所用易见，而礼之所为生难知也。若夫庆赏以劝善，刑罚以惩恶，先王执此之政，坚如金石，行此之令，信如四时，据此之公，无私如天地耳，岂顾不用哉？然而曰礼云礼云者，贵绝恶于未萌，而起教于微眇，使民日迁善远罪而不自知也。”（《汉书·贾谊传》）从这段话可以看出，儒家对无私乃至冷酷的“自然之道”并非毫无察觉，但儒家政治不落脚于此，而是在治国方式上优先考虑德教，由此将道德置于政治的基础地位，并不纯粹依靠法律。相对法家和道家的冷智慧而言，儒家表现出更强的热心肠，儒家政治尤其注重人的道德主体性和主动性在国家治理中的充分发挥。

基于道德的角度看，无论是在关于世界的认知上，还是在治国手段和方式上，儒家都比法家显得更为深厚和开阔，儒家政治因此呈现出很强的价值意蕴。与法家政治单纯的法律治理手段以及封闭的功利系统相对照，儒家政治及其理论包含着更为立体的复合结构。人为道德主体，生而具有道德本性，处在受天道法则支配的道德世界中，是此立体结构的理论前提，而这在法家理论中是缺乏或被阻隔的。法家政治以人为功利主体，通过利害赏罚诱导社会行为，达致富国强兵的政治目的，这些都只在一个可经验的、世俗的平面世界展开。法家理论得以建立以及法家政治得以产生实效，只以此经验世界中客观的“自然之道”，或者，基于人的生理本性而对人发生趋利避害效果的自然律为前提。对于儒家而言，经验层面和利害法则只是立体复合世界的一个方面，此外还存在一个受到道德律支配的道德领域。道德律在儒家那里虽然难以被经验认知，但却始终被认定为与经验层面的利害法则一样具有客观实效。这是贯通天道、本于人德的“仁”道。质言之，儒家对世界的认知兼具经验和道德两个维度，与法家只承认并专注于经验世界和经验法则不同的是，儒家以经验世界和道德世界为一体，并且将道德世界和道德法则视作政

[1] 陈沣：《东塾读书记》，上海古籍出版社 2012 年版，第 238 页。

治的根本。因此，形而上的心性或生命意义主题通常成为儒家追寻和深究的根本，儒家政治理论实为其心性之学的当然延伸。《大学》开篇“大学之道，在明明德”，《中庸》开篇“天命之谓性，率性之谓道”，以及《孟子》“尽心篇”提到的“尽其心者，知其性也”等，这些显得幽微的心性论，可谓儒学和儒家政治理论的理论源头之所在。儒学中道德与政治之间的此种不可分割的复合结构，是法家理论所不具备的。无论是心性之学，还是人之仁德，在法家理论和政治实践中都被切断或遭受抵制。总体上，以道德律指引人的社会行为，将仁德道义融入世俗和经验世界，提升政治和社会的道德价值，是儒家政治的努力方向。

因为坚持从道德理论或心性之学导引出政治原则，儒家政治在历史上透显出鲜明的道德性格。归结起来，这至少表现在三个方面。

其一，“道”高于“君”。儒家所奉的“道”是仁道，正如孔子所说，“道二：仁与不仁而已矣”（《孟子·离娄上》）。使政治合于仁道由此达致仁政，使“政”成为“道”的衍生、“正”的实践，是儒家政治理论的要义所在。这在具体实践中不仅停留于政治层面，也广泛深入到社会层面，正所谓“君君，臣臣，父父，子子”（《论语·颜渊》），“父子有亲，君臣有义，夫妇有别，长幼有序，朋友有信”（《孟子·滕文公上》），“君尽君道……臣尽臣道”（《孟子·离娄上》）。先秦儒学中的这些话语，更适合理解为仁道在政治和社会生活各个领域的自然流行，而并不适合理解为强制性纲常伦理秩序的普遍扩展。《孟子》中礼制内容的淡化在一定程度上反映出此特点。尽管秦之后中国传统政治对君权、纲常和礼教的维护日渐形式化和强制化，但从先秦儒学特别是孔孟理论看，“道”、“仁”远比“君”、“礼”根本，流灌于各种政治和社会身份中的个体道德精神才是基本的。宋明儒学之所以被作为“新儒学”看待，一个重要方面正在于其在一定程度上试图将仁德从强制伦理秩序中解放出来、使之重新成为人主动的道德自由精神的努力。在这一点上，宋明儒学特别是其中的心学，实际显露出现代性的某些端倪。而且，即使客观上存在由“师道”入“臣道”、由“仁”入“礼”的历史流向，儒学因此终究未能在现实层面自觉生发出民主政治体制，但对君权的道德和制度限制却也始终构成儒学所主导的中国传统政治的重要特点。这既表现在祖制以及宰相制度等对君权的约束上，[1]也表现在对君王的道德教育、劝谏、影响和规范以及对无道之君的道德批判和政治警醒上。从儒家经典，能够反复看到关于政治“有道”“无道”的讨论。就理论根本而言，在儒家政治中，君主或政权处在从属于“道”的地位，政治的最终目标不在于“尊君”，而在于行仁道。儒家所表现出的“以道事君，不可则止”（《论语·先进》）、“引其君以当道，志于仁”（《孟子·告子下》）、“格君心之非”（《孟子·离娄下》）、“从道不从君”（《荀子·臣道》）的道德立场和传统，与法家“尊君”“利上”的政治立场相比在道德价值上形

[1] 参见钱穆：《国史新论》，三联书店 2005 年版，第 73–79 页。



成强烈反差。

其二，“为政以德”（《论语·为政》）。仁德，在儒家那里是达致人与“道”相契合的具体途径，也是获得政治合法性的基本价值要求。儒学知识体系中，天道的主要内容和显现形式不是基于人的生理本性的自然律，而是基于人的道德本性的道德律；使政治合乎“道”的关键就在于道德律得以充分发挥作用，从而让人的行为，特别是君主和治理者的行为表现出政治德性。以人的德性为根基，是中国主流传统政治和文化的核心人文特征。将“道”置于政治之上，将“德”贯通在政治之中，构成了儒家政治的基本特质。这既源于儒家心性之学对道德本性和道德世界的把握，也与鉴于三代诸如“殷革夏命”（《尚书·多士》）的历史经验而对道德法则在政治实践中的现实作用的深切体认密切相关。与法家将政治兴衰的根本归结为世势变化和治理逻辑不同，儒家将政治兴衰的根本归结为政治德性，正所谓“得天下也以仁，其失天下者也以不仁”（《孟子·离娄上》）。在对政治德性的态度上，儒法两家存在着根本分歧，由此形成了法家“不务德而务法”、儒家“为政以德”两种不同的政治道路。“天命靡常”（《诗经·文王》），“惟克天德”（《尚书·吕刑》），“不敬厥德，乃早坠厥命”（《尚书·召诰》），儒家这样一种关于天命与人德之间具有必然联系的道德认知，隐含着政治革命的可能性，也促成了通过提升仁德以顺应天道的政治努力方向。从儒家理论看，“大道既隐，天下为家”（《礼记·礼运》）的世道变革，或者，政权与民众之间的裂缝，造就了政治革命的客观条件。这使得政治德性在历史上更多地流行于自上而下的行政管理活动中，也使得在后世近乎私天下的帝制条件下，通过政治德性弥合君民间的分裂显得更为紧要。总体上，在中国传统政治中，对政治德性的维护以及由此对政治革命的提防是经常的历史现象。

其三，“民惟邦本”（《尚书·五子之歌》）。将天道与君德贯通起来的传统政治概念是“民”。在儒家政治中，“民”成为天道与君德的实际落脚点，既是“有道”“无道”的权衡标准，也是“仁”与“不仁”的价值轴心。儒家政治因此多被判定为以民为本的“仁政”或民本政治。这亦是其与法家政治相区别的一个重要特点。在先秦儒学中，“民”一度被提升到比“君”还高的政治地位。诸如“民为贵，社稷次之，君为轻”（《孟子·尽心下》），“天视自我民视，天听自我民听”（《尚书·泰誓》），“天生民而树之君，以利之也”（《左传·文公十三年》），“天之生民，非为君也；天之立君，以为民也”（《荀子·大略》）等话语，显示出“民”在政治领域的基本地位。无论是从“大道之行也，天下为公”（《礼记·礼运》）的政治理想看，还是从先秦时代这种以民为国本的政治观念看，儒学事实上蕴涵有一定民主因素。[1]这在对无道之君的批判或置换上表现得很尤为突出：“若困民之主，匮神乏祀，百姓绝望，社稷无主，

[1] 就中国传统政治中的民主因素，有学者提到，“真求民主精神之实现，必使人道大统，下行而不上凑，必使教权尊于治权，道统尊于政统，礼治尊于法治，此乃中国儒家陈义，所由为传统文化之主干，亦即中国传统政制精意之所在”，见钱穆：《政学私言》，九州出版社 2010 年版，第 71 页。

将安用之？弗去何为？……天之爱民甚矣，岂其使一任肆于民上，以从其淫，而弃天地之性，必不然矣”（左传·襄公十四年）；“不以尧之所以治民，贼其民者也……暴其民甚，则身弑国亡；不甚，则身危国削”（《孟子·离娄上》）；“君有大过则谏，反覆之而不听，则易位……则去”（《孟子·万章下》）。尽管这些民主因素在秦之后长期未得充分生发的历史机遇，但民本仍始终构成为深受儒学影响的传统政治的核心要素。后世儒家政治中“得君行道”的政治思路，一方面使君主政制因为其一定程度的为民政治实践而获取适当合法性，另一方面也使政治德性以民本形式在行政层面得到持续延展。传统民本政治所透显出的此种政治德性，避免了法家政治的价值缺失，有学者就此指出，“凡使中国传统政治之不陷于偏霸功利，而有长治久安之局者，厥惟儒家之功。”[1]

## 三、权利政治的理性取向

相比而言，儒法两家对人性和世界有不同的判断和认知，儒家政治与法家政治因此具有不同的政治逻辑，在政治价值上亦呈现出明显差异。渊源于人的道德本性的道德系统或世界，是儒家理论及其政治的独到之处。这一道德系统构成为儒家心性之学的本体，儒家政治则具体表现为此道体在政治层面的作用形式。由于政治系统为道德系统所贯通并与之形成“用”与“体”的关系，儒家政治往往被视为一种从“内圣”开“外王”的“内圣外王”政治，从而展示出超越于现实经验层面的道德价值维度。明显的是，在“道”与“君”、“德”与“政”、“民”与“邦”之间，“道”、“德”、“民”被相对放在了更为根本的地位。尽管儒家抱有“天下为公”的“大同”理想，但历史并未表明儒家政治与君主、刑政、邦国格格不入。通过将“道”、“德”、“民”作为基本因素植入现实政治，中国传统政治即使在君主政制下也达致了一定程度的政治德性。从政治权力的角度看，虽然此种政治德性客观上对君主和行政权力形成某些制约，但它更多地作为政治智慧存在于传统政治实践中，而未必总是作为不利于君主政制的消极方面对待。政治德性在刑政民生等多方面的彰显，实际上为政治权力的存续灌注了道德合法性，脱离政治价值的法家政治实践因此难得普遍展开，其相应的政治后果也受到适当抑制，而大同道德理想与现实君主政制之间的历史矛盾亦因此得以缓解。

理论上，任何政治的延续都需要与之相应的逻辑和价值支撑。政治逻辑决定政治的可行性和实效，政治价值则决定政治的正当性和持久。总体来看，法家政治侧重于政治逻辑，儒家政治则不离政治价值。从人的自利本性出发，依循趋利避害的自然之道，通过赏罚二柄调动整合人的行为，这样一套严密有效的政治逻辑，使得法家政治通常表现出比儒家政治更为强势的政治实效。

[1] 同上，第79页。



同时，富强称霸的功利目标以及民得以致其所欲的功利效果，虽然不足以替代政治价值，但很大程度上却也可以避免由政治价值缺失所带来的政治弊病的即时显现，从而使得法家政治在一定历史时期具有可接受性。与法家政治形成对照，儒家政治并不否定刑罚的作用，但其重心不在于此，正所谓“刑为盛世所不能废，而亦盛世所不尚”（《四库全书总目提要·政书类》按语）。在法律之外，儒家政治更加看重仁德和道德律的作用发挥。从人的道德本性出发，依循“善善恶恶”（《荀子·强国》）的道德法则，通过德主刑辅引导调整人的行为，这是儒家政治的基本逻辑。道高于君、为政以德、民惟邦本，这些诉求使得儒家政治逻辑终究受制于道德价值并由此显露出鲜明的民本倾向。大体而言，在儒家政治更为立体复合的政治结构中，其超越层面的道德系统、道德法则和道德价值是法家政治所缺乏乃至极力排斥的，其经验层面的基本逻辑在起点、理据和形式上也迥异于法家政治。如果说，儒家政治主要通过道德与政治权力的融和来形成政治合法性，法家政治主要通过功利与政治权力的衔接来谋求政治合法性，那么，权利政治则主要通过权利与政治权力的纽结来构建政治合法性。作为典型的现代政治，权利政治在逻辑和价值上既有别于法家政治，也不同于儒家政治。

从自然的角度看，权利政治与法家政治同为由人的生理本性出发的自然政治，都区别于乃至针对道德政治。权利政治的出发点是自然权利（natural rights）。权利政治独特的现代逻辑和价值皆源于此。这是一个直接渊源于人的自然本性的“自然”概念，而并非一个“道德”概念。尽管康德、洛克等人试图基于道德或宗教提出自然权利概念，但在与教会统治针锋相对的“启蒙”运动背景下，这一概念其实不适合理解为神授或天赋人权（God-given rights）。按照霍布斯、斯宾诺莎等人的表述，自然权利就是人为了保全自己的身体和生命而不顾一切做任何事的权利。[1]在关于自然状态和社会契约的理论中，此种肆无忌惮的自然权利必定导致人人自危的战争状态从而难有经常性的稳固保障，为摆脱混乱局面，人们达成社会契约，建立政治国家，由此所形成的权利政治一方面通过公权力和法律保障人权和公民权利，另一方面又使公权力受到民主制约，自然权利因而得以在国家和法律形式下受到常规保护。显然，与法家政治相近，权利政治并不将道德认知和道德系统作为其必要前提，而是以人的生理本性以及经验和理性认知为根基。从人的自然欲望出发来展开政治实践，在基于经验和理性的知识范围内判断、思考和解决政治和社会问题，这是权利政治可归属于自然政治的主要特征。鉴于此，从自然权利出

[1] “自然权利，乃是每个人按照自己的意愿，运用他自身的力量，来保全他自己的本性，亦即保全他自己的生命的自由。这也就是用他自己的判断和理性认为最适合的方式去做任何事情的自由。”见[英]霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆1985年版，第97页。“每个个体应竭力以保存其本身，不顾一切，只有自己，这是自然的最高的律法与权利。所以每个个体都有这样的最高的律法与权利，那就是，按照其天然的条件以生存与活动。……个人（就受天性左右而言）凡认为于其自身有用的，无论其为理智所指引，或为情欲所驱迫，他有绝对之权尽其可能以求之，以为己用，或用武力，或用狡黠，或用吁求，或用其他方法。因此之故，凡阻碍达到其目的者，他都可以视之为他的敌人。”见[荷]斯宾诺莎：《神学政治论》，温锡增译，商务印书馆1963年版，第212页。

发的现代政治被一些学者归结为“建立在人的意志基础之上的治理”或“受意志指导的人的治理”[1]，也被另外一些学者归结为旨在保护身体和保全生命的“身体政治”（the politics of body）或“生命政治”（bio-politics）[2]。自由意志的主导很大程度上消解了超验的自然法或道德法则及其支配地位，以身体、生命、财产、自由、快乐为基本内容的自然权利也明显集中于人的生理需要，这些使得权利政治不同于深入到道德系统或超验世界的道德政治或宗教统治，而是与法家政治一样主要流于世俗功利层面。[3]

尽管权利政治与法家政治都具有自然的和功利的特点，但从价值的角度看，权利政治却透显出法家政治所不具备的理性价值。这也是权利政治不同于儒家道德政治的现代特质之所在。一般认为，现代政治和社会体制是对所谓“霍布斯问题”的应对，亦即，“既然人们都有情感，并且都试图以理性的方式来追求情感，那么，在有着许多人互相关联地行动着的社会处境中，是否可能以理性的方式去追求情感呢？或者在什么条件下才是可能的呢？”[4]此种沿着人的生理本性和经验认知、依循理性方式来思考和对治人际利益冲突的现代发展路径，虽然如法家政治一样侧重于自然、功利和世俗领域，并不触及道德世界，但却因为自然权利这一出发点而彰显出鲜明的人文价值。自然权利以及自由意志，排除了宗教的或超验的世界观，而将根本落实于自然世界和人本身，由此个人的自然本性和价值得到高度认可，个人的尊严和能力受到充分尊重，个人被认为生而具有权利，人的身体、生命、尊严、权利、自由从而亦成为现代政治和法律制度的基本价值。正是此种价值维度，使得权利政治不像法家政治那样只成为功利政治和权力政治，而是将世俗功利与权利价值、政治权力与自然权利巧妙地糅合在一起，以此避开了法家政治的价值缺失弊病。同时，虽然权利政治与道德政治皆具价值取向，但二者并不完全相同，而是呈现出理性价值与道德价值的差异。权利政治更多地与人的认知理性相联系，它主要指对经验世界的情感、欲望和利益等作合乎经验的认知以及合乎逻辑的判断、比较、计算和推理等能力，[5]不同于道德理性。基于认知理性而形成的保障人权、无害他人等价值准则，虽然也可能产生具有

[1] Ian Shapiro (ed.), *The Rule of Law*, New York: New York University Press, 1994, pp. 13-19.
[2] Michel Foucault, “The Birth of Biopolitics”, in Michel Foucault, *The Essential Foucault: Selections from the Essential Works of Foucault, 1954-1984*, ed. by Paul Rabinow and Nikolas Rose, New York: New Press, 2003, pp. 202-207.
[3] “现代思想的出发点是个人的权利，并认为国家的存在是为了确保个人发展的条件，而希腊思想的出发点是国家的自治和自立的权利，个人则被认为要促进国家的那种存在状态。”见[英]巴克：《希腊政治理论：柏拉图及其前人》，卢华萍译，长春：吉林人民出版社，2003 年，第 36—37 页。“前现代的自然法学说教导的是人的义务；倘若说它们多少还关注一下人的权利的话，它们也是把权利看作本质上是由义务派生出来的。就像人们常常观察到的，在 17 和 18 世纪的过程中有了一种前所未有的对于权利的极大重视和强调。可以说重点由自然义务转向了自然权利。”见[美]施特劳斯：《自然权利与历史》，彭刚译，三联书店 2003 年版，第 186 页。关于自然权利的现代意义及其在现代政治中的基础地位，参见[美]施特劳斯：《霍布斯的政治哲学：基础与起源》，申彤译，译林出版社 2001 年版，第 118、186—190 页。
[4] [美]帕森斯：《社会行动的结构》，张明德、夏遇安、彭刚译，译林出版社 2003 年版，第 104 页。另参见[英]特纳：《社会理论指南》，李康译，上海人民出版社 2003 年版，第 35—36 页。
[5] 参见[英]阿巴拉斯特：《西方自由主义的兴衰》，曹海军等译，吉林人民出版社 2004 年版，第 42 页。



一定道德意义的实际效果，但它与基于不计得失的道德理性而衍生出的道德价值仍有差别。而且，权利政治通常持有较为明显的非道德化立场，拒斥对道德的政治强制以及法律道德主义，[1]以此避开了传统的教会统治或道德政治对人的生理本性的适当抑制。

就权利取向和理性价值而言，权利政治也可被称为理性政治。“政治理性”（political reason）、“政治合理性”（political rationality），或者，使政治权力的运行合乎理性、合理化，这是权利政治在价值维度上的独特表现。在权利政治中，政治权力获得合理性主要是沿着保护自然权利的路径展开的。自然权利，既为政治权力提供了存续的必要性和正当性，也对政治权力提出了组建原则和运行规范。因此，合理安排政治权力结构，规范和限制政治权力，使政治权力始终围绕保护人权和公民权利的政治目标行使，成为权利政治的精要所在。如果说自然权利得到常规保护为权利政治造就价值合理性，那么，遵循经验规律科学构设的足以有效保障人权和公民权利的政治权力体系，则为权利政治造就形式合理性。质言之，权利政治具有通过机构配置和法律制度严格限制和规范政治权力以防止其损害自然权利的民主向度，而这在历史上的法家政治和儒家政治中都未得到充分拓展。中国传统政治尽管对君权亦有一定程度的约束，但总体缺乏对君权的刚性限制，更缺乏通过诸如选举、集会、游行等民权活动来制约君权和行政权力的法律形式。与传统政治不同的是，权利政治下，一方面对政治权力的规范和约束得以严格化、法律化和科学化，另一方面对人的生理本性的道德强制得以消解。此外，权利政治对极权政治、民粹政治和道德政治皆有所排斥，显现出一定的“反政治”倾向。由于民权政治活动形式的开通以及独立司法体系的建立，权利政治为政治表达和民权诉求提供了理性的法律形式和国家层面的中立救济渠道，在很大程度上避免了政治的大型暴力化和非理性化，特别是在政权更迭时期。总体上，从人的生理本性和自然权利出发，依循经验规律和科学原理，通过合理配置和严格规范政治权力有效保障自然权利，这是权利政治的主要逻辑。虽然权利政治所包容的政治理性在理论上亦受到批判性审视，[2]但与法家政治和儒家

[1] “处在自由主义中心的是这样一种看法，即国家不应使用其强制力把善良生活观念强加给个人”，见 Christopher Berry Gray (ed.), *The Philosophy of Law: An Encyclopedia*, New York: Garland Publishing, 1999, p. 506。边沁亦曾将“个人判断的权利”视为现代社会中人们所珍视的一切东西的基础，认为个人“把自己的判断力从权威的束缚中解放出来”，“更多地相信自己的能力，而少相信那些名声显赫的人物的一贯正确”，见[英]边沁：《政府片论》，沈叔平译，商务印书馆 1995 年版，第 106、236 页。关于“道德的法律强制”的争论，还可参见[英]哈特：《法律、自由与道德》，支振锋译，法律出版社 2006 年版。
[2] 关于政治理性及其批判，参见 Michel Foucault, “Governmentality”, in Graham Burchell, Colin Gordon and Peter Miller (eds.), *The Foucault Effect: Studies in governmental rationality*, London: Harvester Wheatsheaf, 1991; Michel Foucault, “Omnes et Singulatim: Toward a Critique of Political Reason”, in Michel Foucault, *The Essential Foucault: Selections from the Essential Works of Foucault, 1954-1984*, ed. by Paul Rabinow and Nikolas Rose, New York: New Press, 2003. 福柯指出，“人类的所有行为都通过合理性（rationality）而被安排和规划。在制度、行为和政治关系中都存在逻辑。甚至最残暴的行为中也存在合理性。暴力中最危险的就是它的合理性。当然，暴力本身是很可怕的。但是，暴力最深刻的根源以及暴力的持续来自于我们所使用的合理性形式。如果我们生活在理性的（reason）世界，我们就能消除暴力，这种想法是极端错误的。暴力与合理性并非两相对立。我的问题不是要审判理性，而是要搞清楚这种合理性与暴力竟然如此地相容。”见 Michel Foucault, *Foucault Live (Interviews, 1961-1984)*, ed. by Sylvere Lotringer,

政治相比，权利政治在民主向度上对人权和公民权利的保障以及对政治权力的有效制约仍表现出明显的理性价值。

作为现代形态，权利政治既在逻辑上对法家政治有所深化，也在价值上表现出对儒家政治的不同甚至反动。从自然与道德的关系看，权利政治与法家政治同属自然政治，主要在人的自然本性层面以及经验或理性认知领域展开，有别于以超越的道德系统为前提的儒家道德政治。从逻辑与价值的关系看，权利政治、法家政治与儒家政治各自侧重于“权利”、“功利”和“道德”。[1]其中，权利政治包含有功利要素，并将其统合于权利价值之中，由此形成政治理性，避免政治成为专制政治或极权政治；儒家政治亦不完全排除功利要素，而是将其融通于道德价值之中，力图使政治表现出政治德性；唯有法家政治只在治理逻辑与功利目标之间建立连接，而于价值构建上显出不足。从政治与行政的关系看，历史上的法家政治和儒家政治都还只停留在行政层面，而只有权利政治从行政层面上升到了民主和民权意义上的政治层面。此外，从政治关系的角度看，法家政治将人际关系主要构建为法律关系和利害关系；儒家政治将人际关系主要构建为道德关系，同时涵容有法律关系；权利政治则将人际关系主要构建为较为客观、理性的权利关系和法律关系。与之相应，在政治责任观念上，儒家的道德政治透显出较强的道德责任，一个表现是，因为社会混乱或民众受损，不良行政官吏遭受惩处，君主对自己公开谴责；权利政治则透显出较强的政治责任和法律责任，这集中表现在执政者因为履职不当而依法承担的政治和法律后果上；而从法家政治，难以看到君王对民众的道德责任以及因政治失败而承担不利的明文法律后果。人的道德责任和道德本性，不仅在法家政治中不受重视，在权利政治中也要么被明显淡化，要么脱离超越的道德系统而只在经验和理性范围予以权衡。这体现出古今政治在价值基点上从仁义道德朝自然权利的转向。在此过程中，权利政治在基于人性的不完善而构造科学有效的政治和法律体制，从而使政治更加理性化的同时，也一定程度上在国家和国内层面表现出政治行为的道德价值缺失以

New York: Semiotext(e), 1996, p. 299。

[1]“功利”、“道德”与“权利”在学理上的差异，是现代中国值得特别关注的一个理论问题。应注意“权利”在面对“功利”和“道德”时的不可侵犯性。在当下语境中，时常有观点认为国家出于社会整体需要或功利目标可以侵犯或限制人权和公民权利，这是对权利学理的一种误解。随着中国民主法治进程的深入发展，此种误解必将面临越来越大的理论张力。在《认真对待权利》一书中，德沃金曾反复提到“权利”、“功利”、“道德”三者的区别。例如，他说，“功利主义是一个以目标为基础的理论；康德的绝对范畴构成了一个以义务为基础的理论；汤姆·潘恩的革命理论则是以权利为基础的……在权利理论的中心的个人是从他人的服从行为中受益的个人，而不是通过自己的服从而过道德生活的个人。……如果他的理论是以目标为基础的，他就会考虑推行道德对于压倒一切的目标的影响。……如果他的理论是以义务为基础的，他就会赞同一般被称为因果报应的观点，也就是说，既然不道德的行为是错误的，那么，尽管这一行为没有损害任何人，但是国家也必须惩罚他。如果他的理论是以权利为基础的，他就会拒绝因果报应的观点，并且根据他自己的看法来判断这一功利主义的观点，他的看法就是，即使以普遍的社会福利为代价，个人的权利也必须受到保护”；“一个权利要求的核心……意味着一个个人，有权保护自己免受大多数人的侵犯，即使是以普遍利益为代价时也是如此”；“社会的普遍利益不能成为剥夺权利的正当理由，即使讨论中的利益是对于法律的高度尊重。”见[美]德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社 1998 年版，第 197、228－229、255 页。



及对政治行为的道德限制的乏力。

综上所述，权利政治发展出了权利取向、理性价值和民主维度，这些现代特点是历史上法家政治和儒家政治所不具备的。尽管如此，并不适合基于现代立场，将法家政治与儒家政治完全视为衰朽落后的历史形态，或者，将政治发展简单地确定为从法家政治、到儒家政治、再到权利政治的历史必然过程。对于现代政治仍处发育过程中的中国来说，在“古今中外”的历史背景下，法家政治、儒家政治和权利政治，更宜作为各有其普遍学理根基和特定生发领域的政治形态对待。尤其是，鉴于传统道德政治所蕴涵的政治德性与现代权利政治所彰显的政治理性之间的差异和侧重，努力将政治德性与政治理性融通起来形成更为全面合理的政治价值，当为现代中国政治发展的重要方向。

## 四、迈向政治德性和政治理性

近代以来，中国的政治发展经历着从传统向现代的历史转型。在此过程中，道德政治日渐衰微是一个明显趋势，而新崛起的政治价值以及相应的政治构建也在不断发生变化，在不同的历史时期展现出不同的延伸方向。

19 世纪后期，在现代政治产生之前，中国曾出现“中学为体，西学为用”的政治改革努力。从“中学为内学，西学为外学，中学治身心，西学应世事”[1]看，其时关于“中学”的理解也存在通向以道德系统为内核的心性之学的可能性。然而，从现实的政治构建看，“中学”显然更多地被搁置于知识层面的“名教”和制度层面的“礼制”，君主政制和三纲五常实际成为“体”的要义所在。因之，在政治价值上，这一时期的政治改革终究表现出对“民权”和“男女平权”的批判和抵制。[2]20 世纪早期，此种政治倾向得以彻底扭转，政治改革被政治革命所取代，首先呈现出来的是从传统道德政治向现代权利政治的转向，“民权”成为政治构建的新基点。这一时期以民族、民权、民生“三民主义”为指导的政治尝试，具有更强的现代立场，力图“顺应世界潮流，去实行民权，走政治的正轨。”[3]在此朝向现代的政治努力中，“中学”因素并没有被完全割舍。在政治价值上，一方面，“学欧美之所长”得到强调的同时，“恢复……（中国）固有的道德、知识和能力”也受到重视，[4]这在一定程度上使“民权”话语得以与“民生主义”并立；另一方面，关于“民权”的理解实际受到中国语境的限制，“民权”话语因之未在“个人自由”或“自然权利”的西学意义上被使用，而是与“民族主义”糅合在一起。与西方权利发展历程不同的是，民权、个人自由在中国近代生发的过程中，时常发生为国

[1] 张之洞：《劝学篇》，上海书店出版社 2002 年版，第 71 页。

[2]“知君臣之纲，则民权之说不可行……知夫妇之纲，则男女平权之说不可行”，“民权之说，无一益而有百害。”同上，第 12、19 页。

[3] 孙中山：《三民主义》，载《孙中山选集》，人民出版社 1981 年版，第 763 页。

[4] 参见同上，第 688－689 页。

权、国家自由所替换的现象。在晚清，就有“惟国权能御敌国，民权断不能御敌国，势固然也”[1]的看法；在民国，仍存在这样的政治观念：“自由这个名词……万不可再用到个人上去，要用到国家上去。个人不可太过自由，国家要得完全自由。到了国家能够行动自由，中国便是强盛的国家。要这样做去，便要大家牺牲自由。”[2]历史地看，自然权利在西方崛兴之初通常伴有政治动荡，而在随之发生的民族国家构建和发展过程中，依循权利政治的逻辑，自然权利与国家权力在西方社会实际呈现出相互加强的态势。[3]尽管自然权利在引入中国时也适逢时局混乱，但后来的政治构建实际上并没有严格按照权利政治的逻辑开展，个人权利和自由在相当长的历史时期事实上要么受到抑制，要么被转向国权或群体利益。

由于摆脱国家积贫积弱的政治企图以及连绵不断的内外战争和政治斗争，近代中国并没有充分获得以自然权利或个人自由为基点构建现代权利政治的历史机会，政治发展道路也随着现实政治力量的兴衰而不时中断和转向。在国家层面，构建专制或强权国家的倾向几度出现，民主宪政进程被不断推迟，国家正规建设也一直面临政治运动的冲击。在社会层面，政治革命深入到社会革命，非国家形式的政治势力通过发动民众得以迅速壮大，一种以“唤起民众”、“施仁政于人民内部”、“保护人民利益”[4]为特点的政治发展模式在革命实践中逐渐形成。这是一种大众政治模式或人民民主政治模式，对中华人民共和国的政权建设，特别是头三十多年的政治实践具有长期而深刻的影响。从政治价值的角度审视，此种以民众为本位、看上去具有浓厚价值色彩的政治模式，既有别于历史上的法家政治和儒家政治，也不同于源于西方的现代权利政治，很难纯粹地归入其中的某一政治类型。如同法家政治能够通过利益驱动调动和整合社会力量一样，此种政治模式也能通过广泛深入地动员民众产生强大的政治力量效果，但与法家政治中君权与民众存在较大裂缝不同的是，大众政治模式在价值维度上以不脱离民众为典型特征，以融入民众为生发渠道，甚至需要做到以利益大众为其生命线。如同道德政治认定“人皆可以为尧舜”(《孟子·告子下》)，并倡导“廓然而大公”(《河南程氏粹言·心性篇》)、不斤斤计较、不避趋祸福的道德规范一样，诸如“大公无私”、“毫不利己、专门利人”、“六亿神州尽舜尧”、“民本”、“仁政”、“公仆”之类的话语也一度流行于大众政治模式中，但与以道德系统和心性之学为前提的道德政治不同的是，此种政治模式并不以形而上的道德理论为必要，而是更多地依赖于经验和理性层面的政治动员、政治教育或政治意识形态。此外，与权利政治对权利路径、国家形式、法律渠道的依赖以及由此所形成的理性化和形式化特点相比，大众政治模式的政治化色彩更为浓厚。在其发展的早期，

[1] 张之洞：《劝学篇》，上海书店出版社 2002 年版，第 21 页。
[2] 孙中山：《三民主义》，载《孙中山选集》，人民出版社 1981 年版，第 722－723 页。
[3] 此种状况曾被称为“权力与快乐的持续螺旋”。参见 Michel Foucault, *The History of Sexuality, Volume 1: An Introduction*, New York: Vintage Books, 1980, pp. 45-47。
[4] 毛泽东：《论人民民主专政》，载《毛泽东选集》第 4 卷，人民出版社 1991 年版，第 1472、1476 页。



特别是在“文革”期间，此种政治模式很大程度上表现出将政治力量凌驾于国家和法律之上的特点，国家和法律问题时常被政治化或大众化，而政治问题的国家化、法律化解决渠道以及形式化、程序化的权利表达和诉求机制，在较长时期内没有得到充分发展。

尽管人民民主政治模式在历史上表现出生命力，在现实中亦能产生明显政治功效，但在改革开放条件下，随着现代化进程的深入和社会文明程度的提升，它事实上也在不断得到改革、调整和优化。总体上，稳妥安顿源于民众的政治势力与道德价值、权利渠道、法律形式以及国家体制之间的关系，可谓完善此种政治模式的关键。从政治价值的角度看，在继续动态地通过顺民意、促民生等实践方式维护稳固政治正当性的同时，平行开通并拓展政治德性和政治理性的生发道路，使政治具有更大的道德正当性、权利正当性和法律正当性，避免陷入单纯的利益政治或功利政治，是人民民主政治模式可供选择的发展方向。在政治德性方面，尽管大众政治模式呈现出传统政治中诸如“民本”等特点，但中国文化传统在相当长的历史时期，至少在 20 世纪 90 年代以前，基本上没有得到自觉传承，而是反复遭受来自“文化运动”或“文化革命”的激荡乃至破坏，这很大程度上阻隔了政治德性赖以寄居的道德系统的延展。进入 21 世纪，对中国文化传统的自觉和自信日益明显，在此条件下，达成百年新文化与千年文化传统的融会贯通，从文明重构的高度重新审视中国政治发展道路，在政治实践中自觉传承并发扬中国文化独特而又具有穿透古今中外的普遍特点的道德价值，具有更大的历史可能。结合历史而言，于现代政治语境下重启道德认知和道德系统，不应也不会再走由仁道入礼制的形式化老路，毋宁说，政治领袖和行政官员的道德人格、民众意愿的道德合理性、政治行为的道德限制以及经济和社会行为的道德价值，是政治德性在现代彰显的主要表现。在政治理性方面，尽管大众政治模式呈现出人民民主特点，但就历史上的“大民主”实践教训而言，现代民主政治实践需要通过国家和法律体制来使之形式化，而且也需要通过权利表达和诉求机制来使之合理化，以避免政治被过度政治化或长期运动化。事实上，民主政治的国家化、法律化和权利化，是改革开放特别是 20 世纪 90 年代以来，中国政治日渐加深的特点和趋向。这集中体现在“依法治国”被确立为基本治国方略以及“人权”入宪等事件上。从学理上讲，人权为现代政治设置价值底线，权利为现代政治奠定价值起点，国家和法律则为现代政治提供可持续发展的必要形式。因之，现代民主政治可以依循法治轨道、通过理性方式得以平稳而经常地展开，在尊重人民主体政治地位的同时使个人权利和自由受到有效保障，由此彰显政治理性。

由于政治理性立足于人的经验和理性认知以及生理本性，而政治德性立足于人的道德认知和道德本性，重构中国的政治价值，需要注意道德与权利、道德价值与理性价值之间可能的张力。重要的是，并列开通人的经验认知、

理性认知和道德认知途径，消解传统与现代性、新文化与传统文化的针锋相对，使人的生理本性和道德本性得到共同发展，避免以一种认知形式抑制或堵塞其他认知形式，避免对权利发展的过度道德批判，也避免权利和法律立场对道德价值和实质理性的漠视或排斥。这在现代条件下并非毫无可能，宋明时期诸如“虽终日做买卖，不害其为圣为贤”[1]等话语，其实已直接指出此类兼容智慧。大体而言，在人的经验、理性和道德认知平行开通、同具合法性的前提下，将道德价值重新融入政治系统，更适合采取沿着个体生发扩展的方式，而不宜采取国家或法律强制的方式，而对人权和公民权利的保护则适合深入到政治和法治的各个环节。此外，作为一个发展中国家，中国应利用其后发展优势，充分吸纳法家政治、儒家政治和权利政治的长处，避免只以一种逻辑或价值将各类政治极端对立起来。其中，法家政治的治理逻辑在受制于现代民主政治的前提下，适合沿着形成基本社会秩序和维护公民权利的渠道，应用于行政领域；为法家政治和权利政治所共同蕴涵的、立足人的生理本性的法治逻辑，亦值得特别提炼出来，贯彻到人权保障和规范制约政治权力上。而且，从行政与政治相区分的角度看，中国政治终究需要突破以行政统合政治的传统格局，实现从以自上而下治理为特征的传统行政大国，向以自下而上的民权表达和诉求合法化、常规化并由此对治权形成有效制约为特征的现代政治大国的历史跨越。在这一点上，以权利为导向的政治理性是中国政治尤须张扬的重要方面。总而言之，在政治现代化的道路上，中国需要同时构建并彰显政治德性和政治理性，使道德价值、权利价值、法治逻辑在政治和行政层面互不抵触地平行发展，开拓一种民主法治下的民本治道。

[1] 王守仁：《传习录拾遗》第 14 条，载《王阳明全集》，上海古籍出版社 1992 年版，第 1171 页。