

王先林 主编

安徽大学法律评论

Anhui University Law Review

安徽大学法学院 组编
安徽大学经济法制研究中心

Vol.2 No.2

2002

第2卷 第2期

安徽大学出版社

安徽大学法律评论

2002 年 第 2 卷 第 2 期

Anhui University Law Review

Vol.2 No.2

安 徽 大 学 法 学 院
安徽大学经济法制研究中心

组 编

王先林 主编

安 徽 大 学 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

安徽大学法律评论. 2002 年. 第 2 卷. 第 2 期 / 王先林
主编. — 合肥: 安徽大学出版社, 2002. 11
ISBN 7-81052-624-3

I. 安... II. 王... III. 法学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 093614 号

安徽大学法律评论 2002 年 第 2 卷. 第 2 期

王先林主编

出版发行 安徽大学出版社
(合肥市肥西路 3 号 邮编 230039)

联系电话 编辑室 0551 5108241
发行部 0551 5107784

E-mail: ahdxchps@mail.hf.ah.cn

责任编辑 程忠业 朱丽琴

封面设计 孟献辉

印刷 中国科学技术大学印刷厂

开本 787×1092 1/16

印张 18

字数 400 千

版次 2002 年 11 月第 1 版

印次 2002 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 7-81052-624-3 / D·46

定 价 25.00 元

如有影响阅读的印装质量问题,请与出版社发行部联系调换

《安徽大学法律评论》学术委员会

(按姓氏笔画为序)

王圣扬 王先林 王继忠 王源扩 史际春
朱 勇 汪汉卿 李明发 李学宽 周少元
张恒山 胡云腾 胡世凯 徐淑萍 袁曙宏
储育明 程雁雷

编辑委员会 史际春 王源扩 李明发 王先林

主 编 王先林

编辑部秘书 阮燕

英文目录翻译 李坤刚

目 录

特稿

法治与法学	张晋藩(1)
-------------	--------

学术专论

西方法的合理性思想的演进	周世中(13)
关于法的本体论的几个理论问题	管仁林 何明霞(28)
论法治的人性基础	
——兼论中西人性观对法治的影响	项志友 马 珊(37)
江泽民民主宪政思想初探	陆德生 纪荣荣(45)
略论北洋时期的司法发展	韩秀桃(59)
行政机关立法角色的转换	陈宏光(70)
加入 WTO 与地方经济行政法制化问题研究	石东坡(75)
从家庭本位到个人本位	
——古代法与近代私法主体之比较	孙晓光(90)
我国农地承包经营权的物权化研究	李明发(97)
试论我国不动产登记制度的缺陷及立法完善	吴建农(106)
论违约导致的精神损害的赔偿	叶金强(115)
试论完善我国知识产权质权制度的若干途径	胡开忠(125)
我国上市公司引入独立董事制度	薄燕娜(136)
市场经济条件下的计划法初论	王先林(142)
税收法律关系研究	翟继光(154)
论自然的属性与环境法的理念	吴亚平(167)

从判例看中国法院对国际海商海事公约的适用	朱利江(178)
关于业务过失犯罪若干争议问题的探讨	刘 霜(188)
市场经济条件下预防和惩治青少年犯罪的思考	袁敏殊(196)
刑事诉讼效率与刑事证据立法	汪海燕 张小玲(204)
论侦查窃听对隐私权的影响及其抉择	张品泽 姚劲华(216)
论国家的域外管辖权	
——以国内刑法的域外适用为视角、以德荷边境毒品案管辖为实证	
.....	耿 勇 张炳文(225)

法学教育论坛

论当代中国法律人才的培养	汪汉卿(234)
近代法学教育的几点省思	周少元(239)
法理学教改的基本思路	
——从素质教育谈起	强昌文(244)

域外法论

美国破产法上的个人债务调整程序	韩长印 康 伟(249)
-----------------------	--------------

TABLE OF CONTENTS

Special Contribution

Rule of Law and Science of Law

Zhang Jinfan

Academic Studies

On Evolution of the Ideology of Reasonableness of Western Law

Zhou Shizhong

Several Theoretical Issues on Theory of Ontology

Guan Renlin He Mingxia

On Humanitary Foundation of Rule of Law

——Also on Influence of the Western and Chinese Concepts of

Human Nature on Legality

Xiang Zhiyou Ma Shan

Initial Studies on Jiang Zemin's Thoughts of Democracy and Constitutionalism

Lu Desheng Ji Rongrong

Brief Analysis on Development of the Judiciary in Northern Warlords Period of China

Han Xiutao

The Conversion of Legislative Role of Administration Organs

Chen Hongguang

WTO and Legalization of Local Economic Administration

Shi Dongpo

From Family Orientation to Individual Orientation

——A Comparison of the Subject System in Ancient and Modern Private Law

Sun Xiaoguang

Studies on the Real Right Nature of Contraction Right of
the Agricultural Land in China

Li Mingfa

On the Defects of Real Property Registration of China and Its Improvement

Wu Jiannong

On Remedies for Spiritual Damages Resulting from Breach of Contract

Ye Jinqiang

On Improvement of Pledge System of Intellectual Property

Hu Kaizhong

On Independent Director System in the Chinese Companies

Bo Yanna

Initial Studies on the Planning Law under the Market Economy Conditions

Wang Xianlin

Studies on Legal Relationship of Taxation

Zhai Jiguang

On Attribute of the Nature and Conception of Environment Law

Wu Yaping

An Analysis of the Application of International Maritime Convention to China:
from the Case Perspective

Zhu Lijiang

Studies on Some Disputed Issues on Crimes Resulting from Professional Negligence

Liu Shuang

Some Reflections on the Prevention and Punishments of Callan Crimes

under the Market Economy Conditions

Yuan Minshu

On the Efficiency of Criminal Procedure and the Legislation on Criminal Evidence

Wang Haiyan Zhang Xiaoling

Influence of Wiretapping in Investigation on Privacy and Choices

Zhang Pinze Yao Jinhua

On a State's Jurisdiction beyond Its Territory

——From the Perspective of the Application of Domestic Criminal Law beyond
Territory and Taking the Jurisdiction of Drug Cases on the Border of Ger-
many and Holland as Examples

Geng Yong Zhang Bingwen

Legal Education Forum

On the Cultivation of Contemporary Chinese Legal Intellectuals

Wang Hanqing

Some Reflections on the Modern Legal Education

Zhou Shaoyuan

Some Basic Thoughts on Teaching Method Reform of Jurisprudence

——From the Perspective of Quality Education

Qiang Changwen

Comments on Overseas Law

Personal Debt Adjustment Procedure in American Bankruptcy Law

Han Changyin Kang wei

法治与法学

张晋藩*

中国是法制文明发达最早的国家之一。在四千多年的法制历史中,曾经出现过“缘法而治”的封建法治,如春秋战国至秦统一时期的法治。封建时代的法治,是不能用近代资产阶级宪政条件下的法治观点来加以衡量的。它是本土文化的产物,是中华法制文明的重要标志。

1840年鸦片战争以后,中华民族遭遇的危机,促使一批爱国的士大夫、官僚奋起救亡图存,把改革的触角伸向国家制度领域,主张实行君主立宪政体和法治。这是近代意义上的法治,是西学东渐以后,外来文化影响下的产物,是中国传统法制走向近代化的标志。

无论是春秋战国时期封建法治的勃兴,还是晚清近代法治的萌芽都不是偶然的,都是涉及治国手段或国家方案的历史性变革,都反映了社会的巨变所引起的需求,都代表着进步的阶级的利益和革新政治的强烈愿望,都对法制的发展产生了深远的影响。

值得注意的是,无论是古代,还是近代,每当提出以法治国的改革方案时,都要求法学与之相呼应,特别是法治环境的营造,有力地消除了束缚法学的桎梏,从而促进了法学的生成与发展。而法学的发展又转而论证了法治的合理性,丰富了法治方案的内容,指导了以法治国的运行,更新了人们的法的观念,并在总结推行法治的实践经验的基础上发展了法学。因此,法治与法学二者之间相辅相成,互相促进,有着紧密的关联。法治之兴呼唤法学,借以增强对于法治的特定的知识和意识;法学之兴不仅为特定的法治造型制造舆论,更有利于整个法文化的兴盛。总结这方面的规律性认识,不仅具有理论意义,也具有现实的借鉴意义。

一、春秋战国至秦统一的法治与法学

春秋战国是社会大变动时期,铁制生产工具的广泛应用,促进了地方经济的发展,加强了地方诸侯和卿大夫的独立性。由周代所确立的宗法等级制度和礼乐刑政都处于瓦解

* 张晋藩,中国政法大学终身教授,博士生导师,中国政法大学原副校长,研究生院院长。

状态,在春秋无义战的权力与利益的争斗中,礼崩乐坏成为不可避免。各国统治者为了富国强兵,夺取兼并战争的胜利,都在寻求一种新的更具有国家强制力的,更有效的治军、治国和驭民的手段,以取代已经丧失了约束力的礼的统治。从郑、晋开端的制定和公布成文法的举措被各国所接受,以及在法家思想指导下各国进行的变法改革获得基本成功,都预示着以法治国取代以德治国的新时代的到来。

对于未来的国家方案,儒墨道法各家学派纷起论辩,蔚成百家争鸣的学术氛围。法家以其“不法古,不循今”的历史观和针对“好利恶害”的人性论而采取的“不务德而务法”、“以力服人”的政治观,以及“不别亲疏,不殊贵贱,一断于法”的法治观,逐渐赢得了雄心勃勃的新兴地主阶级的需要而成为显学。随着以法治国的国家方案的确立,法学——以法家为代表的学说也走向了兴盛和辉煌。

在中国历史上,春秋战国之际是探讨法理学、法哲学最集中和最具有代表性的时期,也是成就最显著的时期。以下撮要言之:

关于法律的起源,商鞅说:“古者未有君臣上下之时,民乱而不治,是以圣人别贵贱,制爵位,立名号,以别君臣上下之义。地广、民众、万物多,故分五官而守之。民众而奸邪生,故立法制为度量以禁之。”^①

关于法律的概念,管子说:“故法者天下之至道也,圣君之实用也。”^②又说:“法者,天下之程式也,万事之仪表也。”^③韩非子说:“法者,宪令著于官府,赏罚必于民心,赏存于慎法,而罚加乎奸令者也。”^④

关于法律的功能,管子说:“夫法者所以兴功惧暴也;律者所以定分止争也;令者所以令人知事也。法律政令者,吏民规矩绳墨也。”^⑤又说:“法者,天下之仪也,所以决疑而明是非也,百姓所悬命也”,^⑥“……故治国使众莫如法,禁淫止暴莫如刑。”^⑦商鞅说:“君臣释法任私必乱……故法者,国之权衡也。”^⑧韩非子说:“故矫上之失,诘下之邪,治乱决谬,绌美齐非,一民之轨,莫如法。属观威民,退淫殆,止诈伪,莫如刑。”^⑨

关于法律的特性,法、墨两家也作了论述:

公开性。韩非子说:“法者,编著之图籍,设之于官府,而布之于百姓者也……故法莫如显”。^⑩商鞅说:“故圣人为法,必使之明白易知。”^⑪

客观性。管子说:“尺寸也、绳墨也、规矩也、衡石也、斗斛也、角量也,谓之法。”^⑫商鞅说:“先王悬权衡,立尺寸,而至今法之,其分明也……故法者,国之权衡也……中程者赏之,毁公者诛之。”^⑬

① 《商君书·君臣》。

② 《管子·任法》。

③ ⑦ 《管子·明法解》。

④ 《韩非子·定法》。

⑤ 《管子·七臣七主》。

⑥ 《管子·茶藏》。

⑧ ⑬ 《商君书·修权》。

⑨ 《韩非子·有度》。

⑩ 《韩非子·难三》。

⑪ 《商君书·定分》。

⑫ 《管子·七法》。

·强制性。商鞅说：“圣人有必信之性，又有使天下不得不信之法。”^①“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。”^②又说：“守法守制之吏有不行王法者，罪死不赦，刑及三族。”^③

·平等性。管子说：“君臣上下贵贱皆从法，此谓为大治。”^④韩非说：“刑过不避大臣，赏善不遗匹夫。”^⑤“不避亲贵，法性所爱。”^⑥

关于立法，韩非说：“故治民无常，唯法为治。法与时转则治，治与世宜则有功……时移而治不易者乱。”^⑦管子说：“夫生法者君也，守法者臣也，法于法者民也。”^⑧

关于行法，管子说：“是故明君知民之必以上为心也，故置法以自治，立仪以自正也；故上不行，则民不从，彼民不服法死制，则国必乱矣。”^⑨韩非子说：“韩昭侯谓申子曰：‘法变甚不易行也’，申子曰：‘法者见功而兴赏，因能而授官，今君设法度，而听左右之请，此所以难行也。’昭侯曰：‘吾自今以来知行法矣’。”^⑩商鞅说：“法已定矣，不以善言害法。”^⑪慎到说：“法之功莫大使私不行，君之功莫大使民不争。今立法而行私，是私与法争，其乱甚于无法”。^⑫

关于法治与国家，管子说：“威不两错，政不二门，以法治国，则举措而已。”^⑬商鞅说：“明主之治天下也，缘法而治”。^⑭韩非子说：“国无常强，无常弱。奉法者强，则国强；奉法者弱，则国弱”。^⑮

以上可见，春秋战国时期法家关于法治学说的内涵，以及法学发展的概况。法家以法治国的方案是在与儒、墨、道各派的治国方案进行论辩、比较并战而胜之以后才确立的。对此，梁启超曾作过历史的考证和总结，他说：“法治主义对于放任主义，则彼乃不治的，而此乃治的也；其对于人治主义，则彼乃无格式的，而此乃有格式的也；其对于礼治主义，则彼乃无强制的，而此乃有强制的也；其对于势治主义，则彼乃无限制的，而此乃有限制的也。此法治主义之位置也。”^⑯

由于法家不仅是言者，而且是行者。他们在各国推行变法由于顺应了时代的潮流，取得了很大的成功。秦国经过商鞅变法而富强，并且实现了秦的统一，这是法家学说所产生的巨大物质力量的标志。经过法家的理论宣传和成功的实践，以法治国的法律工具主义观念，长久影响于后世。此外法家主张的以信赏必罚作为推行法治的手段，以及所强调的法律公开，执法必信等等都极大地提高了民众的法律意识，以至“妇人婴儿皆言商君之法”。^⑰

① 《商君书·画策》。

②③ 《商君书·赏刑》。

④⑤⑥ 《管子·任法》。

⑦⑧ 《韩非子·有度》。

⑨ 《韩非子·外储说右上》。

⑩ 《韩非子·心度》。

⑪ 《韩非子·外储说左上》。

⑫ 《商君书·新令》。

⑬ 《慎子·佚文》。

⑭ 《管子·明法》。

⑮ 《商君书·君臣》。

⑯ 《饮冰室全集·文集》卷十五。

⑰ 《战国策·秦策一》。

但是法家所主张的重刑轻罪,所谓“王者刑用于将过,则大邪不生”,^①“故行刑,重其轻者,轻者不生,则重者无从至矣”。^②破坏了罪刑相当的法治原则。对于秦统一以后的屈法滥刑,埋下了伏笔。而法家关于法生于君的观点,也为皇权凌驾于法律,法律附庸于皇权提供了理论根据。由此也决定了封建时代的法治只能是专制主义制度下的法治,是君主治理国家的工具,因而不能以资产阶级宪政条件下的法治加以衡量。

春秋战国时期以法治国的方案,是基于特定的社会发展的需要而出现的,它的成功是时代演进的必然结果。这些思想论证了法治的合理性,丰富了以法治国的内涵,并为以法治国的运营提供了可操作性,促进了法学的发展,从而使法学成为显学。可以说,法治召唤法学,法学促进法治,二者相辅相成。秦的强盛和统一,从一定意义说来正是成功地实践法学的结果。

二、晚清时期的法治与法学

1840 年鸦片战争以后,中国陷入了深刻的国家危机和民族危机。中华民族与外国侵略者的矛盾,已上升为中国的主要矛盾。为了解救民族危机而展开的救亡图存的斗争,成为中国近代史上一条主线和核心内容。在严峻的现实面前,不同的阶级阶层纷纷提出了不同的救国方案。鸦片战争后十年发生了太平天国运动,要以天国取代清朝,以“天法”取代“妖法”。太平天国的失败说明在当时的历史条件下,农民阶级的救国方案是没有出路的。但是太平天国后期领导人洪仁玕写的《资政新篇》,却为我们保留了一部粗线条的实行资产阶级法治的蓝图。

19 世纪 60 年代以后,清朝统治集团内部发起了以“中体西用”为指导的洋务运动,表现了他们企图藉此自存、自立、自强来继续维持清朝政权的意图。

19 世纪 70 年代至 19 世纪末,随着民族危机的加深和西学东渐的深入,代表民族资产阶级上层的改良派和维新派,已经把改革的触角伸向国家的政体,提出君主立宪的国家方案。特别是清政府在 1894 至 1895 年中日战争中失败以后,宣告了经营三十多年的洋务新政的彻底破产。日本侵略者强迫清政府签订的不平等的《马关条约》,正式获得了在华投资开办厂矿的权利,为资本输出打开了通道。与此同时,帝国主义列强展开了争夺租借地和划分势力范围的竞争。中国面临着被帝国主义列强瓜分的危险。严峻的民族危机强烈地促进了中华民族的觉醒,救亡图存、变法自强的呼声成为时代的最强音。19 世纪 70 年代以来的改良变法运动思想终于形成一股相当强大的社会思潮,并迅速地推动了一场有组织的政治改革运动——戊戌变法。梁启超曾经指出:“唤起吾国四千年之大梦,实自甲午一役始也……鼾睡之声乃渐惊起。”^③又说:“自甲午军事失败后,朝野乃知旧法不足恃,于是言变法者乃纷纷。强学会、时务报大声呼吁天下,天下人士咸知变法,风气大开矣。”^④

① 《商君书·开塞》。

② 《商君书·说民》。

③ 《戊戌政变记·改革起源》卷七。

④ 《戊戌政变记·上谕恭录》卷一。

在维新派为实现君主立宪的国家方案而进行变法维新中,实行资产阶级的法治是基本的内容之一。为此他们积极地翻译西书,制造舆论,创办学会、学堂、报馆、书局,宣传和传播西方的政治法律文化,促进了具有资产阶级性质的法学的萌生和发展。在这个过程中,严复和梁启超起了重要的历史性的作用。

严复(1853~1921)又名宗光、几道,字又陵,福建侯官人。1867年考入福州船政学堂,学习驾驶。毕业后,在清朝海军中任职。1877年被派往英国留学期间,虽然学习驾驶,却留意于英国的社会制度和资产阶级的社会学说,赞赏英国的君主立宪政体和法律制度,他回国以后,为了救亡图存,运用资产阶级的庸俗进化论、天赋人权论等学说,来阐发变法图强的主张。强调“早一日变计,早一日转机。若尚因循,行将无及”。^① 1895年,他发表了《原强》、《辟韩》、《救亡决论》、《论世变之亟》等文章,呼吁变法,提出“鼓民力”、“开民智”、“新民德”三项可使中国富强的办法。并且译出和刊行了赫胥黎的《天演论》,以“物竞天择,适者生存”的进化论观点,警醒国人救亡图存,成为当时鼓吹变法维新的重要理论根据。严复本人也因此被称为“严天演”,说明对当时思想界震动之大。“百日维新”失败后,他更致力于翻译工作,先后译出亚当·斯密的《原富》,孟德斯鸠的《法意》,穆勒的《名学》、《群己权界论》以及斯宾塞的《群学肄言》等著作,使我国知识界接触到西方资产阶级社会科学的名著,特别是为学习西方资产法学提供了第一手资料。

梁启超(1873~1927)字卓如,号任公,广东新会人。1889年中举人,受业于康有为,在康有为的启导下开始接触西学。1894年梁启超赴京会试,正值甲午中日战争发生,他“惋惜时局,时有所吐露”。1895年再度入京,随康有为发动反对清廷签订《马关条约》的“公车上书”。由于梁启超在戊戌变法期间是康有为的得力助手,时人并称“康梁”。

梁启超是中国19世纪末著名的宣传鼓动家和理论家。他与严复不同的是严复侧重于用译书的方式介绍西学,梁启超则是通过自己的体会,用流畅通达的语言将西学介绍于中国,从而更容易为人们所接受。他对某些法律问题的探讨更为深入,而且作了较系统的论证。不仅启发了人们的近代法律意识,而且对于中国法律的近代化都产生了巨大的作用。

在19世纪末20世纪初,一些思想家、政治家围绕改革政体、变法修律等问题进行了思考和研究,推动了法学的发展,使其具有更丰富的内容。

(一)由进化论的法律观向着民约论法律观发展

如前所述法家主张的法与时转,就是一种朴素的进化论的法律观。戊戌变法期间,康有为阐明了变法的必然性。一方面,他指出“物久则废,器久则坏,法久则弊”。^② “法既积久,弊必丛生,故五百年不变之法。况今兹之法,皆汉唐元明之弊政,何尝为祖宗之法度哉?又皆为胥吏舞文作弊之巢穴,何尝有丝毫祖宗之初意哉?”^③ 既然清朝的典章律例都是因袭前朝的,早已过时,不能适应当前万国并立竞争的形势,因此变法维新,改订法律,

① 《救亡决论》,《严几道文钞》卷一。

② 《戊戌变法·上清帝第二书》第1册。

③ 《戊戌变法·上清帝第六书》第2册。

就是历史的必然。据此,他强调:“圣之为治法也,随时而立义,时移而法亦移矣。”^①又说:“夫治国之有法,犹治病之有方也,病变则方亦变。若病既变而仍用旧方,可以增疾。时既变而仍用旧法,可以危国。”^②至于采取哪一种良方来医治清朝的沉痾,他主张采用“治国有法度”的西方国家的法律制度,以新法治天下。另一方面,康有为还根据据乱世、升平世、太平世的三世说阐述了法律进化的三阶段。他根据三世说阐述的法律进化过程,既表现了他对封建法律制度的不满,也反映了他对所向往的资本主义制度某些弊病的察觉。为了避免这些弊病再现于中国,他参酌我国古代的大同理想和早期的西方社会主义学说,并把现行的瑞士和美国的政治制度加以理想化,构成了他的空想的大同世界。由于康有为对社会的发展缺乏科学的认识,他的三世说是借托古改制为变法维新服务的。

如果说进化论的法律观还带有旧时代的痕迹,那么梁启超提出的“民约论”的法律观,则是西方法学直接影响下的产物。在梁启超的政治、法律思想中较多地受卢梭、孟德斯鸠等人学说的影响。他曾经宣称,在“西哲”的治国方案中,卢梭的“民约论”,“最适于今日之中国”;而孟德斯鸠的《万法精理》,则是西方各国“改制之模范,功固不在卢梭下也”。他在介绍卢梭的国家起源论时,特别提到了卢梭关于民约是实现建立邦国目标的手段的理论,并对此作了发挥:“凡两人或数人欲共为一事,而彼此皆有平等之自由权,则非共立一约不能也。审如是,则一国中人人相交之际,无论欲为何事,皆当由契约之手段亦明矣。人人交际既不可不由契约,则邦国之设立,其必由契约,又岂待知者而决乎?”^③法律的形成也和国家的形成一样,都是起源于民约,即人与人之间的“要约”。由于法律“生于契约”,因而,判断法律是否公正善美,也应以是否体现人们的共同“良知”和是否由契约形成为标准。他认为由契约所形成的法律是公平善美的,而由一人或数人的命令所形成的法律,是“不正”、“不善”的。在梁启超的笔下,由契约而产生的法律,是指西方资产阶级的法律。而“起于命令”的法律,无疑是指中国专制制度下的法律。此类法律,官与民之所以不愿遵守,之所以有法等于无法,原因就在于它是由帝王的命令形成的。梁启超就是这样从“民约论”的新角度批判了中国封建专制主义的法律。

资产阶级的社会契约说是不科学的,因为它不能正确地说明法律产生的原因和法律的本质。但是这个理论的产生是有它的历史背景的,实际上是资本主义商品生产在法律观念上的反映,是资产阶级要求摆脱封建制度的束缚,希望建立反映资产阶级意志的新法律制度,以保护资本主义经济发展的理论表现,是为资产阶级反封建的民主革命服务的。它在17、18世纪的欧洲,曾起过进步的作用。梁启超在中国宣传和介绍这种学说,虽然是拾西方资产阶级思想家的牙慧,但由于这种思想包含着对封建主义专制君权与法律的批判,同中国传统的“君权神授”、“乾纲独断”的观念是对立的,因此在19、20世纪之交的中国,用它来批判中国封建主义的法律制度,论证采用西方法律制度的合理性与优越性,仍有反封建反专制的启蒙意义。

① 《康南海文集·日本书目志序》第5册。

② 《戊戌变法·上清帝第一书》第1册。

③ 《饮冰室文集·卢梭学案》。

(二)提倡法治,反对人治

维新派受西方思想家孟德斯鸠、卢梭学说的影响,总的说来都强调法律的作用,主张引进西方国家的法律,并在不同程度上表现出以法治国的思想倾向,在这方面,梁启超比康有为、谭嗣同、严复等人更为明确地树立了以法治国的观念。梁启超视法律为文明的标志、富强的本原,尤其重视法律在治国中的作用。他说:“世界将来之政治。其有能更微于今日之宪政者与否,吾不敢知。籍日有之而要不能舍法以为治,则吾敢断言也。故法治者,治之极轨也。”^①在这里,梁启超虽然尚未提出近代法治的明确概念,但他把法治看作是“治之极轨也”,表现了对专制制度下以权凌法的憎恶和对于法治国家的强烈追求。

梁启超认为,西方国家之所以发达富强,中国之所以落后贫弱,重要原因之一就在于是否重视法制建设。他说,中国自秦汉以来,“种族日繁,而法律日简”,不足资约束;“事理日变,而法律一成不易”,以至守无可守,“相率视法律如无物”。然而西方诸国则不然,由于法制发达,所以“举国君臣上下,权限划然,部寺省署,议事办事,章程日讲日密,使世界渐进于文明大同之域”。^②至于法学,“秦汉以后,此学中绝”,而西方国家自希腊罗马以来,“治法家之学者,继轨并作,赓续不衰”,近百年来,尤为发达。因此,梁启超在宣传变法维新时,特别强调今日中国“非发明法律之学,不足自存矣”。^③他通过中西现实状况的对比,意在说明国家的富强与法制建设、法学研究有着极为密切的关系。在强邻环伺,“物竞愈剧”的严峻形势下,中国要生存、要自强,更非加强法制不可,否则与西方国家相遇相争,即使是“高城深池,坚革多粟”,也难免于失败。正是从建设法治国家的认识出发,他强调“立法之业”是“立国之大本大原”,^④“立法事业,为今日存国最急之事”。^⑤并且把“为民定法律”,说成是“神圣教主,明君贤相”的最大事业。

为了维护法治,梁启超对荀子的有关法治观点持鲜明的批判态度。荀子认为,“有治人、无治法”,“法不能独立,类不能自行,得其人则存在,失其人则亡”,“君子者,法之原也;故有君子,则法虽省,足以遍矣。无君子,则法虽具,失先后之施,不能应事之变,足以乱矣”。^⑥梁启超则说:“荀卿有治人无治法一言,误尽天下,遂使吾中华数千年,国为无法之国,民为无法之民。”^⑦梁启超从对人治主义与法治主义的比较中得出了法治优于人治的结论。

第一,“人治”是依某一人或某几个人为转移的,他们发挥作用的“时代甚短”、“范围甚狭”。而法治不仅发挥作用的时间长、范围广,还具有相对的稳定性,一般不受“其人存则其政举,其人亡则其政息”的影响。由于“人治”是“恃人不恃法”的,法律的实施依人而定,这样的法律既缺乏稳定性,也少有权威性。

第二,“人治”是一种贤人政治,“遭贤则治,遭愚则乱,是治乱系于贤愚”。^⑧从中国悠久的历史实际看,明君贤相“千世而一出”,因此将国家的长治久安寄托于这种罕见的机会

① 《饮冰室合集·管子传》

②③ 《饮冰室合集·变法通议·论中国宜讲求法律之学》第一册。

④⑦ 《饮冰室合集·论立法权》第一册。

⑤⑧ 《饮冰室合集·中国法理学发达史》第二册。

⑥ 《荀子·君道》。

上面,是可遇而不可求的。然而实行法治的“立宪国,则遭贤与遭愚均者也。必遭贤与遭愚均,然后可以厝国于不敝,若此者非法治无以得之”。^① 所以,梁启超认为“故法家之论,谓人主无论智愚贤不肖,皆不可不行动于法之范围内,此至精之论也”。^② 不仅如此,实行法治还可以使“贤者益贤”,而中人亦可以循法而不失为贤。此立宪与专制得失之林也。^③

第三,从中国国情的实际来看,国家大,政务繁,如果专靠“治人”,则二十几省,需要有百数十万的贤智之人,否则“既无人焉,又无法焉,而欲事之举,安可得也”。^④ 因此,“人治”是行不通的。

需要指出的是,梁启超虽然倾向于“法治”,批判人治,但他并不认为有了好的法律,便可带来预期的效果。他认为法律是“治之具”,要使法律能真正发挥作用,还需要有道德、教育等和它配合,以及议院的监督施行。否则,单纯依靠法律,也无法求治,这种见解,有一定可取之处。

在法治与人治的问题上,严复也反对“有治人、无治法”,他认为,“人治”有很大的偶然性,幸而遇到仁君,国可以致治;不幸而遇中主,便无法使国家长治久安,至于中主以下大抵皆为专制暴君。从中国的历史来看,三代以来,“君为圣明”者,只有汉武帝、汉光武、唐太宗等少数几个人而已。正因为如此,在中国封建专制主义的“人治”之下,昌世少,乱世多。所以,严复指出,中国要富强久安,就应该重视以法为治,建立一套上下咸遵、“一国人民必从”的完备的法律制度。

以上可见,维新派在论证变法维新,实现君主立宪与法治国家时,虽然借助于西方学者的学说,也经常借助于西方国家成功的实例;与此同时,他们也从总结历史经验中搜寻现实所需要的结论,虽然有些并不科学,甚至带有明显的托古改制的痕迹。但这种立足于本土文化资源,从现实的需要去追述历史,在历史与现实的沟通中表述自己的法理观念和政治观,不失为有益的尝试,而且带有晚清思想家特有的时代烙印。

(三)建立以宪法为主导的、由部门法组成的法律体系

康有为在《上清帝第五书》中便提出了,“采择万国律例,定宪法公私之分”,稍后又在《上清帝第六书》中提出:“开制度局而定宪法。”他认为只有“宪章草定”,才能“奉行有准,然后变法可成,新政有效也”。如果“无宪法为之著明”,新政的实施便没有标准,就会出现“恶之者驳诘而不行,决之者仓促而不尽,依违者狐疑而莫定,从之者条画而不详”的现象。好像一个人虽“有头目足口舌身体,而独无心思”为之主宰,以至无法正常活动,“必至冥行搥填,颠倒狂瞽而后已”。

“百日维新”前夕,康有为在《请告天祖誓群臣以变法定国是折》中,请求光绪皇帝“采万国之良规,行宪法之公议”,国家的重大措施均应根据宪法公议施行。可见制定宪法,在康有为的变法与法律思想中所占的重要位置。关于这一点,他的弟子梁启超在《康有为传》中作了明白的表述:“先生以为欲维新中国,必以立宪法、改官制、定权制为第一义。”“若能立宪法,改官制,行真维新,则内乱必不生。”

①②③ 《饮冰室合集·中国法理学发达史》第二册。

④ 《饮冰室合集·论立法权》第一册。

由于康有为对资产阶级宪法本质的认识是模糊的,因为如此,对于制定宪法他采取简单拿来主义,如他自己公开声明的那样:“若其宪法纲目、议院条例、选举章程,东西各国成规俱存,在一条酌行之耳。”至于执行宪法,他更是把这个涉及国家制度、反映阶级力量对比关系的斗争,看成是“皇上毅然断行”的个人意志便可决定的行为。

梁启超也是制定宪法的鼓吹者,他的宪法思想同样是以西方资产阶级的宪法学说为根据的,但他的认识比起康有为深入了一步。已经觉察到宪法在国家政治生活中的作用和在法律体系中的重要地位。他所强调的“法治”,就是以立宪为前提的。他说,“宪法者,一国之元气也”,“为国家一切法度之根源”。^①为此他提出“欲维新中国,必以立宪法……为第一要义”。^②

康有为在提出“采择万国律例,定宪法公私之分”,^③即制定一部英、日式的资产阶级宪法,使君民同受其治,之后,他在《上清帝第六书》论及法律局的立法任务时明确提出:“今宜采罗马及英、美、德、法、日本之律,重定施行”“其民法、民律、商法、市则、船则、讼律、军律、国际公法,西人皆极详明,既不能闭关绝市,则通商交际,势不能不概予通行。然既无律法,吏民无所率从,必致更滋白弊。且各种新法,皆我所夙无,而事势所宜,可补我所未备。故宜有专司,采定各律以定率从。”

不仅如此,康有为还针对当时中国新闻事业的发展状况,提出制定中国报律。他在《请定中国报律折》中说:“臣查西国律例中,皆有报律一门,可否由臣将其书译出……酌采外国通行之法,参以中国情形,定为中国报律……凡洋人在租界内开设报馆者,皆当遵守此律令。”

严复在西方法律思想影响下,也形成了建立新的法律体系的认识。他批判了中国固有的以刑为法、主要的法典均是刑律的旧体制。赞同孟德斯鸠所说,法律是“治国之经制”,君民“上下所为,皆有所束”,而不是中国旧时所讲的“刑”。因此,新的法律体系应该包括宪法、民法、刑法、国际法等。

上述康、严关于建立新的法律体系的主张,说明了随着民族资本主义经济的产生与发展,制定调整这种新经济关系的法律,已日益迫切地提到议事日程了。康有为等人关于新法律体系的构想如能实现,就意味着一个以部分法为架构的资产阶级法律体系,将取代中国旧有的封建主义法律体系。

(四)实行三权分立

戊戌变法时期的维新派,都赞扬孟德斯鸠的分权论,认为分权论“实能得立政之本原”。因此,他们设计的变法蓝图是以三权分立作为支撑点的。康有为建议光绪皇帝仿行西方国家三权分立的体制,他说:“近泰西政论,皆言三权,有议政之官、有行政之官、有司法之官,三权立,然后政体备。”^④又说:“夫国之政体,犹人之身体也。议政者譬若心思,行政者譬如手足,司法者譬如耳目,各守其官,而后体立事成。然心思虽灵,不能兼持行;手足虽强,不能

① 《饮冰室合集·立宪法议》第一册。

② 《戊戌变法·康有为传》第四册。

③ 《戊戌变法·上清帝第五书》第二册。

④ 《戊戌变法·应诏统筹全局折》第二册。