

|| 中国政法大学人文学院历史研究丛书

交涉中的西法东渐

学术研讨会论文集

赵国辉◎主编



中国政法大学出版社

中国政法大学人文学院历史研究丛书

交涉中的西法东渐

学术研讨会论文集

赵国辉◎主编



中国政法大学出版社

2017·北京

声 明

1. 版权所有，侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

交涉中的“西法东渐”学术研讨会论文集/赵国辉主编. —北京:中国政法大学出版社, 2017. 6

ISBN 978-7-5620-7607-0

I. ①交… II. ①赵… III. ①法制史—中国—近代—文集 IV. ①D929. 5-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第163888号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908524 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	720mm × 960mm 1/16
印 张	18.25
字 数	270 千字
版 次	2017 年 6 月第 1 版
印 次	2017 年 6 月第 1 次印刷
定 价	52.00 元

前 言

中国近代文明史是在中西间的冲突、融合中逐渐形成的，也是在中西民族矛盾和国家发展危机的背景下走过来的，工业文明经过西风东渐在清末民初强行登陆中国。戴逸先生曾讲过，清朝延续的 268 年，是资本主义世界市场逐渐形成并向全世界扩张、掠夺的时期，中国的大门被迫打开，致使清王朝的整个历史都贯穿着与西方世界的接触、摩擦和冲突。^{〔1〕}西方向东方的扩张不仅造成了对中国主权的侵犯，而且生出了诸多的权属纠纷。尽管这些由侵权行为导致的纠纷给中国带来诸多物质利益损害，但这对于当时中国农业文明的“超稳定架构”，亦是一种新因素，并引发了中国内部的变革，对主体间的互动关系和方式以及社会秩序产生了重大影响。故此，探讨中国近代秩序、规范、行为方式建构，必须正视裹挟着殖民色彩、以不法侵害制造出的中西行为冲突与纠纷关系形态。

商品经济以等价交换为基本原则，主体间互动关系的基础是交换关系。物质上的利益与人发生的最直接联系是人的生命体属性，利益扩大化的生物或物理人格本性导致对利益的不断追求。马克思曾说：“人们奋斗所争取的一切，都同他们的利益有关。”^{〔2〕}传统社会那种地缘的、身份的、稳定的交往和联系被以分工的、科层的、临时的交往和联结逐步替代。“人”成为一种脱离了礼俗社会关系的“陌生人”，

〔1〕 于沛：《用外文史料拓展深化清史编纂》，载《新民晚报》2011 年 4 月 17 日。

〔2〕 《马克思恩格斯全集》第 1 卷，人民出版社 1956 年版，第 82 页。

是“市民社会”中的“私人”和“个别的人”。^{〔1〕}“人”，“都把本身利益作为自己的目的”。^{〔2〕}人是在一定社会关系中从事现实活动的主体，依靠社会实践生存和发展。通过实践，事物的自然属性变成了利益属性，利益是主客体间一种普遍的基本的关系。^{〔3〕}此种社会结构，彻底改变了人与人之间的人身依附性，出现多元共存、角色共存的社会客观环境。^{〔4〕}历史上的秩序需要更高级的法律秩序来取代，^{〔5〕}法律秩序体现了自近代以来西方历史的一种自然演进。^{〔6〕}人们通过社会契约建构了社会共同体以及维护共同体的一套法权体系，契约是在主体地位平等、意志力自主的基础上合意的结果，是对人与人之间互利合作与利益关系的确认。^{〔7〕}法治是有其特定价值基础和价值目标的法律秩序。^{〔8〕}法治作为社会治理术，它所关注的，是社会的日常生活。^{〔9〕}马克思认为，法的关系，根源于物质生活关系。^{〔10〕}商品经济取代自然经济也是政治权力被分解为法治权利的过程，形成集合权利对有限权力的制衡，从而为法治提供了前提与基础。^{〔11〕}

主体间的互动关系是法治所规范的主要对象。美国法学家庞德的利益理论告诉我们，法律秩序^{〔12〕}是不断地努力实现尽可能多的利益的

〔1〕〔德〕黑格尔：《法哲学原理》，商务印书馆1961年版，第201页。

〔2〕〔德〕黑格尔：《法哲学原理》，商务印书馆1961年版，第201页。

〔3〕高岸起：《利益的主体性》，人民出版社2008年版，第133-134页。

〔4〕〔日〕棚濑孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，中国政法大学出版社1994年版，季卫东译序《当事者在法院内外的地位和作用》。

〔5〕〔美〕塞缪尔·亨廷顿：《文明的冲突与世界秩序的重建》，新华出版社2002年版。

〔6〕李保平：《法治秩序论》，载《宁夏社会科学》2008年第4期（总第149期）。

〔7〕梁平、陈焘：《民事纠纷合意解决的制度选择》，中国政法大学出版社2015年版，第409页。

〔8〕参见张文显：《法哲学范畴研究》（修订版），中国政法大学出版社2001年版，第155页。

〔9〕〔俄〕别尔嘉耶夫：《论人的使命》，张百春译，学林出版社2000年版，第122-123页。

〔10〕《马克思恩格斯全集》第1卷，人民出版社1956年版，第334页。

〔11〕皮跃军：《庞德利益理论论析》，湖南大学2008年硕士学位论文，第3页。

〔12〕社会学家马克斯·韦伯认为：“法律秩序在法律社会学意义上的解释……是一种经验证实了的决定人的行为的复杂体系。”参见〔德〕韦伯：《经济与社会》（下册），林荣远译，商务印书馆1998年版，第95页。刘委认为，很多学者将法律秩序视为一种社会状态或运用法律的结果，这是不够的，它忽略了法律秩序是在社会主体互动中将法律规范吸收、内化为自身行为准则的这一要素。在法律领域里，法律规范往往是个体间的横向谈判过程、争论以及对话所产生的结果。参见刘委：《法律秩序的生成》，湘潭大学2010年硕士学位论文，第4、12页。

进程中调整彼此重叠的权利主张和协调相互冲突的利益的一种过程。^{〔1〕}纠纷、纷争或冲突^{〔2〕}是人类主体间关系的存在状态之一,是包括国家等主体间互动关系的一种表现状态,也是具有实验性质的交往行为,更是近代中西关系的主要形态之一。纠纷之源不尽相同,由权利冲突导致的纠纷是社会生活中真实存在的现象,它是不同主体所享有的被法律认可的权利之间相互矛盾、不和谐的状态。^{〔3〕}法律是控制大量基于利益供求紧张而产生冲突的有效工具,中国古人就对法者寄予了定纷止争的期许。

冲突与发生学意义上的法律关联紧密。在发生学意义上,冲突确实构成了规范意义上的法律得以形成的直接动力,同时,法律甫一产生就背负了控制冲突的使命。^{〔4〕}法人类学,特别是以纠纷解决为研究内容的努力,对社会变革或转型以及新秩序的建构来说,可谓对症下药。以英美为中心的法人类学流派,主要研究纠纷及其处理“过程”的方面。^{〔5〕}

〔1〕 皮跃军:《庞德利益理论论析》,湖南大学2008年硕士学位论文,第1页。

〔2〕 有学者认为,法学领域的所谓纠纷,乃是相对立的主体之间就特定的价值物所产生的不同认识并且对这种不同认识的刻意坚持。参见汤维建:《群体性纠纷诉讼解决机制论》,北京大学出版社2008年版,第7页。19世纪中后期的马克思、齐美尔、韦伯的著作代表了社会冲突理论的开端,社会冲突理论的早期代表人物齐美尔甚至将直接社会冲突看作是社会互动交往的一种形式。这一观点最终也被科塞等众多社会冲突理论者所继承。参见侯均生:《西方社会学理论教程》,南开大学出版社2001年版,第94页。冲突,是指两个或两个以上主体之间基于某种竞争性诉求,产生的从心理到行动的持续对峙过程。该冲突定义包含以下变量:其一,冲突存在于对立主体之间,从而排除个人自我人格层面的内在冲突情形;其二,竞争性诉求是冲突的动因。但这里的竞争性是广义的,既可能是对立、不相容的诉求,也可能是具有妥协、商谈、合作空间的诉求。其三,冲突是一个过程。此种过程至少包括了冲突主体对竞争性目标的知觉、感受、意识,形成对立或紧张,直至赤裸裸的攻击行为,敌意或紧张的消解等阶段。参见赵树坤:《社会冲突与法律控制——当代中国社会转型期的法律秩序检讨》,西南政法大学2007年博士学位论文,第13-14页。社会学中,已然形成较成型的冲突理论。现实主义一直是国际政治学界公认的理论范式,它认为冲突是国际政治的根本特征,合作是有限的、脆弱的、不可靠的。无论是以摩根索为代表的古典现实主义,还是以华尔兹为代表的新现实主义,都将冲突作为国家间关系的基本事实。摩根索将冲突归于个人追逐权利的本性。不过在承续传统法的定纷止争功能基础上,从社会关系角度审视法律功能,采用纠纷用语较为妥帖。

〔3〕 田慧敏:《国际法上的权利冲突问题研究》,吉林大学2013年博士学位论文,摘要。

〔4〕 赵树坤:《社会冲突与法律控制——当代中国社会转型期的法律秩序检讨》,西南政法大学2007年博士学位论文,第21页。

〔5〕 [日]汤浅道南、小池正行、大仲滋:《法人类学基础》,徐晓光、周相卿译,华夏文化艺术出版社2001年版,第75页。

柯林斯主张：“一切社会中所发生的人与人之间的交往关系，都必然包含着冲突的因素……凡是存在人与人之间交往的地方，由于每个人都试图达到满足其利益的目的，就势必在交往关系的展开过程中，用尽一切资源手段同与他发生关系的其他人进行协商和交换，以便通过多种形式的交换和协商，换取由他自身和他人两方面所提出的必要的让步，交往和协商的过程就是斗争的过程。”^{〔1〕}协商和解^{〔2〕}作为一种纠纷解决手段，是一个争议—谈判—谅解—和好的动态过程。从纠纷解决的层面来说，交涉^{〔3〕}和协商的过程也就是和解的过程。通过交涉和协商，双方达成和解协议最终获得和解。交涉和协商的过程是当事人意思自治的充分体现，通过这种行为达成的和解具有法律效力，因为交涉或协商行为不仅使形成共识成为可能，而且使内在化的规范得以论证。^{〔4〕}

〔1〕 高宣扬：《当代社会理论》（下），中国人民大学出版社2005年版，第982页。

〔2〕 对于多元纠纷解决体系，最基本的、第一层次的应是协商方式。参见胡仕林：《完善我国多元化纠纷解决机制的对策研究》，载《云南大学学报（法学版）》2007年第4期，第100—107页。协商性司法也以当事人的理性商讨为基本程序机制，通过主张、反驳、论证、质疑、协商等对话行为，双方最终达成一致。协商性司法程序的构筑更加关注水平方向的关系，将当事人之间所进行的水平方向的信息交换、商讨作为程序结构的重点内容加以强调，充分体现当事人作为程序中的主体的原则。参见唐力：《论协商性司法的理论基础》，载《现代法学》2008年第6期，第119页。

〔3〕 “交涉”英译（negotiate），指与他人相互协商以便对某事得出解决办法，国家间常以双边协商、交涉等方式处理纠纷和冲突。外交交涉是指主权国家之间，各自通过其外交代表机关，就其利害相关或共同关心的问题磋商、讨论或谈判，从而求得适当的或为大家满意的解决办法。参见鲁毅等：《外交学概论》，世界知识出版社1997年版，第168页。交涉亦指在纠纷解决过程中各方主体围绕纠纷解决所展开的互动行为及其过程。用交涉来指称在纠纷解决过程中各方主体围绕纠纷解决所展开的互动行为及其过程，是非常贴切的。参见胡平仁、杨夏女：《以交涉为核心的纠纷解决过程——基于法律接受的法社会学分析》，载《湘潭大学学报（哲学社会科学版）》2010年第1期，第24页。故此，交涉或协商行为常表现于外交和法治中的纠纷解决。

〔4〕 德国哲学大师哈贝马斯对主体间的交往理论有一段精辟的论述：对话是人与人之间以理解为导向的交往行为，其核心在于让行为主体之间进行没有任何强制性和压制性的交往，形成共识，提高交往构造的合理化程度。对话允许角色差异，允许灵活地使用虽完全内在化但可以反思的规范，即对话要具有论证的形式，提出要求的人必须用恰如其分的论证来说服别人，在他说服了别人的时候，其有根有据的论证力量就会对别人的行为发生作用。在论证中，对话双方的利益都可以得到考虑，双方提出的各种要求都能够成为讨论的对象，没有任何强迫，除了平等地探讨真理之外，一切其他思想动机都将受到排斥，每个人试图获得的东西都可以在解释中得到重新认识，从而使形成共识成为可能。参见陈学明：《哈贝马斯的“晚期资本主义”论述评》，重庆出版社1993年版，第393—416页。

面对西法东渐过来的法治文明，近代中国的立法者在主观上多具有强烈的“法教”意识，客观环境又不允许他们在外来法理和中国现实之间从容斟酌，结果导致我国近代“数十年来的立法，确与社会脱了节”。^{〔1〕}晚清时对西方法律书籍的翻译，开始时所占比重较小，并译为“公法交涉类”，后来才译为“政治法律类”。到了1904年，法学引进出现新的高潮，分类上也开始出现了“法政类”和“交涉类”并称的现象，这种变化说明在法学输入过程中的选择经历了由“公法交涉”到“法律”再到“法政”的过程。^{〔2〕}因为所谓的“公法交涉”实际上包含着近代中国面对先发工业国的不法侵害造成的侵权纠纷进行的纠纷交涉，所以，法学的输入始自纠纷交涉。法治文明外发型的近代中国在排除不法侵害的交涉中真正体会出“主体的”利益或权利以及法治意义之所在。因此，近代中外关系实践中，入侵的西方法律文化的影响是深刻的。^{〔3〕}西学传入中国，形成了中国近代的法学，而国际法也成为中国近代法学的先导。^{〔4〕}为争取废除不平等条约及其侵害而有意识地向西法靠近，并与西方的近代国际法接轨，无疑是中国法近代转型的一个主要因素。^{〔5〕}

近代初期的洋务官员和经世人士除了从正义的角度探讨国际法的公正性与合理性并进行公法外交之外，还深入到以利益或权利为核心的侵权纠纷交涉之中，从排除不法利益侵害入手逐渐容受法治文明，特别是国家主权概括性权利之下的诸如领土、属国等具体权利，以及华洋民事纠纷的交涉。华洋民事纠纷的客观存在及其扩大，是晚清移植西方民事法律规范的一个重要内驱力。而处理华洋民商事纠纷和诉讼的实践，一方面指示着需要移植的民商法律的对象及范围，另一方

〔1〕 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72页。

〔2〕 袁华新：《清末民初华洋诉讼之民事制度研究——解读〈华洋诉讼判决录〉》，西南政法大学2010年硕士学位论文，第15页。

〔3〕 公丕祥：《法制现代化的理论逻辑》，中国政法大学出版社1999年版，第323页。

〔4〕 马小红：《中国近代法理学的形成与发展》，载《政法论丛》2010年第2期，第5页。

〔5〕 王玫黎：《国际法观念与近代中国法律改制》，载《郑州大学学报（哲学社会科学版）》2003年第36卷第4期，第149页。

面也检验着这种移植法在受体中实际运作的效果。^{〔1〕}但是，“交涉中的西法东渐”这一课题在近代中外关系史及法学界却尚未引起足够的重视。迄今为止，学界除了对公法交涉中主权的权属纠纷及个别的具体权利冲突有过研讨以外，未见将其作为一个普遍性的问题进行系统化研究的成果。而这恰是中国法治实践中不可忽视的端点，以及当下法治文化的主要经验来源之一。要言之，通过对近代中西纠纷，特别是对侵权纠纷交涉过程的梳理和分析，会直接对主体间和谐关系建构和主体行为方式以及现代理性的生成提供智识，为当下法治建设及法律秩序的进一步形成提供镜鉴。

编者谨识

2016年12月

〔1〕 袁华新：《清末民初华洋诉讼之民事制度研究——解读〈华洋诉讼判决录〉》，西南政法大学2010年硕士学位论文，第15页。

目 录

前 言	I
李德顺 民主与法治 ——西法东渐后需要转化的几个基本理念	1
李廷江 民国初期的日本人顾问 ——袁世凯与法律顾问有贺长雄	11
李凯林 市民社会的本质及其在当代中国的培育	36
李在全 “新人”如何练就：清末一位留日法科学学生的 阅读结构与日常生活	44
张蓓蓓 西学、司法档案与近现代法律史写作 ——以中国大陆地区为中心	74
韩 策 师乎？生乎？：留学生教习在京师大学堂进士馆的境遇 ...	90
刘丹忱 孙中山“五权宪法”理论对中国法治近代化的贡献	108
沈成宝 晚清罢除刑名幕友“始作俑者”考辨	123
郑云艳 中西碰撞：民国时期中国传统法律史研究之兴起	134
侯中军 中日“二十一条”交涉中的国际法问题	144

赵玲燕	日本的“尴尬” ——论日本在南京国民政府撤废治外法权 过程中的微妙处境	160
冯建勇	1916 年外蒙古议员资格问题之争	173
钟勇华	清季民初中国维护司法主权的“别样”努力 ——以天津华洋诉讼中的观审权之争为中心	200
王 静	传教士所办刊物与 19 世纪上半叶的西法东渐	216
赵国辉	晚清中西侵权纠纷与交涉	226
邱志红	姚荣泽案再认识 ——兼论孙中山的司法思想	263
后 记		283

民主与法治

——西法东渐后需要转化的几个基本理念

李德顺*

无论在东方还是西方，目前都面临着这样一些冲突与困惑：民主的合法性来自何处？怎样的民主形式才符合民主的本意？是否只有法律所承认的民主才是有效的民主？假如通过不合法的途径来推进民主，能否产生有效的民主？同样，法治的合理性根据何在？如果一切皆依现行的法律行事，是否会剥夺人民的某些权力，降低民主的效力？等等。但是在越来越实证化的学理研究中，“民主”和“法治”常常被当作两个不同领域（分属政治学和法学）的问题，仿佛它们应该是彼此分开的。

形成这种分立思考的主要原因，固然是与理论和实践发展的深入和细化有关，但也不能忽视它与两个不自觉的成见有关：一是民主在实践中推进的复杂性，使人们往往纠结于某些经验形式和操作环节，因而忽略了它的总体精神和基本原则的现实意义；二是对“法治”（rule of law）的理解，也过分突出了工具性质和形式化特征，从而忽视了它的主体性根基和目的性意义。

面对这些问题，需要我们回到思想的起点和观念的本质，重新认识民主与法治之间的内在联系。在弄清问题的基础上，或许有可能重新构

* 哲学博士，中国政法大学教授。

建当代应有的秩序和规范体系，赢得“法治中国”建设的成功。

一、民主的实质与样式

要把握民主与法治的内在联系，需要首先了解民主的精神实质和历史逻辑。

民主的一般含义，简单说就是实现“人民（或全体公民）当家作主”，或“民有、民治、民享”。^{〔1〕}这一似乎已无可争议的“民主”理念，不仅有其逐步形成的历史过程，更有一套自我证成的逻辑体系，需要我们不时地加以复习。

作为起始的、本色的民主，是指实行“多数人决定原则”。这是传统民主的第一大原则，没有它就没有所谓民主。但是在古希腊城邦时期，雅典人曾用这一原则做出了处死苏格拉底的决定，这使民主受到柏拉图等人的非议。直到20世纪，民主社会还出现了法西斯主义的巨大罪行。一再发生的历史教训，使人们逐渐注意到“多数人暴政”对民主的危害，终于就“保护少数”的民主意义达成了共识，将其提升为民主的又一基本原则。^{〔2〕}同时，历史还不断地证明，无论“多数决定”还是“保护少数”，民主的任何原则都不能仅仅停留于清醒的理智和善良的意愿，必须落实为社会生活中的制度设计、配套规则、议事程序等。有了稳定的形式，才能够持续稳定地实施民主，不致使它流于随意任性的要求和夸夸其谈的空话。于是，关于民主的共识又有了第三条——“程序化原则”。这一原则体现了民主内容的实证化、民主实质的形式化，是使民主从理想变为现实的必经之途。总之，今天说的“民主”，已是由著名的“民主三原则”（①多数决定原则；②保护少数原则；③程序化原则）所构成的整体，代表了民主的完整涵义。离开了这个完整的涵义，我们在谈论“民主”时，就可能说的不是同一个话题。

要充分理解民主，还不能忘记它有两个必备的前提。一是民主的主体相关性，即民主总是一定人群共同体（国家、政党、团体等）内部全体成员的权利和责任。不在一定共同体内，或虽是共同体成员却并非以

〔1〕 出自亚伯拉罕·林肯1863年11月19日在葛底斯堡的演说。

〔2〕 参见联合国《公民权利和政治权利国际公约》第27条。

此身份活动时，并不是该民主体系的主体。二是民主的价值相关性，即民主只适用于共同体的价值选择。非关价值选择而纯属事实、知识、科学、真理的问题，并不是民主决定的对象；同样，纯属个人而非共同体的价值选择，也不是民主所承担的事项。没有对民主的背景、对象、条件和界限的这两个基础性规定，有关民主的讨论就容易溢出边界，将这个公共话题引上各式各样的歧路。

“三原则”与“两前提”的结合，构成了现代民主理念的基础和内在逻辑。据此，我们可以有一个确定的语境来阐释“民主”的含义：民主，是在共同体或群体内部，人们之间平等结合，享有共同的权利和责任（义务），并就共同体的价值选择作出决策和评议的活动方式。这一界定，可以用来回答“民主是什么，不是什么”，“民主管什么事，不管什么事”，“我们为什么需要民主”和“怎样追求民主”等问题。只有完整地把握民主的涵义，才能充分理解它的实质和意义。

而许多现实的冲突和困惑，恰恰是未能完整把握民主的规定性或将其肢解和虚化而发生的。例如，当下某些否定民主的言论，常以“多数人的无知”“多数人的暴政”“民粹主义”以及“民主的结果并不一定正确”等为理由，根本否定民主的价值。这种偏见，恐怕是由于停留在20世纪中期以前的民主观念，对当代民主原则的发展缺少正视所致。所以值得警惕的是，如果今天仍对“多数决定”与“保护少数”之间如何实现统一和谐这一问题缺少建设性的关注和兴趣，却继续夸大民主主体内部的分歧，一味热衷于“精英”与“大众”之间的分裂和对立，那么必将为颠覆民主、取消民主提供更多的口实和机会。

如果说，在“三原则”和“两前提”中包含的，是民主观念的实质和精髓，那么在漫长实践过程形成的各种民主样式，则是民主历史进程的逻辑演示：在“人民当家作主”这个“一级概念”之下，先后形成了“直接民主”（如选举制）、“间接民主”（如代议制）、“协商民主”^{〔1〕}等若干基本类型，它们属于民主的“二级概念”；大量具体的运作方式和经验性规则，如“一人一票”、“三权分立”、两院制、多党制、人民代表大

〔1〕 关于协商民主是否属于间接民主，抑或独立的第三种民主类型，学术界尚有争议。这里暂不讨论。

会制等，可以叫做“三级概念”；再继续下去，还有四级、五级、六级……现实的情况是，随着国情和民族文化背景等方面的差异，越是往下一级细化，就越是呈现因人而异、因地制宜、因时而易的多元多样化面貌。仔细观察当代各国的情况可以发现，事实上，除了可以在一级概念上说明民主的一致性，在二级概念层面描述的某些民主形式“家族相似”以外，越是深入具体的实践，就越是找不到全世界普遍适用的统一民主样式。

既然没有统一样式，那么如何评价某一民主体系之真假是非，判断它的优劣成败呢？按理说，判断的标准只应该是逐级向上地“纵向验证”，最终看其是否充分符合并实现了“人民当家作主”。例如，“三权分立”如何切实保障“人民主权”？多党和议会选举怎样避免沦为少数政客的博弈游戏，却将99%的大众隔离在外？人民代表大会制怎样充分代表全体人民的意志，使它真正名副其实？等等。但是，这一纵向标准显然尚未得到普遍的理解和应用。

从目前世界上关于民主优劣得失的争论来看，人们多半采用的仍然是“横向参照”的尺度，即看是否符合某一既定模式，或者干脆用某些外在标志和间接效果（如社会的经济发展和生活福利、国家的政治军事实力等功利效果），当作衡量民主真假成败的尺度。如目前划分“民主国家”与“非民主国家”的标准，主要还是由一些西方国家按自己的经验提出的，至于它们是否适合于东方国家的历史文化条件，远非想象的那样简单。再如，以东西方之间的比较为坐标，把东方国家走向法治完全看作是借鉴和移植西方经验的过程，致使有些东方国家的“民主转型”出现了“水土不服”和“东施效颦”等种种不良反应；而一些自信到足以“输出民主”的国家，在遭遇他国抵制的同时，也发现自己国内面临着新的“民主困境”……

实践是如此，那么理论如何？理论界目前关于民主的讨论，大都集中于某一情境中的“共和主义与自由主义”“共同体主义与个人主义”“精英主义与大众主义”“集权与分权”等主张之间的争论。这些分歧虽然貌似具有普遍性质，实际却都局限于二三级及以下的概念层次。它们之间的分歧则表明，问题的真正焦点在于一级概念的共识本身尚显抽象和空洞，未能提供切实有力的、足以解释和包容各种主张的共同根据和

标准。这意味着，回到“一级概念”层次上来，重新理解和阐释民主的实质和根本标志，实为当今时代所必需。

二、法治是民主的根本形式

从构成民主基本内容的第三原则——“程序化原则”中可以知道，在民主的总体精神中，已经内在地包含了法治的要求。对于任何旨在追求真正民主的政治体系来说，事关民主的一切，即属于全体人民主体权利和责任的所有内容，都要通过相应的制度，以规范化、程序化的形式固定下来，使之得到普遍、长期、稳定的实施和维护。就是说，民主必须法治化，法治是民主必要的、根本的形式。用当代中国的语言来表示，社会主义制度的特征就是：“民主其内，法治其外”，民主是“国体”，法治是“政体”，民主与法治不可分。

作为一项重要的历史经验，中国的历史实践已经证明，民主若不以法治为其必要的形式，就不能真正实现全体人民“当家作主”。没有法治的相应保障，民主终将成为一句空话，其结果不是演变成无序化的动荡，就是倒退回专制；而法治若不以民主为其实质和目的，就不能全面地保障人们享有自由、平等的权利，反而会沦为专制统治的暴力工具，法治也终将蜕化回人治。所以，我们今天需要特别强调民主与法治之间的内在统一，而不是从实质上将它们分离开来。

以往导致法治与民主相分离的原因有多种多样。从法治的角度看，其中较有影响的，主要是两种简单化地看待“法”的态度：单纯的形式主义和工具主义。

形式主义法治观认为，法治只能保证“形式正义”或“程序正义”，不能体现“实质正义”。它说，法律若除去了它所附载的具体经济、政治、文化内容，所剩下的就只是一些空洞的、没有内容的形式，或空洞的、不体现任何实质的程序。这种印象，就像黑格尔说的“剥葱头”式体验：“用分析方法来研究对象就好像剥葱一样，将葱皮一层又一层地剥掉，但原葱已经不存在了。”^{〔1〕}这种方法完全看不到的是，对于葱头来说，“葱皮”也就是“葱肉”。就法律来说，它的形式本身确有其特定的、普

〔1〕〔德〕黑格尔：《小逻辑》，商务印书馆1980年版，第413页。

遍性的内容，它的程序本身就是遵循某种普遍性的实质。换句话说，法律的形式是有内容的形式，法治的程序是有实质的程序。

那么，什么是法所特有的普遍性内容和实质？——其实就是公民的权利与责任本身。规定并落实公民相应的权利与责任，是各种法律形式特有的普遍内容；在每一环节上体现当事人权利与责任的统一，本身就是司法程序的意义。这些内容和实质作为法律所特有的规则规范，不会随着案件的经济、政治或其他实务性质而改变，不会因案件的结束而消失。因此可以说，法治，在实质意义上，就是落实全体公民的权利与责任的规范之治。而“法律不能体现实质正义”的说法，无形中是将公民的普遍权利与责任当作了非实质性的、空洞无物的东西。以这样的观点看待法治，当然不能深入理解法治与民主的内在关联。

工具主义法治观认为，法律只是治国理政的手段，它要完全服务于政治目的。脱离了民主而谈论的法治，多半被当成仅仅是用来管束人们的工具。那么法治是由什么人来管束什么人呢？在专制制度下，法被统治者当作是管束人民的工具；与之相反，主张个人本位主义的现代自由主义者，则把法治着重解释成是用来管束政府（公权力）的工具，前提是自由主义者同时也把民主看成工具。如哈耶克所说：“民主本质上是实现自由和保障社会安定的一种手段，而不是最终目的。”可见，无论专制主义还是自由主义，在把民主和法治都仅仅当作工具这一点上，是彼此相通的。二者之间的区别，只在于这个工具要以谁为目的，为什么人服务，由谁用来对付谁而已。这种以手段掩盖目的的工具主义思维，显然无法超越社会分化和对立的现实，所以它总是离不开“被统治者与统治者”以及“多数人与少数人”之间的对立和选择。这其实是过去中国“以阶级斗争为纲”和国际上意识形态“冷战”时期所形成的思维定式。

那么在以现代化和全球化为特征的时代，我们如何超越这种分裂思维呢？这里有一个很值得注意的中国式经验，就是要从理论上首先实现法治与民主的内在统一。当中央接受了法学家的建议，将“以法治国”（rule by law）正式改成“依法治国”（rule of law）的时候，意味着我们已经达到了这样一种觉悟：“法”不再仅仅是“工具”，而是“根据”了。“根据”的涵义，不仅包含着目的，也包含着基础和标准的意思。按