

新
民
說

王人博 | 著

法的中国性

东南大学
SOUTHEAST CHINA UNIVERSITY PRESS
东南大学出版社



王人博 | 著

法的中国性

Fa de Zhongguoxing

广西师范大学出版社
GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS

· 桂林 ·



图书在版编目(CIP)数据

法的中国性 / 王人博著. — 桂林: 广西师范大学出版社,
2014.9
ISBN 978-7-5495-5777-6

I. ①法… II. ①王… III. ①法哲学—思想史—中国
IV. ①D909.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第175591号

广西师范大学出版社出版发行

(广西桂林市中华路22号 邮政编码: 541001)
网址: <http://www.bbtpress.com>

出版人: 何林夏

全国新华书店经销

广西大华印刷有限公司印刷

(广西南宁市高新区科园大道62号 邮政编码: 530007)

开本: 880 mm × 1 240 mm 1/32

印张: 9.125 字数: 200千字

2014年9月第1版 2014年9月第1次印刷

印数: 0 001~5 000册 定价: 36.00元

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请与印刷厂联系调换。

序言

寻找“中国性”

这是几篇陈文旧章，不知能否凑够现在这个小集子所需的字数。作为作者，只有在这个时候才真正体会到了懒惰的坏处：“经典都是小书”这句话在这里成了名副其实的自嘲。

现在想想，这几篇文章都是过去隔三差五、有事无事的时候写的，当时并未意识到写它们“要干什么”。现在回头看看，心里生出了那么一点小欢喜：这几篇小章短文联结着这些年读书思考的一个圆心：中国人的中国性。这让我想起了一个外国人曾经写过的一段话：

（中国人）怀着被礼貌隐藏起来的不屑和厌恶，他聆听着一些（外国的）外交官员认真而不合时宜的劝诫关于在中国修建铁路的好处，他看到了潜藏于评论之下的自私，于是立即兴高采烈地认真谈论起演讲者大衣纽扣的价格，或者就是对外国人为什么没有发现西瓜子作为一种食品货物的价值表示好奇。

这是 19 世纪晚期来华传教、后又成为外交官的美国人何天爵 (Chester Holcombe) 于 1900 年在《真实的中国问题》一书中的话。我不掩饰受这本小书的影响,也从人为地抑制读这本书的兴奋之情,虽然香烟的烟雾总是刺激着眼睛。这段话是作者对同时期在华传教士——包括他的同乡、比他出名得多的美国传教士明恩溥——对“中国人缺乏逻辑思维”这个西方命题的“佐证”和回应。白种人的优越感不在于他们的傲慢,而在于把中国人特有的“礼貌性拒绝”都当作思维方式的弱点。^①在这个问题上,就是大智大慧的鲁迅也免不了被明恩溥的《中国人的气质》一书附体,无法脱身。^②譬如,有关“面子”这个中国概念,好像“面子”就是中国人“黄脸”的皮外特征。^③

话已至此,就把这个小集子权当对何天爵这段话的一种应答:什么是中国性?^④ 中国人有自己处理问题的方式,也善于倾听别人的意见和吸纳别人的东西,但倾听和吸纳的方式又是自己的;他们可以接受西方,但强加的不行。中国接受外物的方式与西方相比,总是差那么薄薄的一层:既捅不破,也丢不了。一个怀揣人类理想的民族要想真心帮助这个民族的一个前提,就

① 西方在华传教士对中国的表述有一个共同特点:在叙述的显眼处都会廉价地恭维这个民族几句,然后才说出自己的真实看法。等看完了全篇就会发现,原来的那些恭维话只是为了了一种反讽的修辞需要。

② 当然,鲁迅对西洋文明的接受不是单一的,也不是碎片化的,而是一种整体的姿态,一种全景式的观望,而这种观望又是通过尼采、易卜生、拜伦等而完成的。他最终接纳的不是西洋文明,而是由这种文明的本源所呈现出那种意象。

③ 若有时间和心情,以后专做一篇有关中国人“面子”的文章。

④ 16 世纪,欧洲还能以谦卑的态度观看基督教以外的人类世界,如印度、中国和印加文明,这也注定了一种无可救赎的人类多元性存在,无论这以后的欧洲多么傲慢、多么大男子主义。

是首先要对它尊重^①，哪怕在助人者看来有些东西如此的不可思议^②。“本土化”这个词在别的地方意味着要倍加努力，而在中国却是稀松平常。这块土地既不是“大染缸”，也不是漂白剂，事实的真相只有一个：它有 13 亿人，要想一个东西能让这么多乌拉拉的人都接受完全不可能；即便接受，也要经过他们的七嘴八舌、唧唧歪歪，最后他们会骄傲地说，“那东西原本就是我们自己的”。

我不是个做学问的人，但也从不谦虚地声称自己是个阅读者和思考者，因为对我而言，看和想比写容易。作为外行，我不喜欢这样一种做学问的方式：手里拿个罗盘，像个风水大师，口中振振有词，或是默念或是高喊，然后指指点点，最后把烧的一张纸向空中一抛，便有了结论。

写出上面这些话，有两个意思：一是书一般都有个序言；二是加点现在的想法。如此而已。

王人博

2014 年 7 月 14 日

① 比如，明恩溥在把中国与英、美比较的时候，总是避免用“英国”“美国”这种带有地域色彩的词汇，喜欢且常用的是用以区分种属的词——盎格鲁—撒克逊民族。

② 西方传教士特别爱抱怨中国人迷信，但他们没有能力区分：“迷信”是中国百姓的日常信仰还是喜欢那些多少带有些想入非非的故事？实际上，中国人既对狐狸成精的故事津津乐道，也对有狐狸皮毛的衣服乐此不疲。

目 录

序 言 寻找“中国性”

民权词义考

- | | | |
|---|----------------------------|----|
| 一 | 有缺陷的方法论 | 1 |
| | 方法：物境(Circumstances)、联想和记忆 | 4 |
| 二 | 来源：中国与西方、明治日本 | 8 |
| | 词性的变异 | 11 |
| | 《孟子》的新意义 | 19 |
| 三 | 浮士德式的言喻 | 28 |
| | 陈述与预言：一种必要的浅薄 | 34 |
| 四 | 西方性 | 42 |
| | 中国性(Chineseness) | 47 |

庶民的胜利

- | | | |
|----|----------------------------|----|
| —— | 中国民主话语考论 | |
| 一 | 为什么考辨“Democracy” | 52 |
| 二 | 汉语“民主”语词是如何在近代中国复活的 | 57 |
| 三 | “民主”的新语义：“Democracy”的被重新翻译 | 67 |
| 四 | 庶民的胜利：人民、农民、平民、劳工与“平民主义” | 77 |

一个最低限度的法治概念

——对中国法家思想的现代阐释

- 一 比较:法家的法思想与“普世主义”法治观 92
- 二 中国法家思想的现代阐释 102
- 三 民主、宪政与法治概念之区分 122

权力与技术

——对劳动教养问题的一个宪法学分析

- 一 劳动教养的宪法根据 128
 - 劳动教养性质之辨 131
 - 一个新概念:“反社会主义的反动分子” 136
- 二 知识分子:一个难以定位的人群 143
 - 权力结构中的三方关系 146
 - 劳动教养:“改造”的一种极端方式 150
- 三 效用与风险:一条不确定的界线 155
 - 劳动教养:谁是宪制化中的主角 156
 - 劳动教养:是宪制化的顺应,还是背离 158

宪法概念的起源及其流变

- 一 宪法(constitution)含义的最初表达 161
- 二 宪法(constitution)现代意义的生成过程 165
- 三 社会契约论:西方用以重构宪法历史的一种方法 168
- 四 汉语“宪法”释义 172

宪法的中国性

——对五四宪法发生过程的一种解释

- 一 什么是宪法的“制定” 180
- 二 机构与程序 186

三 为什么需要宪法	191
四 什么是宪法	196
被创造的公共仪式	
——对七五宪法的一种阅读与解释	
一 阅读的方法	198
二 修辞与意义	200
三 展示的思想	202
四 文本的意义	211
五 文本的关键词	215
六 人民的宪法	219
水：中国法思想的本喻	
一 水与治	227
二 水的意象与法的隐喻	230
三 “水舟”之喻与法统	236
余 论 什么才是关键	242

民权词义考

有缺陷的方法论

民权概念是中国宪政文化中的核心元素，这是无大疑义的。本文要提出的问题是：近代以来，中国的知识分子是如何认识和运用民权概念的？民权的话语所表达的是一种中国式的民族意义诉求，还是西方式的宪政诉求？怎样诠释民权概念的中国语境(Context)？

民权与其他的近代性话语和实践一样，大都由西方及其文化衍生、激发。但这并不是说，中国的近代性完全是西方性的。问题是，中国的知识者在遭遇西方物质和精神的过程中，是被动地模仿了西方的“民主”还是积极地、创造性地运用了民权这一独特的概念？中国学界对此的认识和解释，主要受西方两种方法论的影响：一是美国的费正清学派，二是“中国中心观”。以费正清为代表的哈佛学派根据“挑战—回应”的理论范式，认为中国的近代化就是在西方挑战下一个被动的“受刺”过程，即是说，

中国人在西方强大的压力之下,只能逆来顺受,被动回应。^①与此相应,中国诸多的近代性话语和实践也就成了一个模仿西方的结果。在这种语境(Context)下,民权话语的使用以及运用方式的差异当然地成了判定是学习西方还是固守传统、是进步还是守旧的尺度。这也是我们当下主流学术话语在评断中国近代性时所秉承的标尺:主张西方式民主的为进步派,反对的为顽固派。^②西方对中国的近代性肯定是有意义的,无论是正面的,还是负面的,但西方之于中国近代性的意义不能被无限地夸大。事实上,晚清时代的中国,既有西方带来的“外患”,也有穷途末路下的中国封建社会自身的“内忧”,在这双重压力之下,中国人既有应对,也有自己主动性的思考和选择。即是说,“挑战—回应”的范式无法接纳中国的“主体性”这一根本性的要素。对近

① 费正清及其学生在一系列著作中,都过分强调了西方对中国的“挑战”所产生的意义,而忽略了“选择”这个概念在近代中国所包含的复杂意义。费正清说:“在我们新大陆,我们帮助产生了近代世界;而近代世界却是被强加给中国人的,中国人不得不咽下去。”(费正清:《中国:人民的中央王国与美国》,剑桥,1967年,第104页)而他在其他的著作如《剑桥中国晚清史》《剑桥中华民国史》中都进一步表达了这一观点。汤因比作为一个历史学家,他运用“挑战与迎战”的理论范式,旨在说明环境对人类的影响和意义,但这并非意味着它无条件地也适用于一种文化和另一种文化的关系。(参见[英]汤因比著、曹未风译《历史研究》三卷,上海人民出版社,1997年)

② 对中国近代思想或思潮的评价,当下仍受困于“革命”的意识形态主宰的话语,譬如,对孙中山的“民权主义”和梁启超的“民权论”的评述,全然不顾“民权说”自身所蕴含的“中国性”的意义。除此而外,在表象上接受西方的程度也是评说中国近代性不可替代的工具,梁启超的“民权论”之所以不像孙中山的民权主义那样进步,也主要是梁的理论在应对西方“挑战”时没有达到应具有的标准。这可以省去中国式的思考可能带来的麻烦。这也是当我们使用“保守”一词来称谓梁启超时,该词全然不具有在英国的那种意义,而更多地是表达一种不满的主要原因。关于“保守”一词在英国的使用,可参见余英时《钱穆与中国文化》中《中国近代思想史上的激进与保守》,上海远东出版社,1996年。

代的中國而言，“主体性”一词包含了太多、太复杂的意义。虽然，在近代的世界格局之下，中国的角色不断地被边缘化，但沮丧之中仍有中国自己的智慧、谋略，既有学习也有创造。民权话语的创设和运用便是一例。

与哈佛学派的理论范式相反，“中国中心观”的兴起则代表了西方另一种学术趋向。美国学者柯文的《在中国发现历史——中国中心观在美国的兴起》一书则是代表。该书引发了这样一种观点：中国的近代性并不是西方刺激的结果，而主要是由中国社会内部自我生发出来的。^① 随着日本学者沟口雄三的《中国前近代思想的演变》在中国的翻译出版，作为反抗“挑战—回应”的“西方中心主义”范式的“中国中心观”在中国学界受到了热烈欢迎，这是易于理解的。^② 沟口先生为了反抗将“近代”一词作为西方“优越地位的指标”，进而对中国的“民权思想”作了“中国中心主义”的分析。^③ 在该文中，沟口先生虽然从中国出发分析了中国“民权”的特色，但他回避了一些重要问题：民权概念在中国是如何形成的？是在遭遇西方之前还是之后？怎样来界定中国的民权概念？它与西方的民主主义话语之间有无关联？是怎样的一种关联方式？

这些问题的被消解恰是“中国中心观”的缺陷之所在。作为一个近代性的概念，民权在中国传统文化“基体”中是不存在的。中国传统的“民权资源”在近代性的民权概念之下可以得以

① 中译本见[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，商务印书馆，1989年。

② 中译本见[日]沟口雄三《中国前近代思想的演变》，索介然、龚颖译，中华书局，1997年。

③ [日]沟口雄三著、孙歌译校：《中国民权思想的特色》，载夏勇编《公法》第1卷，法律出版社，1999年；原文载于台北《中国现代化论文集》。

解释,而不是相反。在对待中国的民权问题时,应有这样一个基本前提:什么是诠释意义上的民权,什么是概念性的民权。对此,“中国中心观”的分析框架首先是混淆的。

无论是“西方中心主义”的“挑战—回应”范式还是“中国中心观”,都不是观察和分析中国问题的确当方法和路径,在研究民权问题时尤其如此。我以为,一种比较妥切的方法,应该是在充分吸取上述两种理论的合理元素之基础上,充分注意“近代”这个特定的“场域”。本文不是把“近代”作为一个带有强烈西方色彩的“进步性”概念,而是作为一个中性的时空概念,并通过民权话语的复述来解读中西在这个时空中所构成的复杂关系。前一种理论范式的可借鉴之处,在于它凸现了一个成功的“西方”为一个接连遭遇失败和挫折的中国提供了一种复杂的“诱惑力”;后一种理论范型,则认识到了中国由这种“诱惑”而产生的某种“联想”和唤起的某种记忆。由此出发,我想用“物境(Circumstances)、联想、记忆”这三个元素作为分析民权问题的方法或路径。

方法:物境(Circumstances)、联想和记忆

“物境”(Circumstances)一词可以用来说明中国的民权概念、民权话语建构所因应的问题。民权话语在近代中国的形成、流行,并不是因其把民权作为一种制度性架构——以解决国家权力的来源、归属和分配问题——来看待,而是首先把它设想为一种能解决中国国家和社会衰败、滞弱的器具。即是说,民权概念、话语在近代中国这个特定的时空中的形成,并不是表明中国传统国家、社会已进化至可以接纳民权体制这样一种文明程度:

恰恰相反,是因为中国在西方面前的“退步”、落后而需要民权的“疗效”。民权是中国遭受一系列挫折的产物,而不是进化的结果。这里所说的“挫折”有两层意思:一是指中国人在与西方对照中发现自己的“落伍”而产生的挫败感,二是指中国传统国家和社会自身显露出的深刻危机。^①

“联想”一词可以确当地描述西方压力下的中国反应方式。在物质和军事上遭遇西方之后,中国就彻底地改变了对世界的传统认知模式。从传统的“朝贡制度”到“条约制度”,中国不仅丧失了“中央大国”的政治权力,而且也失去了文化上的“话语霸权”。传统话语的优越感只能退缩到儒家派别的内部,而条约制度带来的耻辱感促使中国人不得不真正正视西方。中国的儒者可以蔑视西方的道德,但不能不认真地看待西方的强力。从魏源的“师夷长技以制夷”到张之洞的“中学为体,西学为用”,面对西方的文明,中国的儒者产生了一种诱人的“联想”：“以夷为师”。这反映了身处弱势文明之下的儒者面对西方的强势所必

① 根据国外学者的研究,这种危机在中国所谓“康乾盛世”的乾隆时代就已暴露出来。如,过剩的人口所产生的压力、中央官僚体制运转的失灵、统治层面对事件的错误反应等。(参见[美]孔飞力《叫魂——1768年中国妖术大恐慌》,陈兼、刘昶译,上海三联书店,1999年)另外,对19世纪中叶以后的传统社会内部随太平天国农民起义所出现的严重危机以及这场起义本身,西方学者也有过这样的描述:“这场重大的起义,就像一个值得夸耀的肉体上的旧痼疾一样不可愈合,如果盛行的传闻可作为一个线索,那么事态会继续恶化。……额尔金勋爵谈到中国人时所说的‘他们那个衰落文明已千疮百孔、腐朽不堪’。……虽然情况可能一直如此,但这句话依然是相当真实的。政府的古老基础完全腐烂了;其等级和秩序被打破了;其豪华的装饰品成为破烂。它不是吞噬这个国家的唯一的食尸鬼。天灾人祸,纷至沓来,腐败丛生,积弊日甚;没有人能说出何时才会有一个结局,其结果又会如何。”(《北华捷报》1860年1月“社论”,转引自[美]芮玛丽《同治中兴——中国保守主义的最后抵抗》,房德邻等译,中国社会科学出版社,2002年,第14页)

然形成的复杂心理。英人哈耶克氏对这种“联想”有过很好的解释。他认为：使西方世界得以充分地利用了那些能够导致文明发展的东西，并不必然地成为非西方世界发展的动力。接受过西方训练和教育的非西方知识分子往往会自觉地承担起向其人民传播思想和知识的使命，然而，这些知识分子在接受西方训练和教育的过程中，所习得的并不是西方早先建构文明的方式，而主要是那些由西方的成功所引发的各种替代性方案的梦想。^①中国近代的早期儒者虽然没有接受过西方训练，也没有受过西方的正式教育，但西方在中国成功的“事实”是最好的老师，而学生可以在老师的身上产生某种诱人的联想。当年轻的士子梁启超大声疾呼“问泰西各国何以强？曰：议院哉！议院哉！”之时，他从现时态的西方身上可以联想到将来时态的中国。作为议院核心元素的民权，不管它在西方文明体中的“建构过程和方式”如何，它的存在状态就可激发中国人对“富强”的一种想象力，可以成为一种“替代性的方案”。正是这种由西方而产生的想象力，催动了中国有关民权概念的创造和使用，促使民权话语在知识界流行。

联想既是对对方的一种省视，也是对自己的一种观照。对民权—富强的想象明显地关联着中国国家和人民在国际中的卑贱地位，关联着中国人的沮丧情绪。近代为中国带来的精神创

^① 参见 Fridrich A. Von Hayek, *The Constitution of Liberty*, The University of Chicago Press, 1960, p3. 中译本见[英]哈耶克《自由秩序原理》，邓正来译，生活·读书·新知三联书店，1997年，第3页。

伤,最终须靠民族的强盛所治愈。^①而在当下,若要使联想减少因此而可能产生的自卑感,就须从自我的观照中找到自信心和自尊心的某个支点。联想,能够唤起某种民族的记忆。中国在西方面前的挫败感可以从自己的民族记忆中得到慰藉。民族记忆就像一个人的成长经验,它可在人生的挫折中发挥唤起自尊和自信的作用。有着某种民族记忆的支撑,联想就可转化为一种创造力。可以说,民权概念被近代中国的知识者创造出来时,中国的“民”已是四分五裂,散布于中国的各个阶层和社会的各个角落,各自在忍受着既相同又不同的痛苦。“民权”一词便是一声吆喝、一种召唤,希望把社会各个角落里的人们通过某种方式募集起来,为中国的强盛而应征入伍。“民权”也意味着对“重民”传统复兴的呼唤,或者说民权概念本身就是为了唤起“民本”的民族记忆。“所谓‘民族记忆’,像其他文化产品一样,似乎不存在先验的神性。与其说是一种文化心理的积淀,不如说是特定历史条件的产物。”^②民权概念的推行需要重构历史上的“民本”,这样既可以表明西方的民权话语在中国照样有着渊源,在这方面中国毫不逊色;又可以消解“民”在实际上早已存在的社会鸿沟和隔膜,意味着民的代言人欲要与民众打成一片。因此,民权概念本身是“唤起民众”的最雄辩的修辞,而诉诸《尚书》和《孟子》等伟大经典的“民本”的“宏伟叙述”(Master narrative),

① 即便到了20世纪20年代,中国的知识者也仍把自己的挫折感和国家在世界上的卑贱地位联系起来。例如著名作家郁达夫在其作品《沉沦》的结尾有这样的话:“祖国呀祖国!我的死是你害我的!你快富起来,强起来吧!”(夏志清:《二十世纪中国小说》,转引自[美]安敏成《现实主义的限制——革命时代的中国小说》,姜涛译,江苏人民出版社,2001年,第42页注①)

② 陈建华:《“革命”的现代性——中国革命话语考论》,上海古籍出版社,2000年,第38页。

是唤醒民族记忆并使之升华的最佳再现方式。

近代中国的物境(Circumstances)使中国的知识者对西方因民权而强盛的成功经验产生了丰富的联想(不管西方的强盛是否真的由民主所致),民权便成了解决中国问题的可替代性方案。为了医治可能出现的由联想而发生的自卑感和挫败感,中国的知识者便从民族的“民本”记忆中找到了灵丹妙药。民族的民本记忆无疑是缓解因由西方民主的诱人联想而可能产生的疼痛的一剂解药。

二

来源:中国与西方、明治日本

康有为说:“仆在中国实首创言公理,首创言民权者,然民权则志在必行,公理则今日万不能尽行也。”^①康把自己看作近代中国倡导民权的第一人,这符合他的性格。对此,曾作为康有为门人的梁启超在他的《南海康先生传》一文中也有类似说法。尽管如此,这也很难证明康梁师徒的说法就是真实的。康梁的这种叙事方式,并不能排除他们借助了当下流行的民权概念对事件进行叙事的可能性。梁启超在追述他主笔的《清议报》时,就认为提倡民权是该报的唯一宗旨,尽管事实上《清议报》并非如此。这里的“民权”更多地是在诠释意义上使用的,或者说,在这里,梁启超主要是把“民权”作为表达该报主旨的一种修辞方法。由此,我们可作这样一种判断:梁在对有关事件进行追忆时,民权话语已流行于知识界,而这种流行可能与该报有关,也可能无

^① 汤志钧编:《康有为政论集》上册,中华书局,1982年,第476页。