

【红岩新世纪法学丛书】

宪政文化 与近代中国

王人博 著

法律出版社

*Modern
China
and
its
Constitutional
Culture*

【红岩新世纪法学丛书】

宪政文化 与近代中国

王人博 著

法律出版社

*Modern
China
and
its
Constitutional
Culture*

图书在版编目 (CIP) 数据

宪政文化与近代中国/王人博著—北京：法律出版社，
1997.9

(红岩新世纪法学丛书)

ISBN 7-5036-2207-5

I. 宪… II. 王… III. 法律-思想史-研究-中国-近代
IV. D909.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (97) 第 17054 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/外文印刷厂

排版/泰能照排中心

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/17.5 字数/400 千

版本/1997 年 10 月第 1 版 1997 年 10 月第 1 次印刷

印数/0,001—3,000

社址/北京市广外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所 (100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有，侵权必究。

书号：ISBN 7-5036-2207-5/D·1833

定价：28.00 元

(如有缺页或倒装，本社负责退换)

□《红岩新世纪法学丛书》

编委会主 任□种明钊

编委会副主任□徐静村 俞荣根

编委会委 员□李昌麒 李开国

李 权 赵长青

张卫平 赵万一

王 威

【红岩新世纪法学丛书】**总 序**

辉煌的 20 世纪正在向我们挥手告别,灿烂的 21 世纪即将来临。世纪之交,法学诸子,心同万众,热望着一个民主、富强、文明的中国屹立在世界的东方,热望着一个有中国特色社会主义的法治国家屹立于世界民族之林。党的十一届三中全会以来,中国的社会主义法制建设取得了举世瞩目的成就,法学研究长足发展。可以预言,中国的 21 世纪将是进一步改革开放和经济持续发展的新世纪,因而也必将是一个“依法治国,建设社会主义法制国家”的法制新世纪。法学研究、法学教育、法制建设前景辉煌,任重道远。辛勤耕耘在法学教育战线的同仁们,不辱使命,教书育人、著书立说,播撒法律新意识、倡导法制新观念、培育法学新人才,迎接即将到来的新世纪。本丛书标明“新世纪”,意在表现学者们对美好未来的憧憬和热忱,对自己所负时代责任的自觉和自重。

西南政法大学作为全国重点高等法学学府,坐落于歌乐山下、嘉陵江畔,位于渣滓洞、白公馆旁,为新中国诞生而英勇牺牲的烈士们长眠于斯。革命前辈和先烈

们用鲜血铸就的“红岩精神”时刻激励着全校师生团结、奋进、求实、创新。本文库冠名“红岩”，旨意即在此。经历了四十几个春秋的发展，学校集结了一大批有抱负、有理想、有学识的教师、学者。他们置身于名利之外，耕耘于讲台案前，严谨治学，悉心研究，完成了一大批国家级、部委级、省市级重点科研课题，取得了累累硕果，充分展示出继承和发扬“红岩精神”的时代风貌。

红岩新世纪法学丛书主要出版本校教师的法学学术专著，是我校面向 21 世纪发展的重大科学研究工程。整套丛书力求反映我国法学研究的最新成果，具有较高的学术造诣、较新的写作风格和较高的文化品味。

这套丛书若没有法律出版社的大力支持是难于运生的。在此，真诚感谢出版家们做的这件好事情。“庙廊之才，非一木之枝”。本丛书若达初衷，那么，为之庆欣的也就不止我校师生了。

是为序。

种明钊

1997 年 7 月

序

宪法，人们称之为“法之法”、“法上法”。宪政，通常理解为“实施宪法的民主政治”，或“以宪法治理国家”。如果说，权利是宪法的灵魂，那么，合理确定权利与权力的界限并有效制约权力以实现权利，则是宪政的关键。故尔，民主、自由、法治、人权等价值能否实现，系之于有无真正的宪法，有无真正的宪政。由是，宪法与宪政，成为近代中国政治法律问题的焦点和核心，在这个舞台上，曾演出过一幕又一幕惊心动魄的活剧。这就使得研究近代中国的宪法和宪政问题，既是一道要题，又是一道大题，同时还是一道难题。

本书作者王人博同志是一位潜心学问且很有自我的年轻学者。就学缘而论，我们是师生。从问道论学而言，我们是可以经常在一起倾心讨论的朋友。三年前，他向我谈及他的研究计划，打算把重点放在近代中国宪政文化问题上，我深表赞同，并为他的选题眼光和胆识而由衷地高兴。人博同志十数年从事法史的教研工作，尤其对西方法治理论和权利学说有着深刻的领悟和把握。

顺此由西而中，比较中西，以西鉴中，以中化西，融通中西，正是他应走也能走的治学历程。我相信，他完全能够在这个尚少开掘而又颇能激人才思的领域大显身手。经过努力，他的课题列入了学校的青年基金项目。

三年辛苦不寻常。人博同志终于完成了这部长达35万余言的著述，我作为第一个读者分享了他的喜悦。书稿对西方宪政理论的基本概念，术语作了细致梳理和准确界定，这样可以避免望文生义和穿凿附会。以此为基点，作者循历史纵向之序，对近代中国出现的各种宪政学理和思潮一一加以重新审视和剖析。

近代中国，无论是宪法，还是宪政，都是继受西方的。这种继受，又是被动的，不是主动的。受传统儒学文化道器说、体用说的影响，近代中国的志士仁人主要是把宪政作为民族复兴、国家富强的“器”，坚持一种以富国强兵为目标的工具主义的宪政价值观。从急于摆脱亡国灭种的严重危机的角度来说，这确属合乎情理的选择，然而，从宪政的原生和核心价值上论，却不能不说是一种偏离。在阅读书稿的过程中，我感受到作者下笔的冷峻，也感受到作者从心底流到笔端的痛苦。而这些，都需要勇气。这也表明，本书绝非躁急功利抄袭汇编之作，而是经过深思熟虑确有见地的学术创新之著。

文化兼具人类性和民族性，法律亦需世界化和本土化。近代中国所继受的宪政文化，对于西方来说体现了人类性与民族性、世界化与本土化的一定程度上的统

一。移植到中国来,其人类性、世界化的一面应弘扬,其民族性、本土化的一面会改变。其间有着无法回避的矛盾。这就增加了移植、继受的难度。一方面,原发于西方的宪政文化势必要批判、否定中国传统法文化,才能保持、弘扬其核心价值;另一方面,西方宪法文化的移植需要中国文化的接引,离开了对本土固有文化资源的发掘利用,外来文化就难以扎根。所以,问题不在于中西法文化有没有冲突,而在于中国法文化有没有能力接引西方先进的宪法文化,使自己被世界化和人类化,同时化入自己的本土性和民族性。或者说,能否做到在宪政文化的核心价值上与世界接轨,得到普世的认同,同时又与中国的“民情国史”相契合。这是近代学人所苦苦追求的前景。近代中国宪政文化在价值取向上的偏离,析其原因,未能妥善解决文化的人类性与民族性、法律的世界化与本土化的矛盾,怕是重要的一条。如果偏执于民族性和本土化的一端,就会导致对宪政的核心价值的漠视和偏离。本书所讨论的“民本”与“民主”的关系问题就是典型的一例。“民本”是中国儒学法文化的价值之本,“民主”则是近代西方宪政文化的核心价值之一。正是儒学大力阐扬的民本主义政治法律哲学为近代中国人架设了一座释读、理解西方民主宪政观念和制度的桥梁,为思想家们宣传民主学说贯注了底气。然而,“民本”与“民主”虽一字之差,其体制上和价值上之相异,实在难以道里计。近代中国,曾有人以“民本”诠

释西方宪政文化中的“民主”，这无疑是一种误读。这样的误读，还发生在法治、自由、权利等宪政文化的基本价值观上。误读与价值上的偏离，有着必然的联系。近代学人多为幼读儒经，深懂中国传统文化的饱学之士。在他们接引西方文化时，误读和由误读引起的价值偏离往往是在不自觉中发生的。据作者考析，只有严复和胡适等少数人能例外，因而他们所承受的难以释解的精神苦闷和心理困惑也更为强烈。应该说由一般的宪政文化考察进而体味文化大师们的心路历程，予以同情理解的作法，是有益于对近代宪政文化的深刻了悟和合理评价的。人博同志告诉我，他的这部稿子写得很投入，写到动情处，每每停笔凝思，难以释怀，放不下一颗沉重的心。他是有忧患感的人。而忧患出思想！

近代中国宪政文化的发展，除了学术思想精英在宪政价值层面作学术推动之外，尚有政治、制度层面的实际运作，尽管常常是些“夹生饭”，甚至是为了政治目的而玩弄的拙劣花招，那些军阀更是将制宪作为进身的敲门砖和登龙术，但这不正好从另一角度昭示出“宪政”问题在中国近代社会的不可回避吗？！本书也多少涉及到了这个方面，但主要着力点是在通过对思想家的释读，从价值层面上探究近代中国宪政文化的演进。作为一部学术专著，自应有所侧重，但作为一个研究课题，则还有文章可做。作者日后如能再立篇什，追溯、探析近代中国宪政文化在政治、制度层面上的变化，并与其学术

思想层面的变化作整体研究，则定有更上层楼的景色。
是所望焉。

谨序。

俞荣根

1997年5月17日于歌乐山麓耘耕舍

引言

我们基本上同意这样一种看法：西方的宪政是基于西方的文化传统所内生的一种现象，是西方社会、文化自然演进的结果。它可称为 Unintended Consequence，即没有预期到的，没有想到的结果。^①人们通常说，宪政作为现代社会一种合理的制度，是近代西方资产阶级革命的产物。但无可否认，这种制度是深植于西方文化土壤中的，它本身又是西方历史长期演生的一种复杂的文化形态。它体现着西方基本的价值准则和观念，蕴含着他们对人与社会、人与国家关系的理解，对诸如自由、民主、平等、法治等价值的体认，也包容着人们对宪政本身的感知、了悟、信念和忠诚。西方宪政文化自始至终都是类似于中国文化中属于“道”的那种东西，不是预期而设的用来解决国家和民族生存发展的一种工具。在分析中国近代有关宪政问题之前，首先强调这一点是重要的。

中国人对宪政问题的思考是由西方的侵略而引发的。自鸦片战争西方用坚船利炮撞开了国门以后，中国再也无法按自己的规程在治乱相循的套路里生活了。不管愿意与否，中国不得不面对铁甲火炮胜过我们大刀长矛的西方。先进的中国人首先感知的就是西方军事装备的份量，它不仅对中华民族的生存构

^① 参见杜维明：《儒家人文主义与民主》，载《儒家传统的现代转化》，中国广播电视出版社1992年版，第378页。

成了威胁，而且也使我们的传统生活方式失去了安全。为了自救自强，中国便带着“敌人与老师”这个矛盾交织的心结开始了学习西方的历程。在这个历史过程中，中国经历了从取法西方的兵器、声光化电之技到师学西方宪政之术的重大转折，于是在价值层便有了中国社会的真正转型。实际上，当一个有五千年文明而未曾中断的文化大国要取法一种异质文明时，它首先要解决的是“怎样学”这个带有原则性的问题，其中也含有“为什么学”的文化情结。

由于近世中国面临的主要问题是救亡图存，对国家与民族生死存亡的焦虑，中国人对西方宪政的学习就做不到发其端竟其绪，只能用“截取”的方法，首先从最易和最大功用处下手。同时，要把这种完全异质于传统的东西移入本土，自觉或不自觉中首先要打破它原来的文化联系，建立起一种符合中国需要的新关系。这原本上也不与我们重实用的文化传统相忤逆。从很早的时候起，我们就形成了“实用理性”。在我们的传统中，刻意追求可有可无的巧一直被认为是贻害大事，心智过巧是君子之道的大障，即便对一时还看不出害处的“巧”，也要时时提防。孔子说：“虽小道，必有可观者焉，致远恐泥，是君子不为也。”^①道家则说得更吓人：“绝巧弃利，盗贼无有”；“民多利器，国家滋昏，人多技巧，奇物滋起”。墨家在这方面虽与儒道二家有些不同，但一样讲究功用而反对失度之巧。^②“奇技淫巧”这个词最能表现对巧的贬抑了。淫本来就指多余、过分、失当之

① 《论语·子张》。

② “墨子谓公输子曰：‘子之为雉也，不如匠之为车辖，须臾刘三寸之木，而任五十石之重。故所谓功，利之于人谓之巧，不利于人谓之拙’。”（孙治让：《墨子问诂》卷十三，“鲁问”。）

意，淫巧当然是指多余而过分的东西。而过分与否的标准则深藏于传统文化体系中的，是一种价值观上的判断。这种重实用、轻智巧的传统在近代展现的结果便首先有了魏源学习西方的“师夷制夷”这个便当实用的口号，之后则涌出了一连串的说法：冯桂芬的“以中国之伦常名教为原本，辅以诸国富强之术”；^①薛福成的“取西人气数之学，以卫吾尧、舜、禹、汤、文、武、周公之道”；^②郑观应的“中学其体也，西学其末也；主以中学，辅以西学”；^③邵作舟的“以中国之道，用泰西之器，臣知纲纪法度之美，为泰西所怀畏而师资者必中国也”；^④孙家鼐的“中学为体，西学为用；中学有未备者，以西学补之；中学有失传者，以西学还之；以中学包罗西学，不能以西学凌驾中学”；^⑤张之洞的“旧学为体，新学为用”。无论是中西文化的主辅之分，还是道器、体用之别，取法西学离不开实用的原则。“中体西用”作为近代中国文化的一个范式规约着对西方宪政文化移入的范

度。

事实上，由生存危机所引发的对国家富强、民族复兴的关切，是先进的知识分子能够越出器物一端实用地接受西方宪政最为重要的思想资源。西方的强大富足蕴藏在西方的宪政及其文化之中，这是他们体察西方所得到的最为牢固的信念。以此为动源，他们便把西方宪政文化的研究转换成在宪政与富强之间探寻因果关系的实用性思考。王韬、郑观应、钟天纬、薛福成、陈炽等人开启了这一思想历程的始端。他们看到西方立国

① 见《校邠庐抗议》。

② 见《筹洋刍议·变法》。

③ 见《盛世危言·西学》。

④ 见《邵氏危言·纲纪》。

⑤ 中国近代史资料丛刊：《戊戌变法》第2册，第426页。

与中国的不同在于前者有议院，议院能集合众议，消除君民间的隔阂，达到“君民共主”的新型关系。有了这种新型关系，君民就能彼此协调一致共同向国家富强的目标使劲。正是在此种意义上，他们坚信议院是西方各国能强兵富国、纵横四海的根本原因。美国学者柯文在论述王韬时曾写道：“由于王韬这一代一只脚还站在革命前的中国，其更新的程度就比孙中山更大。……虽然孙中山代表了革命进程的稍晚阶段，在这种意义上他比王韬要新。但若就他们个人一生所包括的文化变化容量而言，从代际变化的相对观点（而非累积或展望的观点）来看，王韬却比孙中山要新。”^①王韬那一代人所包括的近代宪政文化变化的容量也恰在于此。他们提出的“君民共主”还算不上是后来中国人所理解的民主，所推崇的议院也并非西方的代议制，但他们在国家富强与宪政之间所建立的那种利害关系则是近世中国对宪政思考、探究的基本特性。

戊戌是中国近世最为急荡的时期之一，康有为、梁启超等人在政制层面的变法主张比王韬那一代人的“君民共主”设计要激进得多。他们不但主张要设议院，张民权，而且要行立宪。然而，仔细辨察，他们对宪政价值的体认仍遵循着上一代人创造的范式。这个范式不在于康有为、梁启超等人仍将议院看作一个舆情机构，而是他们始终把专制主义看作是阻隔中国不能像西方那样强大的障碍物，希望用君宪制、民权打破专制主义，清洗堵塞国家富强的通道。他们主张设议院不只是希望在政治生活里能听到人民的声音，而是坚信议院是达到国家富强不可替代的工具；他们张扬民权不仅仅是追求“人民主权”的民主价值，而是在另一个目标上把国家的富强看作是大众的事业，这

^① 柯文：《在传统与现代性之间》，江苏人民出版社1995年版，第8页。

与西方文化中的民主原生价值是完全不同的。在此间，严复是一位较为不同的思想者，他不着眼于制度，而是真诚而深切地皈依了进化论，并从进化论的架构里找到了西方文化中蕴藏着的个人自由所释放出来的能量与西方强大的关系。个人自由是西方强大的第一动源，其宪政制度则是能把导源于个人自由的每一种能量整合为一种决定国家富强的“公共力量”。在严复的理论中，宪政制度与个人自由的关系、宪政制度与富强的关系虽然并非处于同一个层次，但国家富强始终是严复最为深切的关怀对象。正是严复把王韬那一代人对西方议院的理念直接发展为一种“富强为体，宪政为用”的文化范式。

稍后一个时期，以孙中山为代表的革命党人在国家富强与民主宪政的关系问题上比康、梁等人体会得更切、更深。在孙中山的民权主义体系中，民主在一定程度上是一个目的，对人民权利的保护、国家权力的划分与规制以及自治、联邦等问题，他都给予了极大关注。然而，孙中山之所以如此珍视民主制更多的是由于它能与国家的强盛联系起来。正像立宪党人所看到的最强大的国家是君宪制的英国一样，孙中山注意到最强大的国家是民主共和的国家，美国就是很快暴发起来的最典型例子。“取法乎上”，这是孙中山借民主共和欲达国家富强目标始终未变的一个视点。革命党人甚至说出了杀尽满人国家自然富强的话。他们与立宪党人围绕是兴共和革命还是走君宪制之路展开了延宕几年的大论战。值得注意的是，论战并非是对两种民主形式自身优劣的论辩，而是哪种政体更能把中国导向富强之路的争吵。对富强的关切，论战并未使双方在宪政实证研究上向前多走一步。

“五四”是一个开启了中国宪政思想历程转轨的时代。西方宪政文化所内含的民主、自由、人权、法治以及作为其底盘的

个人主义都被“五四”人掏挖了出来。他们自觉地树起了科学与民主的两面旗帜，并把民主升华为一种信仰。在民主主义旗帜之下，中国传统文化受到了最严厉的声讨，西方的个人主义价值观念在中国受到前所未有的欢迎。在这民主的和个人主义的思想凯歌声中，中国人对宪政的思考进入了一个新阶段：宪政不再仅仅被看作是能把政治弄上正轨，开通通向国家富强之路的一种工具，而它自身就应以尊重个人自由与权利为基础。然而，“五四”人在把宪政与个人概念建立起新关系的同时，也把民主作为探索民族出路的入口处，他们把科学与民主看作是请来疗治中国沉疴的“德（民主）赛（科学）二先生”，“德赛两菩萨”，希望个人与民族国家一块得到拯救。在很多情形下，“五四”人对民族的拯救给予了比个人更多的关注。张灏先生认为，康、梁一代知识分子与“五四”人虽然有重大区别，但两者也有着某种共同的东西：他们有着相同的人格理想和社会理想，都在不同程度上坚持集体主义和民族主义。^①

近世中国知识分子的思想路向似乎是：为了民族的复兴，中国必须选择宪政，但作为救亡之民族主义运动的手段，中国的宪政运动又需借激发民族热情和强化民族意识来获得动力，而民族主义精神的动员又必然强化民族文化，这是宪政在中国遇到的无法克服的两难境地。与此联系，宪政移入中国也就必然地从“道”变为“器”，从“体”变为“用”，由一个母胎文化中的形上问题变成了中国的形下的功利问题。“富强为体，宪政为用”成了中国有关宪政问题思考、探求的最为执拗的一种文化性格。近世以来的宪政探索和实践中的成败得失都与它有着

^① 参见张灏：《梁启超与中国思想的过渡》，江苏人民出版社1995年版，第301页。