

法治是什么

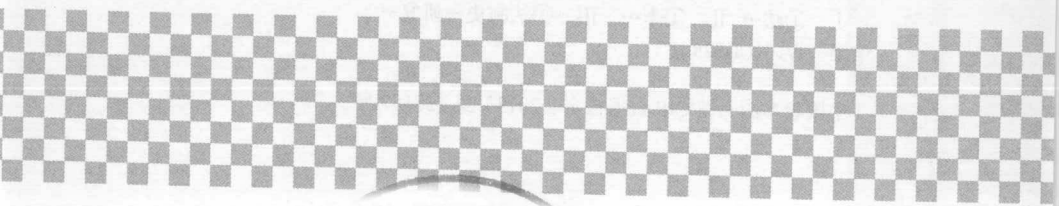
从贵族法治到民主法治

李贵连 著

法治是什么

从贵族法治到民主法治

李贵连 著



图书在版编目 (CIP) 数据

法治是什么：从贵族法治到民主法治 / 李贵连著.
桂林：广西师范大学出版社，2013.8
ISBN 978-7-5495-3980-2

I. ①法… II. ①李… III. ①法制史—研究—
中国 IV. ①D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 138157 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

湛江南华印务有限公司印刷

(广东省湛江市霞山区绿塘路 61 号 邮政编码：524002)

开本：880 mm × 1 240 mm 1/32

印张：7.875 字数：160 千字

2013 年 8 月第 1 版 2013 年 8 月第 1 次印刷

印数：0 001~5 000 册 定价：32.00 元

如发现印装质量问题，影响阅读，请与印刷厂联系调换。

序一

传统社会结构与中国法治

贺卫方

2000年,李贵连先生在法律出版社出版了《沈家本传》,当时就命我作的序。那次之所以敢勉为其难,是因为沈家本属于近代法学家,所处时代正是中西古今交汇之关口,我对西方法律史的涉猎也许可以略作映衬,爰陈拙见,算不上太过穿越逞强,贻笑大方。

可是,李先生的这本著作却很不一样,不仅时间跨度上涵盖整个中国历史,而且主题上是极具雄心的那种,即要对中国法律史进行一种类型学以及类型转换的研究。尽管书是一系列讲课的结果,但很明显,作者要对中国传统法律形态何以如此,如何界定其特质,还有近代化进程所必须面临的难题,凡此种种,给出自己独特的分析。这里的理论追求是有目共睹的。

于是,为这一本书写序就更艰难了。书稿读了两遍,含毫数月,终难以成文。眼看出版期日近,实在无法再做“托(拖)派”,只好拣出阅读中感受较强的几个问题,写一点自己粗浅的看法。

李先生对古典中国统治形态提出的最重要观点是否定了长期流行的“人治”说,而认为那是一种不同于近代西方式法治的特殊法治。他将周代的统治定义为贵族法治,而秦朝以降以迄明清则属于君主——或专制、官僚——法治。因此,他认为中国社会第一次转型,即“废井田,开阡陌;废分封,立郡县”,乃是从

前者向后者的一种转型。儒家思想虽然对传统法律发生了深刻的影响,法家所倡言的“法治”仍是君主专制时期法律体系中非常重要的部分,而且是支配性的部分,即它们塑造这其中管理官僚的内容。因此,所谓“中国法律儒家化”(这是瞿同祖先生曾做过著名论证的),毋宁说是“儒家思想法律化”。这的确是一种颇具创造性的解说。

这里需要表达我的一点困惑。的确,我们今天对法治概念的理解受到西方近代以来学说——例如戴雪、富勒的阐述——的很大影响。影响本身也是约束,它让我们的想象力受到限制。但是另一方面,熟读先秦经典的学人也有另一种想象力的限制,那就是难以摆脱法家以及儒家等学派对于“礼治”、“人治”、“法治”讨论所留下的绕梁余音,以至于人们要不断地区分此法治与彼法治,但还是难以避免其间的概念不清,讨论纠缠。

正是这种双重的约束,导致我们中国学界讨论法治问题时经常在对基本概念的不同理解的情况下进行。

从历史的经验看,法治的产生并不必然与某种政体相联系。雅典有最早的民主体制,但是那里却不是法治社会。当我们说法治时,无论如何,还是会想象到某种最低限度的规则之治,这种规则不能被统治者任意修改,统治者本身也受到那些事先宣布的规则之约束,而难以恣意地行使权力。这种统治者与被统治者同受规则约束的状态容有程度上的差异,但只要尚有某种权力——如君主——可以视既有规则为无物,也不能说是法治。

因此,先秦法家所倡言的“生法者君也,守法者臣也,法于法者民也”,即便强调了臣民的守法义务,然而,若君生法而不受制于法;可生此法,亦可生彼法,更可生凡朕之意皆为法之法;当生可不生,奉行“无法之法,乃为至法”,亦可超生冲突混乱之众多法,令臣民动辄得咎,无所措手足,凡此种种,又何尝有一丝一毫

法治的特色？

也许，这里的分类学出了问题。通常的“法治”与“人治”两分法太粗线条，无法概括历史上的多样化治理模式。如果我们把人治界定为一种倡导圣贤君主或哲学王的统治，他们洞察人心，且公正慈爱，不必受制于先定的规则（因为那样反而导致某些个案处理上的不公正），那么在人治和法治两个端点之间，肯定还有其他的社会治理模式。秦汉以降以至明清，古典中国漫长的治理类型，应该有一个更加确切的名称。

不仅如此，秦之前中国的社会形态或政治体制何以界定也是一个裹缠不清的难题。本书将其称为贵族法治，主要原因是因为政治权力的分配是依据血缘以及事功，在君主及其臣属中进行的，也就是所谓分封制。实际上，学术界已经越来越倾向于把这个时期——而不是秦汉之后——的社会称之为封建社会。早在上个世纪中期，美国历史学家柯尔本就主编过《史上封建制度》一书（R. Coulborn, *Feudalism in History*, Princeton University Press, 1956），其中关于中国的一章由汉学家卜德（Derk Bodde）撰写。他认为中国历史上的政治封建制存在于周代到春秋战国时代，之后直到魏晋南北朝，则为准封建制。此后封建制便完全衰落。其实，瞿同祖先生在之前20年出版的《中国封建社会》（商务印书馆，1936）也持大体类似的观点。

尽管在西方，封建社会的概念本身也颇多争议，但大致上人们都承认那样的社会有一些共同特征：分封以及封建契约关系的建立；封臣对封主的某种人身依附以及封建劳役兵役等的提供；封主对封臣的保护，特别是司法权在其间的运用；武士阶层的崇高地位；政治权威的分散及其与之相伴随的征战频仍……中国的封建制，是否具有这样的特征？

除此之外，我在阅读相关文献时经常思考的另一个问题是，

何以在西欧,封建社会可以持续到大约 13 世纪? 另外,还有我们的东邻日本,那里的封建制从 9 世纪一直延续到 19 世纪! 1933 年 7 月,胡适先生在芝加哥大学做题为“今日中国的文化趋势”系列讲演,其中对日本何以可以在短时间内取得现代化的成功,提出三个因素:第一,日本社会有一个强有力的统治阶级,所有改革和现代化运动的领袖都来自这一阶级。第二,该统治阶级的成员出自拥有特权和良好训练的武人世家,并在社会上形成了“尚武”的风气,此为其他东方国家所欠缺者。第三,日本过去千年政治的奇特发展为一个新的政治框架提供了一种稳固的基础,成为推进变革的中心力量。

接下来,胡适提示我们注意,早在两千年前,中国政治与军事上的封建制度已经衰落,整个社会结构“几乎完全平民化了”(almost completely democratized)。因此,缺少一个由于世袭而有效的领导阶层,所有的权贵之家至多维持数十年,又复归于平民。〔(上引胡适观点,参看周质平:《光焰不熄:胡适思想与现代中国》,九州出版社,2012,页 366—367。)〕

值得注意的是,明治维新之后,日本所进行的一项重大改革便是“废藩置县”,那差不多就是中国两千年前已经完成的一项事业。胡适所追问的是中国与日本现代化之间何以有如此重大的差异。我们可以再深究一步,探讨何以中国的封建制如此早衰? 这涉及李先生在本书所研究的“中国特色的”封建制与西欧以及日本之间存在着怎样的差异。比利时历史学家冈绍夫(F. I. Ganshof)特别强调西欧封建制内在的法律特质,尤其是契约性。中国的封建制是否由于其缺乏这种法律性质而难以为继? 例如孟子与齐宣王对话中所讨论的“汤武革命”,看起来早在周朝,阻却君主沦为“独夫民贼”的社会与法律机制就已经不存在了,以至于推翻暴政的方法只有革命一途。与此同时,我们也可

以顺带提出与之相关的另一个问题：先秦儒家恢复周制的呼吁何以换来一种反封建的新型制度，这种新制度究竟有怎样的优越性，可以取封建制而代之？

长达两千年的非封建制的运行带来了中国政府形态以及社会结构的独特性。帝国之中，除了为治理“蛮夷之地”的暂时妥协外，皇帝之下没有了以血缘而承继的藩王。由朝廷任命文官治理地方，文官之权力受之于皇帝也须听命于皇帝，与所在地方之间没有契约关系，造成一种自上而下单向度的威权统治。强调德治，但没有独立于世俗权力的道德权威，于是那些道德学说恰恰成为强化专制君主权力正当性的边鼓帮腔。科举取仕导致社会的大规模上下流动，不存在欧洲或日本式的封闭阶级结构，也抑制了建立在劳动分工基础之上的行业或职业团体的成长，因此，欧洲历史上经常上演的通过阶级或行业公会及职业协会来抗衡君主以及政府权力的政治斗争，在我们这里却是难得一见。对于传统社会最为重要的财富——土地及其相关权利，帝国立法基本上是不予关注的。土地纠纷完全由州县官员作为“田土细故”依据多变的道德学说来处理，不存在明确而稳定的规范，又加剧了恶霸横行乡里以及整个社会的弱肉强食。

在中国受到西方文明挑战之前，上述种种就是我们应对这种挑战的基本家当。李先生用了很大心力梳理近代思想家的国家和法律学说，层层剥笋，鞭辟入里，给读者多方面启发。我们看到，这些思想家们是怎样在既有文明的基础上解读异文明并寻求前行的方向的。篇幅限制，仅举章太炎一例为证。

章氏明确反对在中国引进代议制。饶有兴味的，其理由恰好是中国长久的平等主义传统。据李先生引述，章氏坦率地认为，代议制西方可行，日本可行，中国则不可行，因其不合中国国情。他的理由有二。其一是欧美、特别是日本距封建近，中国距

封建远。“去封建远者，民皆平等，去封建近者，民有贵族黎庶之分。”欧美和日本从封建下解脱出来，更立宪政，即使很不理想，也能接受。中国已经统一了数千年，“秩级已弛”（指贵族制已弛），人民早已“平等”，“名曰专制，其实放任也”。西方有些学者就常说中国人是最自由之人。既有自由，现在却把一个议院横插进来，所选议士又多是“废官豪民”，这是抑民权，而非伸民权。据此，他认为，与其效法西方立宪，“使民有贵族黎庶之分”，还不如“王者一人柄权于上”。

我们看到，章氏固然有伸民权、建法治的强烈愿望，同时也看到了宪政与社会结构之间的关联，但是关于出路，却只想到“王者一人权柄于上”一途，真正是不可思议。纵然反感“贵族黎庶之分”，总可以想象一种非等级的社会利益多元化建构的可能。士农工商，通过利益的划分与竞争，上制约政府权力，下整合社会力量，从而使宪政体制得以建立。章氏何以不见于此呢？

孟德斯鸠尝言，一本好书需要留下读者的思考空间，重要的也许不在于结论的正确，而在于提出发人深省的问题。我读李先生的大著，除了很认同他提出的若干结论之外，更深感其中提出的问题极其重要，也就不避浅陋地把自己的一些思考提出来，拉拉杂杂，姑且就教于作者和读者。

2013年春节

序二

“历史上的中国法”如何叙说？

王志强

年末岁初，风闻关于“中国法制史”是否宜列为法学专业核心课程的问题，有关部门与学界各方反复角力，最终貌似尘埃落定。国家的最高教育主管部门以权威性的通知形式，宣布这一科目，连同遭遇类似命运的另一科目，一同得以保留其作为“核心课程”的地位。法律史学界同仁为之展颜。但萦绕已久的问题，即“历史上的中国法”到底如何叙说，才可能改变日益边缘化的学科命运，一如近日笼罩华夏大地的雾霾，挥之不去，也尚无正解。

世界和问题并非以学科的方式存在，而学科的意义，只是为了适当进行社会分工后，更好地解决问题。从理论上的理解和学术史的经验来看，某些学科得以新兴和壮大，是由于其能回应社会的某些紧迫需求、更好地解决某些重要问题；而如果某种分工方式和状态不能满足学术分科的目的，则学科的存续自然难以为继，直至花叶凋零。法的过去客观存在，其自有学术和现实的意义，而中国法律史也本可有双重学科归属，可以多角度研习探究。但作为法学的分支、为法学同行和学子们所接受、认同和看重，中国法律史学还需要重新定位，确立与其在法律学科中作用和地位相当的问题意识和研究方法，并推出堪当此任的学术成果。学科目前的尴尬命运，未始不是一种警醒。

中国法律史的叙事,根据其所运用的问题取向和概念体系,基本方法大致可分三种。其一,是完全立足于中国固有的思想和概念体系,钩沉史料,描画制度之容颜。历代典志、近世孙荣《古今法制表》、沈家本《历代刑法考》等大致属此。就涉及面之广泛和探究之精审,程树德《九朝律考》可谓熟练运用这一方法的殿军之作。在法思想史领域,则踵续传统的学案体例,采用英雄榜的方式,按时代次序胪列其功。中国传统法思想的通史之作,大致属此。这一研究取向和方法,或可概括地称为描绘“中国法的历史”。这一方法的运用,需要史科学功底深厚,其成功之作具有不可替代的基础性学术价值。不过,从学科的意义上说,它对法学的贡献相对间接,更大程度上属于编年史和史料学派方法的延续。

方法之二,是西学东渐以来,利用西方近现代法学概念体系,重新勾勒中国传统法律图景。杨鸿烈《中国法律发达史》为其先导,其方法基本为二十世纪八十年代以后中国大陆地区的中国法制史教科书所普遍继承。其基本思路,是承认、或基本接受西方近现代法学概念体系为普适的分析框架和叙事体例,然后填充以中国的文献素材,叙述“法在中国的历史”(转用金岳霖先生语)。这一方法,颠覆了中国固有概念体系,有效实现了与现代话语的对接,其意义不容忽视。但这一路径往往只能在固有文献中找到西方概念似是而非的对应物、或可堪类比的不发达痕迹,因此也就直接导向中国法制落后和野蛮等判断。更重要的是,这一方法认同既有的西方体系,既不能如部门法学敷于实用、面向当下,也不能在理论上有所创新、有功未来,因此也自然难免法学界同行和学子们的不屑。

方法之三,是试图打破固有的西方框架,在更一般的意义上运用西方的概念体系,以其语词为信息工具,描绘“历史上的中

国法”，揭示中国法的内在机理和特质，并探析其外在动因和制约要素。

这一努力，一方面可从技术层面入手，关注司法需要解决的公共问题。从司法的技术上而言，可沿袭功能主义的思路找到问题的切入点。例如，事实判定的标准和规则、法律文本的解释和适用，这两大环节是任何法律体系有效运作都必然具备的逻辑阶段。中国历史上的司法也并不例外。用普适性的语言、从法律技术的角度，描述中国历代司法中的这一过程，不仅可能实现，而且可成为历史上的中国法展现其法学魅力的重要契机。海内外学者对中国传统法律推理的技术性分析，正是在这一方向上走出的坚实步伐。

另一方面，这一取向亟待从法律和法学的外部关联性方面，对传统法及其近代转型中在技术性环节体现的中国特色，做出全面和深入的原因阐释，充分揭示其相互作用的机制。既有研究已认识到，政治结构的中央管控和全权全责模式、经济发展的小农生产内卷化和财政体制、宗教制衡力量的缺位、文化思想方面的实用理性，等等，都是系统结构中的重要因素。但其与法律及其运作的内在互动关系和机理，还未得到充分阐释。

在微观的司法技术实证基础上，揭示其外在动因，进而总结历史上中国法的特质和精神，这样的研究，目的在于使中国的法律史学更成为“法学”，将是对中国法律智慧的揭示和阐释，也可能有功德于中国法学。当然，兹事体大，不仅其本身涉及面广，同时，作为其前提，需要对作为主流话语的西方法律及其学说概念和体系有深刻把握，需要中国法律史学者们的理解力和创造力。这一努力方向，吴经熊、陈顾远等已开其端，瞿同祖做出了更实证的研究；而贵连师的新著，则是在这一方向上的有力推动。

吾师贵连先生早年研习沈家本和近代法律改革，为中国近代法律史研究之翹楚，史学功底深厚，思想与制度兼及，又曾执教部门法学，视野开阔；曾著沈家本年谱及传记数种，编《中国法律思想史》，集清末以来裁判文书山积，对前述第一、二项研究方法运用谙熟，成果斐然。贵连师年届古稀而笔耕不辍，在问题和方法上皆不囿于早年之所成，新著本书，推陈出新。一方面，在问题意识上，此书是当今问题关怀下的产物，更是从历史维度深切剖析法与关联因素、特别是政治模式的慎思之作，显示了中国学人的视野和担当。另一方面，在研究方法上，突破了对“法治”概念的神圣化和简单西方式定义，在更一般的意义上使用于中国语境，提出了“贵族法治”、“官僚法治”和“帝制法治”等概念，改“法律儒家化”为“儒家思想法律化”，在理论和实证上都补充和发展了罗伯托·昂格尔等关于帝制中国“官僚法”的论断。贵连师此著，是其多年思考和功力所积，也是以朴素的洞察，对法律史研究新方向和新方法的努力开拓。

奉贵连师之命，嘱我为此书撰写一些续貂文字。惶恐之余，就此颯颜发挥，将拜读后的心得与萦绕已久的断想，汇为一篇，试奉先生及方家读者，并与学界同道共勉。

二〇一三年元月于复旦江湾

目 录

序一 传统社会结构与中国法治/贺卫方	1
序二 “历史上的中国法”如何叙说? /王志强	1
引言 法治与社会转型	3
上篇 从贵族法治到君主法治	
贵族法治:别亲疏、殊贵贱、断于礼	13
第一节 宗法制与分封制	13
第二节 周礼:贵族的行为规范	16
第三节 纳仁入礼:儒家对礼治的改造	24
法家的法治:不别亲疏、不殊贵贱,断于法	32
第一节 法家的法律观	33
第二节 法家推行“法治”的理论	38
第三节 法家推行法治的方法	44
第四节 法家法治的重心:治吏治官	52
秦汉以后的君主/官僚/专制/帝制“法治”	61
前近代的“法治”思想:天下之法与一家之法	83

第一节 “天下为主、君为客”	85
第二节 “天下之法”与“一家之法”	89
第三节 王夫之：家天下与乱亡之法	92

下篇 从法治(Rule by law)到法治(Rule of law)

法治·Rule of Law	99
西方法治的历史渊源	103
沈家本：“君主立宪”下的“法治”实践	112
第一节 中西法治宗旨之异	114
第二节 移植外国法，建构“宪政法治”法律制度	121
第三节 融合中西，推行审判独立	125
第四节 创建法律学堂，开展现代法学教育	132
专以法律为治：章太炎的“法治”方案	138
第一节 革命时代的法治理想	139
第二节 未来民国的法治方案	146
第三节 中华民国成立后的法治方案	155
第四节 军阀割据下的法治	161
孙中山：从民主法治走向党治	167
第一节 民主法治的追求者	167
第二节 “党治”理论的倡导者	172
第三节 南京国民党政权的“党治”	178
第四节 “党治”“军治”与领袖独裁	184

Rule of law 的学理解说者	189
第一节 蔡枢衡的思考	189
第二节 李浩培、韩德培如是说	193
结语 民主法治,路漫漫其修远	211
后记	228

引言