

文库
念丛书

中国法治政体问题初探

ZHONGGUO FAZHI ZHENGTI WENTI CHUTAN

程燎原◎著



重庆大学出版社

<http://www.cqup.com.cn>

重大法学文库
恢复建院十周年纪念丛书

中国法治政体问题初探

ZHONGGUO FAZHI ZHENGTI WENTI CHUTAN

程燎原◎著



安徽大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国法治政体问题初探/程燎原著. —重庆:重庆大学出版社,2012.6
ISBN 978-7-5624-6761-8

I. ①中… II. ①程… III. ①政治体制—研究—中国—民国 IV. ①D693.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 110440 号

中国法治政体问题初探

程燎原 著

策划编辑:雷少波

责任编辑:文 鹏 邬小梅 版式设计:雷少波

责任校对:邬小梅 责任印制:赵 晟

*

重庆大学出版社出版发行

出版人:邓晓益

社址:重庆市沙坪坝区大学城西路 21 号

邮编:401331

电话:(023) 88617183 88617185(中小学)

传真:(023) 88617186 88617166

网址:<http://www.cqup.com.cn>

邮箱:fxk@cqup.com.cn(营销中心)

全国新华书店经销

重庆东南印务有限责任公司印刷

*

开本:787×1092 1/16 印张:10.75 字数:199千

2012 年 6 月第 1 版 2012 年 6 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5624-6761-8 定价:23.00 元

本书如有印刷、装订等质量问题,本社负责调换

版权所有,请勿擅自翻印和用本书

制作各类出版物及配套用书,违者必究

重大法学文库
恢复建院十周年纪念丛书

顾 问:李昌麒 陈德敏

编委会主任:陈忠林

编 委:陈忠林 徐建华 黄锡生 胡光志
 秦 鹏 程燎原 杨春平 曾文革
 陈伯礼 张 舫 宋宗宇 齐爱民

总 序

在八十余年办学历程中,重大人不能淡忘 2002 年 6 月 16 日。在这一天,重庆大学法学院经过两年艰辛筹备后恢复重生!自这一天,一经站立的她就迈开了坚实的步伐,缘由是如此充分:早在 1945 年重庆大学就成立了法学院;新中国成立后,1952 年全国院系调整中,法学院调出成为新建西南政法学院的骨干力量;改革开放后恢复高等法学教育不久,重大在 1983 年即开设了经济法课程;1995 年重大获准法学本科专业招生;1999 年申报新兴的环境资源法硕士点……

筚路蓝缕,玉汝于成。法学院师生严谨治学,直面挑战,坚韧奋斗,创造了不同凡响的“重大法学现象”,孕育形成了独具特色优势的学科领域与研究方向。2005 年法学院获批环境与资源保护法学博士授权点,并取得法学一级学科硕士点;2006 年“西部环境资源法制研究中心”核准为重庆市人文社科重点基地;2007 年获法律硕士专业学位授权;2008 年单独立项进入国家“211”工程;2009 年建成法学一级学科博士后流动站,法学本科专业成为重庆市高校特色专业;2010 年重庆大学法学学科成为“985”工程建设学科;2011 年建成法学一级学科博士学位授权点,法学一级学科被评定为重庆市重点学科。从教学科研的持续跋涉中一路走来,重大法学院正在踏实执著地积累并展现其学术研究的活力与创造力。

“等闲识得东风面,万紫千红总是春。”在法学院恢复设立十周年之际,我们谨向学界和社会有识之士呈上“重大法学文库”。它既是重庆大学法学研究的当前成果集萃,也是对恢复建院十周年院庆的厚重献礼。其中的著述,或为追踪民主法制实务的研判,或为参与国家立法起草的感悟,或为创新法学理论的辨析,或为对法制历史传统的厘清,皆是从事法律实践的不同层面和法学理论的不同视角,为实施依法治国方略而求是探理、评析献策。文库是法学院师生呕心沥血、笔耕不辍的结晶,系统呈现了重大法律人思索拓新的积淀,昭示着重大法律人立志前行的期许,承载着重大法律人投身中国民主法制建设的信念。

我们心存感激。因为“重大法学文库”的编辑出版,离不开学界前辈的关心提携,受惠于学界同行的真诚相助,得到了重庆大学出版社的鼎力支持。感恩的同时

还望得到评判、指正和扶持。

我们寄予期盼。因为建设社会主义法治国家的伟大实践,正是砥砺催生法学新思想、新理论的沃土和摇篮。“重大法学文库”提供了这一学术交流平台,给观念以碰撞,给思想以提炼,给治学以启迪,给价值以升华,期望能从中持续产生有益的理论创新和实践昭示。

愿“重大法学文库”与法学院成长同行,越走越好。

愿重大法律人为中国的法治昌明和社会进步,奉献更多。

陈德敏

2012年5月

“法治政体”之思：对当代中国法治理论“第三波”的展望

（代自序）

有关中国“法治政体”理论研究的问题，我把它归结为一个主题，就是当代中国法治理论（以下简称“法治理论”）的“第三波”发展。这是当代中国法治理论研究一个至关重要的新领域。而所谓“展望”，则意味着这个“第三波”并不是已经形成了的，而是可能将要出现或应当出现，因此，它其实表达了对这个“第三波”发展的一种期待或规划。于是，就有几个基本的问题需要思考：什么是法治理论的“三波”划分？为什么还需要“法治政体”理论这个“第三波”？以及如何展开这个“第三波”？

一、法治理论的“三波”划分

我所讲的法治理论的“三波”，也可以说是其“三期”，或者“三个阶段”。说到这一类的提法，大家自然会联想到较为流行的“三期”儒学论。这个“三期”儒学论，是牟宗三、杜维明等现代新儒家提出的观点，即对数千年的中国儒学史所作的分期：“第一期儒学”是先秦儒学，以孔子、孟子、荀子为代表；“第二期儒学”是宋明儒学，以程朱理学、陆王心学为主力；“第三期儒学”是现代儒学，也就是20世纪初期至当代的所谓“现代新儒学”，主要致力于在传统儒学的基础上，开出“民主与科学”这个“新外王”。大家更会想起的，无疑是美国著名政治学家亨廷顿的一部重要政治著作，就是《第三波——二十世纪末的民主化浪潮》（1991）。在这部关于民主历史的著作中，亨廷顿提出了“三波”民主发展的理论。他认为，从19世纪初到20世纪末的近200年历史里，在全世界范围内，共发生了“三波”民主化浪潮。第一波民主化浪潮是一个“长波”，从19世纪初到1920年为止；第二波民主化浪潮是一个“短波”，发生于第二次世界大战之后的一小段时期；第三波指1974年至1990年代初的全球民主化进程。

法治理论的“三波”发展这个问题，则远远没有涉及这么长远的历史过程，至少前两波是如此。它的“第一波”，用亨廷顿的语词来表述，属于“短波”而非“长波”，而“第二波”还正处于演变的过程之中，它们都是针对当代中国的法治境况而归纳

出来的。这个当代中国的法治境况,在时间上,是1978年至当下的三十多年;从实质要素上,指的是在这三十多年中,中国政制、政体、法制体系的发展基调,以及治理观念、法治思想或理论的变化轨迹。这自然不能与“三期”儒学或“三波”民主化浪潮在时间跨度上相提并论,但在历史背景与思想资源上,它无疑会牵涉远比这三十多年广泛、复杂得多的因素和内容。甚至可以说,就中国的法治发展而言,这三十多年实际上浓缩了整部中国政治、法律思想与制度史的一些关键问题。因而,讲法治思想的“三波”发展,即使主要以这三十多年为起点和背景,也不会显得过于短暂与局促。况且,可能的“第三波”,肯定也是有待来日。

那么,“三波”法治理论的划分及其各自的标志是什么呢?

(1)“第一波”,其标志是1980年前后“要法治不要人治”的理论。

就历史的过程来讲,这一波法治理论自然紧接着十年“文革”而来,是在彻底否定“文革”进而想要避免“文革”重演的观念下形成的。也就是当“文革”结束之后,从社会大众、知识精英到政治法律界,亟待要从对历史教训的反思中寻找中国发展的基本方向。其关键在于,能否真正实行法治,是关系国家前途和命运的一个根本问题。这是总结了“文革”的惨痛教训得出来的结论,具有重大的历史意义。由此看来,“文革”作为证成法治的一个举足轻重的历史事件,在这一波法治思潮的涌动中,起了极其重要的启动与推动作用。

与此同时,那个时候提出了实现“四个现代化”的目标。怎样才能实现这个目标呢?一个较为广泛的共识是,必须加强民主法制。如果没有社会主义民主和法制,也就不可能实现“四个现代化”。类似这样的说法,作为主流话语,在当时颇为流行。

总而言之,“第一波”法治思想的主调,主要是着眼于结束“文革”时代,从反思“文革”、防止“文革”重演以及推进现代化建设的角度来认识法治,因而揭示“法治”的重大意义成为其核心思想与理论主题,由此提出了“要法治不要人治”的主张。其间贯穿了“法治论”对“人治论”的批判与否定。

(2)“第二波”,其标志是1997之后“依法治国基本方略”的理论。

这一理论酝酿于1996年春,而在1997年执政党的十五大报告中,正式明确提出“依法治国,建设社会主义法治国家”的基本方略;1999年第三次宪法修正案又规定:“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家。”这就是人们常说的“法治入宪”。其后又反复强调要“全面落实依法治国基本方略”。这表明,执政党的政治纲领以及国家的宪法,把“依法治国”提升到了“治理国家的基本方略”的高度之上。“方略”这个词很有意思,它指的是具有战略性的原则、方针和策略,有

时也指计划、策划、计谋。

“依法治国基本方略”的思想、理论,无疑是“第二波”法治思想、理论的灵魂与主宰。如果与“第一波”作一个比较,“第二波”的法治思想及其实践,最主要的就在于:法治的意义和地位显得更重要、更突出了。借用一种流行的表达方式来讲,就是从“基本方略”的高度来看待和落实“依法治国”,来建设社会主义法治国家。许多时评也认为,由“法制”改为“法治”,尤其是依法治国基本方略的抉择,是划时代的,可以视为中国治国理念的一个历史性突破。而法学界也在这个过程中掀起了“第二波”法治理论高潮,即对“依法治国”和“社会主义法治国家”的研讨与宣传。

当然,在这个主题宰制之下,近十多年的法治理论与实践,具有比“第一波”更为丰富而多彩的内容。比如法治的价值内涵扩大了,从1980年前后对民主、公民权利与自由的渴求,发展到1990年代以来的人权思潮及“人权入宪”,还有对“和谐社会”“以人为本”“公平正义”的探讨。又比如法治政府的建设。2004年国务院制定和颁布了《全面推进依法行政实施纲要》,首次明确提出经过10年左右时间基本实现建设“法治政府”的目标。这个《纲要》被认为是建设中国式“法治政府”的一个纲领性文件,在实现“依法行政”这个法治原则的过程中具有里程碑的意义。2008年5月,国务院又制定和发布了《关于加强市县政府依法行政的决定》,以进一步推进建设“法治政府”目标的落实。这样的一些内涵发展与法治举措,显然是“第一波”所无法比拟的。

(3)“第三波”,其标志是“法治政体”的理论。

法治理论的“第三波”,在时间上当然是紧接着前两波而来的,其论题与思虑也是从前两波中生发出来的。严格而言,法治理论发展的“三波”划分,只是大致上揭示出每一波的核心或主脉,即主要的论题、思潮、精神及其特征而已。它往往是挂一漏万的。而前后相继的“波”之间,实际上并无绝对清晰的分界线,而是抓住某个关键元素,人为地作出判分,以便彰显这个关键元素的独特意义。我们必须认识到,“第三波”与前两波之间存在着很紧密的历史连续性。不妨说,“第三波”是要吸纳、消化前两波。甚至可以断定,从历史的角度看,没有前两波,就不会有“第三波”。

所以,把“法治政体”的理论作为“第三波”发展的方向,绝不是说前“两波”的法治思想与理论,没有注意到“政体”在法治问题上的极端重要性。事实上,从1980年代的“法治与人治”的大论战开始,“政体”问题就已引起一些法治论者的关注。

例如,在西南政法大学,讲授中国古代法制史的张警教授(1942年毕业于东北大学法商学院,民国时期任云南大学教授),一位江浙口音很重、深受我们敬重的老先生(授课时约65岁),就曾经撰文倡言“法治论”,并精辟指出:“真正的法治思维,是把法治问题作为政体问题加以思考,以解决‘统治权力基于什么’这样一个根本问题”。“人治和法治之所以值得讨论,就因为它牵涉到统治权力基于什么这样一个根本问题。我们认为人治和法治不能并存,理由也就在这里。”他还说:“如果把人治和法治单纯地看做治理国家的方法,不涉及统治权力根基的问题,那就等于是我国历史上的‘任人’和‘任法’,这和我们所讨论的人治和法治不是一回事。”

另外有一位名叫林欣的学者,发表了一篇文章,题目就是《论政体与法治》。在该文中,他说:“法治与人治的问题,是统治的形式问题,也就是政体问题。如果不从政体问题去考察法治与人治的问题,那是肯定找不到正确的答案的。”对这些观点,我是深以为然的。可以说,这是法治思想中的真知灼见,也是很重要的智慧。

还有,1980年代,邓小平非常关注政治体制改革问题,因为他认为,政治制度带有根本性、全局性、稳定性和长期性,这是与民主法制发展最紧密关切的问题。他指出:斯大林严重破坏社会主义法制,毛泽东同志就说过,这样的事情在英、法、美这样的西方国家不可能发生。为什么西方国家不可能发生这样的事情?这当然主要是政治制度上的原因。其后,对如何通过政治体制改革来推进法治建设的讨论,也成为兴盛一时的思潮。进入1990年代,又有宪政思想与理论的研究,以及对作为“法治政体”核心元素的“法治政府”的探索与建设。

以上这些思考与实践,正是“法治政体”之思得以生发出来的重要背景与基础。在这个意义上说,“第三波”是前两波的一种深化、提炼与升华。我们应当把前两波的相关思考与实践,予以系统性地整合,进而形成“法治政体”的完整理论。

二、为什么需要“第三波”

首先,前两波的法治理论在思想学术上的成就是有目共睹的,三十多年来的法治建设也有了巨大的进展。但是,在前两波的法治思想及其实践中,也不断显现出需要突破的一些至为关键的问题,例如政治民主的问题,人权与公民自由的问题,公平正义的问题,限制政府权力的问题,特别是宪法权威和“法律至上”的问题。这些问题,当然都是事关法治的品质与有效性、稳固性的核心问题。我们可以说,中国的法治建设,已经开始逐渐突进核心地带,因而开始遭遇瓶颈问题,也就是说,“体制性弊端”或“政体障碍”的问题日益突显出来。为了在这些问题上有所突破,也必须在这些问题上有所突破,法治思想与理论更需要着力于对“法治政体”问题进行整体性的探索。

其次,从法治原则及其制度的内在逻辑来看,法治的品质与有效性、稳固性,只有在适当的政体中才能得到落实和保障。简单地讲,这个内在逻辑是这样的:从法治所依赖的“良法”到这种“良法”的至上权威,只能是某种特定政体的体现和结果,这种政体无论有多少不同的具体模式,至少都要具有民主、权力制衡、司法独立等普适性的元素。我一直坚信,法治与这种政体之间具有因果关系,而且是互为因果的。只有在这种政体的层面上,也只有在这种政体之中,才能理解法治、安顿法治、厉行法治。这也就意味着,法治并非是放之任何政体而皆准的普遍“治法”“治具”。对这个内在逻辑的分析,不妨来看一看“法律至上”与这种政体的逻辑关联性,以窥见一斑。

从法治的最简要也是最基本的含义来说,法治就是“法律统治”,就是法律至高无上。或如美国的潘恩所说:法治是指在自由的国家里,法律就是国王。法律管得住所有的人、机构、组织,这是法治最底线的要求,是法治的“硬指标”。如果这是任何法治不可动摇的东西,那么,我们就得解决一个基本的问题,即法律凭什么“统治”?凭什么至高无上?凭什么当“国王”?凭什么管得住?换句话说,掌权者、各种政党及政治力量以及民众,凭什么受法律统治?凭什么服从法律?凭什么以法律为“王”?凭什么让法律管住?

这当然需要许多因素、力量来保障。如在法治国家,掌权者、各种政党及政治力量以及民众,要具有良好的法治精神与意识。所以,我们过去不断推动法治观念、文化的弘扬与全国性的普法运动。许多人也喜欢从文化、观念、意识、精神上去寻找解决问题的办法。但我认为,更重要且更关键的应是民主与制衡的政体自身的组织力量。

譬如,如果法律是民主的产物以及人民控制政府的制度规则,那么,法律至上就会更有保障。民主政体通过民主立法赋予法律以正当性和合法性,而这正是法治至关重要的基础。因为法治之“法”是怎样来的或怎样制定的?这是实行法治必须解决的一个基本前提问题。法治国家岂可由少数人立法?少数人制定的法律凭什么统治全体公民,又凭什么限制这些少数人乃至政府的权力?在民主政体之下,法律被理解为是由人民制定的,并由人民自己来遵守。同时,假如一个政党和国家领袖是否遵守宪法与法律,要取决于他们的品行与道德,而不是法律与民主政体的权威,这就极不靠谱。由此可见,没有民主政体以盾其后,法治要成功,也就难了。

还有国家权力及政党、政治力量相互之间的体制性制衡。如果在一个国家,一个政党、一种政治力量或政府的某一部分权力,享有超越任何其他政党、政府机关的绝对地位与绝对权力,那么,当其凌驾于法律之上,不愿意依法行使权力,甚至严

重破坏法律之时,这个国家有什么办法来予以纠正呢?政体的设计与构造,显然不能建立在这类事情“不会发生”的假设之上。而唯有适当分权与制衡的政体,才是预防与纠正这类事情的关键法门。

因此,在一个民主的、权力制约的以及司法独立的政体之中,没有任何一种权力居于绝对至高无上的地位。在这个政体之中,没有任何一个政治、社会组织与国家机关享有绝对主宰的权力。它们不仅是相互制衡的,而且是由法律统治的。也正因为如此,才有宪法与法治。法治的价值与原则,如不落实于政体,就不免徒托空言;当遭遇到破坏法治的种种行径时,也就不免徒呼奈何。最终,任何法治理想都不过是一场梦幻。

其三,借助于“法治政体”的理论,真正树立“法治”思维,并走出“治法”思维的迷思,才有可能建立真实、可靠、稳固的法治国家。

“法治”思维是把法治理解为由宪法创立而不是创立宪法、服从法律而不是支配法律的那种政体,它实质上是一种“优良政体”思维。这就意味着,法治不是任何一种政体都可采用的一种“治法”。对于“法治”思维的特点,可以提到以下几点:①法律不仅仅是政府治理的工具,而且更是赋予政府合法性并限制与约束政府的手段,也就是“治理政府”的工具。②认为法治与人治对立,绝不可能结合。而在政体的层次上,也不可能与礼治、德治并举。③其追求的目标,除秩序之外,还有人权、正义及管住“政府之手”或“权力之手”。④认为最有效也是最关键的“使法必行之法”,就是民主宪政的政体。⑤法治是民主宪政政体的特性、精神与原则。所谓“法治政体”,也就由此构筑而成。

“治法”思维与中国的“治法”思想传统密切相关。同“法治”思维的特点相对应,“治法”思维的特点主要是:①法律的手段论和工具主义,即“视法律为一项政府治理工具”。②在法治与礼治、德治尤其是人治的关系上纠缠不清。③其追求的目标主要是秩序(尤其是政治统治秩序)或“治”。④无法找到或创立真正的“使法必行之法”,即民主宪政的政体。⑤最终无法将法治的要求化入到政体的构造与制度之中,由此,法治就不可能构成政体的特性与精神,法律也不是政体的构造与运作绝不可超越的规则。它很容易流为一种“人治”思维。这种“治法”思维观念,不仅仅是潜意识存在,而且几乎成为许多人的一种“迷思”。这样一种“迷思”,恰恰是制约法治国家建设的一种观念魔障。

三、怎样展开“第三波”

前面已经讲到,“第三波”是一种展望性的,是基于前两波的发展而对进一步的法治理论所当用力之处的期待。尽管说在前两波中已经包含了对“政体”问题的关

注,而且不少思考与实践也是关联或者切入到“政体”问题的,但是,“法治政体”这个概念的明确提出,仍然可能给法治理论研究提供另外一种视域,以及另外一个思考与讨论的平台。因此,这个“第三波”怎样展开,也是我应当给大家提供一点参考性意见的问题。不过,既然是我个人的“展望”,那它或许只是我自己努力的一种新的学术方向。

从目前来看,“法治政体”的理论研究,主要可以从以下四个维度上进行:

第一,对“法治政体”的思想史、理论史进行梳理与解读。任何当下的理论思考,都既有思想史、学术史上的资源支持,也必须得到前贤先辈的思想润养。“法治政体”的思想、理论,在西方,从古希腊时代就已萌生,经过17、18世纪启蒙思想家们的阐扬,已成为了西方法治理论的内核和基石;在中国,自晚清以来的一百多年间,也有一些政治理论家和法治学者关注“法治政体”问题,并屡屡论说这一问题。这些都是当下“法治政体”理论研究的宝贵遗产。对此,很值得我们进行专门、系统的发掘。

第二,分析“法治政体”在历史实践中的发生与变迁。应当重点关注“法治政体”的发生学问题,例如它的起源问题,以及其社会、政治、经济、文化等方面的基础与条件问题。还有,它与政体革命、政体改良的关系问题。其中,有一些历史时期特别需要探讨,一个是近代西方的法治政体构筑时期,另一个是中国的辛亥革命及民初法治政体的始创,以及我国台湾和香港地区的政体转型。这些方面的探讨,将会使我们真正了解和把握“法治政体”生成、演化的历史轨迹及其内外原因。尤其是,中外在“法治政体”的生长与变迁上,无论是其成功的经验,还是失败的教训,以及种种的曲折,都有不容低估的借鉴或参考价值。

第三,研究“法治政体”的思想、理论系统。如何界定“法治政体”概念?为什么要从政体的高度上认识和解决法治问题?“法治政体”包括哪些普遍性要素?这些要素之间的逻辑关系是什么?“法治政体”有哪些具体模式?什么是中国式的“法治政体”?以及怎样建设中国式的“法治政体”?这一系列问题,都是“法治政体”的基本理论问题。

第四,从“法治政体”的思想、理论出发,对中国的“治法”思维进行分析、解剖,包括批判性反思。这不仅涉及中国古代“务为治”的法理思想,尤其是其丰富的“治法”思想,而且还涉及近代以来“治法”思维的种种新的表达与新的形态。“法治政体”的思想、理论,有必要对“治法”的思维观念及思想内容进行清理。

总归而言,我们的法治理论研究及其实践,十分有必要甚至必须在“法治政体”问题上竭思尽力。在学术探讨上,既要关注“法治政体”的基本原理、原则,也要关

注那些构成“法治政体”的无数个运行程序与运转规则。任何一种“法治政体”，都是由许多具体的制度、规则乃至操作技术叠床架屋而成的。有时候，几个小小的程序，恰恰可以撑起一些大价值；一种不起眼的法律技术，恰恰可以撬动一个大架构。所以，积小功为大功的改良式发展，也不失为一种有效的进化之路。在这个过程中，不仅要发挥已有的政体优势，而且还要多作“增量”的工作。只要在我们的政体中不断增长和累积民主与法律至上的力量，长此以往，“法治政体”也就可能会水到渠成。而“法治政体”的理论，应当为此而思、而虑、而谋。

目 录

contents

代自序 “法治政体”之思:对当代中国法治理论“第三波”的展望

第一章 先秦“法治”概念再释.....	1
一、小引	1
二、中国古代的“法治”名词、概念	3
三、先秦“法治”概念的内涵	9
四、简单的结语	16
附录 古代汉语典籍中的“法治”语词略考	18
第二章 中国法治思想的“突破”	27
一、引言:一个基本的解释框架	27
二、春秋战国时代的法治思想“突破”	31
三、中国近代法治思想的“突破”	36
四、坚守与坚持中国法治思想的“突破”	43
第三章 清末的“法治”话语	47
一、19 世纪中后期的“法治”认知	47
二、“新政”前期“法治”话语的兴起	50
三、“立宪”时期“法治”话语的流布	54
第四章 中国“法治政体”的始创	
——对辛亥政治革命的法治论剖析与省思	61
一、法治政体概念的简要阐释	61

二、建立法治政体:辛亥政治革命的题中之义	69
三、民初法治政体的肇造	79
四、民初法治政体的困厄	86
五、民初对法治政体之困厄的反思	103
六、治法型法治的思想观念:一个比较性的检视	108
 第五章 宪政的几个基本理论问题	116
一、“宪政”诠释	116
二、宪政与民主	119
三、宪政与“良宪之治”	121
四、宪政与程序化	124
 第六章 宪政与现代化	127
 第七章 昌明法学,淬砺法治	
——中国近代法政杂志的兴盛与宏旨	132
一、近代法政杂志的基本生态	132
二、近代法政杂志的起因	138
三、近代法政杂志的宏旨:“致用”与“求是”	140
 后 记	150

第一章 先秦“法治”概念再释

先秦的“法治”思想问题,自晚清迄至今日,聚讼纷纭,已逾百年。在此学术背景之下,笔者还能再说些什么?鉴于引发种种争论的缘由与基础,实际上往往涉及名词、概念这一基本问题,故本文仅对这一问题再作一点讨论。

一、小 引

近代以来,对于中国的先秦时代是否有“法治”思想,如果有的话,它又是什么性质的“法治”思想,以及它有哪些基本内容等问题,引起了长达百余年的争论,形成了不同的判断和解读。粗略而言,不外乎两派(主要限于法学界):一派认为先秦具有丰富的“法治”思想,另一派则怀疑或否定先秦有所谓“法治”思想。

对这一场延续百年的学术争讼,笔者将另作评说与反思。在这里,笔者首先需要指出的是,这场学术争讼的一个重要缘起,也是值得注意的一个基本现象,就是两派学者几乎一致认为,“法治”是“西词东渐”,即近代从西方接引过来的近现代的思想概念。这在第二派的学者中,表达尤为明晰和确定。他们认为:人治、法治并不是中国法律史上固有的概念。儒家有“为政在人”“治人”之类的说法,但它们不等于“人治”;法家有“以法治国”“垂法而治”等提法,但它们也不同于“法治”。梁治平的认定,就颇有代表性,他说:“正好比中国现代法律学和法律制度皆源于西方一样,‘法治’这个概念也是由西方传入的。”所以结论也是十分清楚的:“法家固然主张‘依法而治’,但法家的学说根本没有‘法治’的色彩。”^①而第一派的学者,在其身后,也耸立着各种西方“法治”的形象与理念。于是,看似激烈争讼的两派,却几乎拿着同样的答辩词,站在了同一个席位上:他们几乎一致把西方法治的概念及其思想(因西方有多种多样的法治概念与思想,学者们当然有不同的取资与凭

^① 梁治平. 说“治”[C]//法辩——中国法的过去、现在与未来. 贵阳:贵州人民出版社,1992:95,99.