

喻中 主编

政治法学研究

Study of Political Law

【2014年第一卷·总第一卷】



- ▲ 中国的现代革命与法制转型述论
- ▲ 清末中国的立宪、族群关系与国家建构
- ▲ 论政治法治化的基本价值导向
- ▲ 中西方治理的语境演化及制度结构
- ▲ 行政检察：一种中国特色的权力监督
- ▲ 王宠惠评传
- ▲ 徐树铮及其《建国诠真》



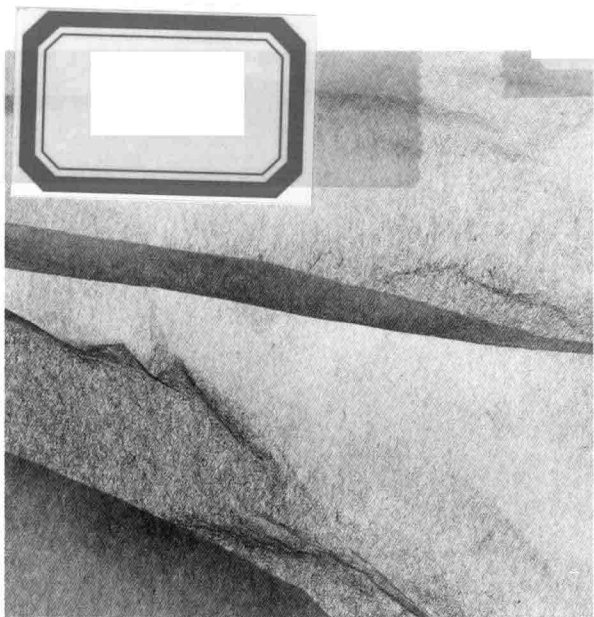
法律出版社
LAW PRESS · CHINA

喻中 主编

政治法学研究

Study of Political Law

【2014年第一卷·总第一卷】



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

政治法学研究. 2014 年. 第 1 卷 / 喻中主编. —北
京:法律出版社,2014.6
ISBN 978-7-5118-6559-5

I. ①政… II. ①喻… III. ①政治学—法学—文集
IV. ①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 136716 号

©法律出版社·中国

责任编辑/侯 鹏

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京泰山兴业印务有限责任公司

责任印制/沙 磊

开本/787 毫米×1092 毫米 1/16

印张/14.25 字数/329 千

版本/2014 年 6 月第 1 版

印次/2014 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-6559-5

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总序

政治法学作为一个流行的概念,可以意会,但却难以说明。这就仿佛奥古斯丁在面对“时间”这个概念时的困惑一样:“时间究竟是什么?没有人问我,我倒清楚,有人问我,我想说明,便茫然不解了。”要说明政治法学是什么,同样是一件比较困难的事。不过,尽管这是一个令人困惑的问题,还是应当给予某些尝试性的说明。

最方便的解说方式,就是按照流行的套路,把政治法学解释为:关于政治法的理论学说的总称;或者更具体地说:政治法学是以政治法这一社会现象作为研究对象的科学活动及其认识成果的总称。这样的论断虽然很容易得出,但是,进一步的追问马上就会接踵而至:政治法又是什么呢?在这个问题上,倒是可以找到一些权威性的答案。譬如,卢梭就曾在《社会契约论》中提出,政治法是规定“主权者对国家的比率”的法。在《论法的精神》一书中,孟德斯鸠则把政治法视为调整“治者与被治者的关系”的法,从而将政治法置于与民法、国际法相并列的地位。按照孟德斯鸠的思路,政治法近似于现在所说的公法,但它又不能包括国际公法。在当代中国,有学者在严格区分政治法与宪法的前提下,把政治法的内容分为四个部分:政治主体法、政治关系法、政治行为法、政治程序法。这好像是一种明白而清晰的界定,但它依然包含着一些至为明显的疑点:什么叫政治?以及什么叫政治主体、政治关系、政治行为、政治程序?再说,如果把政治法的内容划分为这四个部分,关于这四个部分的理论学说当然可以归属于政治法学,但它能够等同于政治法学么?

为了更深入地理解政治法学,不妨从两个不同的角度着手。一方面,立足于法学学科,可以把政治法学理解为:关于政治的法学理论。这样的政治法学侧重于研究与政治有关的规则、制度等相关问题。具体地说,在现行的法学体系中,这样的政治法学的范围,可以涵盖宪法学、国际公法学,以及行政法学、刑法学、诉讼法学等部门法学的基础理论。这种关于政治的法学理论,其实也可以理解为“公法学基础理论”或“公法哲学”。至于公法学中的技术性内容,则不宜归属于政治法学的领域,因为它的政治意蕴较为稀薄。譬如,诉讼过程中的某些技术性问题,像书证与物证的区别,作为严格意义上的诉讼法学问题,就不能把它们看作是一个政治法学问题,但是,诉讼过程中如何处理检察权与审判权的关系问题,以及检察权能不能监督审判权的问题,则可以纳入政治法学的理论范围之内。再如,在刑法领域,抢劫罪与抢夺罪的区别,不属于政治法学,但是,“反人道罪”或“危害国家安全罪”的理论问题,则是一个政治法学问题。刑事视野中的“苏格拉底之死”、“耶稣之死”,甚至“丹东之死”,都可以作为政治法学的经典案例。可见,政治法学作为关于政治的法学理论,它并不是一门完全独立于现有法学分支学科的新学科;事实上,也没有一门与宪法学、国际法学等二级学科完全无关的政治法学;政治法学作为一种法学理论,是

对法学体系内各门分支学科进行再分类的产物。

另一方面,政治法学不仅可以理解为关于政治的法学理论,还可以理解为关于法的政治理论。在这个角度上,也可以把政治法学理解为“法政治学”。这个层面上的政治法学,立足于政治学,其着眼点不在于规则、制度等法学专业问题,而是在于揭示法、规则、秩序的政治意蕴。这种意义上的政治法学,其典型形态是洛克的《政府论》、孟德斯鸠的《论法的精神》,还有美国的《联邦党人文集》等。这些经典文献虽然在法学论著中有很高的引证率,常常被视为法学经典,但是,这些经典文献的着眼点,并不在于专业性的法学或法律,而是在于政治理论——当然,在论述政治理论的时候,它们也论及法律,但是,法律主要是作为政治系统中的一个组成部分。从知识发生学上来看,作为法政治学意义上的政治法学在古典时期的盛行,有一个至关重要的根源:在那个时代,现代意义上的学科划分尚未完成,政治学、法学之间的界限并不清晰,甚至也不为经典作家们特别在意;他们也没有现在流行的“专业槽”意识。经典作家们从公共生活、文明秩序、政治共同体的现实需要出发,提出了我们现在所看到的政治法学(法政治学),以及与之密不可分的政治哲学。

以上两个方面表明,政治法学既可以理解为关于政治的法学理论,亦可以理解为关于法的政治理论。这两种类型的政治法学之间的差异,也许可以概括为合法性诉求与正当性诉求之间的差异。关于政治的法学理论,主要在于研究政治的合法性问题,亦即调整、规范政治的法律规则。譬如,对美国 1787 年《宪法》、中国 1982 年《宪法》的正文部分的研究,就是比较典型的关于政治的法学理论。关于法的政治理论,主要在于研究法的正当性问题,亦可以延伸至秩序的正当性问题。譬如,对于中美宪法序言的研究,就是比较典型的关于法的政治理论。从具体内容来看,中国现行《宪法》的序言长达 1800 余字,美国《宪法》序言尚不足百字,但是,两者都有一个共同点:为宪法的正文部分提供了终极的正当性依据,最终使宪法的正文部分在正当性方面有所附丽。简而言之,关于政治的法学理论主要在于阐明政治秩序的基本规则,关于法的政治理论主要在于阐明政治规则的基本理据。

在当代政治法学的视野中,哈耶克的《自由秩序原理》也被译为《自由宪章》,这两种并行不悖的译法恰好表明,“秩序原理”具有“宪章”的性质,因而,这本著作在相当程度上,给我们展示了一种关于法的政治理论,体现了一种旨在寻求正当性的政治法学。与之相映成趣的,是德沃金的《认真对待权利》,这本著作所张扬的,虽然也是政治上的自由主义,但它的着眼点是法学,给我们展示了一种关于政治的法学理论,体现了一种旨在追求合法性的政治法学。当然,政治法学的这两个维度并不能截然分开,只能说是各有侧重。我想,把这两类各有侧重的政治法学结合起来,庶几可以勾画出一个比较饱满的政治法学的概念,也可以阐明这份《政治法学研究》的基本旨趣。

在法律出版社的支持下,我们创办并编辑《政治法学研究》,是希望在法学与政治学的交叉地带,既推进关于法的政治理论,也拓展关于政治的法学理论。我们期待各方先进的惠助,俾使通过点点滴滴的商谈与对话,回应法政实践,汇聚法政学思,滋养法政文明。

喻 中

2014 年 3 月

· 论文 ·

中国的现代革命与法制转型述论	赵 明 / 3
清末中国的立宪、族群关系与国家建构	常 安 / 46
论政治法治化的基本价值导向	周祖成 / 76
中西方治理的语境演化及制度结构	谈 萧 / 86
行政检察:一种中国特色的权力监督	张英民 / 98

· 评论 ·

王宠惠评传	刘昕杰 / 163
徐树铮及其《建国诠真》	魏治勋 / 212

论 文

- ◎ 中国的现代革命与法制转型述论
- ◎ 清末中国的立宪、族群关系与国家建构
- ◎ 论政治法治化的基本价值导向
- ◎ 中西方治理的语境演化及制度结构
- ◎ 行政检察：一种中国特色的权力监督

中国的现代革命与法制转型述论

赵 明^{*}

中国古代政治文明在帝国政制之前没有出现西方古代的城邦政制,尽管“三代”政制与帝国政制有着很大的区别,但彼此之间的关联使帝国政制同样呈现出不同于罗马帝国政制的诸多特征。因此,中国发生自晚清的重大社会转型,尽管有着自身传统演进的内在根源,但其转型之不可避免以及在较长时期内所呈现出来的一系列现象和纠葛,无论何都与生长于罗马帝国废墟之上的西方民族国家在东方世界掀起的殖民运动有着直接的关联,而且是更为重要的具有强劲推动力量的因素。前者的存在足以解释中国自晚清始而延续至当代的重大社会转型不可能“西化”而彻底丧失中华民族自身的个性;后者的存在则为其建立现代世界政治图景开启了新视野,注入了民主政治和法治的新内涵。正如泰戈尔所说:“东亚在走它自己的道路,在发展它自己的文明,这不是政治文明而是社会文明,不是掠夺的和机械效率的文明,而是精神文明和以人类各种深厚关系为基础的文明。解决人生问题的办法,是在与世隔绝的情况下想象出来的,并且在不受改朝换代和外国入侵影响的地方付诸实施。但是现在我们遭到外部世界的突然侵袭;我们与世隔绝的情况一去不复返。不过我们不当感到遗憾,就像植物的播种期的隐伏状态被打破时从不感到遗憾一样。现在是时候了,我们应当将世界问题当作我们自己的问题;我们应当将我们的文明精神同地球上所有民族的历史融合在一起;我们不当依然浑然自得地将我们自己紧紧关闭在保护和孕育过我们理想的种子之壳和地壳里;因为只有突破这些外壳,生命才能以它的全部活力和美萌芽生长,在温和的阳光下将它的礼物献给世界。”^[1]

一、无法回避的现代革命

在春秋战国时代,虽然各诸侯国极大地挑战了周天子的权威,彼此对抗,但追求“普遍王权”而试图“一统天下”却是共同持有的政治意志;“轴心期”诸子百家虽然展开了激烈的思想论辩,却又怀抱着共同的崇高的“道”的意识,最终是儒墨并举、儒道互补、儒家合流,共同奠定了中华帝国文明的精神基础,即使是印度佛教文化的传入并曾一度出现声

^{*} 作者简介:赵明,法学博士,北京航空航天大学法学院教授。

[1] [印]泰戈尔:《民族主义》,谭仁侠译,商务印书馆1997年版,第36页。

势浩大的局面,也没有从根本上动摇“轴心期”奠定的精神文化信念,倒是最终被中华文明所吸纳、改造和整合;作为“轴心期”精神突破的政治性成就——中华帝国政制结构,一经创立便稳固存在了两千余年,直到19世纪中叶遭遇西方民族国家的殖民侵略之前,虽然经历过江山易姓而改朝换代,但作为君主集权的专制政治性质从未发生过变化,其法制体系结构也因此始终保持着自身特色,以至于黑格尔振振有词地提出并系统阐发了其宏大的历史哲学论点:“中国很早就已经进展到了它今日的情状;但是因为它客观的存在和主观运动之间仍然缺少一种对峙,所以无从发生任何变化,一种终古如此的固定的东西代替了一种真正的历史的东西。中国和印度可以说还在世界历史的局外,而只是预期着、等待着若干因素的结合,然后才能够得到活泼生动的进步。”〔1〕

不过,雅斯贝尔斯在其“轴心期”历史哲学中,令人信服地证明了黑格尔之“中国和印度可以说还在世界历史的局外”的观点是难以成立的,因为它不过是源于18世纪中国和印度的历史情形之论断。实际上,中国和印度与西方一道共同参与了世界历史在“轴心期”的精神突破和创造,而西方也从未丧失其文化的连续性并始终保持着与自身传统的内在关联:“对于西方的意识来说,耶稣基督是历史的轴心。”〔2〕

然而,西方文明在其自身传统的基础上最终催生了“一种在本质上于各方面都是新颖的独特现象”,这就是科学及其技术后果:“自从有记载的历史开始以来,没有一个事件像它那样里里外外地彻底改变了世界。它带来了前所未有的机会与冒险。我们在技术时代生活了刚刚一个半世纪,这个时代只是在最近几十年中才获得了充分的统治地位。这一统治现在正增强到其限度是无法预见的地步。至今为止,我们只不过部分地认识到这惊人的后果。现在,整体存在的新基础不可避免地奠定了。”〔3〕看来,西方文明的确有其自身存在的某种特殊性。

如果说,中国“三代”之“礼乐文明”所共同抱持的“普遍王权”之政治意识最终转化落实为君主高度集权的帝国政制建构,与其自然地理环境有着不容忽视的重要关联;那么,“西方的特殊性”最初得以形成同样可以通过自然地理环境的特殊性予以解释。一方面,在古代科学技术水准较低条件下,确乎有理由像孟德斯鸠那样,站在“法的精神”的高度审视自然地理环境对于政治共同体的巨大影响,西方民族和语言的多样性的确与其丰富多样的地理划分相关;另一方面,西方民族和语言的多样性不仅没有在各政治共同体长久的对立和冲突中走向融合和统一,而且成了对立和冲突的根源:“每个民族和每种语言轮流地接替充当行动和创造的主要角色。通过这些,它们创造了历史。西方的各个国家和各个民族描绘了独一无二的画面。”〔4〕无论是科学技术的不断突破和长足发展,还是各民族始终激情不减的政治变革和创新,抑或越来越“坚持使自己面对合乎逻辑的思想和经验事实的说服力”〔5〕之规范意识和法治精神的成长,都围绕着自身生存、壮大和发展这一根本目的而从彼此的对立与冲突中获得动力和启示,乃至最终超越了自然地理环

〔1〕〔德〕黑格尔:《历史哲学》,王造时译,上海书店出版社1999年版,第122~123页。

〔2〕〔德〕雅斯贝尔斯:《历史的起源与目标》,魏楚雄、俞新天译,华夏出版社1989年版,第70页。

〔3〕〔德〕雅斯贝尔斯:《历史的起源与目标》,魏楚雄、俞新天译,华夏出版社1989年版,第73页。

〔4〕〔德〕雅斯贝尔斯:《历史的起源与目标》,魏楚雄、俞新天译,华夏出版社1989年版,第74页。

〔5〕〔德〕雅斯贝尔斯:《历史的起源与目标》,魏楚雄、俞新天译,华夏出版社1989年版,第75页。

境的限制而形成了“西方的特殊性”：“西方为自己创造了两种普遍性文化结晶，文化由此获得了延续发展的生命力：罗马帝国和天主教会，它们结果都构成欧洲意识的基础。欧洲意识虽然似将不断地分裂，但总是在反对外来威胁的重大任务中重新形成，尽管这种形成并不可靠。”〔1〕

对于我们现在所要讨论的主题而言，问题的要害恰恰蕴含在雅斯贝尔斯所指出的如下事实之中：“公元700年左右，若有周游地球的外星来客，他大概会在当时中国的首都长安发现地球上精神生命最高级的活动中心，在君士坦丁堡发现卓越的遗迹，而欧洲北部地区看上去却完全像是野蛮王国。到1400年前，欧洲、印度和中国整个生活达到了一致的文明水平。然而，欧洲在1500年以后发生的各事件中发现了世界，并给世界打上了自己独特的印记。”〔2〕如果说，直到19世纪中叶中西方两大文明发生实质性相遇时，中华帝国仍处于两千年前“轴心期”所奠定的精神基础之上；那么，西方文明至少自15世纪初就开始了伟大的飞跃和突破，其所取得的精神成就似乎表明自己已经迎来了第二次“轴心期”。〔3〕到了19世纪，西方文明凭借其科学技术理性、民族国家意识和自由主义政治理念强烈而深刻地影响着世界，确乎如雅斯贝尔斯所感叹的那样：“自从那时以来，世界发生了多大的变化！”〔4〕

正因为如此，中西方两大文明在19世纪的相遇就必定是一场持久的精神碰撞和纠缠，包括法制现代化在内的中国社会转型过程中所发生的一切现象，归根结底都与这一精神根源有着直接的关联。它意味着一场具有深远意义的包括政治在内的革命时代的到来。

阿伦特指出，“革命”作为现代政治语言中一个标志性的流行语词本源于天文学术语，因为哥白尼的《天体运行论》而在自然科学中首先受到人们的重视，而且保留了这个语词在拉丁文中的精确含义，即非人力所能及的因而是不可抗拒的有规律的天体旋转，它不过是表示了一种循环往复的周期运动而已，既不包含“创新性”也不包含“暴力性”的意义和特征。这个词作为一个政治术语在17世纪开始为人们在隐喻义上所使用时，还是基本上符合其原义的，也就是强调政治革命的目的不过是要回到预先规定的秩序之中，“革命”行动乃是“复辟”之举。可是，发动美国革命和法国大革命的人们在革命的过程中发现“复辟”竟是根本不可能的事情，“创新性、开端和暴力这一切因素”被赋予“革命”一词而使其获得了崭新的现代意义，“不可抗拒的”就是通过对旧秩序的颠覆和破坏而创立新的政治和法制秩序，暴力确乎不可避免了，用罗伯斯庇尔的话来说，革命的巨流一方面被“暴政的罪行”，另一方面被“自由的进步”推波助澜，狂飙突进，两方面又不免相互激荡，以致运动和反运动既无法达到平衡，也无法相互掣肘和牵制，而是以一种神秘的方式汇聚

〔1〕 [德]雅斯贝尔斯：《历史的起源与目标》，魏楚雄、俞新天译，华夏出版社1989年版，第72页。

〔2〕 [德]雅斯贝尔斯：《历史的起源与目标》，魏楚雄、俞新天译，华夏出版社1989年版，第88页。

〔3〕 在雅斯贝尔斯看来，“我们不能像查看第一次轴心世界那样，同第二次轴心世界抱持距离，心平气和地查看它。不过最重要的是，第二次轴心世界完全是欧洲的现象，仅为它它就无权要求第二轴心的称号”。〔德]雅斯贝尔斯：《历史的起源与目标》，魏楚雄、俞新天译，华夏出版社1989年版，第90页。）

〔4〕 [德]雅斯贝尔斯：《历史的起源与目标》，魏楚雄、俞新天译，华夏出版社1989年版，第90页。

成一股“进步的暴力”,不断加速奔涌而趋向同一个方向。^[1]

发生在中国的现代政治革命,无论是推翻大清王朝,还是反抗西方帝国主义的殖民侵略,抑或为探究新的民族国家政制建构而展开的大规模内战,都充分呈现出阿伦特所揭示和描述的西方现代民族国家“革命”的意涵和精神特征,中国现代政治革命因此而构成为现代世界历史的有机部分。

本来,表征中华帝国政治和法制主流思想的儒家同样具有“革命”的精神传统。有意思的是,“轴心期”儒家最初倡导的“革命”意涵,虽不可能与现代天文学理论有任何牵扯,但与其天地观和宇宙论道德图式确有内在关联,而且,基本含义就是“复辟”传统的“三代”礼乐秩序。孔子儒家直面“礼崩乐坏”的现实局势而致力于重建“天下”秩序的思想使命,但却“述而不作,信而好古”,并无意担当创造新秩序的“立法者”角色,而是主张并坚信通过政治中人的“克己复礼”,恢复被破坏了的“礼乐文明”秩序。儒家的“革命”论说始于《易传·革卦》之“汤武革命”观:“天地革而四时成,汤、武革命,顺乎天而应乎人,革之时义大矣。”它实际上包含着“自然的”和“道义的”两个层面,前者重在“应时”,革命要重时机,恰到好处,自然而然;后者重在德性的更替,“改变(革)统治者执政的正当性法理(命),改变国家社会的道德基础”。因此,儒家革命论的基本含义既非以暴力取得政权,也非单纯政治性的政权更替,^[2]其精神实质在于礼乐秩序的建立和维护,礼乐秩序被视为真正的文明,而且是唯一值得肯定和追求的文明,与此相异的一切生活方式和政治秩序都是“非文明”的。

儒家由此而建立起了自己的“世界”观,或者称为“天下”观。^[3]这种“世界”观或者“天下”观重在“华夷之辨”,它认为“普天之下,莫非王土;率土之滨,莫非王臣”,“中国”是文化优越的天朝上国,是真正的“礼义文明之邦”,其他文化都是低级的,是“蛮夷”,是必然要为我所“化”的。所谓“平天下”乃是儒家“王道”政治纲领的最高目标,这个宏伟的目标在逻辑上分为三个阶段而最终达成,先是“内其国而外诸夏”,再是“内诸夏而外夷狄”,最后是将夷狄也涵摄在儒家的世界和谐秩序之中,实现“远近大小若一,天下为一家,中国为一人”的理想政治境界。^[4]可以说,19世纪90年代以前,整个中国思想文化界都普遍处于这种以华夏为中心的天下主义的封闭症之中,^[5]而对兴起于西方的现代民

[1] 参见[德]汉娜·阿伦特:《论革命》,陈周旺译,译林出版社2007年版,第31~37页。

[2] 参见刘小枫:《儒教与民族国家》,华夏出版社2007年版,第101~102、126页。

[3] 关于“天下”的具体含义,学术界历来就存在争议。吕思勉说:“古所谓天下者,非真谓普天之下,乃谓中国政教所及耳。”(《吕思勉读史札记·甲帙·先秦》。)杨伯峻认为:“‘天下’一般指中国范围内的全部土地。”(杨伯峻:《论语译注·论语词典》。)赵伯雄则指出:“周人眼中的‘天下’,实在相当于我们今天所说的‘世界’”,“天下既然是当时人心目中的‘世界’,自无具体的疆界可言,这与今人的国家观念是很不相同的。”(赵伯雄:《周代国家形态研究》,湖南教育出版社1990年版,第18页。)儒家的“天下”观可以说是周人“天下”观的继承和发扬,如果说,周人以“天下”为“世界”,儒家则进一步将政治意义和道德意义贯注其中,有所谓“天下归之之谓王,天下去之之谓亡”(《荀子·正论》)的著名论断,顾炎武对此大加阐发:“有亡国,有亡天下。亡国与亡天下岂辩?曰:改姓易号,谓之亡国,仁义充塞而至于率兽食人,人将相食,谓之亡天下。”(顾炎武:《日知录·正始》。)

[4] 参见孙春在:《清末的公羊思想》,台湾商务印书馆1985年版,第13、163页。

[5] 参见孙隆基:“从‘天下’到‘国家’——戊戌维新一代的世界观”,载《二十一世纪》(香港)1998年4月号。

族国家观几乎是全然不知。^{〔1〕}

对于数千年抱持“天下”观的中国人来说,世界体系绝对不是多元论的,而是呈现出以“中国”为单一中心的辐射状,“中国”与周边政治共同体的关系不过是宗主与臣属的关系。长久以来,中华帝国都是以册封和朝贡为准则而处理对外关系,“华夷之辨”始终是型构其世界(天下)体系的基本前提,这里绝对没有各民族政治共同体彼此平等的思想观念的存在。它因强调文化条件而没有明显的种族性立场,进而显示出文化的世界包容性特征,“如夷狄变为中国,则以中国视之”。(韩愈)但这绝不意味着在礼乐精神和原则上有任何主动而积极地借鉴其他民族文化的可能,文化的排外意识尤其强烈。正因为如此,任何非汉民族尽管通过武力可以入主中原而让帝国改朝换代,但其稳固统治的基本前提都必须彻底“汉化”,也就是必须臣服于儒家倡导和阐释的“礼乐文明”,否则汉民族不可能承认其与异民族皇帝之间的君臣关系,“革命”的意识 and 行动就是不可阻止的。

中华帝国的最后一个朝代大清朝正是满族入主中原建立起来的,它就是通过超种族性的“文化至上论”,亦即儒家的“天下”观而解决了自身统治的正当性问题。^{〔2〕}一方面通过开展以编纂《四库全书》为代表的大规模的文化事业,以表明自己乃是中华帝国礼乐文明精神的忠实的传承者;另一方面极力宣扬作为帝国皇帝的首要条件在于其有“德”的儒家“革命”论,而是否有德与是否是汉族没有任何关联。雍正皇帝在其以阐明大清统治正当性为要义的《大义觉迷录》中指出,为一些汉族士人所念念不忘的明王朝之所以灭亡的根本原因就在于统治者的失德,正是大清有德的皇帝施行善政才恢复了礼乐文明秩序,他甚至针对那些基于种族性的“华夷之辨”而追溯“三代”历史,提出“舜乃东夷之人,文王乃西夷之人”的论点,以作为论证满族皇帝正当性的旁证。

然而,晚清的遭遇是中华帝国历史上任何一个朝代所不曾有过的,它所面临的的确是亘古未有之巨变,因为其所遭遇的巨大冲击来自现代西方民族国家的帝国主义殖民侵略,从文明性质而论,是西方现代化工业文明与帝国传统的农业文明的相遇,大清的敌人不再是长城以外的游牧骑兵,而是从海上侵入的西方列强,其军事战略、战术和武器装备都是帝国过去从未遭遇过的,对这一切都是陌生的大清王朝,哪怕是遭遇西方列强的一小股武

〔1〕 在中国传统思想文化中,只有发达的“天下”观念,而没有现代意义上的“国家”观念,这是学界的共识。但也有学者认为中国很早就有“民族国家”的观念,比如著名历史学家钱穆先生就指出:“中国人很早便知以一民族而创建一国家的道理,正因中国民族不断在扩展中,因此中国的国家亦随之而扩展。中国人常把民族观念消融在人类观念里,也常把国家观念消融在天下或世界的观念里。他们只把民族和国家当作一个文化机体,并不存有狭义的民族观与狭义的国家观,‘民族’与‘国家’都只为文化而存在。因此两者间常如影随形,有其很亲密的联系。‘民族融和’即是‘国家凝成’,国家凝成亦正为民族融和。中国文化,便在此两大纲领下,逐步演进。……中国史上的‘民族融和’与‘国家凝成’之大工程,很早在先秦时代已全部完成了。而且又是调和一致了。”“中国古代人,一面并不存在着极清楚极显明的民族界线,一面又信有一个昭赫在上的上帝,他关心于整个下界整个人类之大群全体,而不为一部一族所私有。从此两点上,我们可以推想出他们对于国家观念之平淡或薄弱。因此他们常有一个‘天下观念’超乎国家观念之上。他们常愿超越国家的疆界,来行道于天下,来求天下太平……国家并非最高最后的,这在很早已成为中国人观念之一了。因此在春秋时代,列国卿大夫间,他们莫不热衷于国际的和平运动。诸夏同盟的完成,证明他们多不抱狭义的国家观念。”(钱穆:《中国文化史导论》,商务印书馆1994年修订版,第23~24、47~48页。)

〔2〕 参见[美]J. R. 列文森:《儒教中国及其命运》,郑大华、任菁译,中国社会科学出版社2000年版,第80~92页。

装势力,庞大的帝国都显得惊慌失措而无可奈何。

儒家传统的所谓“应时”的革命时代真的到来了,变法改制“自然的”不可避免。而问题的严重性还在于,变革是在中西方政治文化价值理念交会、冲突的背景下展开的,因此,“中华帝国的转型不再会是以往历史上曾有过的改朝换代,而是国家型态的重新建构(朝代国家转变为民族国家)”^{〔1〕}也就是说,中华民族所要直面的已经是现代意义上的政治与法制之“革命”。事实上,中国社会的现代转型的确是革命行动和革命话语相伴而行的,随着西方殖民侵略的炮火而传入中华帝国的自由、民主、法治、宪政和科学等观念都很快转换为革命话语而大行其道,成了对帝国政治与法制精神传统进行批判和否定的正当性依据,“革命”话语在现代国人心目中确乎具有天然的政治正当性和道德的崇高性。

二、“礼乐”文明观陷入困境

1840 年爆发的鸦片战争,其结果既打破了中华帝国传统的依据“华夷之辨”而建立起来的世界(“天下”)体系,将册封与朝贡的关系改变为泱泱帝国竟然受制于在枪炮威逼之下签订的不平等的条约关系,帝国被无可奈何地抛进了世界历史的“现代”舞台,也使曾令帝王将相、墨客骚人骄傲了数千年的“礼乐”文明观陷入了严重的尴尬境地。

在鸦片战争之前,英国于 1793 年派遣马嘎尔尼使节团来华,目的在于与大清建立平等且正式的国家关系,以便在稳定的条约基础之上开展两国间的通商贸易往来。对于站在现代民族国家政治立场上的英国来说,建立平等的国际关系是合理合法的事情,可对于大清帝国来说,“天下”秩序的建立和维护是以“华夷之辨”为基础和前提的,“他国(族)”接受“礼乐”教化的程度乃是决定其与帝国关系远近、亲疏的尺度,这种文明秩序是等级性的,就如同君臣、父子关系一样。大清帝国根本没有意识到,自己所面对的使节团代表的是现代民族主权国家,其政治观念和原则与“华夷之辨”完全异质,现代民族国家正当性是基于公民的自由和权利而加以论证的,国家权力本身是依据宪法和法律而成立与运行的,它同样以为自身是“文明”的,而不是“非文明”,因此绝对不会接受“华夷之辨”,英国使节团来华不是“朝贡”,而是代表自己的国家前来与大清进行通商贸易谈判的。可在大清帝国看来,这恰恰是对其“礼乐”秩序之君臣关系的挑衅和破坏,是对大清帝国的不敬和侮辱,是不懂礼义的“非文明”的表现,而且,这正是英国仍为“夷狄”的证据。因此,双方就觐见大清皇帝所应遵循的礼法仪则而展开的争论,让双方都觉得出人意料而不可理喻。这的确是两大异质文明的相遇,是“礼乐”秩序与国际法秩序的碰撞,最终竟然以武力相较了:英国发动了破坏其所倡导的国际法原则的殖民侵略战争。

中华帝国在其历史上一直面临着边患问题,没少经历战争。秦帝国一经建立就重兵防御北边匈奴;汉武帝主动进击匈奴而取得了辉煌成就;大唐帝国前期国力强盛,获得了对于周边民族的压倒性优势,“盛唐之音”响彻边陲,展现了帝国对于边疆夷民的“世界性”包容情怀;赵宋王朝面临周边“夷狄”的强大压力,尽管在心理上强烈排斥夷民,但依然能够“花钱买和平”而苟且偷安;大清本来是作为异族而入主中原,但或许正因为如此,在帝国的中前期,边疆问题的处理颇见成效,将帝国的疆域大大地拓展了。所有这一切表

〔1〕 刘小枫:《现代性社会理论绪论》,上海三联书店 1998 年版,第 205 页。

明,帝国尚能应对边犯问题,而建立起以帝国为中心的“天下(世界)”观,在巩固边疆的同时,通过“华夷之辨”而获得自身的尊严意识,即使是战败也从未动摇过自身作为“礼乐”文明的坚定信念。^[1]因而,当依然是农业文明的大清帝国与经历了西方现代工业革命的英国相遇时,尽管在战争中面临的是失败和屈辱,但最初依然是作为边患问题加以认识和对待,而且,朝野上下均将来自海上的侵略者认定为“夷狄”,而获得文化心理意识上的平衡。它不可能立即意识到西方工业文明和资本的海外殖民性质,仍将西方国家企图在东方世界开辟和拓展通商和贸易市场仅仅理解为一种低级的物欲膨胀和利益追求,其自身守护的“礼乐”文明尽管并不否定利益追求的正当性,但“礼乐”的关键和目标追求绝不在于求利,因为正是这种求利的欲望导致了“礼乐”文明秩序的崩溃,“轴心期”的诸子百家尤其是儒家就是这样诊断春秋战国时代“礼崩乐坏”的根源的。

因此,大清帝国在战争中的失败和不平等条约的签订,并没有立即导致其“华夷之辨”的文化框架的危机意识。相反地,它通过“华夷之辨”而认定西方为了低级的求利欲望,竟然采用武力方式强迫自己签订不平等条约,乃是野蛮的、非文明的行径。其结果是:“即使经过鸦片战争,中国人的意识中也没有发生重大的变化。英国毕竟是夷狄,既然如此,在《南京条约》的交涉过程中,中国方面强烈地抵制在条约中写进可能引起认为中国与英国(或者说中国皇帝与英国国王)为对等的国家的文字,这在中国方面来看是理所当然的。其结果,尽管在缔结条约的形式或条约的内容的写法等纯粹有关形式上采用了平等条约的体裁,而关于平等关系的实质规定,只是停留于如驻扎在通商口岸的领事与中国地方官之间的文书往来要以对等的资格进行等不太重要的几项。在中国方面看来这样已经有违‘天朝定制’的让步了,这样就可以以此作为安慰夷狄以结束战争的权宜之计来说明。条约中完全不存在中国与英国(或者说中国皇帝与英国国王)是平等关系的明文规定。进而到最后,成为交涉的争论之点的英国公使之常驻北京及进见皇帝问题,中国方面也不断地拒绝而最终获得了成功。”^[2]之所以同意在条约中写入“领事裁判权”和“片面最惠国待遇”等明显属于不平等的特权,同样是基于“华夷之辨”的考虑。军机大臣穆彰阿就“领事裁判权”上奏说:“臣等查通商之务,贵于息争。如有英人华民涉讼,英商应先赴管事官处投禀。即着管事官查明是非,勉力劝息……免致小事酿成大案。”^[3]既然英国人是“夷狄”,“文明”程度不高,将“礼乐”文明规范运用于他们是不会有好的效果的,反倒不利于“定分止争”。至于“片面最惠国待遇”的问题,耆英上奏道:“一英夷已足为害边疆,况合众夷而使之为一耶!此又不可不审思熟虑者也……今该夷既肯通融,各夷亦皆

[1] “儒家王朝有一个文化基石而非民族基石。在这一基础之下,所有在儒家政体中占据适当位置的人都可以发挥作用。因为东亚是中国文化区域,中国类型的文字系统、官僚机构和精细农业为在从朝鲜到安南的定居区提供了共同的纽带。政治秩序的文化基础无疑是可以预料得到的,不过儒家王朝的最大成就在于它有能力在同一政体下去拥抱亚洲内陆敌对的游牧部落,不论是统治他们还是被他们统治。把游牧民族纳入儒家王朝之下的能力无疑是一个巨大的成就。当然,游牧的征服者也做出了他们的历史的贡献:他们让沉静迟暮的中原大国经历了一系列动荡不安的异邦征服。”([美]费正清编:《中国的思想与制度》,郭晓兵等译,世界知识出版社2008年版,第216页。)

[2] [日]佐藤慎一:《近代中国的知识分子与文明》,刘岳兵译,江苏人民出版社2006年版,第40~41页。

[3] 《道光朝筹办夷务始末》卷六十七。

乐从。法穷则变。与其谨守旧章,致多棘手,莫若因势利导,一视同仁。”^{〔1〕}这里值得注意的是,“夷狄”来自海上,不过意味着大清帝国边患的位置发生了改变,让帝国统治者感到惊奇的地方在于,海上来犯的艰难远大于北边陆地,可他们仍然来了,这正说明这些夷狄的求利欲望之强烈,与“礼乐”文明精神背道而驰,皇帝给予他们“片面最惠国”待遇正体现了皇恩广被的“仁爱”之德。

然而,大清皇帝的“仁爱”之德不仅没能阻止鸦片战争之后西方列强不断发动的侵略战争,而且严重地阻止了现代民族国家政治意识的萌生,使帝国在缺失现代国际政治关系的起码意识的条件下,对于一系列不平等条约的签订难以作出其“违背和破坏国际法原则”的法律评判。尽管大清明文确认了西方列强恣在兹的所谓“国际法”原则,而在法律事实上背离了自己所坚持的“礼乐”秩序原则,准许与其缔结条约的西方各国之公使常驻设在帝国首都的公使馆,还设立了专门处理大清与条约缔结国之关系的“总理各国事务衙门”(相当于现代国家政府的外交部),但大清帝国并没有因此意识到自己正面临一场现代民族国家政治精神与原则的深刻革命,没有意识到国际法对“礼乐”文明观的严重挑战。

事实上,既然总理衙门担负着处理大清与条约缔结国之间关系的职责,它就不得不了解西方各国处理国际关系的国际法。美国传教士丁韪良正是得到总理衙门在人力和物力两方面的大力支持,才主持翻译并于1864年正式刊行了惠灵顿的国际法著作《万国公法》。请求允许刊行《万国公法》的恭亲王在上奏中如是说:“窃查中国语言文字,外国人无不留心学习。其中之尤为狡黠者,更于中国书籍,潜心探索。往往论辩事件,援根中国律例相难。臣等每欲借彼国事例以破其说,无如外国条例,诸系洋字,苦不能识。而同文馆学生,通晓尚需时日。臣等因于各该国彼此互相非毁之际,乘间探访,知有万国律例一书。然于径向索取,并托翻译,又怕秘而不宣。适美国公使蒲安臣来言各国将有将大清律例翻出洋字一书,并言外国有通行律例,近日常文士丁韪良译出汉文,可以观览。旋于上年九月间,带同来见,呈出万国律例四本。声称此书凡属有约之国,皆宜寓目。遇有事件,亦可参酌援引。”^{〔2〕}这就表明,总理衙门之所以热心资助《万国公法》的刊行,主要目的仍在“以夷制夷”:“与对方常常援用中国的法律来攻击中国方面相对应,也要援用西方各国的万国律令来攻击他们。例如,尽管要拒绝西方各国强加给中国的要求,如果这种要求就是按照其自身的法律来看也是不当的话,这便可以作为拒绝的根据了。”^{〔3〕}尽管《万国公法》这部著作的翻译出版,已经是在鸦片战争爆发之后二十多年的事情了,但并不意味着大清帝国臣民已经普遍性地具备国际法意识,现代民族国家和国际政治关系的观念依旧薄弱。

问题的关键还在于,大清帝国绝非不重视法制,也不是不具有法律普遍性和普适性的观念,只不过它坚持的原则是,唯有以中华礼乐文明精神为基点的法制才具有普遍性和普适性的资格。而大清的制度乃是“天朝定制”,它“不单单是确立的制度,也是最好的制

〔1〕《道光朝筹办夷务始末》卷六十四。

〔2〕《同治朝筹办夷务始末》卷二十七。

〔3〕〔日〕佐藤慎一:《近代中国的知识分子与文明》,刘岳兵译,江苏人民出版社2006年版,第47页。

度。既然如此,与‘天朝定制’相矛盾乃至抵触,这就应该可以作为拒绝对方要求的必要且充分的依据了。因为夷狄本来应该顺应‘天朝定制’的存在”。既然“西方人主要的行为动机为利益的追求。即使追求利益本身未必该遭非难,但是像西方人那样将利益的追求放在首位,而且为了实现自己的利益不惜行使暴力,在中国人看来这就足以值得非难了”。〔1〕因此,基于利益追求而建立起来的《万国公法》,中国是否有遵守它的必要和义务就成了问题:“如果中国被万国公法所束缚,这就意味着用西方的法律来歪曲中国的礼,这便有害于利用其维持礼与社会道德的本来目的。”〔2〕总之,在大清帝国遭遇西方之后,即便了解和运用国际法,在相当长一段时间内,其理由和目的也不过是“以夷制夷”而已,并不影响其确信自身“礼乐”文明传统的优越性和高贵性。

诚如丁韪良所指出:“亚洲东境诸小国悉隶中国藩属。其联属之故,或以同教,或以互市,而大半则出于畏威而怀德之诚。尊之如天帝,敬之若神明。以故中国居高临下,大莫与京。如古之罗马。然辄自称其一国为天下也……中国徂于所见,又安知宇宙间有平行相等如泰西各国者哉!”〔3〕这位《万国公法》的主译者为了论证大清帝国一样有遵守国际法的义务,煞费苦心地将论证的视角转向“礼乐”文明论维度。一方面,他将国际法的成立依据顺从儒家“民物同胞”的精神而解释为“人的本性”,根据人的本性而制定礼法仪则的确是儒家的旨趣,儒家礼乐文明因此与国际法是一致的,遵守国际法乃是作为“礼乐”文明国度的分内职责;另一方面,丁韪良将国际法“历史”性地附会于《周礼》,指出儒家直面的春秋战国时代就相当于现在的“列国并立”时代,各诸侯国就相当于现在的世界各民族国家,因为春秋战国时代的各个诸侯国本身具有相当程度的独立性和自治性,而且存在着相互制约的规范,那就是相当于现代国际法的“周礼”。

然而,丁韪良没有充分意识到中西双方对于“文明”的界定和理解差距是如此之大,乃至于其论证不仅无效,反倒证明了大清帝国没有遵守国际法的义务。“轴心期”儒家所倡导的重建秩序的方案在于“克己复礼”,正是各诸侯国主政者欲望的膨胀破坏了通过周礼而建构的“礼乐”文明秩序,回到周礼的正常秩序状态就需要克制欲望、抑制战争,战争是破坏“礼乐”秩序的最高表现。尤其关键的是,周礼的制定并非各诸侯国平等协商的结果,“礼乐征伐自天子出”,各诸侯国正是因为天子的册封和颁赐爵名才获得正当性的。再说,春秋战国时代恰好是儒家所要否定的时代,大一统帝国的建立之所以能够最终得到儒家的承认,是因为它本身贯彻了“普遍王权”的原则。也就是说,现代国际法根本不能与“周礼”相比附,即便在春秋战国时代出现过“万国公法”,可这个时代恰恰是最为混乱不堪的时代,各诸侯也根本不予以遵守。因此,“与春秋战国时代的中国相对照,他们所强调的是,西方各国常常试图扩张自己的势力,国际社会的安定只有在各国间力的关系取得平衡时才有可能实现。他们正是将以尚‘德’而非尚‘力’作为统治原理的中华世界作为首善之区,而从这一角度来重新确认它要比西方国际社会优越。中国人就会透过对春秋战国时代的理解或评价这一三棱镜来理解和评价西方国际社会的性格。给予春秋战国

〔1〕〔日〕佐藤慎一:《近代中国的知识分子与文明》,刘岳兵译,江苏人民出版社2006年版,第47页。

〔2〕〔日〕佐藤慎一:《近代中国的知识分子与文明》,刘岳兵译,江苏人民出版社2006年版,第49页。

〔3〕〔美〕丁韪良:《中国古世公法论略》,转引自〔日〕佐藤慎一:《近代中国的知识分子与文明》,刘岳兵译,江苏人民出版社2006年版,第52页。