

法家新论丛书

FALIAXINLUNCONGSHU

主编◎喻中



法律出版社

LAW PRESS CHINA

# 新法家法治论

魏治勋◎著

XINFAJIA FAZHILUN



那些能够指示并通向未来的历史积累和历史经验，并不包含证明自身合理性标准。合理性标准只能来自现代性，尤其是现代价值，而掌握现代价值的只能是现代化的人。



# 新法家法治论

魏治勋◎著

XINFAJIA FAZHILUN



法家新论丛书

FAJIA XINLUN CONGSHU

主编◎喻中



法律出版社

LAW PRESS·CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

新法家法治论 / 魏治勋著. -- 北京 : 法律出版社,  
2018  
ISBN 978 - 7 - 5197 - 2096 - 4

I. ①新… II. ①魏… III. ①法治—研究—中国  
IV. ①D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 062069 号

新法家法治论  
XINFAJIA FAZHILUN

魏治勋 著

策划编辑 周丽君  
责任编辑 周丽君  
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社  
总发行 中国法律图书有限公司  
经销 新华书店  
印刷 北京虎彩文化传播有限公司  
责任校对 杨锦华  
责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部  
开本 A5  
印张 8.125  
字数 200 千  
版本 2018 年 5 月第 1 版  
印次 2018 年 5 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)

网址/ [www.lawpress.com.cn](http://www.lawpress.com.cn)

投稿邮箱/ [info@lawpress.com.cn](mailto:info@lawpress.com.cn)

举报维权邮箱/ [jbwq@lawpress.com.cn](mailto:jbwq@lawpress.com.cn)

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071639/1636

---

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 2096 - 4

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)

## 《法家新论丛书》总序

在为冯友兰的《中国哲学史》写下的《审查报告三》一文中,陈寅恪写道:“释迦之教义,无父无君,与吾国传统之学说,存在之制度无一不相冲突。输入之后,若久不变易则决难保持。是以佛教学说能于吾国思想史上发生重大久长之影响者,皆经国人吸收改造之过程。其忠实输入不改本来面目者,若玄奘唯识之学,虽震荡一时之人心,而卒归于消沈歇绝。近虽有人焉,欲燃其死灰;疑终不能复振,其故匪他,以性质与环境互相方圆凿枘,势不得不然也。”又写道:“窃疑中国自今日以后,即使能忠实输入北美或东欧之思想,其结局当亦等于玄奘唯识之学,在吾国思想史上既不能居最高之地位,且亦终归于歇绝者。其真能于思想上自成系统,有所创获者,必须一方面吸收输入外来之学说,一方面不忘本来民族之地位。此二种相反而适相成之态度,乃道教之真精神,新儒家之旧途径,而二千年吾民族与他民族思想接触史之所诏示者也。”

史家陈寅恪的这几句话,至今仍有反复咀嚼、再三省思的价值。释迦教义在中国,主要有两种形态:“玄奘形态”的释迦教义和“慧能形态”的释迦教义。前者的旨趣,在于“不改本来面目”,虽然在纯粹的知识学上,能够发生“震荡一时”的效果,但“卒归于消沈歇绝”。后者则是根据中国固有文化的理路,对释迦教义进行了全面而深刻

的改造,由此导致的结果是,禅院香火遍布华夏,且千年不绝。释迦教义在中国的两种形态,预示了欧美思想在中国的命运。一百多年以来,在中华大地上,取自欧美的“经”可谓汗牛充栋,这些源于“泰西”的“经”,来到东土之后,同样面临着两种形态即“玄奘形态”与“慧能形态”。其中,“玄奘形态”追求原滋原味,其价值与影响主要囿于象牙塔中——虽然也有丝丝缕缕的外溢。相比之下,“慧能形态”能够让来自异域的“经”根植于苍苍茫茫的中华大地,进而生长得枝繁叶茂、郁郁葱葱。只是,“慧能形态”有一个前提,就是要把外来的“经”汇入中国固有的思想文化河流中,用陈寅恪的话来说,就是“不忘本来民族之地位”,要在这个基础上“吸收输入外来之学说”。

这套《法家新论丛书》就是为了凸显“本来民族之地位”,同时“吸收输入外来之学说”。不言而喻,“法家新论”中的“法家”是“本来民族”固有的思想文化。但是,所谓“新论”,却包含了对外来学说的吸纳,否则,“新”从何而来?着眼于此,这套《法家新论丛书》旨在照应两个方面:一方面,以外来学说作为参照与坐标去观察法家,中国固有的法家可能呈现出某些新的面貌,以前被遮蔽的法家的某些侧面、某些皱褶可能被揭示出来。另一方面,由于汇入了外来的学说,中国固有的法家也会发生某些微妙而深刻的变化,就像源于青藏高原的长江流到武汉在汇入了汉江以后,原有的长汉之水肯定会发生某些变化,在吸收输入了外来学说之后,从远古时代流淌下来的法家,到底会发生哪些变化呢?这正是本套丛书旨在回答的问题。

这套丛书注重以人文学科的眼光看法家,试图重估法家的价值。同时,这套丛书也注重以社会科学的眼光看法家,试图展示法家学说对于社会科学的意义,特别是作为中国古典社会科学的意义。为此,这套丛书试图邀请人文学科与社会科学的学者,共同聚焦法家学说

与法家实践,以守先待后、返本开新、承前启后的立场对待法家,试图对中国固有的法家做出新的解说。期待得到各方贤达的惠助,希望汇集多元学思,从法家的角度,回望中华文明的过去,直面中华文明的现在,进而探索中华文明的未来。

喻 中

2016年12月30日于北京

## 自序

研究法家与新法家,都涉及如何对待历史文化遗产的策略问题,尽管这两者一个属于古代,一个属于近代,一个是纯粹中国产的,一个是融汇中西的。

党的十八大以来,“法治中国”建设不断向纵深推进,民族复兴的历史性目标更加清晰确定。“法治中国”最终目标的实现,在很大程度上取决于我们能否对古今中外的一切优秀的制度文化资源进行有效汲取、融通和创造性转化。习近平主席2016年5月17日《在哲学社会科学工作座谈会上的讲话》指出:“要按照立足中国、借鉴国外,挖掘历史、把握当代,关注人类、面向未来的思路,着力构建中国特色哲学社会科学,在指导思想、学科体系等方面充分体现中国特色、中国风格、中国气派。”习主席的讲话不仅为哲学社会科学研究如何对待古今中外一切制度文化资源指明了方向,同时也为“法治中国”建设如何对待和汲取中国古代传统制度文化资源确立了基本方针。这就意味着,法治中国建设必须敞开胸怀,积极面对几千年来传承下来的传统优秀文化资源并以之为重要营养,才有可能立于不败之地。

在基本方针明确的情况下,法治建设实践就必然向我们提出一个根本性的问题:什么是优秀传统文化资源?它的鉴定标准是什么?对此必须确立一个基本原则。国内有学者曾将中国古代制度文化资源区分为三种类型:其一是劣性文化遗产,这些文化遗产主要涉及代

表传统制度文化的价值和精神的部分,如“亲亲”“尊尊”的儒家伦理原则;其二是中性制度文化遗产,如“集体本位”、司法温情主义;其三是良性制度文化遗产,如重人事、远鬼神的朴素唯物主义和辩证法精神以及完善纯熟的法律艺术。传统法文化资源在表现其精神价值的核心部分有较多的负面遗产。在这里,三种不同类型的制度文化资源之间的区分虽然比较清楚,但问题是,作出这种区分的标准何在?一种常见的解释是,对传统制度文化资源作出优、中、劣的区分,当然是以“法治中国”的价值定位和目标取向为参照系的。但问题就在于,“法治中国”在本质意义上又是如何定位的?我们可以排出“法治中国”价值序列,我们也能够陈述“法治中国”的基本要求,但要对“法治中国”进行本质意义上的定位,则必须具有宏大的历史眼光,在历史时空中发掘“法治中国”根本意义,同时也为实践中如何对待传统制度文化资源寻求合理性标准。

中国有着数千年的灿烂文明,但这种古代文明也存在着根本的缺陷,其中之一就是它从未根本上突破旧有文明的坚硬外壳而生发出新的文明形态。古代中国产生不了人权、法治、民主等现代价值和保障这些价值的制度体系,正如同它也无法创造出现代科学技术。直到古代中国文明在西方现代文明的挑战面前不堪一击,有识之士才意识到“三千年未有之大变局”的严酷现实。既然积累了数千年的文明成果救不了中国,我们就必须向西方学习,从器物技术到法律制度再到精神文化,只有全方位地学习西方优秀文化资源,才能救中国,这是国人血泪凝成的基本共识。但向西方学习并不意味着全盘抛弃中国传统文化,这就需要我们深入地思考:什么样的传统文化尤其是制度文化资源才是中国法治建设所需要的?我们不可能重走回头路,因为传统文化在过去救不了中国,在今天更是如此;我们更不能全盘照搬西方制度文化,因为那样我们将丧失自我。我们思考汲取什么样的文化资源的立场根本上取决于我们的奋斗目标。事实上,自近代以来,民族复兴和国家富强就一直是一代代中国人梦寐以



求的理想,今天的法治中国建设仍然是这一理想的一部分,是这一理想的当代形式。一百七十多年的近代历程告诉我们,向西方学习的是强大自身,除了走政治经济文化的现代化道路,不可能有其他的具有成功可能性的道路可以选择,我们只有在现代化之路上做得比西方更好,才能够最终摆脱近代以来“落后就要挨打”的梦魇。如此而论,在中国无论政治、经济、文化、制度建设,都必须以现代化为唯一取向;一个在所有这些领域全面实现现代化的中国,才是“中国梦”最终指向的复兴的中国。

因此,“现代化”,更准确地讲“现代性”才是判定什么样的古代制度文化遗产值得“法治中国”汲取的标准。一切古今中外的制度文化资源,都必须以现代性为标准去判定它的价值——它能否增益于现代化建设,它是否值得现代法治汲取、转化和融通。因而,在现代法治建设面前,中国古代制度文化资源只能处于被估价、被拣选、被利用的地位,而不可能反其道而行之。任何古代制度文化资源,无论它的历史多么悠久,也无论它在过去曾经多么有效,只要它不再能够对当今的法治建设有所助益,它就应当被判定为没有价值的甚至是负面的文化遗产。相反,那些在历史上曾经不受重视甚至曾经长期被压制、被贬损的制度文化资源,在今天却有可能焕发出勃勃生机。判定中国传统制度文化资源的价值并赋予其新生的,只能是现代性,核心是现代制度价值。

这就要求我们在法治实践中,必须坚守并秉持坚定的现代意识和现代观念。只有现代的,才是通向未来的;只有通向未来的,才是有希望的。因而,现代意识就必然是一种面向未来并不断为未来而筹划的行动观念。朝向未来的筹划是从不间断的,从而进步和强大就是无止境的。在此意义上,现代性和现代化就意味着不断告别过去,不断向着未来拓进。这就是现代意识,具有了现代意识的国家和民族,才会真正走向现代化,让自己在时间之流中持续强大、永久屹立。由是观之,那些背离了现代意识、现代价值的制度文化及其行为

方式,只会成为中国现代化建设包括“法治中国”建设的羁绊。放眼当代中国,可以归于此种类型的文化现象层出不穷,各种形式的复古运动、读经运动,都是对中国现代化建设和法治中国建设的根本反动。我们只有将中国的现代化建设置于宏大历史眼光之下予以审视,才能为中国的制度建构进行历史定位;我们只有将中国的法治建设置于现代观念之下予以考量,才能为其资源取舍确定合理的标准。一切历史都是当代史,这句话对当下的“法治中国”建设同样适用,只不过它拥有了一个更加清晰确定的内涵:一切古代制度文化资源,只要能够对当代法治中国建设提供滋养,就应当得到认真的对待和汲取,就可以转换成为现代制度文化的当然部分。

我们常言,前事不忘、后事之师,这一格言在今天必须被给予新的理解。历史积累和历史经验固然可贵,但历史并不总是能够指向未来,历史也不总是有益于未来,历史甚至可以成为未来的包袱,关键在于后人如何取舍。那些能够指向并通向未来的历史积累和历史经验,自身也并不包含证明其合理性的标准,合理性标准只能来自于现代性尤其现代价值。而掌握现代价值的只能够是现代化的人。所以,只有灌注了现代价值观念从而具有了现代意识的人,才是未来命运的真正掌控者。一句话,中国法治建设的未来,取决于我们能否培养一代代具备现代意识的人,政治、经济、文化、制度的现代化,本质上是人的现代化。“法治中国”对古今中外优秀制度文化资源的判断、拣选和汲取,最终依赖于具有现代意识的建设者去实施和实现。就此而言,培养现代化的人,或者说培育合格的公民,才是“法治中国”建设成败的核心要素和命脉所倚。

基于以上认知,笔者写作了关于近代新法家和先秦法家的系列论文,汇成这本小书,恳请方家批评指正。

魏治勋

2017年9月10日

# 目 录

## 第一编 新法家的古代思想基础

### ——先秦法家人性论、进化论与社会控制论

|                       |    |
|-----------------------|----|
| 第一章 先秦法家人性论及其现代批判     | 3  |
| 一、先秦法家人性论的基本观点        | 4  |
| 二、建基于人性论之上的法家法律思想     | 9  |
| 三、法家人性论视角下的法制改革实践     | 19 |
| 四、对法家人性论的批判性反思        | 22 |
| 小结：“以今释古”，萃取法家人性论合理因素 | 25 |
| 第二章 先秦法家进化论及其近代影响     | 27 |
| 一、先秦法家进化论的基本观点        | 28 |
| 二、建基于进化论之上的法家法律思想及实践  | 33 |
| 三、比较视野中的法家进化论         | 36 |
| 四、进化论视角下近代中国新法家思潮的兴起  | 41 |
| 小结：重释先秦法家进化论，助益当下法治建设 | 45 |
| 第三章 先秦法家社会控制论及其现代批判   | 47 |
| 一、作为舶来品的社会控制概念        | 47 |

|                    |    |
|--------------------|----|
| 二、先秦法家社会控制论的发展谱系   | 50 |
| 三、先秦法家社会控制论的基本体系   | 58 |
| 四、先秦法家社会控制论的实践技术手段 | 64 |
| 五、对先秦法家社会控制论的批判分析  | 72 |
| 小结:一切经典理论都是当代理论    | 76 |

## 第二编 新法家的近代思想基础

### ——生物史观、新国家主义与法治学说

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| 第四章 常燕生以“生物史观”为基础的新法治主义  | 81  |
| 一、常燕生的思想来源:中西合璧与创造性转化    | 82  |
| 二、常燕生的“生物史观”:新法家的理论基础    | 85  |
| 三、常燕生的“新法家”思想:国家主义的新法治观  | 89  |
| 四、常燕生“新法家思想”的检省与启示       | 94  |
| 小结:常燕生法治思想的时代价值          | 97  |
| 第五章 陈启天的“新国家主义”思想及其法治观   | 99  |
| 一、陈启天的思想历程与政治实践          | 100 |
| 二、陈启天的“新战国”概念及其意义        | 104 |
| 三、陈启天“新国家主义”思想的主要内涵      | 110 |
| 四、国家主义的科学根据与历史根据         | 126 |
| 五、陈启天基于“新国家主义”的新法治观      | 137 |
| 小结:陈启天的国家主义思想的当代意义       | 151 |
| 第六章 近代新法家的法治主义思想建构及其时代功用 | 154 |
| 一、时局判断与前提理论:新法家思想展开的基础   | 155 |
| 二、新法家对传统法家思想的损益改造        | 160 |
| 三、新法家的理论贡献与时代功用          | 164 |
| 小结:新法家为法治中国建设提供思想资源      | 167 |

## 第三编 当代法治视野中的新法家思想

## ——形式法治观、意识形态与制度文化的反思与批判

|                              |     |
|------------------------------|-----|
| 第七章 新法家的“国家主义”形式法治观批判        | 171 |
| 一、新法家的“新法治主义”:救亡济世的“国家主义”法治观 | 171 |
| 二、新法家的“新法治观”批判:形式主义法治及其缺陷    | 177 |
| 三、检视“法治中国”:新法家的可能贡献与基本限度     | 183 |
| 小结:“法治中国”的应有担当               | 187 |
| 第八章 近代“救亡叙事”中的新法家法治意识形态      | 188 |
| 一、重新认识新法家:以“救亡叙事”为基本视阈       | 189 |
| 二、新法家学说的尴尬境遇:有悖中国的“矛盾现代性”    | 192 |
| 三、新法家意识形态建构的问题:内涵结构的缺陷       | 199 |
| 小结:熔铸民族法治未来的新法家精神            | 208 |
| 第九章 “法治中国”如何融通西方制度文化资源       |     |
| ——从近代新法家常燕生的相关批判切入           | 210 |
| 一、“法治中国”镜鉴西方制度文化资源的反思性向度     | 211 |
| 二、西方制度文化之于“法治中国”建设的构成性维度     | 217 |
| 三、中西视阈下中国特色法治道路的战略原则         | 225 |
| 小结:法治建设是一项需要不断学习的系统工程        | 228 |
| 参考文献                         | 230 |
| 后 记                          | 243 |

## 第一编

---

### 新法家的古代思想基础

——先秦法家的人性论、进化论与社会控制论



## 第一章

# 先秦法家人性论及其现代批判

一切经典学说都会使后继者背上沉重的包袱,后继者或者在前人开创的领域内进行细微而末的耕耘,或者跳出前人限定的范围站在对立面进行批驳,却又往往与前人陷入到共同的局限中而不自知,只有进入新的历史时期以新的理论视阈去批判,才能看出前人局限所在,即便如此,更好的方式还是尽可能地还原其学说的本来面目,发现其应有的价值所在。

对人性的定义实际是先秦诸子百家立论的基础,通说一般认为先秦法家主张“性本恶”的人性论观点,这一方面固然是由于包括管子、商鞅、韩非在内的法家主要代表人物所着重突出的都是人性“好利恶害”的一面;另一方面这也是他人所附会的结果,以性本善立论的儒家为代表,在看到法家鲜明地站在了务实功利的立场之后,给法家贴上“性恶论”标签,简化其学说,从而方便进行批驳。但实际上法家的人性论只是将人的功利计算之心推至极致,却没有对这种“好利恶害”的人性作出好与坏的价值判断。杨鸿烈先生曾在其著作中论述道:“人性既是坏到父母妻子至亲也以‘计算之心’相待,所以‘仁、



义、道、德’就不免是迂阔不切实际,还是法禁来得有效。”<sup>〔1〕</sup>杨先生虽一针见血地指出了法家的核心论点所在,但对这种人性论所作出“坏”的判断,却也包含着个人附会的因素。只有摒弃先入为主的臆断和附会他人的言论,我们才能还原先秦法家人性论的本来面目,从而在当时的历史条件下,理解建基于这种人性论之上的法律思想和相应的法制改革实践;唯有如此,我们才能以批判但抱以同情的态度,在建设现代法治国家的语境中,重新诠释法家人性论及其思想学说与法制实践,以服务于当代之需。

## 一、先秦法家人性论的基本观点

### (一)先秦法家主张性恶论吗

一般观点都认为先秦法家是主张“性恶论”的典型代表,但这一标签化的论断其实并不符合法家人性论的本来面目。性恶论的判断与其说是法家自我的认知,倒不如说是他人从外部片面曲解法家人性论的结果。虽然法家在地域上有晋秦法家和齐法家的区别,在时间上有春秋时期、战国初期和晚期的界分,在学术侧重点上有法、术、势的区别,但作为整体的法家从未对人性在道德意义上进行善恶的评价与区分。

真正主张“性恶论”的其实是战国晚期儒家集大成者的荀子,荀子当然深深影响了他的学生韩非,但这并不意味着能将荀子的人性论直接等同韩非乃至整个法家人性论。作为齐儒的荀子,本身就受到法家和儒家思想的双重影响,他在稷下学宫受到慎到的“自私自利”人性论的影响,并在此基础上提出了“性恶论”的学说,他说:

今人之性,生而有好利焉,顺是,故争夺生而辞让亡焉;生而有疾恶焉,顺是,故残贼生而忠信亡焉;生而有耳目之欲,有好声色焉,顺是,故淫乱生而礼义文理亡焉。然则从人之性,顺人之情,必出于争

〔1〕 杨鸿烈:《中国法律思想史》,中国政法大学出版社2004年版,第78页。