

· 河北省社会科学基金项目 ·

武建敏 董佰壹◎著

法治类型 研究

FAZHI LEIXING YANJIU



人 民 出 版 社

武建敏 董佰壹◎著

法治类型 研究

FAZHI LEIXING YANJIU

 人 民 出 版 社

责任编辑:张立

封面设计:周涛勇

版式设计:李欣欣

责任校对:吕飞

图书在版编目(CIP)数据

法治类型研究/武建敏 董佰壹 著. —北京:人民出版社,2011.3

ISBN 978-7-01-009618-6

I. ①法… II. ①武…②董… III. ①法治-类型-研究 IV. ①D902

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 008107 号

法治类型研究

FAZHI LEIXING YANJIU

武建敏 董佰壹 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京新魏印刷厂印刷 新华书店经销

2011 年 3 月第 1 版 2011 年 3 月北京第 1 次印刷

开本:710 毫米×1000 毫米 1/16 印张:17.25

字数:275 千字 印数:0,001-3,000 册

ISBN 978-7-01-009618-6 定价:39.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

中国法律传统与欧洲法治精神(代序)*

武树臣**

中国法律传统与欧洲法治精神之间存在着极大的差别,这是两种迥然不同的社会生活和民族文化传统造成的。尽管如此,在中国法律传统中也存在着与欧洲法治精神的某些表面上的相似之处。^①这说明人类的文化成果表现在地域上的历史上面的差异性并不是绝对的。不仅如此,我们相信人类总是自觉或不自觉地走着一条共同发展的道路,正如人们常说的:“条条大路通罗马。”从近代(1840年)以后,中国法律传统从危机当中走上了近代化(现代化)的路程。站在历史长河的上面俯看中国的百年史,1898年的立宪变法,^②和20世纪末(1997年)确立的“依法治国”方略,^③正好像是两尊路标一样,指明了人类法律实践活动共同发展的方向。

* 该文作于1999年10月,是应意大利佛罗伦萨大学佐罗教授之邀写作的,该文先后被译为英文、意大利文。发表在佐罗教授主编的论文集中。参见 *Lostato di diritto*, Storia, teoria, critica Acura di Pietro Costa Danilo Zolo.

** 武树臣,北京大学法学院教授、博士生导师;山东大学法学院教授、博士生导师,山东大学人文社会科学一级教授。

① 比如,公元前3世纪左右的法家主张严格以法办事,要求君主、臣僚、贵族、平民、富人、穷人都无一例外地服从法律(《管子·法法》:“君臣上下贵贱皆从法,是谓大治”);又如,唐代法律对官吏的行政活动作出十分严密的规定,坚决制裁官吏的违法行为。

② 1898年6月,清朝光绪皇帝采纳进步人士康有为、梁启超等人实行君主立宪和三权分立的建议,实行变法。同年9月,由于守旧势力的扼杀,变法失败,6名变法领袖被处死。

③ 1997年9月中国共产党第十五次代表大会确立了“依法治国,建设社会主义法治国家”的方针。

一、关于中国法律传统

中国法律传统不仅是法学家特别是法史学家关心的课题,而且它还作为一种活着的文化因素,极大地影响着现代中国的法律生活。

(一)什么是法律传统

我所理解的法律传统也许有别于其他法学家。我认为,法律传统大体上由两方面内容所构成:一是支配法律实践活动的价值基础,它常常表现为一定的法律思想、观念、理论和它们背后的更深层次的道德、哲学。这些内容都是一个民族或国家经历长期生活而逐渐形成的。它们与这个民族或国家的历史、文化传统密不可分,它们一经形成,便具有相对稳定性并世代相传。二是法律实践活动即立法、司法的工作方式,即成文法、判例法,以及成文法与判例法相结合的混合法。简单来说,一个民族或国家的占据支配地位的并实际支配法律实践活动的价值基础,以及这个价值基础经过立法或司法过程而被社会化的工作方式,这两方面内容合起来,便形成了该民族或国家的法律传统^①。

我之所以要这样概括法律传统的概念:一方面是受到关于“法系”理论的影响,另一方面也是想修正“法系”的划分方法。我认为,在试图对世界范围的法律进行宏观的划分的时候,应当首先找出适当的标准,并注意不要同时使用两个或两个以上的标准。正好像对人群进行划分时,可以用宗教信仰、人种、性别等做划分的标准,但一定要用一个标准而不能同时使用两个标准,否则便会出现逻辑上的毛病。^②

我认为,世界范围内的法律传统,如果按照价值基础来划分,大体上可以分

^① 武树臣等:《中国传统法律文化》,北京大学出版社1994年版,第35~41页。

^② 武树臣:《走出“法系”——论世界主要法律样式》,载《中外法学》1995年第5期。

为两种:即个人主义的法律传统和集体主义的法律传统。这大体上就是西方的法律传统和东方的法律传统。如果按照法律样式(立法、司法的基本工作方式)来划分,可以分为三种:成文法的样式(欧洲大陆法系),判例法的样式(英美法系),混合法的样式(中国法系)。西方两大法系,其价值基础是基本一致的,其法律样式又是不同的。而苏联的法律样式与欧洲大陆成文法并无本质的不同,但与西方两大法系的价值基础明显不同。而中国法系与西方两大法系之间,在价值基础方面是不同的,在法律样式方面又存在着局部的相似之处。

总而言之,一个民族或国家的法律实践活动体现出来的价值基础和法律样式,就构成了我所理解的法律传统。

(二)中国法律传统的两个基本要素

中国法律传统是经历几千年的法律实践活动而形成的,而且在当今社会生活中仍然发挥着重要作用。

中国法律传统由两个基本要素构成:集体主义的价值基础和混合法。

1. 集体主义的价值基础

相对于西方的个人主义而言,中国法律传统中的价值基础是集体主义的。这种集体主义的价值基础又由两部分所组成:一是宗法家族主义,二是集权的国家主义。宗法家族主义的集中表现是“礼”。“礼”是以宗法家族的男性长者的权利为核心的,其表现形式是父慈、子孝、男尊、女卑等宗法道德伦理观念和道德伦理规范。“礼”的社会价值就在于规定个人的一系列义务以维护宗法家族的整体安宁。“礼”在中国数千年古代社会中具有深层次的作用,它不仅束缚着人们的行为,而且还制约着人们的思考。集权的国家主义的集中表现是中央集权的君主专制的官僚制的国家政权,以及该政权制定并保障推广的法律。为了维护专制国家的稳定,法律规定了臣民的一系列义务,并对违法者施以严酷的刑罚。不管是宗法家族的“礼”,还是专制国家的“法”,它们都极大地限制个人的各种自由。在中国古代的文化字典里,几乎找不到个人权利、自由的字眼儿。

2. 混合法的法律样式

在中国封建社会,历朝历代都重视并编纂成文法典,而成文法典在司法中的确发挥着重要的职能。但是在特殊历史情况下,比如旧的王朝被推翻了,新建的王朝还来不及重编纂成文法典;比如社会生活的节奏加快了,原有的成文法典不能发挥作用;再比如,王朝采纳了新的思想体系作为官方正统思想,而原有的法律条文已经过时,等等。在这种情况下,各级法官便创制并适用判例。这种判例还被编纂成册,分门别类,以供法官援引。到时机成熟后,判例中的某些原则被立法所吸收,成为成文法典的新的组成成分。这就是中国古代的混合法。这种法律样式,正是战国末期的儒家代表人物之一的荀子所提倡的:有成文法就依成文法裁判;没有成文法就适用判例。^①

综上所述,集体主义和混合法就成为中国法律传统的两个要素。

(三) 中国法律传统的历史发展

中国法律传统不是在短时期内形成的,而是经历了漫长的历史过程才形成的。大体而言,它经历了以下三个主要发展阶段:

1. “礼治·判例法”时代

古代的西周(公元前11世纪至前771年)、春秋(公元前770年至前476年)是“礼治·判例法”时代。这一时代的主要特征是:“礼”的原则支配着社会生活的方方面面,它在国家政权上的表现就是宗法贵族政体。各级贵族在领地内享有独立的政治、经济、军事、法律等权力,并一代代世袭下去。当时的法律充满了“礼”的精神,比如,严厉惩处“不孝”,^②“诉讼双方理由相等,则辈分低的一方有罪”。^③

^① 《荀子·王制》:“有法者以法行,无法者以类举,听之尽也。”

^② 《尚书·酒诰》。

^③ 《左传·昭公元年》。

由于法官也是世袭的,后世法官按照父亲的做法去判案,不仅是正常的事,也是“孝”的要求。^①这就形成了遵循先例的传统。在审判中,由于没有成文法典,判案实际上是遵循着“礼”来进行的。“礼”作为多少世纪形成的风俗成为取之不尽、用之不竭的法的源泉。

贵族政体和判例法,使作为统治者的“人”的作用十分突出。一个领地治理得好不好,一个案件审理得是否正确,在极大程度上取决于“人”的素质。这正是中国古代“人治”^②思想产生的社会原因。

2. “法治·成文法”时代

战国(公元前475年至前221年)、秦朝(公元前221年至前206年)是“法治·成文法”时代。此间,非贵族出身的平民和地主取得了诸侯国的政权,并通过兼并战争走向统一,终于缔造了中央集权的君主专制政体。君主的意志以法律的形式表现出来,即法家所提倡的“以法治国”的“法治”。个人必须无条件地服从国家和法律,否则必须遭到严惩。国家的统治不再依靠宗法家族的血缘纽带而是靠着地域的行政机构来完成。

此间,成文立法获得空前的发展,以致社会生活的方方面面都有相应的法律来调整。^③法官审判案件必须严格依照成文法律,既不能依靠个人的判断,也不能援用以往的判例。法律具有无上的权威,法律颁布后,有人非议法律的,要严加制裁。^④

3. “礼法合治·混合法”时代

从西汉至清末(即公元前202年至公元1840年)是“礼法合治·混合法”

① 《论语·学而》：“子曰：父在，观其志，父没，观其行，三年无改于父之道，可谓孝矣。”孔子说，父亲在世时，要看他（儿子）的志向；父亲死去了，要考察他的行为，能够长期坚持父亲生前的做法，就算得上是孝了。

② 《礼记·中庸》：“为政在人，其人存则其政举，其人亡则其政息。”治国全靠人，好人执政，政治兴旺，坏人执政，政治衰亡。

③ 《史记·秦始皇本纪》：“诸产得宜，皆有法式。”社会生活的各个方面，都有相应的法令。

④ 《管子·法法》：“作议者尽诛。”对妄议法令者，都要处刑。

时代。两千年之久的封建时代的基本特征,是自给自足的农耕生产方式基础上的君主专制政体与宗法家族的紧密结合。在国家政治领域,法律作为君主的意志和君主操纵庞大官僚机器的工具,具有极大的效力。在这个角度可以说,中国封建时代的法律是君主管官吏的“官法”,而在社会生活领域,自然经济促进了宗法家庭的恢复与发展,从而使“礼”再一次登上了舞台。“礼”作为民间的风俗习惯在寻常百姓中发挥着实际的规范性作用。这种客观存在使“法治”和“礼治”结合起来,各自发挥各自的社会职能:“法治”维护中央集权的君主专制政体;“礼治”维护这个政体的社会基础——宗法家族社会。

在审判活动中,当国家的法律与社会生活相适应的时候,就严格要求法官依照成文法律裁判案件。但是,第一,由于成文法本身的特点,使成文法受到程序上的限制而很难随时完成,更不能朝令夕改;第二,成文法典的内容不可能是包揽无余的,总存在漏洞或不足之处;第三,中国幅员辽阔,各地具体情况和风俗习惯不尽一致。这就使成文法典在审判中的支配地位只是相对的而非绝对的。在特殊历史条件下,法官们为拯救法律的弊端而创制和适用判例。此刻,“礼”再次充当了法源的角色。历朝的“决事比”、“故事”、“断例”、“例”,都被分门别类地编辑成册,发挥着实际的支配地位。^①

(四) 中国法律传统的社会成因

中国古代社会的基本特征是“三合一”,即自然经济的农耕生产方式、宗法家族的社会组织形式、中央集权的君主专制政体,三种因素的密切结合。

生活在黄河中下游一带(中原)的农耕民族,是中国的文化中心。农耕生活的封闭性和稳定性促进了宗法家族的发展,“礼”就是在这种环境中形成的。

生活在西北地区的游牧民族,由于生产和生产方式的原因,很早就形成了“尚功”、“尚法”和“集权”的传统。“法治”的思想就是在这样的土壤上产生的。

社会变革和战争使“礼”和“法”一度处在冲突之中。但是,当社会最终稳定下来之后,便自觉不自觉地完成了一种新的组合:中央集权的君主专制政体

^① 武树臣等:《中国传统法律文化》,北京大学出版社1994年版,第413~427页。

使“法治”的旗帜高高飘扬;在作为社会基本细胞的宗法家族的世界,在国家法律鞭长莫及的乡村,“礼治”仍发挥着真正的职能。这样,“法治”和“礼治”由于各司其职而并行不悖,又由于相互支持而关系紧密、缺一不可。

中国古代社会是缓慢发展的,但始终没有迎来质的飞跃,这是因为中国古代社会的“三合一”结构足以抵御和压抑了商品经济和市民社会的发展。尽管明末清初的启蒙思想家曾经敏锐地感受到新世纪的呼唤,但它毕竟没有如期到来。只是到了鸦片战争以后,在深重的民族灾难面前,先进的中国人才睁开眼睛看中国之外的世界。

二、中国法律传统的危机与欧洲 政治法律思想的输入

近代资产阶级的政治法律思想并不是在中国土地上自然生长出来的,而是从域外传播进来的。它们是乘船自西方而来的,故被称为“舶来品”。而且,这种输入又伴随着外国列强的铁舰和炮弹的冲击。勇敢而智慧的中国人,一方面手持大刀长矛抵御外侵,一方面又真诚地向外来文明学习,以求中华民族的生存。于是,反抗外侮的民族斗争和以模范列强为目标的改革变法运动,便交织成中国近代社会史的二重奏。

(一) 中国法律传统面临危机:1840 年鸦片战争与领事裁判权

1840 年爆发了中英鸦片战争,清政府遭受败绩。1842 年,签订了丧权辱国的中英条约。该条约在法律上的作用是确立了外国强国在中国的领事裁判权。^①

^① 该条约第 13 条规定:中国居民与英国人发生诉讼,需要追究刑事责任的,中国居民由中国官府处分,英国人由英国领事馆官员处分。参见王铁崖:《中外旧约章汇编》,三联书店 1957 年版。

此后,各列强相继与清政府签订了这类条约。据此,外国人在中国违法犯罪不受中国司法机关管辖和审判,必须交由外国领事馆处置。其理由是:中国法律野蛮,而且狱政黑暗。英国政府在条约中允诺:一旦中国法律及狱政得到改良,英国将放弃领事裁判权。^①

领事裁判权制度在中国设立,对几千年来一直以“天朝上国”自居的封建王朝来说,至少有三大伤害:

首先,中国数千年均以王朝为国家的最高政权,王朝制定的法律在所有辖区内无一例外地实行。而领事裁判权制度的设立,对封建王朝的最高权威是一个动摇,对王朝的脸面也是一个嘲弄。

其次,随着外国传教士在中国传教活动的发展,教民即信教的中国居民也逐渐增多,他们常常与当地居民发生冲突,而教民又常常得到外国领事的庇护,甚至与地方政府分庭抗礼,从而酿成被称作“教案”的社会动乱,这无疑扰乱了王朝的社会秩序。^②

再次,在租借地,清政府无实际的管辖权。以推翻清王朝统治为目标的革命党人士,常常在租借地从事革命活动,清王朝引渡革命人士的企图常常被拒绝。1903年6月“上海苏报案”就是最明显的一例。^③这对清王朝的政权是直接的威胁。

清王朝急于废弃领事裁判权,但面对铁一样的现实情况又感到力不从心。这样,便不得不走迂回之路,即转而改良中国固有的法律制度,以期外国列强放弃领事裁判权。这种想法带有天真的色彩。因为,领事裁判权涉及国家主权,是与国家的地位和实力密切相关的。它本身不是单纯的法律问题。但是,当时上自高官下至学者都相信:只要改革旧法制,便能够废弃领事裁判权制度。于是,终于演成了清朝末年的修改法律的浪潮,这一浪潮差不多为中国法

① 《中央统议通商行船条约》(1903年8月)第12条:中国希望整顿本国法律制度,以期与西方各国法律相一致,英国愿意协助此事。一旦中国法律制度及审判办法等相关事宜均变得妥善,英国便会放弃领事裁判权。参见《光绪朝东华录》光绪二十八年八月。

② 参见张力、刘鉴唐:《中国教案史》,四川省社会科学院出版社1987年版。

③ 革命党人士章炳麟、邹容在上海租借地办报纸“苏报”发表革命文章,鼓吹革命,被上海公共租界工部局逮捕。清政府极力要求引渡,被拒绝。

律传统画上一个句号。

(二) 欧洲政治法律思想的输入: 民主思想与自由思想的不同境遇

1840 年鸦片战争后, 中国面临着深刻的民族危机。一些冷静的爱国人士开始注意西方文明。林则徐写了《四洲志》, 他是睁开眼睛看世界的第一人。^① 魏源写了《海国图志》, 提出了学习外国长处以与外国抗衡的主张。^② 他们没有去过外国, 他们的书是靠采辑间接材料而写成的。

此后, 一些中国官员、学者相继走出国门, 去欧洲、日本考察、学习。他们写了许多日记、札记、游历记, 对西方各国和日本的政治法律制度、思想理论、风土人情等, 作了具体的描述和介绍。这些作品被收在《走向世界丛书》里。^③ 与此同时, 大批留学生相继到西方国家特别是日本留学、学习各方面的知识。

此外, 还有一些既去过西方国家又专门从事翻译的学者。其中最著名的是严复。他先后翻译并出版的西方名著有: 生物学家赫胥黎的《天演论》(今译《进化论与伦理学》)、亚丹·斯密的《原富》、斯宾塞尔的《群学肄言》、约翰·穆勒的《群己权界论》(即《自由论》)、甄克思的《社会通论》、孟德斯鸠的《法意》(即《论法的精神》)等。^④ 这些外国名著的中译本的出版, 对西方政治法律思想的输入起了重大作用。

中华民族是一个具有悠久历史和文化传统的民族, 当她吸收外国文化成果时是有选择的。这也说明, 国家民族之间的文化传播不可能是全盘移植的。因此, 中国在输入西方政治法律思想和制度时, 便出现了很有趣的现象: 民主

① 林则徐(1785—1850), 清朝官吏。于 1839 年作为钦差大臣在广州虎门销毁鸦片 100 多万公斤。主持编写《四洲志》, 主张“师敌之长技以制敌”(学习外国的先进技术以制服外国)。

② 魏源(1794—1857), 清朝官吏。编写《海国图志》, 主张“师夷长技以制夷”(学习外国的先进技术以制服外国)。

③ 1985 年 1 月湖南省岳麓书社出版了《走向世界丛书》第一辑共 10 册, 收集了民国(1912 年)以前亲历欧美日的官员、使臣、学者写的札记、日记。

④ 严复(1854—1921)曾留学于英国格林尼次海军大学。主张变法, 学习西方, 实行君主立宪。成为著名的启蒙思想家。著作有《严译名著丛刊》等。

宪政思想与自由思想的境遇迥然不同。

应当指出,西方的民主宪政思想和自由主义或个人主义观念,是西方历史文化或曰资本主义文化的产物,它们和中国的现实社会生活以及历史文化传统存在着极大差别。因此,当这些舶来品一登上中国大地,便不可能保持其原来的面貌而只能听任中国的选择、改造和加工。在西方,民主宪政思想和自由主义同属一个完整的思想体系,而后者又是前者的理论基石。诚如严复所说,西方国家“以自由为体,以民主为用”^①。然而一到中国,两者的境遇就出现差别了。中国人似乎更看重民主宪政,因为它被视为西方国家之所以强盛的政治原因,同时经过亚洲国家日本变法强国的实践所证明了的。以保国保种、救亡图存为首务的进步人士满怀信心地忙着构筑一个民主宪政的政治躯壳,来尽快改变中国落后受列强欺侮的不幸命运。他们来不及,同时也没有条件去塑造与这一政治躯壳相适应的思想体系。于是,自由主义便无形中被忽视了,对它的引进和宣传比民主宪政思想大约晚了半个世纪。^②造成这一有趣现象的社会原因是多方面的,其中主要是中国传统文化的强大惯性力所致。民主宪政思想虽产自异方,但与中国传统文化的民本主义或多或少有些形似之处。当时有人就断言西方的民主宪政是从中国古代传过去的,资产阶级立宪派正是借助孔孟之言和儒经之义来宣传西方民主宪政思想的。而西方的自由主义却同中国传统观念格格不入,几乎没有调和的余地,因此受到中国传统民族心理的本能忽视或抵触。此外,作为封建主义死对头的中国资产阶级是非常虚弱的,资本主义经济实力、政治力量的脆弱及其阶级局限性,使得他们无论在政治上还是在理论思维上,都没有发展到较为成熟的地步。他们没有勇气和力量同封建势力、封建文化实行彻底的决裂。为了维护一己之私利,他们宁愿保留封建主义的部分遗产。以期与旧势力平分秋色、相安无事。这恐怕是中国资产阶级不肯捡起自由主义思想的原因之一。最后,文化引进的渠道并非毫无作用。西方的政治法律思想大都是以日本为中转站而输入中国的。由于民族、文化、历史以及现实政治的原因,日本对自由主义思想并未表现出特殊

① 严复:《严复集·原强》,中华书局1986年版,第11页。

② 熊月之:《中国近代民主思想史》,上海人民出版社1986年版,第20、151页。

的热情。这一情况折射到中国便产生一种见解:日本变法强国靠的是民主宪政而非自由主义,这就直接影响自由主义思想对中国的二次输入。

以维护人的尊严、人身财产安全和确保自由、平等为内容的“人权”思想,尽管比“民主”思想的传播大约晚了半个世纪,但它在涤荡中国传统旧观念的变革中发挥了攻坚的威力。同时,它作为一种思想理论加固了“民主”思想的阵地。

西方的民主宪政、“个人本位”思想及法律、法学的输入与传播,促进了中华巨狮的初步沉醒,她终于伸直腰、抬起头,睁开眼睛看世界、开动脑筋想问题,并准备迈步前行了。

(三)民主理想与百日变法:激荡的1898年

戊戌变法是先进的中国人企图效法列强实行变革以解救中国危亡的一次伟大尝试。以康有为^①、梁启超^②为代表的资产阶级改良主义政治家,出于救亡图存的热忱,参考外国发达的政治制度,精心设计了一幅君主宪政的蓝图:第一,设议院,开国会,公举方正直言敢谏之士参与国事,君主与国民共议国政;第二,制定宪法,定君主、官吏与国民的权利义务,全国人等均以宪法为最高准则;第三,行三权鼎立之制,以国会立法,法官司法,政府行政,三权各不统领,而由君主总之。

变法的方式是一些激进的知识分子上条陈、章奏,由光绪皇帝^③批准颁布实行。由于封建顽固势力的强大与中国民族资产阶级力量的薄弱,新政只维持了百余天便被旧势力镇压下去,“维新六君子”^④慷慨就义。

① 康有为(1858—1927),中国近代资产阶级改良运动的领袖。1898年在光绪皇帝支持下参与变法活动。变法失败后被通缉,逃亡国外。

② 梁启超(1873—1929),中国近代资产阶级改良运动的领袖。1898年协助康有为实行变法。变法失败后逃亡日本。

③ 光绪皇帝(1871—1908),清末皇帝,1875—1908年在位。1898年6月11日宣布变法,9月21日,慈禧太后发动政变,将光绪皇帝幽禁。

④ 1898年9月21日慈禧太后发动政变,囚禁光绪皇帝,搜捕变法人士。28日将谭嗣同、康广仁、刘光第、林旭、杨锐、杨深秀等六人处死,史称他们六人为“六君子”。

这次立宪运动,就其主持者主观动机而言是真诚的,但依靠一位皇帝自上而下变法的方式本身,就埋藏着失败的种子。尽管如此,百日变法仍是中国近代史上伟大的事件,并对后世产生重大影响。通过变法运动,中国资产阶级完成了民主宪政思想的启蒙宣传,使西方资产阶级政治法律理论在中国土地上扎下了根。

(四)自由主义思想之光与清末修律活动:1902—1911 年的修律及其历史地位

1898 年变法被镇压,当中国进入 20 世纪时,八国联军的入侵^①和孙中山^②先生领导的革命运动,已使清王朝内外交困。为缓和矛盾以拯救摇摇欲坠的政权,慈禧太后^③下诏实行“新政”和“立宪”。“弃权”的内容之一是修订法律。

1902—1911 年的修订法律活动,是中国两千多年封建法律向近代化转折的里程碑。在修律过程中,曾爆发了两种修律指导思想之间的大争论。

其中,坚持以中国固有礼教即家族主义为指导思想的,被称为“礼教派”;坚持以西方主义即个人主义法律原理为指导思想的,被称为“法理派”。前者认为,中国与西方不同,中国以宗法家族为社会细胞,家族的稳定关系到国家、社会的稳定,因此,要继续保留那些封建礼教,维护父家长的特权。如果采取个人主义原则,那么,父亲责打儿子,儿子就可以以“正当防卫”来打父亲,中国就会大乱。后者认为,西方国家之所以国力强盛,就在于适用平等的自由主义的法律。中国只有打破家庭主义的旧法律,制定个人主义的新法律,才能赶

① 1900 年,英、美、德、法、俄、日、意、奥八个帝国主义国家的军队在德陆军元帅瓦德西联军统率指挥下践踏中国主权,于 8 月 14 日攻陷北京,掠夺财物,残杀人民。1901 年 9 月 7 日迫使清政府接受屈辱的条约。

② 孙中山(1866—1925),中国革命的先行者,提出“三民主义”(民族主义、民权主义、民生主义),是中国国民党的创始人。

③ 慈禧太后(1835—1908),清朝末年的皇后、皇太后。执掌王朝的实际权力,是守旧政治势力的代表人物。

上世界潮流,自立于民族之林。^①

这场争论以法理派的妥协而告终。这说明,在近代中国,自由主义思想的影响力远比民主宪政思想要微弱得多。

尽管如此,清末修律活动毕竟是一个伟大的创举:它改变了中国封建旧法律的传统精神,在条文中采纳了罪刑法定、审判公开、辩护制度、法律面前人人平等西方法律精神;区分实体法与程序法,制定了独立的法典和单行法规;奠定了中国近代法律向欧洲大陆法系靠拢的基本方向。以至于人们说:中国法律的近代化是与中国法律的欧洲化毫无差别的。一直到20世纪80年代,以《牛津法律大辞典》的翻译出版为标志,中国法学界才从整体上开始注意研究和吸收英国法系的成果。^②

三、中国古代“法治”与欧洲近代 “法治”理论的比较分析

我认为,“比较”是一种研究的方法或研究的角度,“比较”也许最适用于这样两种场合:①A事物与B事物从不同的位置出发,经过不同的轨迹而达到共同的终点C;②A事物与B事物本来处于共同的位置C,但由于各自运动轨迹不同,从而各自达到不同的终点A和B。对于两件既无共同出发点,又无共同终结点,而处并行状态的事物A和B,当然也可以“比较”,但一定要注意避免表面的罗列。

我还认为,“比较”的目的不仅在于发现不同事物之间的差异性,更重要的是在于揭示它们之所以具有差异的历史原因,以及历史规律。真正的“比较”也许同评价何者为优、何者为劣的判断是不能同日而语的。特别是由于,

① 武树臣等:《中国传统法律文化》,北京大学出版社1994年版,第八章“中西交错”时代的法律文化第二节“个人本位”与“家族本位”的交锋。

② 《牛津法律大辞典》,光明日报出版社1988年版。

人们总是生活在一定的文化背景中,又总是习惯于运用自己的文化价值观来判断事物,这样也许容易导致自我中心式的结论。

(一)中国古代的“法治”:中央集权政体下的“法的统治”

在中国的战国时代,新兴地主阶级的代表法家曾提出以法治国的“法治”理论。《管子·法法》说:“君臣上下贵贱皆从法,此之谓大治。”也就是说,君主、臣僚、贵族、平民都服从法律,这是国家最完美的状态。

但是,法家的“法治”是靠着君主集权政体来推行的,君主在旧的宗法贵族政体的废墟上构筑了中央集权的专制主义国家政权。法律又是君主制定的。这样,法家的“法治”理论中同时出现两个权威:一是法的权威,所有人都要服从法律;二是君主的权威,一切要服从君主。正如近代思想家梁启超所说的:法治主义如果言之成理,至少有立宪政体做其后盾。^①可见,法家的“法治”理论在逻辑上是存在悖论的,正好像中国古代寓言所说:一个商人卖矛和盾,说:我的矛很锋利,没有穿不破的;又说:我的盾很坚固,任何东西都能抵挡。

按照法家的逻辑:除了君主之外,一切人都无例外地服从法,这种“法治”不过是中央集权政体统治之下的“法的统治”。

(二)中国古代“法治”与欧洲近代“法治”:本质上的差别

中国古代“法治”与欧洲近代“法治”的差别是十分明显的:前者是东方型的,后者是西方型的;前者是古代型的,后者是近代现代型的;前者的“法的统治”是与君主集权政体相联系的,后者的“法的统治”是与民主政体相联系的;等等。这种差异性的原因应当从各自不同的历史文化和经济生活中去寻找。作为一种价值基础,中国古代的“法治”体现了专制主义的集体主义精神,而欧洲近现代“法治”则体现了自由主义、个人主义精神。

^① 梁启超:《先秦政治思想史》,中华书局1936年版,第149页。