

中国法治观念

喻中◎著



中国政法大学出版社

中国法治观念

喻中◎著

法



中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

中国法治观念 / 喻中著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2011. 4

ISBN 978-7-5620-3851-1

I. 中 … II. 喻 … III. 法制史-中国 IV. D929

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第035700号

- 书 名 中国法治观念 ZHONGGUO FAZHI GUANNIAN
出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
邮箱 zhengfadch@126.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908586(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印刷厂
规 格 880×1230mm 32 开本 10.25 印张 240 千字
版 本 2011 年 5 月第 1 版 2011 年 5 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5620-3851-1/D·3811
定 价 28.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

自序 | Preface

这是一项以中国现代法治为主题的观念史研究。

在读书、阅世、思考、写作的过程中，我的一个基本想法是，既要描绘中国现代法治观念萌生、流变的脉络，同时也要把法治观念的历史汇入整体性的一般思想史或一般观念史的河流中。为此，不仅要从法学理论的立场上解释法治观念的变迁，更要从一般观念史的立场上考察法治观念的演进。这就意味着，要把法治观念的演进史作为一般观念史的有机组成部分，在法治观念史与一般观念史之间，尽可能达致通透、交融的程度，从而走出法治观念史长期以来总是游离于一般观念史或一般思想史之外的隔膜状态。

为了体现这样的研究旨趣，本书既聚焦于法治观念本身，但更注意法治观念与政治、社会、思想、文化诸现象之间的关联，注意中国法治观念赖以生长的世界背景，注意历史传统对于现代法治观念的制约性与规范性。换言之，现代中国的法治观念并不是一个孤立、封闭、自给自足、

自成一体的观念体系。恰恰相反，它与法治之外的其他因素总是纠缠在一起，总是受制于法治之外的其他因素，因而是法治内外的多种因素共同塑造而成的。

事实上，中国现代法治观念的兴起，既表达了一种关于“法”的新观念，更表达了一种关于“治”的新观念。一种关于“治”的新观念，其实就是一种新的“治道”观。一种新的“治道”观，就是对文明秩序的重新想象与重新建构。由此可见，一种新的法治观念的提出，意味着要在文明秩序的根子上进行全面的改弦更张。这当然是一个法学问题，但又绝不仅仅是一个专业性的法学问题，由于它涉及到文明秩序的重建，因而构成了一个与一般观念、一般思想打成一片的根本性问题。这就要求，关于中国法治的观念史研究，应当在更加广阔的思想背景下展开。

从内容上说，关于中国现代法治的观念史大致可以划分为三个段落：清末时期、民国时期以及 20 世纪中叶以后的中华人民共和国时期。清末时期，既是中国现代法治观念孕育、萌生的时期，也是一个相互争执、持论轩轻的时期；民国时期，主流思想界关于法治的认知依然保持多元化的特征；20 世纪中叶以后，关于法治的主流观念又出现了某些剧烈的转变。对于中国现代法治观念的这种流变过程，不妨简略地概述如下。

首先是孕育与萌生。中国现代法治观念，大致是在 19 世纪末诞生的。但是，任何“一朝分娩”的婴儿，都有一个“十月怀胎”的过程。中国初生的现代法治观念也经历了这

样一个“怀胎”的过程。从观念发生史的角度来看，中国现代法治观念的孕育可以追溯到19世纪30年代，代表性的思想人物是龚自珍。他以敏锐的眼光、写意的笔法，惟妙惟肖地描绘了一个典型的末世景象，并提出了从根本上进行变革的主张。由龚自珍开其端绪的求变之声，在魏源、冯桂芬那里获得了持续的回响：魏源主张“师夷之技”，冯桂芬则进而提出“师夷之法”，甚至还要“师夷之理”。把魏、冯两人的观点结合起来，就可以看到明显的趋势：既要学习夷人之“器”，更要学习夷人之“道”，这就为一种新的法治观念的孕育与萌生，奠定了精神上的前提条件。

洋务运动期间，思想界的前沿话题依然是向西方学习。在这个过程中，需要学习的内容从洋务运动初期的“工商经济”逐渐转向后期的“议会政治”。不过，无论是对“工商救国”的鼓吹还是对“议会救国”的呼吁，都在有意无意之间，暗合了现代法治所需要的经济基础与政治基础。

如果说，两次鸦片战争让中国人先败于西洋，那么，甲午中日战争则让中国人再败于东洋，这个更加屈辱的事实，就像烧开锅炉的最后一把柴禾，终于促成了中国现代法治观念的萌生。这种新生的法治观念，从本质上说，就是对中国固有文明秩序的一种重构。

19世纪末期诞生的新的法治观念虽然在精神层面上预示着一种新的文明秩序，但是，传统的文明秩序作为一种制度实体依然存在：皇权还存在，君臣关系也还存在。因而，在20世纪的最初十年，有关现代法治的观念就难免跟传统文明

秩序中的礼治观念与纲常观念相伴随、相纠缠。“法理派”与“礼教派”之间的对立，为我们集中展示了清王朝覆灭前夕那段颇具深意的思想论争。在那场关于“法与礼”的大讨论中，张之洞可以说是一个举足轻重的代表性人物。从观念史的角度来看，张之洞关于“法与礼”相互关系的态度，从一个侧面映照出那个时代所特有的法治观念形态。

尤其值得注意的是，张之洞的一生，新旧并存，旧人物嫌他太新，新人物嫌他太旧，他既代表了一个旧时代的终结，也代表了一个新时代的开端。本书以张之洞关于“法与礼”的态度作为清朝末年法治观念的“标本”，主要是考虑到他的思想观念的兼容性，以及他对于时代的实际影响。此外，今年（指2009年）正值张之洞辞世100周年，以他作为清末法治观念的代言人，既是对这个新旧不讨好的人物的纪念，也是对一种旧传统的尊重。

从清末切换到民国，尽管一整套政治符号体系发生了天翻地覆的变化，但这两个时段的法治观念并非一刀两断，而是相互粘连在一起。最能体现这种粘连性的代表性人物，就是梁启超。在清末民初交替更迭时期，梁启超既是风口浪尖上的思想领袖，也是第一个直接举出“法治主义”大旗的政治人物。他的法治观念，以“法治主义”作为“救时唯一之主义”，在百年中国的法治观念史上，产生了深远的影响（正是因为这个原因，本书在不同的地方，对他的代表性言论有重复的引证）。不过，就像他自己的名篇“过渡时代论”一样，他的法治观念，也是联结清末与民初两个时代的过渡

性观念。因而，梁启超“法治主义”的精神与风格，就构成了法治观念史上的一个绕不开的枢纽。

民国时期，在法治观念的谱系中，呈现出“三足鼎立”的格局：“新法家”的法治观、“新儒家”的法治观、“自由主义”的法治观。如果要分述“三家之要旨”，那么，我们可以看到：“新法家”群体以或隐或显的方式，恰好展示了“新法家”的两种形态。其中，“显现的新法家”直接打出了“新法家”的旗号，代表人物是陈启天。“隐匿的新法家”并没有直接打出这个旗号，而是体现为认同、接受传统法家的核心观念。相对于“显现的新法家”，“隐匿的新法家”群体人数更多，在思想界的影响也更大一些。这些或隐或显的“新法家”群体分别阐述的“新法家”思潮，对于民国时期以至于百年中国的法治观念与政治观念，都产生了潜在而深远的影响。因此，要理解现代中国的法治观念，就有必要对这个“新法家”群体及其所蕴含的法治观念给予足够的注意。

与“新法家”的法治观念比肩而立的，是“新儒家”的法治观念。这两种不同的法治观念接续了两千多年以来儒法之争的余绪，构成了民国时期法治观念史上的两道景观。为了比较对照这两种不同的法治观念，本书以贺麟等新儒家代表人物关于法治的论述作为切入点，对“新儒家”法治观念的特质进行了梳理。并以此为基础，对“新儒家”法治观与“新法家”法治观之间的差异进行了比较，希望以这种相互映衬、相互对照的方式，凸显两种法治观念的精神实质。

不过，在民国时期法治观念的谱系中，还有一个更重要的流派，那就是“自由主义”的法治观念。20世纪三四十年代，很多公共知识分子都立足于自由主义的立场，阐述了他们对于法治的看法。在这个群体中，我选择了30年代前后的罗隆基与40年代的储安平作为代表。罗隆基曾在美国与英国留学，储安平曾留学于英国，他们先后都在西方法治文明的核心地带直接呼吸过西方自由主义法治的气息。回国之后，他们在民国时期的舆论界先后都产生了重大的影响。他们在公共报刊上阐述的法治观念，比“新法家”、“新儒家”的法治观念更直接、更有力地反映并塑造了那个时代关于法治的基本想象。

在此，还有一个细节也值得一提：张之洞辞世之年（1909年）恰好就是储安平诞生之年，张之洞辞世百年的日子也是储安平诞生百年的日子。从张之洞的死到储安平的生，其间的巧合也许暗示着法治观念的转折？

接下来，就该说到20世纪中叶以后的法治观念了。显然，这是一个新的观念体系，较之于此前的法治观念，出现了一个明显的断裂。值得注意的是，从1949~1979年，30年间，偌大一个中国（指中国大陆，下同），法治一词出现的频率非常低。从1979~2009年，法治一词出现的频率开始上升，且越往后出现的频率就越高。最近几年，虽然学术界有“前30年、后30年”的说法，但是，这两个“30年”毕竟还是连成一体的。为了反映60年法治观念流动变迁的整体风貌，本书选取了一个相对特殊的视角：从《人民日报》关于

法治的报道与评论，来观察法治观念在不同时期的精神实质。如果说，60年来不间断地出版发行的《人民日报》可以视为中国时代精神的一面镜子，那么，《人民日报》在不同时期表达的法治观念，则是对此间法治观念变迁史的一种折射。

在这里，需要补充说明的是，《人民日报》关于法治的表达，既是典型的官方层面的表达，又在一定程度上，也可以代表学术界的的声音。譬如，1980年前后，法学理论界发起了一场关于“人治与法治”的大讨论，这些讨论代表了法学界的声音，这些声音在《人民日报》上都有比较全面的反映。再譬如，20世纪90年代，法学理论界有关于“法制与法治”的大讨论，《人民日报》对这场讨论也进行了及时的报道。

当然，《人民日报》对于60年间法治观念的反映，虽然可以让我们看到整体、看到概况、看到趋势，但毕竟不可能像专业性的法学论著那样深入、那样细致。为了体现“点面结合”的追求，本书在“《人民日报》所见之法治观念”这个“面”之外，还找到了两个“点”。第一个“点”，是最近几年持续不断的法治热点：司法改革的方向。法学理论界在“司法改革”这个主题之下，已经衍生出大量的文本，本书选取了其中的一些比较鲜活的文本予以审视、评析，旨在展示法治观念的新景观。第二个“点”，则是法学方法与法治观念中的“阶级”与“阶级分析”。因为，自从1949年以来，在关于法律、法治的观念体系中，“阶级”可以说是一个非常重要的“关键词”。因此，“阶级”的概念，尤其是作

为一种法学分析路径的“阶级分析方法”，有助于从一个具体的“点”上，揭示一个时代的法治观念的特质。

接下来，以法治观念史的铺陈作为基础，本书还从“事实与价值”两个不同的维度，进一步论述了“中国法治观念”这个主题——其实就是我自己关于中国法治的“观”与“念”。

把“观念”一词分成“观”与“念”两个字，也许有些冒昧，也许不够严谨，是否可以成立，当然还可以再讨论。在这里，我是想尝试着把“观”与“念”作为两个指向各异的会意词。其中，“观”有“观看”的意思，侧重于记录我之所见，主要是在“事实”或“实然”的维度上，阅读实践中已经成型的中国法治模式或中国现代法治传统，并试图提炼出中国法治模式所蕴含的一对关键词：“治”与“综治”，我希望借助于这两个关键词，在社会实证的层面上，在价值中立的层面上，描绘出中国法治模式内在的精神或神髓。“念”有“念头”的意思，侧重于反映我之所感，主要是在“价值”或“应然”的维度上，借助于“中国法治，如何是好？”这种提问方式，探讨中国法治的价值选择与价值定位。

当然，突出这两个不同的维度，也只是一种大致的、“会意”层面上的、各有侧重的划分，在论述展开的过程中，“观”与“念”并不能严格地切割开来，因为，在“观看”的时候，一些“念头”会油然而生；心中浮现的“念头”，其实就是“观看”的结果。

最后一章，可以说是一个意犹未尽的补充与延伸，具有

“跋”的意味——我也希望它能够承载“跋”的功能。它主要是从法治的运送者的角度，比较了两种不同的思想肖像：法家与法学家。法家的原产地在中国，法学家的原产地在欧美。前者也许当去，却又恋恋不舍；后者也许当来，却又姗姗来迟。两者之间的曲折婉转，已经悄无声息地融进了百年中国法治观念的丛林里。但愿最后这篇随笔风格的、几乎没有注释的文字，能够从一个特殊的角度，让我们真切地抚摸到中国法治观念的血温和脉跳。

喻 中

2010年11月

目 录 | Contents

自 序	/ 1
第一章 中国现代法治观念的兴起	/ 1
第二章 变法不变道：张之洞的法治观念	/ 25
第三章 梁启超的法治主义：从救亡本位到启蒙本位	/ 41
第四章 显隐之间：“新法家”及其法治观念	/ 68
第五章 “新儒家”的法治观念：贺麟对法治的想象与期待	/ 88
第六章 储安平的“自由主义”法治观及其局限	/ 111
第七章 从罗隆基的法治观看民国公共知识分子的法理修养	/ 125
第八章 六十年间的六种法治观念（1948 ~ 2007）	/ 161
第九章 法治观念的角逐：评 2008 年关于司法改革的论争	/ 179
第十章 阶级分析：一种法学方法与法治观念的死亡与再生	/ 193

第十一章	中国法治模式的关键词	/ 211
第十二章	中国法治，如何是好？	/ 240
第十三章	法家与法学家：两种法治运送者的思想肖像	/ 255
关键词索引		/ 283
主要参考文献		/ 298
后 记		/ 309

第一章

中国现代法治观念的兴起

一、引言

在中国历史上，春秋时期就已经出现了关于“以法治国”的记载。管子的一段话可资证明，他说：“以法治国，则举措而已。是故有法度之制者，不可巧以诈伪；有权衡之称者，不可欺以轻重；有寻丈之数者，不可差以长短。”^{〔1〕} 管子阐述的“以法治国”，虽然与西方传过来的现代性的法治概念相比，无论是在价值目标、制度安排，还是在规则体系、运行技术方面，都存在着相当大的差异。但是，在宽泛的、不太严格的意义上看，在古代中国的“以法治国”与当代中国的“依法治国”之间，还是有一些相通之处。而且，如果仅仅从字面、词义上说，“以法治国”与“依法治国”的差异实在是微不足道的。^{〔2〕}

自管子以降，几乎每一个朝代都有强调法律或“法治”的声音。其中的代表性人物主要有商鞅、韩非、李斯、晁错、桑

〔1〕 颜昌峣：《管子校释》，岳麓书社1996年版，第386页。

〔2〕 胡适认为：“中国古代只有法理学，只有法治的学说，并无所谓的‘法家’。中国法理学当西历前三世纪时，最为发达，故有许多人附会古代有名的政治家如管仲、商鞅、申不害之流，造出许多讲法治的书。后人没有眼光，遂把一切讲法治的书统称为‘法家’，其实是错误的。”参见胡适：《中国古代哲学史》，安徽教育出版社2006年版，第323页。胡适这段话是说，古代中国有法治的学说与观念，但没有“法家”。

弘羊、王符、崔实、仲长统、诸葛亮、刘劭、陈群、钟繇、葛洪、刘颂、张斐、杜预、赵绰、刘行本、李乾佑、柳宗元、白居易、王安石、许应龙、杨万里、苏天爵、郑介夫、方孝儒、丘浚、崔述、袁枚、沈家本，等等。对于这个谱系中的人物及其论著，最集中的展示可见于1974年“评法批儒”期间大量汇编出版的“法家著作选”之类的著作。^{〔1〕}

从观念史的角度来看，尽管法家思想框架下的“法治”观念一直都在流淌、在延伸，但是，自从汉朝政府采纳了董仲舒提出的“罢黜百家，独尊儒术”的政策之后，两千年里，无论是在学术思想的核心地带还是在国家主流意识形态中，法律本身与“以法治国”的观念总体上都居于边缘地位。在各种通行的法律思想史著作中，虽然也要分述董仲舒、诸葛亮、朱熹、王阳明这些思想人物的“法律思想”甚至是“法治思想”，^{〔2〕}但是，他们的法律思想在他们的整体性的思想体系中，几乎都居于附属的地位。常见的思想通史著作，都没有给法律思想史留下醒目的位置。那些治国理政的士大夫阶层，尤其是其中的地方官员以及中央政权中的司法官员，虽然都要裁决纠纷，都要履行现代社会中法官的职责，但是，在这些精英们的知识体

〔1〕 我在图书馆查找资料的时候，“评法批儒”主题之下的图书几乎摆满了一个书架。我随手翻开的一本代表性的著作是《历代法家著作选注》（上、中、下，北京人民出版社1974年版）。这些著作都是因为“评法批儒”运动而滋生出来的。

〔2〕 譬如，贺麟在《法治的类型》一文中，就把传统中国的法治分为“申韩式的法治”与“诸葛式的法治”，他说：“因建立或推动法治的人或人格之不同，而法治遂亦有不同的类型；其人多才智而乏器识，重功利而蔑德教，则其所推行的法治，便是申韩式的法治。其人以德量为本，以法律为用，一切法令设施，目的在求道德的实现，谋人民的福利，则此种法治便可称为诸葛式的法治。法令之颁行，不出于执政者在上之强制，而出于人民在下之自愿的要求；法律之推动力基于智识程度相当高、公民教育相当普及的人民或人民的代表，即近代民主式的法治。”参见贺麟：《文化与人生》，商务印书馆1988年版，第46页。本书所谓的“现代法治”，可以对应于贺麟所说的“近代民主式的法治”。



系与思想观念中，儒家经典、文艺修养总是居于中心地位，法律方面的专业知识、专业修养则居于相对次要的地位。^{〔1〕}

历代王朝虽然都颁布了自己的律典，但在“无讼”、“和谐”等固有法律观念的支配下，^{〔2〕}众多以惩罚为主的律典基本上都是作为一种“必要的恶”而存在的。在当政者秉持的主流意识形态中，常常会强调“以孝治天下”。^{〔3〕}从汉至清，无论执政理念发生了怎样的变化，却很少见到“以法治天下”的旗号。这就说明，即使春秋战国时代流行过“以法治国”的观念，即使历朝历代不乏对于法律价值的认知，但在两千年的皇权体制下，在政治与思想的核心地带，“以法治国”的观念并不占主导地位，它基本上只是一种次要的、局部的、辅助性的观念。

当中国被动地进入世界以后，在全新的政治、社会环境中重新想象法治，把法治引入政治实践与思想论争的核心地带，把国家的存亡、民族的命运寄托于法治——这样的法治，较之于19世纪中期以前的法家思想框架下的“以法治国”（贺麟所谓的“申韩式的法治”），由于它承载了新的价值、新的使命，不妨称之为现代法治（贺麟所谓的“近代民主式的法治”）。这种现代法治观念的孕育与萌生，始于19世纪中晚期，经过半个

〔1〕 虽然有一些所谓的“律学家”有可能把法律方面的专业知识作为自己知识体系中的主要内容，譬如《南齐书·崔祖思传》所载南齐崔祖思之言：“汉末治律有家，子孙并世其业，聚徒讲授，至数百人”，这样的“治律”之“家”，就属于这种情况，但这毕竟只是例外。

〔2〕 关于中国法律文化中的“和谐”观念，可参见喻中：“和谐秩序原理：向世界解释中国”，载《法学论坛》2010年第3期。

〔3〕 “以孝治天下”显然不同于“以法治天下”，这种传统至迟可以追溯至汉代，譬如《汉书·平帝纪》就有这样的记载：“立官稷及学官。郡国曰学，县、道、邑、侯国曰校。校、学置经师一人。乡曰庠，聚曰序。序、庠置《孝经》师一人”。传统儒家关于“孝”的观念也正是在汉代开始越出了思想、学说的领域，走向了广泛的政治实践领域。一直到清代，当政者都在标榜“以孝治天下”。