

THE CONSTITUTION OF CHINA

大国宪制

历史中国的制度构成

苏力 著

苏力著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

非外借

大国 宪制

历史中国的制度构成

苏力 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

大国宪制:历史中国的制度构成/苏力著. —北京:北京大学出版社, 2018.1

ISBN 978 - 7 - 301 - 28895 - 5

I. ①大… II. ①苏… III. ①宪法—法制史—中国—古代
IV. ①D921.02

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 256447 号

- 书 名** 大国宪制——历史中国的制度构成
DAGUO XIANZHI
- 著作责任者** 苏 力 著
- 责任编辑** 白丽丽
- 标准书号** ISBN 978 - 7 - 301 - 28895 - 5
- 出版发行** 北京大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址** <http://www.pup.cn>
- 电子信箱** law@pup.pku.edu.cn
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
- 电 话** 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
- 印 刷 者** 三河市北燕印装有限公司
- 经 销 者** 新华书店
- 965 毫米×1300 毫米 16 开本 39.25 印张 489 千字
2018 年 1 月第 1 版 2018 年 3 月第 3 次印刷
- 定 价** 86.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370



有度

一切皆有法 一切皆有度

日月之行，
若出其中，
星汉灿烂，
若出其里。

——曹操·《观沧海》

序

读书一直杂乱，早就想依据中国历史的常识，顺着读书的触动，融合多学科知识，从国家制度视角，也即宪制的视角，展示中国这个古老文明国家之构成也即宪制的固有理性和正当性。关注制度，是实在的，但也关注其中的大小道理，因此也是规范的；在事实与规范之间，其实又是两者的整合。这才是我认为好的、有用的并可能让人举一反三有所觉悟的法律/法学著作。我曾打算名为“思想中的法律史”。但不可能完整或全面描述中国宪制，也就放弃了，只是依据我的有限知识和不全面的思考，展示为什么这些在我看来对于中国非常重要的制度或实践会发生，无论后人如何评判，尤其是不论旁观者或上帝视角下的善恶评判。

有这个想法，是因为，在当今，尤其是中国法学院，法律和制度的学习和研究太容易失去社会历史语境，失去针对性，既不针对困扰人的一般性难题，也不考虑具体时空地理。原本针对具体时空中具体问题创造、衍生发展出来的法律、制度和原则成了答案，成了信条，然后就成了教条，只能遵循和恪守，最多略加演算和演绎，却不能生动鲜猛地刺激当下中国

The
Constitution
of
China

法律人创造性地思考和应对他们面对的复杂难题。但问题（question）会有答案，难题（problem）则没有，只能解决，创造性地解决，更多时候则只能应对，也就是“耗”，但这时问题就成了，怎么“耗”？对于现代以来的中国来说，如果失去了具体针对性，不关心具体时空中的那个难题，仅抽象讨论法律制度，或讨论抽象的法律和制度，自然就说不出什么道理。没有问题，又没有道理，就一定枯燥乏味，就一定说不出历史中国法律制度的正当性和必要性。遇上近代来自西方的说出了它们自身某些道理的理论之际，旁边还有令人眼晕的西方的经济繁荣，就很容易自惭形秽，“月亮是外国的圆”了。

宪制/法是其中一个非常典型的领域。如今太多法律学者，即便不是宪法学者，都可以侃侃而谈，联邦制，三权分立，司法审查，表达自由，同等保护，正当程序，甚至州际贸易。我也不反对，不认为错。问题是，仅此不够，太不够了。因为所有这些被抽象表达的制度法律实践都同特定时空语境相联系，其正当性、合理性、有效性以及局限性都受限于具体语境。在美国，其实，这些也都是在时间中慢

慢展开的。想想，虽然美国宪法文件中早就写了，但“言论自由”是直到 1914 年才进入美国的宪法律（constitutional law）。这就是时空问题。想想，如果今人穿越到秦汉，能否用这些西洋制度法律原则有效应对匈奴袭扰或“七国之乱”？

我不是目的论者。意思是，我不认为，有谁，来到这个世界上就是奔着什么去的，包括创立和建设这个中国。但话都说到这份上，也必须承认，如霍姆斯所言，就实践而言，人注定是地方性的。既然我生活在这片古老的土地上，我就想展示，也自觉有责任展示，有着沉重肉身而不是仅有灵魂或思想的一些人，我们的先人，在这片特定土地上，在这块后来才被称为中国的土地上，为了活下去，为活得稍稍好一些，以什么样的智慧或“极精炼的愚蠢”（罗素语），一代代合作、演进和积累，造就了如此的中国。我力求展示，即便在一些人特别是某些今人看来的野蛮或愚蠢，也不是全然没有理由和根据的，或是不正当的。一个群体的长期“愚蠢”，从功能主义视角看，很可能就是他们在生存的具体情境中被逼出来的唯一选项，因别无选择，所以是智慧。制度是否智慧其实可以以种群的生存来判断。在大致同等条件下，再怎么矫情，你也不能说一个“败家子”智慧吧！即便你可以夸奖，比方说戈尔巴乔夫，有善良的情怀。也因此，真正实践性的制度智慧是很难解说的，甚或就不需要解说。“梓匠轮舆能与人规矩，不能使人巧。”〔1〕这也就是“道，可道，非常道”“大音希声；大象无形；道隐无名”的道理。〔2〕这也是为什么，尽管进这个行当就要 40 年了，我还是没法信仰法治或宪政！

但这些前人的智慧如今需要解说了。上小学时就知道，郡县制，

〔1〕 杨伯峻：《孟子译注》，中华书局，1960 年，页 326。

〔2〕 朱谦之：《老子校释》，中华书局，1984 年，页 3，171。

统一文字，统一度量衡，统一货币，科举和皇帝，诸如此类的。这些制度对于中国的宪制意义，对古代政治家、思想家和政治文化精英来说，也许是一目了然，根本无需分析展示，无需理论逻辑来演绎。面对着紧要急迫的生存和治国难题，他们总是精炼地断言，诸如“齐家治国平天下”“天时不如地利，地利不如人和”之类的，不说理由，也不容分说。若你总不明白，那——也许你就不是这个“料”。他们不说道理，只是一代代用历史叙事，相互交流并传承。

也很有道理。这个世界从来也没法，没打算也没责任，让每个人都理解历史中国的制度，即便你也识几个字。理解的人也不会生活得更好或更幸福。但由于现代中国的社会和文化变迁，其中最重要的或许是文化下移，教育普及，也由于当代长时段的和平，对于一直待在大学校园的起码这两三代法律人来说，以及对于以——甚或有时只能以——“萝卜多了不洗泥”方式出品的法学生来说，即便他们仍有“先天下之忧而忧，后天下之乐而乐”的情怀和追求，只要不置身于“齐家治国平天下”的实践语境，也很难理解这些历史制度曾经和至今的伟大意义。真正的伟大融入生活，成为常规，成为背景，因此不彰显，因此看不清其发生和存在的理由——再重复一次“大音希声；大象无形；道隐无名”。今天的学人很难首先察觉已融入日常生活的那些规矩和制度，更难经此想象性重构当初催生这些制度的、那些曾令这片土地上的人们生离死别刻骨铭心的难题。这些难题并没完全消失，至今仍以各种方式潜伏或隐匿在我们身边。但有时，恰恰由于这些制度颇为有效，乃至会令我们觉得似乎从来就没有这些难题，不会有，也不应当有；有的只是，只能是，当下西方宪法话语提出和讲述的那些问题。乃至，可能会有人感叹，秦始皇为何当初不试试联邦制呢？刘邦为什么只“约法三章”，为啥就约不出个《大宪章》呢！

夸张了？其实未必。民国时期不就有一批大名鼎鼎的学人埋怨

中国当初为什么采取的是方块字，而不是拼音文字？^{〔3〕}并要求，还不光是他自己，而是“我们”，“必须承认，我们自己百事不如人，不但物质机械上不如人，不但政治制度不如人，并且道德不如人，知识不如人，文学不如人，音乐不如人，艺术不如人，身体不如人”^{〔4〕}。今天我们不抱怨方块字了，在“不如人”上，也不那么绝对了；但在法学和法律上，这种心态还挺重。周边这种嘴脸仍不时出现。

不论有多大的胸怀，真正的学术其实只可能是个人视角。个人视角就一定有偏颇。可以偏颇，但不等于不通情达理。我想用一种不按时间排列整理事件的方式，即围绕问题讲道理的方式来展示中国宪制及其实践，说说历史行动者曾面对的重大约束、难题和他们的制度选择。更一般地说，我想用中国历史的宪制经验，来揭示一般宪制可能或必须面对的问题。在我看来，现有的宪制或宪法律理论都过于单薄，尽管不明觉厉的高大上概念越来越多了；有时连修辞都缺乏，只剩下口号和语词了。非但回答不了几十年来如欧盟的问题，而且，在美国，总爱用正当程序或同等保护等条款，看似在回应，其实是在隐藏或遮蔽一些更关键的宪制问题。这种高调但无用的宪法理论肥大症正向中国法学界蔓延。

仅从法学角度解说历史中国的些许常识，就一定会有在其他学者看来不合理的取舍、误解和大量遗漏。但说到底，本书只是对中国历史或经验的一种现代社会科学的概括复述。这种复述力求讲出理由。因为，自中国近现代以来，特别是“五四”以来，我们面对

〔3〕“欲使中国不亡，欲使中国民族为二十世纪文明之民族……废……汉文，尤为根本解决之根本解决。”钱玄同：“中国今后之文字问题”，《新青年》卷4，第4期。但这不是钱玄同一人的主张，胡适、陈独秀、傅斯年等均持这一主张。

〔4〕胡适：“介绍我自己的思想”，《胡适文存·四》，黄山书社，1996年，页459（引者的着重号）。

的世界变了，学术话语的受众变了。我们面对一个全球化的世界，有必要以社会科学的进路来讲讲中国宪制的道理；“五四”以来文化的全方位下移，令中国受众扩展了，也必须扩展，不再只是少数政治文化精英了。

即便努力，也不就能完成追求。这受制于我个人的狭隘视角，但更受制于我贫乏的知识和学术想象力。即便书稿完成了，我也会想，这是不是自我安慰？并因此是特定意义上的自我欺骗？！这类反省注定了我长期以来在学术上的诚惶诚恐。但任何人的视野、知识、理解力和想象力都注定有局限；我也就只能不为自己的智力低下或智识薄弱过度羞愧了。那会误正事。真值得羞愧的，在我看来，是为了学术的高大上或全面或政治正确而时刻关注“历史潮流”，终身追求“真理”，并从此加入了安全的滥竽充数。中国的学术时代正在到来，一定有越来越多的中国学人，甚至外国学人，会，且能，重新阐发历史中国的那些有宪制意义的制度和实践。

本书也没打算一定要说服谁。不可能通过论辩让一个人喜欢上什么，比方说一杯啤酒——好像是霍姆斯说的；也不可能叫醒一个装睡的人！留给我的选项其实只是，如艾略特在《救生岩》（*The Dry Salvages*）中的告诫：“不是划得漂亮，而是向前划，水手们！”〔5〕

得感谢这个时代，互联网大大方便了这一追求。许多资料甚至是少年时看的，很有感触，却没留心，就算知道个大概，也很难查找落实。查找的成本，特别是机会成本，会掐死查找的念想。互联网便利了查询，便利针对问题集中阅读，包括核对那些不标明出处和页码似乎不合适的文献。

〔5〕 T. S. Eliot, “The Dry Salvages”, *The Complete Poems and Plays 1909—1950*, Harcourt Brace & Company, 1980, p. 135. 感谢冯象先生对这首诗诗名的翻译和解感。

但这种研究和写作方式也会引发一些问题。最大的问题是另一种注“水”，即堆积大量资料和引文，看似资料翔实，却缺乏集中的学术关注或问题，严谨的内在逻辑和强有力的理论论证表达。为避免“水”，一如既往，我先分专题写作，力求每一章甚或一个附录都能按论文的标准来写。事实上，本书大多数篇章都曾发表，这里就不一一致谢最先发表的各刊。但本书又绝非论文的简单汇集。本书主题集中，各章互补，论证分析自然相互牵扯勾连。非但总体一定大于简单的汇合；而且修改定稿中，我有大量调整、删减、修改、增补，许多段落几乎完全重写，有些篇章则是全新的，不曾发表。不全是为了对得起读者，其实更想对得起自己——毕竟人生苦短！

这至少部分解说了为什么本书拖沓了至少两年。就算对得起读者了，也一定对不起许多一直关心并以各种方式令我写作获益的朋友，也没法在此一一列名了。对一直以各种方式敦促我的北京大学出版社的白丽丽编辑，我更深感歉意。好在完成了，结果好，一切都好！谢谢各位朋友了！

苏 力

2017年8月31日于北京大学法学院陈明楼

目 录

序 001

引论 中国的宪制难题 001

国家的构成/宪制难题 003 · 小农与大国 008 · 齐家，
治国与平天下 023 · 但，为何宪制？ 030 · 本书
概要 039 · 附录 具体的宪制问题与特定的宪制回应 045

第一章 宗法封建变迁中的宪制问题 076

为什么宗法制？ 078 · 从“兄终弟及”到“嫡长继承” 081
· 但必须有精英辅佐——官僚制！ 090 · 还得分、封、
建！ 093 · 作为制度也作为意识形态的周礼 098 · 结
语 102

第二章 齐家：父慈子孝与长幼有序 105

农耕社区的组织治理问题 109 · “父父子子”与“父为子
纲” 113 · “父慈子孝” 116 · “兄良弟弟”？其实是
“长幼有序”！ 122 · 社会和国家视野中的“齐家” 128

第三章 齐家：男女有别 136

- 问题或麻烦 136 · “同姓不婚”，防范生物性乱伦 141
· “授受不亲”，严防社会性和政治性乱伦 149 · “夫为妻纲”，规训与制裁 157 · 批判性透视和反思 162
· 结语 167

第四章 宪制的军事塑造 171

- 作为宪制问题的军事 173 · 从武功到文治 179 · 兵制，军权管控和制衡 185 · 治国与平天下 190 · 宪制视野中的长城——功能分析 194 · 宪制视野中的长城——经验与教训 200 · 结语 205 · 附录 不该，却被遗忘的 208

第五章 疆域管控与行政区划 223

- 大国的疆域构成 223 · 西周的分封制 229 · 郡县制和中央集权 234 · 地缘政治与行政区划 241 · 作为边陲的天下 251 · “羁縻”与“改土归流” 257 · 结语 263

第六章 度量衡的宪制塑造力 268

- 为什么度量衡？不是货币？ 268 · 从井田制到赋税制 272 · 俸禄制与官僚制 282 · 监察与考课 287 · 度量衡与货币统一 292 · 政治理性化以及对游牧文明的规训 297 · 结语 304

第七章 经济的构成与整合 306

问题 306 · 既是宪制基础，也是宪制难题 310 · 国家主导的超级基础建设 315 · 重要资源的全国配置 322 · 均输平准，盐铁官营 328 · 结语：算经济账，也算政治账 335

第八章 “书同文”和“官话” 344

问题 344 · 书同文 347 · “语同音”的意义 355 · 官话的形成和维系——一个谜和一个猜想 365 · “官话”的政治塑造和利用 374 · “士”的塑造 379 · 结语：理解文化宪制 383 · 附录 时空穿越与文化认同 388

第九章 精英政治与政治参与 393

精英政治作为宪制共识 396 · 伯乐？制度性选拔！ 402 · 制度演进：推举、察举与科举 411 · 经世致用！ 420 · 精英政治，那也是政治！ 427 · 最后的评论 439

第十章 作为制度的皇帝 442

问题的界定 442 · 就算民主是个好东西，但…… 448 · 精英政治的要件 457 · 皇权继承的制度期待 466 · 皇权继承的操作难题 472 · 作为学术理论概念的皇帝 478

第十一章 “缺失的”公民? 490

问题的界定 490 · 公民概念的社会历史语境 495 · 村民, 国人及其他 502 · 作为国人 509 · 作为村民 517 · 结语 523

结语 528

理论寓意 528 · 从家国天下视角看当代中国 537 · 再说宪制, 事实与规范之间 544 · 附录 从历史到理论 554

参考文献 570

中文文献 570 · 英文文献和判例 587

索引 596

| 引论 | 中国的宪制难题

一方水土养一方人

——民谣

多难以固其国，启其疆土。

——《左传》〔1〕

从国家的构成（constitution）来看，中国在世界各国中很不可思议。不可思议不在于她作为一个政治共同体的古老，或独一无二的持续至今，而在于她居然会出现。

这不可能只是某个人的天启，或某些人的刻意追求。在特定意义上，中国的构成一定是种种机缘巧合，因此是偶然。但巧合和偶然也不会是没有道理，一定有其内在的脉络或事理；其中包括了人为，因为人想活下去，出生在某片土地上，近代之前，一般也就只能在那里活下去，渴望能活得好一点。这片土地上的人民存活下来了，那些人为以及其中的道理、脉络或事理，也就留存下来了。无人刻意，但因长期稳定的自然条件，即

〔1〕 杨伯峻：《春秋左传注》，中华书局，1990年，页1247。关于国家亡的类似逻辑命题是，“无敌国外患者，国恒亡”。杨伯峻：《孟子译注》，中华书局，1960年，页298。类似的观点，又请看，汤因比的《历史研究》中提出推动文明发展的重要因素之一“环境的挑战”，谈到的第一个例子就是中国。请看，〔英〕汤因比：《历史研究》，郭小凌等译，上海世纪出版集团，2010年，页93—94。