

百年中国宪政反思

马小红

(中国人民大学法学院,北京 100872)

摘要: 学界论近代中国宪政的坎坷,大多归因于传统文化的阻力。文章认为,宪政在近代中国未能如设计者所愿,原因恰恰是因为未能找到传统的动力,西方宪政之“花”只有与中国传统之“木”对接,才有可能扎根中国之土。“礼”是中国传统的主干,“礼治”是中华文明的标志。近代以来在对传统的批判中,礼治成为首当其冲的靶子。但是,彻底的否定和持续一个多世纪的批判却没有抹掉历史留给我们的印记。从容地反思中国的礼治,探讨改造、更新礼治,而不是一味地批判或抛弃礼治,这也许是中国宪政改革成功的有效路径。

关键词: 中国;宪政;传统;礼治

近代中国,几乎没有一项社会变革能如人意,顺利达成并取得预期成效。宪政更是如此。早在20世纪初,思想先驱陈独秀作《立宪政治与政党》就言:“立宪政治在19世纪总算是个时髦的名词,在20世纪的人看起来,这种敷衍不彻底的政制,无论在君主国民主国,都不能将人民的信仰,集会,言论出版,三大自由权完全保住,不过做了一班政客先生们争夺政权的武器。现在人人都要觉悟起来,立宪政治和政党,马上都要成为历史上过去的名词了,我们从此不要迷信他罢。什么是政治?大家吃饭要紧。”^{[1](P534)}品味这百余字的短文,不难体察作者对宪政那种寄予厚望后的失望及恨铁不成钢的复杂心境。转眼百年,在进入了21世纪的今天,“立宪政治”这一名词不仅未如陈独秀所预言的那样成为“过去”,而且陈独秀当年那种对宪政的复杂心绪也依然缠绕着今人。更因为有了百余年的坎坷历程,宪政给今人的除了复杂的心绪还有沉重的反思:百余年前,在“欧风西

雨”涤荡的中国,宪政为何不能结出人们期盼的果实?在百余年的发展,宪政又为何忽彰忽衰,忽荣忽枯,命运多舛?

一、中国宪政历史的考察

反思中国的宪政,还是要从宪政在中国的历史说起。这就是百余年前宪政在中国缘何而起,而宪政又给百年的中国带来了什么?

1. 宪政的缘起

始于1840年的中英鸦片战争,出乎中国人意料的以“英夷”胜利、中国割地赔款而结束。此后,中国如处虎狼之中,在与西方及沙俄的武力冲突中节节败退。一向讲究“法治”的西方国家一次次用“条约”的形式,“平等”地瓜分、享受着侵略和征服中国所带来的利益。中国所面临的则是亡国灭族的危机。尽管时局如此,腐败的清王朝仍可为自己的无能和出卖找到借口。历史上中原汉族政权被周边兴起的少数民族追逐、取代之事

收稿日期:2006-01-03

作者简介:马小红(1958-),女,山东青岛人,中国人民大学法学院教授,博士生导师,主要从事中国法律史研究。

并不罕见。汉代以来“羁縻”、“和亲”、“土地换苟安”也屡见不鲜。清政府将鸦片战争的失利归为武器不精良,夷情不通达倒也顺理成章。于是便有了师夷长技的洋务运动。想必时人对“夷技”的期望决不亚于后人对宪政的期望,洋枪洋炮成为中国人“制夷”的寄托。但事与愿违,1895年的中日甲午海战使中国人颜面丢尽。这年的2月,经洋务运动首领李鸿章精心打造了16年,号称最精锐的北洋水师在威海卫坐以待毙,向日本水师投降。清政府“武器不精良,夷情不通达”的借口随着这场令中国人痛彻骨髓的惨败而不攻自破。

甲午战争对中国人的震撼远非近代以来的其他战争所能比拟,昔日纳贡称臣的日本以一弹丸之国击溃了天朝大国海防,并迫使清政府割地赔款了结战争。此时此刻,国人才切实感到亡国灭种的危机迫在眉睫。究竟是什么葬送了北洋水师?又是什么使大清军队既不敌西洋,又不敌东洋?面对如此的败局和国人的愤慨,清政府中以慈禧太后为核心的实权派“后党”再也无法以装备、夷情为自己的无能开脱诡辩。就是后党这时无奈的哑然失声,却开启了早已蓄势待发的维新立宪思潮。

2. 宪政的历程

其实早在甲午战前,西方的宪政制度就为中国的有识之士所关注。当朝廷在为鸦片战争惨败寻找借口,依然以天朝大国自居,将欧美视为往日夷狄时,一批以天下兴亡为己任的开明官僚士大夫却清醒地认识到了国破族亡的危机,他们将目光投向世界,“喋血饮恨”,著书介绍世界之情形以唤醒国人。于是,19世纪四五十年代出现了一批介绍、研究世界的译著及著作。囿于传统,这批中国最早的睁眼看世界的仁人志士虽然期待着有朝一日西人也能“沾儒圣学,勉作异域循良之民。”(梁廷枏《海图四说》序)但是,当时他们著书的直接动因则是让同胞了解世界,知己知彼,以抵御外侮。集时人研究、翻译大成之作的是徐继畲的《瀛寰志略》和魏源的《海国图志》。徐、魏之作不仅一一介绍了世界各国的地理、风俗、人情,而且对欧美的政治制度大加赞赏。徐继畲称赞英国有“爵房”与“乡绅房”(即上下两院),国有大事“王谕相,相告爵房,聚众公议,参以条例,决其可否。复转告乡绅房,必乡绅房大众允诺而后行,否

则寝其事勿论。”(《瀛寰志略》卷七)魏源称赞美国“议事听讼,选官举贤,皆自下始。众可可之,众否否之,众好好之,众恶恶之,三占从二,舍独洵同。”(《海国图志》卷五九)不难看出,徐、魏两人所盛赞的“聚众公议”也好,“舍独洵同”也好,都触摸到了宪政的宗旨,对传统的制度与观念构成了颠覆性的挑战。中国东邻日本,明治维新得此两书之力甚多。19世纪后半叶,中日关系的变化确实富有戏剧性:先是日本通过以往的保护国——中国的学术思潮而了解世界,并转而效仿西方,变法图强;后是中国被强大起来的日本击败,被迫放下天朝大国的架子,转而效仿昔日对中国称臣纳贡的日本,并企图以日本为桥梁而学习西方。总之,维新、立宪的思想在近代中国绝非发于一朝一夕,只是由于传统的中国一向以权力为核心,在未得到朝廷认可的情况下,思想的传播、观念的流行、学术的影响都会受到种种限制而作用十分有限。1895年前,宪政在日本已经取得实效,而在中国不仅实践中不见宪政踪迹,就是思想的传播也十分局限,在社会上难以引起共鸣。尽管有识之士奔走呼号,尽管君主立宪已经使日本焕然一新,尽管在与英、俄等国的作战中一败涂地,但在中国人看来,谈改变“国体”则为时尚早。从这一意义上说,甲午之战确实是中国宪政的催生剂。这一战证明了宪政虽发端于西土,却也能适用于东方。日本以弹丸之国而胜中国似乎还证明了:国不在大小,维新立宪则强。对日本的刮目相看,终于使宪政由一股学术“思潮”变为波及全社会的维新变法运动。但也就是从此时起,中国人不得不抛弃了往日的自信与安逸,走上了千年未曾有过的国体改革之路。

1898年6月11日,当年轻的光绪皇帝接纳了力主立宪的康有为的主张,颁布《明定国是诏》时,议院、国会、立宪等这些西来的名词已为社会广为知晓。以康有为为核心的立宪派将宪政的核心定位在变君主专制为君民共主,宪政的目的更是直接明了:富国强兵,抵御外侮。对皇帝认可并将要推行的宪政,有爱之者,将其视为救国救民的唯一途径。有恨之者,将宪政视为洪水猛兽。相对爱与恨,更多的人——在西方,这些人也许应该是宪政的推动者——民众对宪政的本身却是无所谓爱与恨的,他们对宪政的本意也没有太多的兴

趣,在民族存亡的时刻他们关注的是宪政对于解救中国的困境究竟有多大的功效而不是宪政本身的成败或真假。正因如此,在光绪皇帝发出《明定国是诏》后的第103天,以慈禧太后为首的朝中保守势力以软禁光绪皇帝轻易地结束了这场变法。

光绪皇帝的被囚,主张立宪救国的维新派或被绑缚刑场,或被迫亡命天涯,这血腥的变法预示了宪政在中国的历程决不会一帆风顺。而朝中“后党”在绞杀了维新变法后,短短数年后竟摇身一变成为立宪的主持者和推动者。1906年,清朝廷以光绪的名义颁布了“预备仿行宪政”的上谕,并宣布以9年为期在中国逐步实行宪政。后党在绞杀了宪政运动后又将宪政推向实践,更预示了中国“宪政”将远离民众,沦为政治附庸的前景。

在经历了太多的欺骗和失望后,对中国文化来说原本就难以磨合、对深受历史文化熏陶的中国人来说原本就很陌生的宪政也好,宪法也罢,都不免成为一种难以融于社会、作用于社会却又为时势逼迫不得不做的时髦货或样子货。在近百年的中国社会中,宪法从来也不曾真正获得过它应有的“根本大法”的地位和尊严。时至20世纪60年代,宪法在中国出现已近半个世纪,中华人民共和国的宪法也已经颁行,但人们对宪法依然陌生,更不知宪政为何物。这就是身为国家主席的刘少奇为什么无法依据宪法保护自身和国家尊严的原因所在。即使今日的中国,又有几成的民众能真切地感受到宪法的不可或缺,能认真地对待自己的权利和义务?

宪政在中国的历程表明,宪政所面临的关键问题在于他如何才能与社会、与民众的生活息息相关,如何才能引起民众真正的关注而不仅仅是哗众取宠的时尚,如何成为权力的制约而不是工具并值得人们奋不顾身地捍卫与服从。

二、中国宪政之误区

1. 中国宪政误区缘于我们对“何为宪政”的误解。

考察宪政在西方的缘起,是正确理解宪政含义的前提。谁都不会否认,宪政在西方产生有其特定的传统作为基础。近代宪政所要求的权力制衡制度与民主思想在古希腊思想家的论著中即可

找到依据。如果我们将古希腊哲人柏拉图的《法律篇》、亚里士多德的《政治学》与近代宪政理论的奠基人孟德斯鸠的《论法的精神》同置案上,翻阅比较,不难看出两者的继承关系。孟德斯鸠对政体类型的阐述,对共和政体与民主政治的制度设计无不镌刻着雅典、罗马城邦制的历史印记,宪政因有了传统的支持和历史的依据而合理并神圣。说到宪政,就不能不说“宪法”,因为宪法是宪政的文本和纲领。西方人是从传统认识或理解宪法的。按照一般的宪政理论,宪法是建立在社会契约基础上的,宪法以根本大法的形式规定公民的基本权利和义务,规定国家最重要机构的职权和相互间的关系。从社会契约的角度阐释,国家的权力产生于公民的委托,而宪法就是国家与公民之间的契约。国家行使权力不能损害公民权利,相反而是应该以保障公民的利益为目的;权力制约的目的则在于防止权力的滥用。宪法的这种契约性质,使每一个生活于此的公民都会感到自己的切身利益系于宪法,感到在实际生活中宪法的不可或缺。更为重要,同时也是被我们所忽视的是,宪法在西方是一种民族精神的凝聚与展现,是传统文化与价值观的肯定与浓缩。正是因为有了这种为全体公民长久以来形成的公认的价值观,“契约”才具有约束力,才不流于形式。

因为与民族精神及传统密切相关,所以不同国家的宪法也不尽相同。“一国有一国的政情;一国人民有一国的政治观念;甲国人民所认为应该入宪的事项,乙国人民或认为不须入宪。”^{[2](P122)}这种产生于历史传统与社会风俗习惯并体现人民共同价值观的“大法”,有些类似于中国古代社会的“礼”,在人民的心目中他是至高无上的,是值得追求的。尽管在现实中,他是无法完全实现的理想法,但一旦有人践踏他,便会激起民众的反对,甚至愤怒。法国启蒙思想家卢梭精辟地论证了宪法之所以是“根本大法”的原因所在:“在这三种法律之外,还要加上一个第四种,而且是一切之中最重要的一种;这种法律既不是铭刻在大理石上,也不是铭刻在铜表上,而是铭刻在公民们的内心里;它形成了国家的真正宪法;它每天都在获得新的力量;当其他的法律衰老或消亡的时候,它可以复活那些法律或代替那些法律,它可以保持一个民族的创制精神,而且可以不知不觉

地以习惯的力量代替权威的力量。我说的就是风尚、习俗,而尤其是舆论;这个方面是我们政论家所不识的,但是其他一切方面的成功全都系于此。这正是伟大的立法家秘密地在专心致力着的方面了;尽管他好像把自己局限于制定个别的规章,其实这些规章都只不过是穹隆顶上的弓梁,而唯有漫漫诞生的风尚才最后构成那个穹隆顶上的不可动摇的拱心石。”^{[3](P73)}

在中国一百多年的宪政史中,人们见到了甚至熟知了“权利”、“分权”、“人权”这些在以往典籍中查找不到的名词,学者呕心沥血地介绍了西方宪法的种类,宪政的模式,但宪政与历史传统的关系,宪法与民族价值观的关系却被忽视或回避了。在中国悠久的历史中,不乏外来文化冲击的先例,可以说中国文化的本身就是不同文化融合的产物。但是这个“融合”不是简单的“拿来”和仿效,而是在自身文化的平台上进行的再创造。外来文化在融合中“中国化”,中国文化在融合中不断更新自我。与日本不同的是,中国的文化属于创造型,在接纳外来文化时要“心领神会”地体悟固有文化与外来文化的相通之处,而不只是“形式”的拿来。外来文化融入中国文化的过程可以用“精琢细磨”来形容,一些适合民族、国家发展生存,可以丰富文化内涵的成分在博大精深的中国文化体系中找到更恰当的表现形式,继续发展。而一些不适合国情民风的成分在甄别和批判中被改造。而中国近代宪政的不幸在于:宪政西来之际,正值中华民族生死存亡之时,即使真诚赞美宪政的人也无暇从容地品味应与宪政与时俱进的历史文化韵味,更无法如汉唐祖先那样冷静地探求自身文化与这一舶来品之间的相通相异及其磨合途径。不平等、被动、甚至是被迫的接纳与仿效,不但破坏了中国文化的巨大融合力,而且也破坏了它的创造力。在前所未有地对传统文化失去自信的状况下,我们最初是“不得已”,其后是囿于惯性和成见而放弃了“融合”与“创造”的习惯,改为机械地“拿来”。

自戊戌维新后,比较、评价中西文化的异同成为学界时尚,可悲的是此时比较与评价的取舍标准完全是以国力的强弱而论文化的优劣。于是,中国有而西方无者必为社会发展的毒赘,中国无而西方有者又必为中国文化的“缺陷”。失去自

信与公正的“比较”,导致的结论只能是抛弃传统,照搬西方,这也是“照搬”成为中国近代法学主旋律的原因所在。实际上,在接受西方宪政时,我们已经不敢奢望“融合中西”、“会通中外”,创造出宪政的新模式;更无法像先人那样在自己的文化中从容开辟出新的领地,培植起新的土壤来创造性地接受和改造宪政文化,使之融于中国的文化和社会。但是,便捷地照搬,使西方宪政在中国出现了“南橘北枳”的结果。其实,割裂传统的移植,对民族情感和精神的漠视以及对外来文化(宪政)不切实际的期望就是这种“结果”的原因。对此,美国社会法学家庞德倒是旁观者清。在论述中国宪法时,庞德强调中国所需要的是一种具有中国性格,合乎中国国情的宪法,而不必抄袭外国。庞德告诫人们:“立宪政治并非可于短期内专凭理想创造之物。立宪政府必须出一国之人民原有之文物及传统之理想中逐步形成发展,决非一种长成后可任意由一国移诸他国之物。”无论庞德这一观点的政治目的如何,从宪政的实质和文化交流的规律来说庞德所言都是无可厚非的常识。但是,这一观点在对传统文化早已失去自信的中国法学界却引起轩然大波。违背常识地批判宪政“国情说”竟然成为主导舆论。^{[4](P130)}将“适应国情”与“立宪政治”截然对立,甚至认为“适应国情”是为“伪立宪”寻找借口。不仅造成了人民对传统的偏见,也造成了人们对宪政及宪法的误解。一方面,以实现宪政为目的的理想者不顾宪政须发本国习俗,出自人民要求的规律,反而欲借西方宪政替代或改造中国政治与文化。另一方面,深受历史文化熏陶的民众对理想主义者“欲设”的宪政模式不仅很难理解,而且漠不关心,出自仿效而非传统风俗的宪法与民族情感严重脱节,只有当它可以作为一种“救亡图存”的工具时人们才对它略感兴趣。所以,无论理想主义者如何地宣扬宪法是“人民之甲冑”,无论统治者如何强调宪法是“根本大法”,脱离了文化与民众的支持,其最终也只能是纸上谈兵或是“西方故事”。

2. 政治上蓄意诱导使宪政的处境更为尴尬。

自清末始,证明政权合法性成了宪法最重要的功能。因此,“根本大法”与风俗、民意风马牛不相及,反倒与政权形同孪生姊妹,其只是出自政权,或政权掌控中的“国会”。清末“大权统于朝

廷”的“预备立宪”和北洋军阀政府接二连三的宪政闹剧,不仅使宪政成为政治集团之间较量的工具而失去了其本意,更严重的后果在于它的欺骗性使本来对宪政就陌生的民众产生了误解,甚至反感。民主也好,宪政也好,不仅无法阻止军阀混战,反而成了战火不熄的借口。在民不聊生的社会中,规定在宪法中的公民权利在民众的眼中只能是欺骗。这便是宪法在遭到破坏时,民众之所以冷漠的重要原因。

由绞杀了维新立宪的清廷“后党”宣布“预备立宪”,这个不祥的开端本身就预示了中国宪政之路不会一帆风顺。慈禧赋予宪政的使命荒唐而阴毒:“使我满洲朝基础永久确固,而在外革命党亦可因此消灭。”^[5]后党这种居心叵测的立宪目的,不仅改变了宪政的本意,而且即使作为一种工具,宪政也从立宪派及帝党所期望的“救亡图存”的工具完全变为权力的工具。把宪法变成权力依附,不只是慈禧太后的发明,更不局限于清末。在清帝逊位,清廷退出中国历史舞台后,宪政的闹剧却愈演愈烈。名为民国大总统,实为军阀魁首的袁世凯以行政权独大,干扰国会的立法。设立御用性质的“政治会议”,并利用之解散了国会。在袁世凯治下,民国元年(1912年)颁行的《中华民国临时约法》、1913年国会宪法起草委员会拟订的《天坛宪法草案》都成为具文。而1914年5月公布的《中华民国约法》确实是一部不折不扣的“袁记约法”,他所反映的是袁世凯的“独裁”意愿。袁世凯之后,中国宪政的命运并未好转,在军阀混战的环境中,国会掌控于武人之手,在炮火中聚聚散散,开开停停,与其说是讨论国是,反映民意,不如说是在演戏。宪法的制订与出台更是与不同军阀派系实力的消长密切相关。1923年颁布的中华民国第一部宪法《中华民国宪法》竟然是曹锟贿选的遮羞布。如此的宪政,如此的宪法,如何能凝聚起民众的情感,又如何能树立起根本大法的尊严。

当然,在中国的政治舞台上,也不乏宪政的真诚拥戴者。但即使如此,在民族和国家生死存亡的紧急关头,立宪者也只有将宪法作为一种工具。1912年《临时约法》的匆忙颁行,1913年《天坛宪草》的匆忙拟订,虽为不得已所为之,但这些匆忙之举,确实给宪政的形象带来了负面的影响,为此

后军阀对宪政的利用留下了隐患。“欲速而不达”常常是社会变革失败的原因所在。自1908年《钦定宪法大纲》公布,至1947年的《中华民国宪法》完成,不足40年的时间中,随着政权的频繁更迭,中国竟出台了10部全国性宪法。中国宪法更替的速度之快是东邻日本的10余倍。

熟知日本宪政历史的梁启超言:“宪法者,何物也?立万世不易之宪典。而一国之人,无论为君主,为官吏,为人民皆共守之者也。为国家一切法度之根源。此后无论出何令,更何法,百变而不许离其宗者也。西语原字为THE CONSTITUTION释意犹言元气也。盖谓宪法者一国之元气也。”^[6]正因为视宪法为元气,日本近代宪法的出台虽亦带有自上而下的“欲设”特征,但其确实慎之又慎。梁启超又言:“日本之实行宪法也,在明治二十三(1889年)年;其颁布宪法也,在明治十三年;而其草创宪法也,在明治五年。草创之始,特派大臣五人,游历欧洲,考察各国宪法之异同,斟酌其得失。既归而后开局制作之。盖其慎之又慎,豫之又豫也。”^[6]经过近20年的教育、学习,可以说宪政已经成为日本的新传统。明治宪法在日本实施了半个多世纪。这种稳定性,为宪法带来了应有的尊严。中国则不然,在人民尚未正确地理解宪政为何物时,基于政治及权力的需要,宪法接二连三地出台了,这恰恰说明了“宪法”在中国的无足轻重。正是这接二连三,破坏了宪法的威严,使宪政在中国无暇形成与权力制衡的力量,民众也无缘领悟到宪政的真谛,形成宪政的传统。问题还不仅仅如此,更为不幸的是,接二连三出台的宪法,只是出自一种“时势”的需要,他与人民的意愿和要求脱节,所以尽管在形式上,几乎每一部宪法都明确地规定了宪法的修改程序,但是这些保护宪法尊严与稳定的程序在权力面前却形同虚设。与此形成对照的是日本国民对宪法的尊重和维护及对修宪的慎重态度。1946年日本公布了战后新宪法,虽然这部宪法深受占领者美国的影响,但从字里行间确实可以看到国民的强烈要求,宪法的“序言”表达了日本国民反对战争的心声:“日本国民正式选出国会代表之行动,决定为我等及我等之子孙,确保与各国人民协和而得之成果及自由在我国土散布之恩泽,并防止因政府行为,而再起战争惨祸,特宣言主权属于国民而确

定本宪法。”转眼,又是半个多世纪,虽然日本军国主义的传统遇有适应环境不断发作,但被宪法认可的发自日本国民深刻反省的维护和平的新传统一次次遏止住了军国主义的复活。政府官员违宪的言行,会受到来自民间的强烈谴责。因为日本国民深知保护和平,维护宪法就是保护和维护自己应有的安定生活的权利。从这一方面来说,宪法不仅可以遏制政客的贪婪和野心,而且其确实是民众生活的福祉所系。

3. 以日本为师是中国宪政的第三个误区。

近代以来,中日同是效法西方,变法图强。但日本在“变”中收效颇丰,常能达到预期的目的。而中国却常常在“变”中进退维谷,变的“结果”常出意料,自认为种的是甘甜之“橘”,收获的却是苦涩的“枳”。中日甲午海战后,中国人不得不承认日本的实力及其效法西方的成功,中国人的焦躁也因此而生。于是,便有人将效法日本作为变法图强的捷径,将学习的目光从欧美移至东邻日本。20世纪初期,中国的变法,包括宪政在中国的引进有了一个变化,即从仿效欧美转向学习日本。这种转化的原因当然基于张之洞等所言的为使“中国速强”和“中日情势风俗相近”的思想。但遗憾的是这两个在时人以至今人看来都顺理成章而又重要的理由,恰恰犯了中国文化的大忌。若从文化特征考究,中日间的差距决不逊色于中西。这就是,日本的传统长于“学习”,而中国传统则注重“创造”。

日本原本就是一个十分会学习的民族,“仿效”是其文化所具有的最大特色和特长。日本人的学习方法也十分简单有效,那就是在取他人之长时,几乎可以全盘照收。始于公元645年的大化改革,就是以唐代社会为楷模的变革。50余年后,在日本的大宝元年(公元701年),颁布了几乎与唐律令相同的《大宝律令》,标志着模拟唐朝的改革顺利完成,天皇制国家形成。大化改革的核心就是仿照唐朝的律令制度,建立起从中央到地方一套完整的官僚机构。在中古时期,日本几乎不间断地派遣使节、文人、留学生、僧侣至中国学习。近代,当中国朝野还在为派遣留学生至欧美是否有失国体而争论不休时,日本的重臣、使节、留学生早已远涉重洋,抵达西方考察、学习。当中国仿效日本派出五位大臣至欧洲考察宪政

时,日本不仅早已经颁布了宪法,而且已经进入宪法实施期。不失时机地学习,而且在学习中只在意得到什么,不太在乎失去什么——这种“学习型”的传统文化使近代日本在仿效西方时抢占了先机。

中国不同于日本,自秦之后的“大一统”文化一直是中国历史发展的主流。中华文化是一个以中国人为主体“经营”积累了数千年的文化体系,虽然日本及东南亚一些地区和国家都被包含在这个体系中,或接受了这个文化,但是他们并非是“原创”者。由于是原创者,所以中国人格外珍惜“文化”,不可能像日本那样不在乎在仿效中失去自我。但是,中国文化并不封闭,相反,历史证明其具有巨大的融合力。在与其他文化的交流中,中国人强调的是“融会贯通”,是文化的扩容和更新。在学习和吸收中,中国人不仅不会放弃自身的文化,而是会通过种种缓和的途径使对方发生“汉化”,异质文化汉化的过程,便是中国文化更新的过程。这种学习的本身,与其说是学习,不如说是创造更为贴切。所以,中国人在学习中最忌讳形式的照搬和直接的套用。“探本溯源”、“厚积薄发”、“实事求是”是中国人的学习原则。这种学习的方法需要以传统为平台,需要从容甄别、精琢细磨,需要将异质文化中的优良成分演变为自身文化中的有机组成。因为中国属于“创造型”文化,所以在日本可以“速成”的西制,在中国却成效甚少。

我们无法简单地用“优”、“劣”来评价中日两国传统所赐的在“学习”方面所具有的不同特征。历史只是证明了这样一个事实:同是仿效西方,同是实施宪政,日本可以从形式做起,可以直接搬用,中国则不能,如果这样做了,也不会取得成功。同样,中国在吸收外来文化时的自我更新及新途径的开辟,这样的学习境界日本也难以企及。我们更不能责怪近代许多有识之士在民族生死存亡关头对传统的焦躁,因为历史没有给他们“从容”的条件,更没有给他们精琢细磨的机会。问题的关键在于我们现在是否有耐心寻出适应于自身文化的宪政之路,而不是在急于求成中再次迷失自我。在中国,任何成功的变革,无不是以批判开始,而在继承和融合中圆满完成的。

三、礼治的改造与传统文化的发掘

1. 反思“礼治”

对礼治的反思具有普遍的意义。因为礼治是人类社会发展普遍经过的一个时期。也正因如此,礼治更多地包含了人类社会相通的应然之理。

翻阅摩尔根的《古代社会》及在20世纪四五十年代尚处在原始社会组织中的中国少数民族的考察报告,可以了解发轫于人类血缘关系的礼及礼治,虽然因不同的环境而具有不同形式和内容(比如不同的血亲集团祭祀的神祇各异,日常行为准则也不相同),但人类社会所应该具有的一些相通的道理却在不同形式和内容的礼治中得到共同的体现。归纳起来,礼治有这样几个共同的特征:

第一,敬畏之心。礼治社会中,人们对天地鬼神的崇拜是不言而喻的。人们用最精美的物品和最虔诚的心态祭祀神明。乞求神明的庇护。神明的旨意和裁决也毋庸置疑。在礼治社会中,“神谴”就是最大的惩罚。我们也许会认为,这种原始的神明崇拜是科学不发达造成的,是社会落后甚至野蛮的标志。但是我们无法否认敬畏之心却是人类社会与生俱来的特征。我们无权嘲笑古人的幼稚和不科学,因为任何一个社会都需要敬畏,需要信仰,需要精神的寄托。古人信神一如我们今人崇尚科学、法治,而我们后人的崇尚也不会完全等同于我们。这种敬畏之心属于人类社会的精神领域,无论物质如何贫乏或如何丰富,礼治所要求和培养的人类的敬畏之心都不应该也不会消失。如果没有敬畏之心,人类社会的良知道德便无从谈起,法制也只是无皮之毛。如果我们抛弃了敬畏而只服从法制的话,那么法制所要体现的精神便不复存在,真正地成了“游戏规则”。

第二,伦理道德。不同的社会有不同的道德,但伦理道德是人类社会最初、最基本也是最永恒的道德。伦理道德实际是礼治的基础。其核心是强调在血缘关系为纽带的社会组织中不同角色的人应该具有的不同的品格。这些品格根据不同的义务和责任关系而形成,比如为人父母对子女应该慈爱,为人子女对父母应该孝顺;为兄姊者对弟妹应该友爱,为弟妹者对兄姊应该恭顺。在一个部落中,首领对部落成员要有体恤之心,部落成员

对首领要有爱戴之情,等等。这些产生于人类天然本性的道德不仅是维系社会秩序的基础,而且是人之所以为人的根本。当社会发展到不再以血缘关系为唯一甚至是主要联系纽带时,伦理道德的制约对象也因之而拓展到政治社会的各个领域。诸如上级对下级的威严,下级对上级的服从;君主对臣民的仁义,臣民对君主的忠诚;在社会上,长者对幼者的爱护,幼者对长者的尊敬,等等。一是因为血缘关系永远不可能在人类社会消失,二是因为无论是血缘社会还是政治社会都需要秩序,所以发自人类本性的伦理道德将永远不会消失。

第三,和睦友爱。和睦友爱是人类社会初始状态时的特征,也是礼治所强调的价值观。人类初始,茹毛饮血,惟有和睦友爱,才能生存,社会中的各个人才能各得其所,即“幼有所长,壮有所用,老有所终”。正如摩尔根所言,血缘社会中,同部落成员之间的互助友爱关系,展现了人类最美好的品质。当然,在血缘社会时人类便开始了无休止的战争,但家族与家族、部落与部落、国家与国家间的相互攻伐并不符合礼治的价值观。礼治是以和谐为理想的。当战争迫不得已地到来时,正义战争的目的在于以战争制止战争,即“以兵去兵”。

认真从容地反思礼治,我们会发现人类社会相通的或应该具有的美德,这些美德和“应然”的道理在近代物质的飞速发展中被忽视或淡化了。如果说近代以来的法治告诉我们的多是理智和“实然”之理的话,我们在古老的礼治中却可以寻找到人类许多的共同理想和“应然”之理。

2. 反思中国的“礼治”

我们反思礼治和探讨礼治改造的更重要的原因还在于:具有五千年文明史的中国是一个“礼仪之邦”,如果说血缘社会、习惯法时代后,西方创造了法治的文明,那么中国所创造的则是礼治文明。如果我们不以梅因“进步的”、“静止的”划分标准为唯一判断标准,实事求是地说中国的礼治文明并不逊色于同时代西方的法治文明。中国的礼治与西方的法治在模式、价值观方面存在着差异,但并没有进步与落后之分,更无文明与野蛮之别。在政治社会、法典时代中,中国更多地继承了传统,对礼治中包含的应然之理加以理论的归

纳,赋予礼治以新的内容和使命。我们应该感谢和敬佩中国先哲的智慧,经过他们的努力和探索,中国的礼治不再只是一般意义上的血缘社会的产物,而成为中华文明的标志,它具有了一般礼治所不具有的特征。

我们可以从基本理论和历史发展两方面对中国的礼治作一反思。

说到礼治的理论,就必然要说到孔子和孔子所创建的儒家学说。礼治由实践上升到理论,并延绵二千年之久,至今影响不绝,且为世界学界注目,孔子功不可没。儒家是一个“尊古”的学派,传统的礼治在儒家的学说中得到系统的总结和归纳。让我们重温至今都令国人无法忘怀的儒家的美好理想:“大道之行也,天下为公。选贤与能,讲信修睦,故人不独亲其亲,不独子其子,使老有所终,壮有所用,幼有所长,矜鳏寡孤独者,皆有所养。男有分,女有归。货恶其弃与地也,不必藏于己;力恶其不出于身也,不必为己。是故,谋闭而不兴,盗窃乱贼而不作,故外户而不闭,是谓大同。”可以看出儒家的大同世界充满着理想的色彩,“人性善”则是这个理想世界的基础。正因为对人性充满了希望,所以先秦儒家不仅不压抑人性,而且能够洞察物质并不丰盛的血缘社会中“礼治”的合理成分并加以弘扬。孟子言人有“不忍人之心”,即恻隐之心,故能“老吾老以及人之老,幼吾幼以及人之幼”。在孔孟的学说中,“民”生来都是身心健全、懂得道理法度的。“民”变恶的原因在于统治者不能自律,不能很好地诱导民之善性,以致上行下效。所谓“性相近也,习相远也”。所谓其身正,不令而行;其身不正,虽令不从。也正因对人性充满希望,孔子、孟子才力主统治者效法先王,实行“以理服人”的王道。王道的特征实际上就是血缘社会礼治的特征,也就是要求统治者视国人为家人,把“教化”而不是“惩罚”作为治国的主要手段。不过,儒家的礼治已经突破了家族血缘的羁绊,而普及到全体人民。国家、家族及整个社会,只要坚信人性的美好,通过教化展现、恢复或弘扬人性,则乱世可救,大同世界可建,尧天舜日可现。因为理想的实现,建筑在民之本性的“张扬”而不是“遏制”或“利用”的基础上,因此先秦儒家对民不敢藐视、不敢怠慢,面对统治者的苛政,孟子甚至发出了“民为贵,社稷次

之,君为轻”的呼唤。“民贵君轻”的民本主义正是儒家礼治思想的精华之所在。

说到先秦儒家的礼治,就不能不简单地与先秦法家的法治做一比较。儒家相信人善良的本性,顺应人性而提倡人与人之间的相互帮助,社会的和谐,统治者与人民的相互体谅,自上而下的道德自律,最终,儒家认为“功与利”只关乎一时的成败,从历史发展的角度来看并不那么重要。而“是与非”之理却关系到千古的准则,关系到国的根本和人的根本,是人类社会最重要的基础。没有是非的“力”是暴力,没有是非的“君”是昏君,没有是非的“威”是淫威,没有是非的“政”是苛政,没有是非的“法”是虐法,没有是非的“人”是小人。而法家对人的本性有着充分的警惕,按法治的主张,顺应着人性的治理,应该是人与人之间的相互制约,社会的竞争,统治者对被统治者必须示之以威力,以“法”约束之,利用之,镇压之。最终,法家将儒家之说视之为迂阔之论,对“是与非”之理并不在意,而只在乎功与利,成与败。因为在社会的竞争及人与人的制约中,“理”似乎远远不及“力”重要和现实。法家告诉了人们竞争中的“实然”之“理”:“理”建立在“力”的基础上——而这一点与近代西方法治告诉我们的道理有些相似。

儒家的“礼治”思想虽广为传播,但从孔子之时就屡遭磨难,以致“累累如丧家之犬”的孔子对弟子谆谆告诫“士不可以不弘毅,任重而道远”。在秦朝,儒家遭到灭顶之灾,经书被秦始皇付之一炬。但“焚书坑儒”的极端手段却没有使弘毅的儒士退却,而天下“诵法”孔子之声更是不绝于耳。当前所未有的统一、强大的秦王朝因行法家之学而促使社会矛盾激化,终于短命而亡后,在“理”与“力”的较量中,中国人回归了“理”,明智地选择了“礼治”。随着汉武帝时儒学正统地位的确定,“礼治”复活了。其实,礼治的复活并不是统治者的刻意安排,也不仅仅是统治者的需要而成就。探讨礼治在中国复兴的原因,还是应该归功于礼治中所包含的那种人类社会——无论是血缘社会,还是政治社会——所“相通”的应然之理,归功于儒家赋予礼治的新内容、新形式与新使命。与法家法治相比,“礼治”更体恤弱者,更关爱人民,更注重人的精神需求,更能缓和社会矛盾

并使社会各个阶层融洽相处。如果人类社会的生活以健康的“幸福”而不是以“发展”为最终目的,儒家礼治的生命力就永远不会消失。思想深邃的法国思想家伏尔泰对中国人那种不为物质所累、不为发展所累的潇洒给予了充分的肯定:“中国人没有使任何一种精神艺术臻于完美,但是他们尽情地享受着他们所熟悉的东西。总之,他们是按照人性的需求享受着幸福的。”^{[7](P461)}当我们遗憾中国传统缺乏近代启蒙,没有“人性”的解放时,中国的古人也许应该庆幸他们与同时代的西方相比,人性的压抑大为逊色,以致他们尚未感到需要“解放”;当我们惋惜中国传统没有宗教,缺少信仰时,中国的古人也许应该得意自己的“道德选择”,避免了宗教战争的涂炭和对异教徒非人的、令人发指的迫害。

中国的礼治因为儒家而有了一个理论的体系。这个理论体系在中国历史发展中虽一脉相承并影响周边地区和国家,但是在不同的时代,这个理论也有着不同的演变和特点。先秦儒家的特色在于理想,在于对人的信任和关怀,在于以礼调和而不是压制人性。时值汉代,儒家思想定为一尊时,先秦儒家的理想色彩已然大打折扣,对“人”的关怀已经不是缘自人性,而是统治者自上而下的一种恩赐。苛刻一点地说,汉之儒学是为统治者御用而产生的。汉“新儒学”的奠基人董仲舒在阐释儒学的自然观、政治观、价值观时,对先秦儒学多有改造,这种改造一半是为了使儒学更适应时势,一半也是为了投汉武帝之所好,其特点在于实践性的加强。从积极方面说,汉代礼治的复兴容纳了百家之言,对秦朝的传统也采取了中庸的改良方式,即反秦之政而用秦之制。儒家倡导的价值观不仅没有因为秦制的沿用而被破坏,反而如虎添翼,使礼治的可操作性大大加强。礼与法的关系在汉儒的学说中已经不是非彼即此、非此即彼的对立关系,而是和谐统一的制度与原则间的关系。礼治的原则通过制度得到体现。但无论如何,在汉新儒学中,我们已经难以见到先秦儒家那种“独夫民贼人尽可诛之”的民本主张,难以见到先秦儒家那种发自内心的对民的关怀和同情,难以见到先秦儒家那种对人性充满希望的期盼。宋明之时的理学,是儒学发展的又一个时期,理学奠基人朱熹所主张的“礼治”近乎宗教:是存

礼治倡导的“天理”,还是留与天理不两立的“人欲”,二者必居其一。当社会主流思想强调“存天理,灭人欲”时,人性的压抑便不可避免。中国社会“以礼教吃人”、“以理杀人”,确切地说始于宋明。毋庸讳言,儒家的礼治,从战国到明清的演变,形式上虽然越来越严密,但其精髓思想——对“人”的尊重、善意、关怀日益减弱,“大同之世”的理想色彩也日益消失,“独夫民贼可诛”的民本观念更是日益淡出。经过漫长岁月的改造,“礼治”越来越成为思想精神控制的工具。如果“五四”运动的思想先驱提出的是“打倒朱家店”而不是“孔家店”,我们近代对礼治的评价也许就会客观得多。

现在,当我们不必以西方模式为唯一标准,从容地反思中国的礼治时,我们对传统会产生一种与西方启蒙思想家相似的情感,即对我们民族的思想之源充满了敬意和希望。如同古希腊、罗马的传统在西方启蒙思想中重生,我们也期望春秋战国先哲的学说成为民族复兴的理论奠基石。这就是我们重新认识礼治,并探讨改造、更新礼治,而不是一味地批判或抛弃礼治的根本理由。

3. 礼治的改造

我们今天重新认识礼治,不能不感叹春秋战国留给后代的丰富的文化遗产和思想宝库。这个令时人充满了希望,又充满了迷茫的时代造就了理性的儒家,睿智的道家,现实的法家……当我们重新审视春秋战国时的儒法之争时,也不能不感叹历史确实不以一时的成败论英雄,当年风靡各个诸侯国的法家之学在汉之后竟无传人;至明清,人们只能从师爷讼棍的秘籍中看到法家的影子。而四处碰壁的“迂阔”之学儒家自汉以来却始终位居“国学”的正宗地位。转眼两千余载,近代随着经济的全球化、东西文化的相互融合、社会结构的转变,我们又处在了选择之中。比春秋战国的人们在“传统”与“非传统”间选择更为复杂和困难的是,近代面临着更多选择的人们在西方的殖民风潮中除了尚“力”,似乎别无他途。因为现实告诉人们,没有“力”就没有发言权,甚至没有生存权。国力的强弱成为文明先进还是落后、文化优还是劣,甚至人种高贵还是下贱的标准。但历史的发展确实不以人的意志为转移,在“力”的竞争中,一度失去自我,不得不以“力”抗“力”、以

“暴”对“暴”的民族,在获取了国家和民族的独立后,不能不反省尚“力”的代价;企图以力控制世界经济、政治甚至文化和价值观的国家、民族也不能不反省“力”的缺陷及其所不能。因为自西方殖民以来,以“力”建立的世界秩序从来也没有给世界带来过安宁,没有给世界不同的人种带来过平等与自由。人类不仅需要发展而且需要稳定,不仅需要竞争而且需要互让,不仅需要制约而且需要和谐,不仅需要个性而且需要沟通,不仅需要“力”而且需要“理”,不仅需要承认接受实然之状态而且需要追求信仰应然之道理——只有如此,人类才会有更幸福、更美好的未来。

从法律的角度观察,礼治的改造在中国至关重要。近代中国的法律变革举步维艰,其中一个重要的原因在于我们无暇定位改革后传统的礼治在新的法律体系中的地位。而“礼治”在新法律体系中的定位,关系到民众对法律的认可和接受程度。

从宪法的角度来看,如果说中国古代有可以与宪法相比拟高于一般法律意义的法的话,那非礼莫属。中国的学者如此认识,比如钱端生在《比较宪法》中认为中国不但有宪法,而且自《周礼》形成时起,中国的宪法已经具备了成文宪法的形式。^{[2](P130, P141)}外国学者也是如此认为,比如黑格尔认为中国“宪法”体现的精神就是“家庭孝敬”,家族的基础就是“宪法”的基础,“中国纯粹建筑在这一种道德的结合上。”^{[8](P162-168)}孝与道德正是礼治的核心。对照前文卢梭对宪法的定义,我们有理由同意“礼”或“礼治”即为中国古代宪法这样一种比拟。礼治在中国的古代实际上具有西方宪法的地位和作用。它与民族的情感密切联系。无论是官是民,是贵族是庶民,没有人愿意看到礼治的破坏。礼治的价值观、礼治的精神在每一个生于斯,长于斯的人的心灵中有着不可磨灭的印记。改朝换代、法制变迁都不能影响和动摇人们对礼治的信仰。自三代以至明清,无论盛世还是乱世,都是人们追求的理想。凭借着礼的精神和礼治的理想,人民可以在乱世中“兴灭国,继绝世,举逸民”。可以在王朝倾覆、制度破坏的情况下拨乱反正,延续着文明的发展并在对礼治的追求中创建制度。与近代以来,宪法遭受践踏而民众反映冷淡的状况形成明显对照的是,礼或

礼治在中国的古代一旦遭到破坏,民众便会群起而维护之。春秋战国“礼崩乐坏”,不仅出现了以“克己复礼”为己任的儒家,而且在《诗经》中出现了时人对无礼和坏礼言行的严厉斥责和鞭挞:“相鼠有体,人而无礼。人而无礼,胡不遄死。”(《诗经·鄘风·相鼠》)直至清末,当修律的内容触及并动摇了礼治的价值观时,便有了礼教派的强烈反对,翻阅一些清人的笔记和野史也可以感到时人对礼治动摇的担忧。礼治在中国古代并不简单地是统治者治国的工具,它还是民众评论君主、臧否官吏的标准。它是一种信念和社会各阶层沟通的渠道,正因如此,礼及礼治才成为中国古代的“根本大法”。而清末以来中国社会发展的基调是弃礼扬法(西学意义上的法),在其发展的过程中,尽管有礼教派的反对,但西化已成浩浩荡荡的世界潮流,不可阻挡。然而,从西方搬来的宪法,在中国往往成为远离民众的书生空谈,更使人尴尬的是成为一些政客权力较量的工具。在此似乎应该对中国近代宪法史上发生的“孔教”入宪之争做一分析。袁世凯执政后,欲“以礼教号令天下”,故极力主张将“孔子之教”定为国是。1913年未公布的《中华民国宪法草案》(“天坛宪草”)第三章第十九条有“国民教育以孔子之道为修身大本”的规定。1916年袁世凯恢复帝制失败并去世,国会开始续议“天坛宪草”并试图完成宪法的制定。“孔教”条文的修改由此成为国会和社会关注的焦点。陈独秀言:“‘孔教’本失灵之偶像,应于民主国宪法,不生问题。只以袁皇帝干涉宪法之恶果,天坛宪草,遂以第十九条,附以尊孔之文,敷衍民意,致遗今日无谓之纷争。”^{[1](P73)}陈独秀坚决反对孔教入宪,以为“建设西洋式之新国家,组织西洋式之新社会,以求适今世之生存,则根本问题,不可不首先输入西洋式社会国家之基础,所谓平等人权之新信仰,对于与此新社会新国家新信仰不可相容之孔教,不可不有彻底之觉悟,猛勇之决心;否则不塞不流,不止不行。”李大钊也认为“孔子与宪法,渺不相涉者也……孔子者,历代帝王专制之护符也。宪法者,现代国民自由之证券也。专制不能容于自由,即孔子不当存于宪法。”^{[9](P245)}我们暂且搁置“孔教入宪”的争论的评价,因为在当时,这一问题反映的不只是宪法与法律问题,更不只是学术问题,而是政治和

社会问题。分析当时的社会状况,有此几点值得注意:第一,主张孔教入宪的政治势力,是将宪法与孔教作为一种政治斗争的工具而主张的。宪法,为其不太名正言顺的政权披上合法的外衣;孔教为塞民之口提供传统的依据。在袁世凯的“孔教”中,看不到民本的思想,看不到对统治者的约束;所见只是对人民的束缚和控制。这种入宪的“孔教”不只是对西来宪法精神的恶意曲解,而且也是对传统孔子之道的贬损。第二,反对孔教入宪的社会力量,也只是从效法西方、学新弃旧、反对统治者倒行逆施的角度来反对孔教入宪。这种反对似乎有些割裂历史,基于政治的义愤也难免扩大传统的阻碍力。更为重要的是,当时从宪法原理对这一问题的论述十分罕见,而民众对此问题的反映更是冷淡。缺乏民族情感的支撑,不发于风俗而总产生于战争(或革命)的近代“宪法”,成为远离民众的政治摆设或点缀。其实,平心而论,中国传统礼治与宪法并不“渺不相涉”,礼治中包含的一些今古相通的道理、一些不能磨灭的民族精神只有在宪法中得以体现时,宪法才是中国的宪法,才能得到民众的关注与维护。当然,体现在宪法中的民族精神,必须是更新、重生了的传统,是经过改造并与现代社会吻合了的礼治,而不是历史上“礼治”的简单拿来。让我们仅举几例证实礼治与现代社会进步思潮或制度的暗合。

众所周知,礼治强调“和谐”,这个“和谐”并不是一团和气,他是建立在人类普遍具有的“敬畏之心”基础上的。这种“敬畏”不是宗教的信仰,但其足以教人远恶向善,使人珍惜人生。

因为敬畏自然,所以中国人要达到的境界是天人合一。而不是征服自然。帝王的天人合一观表现为效法自然而行政令,诸如一年四季的郊祀,对百姓的春教秋罚;一般人的天人合一观表现在顺应自然而生活,诸如“春生夏长秋收冬藏”。因为敬畏,中国人珍惜资源,春夏严禁入山砍伐狩猎尤其禁止猎杀幼兽和怀孕的母兽,禁止入湖泽捕捞。敬畏与珍惜自然,固然发自人类生存的需要,但也体现了对生命力所能及的敬畏之心。

因为敬畏人的生命,中国传统的“人”的观念是普遍的,对人的尊重也是普遍的。他没有西方古代那种贵族与贱民、男人与女人、甚至种族之别。所以先秦的墨家能感受到“官无常贵而民无

终贱”,秦朝的农民能喊出“王侯将相宁有种乎”。中国人同情弱者,反对“以强凌弱,以众暴寡”,主张人与人之间的和平相处和互相尊敬。自西周《吕刑》就强调“不敢侮鳏寡孤独”。中国古代法律将对弱势群体的关怀视为有德的体现。自汉开始的“养老令”,一直将丧失了劳动能力的老年人作为体恤的对象,赐予他们必要的生活用品,免除家人的一些徭役和赋税。“优胜劣汰”、“物竞天择”不符合中国人的价值观。

因为敬畏人生,所以中国传统礼治主张导民以善,珍惜人情,强调人的义务、责任、忍让和自律。中国古代的法律也是如此。学界一向以为中国古代“民法不发达”,或“以刑律为主”。其实这是受到西方学者偏见的影响。中国古代有狱、讼之分。狱事事关罪名、刑名,断之于律;讼事,又称“细事”,是关涉财产之争的纠纷,有些类似现今的民事纠纷,一般断之以礼。古代各级官员——县衙州府的长官一项日常的工作就是以礼教民,以礼断讼。断讼的工作量远比断狱要多。所以中国古代不存在“重刑轻民”的问题。“息讼”、“无讼”的礼治教化也不表明中国人的法律观念淡漠。其实,任何一个正常的社会,一个理性的法律机制都不会鼓励而是应该遏制民众的争讼;一个心志健全且有一定道德要求的人也不会将争讼视为荣耀。查士丁尼《法学总论——法学阶梯》第十六篇言:“必须指出,制定和维护法律的人向来非常注意防止人们轻率地进行诉讼,这也是朕所关心的。做到这一点的最好办法在于,有时采用罚金,有时采用庄严宣誓,有时利用害怕丧失名誉的心理来抑制原告或被告的轻举妄动。”而中国没有用罚金、宣誓、丧失名誉的方法来息讼,其所用的只是教化。从效果来看,教化的作用也许比罚金、宣誓、丧失名誉更为有效。礼治在中国古代法律体系中的显而易见的作用有二:一是作为“律”的灵魂,贯穿于刑事法律的条款中和断狱的过程中。由于礼的指导和教化,断狱者与一般民众不仅知道触犯刑律的严重后果,而且明白犯罪的可耻,所以其有明显的预防犯罪的作用。二是作为断讼及调解的依据,礼所强调的日常教育及每一次断讼及调解的过程,也是礼治所倡导的价值观普及深化的过程。此外,礼治更为重要的使命是旌表道德:上至君主,下至黎民都处在一个道

德评价的体系中。人们以礼为标准评价君主的仁、圣、明或暴、昏、庸;以礼评价官吏的德能;以礼评价一个人生存的价值。这种道德的相互制约虽然不若法治的制约那样明晰刚硬,但却因合乎情理而更易为社会接受并天长地久。中国礼治从不以激化矛盾为能事,即使与周边地区和国家在价值观产生抵牾的情况下,也不会以武力输出文化。礼治强调和谐,强调尊重不同地区的风俗和人民,主张以理服人的“王道”。回避竞争固然是礼治的缺陷,但其给人以安定祥和的环境,让人有暇去思索人生的意义和价值,这对今天的世界来说并非没有裨益。

20 世纪初,即使对礼治持有激烈否定的革命家、思想家也不能将传统礼治断然割裂。李大钊在论立宪国民的修养时说:“依吾儒忠恕之道,西哲自由、博爱、平等之理,以自重而重人之人格,个人均以此惕慎自持(持),以克己之精神,养守法循礼之习惯,而成立宪国绅士之风度,于是出而为国服务,自能和衷共济,一心一德而为正当之主持,绝不致演出议场挥拳、白宫斗口之象也。”^{[9](P319)}

最后以国学大师钱穆先生的结论作为结束语:

“只因有孔子的心教存于中国,所以中国能无需法律宗教的维系,而社会可以屹立不摇。此后的中国乃至全世界,实有盛唱孔子心教之必要。”^{[10](P408)}

参考文献:

- [1] 陈独秀. 独秀文存[M]. 合肥:安徽人民出版社,1987.
- [2] 钱端升. 钱端升学术论著自选集[C]. 北京:北京师范学院出版社,1991.
- [3] 卢梭. 社会契约论[M]. 北京:商务印书馆,1980.
- [4] 王健. 西法东渐——外国人与中国法的近代变革[M]. 北京:中国政法大学出版社,2001.
- [5] 宋教仁. 清太后之宪政谈[A]. 辛亥革命前十年间时论选集·第二卷上册[C].
- [6] 梁启超. 立宪法议[A]. 饮冰室合集·第一册[C]. 北京:中华书局,1989.
- [7] 伏尔泰. 风俗论·下[M]. 梁守锵译. 北京:商务印书馆,1995.
- [8] 黑格尔. 历史哲学[M]. 王造时译. 北京:商务印书馆,1963.
- [9] 李大钊. 李大钊文集·第1集[M]. 北京:人民出版社,1999.
- [10] 蔡尚思. 中国现代思想史资料简编·第四卷[Z]. 杭州:浙江人民出版社,1983.

Reflections on the Century – old Constitutional Government in China

MA Xiaohong

(College of Law, Renmin University of the China, Beijing, 100872, China)

Abstract: It is maintained in the academic circle of China that the frustrations of the modern Chinese constitutional government are mostly due to the resistance of the traditional Chinese culture. This paper argues that the exact reason why the constitutional government has failed to function in accordance with the designers' wishes in modern China consists precisely in the fact that it fails to be driven by the traditional motive force. Only when “the flower” of the western constitutional government is joined with “the tree” of the Chinese tradition, can it take root in the soil of China. “Propriety” is the backbone of China's tradition, and “Rule by Propriety” is an indicator of the Chinese civilization. But in the contemporary criticisms of China's traditions, “Rule by Propriety” has become the target that is the first to be hit. However, the seal that history has left has not yet been erased by the thorough denial and criticism that has lasted over a century. It is perhaps an effective way to successful reforms in Chinese constitutional government to calmly reflect on “Rule by Propriety” in China, i. e. to probe again into how to transform and renew it, instead of criticizing or abandoning it.

Key words: constitutional government, origin, course, error zone, tradition, “Rule by Propriety”, transformation

(责任编辑:苏建军)