

变法、法治与国家能力*

——对中国近代法制变革的再思考

支振锋

内容提要:在清末以来的中国社会变革中,法治不是主导性话语,革命、战争与经济建设而非法制才是近当代史的主题。这启发我们认识近代以来中国法制变革的一个新角度:其最初的使命并非为了“以法治国”,而是“以法强国”。因为在民族危亡之际,中华民族首要与最为急迫的任务乃是增强国家能力以抗外侮,平内乱,应对危机。清末的法制变革之所以失败,就在于它未能成功地增强国家能力并应对这两个挑战。结合政治学、史学与法学的分析可以发现,法治乃是常规社会的稳定器,它在大变革的社会中并不能增强国家能力以对外驱逐侵略,对内重构秩序。法治之要旨固然在于限制国家权力的专横,但在所谓后发国家,法治的建成却端赖于强大的国家能力。而国家能力就是理解近代以来中国法制变革的一个有解释力的理论框架。

关键词:以法治国 以法强国 法制变革 国家能力

支振锋,中国社会科学院法学研究所助理研究员。

如果说1840年以来西寇的一再入侵对中国的影响还只是逐渐从沿海波及内地,那么1895年蕞尔小国日本在甲午海战以及其后日俄战争中的胜利,才真正地教训了中国的知识分子,开始迫使中国知识分子的思考焦点从器物与科技转向了制度甚至文化。八国联军的侵略与半壁江山的沦陷,为这种变革施予了更大的紧迫感,无论是从挽救自身的统治还是避免整个国族的沦亡,都使清廷不得不真正从制度上改弦更张,“修律变法”遂得登上历史舞台。

然而,揆诸历史,与今天的法学知识分子所想象的热闹无比的清末修律变法不同的是,在整个清末新政中,法制变革实在并不是一个最为核心的部分,无论是废科举还是行国会,在当时和后世都引起了更多的关注与研究。而如果我们在一个更为宽广的历史视野中将眼

* 本文为作者所主持的司法部课题:《中国特色社会主义法理学的构建:历史、方法与资源》(09SFB2009)的成果之一,并受到中国博士后科学基金的资助(20090460138),特致谢忱。

光放到整个近代以来的中国社会变革,我们也会发现从1840年以来几乎整整一个半世纪里法律与法学的沉寂,以及在主要的社会、政治运动中几乎完全失声的法学知识分子。在清末,鸦片战争之后,修律变法以前,无论是维新派、洋务派还是变法派,关注的问题都是商战、洋务、民主,法治虽偶被提及,但分量却很轻。在林则徐、魏源、郑观应、王韬、薛福成、洪仁玕、康有为、梁启超、谭嗣同、王国维、章炳麟甚至严复等人那里,法律及法治建设都没有引起太大的注意,或者从未成为他们关注的重点。而即便严复关注到了群己权界论的自由,但也并没有深入论述法治。

而其后的革命派,无论是国民党的孙中山、宋教仁、黄兴,还是共产党的毛泽东、周恩来等衮衮诸公,法治也都不是他们思考与实践的重心。如果说宋教仁精研法律,有民主与法治思想的话,但他英年早逝,而且显然他对组党竞选等“民主”层面上的事务才最为劳心劳力。

除了政治革命与运动外,在社会与文化运动上,情况也约略相同。进入20世纪之后,相继有五四与新文化运动,科玄之争,新生活运动,乡村建设运动,中共边区也进行了整风运动、大生产运动,但就是没有一场“法治”“运动”。^[1]而在1949年之后,除第一部宪法制定之时毛泽东及周恩来等中共开国诸公短暂地对法律产生过兴趣外,很快,宪法和法律就仅仅被视为办事的参考。^[2]在“文化大革命”的10年中,连公检法几乎都全被砸烂了。60年来,除了前30年中所一度重视的阶级斗争外,经济建设始终是国家的核心事务,尽管直到改革开放之后才提出“以经济建设为中心”。

而我们再仔细检视五四运动的话,将会发现情形更为值得玩味。五四及新文化运动被认为是中国近代史上一次波澜壮阔的社会、文化运动,它深刻地影响了中国。但官方对它的解读却始终聚焦于“反抗”或“反对”,而其背后的底色则是“爱国”。1939年5月1日,毛泽东在延安出版的中共中央机关报《解放》上为纪念五四运动20周年而撰写的《五四运动》一文指出,“五四运动的成为文化革新运动,不过是中国反帝反封建的资产阶级民主革命的一种表现形式”。胡锦涛同志则指出:“五四运动也孕育了爱国、进步、民主、科学的伟大精神。在当时,爱国,首先是争取民族独立、维护国家主权和领土完整,反对帝国主义的奴役和封建军阀政府的卖国行径;进步,首先是反对阻碍民族独立和人民解放的一切腐朽没落的东西,推动中国社会向前发展;民主,首先是推翻专制独裁的旧制度,实现最广大人民的解放和民主、自由;科学,首先是探索指导中国人民根本改变受奴役、受压迫地位的科学真理和发展道路。五四精神的核心,是伟大的爱国主义。”^[3]五四精神的核心是爱国,而在五四以及此后近代中国的历程中,爱国的主要表现就是反侵略,维护民族独立和国家自主;反侵略,就需要发展军事、科技与经济,凝聚国民意志,积聚国家力量。一言以蔽之,“强国”。

然而,研究这段中国历史上著名的爱国政治文化运动,我们还可以发现两个并没有引起学界足够重视的方面。其一,五四运动及新文化运动的主将中不乏受过近代西方法学系统教育之士,特别是其中影响最大的陈独秀、李大钊等人。李大钊中学毕业后考入我国最早依

[1] 这里主要是在“法制建设”的意义上使用所谓“法治运动”的说法。因为“法治”本身就是社会的稳定器,它与“运动”很可能是有天然的不相容之处。说我们没有“法治运动”,意指虽然清末、民国还有中共建政之初都有建章立制甚至大规模立法的“法制建设”情形,但这种建设始终不是当时关注的焦点,没有成为当时国家与社会的主要任务,也远远引不起如反侵略、反压迫的战争与革命或者后来的经济建设那么引人注目和重要。

[2] 参见支振锋:《五四宪法的命运与际遇》,《理论视野》2009年第9期。

[3] 胡锦涛:《为建设有中国特色社会主义努力奋斗——在五四运动八十周年纪念大会上的讲话(1999年5月4日)》,《求是》1999年第10期。

靠英、日法学家开创的学制长达五年的北洋法政专门学堂,毕业后又去日本早稻田大学法学部政治学科深造。^[4] 陈独秀和吴虞也在日本学习政法,吴虞毕业于日本法政大学,回国后曾在多所政法学校任教。^[5]

但奇怪的是与此相关但却恰相对照的另一方面。尽管陈独秀、李大钊、吴虞这些受过较为正规的西式法学教育、具备一定现代西方法律思想功底的人在五四前后反传统的思想运动中都是作为“主将”而起到巨大作用的,尽管这场波澜壮阔的社会文化运动涉及哲学、政治、伦理道德、文学艺术等方方面面,但它整体上却没有涉及现代法治。即便五四运动的参与者们偶尔提及宪法或法律,或者他们有部分作品与法学有关,也大多是在鼓吹政治变革的大框架下作为政治改良的一部分而提出的,现代法治作为一种独立的价值或理论体系的方面,并没有引起五四风云人物的足够重视。而且在事实上,虽然上述五四主将受到过法学教育,但他们也并非以法律为业的法律人,更非现代意义上的法学家。^[6] 可以说,在激荡人心的五四新文化运动大潮中,在近代西方有极大影响的法治缺席了,或者说是失语了。

尤其值得关注的是,从1902年2月清廷专门下诏提出法制改革,到1919年5月五四运动及新文化运动时期已经过去了将近20年。在这20年里,中国的法律状况发生了巨大的变化,我们已经有了宪法和其他基本法律,有了国会和选举,也设立了审判厅或法院,有了律师,某种意义上说,中国人开始有了近代意义上的“法律生活”;可是,在近代中国异常重要的一场社会文化运动中,法治仍然缺席和失语了,这是为什么?

不仅如此,早在10年前,贺卫方教授也曾关注到“法学家的缺席”。在他看来,法学家在五四时代和此后相当长的历史舞台上或者缺席,或者只能跑龙套。五四时代的英雄是哲学家、文学家、历史学家和革命家,而不是法学家。近世中国的法学家中,沈家本已于五四运动的6年前去世。伍廷芳虽然在政坛上仍属重镇,然而,在思想上,这位法学家从来也没有获得过全国性的荣誉。1921年伍廷芳去世,新文化运动的领袖胡适发表感言,毫不隐讳地批评这位法学家的思想浅薄。其他如王宠惠,虽然法学根底扎实,然而却全身心于政治和外交,对社会思潮之引导,贡献无多。他认为,原因可能有三:一是当时中国近代型的法律制度尚处在模仿阶段,我们还没有真正的法学知识传统。在我们的古典知识格局中,法律算不上专门知识,更非精深高雅之学问,法学是一个没有多大吸引力的领域。二是摆脱司法方面的外国控制和向西方学习的矛盾需求,让我们时而感觉到西方法律制度在文化上的优越性,时而又因为变革法律中的西方压力而对变革本身产生仇视。我们失去了从容的心态,变得急躁、无奈、麻木和自暴自弃。三是当时的思想家们对如何通过具体制度建立良好的法律秩序

[4] 而且,应该说李大钊对法学还曾有专门研究,他有不少文章是与法学有关的,比如《论民权之旁落》、《一院制与二院制》、《论宪法公布权当属宪法会议》、《法律颁行程序与元首》、《欧洲各国选举制考》、《〈中华国际法论〉译叙》等皆属此类。参见中国李大钊研究会编注:《李大钊全集》(第一卷),人民出版社2006年版。李大钊在天津北洋法政专门学堂读书时,还对当时的讲义《豫科法学通论》和《正科刑法讲义》做过不少标识和批注。如今,这两本批注过的讲义已经成为国家一级文物,现收藏于安徽乐亭县李大钊纪念馆。参见王海:《李大钊同志批注过的两本讲义》,《文物春秋》2007年第4期。后来,这两本讲义批注被整理成《〈法学通论〉批语》、《〈刑法讲义〉批语》,连同另外一部《中国国际法论》被收录于另一个版本的李大钊全集之中。参见朱文通等整理编辑:《李大钊全集》(第一卷),河北教育出版社1999年版。

[5] 陈独秀虽然法学作品不多,但在批判孔教时,亦曾涉及宪法。参见陈独秀:《宪法与孔教》,《新青年》2卷3号,1916年11月1日。

[6] 在这个意义上可能会略有争议。因为五四运动时与陈独秀一起散发传单的高一涵先生,有时候也被视为法学家。但实际上,高一涵虽然也有专门的法学著作,但他主要是以政治学研究为业的政治学家。

用心极少,三大主流思想的民族主义、自由主义和共产主义,都未能重视法治之于民主社会的价值。^[7]然而,在我看来,这与其说是回答了问题,不如说是对问题和现象的归纳,并且提出了更多的问题。

无论如何,到目前为止,法制建设(或曰法治)在近代以来中国的社会变革中始终处于配角的位置,而且迄今依然不能步履从容。那么,这究竟是这些运动参与者们个人的缺陷,还是历史的缺陷,甚至是法治本身的缺陷或特质,才导致了这种状况?我们能够批评这些社会文化运动以及近代中国一系列社会、政治、文化运动的发起、参与者或者说运动本身是有缺陷的吗?当然可以,但却可能并不具有什么实质的意义。因为一场社会与文化运动之所以能够风起云涌地开展,并不仅仅在于运动发起者与参与者的个人能力、魅力或者所运作手段及可资利用的资源,而在于这种运动呼应了时代需要,反映了时代主题。从某种意义上说,是时代造就了运动与思潮甚至其发起者和参与者,而发起者与参与者不过是任务的历史承担者而已。我们可以批评他们在运动中的具体表现,但不能求全责备他们未能营造某种话语,因为这是不可能的任务。因此,我们只能说,是法治本身出了问题;我们甚至可以检讨,法治是否是当时最紧迫的时代需要。而如果要这样,我们就必须从清末西法东渐的本源讲起,从学术史与思想史的双重维度,尤其是国家构建与法治建设的二元互动,来对这段西法东渐的历史进行认真的梳理,钩索出其中所隐含的隐秘逻辑,从而回答为何在西学东渐至高潮,科学、民主大旗高高举起甚至早早便被供入宪法圣坛之中的近代中国,而几乎与其同时进行的以“西法东渐”为表征的“法治建设”^[8]却命运多舛,行行重行行,直到20世纪80年代才逐渐复归其位,90年代中期才真正获得官方的正式认可并被写入宪法之中?

二

如果说近代以来中国的法治乃是西法东渐的产物,那么探讨为什么“西法”会“东渐”,将会是一个有益的努力。因为,对西法东渐原因的揭示,将会有助于我们认识法治之于近代中国的作用与地位,自然也能解释它在五四新文化运动等一系列革命、政治和社会运动中的命运与际遇。我们可以从两个方面去看这个问题:近代中国的历史境遇及我们对西法的认识。

直到19世纪中期,“中国国家和社会仍然认为自己是东亚文明的中心。它和周围非中国人的关系是假定以中国为中心的优越感这一神话为前提的。”^[9]其实一切并非“神话”,广袤的土地,众多的人口,悠久的历史,发达的学术,深邃的思想,强悍的军队,有效的政治,独特的律法,富庶的经济,中国这个多民族统一国家在长达近3000年的历史中一直有着足以傲视全球的资本。正是这傲人的传统,为“日之将夕”的晚清在古今中西的时空挤压中,提供了缓冲的余地与折冲樽俎的背景。然而,从1840年开始,五战五败,丧权辱国,创巨痛深,当发现傲人的过去不再是资本而是累赘,当巨大的祖国不再是依靠而是需要挽救的病夫

[7] 贺卫方:《法学家的缺席》,《法制日报》1999年9月2日第7版。周少华对这三点原因进行了“精炼”,并据此引出对“书斋里的法学家”的批评。周少华:《书斋里的法学家》,《华东政法学院学报》2006年第4期。

[8] 本文在行文时,对所谓“法制”、“法治”并未刻意做出区分,一则两者在含义上的区别早已成为常识;二则本文谈及两者时,所指的都是近代中国的“法治建设”。

[9] [美]费正清编:《剑桥中国晚清史1800-1911年》上卷,中国社会科学出版社1985年版,第35页。

时,晚清巨变中的世人与世相,就别有一种异样的滋味。

1840年一战割地赔款,已经是奇耻大辱;1860年再战甚至丢了京城,更是创巨痛深。如果说这两次战争还不足以让所有中国人警醒的话,那么甲午战争败于蕞尔蛮夷日本之手,八国联军庚子侵华,光绪与慈禧再次逃奔,1905年日本战胜俄国,则使中国人不得不用全新的目光来审视他者与自身。

中华民族到了最危险的时候,救亡就是鸦片战争以来我们这个民族的首要任务与主题。^[10] 救亡之要,一在自强,二在求富。魏源与林则徐开风气之先,他认为,“不善师外夷者,外夷制之。……欲制外夷者,必先悉夷情始,欲悉夷情者,必先立译馆翻夷书始”。^[11] 其目的是通过使“西洋之长技,尽成中国之长技”,从而“尽收外国之羽翼为中国之羽翼,尽转外国之长技为中国之长技,富国强兵不在一举乎?”^[12] 也即“师夷长技以制夷”。^[13] 而早在咸丰十年十二月初一日(1861年1月11日),统治集团的上层奕訢就在其《通筹洋务全局酌拟章程六条折》中提出了“自图振兴”,13天之后,更进一步提出,“探源之策,在于自强”。^[14] 这是自强口号的初次提出,并在事实上成了之后指导中国一切政治、社会、法律变革的根本国策。^[15] 李鸿章在其昏庸颓废的同僚中率先发现中国正处于“数千年大变局,识时务者当知所变计耳”,^[16] “合地球东西南朔九万里之遥胥聚于中国,此三千年一大变局也”,^[17] 中国遭遇“数千年未有之强敌”,^[18] “以后若不稍变成法,徒恃笔舌以与人争,正恐长受欺侮”。^[19] 直到19世纪90年代后期,他在致伍廷芳的信中仍然强调“根本之计,尤在变法自强”。^[20]

救亡是这个民族首要与最重要的任务,而自强与求富则是其内在要求,变法便提上了日程。“自强之术,必先练兵。”^[21] “欲自强,必先裕饷,欲浚饷源,莫如振兴商务。”^[22] 人们的认识很快从练兵、重商又更进一步,到了评价中西学术的地步,“西学西法,非不可用,但当与我相辅而行可也。”^[23] 郑观应更明确地指出,“中学其体也,西学其末也;主以中学,辅以西

[10] 正是在这个意义上,梁启超不断撰写《波兰灭亡记》(《饮冰室合集》专集第14,中华书局1989年影印版)、《越南亡国史》(《饮冰室合集》专集第19,中华书局1989年影印版)、《朝鲜灭亡之原因》(《饮冰室合集》专集第20,中华书局1989年影印版)、《灭国新法论》(《饮冰室合集》文集第6,中华书局1989年影印版)、《瓜分危言》(《饮冰室合集》文集第4,中华书局1989年影印版)。康有为也撰写不少关于日本、俄国变法的著作。“灭亡”、“瓜分”、“亡国”,可以想见,这些怵目惊心的字眼是如何触动当时的中国人的。

[11] 魏源:《海国图志》卷二《大西洋欧罗巴洲各国总叙》。

[12] 魏源:《圣武记·道光洋艘征抚记》。

[13] 魏源:《海国图志·筹海篇一》。

[14] 奕訢等:《奏请八旗禁军训练枪炮片》,咸丰朝《筹办夷务始末》卷二七,转引自夏东元:《洋务运动史》,华东师范大学出版社1992年版,第180页。

[15] 费正清等人非常清晰地指出第二次鸦片战争之后清廷所采取富国强兵政策的实质,“从1861年开始,‘自强’一词在奏折、谕旨和士大夫的文章中经常出现。这表现出人们认识到需要一种新的政策,以应付中国在世界上的地位所发生的史无前例的变化。……既然欧洲各国的军事力量看来是依靠技术强大起来的,那就应把采用这种技术视作根本的任务”。参阅[美]费正清编:《剑桥中国晚清史1800-1911年》上卷,中国社会科学出版社1985年版,第531-532页。

[16] 《李文忠公全集·朋僚函稿》卷十一,《复鲍华谭中丞》。

[17] 《李文忠公全集·朋僚函稿》卷十九,《筹议制造轮船未可裁撤折》。

[18] 《李文忠公全集·奏稿》卷二四,《筹议海防折》。

[19] 《李文忠公全集·朋僚函稿》卷十三,《复孙竹堂观察》。

[20] 《李文忠公尺牍》第31册。

[21] 奕訢等:《奏请八旗禁军训练枪炮片》,咸丰朝《筹办夷务始末》卷27,转引自夏东元:《洋务运动史》,华东师范大学出版社1992年版,第180页。

[22] 《李文忠公全集·奏稿》卷三九,《议复梅启照条陈折》。

[23] 王韬:《韬园尺牍》,中华书局1959年版,第30页。

学。”^[24] 1896年,沈寿康第一次明确地提出了“中学为体,西学为用”这八个字。^[25] 张之洞在其名著《劝学篇》对中体西用做了最为经典的概括。^[26]

早期维新派基于自己对西方的了解,在提出重商的同时,不可避免地要涉及对法律的观察。郑观应发现:

治乱之源,富强之本,不尽在船坚炮利,而在议院,上下同心,教养得法;兴学校,广书院,重技艺,别考课,使人尽其才;讲农学,利水道,化瘠土为良田,使地尽其利;造铁路,设电线,薄税敛,保商务,使物畅其流。^[27]

1909年,他在澳门郑家大屋完成16卷巨著《盛世危言后编》,自序中所念兹在兹者,仍为国家富强,但认识上更进一步,提出了从经济到政治到法律这样的系统化变革:

有国者苟欲攘外,亟须自强;欲自强,必先致富;欲致富,必首在振工商;欲振工商,必先讲求学校、速立宪法、尊重道德、改良政治。

大致同时期的郭嵩涛已经旗帜鲜明地以“法治”来区别中西兴衰之源,他认为中国重德治,西方重法治。^[28] 但无论是对于法治还是对于议院,他们的角度却并不是其本身,而是自立与富强。就连张民权,也是因“富强之效亦无不基于此矣”。^[29]

甲午战争的失败为中国进行法律、制度的变革提供了历史的紧迫感与推动力,这次战败对中国知识分子造成的心灵创伤是空前的,甚至是无与伦比的。日本不仅进行了器物上的变革,更进行了制度与文化上、特别是律法上的更张。这被当时的中国知识分子认作是日本战胜的原因。梁启超更明确地说,我国四千年“大梦之唤醒,实自甲午战败割台湾偿二百兆以后始也”。^[30] 自此,戊戌变法开始冲破“中体西用”,不仅仅要求“稍变成法”,已经公然倡导变法。^[31] 康有为于光绪二十四年六月(1898年7月)所上《请定立宪开国会折》中,开宗明义地提出,“臣窃闻东西各国之强,皆以立宪法开国会之故”。^[32] 希望朝廷“外采东西强国,立行宪法,大开国会,以枢政与国民共之,行三权鼎立之制,则中国之治强,可计日待也”。^[33] 变法已经必然地涉及了法制变革,“须自制度法律先为改定,乃谓之变法”。^[34] 就连“民权”之所以重要,也因为它在富国强兵中的作用。^[35]

瓜分豆剖的历史境遇决定了当时的目标只能是救亡,而要救亡就必须自强求富;与此相比,其他的都只是手段与工具。变是需要的,但变的只是“用”。军事上,练兵、军工、造舰,

[24] 郑观应:《盛世危言·西学》,陈志良选编,辽宁人民出版社1994年版,第30页。

[25] 沈寿康:《匡时策》,载《万国公报》1896年4月。

[26] 张之洞:《劝学篇·会通第十三》,李凤仙评注,华夏出版社2000年版,第147-148页。

[27] 郑观应:《盛世危言初刻·自序》,收录于夏东元编《郑观应集》上册,上海人民出版社,第233-234页。

[28] 《郭嵩涛日记》卷三,湖南人民出版社1982年版,第373页。

[29] 《我园文录外编》卷1,《重民下》。

[30] 梁启超:《戊戌政变记》(一),上海人民出版社1957年版,第249页。

[31] 梁启超:《西学书目表后序》,《饮冰室合集》文集之一,中华书局1989年影印版,第128页。

[32] 康有为:《请定立宪开国会折》,载《近代中国宪政历程:史料荟萃》,夏新华、胡旭晟、刘鹗、甘正气、万利容、刘珊珊整理,中国政法大学出版社2004年版,第16页。早在《上清帝第一书》中,康有为就说,“皇太后皇上知旧法之害,即知变法之利,……十年之内,富强可致,至二十年,久道化成,以恢属地而血仇耻不难矣”。康有为:《上清帝第一书》,《康有为政论集》,中华书局1981年版,第59页。

[33] 康有为:《请定立宪开国会折》,载《近代中国宪政历程:史料荟萃》,夏新华、胡旭晟、刘鹗、甘正气、万利容、刘珊珊整理,中国政法大学出版社2004年版,第17页。

[34] 康有为:《康南海自定年谱》,收录于中国史学会主编《戊戌变法》(四),上海人民出版社1957年版,第145页。

[35] 梁启超:《新民说》,《饮冰室合集》专集之四,中华书局1989年影印版。

一言以蔽之,只为“自强”;经济上,开矿、办厂、筑路,亦可以“求富”而涵括。中国的近代法律的进程,就是伴随着民族救亡图存的社会运动与实践以及一百多年来富国强兵的梦想而进行的。^[36]自19世纪下半叶以来,中国人对西法的欣赏,主要就在于法律与强国的联系。自强与求富,正是包括法制变革在内近代中国变革的深层动力。

三

如果说洋务派与维新派对法律的认识还主要停留在思想层面上,那么清末的修律变法更直接凸显了当时人们对法律的真正认识。内外困乏中,清廷统治的合法性资源^[37]在不断流逝,为了“自强”不得不重新拾起“变法”的旧旗,于光绪二十六年(1900)十二月发布改革诏书,正式提出学习西方制度与文化,但其念兹在兹的,仍然是“如何而国势始兴,如何而人才始盛,如何而武备始精,如何而度支始裕”^[38]的“富强”之策。接着张之洞与刘坤一连署“江楚会奏”,其中力主学习西方的政治与法律制度。^[39]清廷在批阅刘、张奏疏后,再次下旨指出,“惟有变法自强,为国家安危之命脉”。^[40]并于1902年2月正式下诏进行法制改革,^[41]随后遴选了沈家本、伍廷芳作为修律大臣。^[42]开馆、修律、译书、培养人才,沈家本媒介中西,变法次第展开。

然而观诸清末的修律变法,我们也可以发现其实质上不过是“功夫在诗外”。在更大的程度与意义上,绝不仅仅是由于当时之人对西方法律的“体”或者说其核心与精义有多少高妙与深邃的理解,相反他们看到的乃是其“用”。一是看到了西方法律在富国强兵中的作用,希望能够通过变法而自强,从而巩固统治。沈家本曾言:“变法自强,实基于此。”^[43]二是希望通过修律变法来解决某些现实的问题,比如废除领事裁判权。董康以“校对”亲身参与了晚清新刑律的制定,他这样回忆修律变法与收回领事裁判权之关系:

[36] 金耀基曾言:“中国现代化是中国在‘兵临城下’,人为刀俎,我为鱼肉的劣势下被逼而起的自强运动,这是中国有史以来所受最大的屈辱,过去一百年,即是中国的‘屈辱的世纪’。天朝之败于‘西夷’,是一屈辱,一败再败,则是大屈辱,败于西夷而又必须学于西夷,更是屈辱之至。故而,中国百年来之现代化运动,实是一雪耻图强的运动。而此一雪耻图强运动,分析到最后,则是一追求国家‘权力’与‘财富’的运动。”金耀基:《现代化与中国现代历史》,载张玉法主编《中国现代历史论集》(第一辑),联经出版事业公司1980年版,第125-126页。王尔敏先生亦言,“中国近代思想,万途同归,其原始基础,实以富强为中心主流。然此富强观念之发生,则西方文明之刺激,列强侵逼之压力,又为此种观念之动因。近代中国,患贫而又患弱,知识分子所觉醒,与所最关心热望,梦寐以求之远大目标,即在要达成国家富强人民康乐之理想境界。所有思想理念之酝酿,政治社会之创制,唤醒民众之言论,奔走呼号之行动,在无非为此最基本之富强目标所起因。是以百余年来中国思想之发展嬗变,自以谋富强为原始动力,并为支配此时代所有观念潜流之核心”。王尔敏:《中国近代思想史论》,社会科学文献出版社2003年版,第170页。法制现代化乃正是作为整个中国现代化的一部分而被发起的,法律作为求富与自强之具,乃是当前法学界的共识。正如曹全来所言,“在近代中国人追求民族复兴的历程中,曾经拥有一个伟大的梦想:这就是希望通过构筑一个近代化的法律体系,收回治外法权,实现国家富强,获得民族独立、统一和自尊”。曹全来:《国际化与本土化——中国近代法律体系的形成》,北京大学出版社2005年版,第1页。但西法东渐初期的这种状况,对中国法学学术研究的影响,却鲜有人论及。

[37] 详参萧功秦:《危机中的变革:清末现代化进程中的激进与保守》,上海三联书店1999年版,第144-148页。

[38] 朱寿朋编:《光绪朝东华录》第4册,中华书局1958年版,第4601-4602页。

[39] 朱寿朋编:《光绪朝东华录》第4册,中华书局1958年版,第4754页。

[40] 朱寿朋编:《光绪朝东华录》第4册,中华书局1958年版,第4771页。

[41] 《清德宗实录》卷四九五。

[42] 朱寿朋编:《光绪朝东华录》第4册,中华书局1958年版,第4864页。

[43] 沈家本:《寄簪文存》卷一。

“清自五口通商以来，政府昧于国际情形，法权寝失，外人遂有领事裁判权。李文忠马关订约，深知其弊，即于约内，声明政府修改法律，即收回领事裁判权。迨匪乱后，两宫加蹕，翌年派沈家本、伍廷芳为修订法律大臣，奏请将律例馆更名修订法律馆，派提调等职，开始进行。”^[44]

富强首先要强清廷的统治，修律变法的根本原因乃是巩固清廷统治，这可以从“模范列强”时师法英美还是师德日的具体选择中看到。在立宪运动中，清廷曾派五大臣出洋考察，1906年正月二十三日，戴鸿慈、端方对美国的考察结论是，“大抵美以工商立国，纯任民权，与中国政体本属不能强同”。^[45]而载泽、尚其亨、李盛铎对英国的考察更有意思：“惟其设官分职，……自非中国政体所宜。”^[46]但戴鸿慈、端方所上《出使各国考察政治大臣戴鸿慈等奏到德后考察大概情形暨赴丹日期折》中对德国的考察结果，却大异其趣：“查德国以威定朝，不及百年，而陆军强名，几震欧海。揆其立国之意，专注重于练兵，故国民皆尚武之精神，即无不以服从为主义。至于用人行政，则多以兵法部勒其间，气象森严，规矩正肃。其人民习俗，亦觉有勤俭质朴之风，与中国最为接近。盖其长处，在朝无妨民之政，而国礼自尊，人有独立之心，而进步甚猛。是以日本维新以来，事事取资于德，行之三十载，遂致勃兴。中国近多欣羨日本之强，而不知溯始穷原，正当以德为借镜。”^[47]“练兵”、“尚武”、国民之“服从”、“进步”，这些才是“借镜”德国的真正原因。

其实“出使英法义比大臣”薛福成早就发表过类似的意见：“西洋各邦立国规模，以议院为最良。然如美国则民权过重，法国则叫嚣之气过重；其斟酌适中者，惟英德两国之制颇称尽善。”^[48]贺卫方教授打趣说，“随着十多年来了解的深入，到五大臣的时候，当得上‘尽善’之评的，只剩下德国一国了”。^[49]德国“尽善”的原因，绝不仅仅是由于其法学学术之“昌明”、义理之精妙，而完全是由于它的法律有助于它以威定霸。

至于立宪，五大臣认为“保邦致治，非此莫由”，乃“富强之纲纽”。如果能行立宪，则“从此南针有定，歧路不迷，我圣清国祚，垂于无穷，皇太后、皇上鸿名，施于万世，群黎益行忠爱，外人立息觊觎”。^[50]而载泽在1906年8月26日所奏密折中，更是非常“坦率地”认为立宪可以收到“皇位永固”、“外患渐轻”、“内乱可弭”之三大功用。^[51]端方也在奏折里明白地说：“中国欲国富兵强，除采用立宪政体之外，盖无他术矣。”^[52]最终，清廷接受了他们的意见，在1906年9月1日下诏，“各国之所以富强者，实由于实行宪法。”^[53]

至此，我们已经可以得出结论，无论是从当时中国面临亡国灭种的历史困境决定了必须

[44] 董康：《中国修订法律之经过》，载何勤华、魏琼编：《董康法学文集》，中国政法大学出版社2005年版，第461页。

[45] 故宫博物院明清档案部：《清末筹备立宪档案史料》上册，中华书局1979年版，第8页。

[46] 同上，第10页。

[47] 同上。

[48] 薛福成：《出使英法义比四国日记》，岳麓书社1985年版，第197页。

[49] 贺卫方：《比较法研究/英美法专号·代引言》，载《比较法研究》1991年第4期。

[50] 参见《出使各国考察政治大臣载泽等奏请以五年为期改行立宪政体折》，载《近代中国宪政历程：史料荟萃》，夏新华、胡旭晟、刘鹗、甘正气、万利容、刘姗姗整理，中国政法大学出版社2004年版，第38-9页。

[51] 载泽：《奏请宣布立宪密折》，载《近代中国宪政历程：史料荟萃》，夏新华、胡旭晟、刘鹗、甘正气、万利容、刘姗姗整理，中国政法大学出版社2004年版，第41页。

[52] 端方：《请定国是以安大计折》，载《近代中国宪政历程：史料荟萃》，夏新华、胡旭晟、刘鹗、甘正气、万利容、刘姗姗整理，中国政法大学出版社2004年版，第43、47-48页。

[53] 《宣示预备立宪谕》，载《近代中国宪政历程：史料荟萃》，夏新华、胡旭晟、刘鹗、甘正气、万利容、刘姗姗整理，中国政法大学出版社2004年版，第52页。

以救亡为第一要务来看,还是从清末修律变法前后人们对西法的认识,以及修律变法的宗旨、手段及对具体“西法”的采择来看,当时西法东渐的直接目的都并不是为了“以法治国”,而是看到了“法”或者“法治”在使得国家强大中的作用。我们可以用“以法强国”来对这段修律变法历程的实质进行概括。

从这个意义上,我们就能够理解,为何五四运动中民主与科学大行其道而法治话语却付诸阙如了。在当时人们的理想中,民主解决的是权力——特别是国家统治权力——掌握在谁手中的问题,从而可以防止汉奸卖国贼掌权,以期建立一种得到认同的政治秩序,减少压迫与内耗,实现全民一致对外,化解民族危机;科学解决的是如何利用新的技术手段开启民智、增殖财富与锻造强大军力,从而增强国力以抵御外国侵略。民主与科学的根本就在于调动、整合与增强社会资源与国家能力,抵御外侮,救亡图存。

而强调规则之治,重在约束权力的现代法治,在当时显然不合时宜,也得不到人们的青睐。特别是1913年宋教仁遇刺一案,最为突出地凸显了法治在中国的尴尬,以枪杆子(军事)还是笔杆子(法律)来解决政治争议与涉及政治的重大案件,是一个重要选择。而历史的选择却是那么令人悲哀:最终当事人没有选择笔杆子,也没有人相信笔杆子会管用。宋教仁遇刺案所引起的纷争,不仅标志着民国美式政制的流产,其实何尝不也标志着近代中国法治的天折?^[54] 枪声中显然无法实现宪政,也不可能建成法治。

四

不可否认,肇端于清末,兴盛于民国,重启于改革开放的中国法制现代化历程,内含着我们这个民族对法治的追寻与期许。但在当时的历史情境中,显然我们的直接目标并不是以法治国,而是以法强国;也即通过自强与求富的运动来实现救亡图存。法律不过是我们实现这一目的时所可以选取的工具。练兵以自强,商战而求富,以民主积聚民智戮力同心,以科学开启民智增殖财富。而法治,只能在有助于自强求富的目标之下,才是有必要的。但这一切都要求首先要有一个强大的中央政府去凝聚民族的意志与力量,提高国家能力。正如美国学者西达斯考切波在考察了中国、法国和俄国革命之后所认识到的,这些国家只有在强大的中央政府的直接指导下,才有可能成功地实现独立自主和富强的使命。^[55] 也有不少学者在对比考察了其他落后国家争取独立和发展的历史之后指出,“只有帝国政权的中央当局,才能着手实施相应的经济和军事规划,从而才可能使中国能够抵御对其主权愈益深入的侵犯。”^[56] 一言以蔽之,瓜分豆剖之际,中华民族的历史使命是救亡图存与自强求富,而这些必须在一个强悍有力的国家领导下才能完成,因此我们就必须增强国家能力。自强与求富的实质,就是增强国家能力以对内建立稳定和平的社会、政治秩序,对外抵御列

[54] 参见唐德刚:《袁氏当国》,广西师范大学出版社2004年版;以及支振锋:《冲破历史的三峡——读〈袁氏当国〉》,《法制早报》2005年2月15日。

[55] [美]西达斯考切波:《国家与社会革命:对法国、俄国和中国的比较分析》,何俊志、王学东译,上海人民出版社2007年版。

[56] 关于这方面的比较研究,可参见:Alexander Gerschenkron, *Economic Backwardness in Historical Perspective* (Cambridge: Harvard University Press, 1962); David S. Landes, *Japan and Europe: Contrasts in Industrialization*, in *The Industrial Revolution*, ed. Carlo M. Cipolla, *the Fontana Economic History of Europe*, vol. 3 (London: Collins/Fontana, 1973), pp. 301-357.

强的欺凌。

什么是国家能力? 乔尔·S. 米格达尔(Joel S. Migdal)认为,国家能力是国家领导人运用国家机器控制社会民众从而做他们想做的事的能力;^[57] 有学者将国家能力定义为追求和实现具体政策和目标的能力;^[58] 也有人认为,国家能力意指“政府甚至在面对社会反对时仍能够从社会抽取资源、执行其政策并影响社会团体。强国家能够抵制社会压力,改变私人部门的行为,并且改变社会和经济的结构”。^[59] 在衡量国家能力时,学者们采用的标准不尽相同:有的将结构自主、社会的政治渗透、从最具生产力的经济部门提取资源、意识形态的合法性作为衡量标准;^[60] 有的将提取、强制、组合作为标准;^[61] 有的则从社会控制的角度谈论国家能力的强弱,将服从、参与和正当性作为衡量社会控制水平的指标。^[62] 中国学者王绍光、胡鞍钢等人则将国家能力集中于四个方面:汲取能力,指的是国家动员社会资源的能力;调控能力,指的是国家领导社会经济发展的能力;合法化能力,指的是国家利用政治符号在属民中制造共识,进而巩固其统治的能力;强制能力,指国家利用暴力或暴力威胁维护其统治地位的能力。^[63] 后来,学者们又进行了新的概括与提炼,认为任何现代国家都应该具备八项基本职能,国家履行这些职能的程度反映国家能力的强弱。如果一个政府具备履行所有职能的能力,我们便称其为一个有效的政府;如果一个政府仅能履行其中的某些职能,我们称其为一个低效或低能的政府;而如果一个政府无法履行其中的大部分职能,我们则可以称其为一个失败或无能的政府。这八项基本国家职能与相应的能力是:维护国家安全与公共秩序的能力(强制能力);动员与调度社会资源的能力(汲取能力);培育与巩固国家认同和社会核心价值的能力(濡化能力);维护经济与社会生活秩序的能力(监管能力);确保国家机构内部的控制、监督与协调的能力(统领能力);维护社会分配正义的能力(再分配能力);将民众参与需求纳入制度化管道的能力(吸纳能力);协调不同利益、形成公共政策的能力(整合能力)。^[64] 两相对照,我们便可以发现在面临瓜分豆剖、民族危亡之时中国政治的真实境况。清廷和民国政府在对外抵御上的孱弱,使得其自身的合法性不断流失,并最终导致反抗四起,国内政局不稳。而没有安全的外部环境和稳定的内部政治秩序,自然不可能建立起一套以法治为基本价值取向的规则之治。

基于此,我们可以说,在当时的中国,增强国家能力,就是增强国家对社会的控制与动员的能力,就是整合社会资源对内实现稳定的社会政治秩序的能力,就是增强军力与财力以对外抵抗帝国主义侵略、维护国家与民族独立以救亡图存的能力。可以看出,无论是洋务运动、还是百日维新,抑或是清末变法,虽然它们的结果无一不是失败,但也都无不是围绕这些方面所进行的努力。而现代的形式法治显然只能在有着相对稳定与和平的国内政治秩序下才能存在与起作用,在救亡图存的近代中国,它自然难以成为时代主题与强音。而以此为基

[57] Joel S. Migdal, *Strong Societies and Weak States* (Princeton: Princeton University Press, 1988), p. Xiii.

[58] Su-Hoon Lee, *State-Building in the Contemporary Third World* (Boulder, Colorado: Westview Press, 1988), p. 27.

[59] Glenn R. Fong, "State Strength, Industry Structure, and Industrial Policy", 22 (1990) *Comparative Politics*, pp. 275 - 276.

[60] Joshua B. Forrest, "The Quest for State 'Hardness' in Africa", 20 (1988) *Comparative Politics*, p. 423.

[61] Su-Hoon Lee, *State-Building in the Contemporary Third World* (Boulder, Colorado: Westview Press, 1988), pp. 28 - 33.

[62] Joel S. Migdal, *Strong Societies and Weak States* (Princeton: Princeton University Press, 1988), pp. 32 - 33.

[63] 王绍光、胡鞍钢:《中国政府汲取能力的下降及其后果》,载张静主编:《国家与社会》,浙江人民出版社1998年版,第1页。

[64] 王绍光、胡鞍钢、周建明:《第二代改革战略:积极推进国家制度建设》,《战略与管理》2003年第2期。

础,我们也能更好地理解近代中国法治的失败命运及其在改革开放之后的20世纪90年代重新登上历史舞台并蔚为时代强音的内在逻辑。

在国家促进与控制转型的能力上,最重要的有三个方面:提取和支出能力、自主能力与渗透能力。^[65] 在丽萨·安德森(Lisa Anderson)教授看来,提取性是马克斯·韦伯(Marx Weber)的国家定义中国家固有的属性,^[66]也是国家构建过程中最基本的方面。提取能力对于当代国家成功实施政策是非常重要的。提取能力的衡量标准是中央岁入占GNP的比重,比重越大,国家能力越强。自主能力方面将考察是否存在对国家权力形成制约的制度化力量,制度化力量是指拥有固定成员、资源、活动方式与价值并对国家权力形成经常性制约的社会群体,诸如民族、部族、宗族团体、地方团体等。自主能力的另一方面体现在国家集权程度上。国家集权化包括对政治权力三种形式的集中:首先,中央政府中权力的集中,包括控制执行和立法权;第二,政府部门之间的权力交叉很小,各部门拥有对不同政策领域无挑战的管辖权;第三,中央政府控制着地方权力。^[67] 渗透能力是指国家领导者和政府机构对中间的和基层的政治行为者和社会团体实施的明确盟主权,^[68]主要看是否还存在其他有损公民对官方依赖的系统,比如黑市、走私、司法腐败等;以及国家是否有建设政策网络的能力,主要是国家建立与社会和产业界联系以推动其政策的能力,以及可选择政策工具的多样化。而实际上,由于这些研究所针对的都已经取得了独立的国家,所以在论述国家自主能力时就遗漏了国家的主权独立能力。没有国家的主权独立,所有的社会转型与变革都是不可能的,或至少是不可控的。

遗憾的是,清廷的腐朽无能与丧权辱国,不仅几乎断送了整个中华民族,也断送了它自己的命运,它甚至已经不具备增强国家能力的的能力。雍正乾隆以来逐渐贯彻落实的“盛世兹丁,永不加赋”,人口压力所带来的农业经济的不堪重负,以及绵延晚清的农民起义和在镇压起义中的巨大内耗,不仅严重破坏了社会生产,也严重打击了清廷的提取能力,使得它在征税上早已经力不从心。割地赔款与卖国求荣的丧权辱国,以及存在已久的满汉民族矛盾,也削弱了清廷的合法化能力与社会渗透能力,它的政策越来越无法推行。而在其合法性资源不断流失的情况下,清廷也逐渐丧失了自主能力,甚至“改革摧毁了改革性政府”。^[69]

西达斯考切波对中国、俄国和法国革命的比较研究表明,法国和中国的专制者试图进行自上而下的现代化改革的企图触发了组织良好的支配阶级在政治上的一致反对。而且,既然支配阶级的形成是以各种制度和地理位置(如法国的高等法院、行省、代议机构和市政机构;中国的省、军队和咨议机构)为基础,这些都以各种制度和地域为基础而竞相规划各种政治安排,因此君主制的行政机构和军队也就无可挽回地分崩离析了。^[70] 中国的支配阶级

[65] 黎静:《发展中国的国家能力比较》,《政治学研究》1999年第3期。

[66] Lisa Anderson, "The State in the Middle East and North Africa", 19(1987) *Comparative Politics*, p. 2.

[67] Glenn R. Fong, "State Strength, Industry Structure, and Industrial Policy", 22(1990) *Comparative Politics*, pp. 275 - 276.

[68] Joshua B. Forrest, "The Quest for State 'Hardness' in Africa", 20(1988) *Comparative Politics*, p. 423.

[69] Mary Clabaugh Wright ed., *China in Revolution: The First Phase, 1900 - 1913*, New Haven: Yale University Press, 1968, p. 50.

[70] [美]西达斯考切波:《国家与社会革命:对法国、俄国和中国的比较分析》,何俊志、王学东译,上海人民出版社2007年版,第93页。

主要是士绅阶层,本来他们从来没有拥有过在国家政权之内代表其阶级利益的社团组织,但1900年之后,一切都变了。随着民族危机日益加重,由士绅组织的地方性学会开始公开向中央当局请愿,然后,他们通过新设的地方和省的代表会议而获得了正式的阶级性代表机会,而代表会议的产生则基于严格限制的、有利于士人和富人的选举权。士绅们在被帝国主义警醒而又对清王朝失去耐心的情况下,转向了民族主义,而似乎与外国势力相关的“立宪主义”,开始被士绅们看作是一种将各省和各地的阶级利益与民族独立和进步结合起来的纲领。最终,当清王朝的渐进改革不能满足他们建立代议制政府的要求时,他们中的一些人很快就在推翻清王朝的活动中扮演了重要角色。^[71]事实上,近代以来中国革命的领导者,大多也都出身于支配阶级。因为这些改革措施进一步削弱了早已十分脆弱的中央权力,而且还加剧了士绅与清王朝专制权力的紧张关系。在历次起义之中和之后所采用的对抗当时局势发展的措施,已经使得改革措施只会强化地区性势力对抗中央的力量。士绅的政治诉求、接受新式教育的青年学生,很容易对清王朝离心离德。^[72]

迄今为止的历史经验告诉我们,在大多数情况下,增强国家能力主要是增强政府能力,并且由政府来主导。但作为中央政府的晚清政权和民国政府却显然已经不具备此种能力,甚至清廷的存在本身已经成为削弱中国国家能力的重要毒瘤。此时,国家能力与政府的作用发生了分离。重建一个能够增强国家能力的强有力的中央政府,就成了当时中国的必然选择。此后的一系列的革命都说明了这个问题:辛亥革命是要推翻清廷,建立一个强有力的五族共和的民主共和国;二次革命一方面是为了推翻袁世凯的独裁统治,实际上乃是再造一个真正具有力量的民国政府的努力;而国共合作的北伐战争,则是为了削平军阀,统一中国,建立真正强大、统一的中央政府,以反击帝国主义侵略,实现民族独立。而无论在哪一场革命中,现代意义上的形式法治显然都不是当务之急,而只能是实现民族独立以及重建国内和平政治秩序之后的选择。中山先生“军政”、“训政”与“宪政”的思路,也在一定程度上体现了这个逻辑。^[73]

正是在这个意义上,虽然具有现代意义的独立人格的塑造自五四开始,但从严格意义上讲,是新文化运动提出了人的解放,主张“法律上之平等人权,伦理上之独立人格”,并成为一场意义深远的思想启蒙运动,标志着社会发展的方向。但历史注定了这个运动只能是一个过于短暂的开头,不可能获得延展下去的机会。早在1919年5月6日,即“五四学生事件”爆发的第三天,当时有着深厚法学功底的政治学家高一涵就以《市民运动的研究》为题,对5月4日北京学生集会游行示威的性质和意义做出判断,认为这件事“不单是学生运动”,而是一场“自治”、“自决”、“自卫”、“顺着世界潮流而起”的“市民的运动”。^[74]在启蒙

[71] [美]西达斯考切波:《国家与社会革命:对法国、俄国和中国的比较分析》,何俊志、王学东译,第90-91页。

[72] [美]西达斯考切波:《国家与社会革命:对法国、俄国和中国的比较分析》,何俊志、王学东译,第90页。

[73] 实际上,从宝岛台湾的社会、政治转型也可见一斑。蒋氏政权败退台湾之后,曾经长期实行高压的威权统治。民主、法治、人权都一度与台湾同胞无缘。然而,在蒋介石去世,“反攻大陆”无望之后,蒋经国经营台湾,逐渐解除戒严、发展经济、开放党禁,允许言论和结社自由,最终建立起了“法治社会”并基本成功地进行了民主转型。虽然其副产品是导致“民进党”等鼓吹台湾独立和国家分裂的台独分子,但这应该是短期的不良现象。从长远的历史来看,台湾必将与大陆统一,而台湾的未来实际上也只能在西方——就是祖国大陆。虽然大陆未必如台湾一样实行所谓的“民主转型”,但也只有在实现了国家独立、政治稳定之后,才能为经济发展、法制建设以及新型的、适合中国国情的良好治理方式的探索等等提供可能。

[74] 见1919年5月6日《晨报》(北京),作者署名涵,即高一涵,时任北京大学教授,《新青年》主要作者之一。

与救亡的双重变奏当中，^[75]人的解放、法治对所谓权利的保障，都只能让位于民族危机的解决。救亡需要的是万众一心的意志与行动、革命的秩序，任何个人权利、个性自由、个体独立与尊严都变得渺小、庸俗、不切实际，自然也就无所谓以法治国了。毛泽东主席讲五四运动界定为反帝反封建运动，与胡锦涛总书记将之界定为爱国主义运动在精神实质上完全一致。五四运动的精神实质是救国，法治在当时的缺席，乃是历史的必然。

长期以来，所谓“挑战与回应”模式一直在对近代中国法学的研究中占据着领导性地位。此模式的出发点是，中国自鸦片战争以降因受西方的影响，其传统价值观和社会结构开始逐渐解体。^[76]某种意义上，在当前广受批评的所谓“现代化模式”，^[77]也是这种“挑战与回应”模式的变种。但实际上，虽然备受指责，但它却的确具备很强的解释力。当民族的生存都遭受到了根本的挑战时，这个民族需要的是铁与血的战斗，需要的是最能够动员全社会资源与集中全民族意志的努力。而法治对这个任务的实现却并不会会有太大的助益。因为，是最起码大致和平的政治秩序造就了法治，而非相反。

1840年以来，中华民族的任务就是富强。在一定程度上，这个任务迄今未变。1949年中华人民共和国建立后，内忧外患之中，靠的不是法治，而是基于极强的提取能力、自主能力与社会渗透能力等所构造的强悍国家能力才实现了迅速稳定国内秩序、发展生产与抗美援朝保家卫国的伟大胜利。即便是在改革开放之后的今天，在很大程度上与很长的历史阶段里，事实上法治都不过是为“市场经济”——实际上就是经济发展——保驾护航，它必须服务于社会稳定与经济发展的大局。正如毛泽东所言，中国100多年的历史，前赴后继，就是为了不再做一个“被人侮辱的民族”，而是一个“站起来”的民族。^[78]建立中华人民共和国以后，毛泽东反复强调，我们的总任务是，“建设一个伟大的社会主义国家”，“要实现社会主义工业化，要实现农业的社会主义化、机械化。”^[79]20世纪50年代，中国还十分贫穷落后，毛泽东非常重视生产力的发展。他指出：“韩愈有一篇文章叫《送穷文》，我们要写送穷文。中国要几十年才能将穷鬼送走。”^[80]他沉痛地指出：“现在我们能造什么？能造桌子椅子，能造茶碗茶壶，能种粮食，还能磨

[75] 虽然在李泽厚看来，启蒙与救亡也曾在一定程度上相互促进。但最终“救亡的局势、国家利益、人民的饥饿痛苦，压倒了一切，压倒了对知识者或知识群体对自由平等民主权利和各种美妙理想的追求和需要，压倒了对个体尊严、个人权利的注视和尊重。国家独立富强，人民吃饱穿暖，不再受外国侵略者的欺压侮辱，这个头号主旋律总是那样地刺激人心，萦绕入耳。”“在如此严峻、艰苦、长期的政治军事斗争中，在所谓你死我活的阶级、民族大搏斗中，它要求的当然不是自由民主等启蒙宣传，也不会鼓励或提倡个人自由人格尊严之类的思想，相反，它突出的是一切服从于反帝的革命斗争，是钢铁的纪律、统一的意志和集体的力量。任何个人的权利、个性的自由、个体的独立尊严等等，相形之下，都变得渺小而不切实际。”直到20世纪80年代中期李泽厚写本文时，还认为，“目前已经基本赢得较长的和平环境，国家的富强（现代化）仍是中国人的首要课题”。李泽厚：《启蒙与救亡的双重变奏》，载氏著：《中国现代思想史论》，东方出版社1987年版，第15、33-34及第45页。李泽厚的这个看法，实为精微之见。然而，他虽然也提及了启蒙与救亡的相互促进，但其将民主自由权利等“启蒙”与救亡相对立的认识，也不无可商榷之处。实际上，不是救亡压倒启蒙，而是一个民族在处理自己所面临的问题时按照紧迫性所进行的自然选择，救亡的成功何尝不是为启蒙提供了更好的国际国内环境？历史已经证明，正是在救亡成功，维持了中华民族的独立与自主之后，我们才有可能进行现代化建设，并以实践是真理的检验标准的态度，将民主、法治、人权的建设纳入了国家规划之中，甚至写入了宪法之中。

[76] 长期以来，研究有关第一次鸦片战争以来的中国历史的著作都以上述的“挑战与回应”模式为其主要特征，比如影响较大的美国学者李文森（Joseph Livenson）的历史与价值模式。参见[德]施耐德：《真理与历史：傅斯年陈寅恪的史学思想与民族认同》，关山、李貌华译，社会科学文献出版社2008年版，“导论”。

[77] 支振锋：《知识之学与思想之学——近世中国法理学研究省思》，《政法论坛》2009年第1期。

[78] 《毛泽东选集》第5卷，人民出版社1977年版，第3-7页。

[79] 同上，第125-131页。

[80] 《毛泽东文集》第7卷，人民出版社1977年版，第167-173页。

成面粉,还能造纸。但是,一辆汽车、一架飞机、一辆坦克、一辆拖拉机都不能造。”他认为,要经过3个五年计划,即15年左右,才可以打下一个基础;要经过大约50年即10个五年计划,才能建成一个富强的中国。^[81]而且,“这个富,是共同的富,这个强,是共同的强,大家都有份。”^[82]

这就是我们理解中国法治的历史背景与现实逻辑,只有如此,我们才能摆正以法治国与以法强国的关系。

五

夏勇教授的研究表明,法治可被“解释为一项历史成就、一种法制品德、一种道德价值和一种社会实践”,并归纳了“有普遍的法律”、“法律为公众知晓”、“法律可预期”、“法律明确”、“法律无内在矛盾”、“法律可循”、“法律稳定”、“法律高于政府”、“司法权威”、“司法公正”等法治的十大规诫。^[83]这种法治,很难想象能够在民族面临生死考验的时期建成;如果严格以此定义的话,迄今全世界又有多少国家可称得上“法治”?法治可能有助于和平,但它首先是和平的产物。比如,清廷虽然风雨飘摇,但它能够进行修律变法,这种法治变革最起码孕育了走向以法治国的可能性,而北洋军阀混战时却绝无可能建立法治;民国政府在“东北易帜”实现了国家形式上的统一之后便可进行法制建设,但在外寇入侵的生死鏖战之际也只能以全民族的力量铁血抗日,“地无分南北,人无分老幼”,戮力同心;文化大革命时期可以无法无天,也只有进入常规的和平建设之后,我们才有可能开始意识到法治的作用,并开展法治建设。^[84]

也因此,虽然在一定的历史阶段我们选择的法治不过是为了强国,但这并不否定我们在时机成熟之际实行以法治国。对于平时国内所发生的社会矛盾而言,法治才是目前可行的最佳解决之道。因为它能为利益诉求不同甚至截然相对的各方,提供一个公平的公共平台,将社会冲突纳入到体制所能容许的轨道与范围之内。正如赵鼎新先生对社会与政治运动的研究表明,一个国家内社会运动的发展规律以及发生颠覆性革命活动的可能性,从根本上说取决于该国将一般社会运动纳入体制轨道的能力。如果一个国家把社会运动纳入体制的能力很强,该国家发生极端事件的可能性就很小。反之,社会运动的参与者就有可能铤而走险,把整个社会搅得天翻地覆。从西方的经验来看,一个国家将社会运动纳入体制的能力主要取决于这个国家的性质以及与之相应的国家与社会的关系。比如,西方国家现代以来社会运动的总量非常之多,但对社会的破坏力却不大,甚至是社会运动的数量越来越大,而破坏力却越来越小,对政体本身的冲击力也越来越弱。换言之,随着大多数社会运动被纳入到体制轨道,发生大规模骚乱,尤其是发生革命的可能性大大降低了。^[85]赵鼎新先生虽

[81] 《毛泽东选集》第5卷,人民出版社1977年版,第125-131页。

[82] 《毛泽东文集》第6卷,人民出版社1999年版,第495页。

[83] 夏勇:《法治是什么——渊源、规诫与价值》,《中国社会科学》1999年第4期。

[84] 在经济高速发展30年之后,中国的国家能力得到了很大程度的增强。而在这个时候,以法律来为全社会提供规则、秩序、公平与正义的能力,以法治来限制政府专横的能力,本身也成了国家能力的一部分。两者从一度的分离,正在重新融合。但我们仍然需要清醒的是,即便在今天,经济发展(国富)仍然是重中之重,而强大国防(国强)也仍然不可有须臾的忽视。法治是宝贵的事业,也是“昂贵”的事业,它是要花钱,要耗费成本的。它既需要经济的发展来提供财政支持,也需要强大国防来提供安全。如果再有在三者之间面临选择的非常时刻,恐怕前两者仍然是一个民族国家存续和发展的优先选项。

[85] 赵鼎新:《社会与政治运动讲义》,社会科学文献出版社2006年版,第6页。

然提出了一个极为重要的洞见,但他却并未明确提出为什么西方国家更具备将社会运动纳入体制的能力?其实,主要原因之一就是法治。正是信奉规则之治与形式正义的西方法治,虽然弊端丛生,但它为社会所有成员提供了基本的生活规范与定纷止争的标准,从而维护了最起码的公平与正义。这就使人民愿意在法治之下解决纠纷,而不是诉诸于武力反抗的最重要原因。也正是在这个意义上,在当前转型时期社会矛盾增多的今天,中国共产党的十五大正式将依法治国确定为国家的基本方略。以法强国走过了一定的历史阶段之后,我们仍然要选择的还是以依法治国。

而实际上,以经济建设为中心也并非意味着就完全只关注经济建设。王绍光、胡鞍钢等人将以1978年底所召开的中共十一届三中全会为标志所揭橥的改革开放称为“第一代改革开放”,其典型特征是经济发展,以经济建设为中心。但这个历史性变革也带来了三重挑战,那就是急剧的社会变革使得许多人无所适从;经济和社会结构的迅速变化使我们原有的国家治理模式在很大程度上失去了效用;各种市场的、政府的、社会的力量正在加速推动中国沿着三个纬度方向变成一个不断“失衡”、加剧“断裂”的社会。三重挑战叠加在一起,很容易产生失控局面,使得中国社会形势极其严峻。因此,我们应该确立第二代的改革开放思路,即“以制度建设为中心”,更加积极地主动地应对那些不可避免的挑战,加速学习积累知识能力和应变能力,并比较成功地实现连续的、稳定的、协调的经济成长,实现国家长治久安。^[86]“因为,如何实现社会稳定最为流行的观点是‘宝’押在经济增长上,这是基于一种未加言明的假设:高速增长可以无限期地持续下去。它是一种危险的假设。”^[87]尤其可怕的是,经济建设与市场经济有可能会导致市场原教旨主义与市场拜物教,认为市场能够解决一切问题。而实际上,卡尔·波兰尼已经指出:“这种自我调节的市场的理念,是彻头彻尾的乌托邦。除非消灭社会中的人和自然物质,否则这样一种制度就不能存在于任何时期;否则,它将摧毁人类并将其环境变为一片荒野。”^[88]过去25年中,一系列的实证研究,既包括对所有国家也包括只对工业化国家的研究已经把社会经济不平等与发病率、^[89]死亡率^[90]和预期寿命^[91]联系起来。这些研究一致发现,一个国家越是不公平,越不利于健康产出。^[92]所以,非常清楚的是,不平等有损于国家的健康水平,无论其绝对的物质生活条件如何。^[93]而很显然,健康发展的法律环境正是解决这个问题一个有效方案。今天的中国,已经发展到了一个必须大力进行法制建设,以法律来保证公平、正义和人权的时代。

[86] 王绍光、胡鞍钢、周建明:《第二代改革战略:积极推进国家制度建设》,《战略与管理》2003年第2期。

[87] 同上。

[88] 卡尔·波兰尼:《大转型:我们时代的政治与经济起源》,冯钢、刘阳译,浙江人民出版社2007年版,第3页。

[89] J. P. Mackenbach, A. E. Kunst, A. E. Cavelaars, and G. Groenof, Socioeconomic Inequalities in Morbidity and Mortality in Western Europe. *Lancet*, vol. 349, 1997, pp. 1655 - 1659.

[90] G. B. Rodgers, Income and Inequality as Determinants of Mortality: An International Cross-sectional Analysis, *Population Studies*, vol. 33, 1979, pp. 343 - 351; R. G. Wilkinson, Income and Mortality, in R. G. Wilkinson (ed.), *Class and Health: Research and Longitudinal Data*, (London: Tavistock, 1986); B. P. Kennedy, I. Kawachi, D. Prothrow-Stith, Income Distribution and Mortality: Cross Sectional Ecological Study of the Robin Hood Index in the United States, *BMJ*, vol. 312, 1996, pp. 1004 - 1007.

[91] R. G. Wilkinson, Income Distribution and Life Expectancy. *BMJ*, vol. 304, 1992, pp. 165 - 168.

[92] J. Le Grand, Inequalities in Health: Some International Comparisons, *European Economic Review*, vol. 31, 1987, pp. 182-191; R. G. Wilkinson, *Unhealthy Societies: The Afflictions of Inequality*, London: Routledge, 1996; A. Wagstaff, and E. van Doorslaer, Income Inequality and Health: What Does the Literature Tell Us? *Annual Review of Public Health*, vol. 21, 2000, pp. 543-567.

[93] 参考王绍光:《政策导向、汲取能力与卫生公平》,《中国社会科学》2005年第6期。

由此可见,对于一个争取独立或者进行社会转型的国家而言,以法强国与以法治国并没有哪个具有天然的正当性,关键在于这个民族在不同历史阶段的使命与主题是什么。丁学良先生也认为,“要成功和安稳地培育公民社会的生长,一个有效能的国家政权是必不可少的环境条件”。^[94] 法治,自然也是如此。在民族危亡之际,戮力同心,建设强大的政府于国家抵御外侮才是当务之急,此时奢谈法治,是危险的也是不现实的;而在国家建构基本完成,基本的政治秩序与社会秩序已经得到有效重构的情况下,公民权利的保护与社会的公平正义就应该得到与经济建设同样的重视,否则,这个社会也同样是危险的。

实际上,哪怕是和平时期的经济建设,强有力的国家能力也是必要的。30年来中国与许多其他转型国家的经验已经证明,保持政治的稳定和维持一个强有力的政府对于经济和社会发展的重要意义。比如,已经“有相当部分国内外经济学家认识到中国的渐进主义改革较之俄罗斯的‘休克疗法’有明显的优越性。他们强调改革采取怎样的顺序对后果有重要影响。他们还承认‘摸着石头过河’这种不断试验、不断纠错、取得经验、逐步推进的中国式改革哲学,以及改革期间保持了国家统一、社会稳定、避免了恶性通胀和大规模资本外逃,都是成功的关键因素。而俄罗斯在这些方面都恰恰经历了相反的情况。”^[95]但在对中俄30年转轨历史进行比较研究之后,王小鲁先生认为,随着经济体制改革的推进,历史形成的权力过于集中、透明度低、民主化程度低、社会监督和参与不足的政治体制与市场化的经济体制越来越不相适应,并带来了许多新的挑战。中国虽然在过去的改革过程中避免了重大失误,但并没有建立起防止政府渎职的制度保证,没有解决老百姓对政府的有效监督问题,因而也在改革过程中产生了大量腐败现象,在不同程度上出现了利益集团侵害大众利益、攫取改革成果的现实威胁。这说明中国需要继续推进尚未完成的体制改革任务,坚决推进政治体制改革,转换政府职能并改革政府管理体制,逐步扩大社会民主,逐步建立起公众对权力的监督和制约机制。虽然他没有明确提到法治,但改革政府管理体制,建立公众对权利的监督和制约机制,其实就是建立一套法治约束机制。^[96]

故而,我们可以说,在刀光剑影的救亡图存之中,铁与血才是时代主题;而当和平建设之际,法治却可能是我们更优先的选择。我们重新审视中国近代法治的历程,其实就是为了要弄明白,我们的法治不是为了印证西方法治理论的正确性或普适性,也不是为了实现法学家头脑中的某种理念甚至冥想,而是为了建构我们中国人所需要的社会秩序与法律生活,解决我们中国人法律生活中所面临的困境或问题。法治在近代中国一些政治、社会和文化运动中的缺席虽然令我们法学家尴尬,但却是一种必然,带给我们的也是有益的启示。在西式话语弥漫的中国,我们必须明白,可以移植某些具体的法条甚至法律,但却不能移植法治。法治不是被植入的,甚至不是被嵌入的,它必须与我们的社会和生活有机地结合在一起,它最终必须是从我们的社会与生活中“生长”出来,用以满足我们这个民族的时代需要的。从这个意义上来说,法治迄今仍然不能说是我们社会生活中完全的在场者,我们法律学者仍然有

[94] 丁学良:《转型社会的法与秩序:俄罗斯现象》,《清华社会学评论》2000年第2期。

[95] 参见王小鲁:《三十年改革及中俄转轨路径比较》,《比较》总第38辑,2008年12月。McKinnon, Ronald, *The Order of Economic Liberalization: Financial Control in the Transition to a Market Economy*, second edition, (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1993)。安格斯·麦迪森:《中国经济的长期表现:公元960-2030》,伍晓鹰、马德斌译,上海人民出版社2008年版。

[96] 参见王小鲁:《三十年改革及中俄转轨路径比较》,《比较》总第38辑,2008年12月。

许多工作需要努力;而且,这种努力并不仅仅是去卖力地引入西方理论,而是去更卖力地回到中国,更关注“中国问题”,站在本土的场景下,以中国解释中国。

也只有基于中国立场和这样的问题意识,我们才能理解为何从1840年迄今,法制建设一直步履不畅。清末修律变法的不真诚、北洋与蒋介石政府成立及其之后种种的“独裁”“专制”等,固然是一个重要的层面;然而,问题显然并不止于此。专制与独裁固然会阻碍法治,法治固然也是限制政府专横权力的,但作为不同于西方国家的转型国家,或者所谓的法治“后发国家”,法制建设或者法治的前提却显然是一个强大政府的存在。这个政府的强大,主要就体现为上述所谈的国家能力。而且,我们可以比较,相对于古代专制的社会,反而是今天的法治社会对人的控制更严密了,中西皆然。比如,身份证、护照、社会保障等证件,以及今天的土地制度、工商制度、公共卫生制度、社会保障制度,所有这些种种“法制”措施,在提供所谓公共产品的同时,反而都前所未有地加强了对人的控制。从这个意义上说,虽然法治号称捍卫个人自由,但法治的存在本身就昭示着人已经“不自由”了。这就提醒我们,法治为什么要控制政府权力,就是因为政府强大了,对老百姓的控制(而且主要是法制手段,比如警察、卫生管理、工商管理、国家对纠纷解决的垄断等)增强了;那么,如果还没有一个强大的政府,在一个民族国家连独立和生存都成问题的情况下,怎么可能实现所谓法治,怎么可能进行所谓大规模的法治建设呢?因此,一个强大的政府对法治肯定是威胁,但它同时却又是法治建成的前提。它不是充分条件,但却是必要条件。在求生存、求独立、求发展的转型中国,尤其明显。

[Abstract] Legal system has never been a mainstreaming discourse during the social transformation in China since the late Qing Dynasty, instead, discourse involving revolution, war and economic development has simply been the theme in modern and contemporary histories. This phenomenon has inspired us to understand a new perspective in terms of reform of Chinese legal system since modern times, namely, the original task of the reform was by no means aiming at “governing the country by law”, but at “strengthening the country by law”. The reason lies in the fact that at the critical moment when the nation’s very existence was at stake, the primary and the most pressing task of Chinese nation was to strengthen the state’s capacity to resist against foreign invasion, put down domestic rebellion and cope with crisis. It is proper to conclude that the failure of the legal reform carried out in the late Qing Dynasty was mainly the result of unsuccessful efforts to strengthen the state’s capacity and to tackle the above-mentioned two challenges. Taking political, historical and legal analyses in a synthetic way, we may find rule of law has always served as a stabilizer for conventional society and it can not strengthen a state’s capacity to drive out invaders externally and reconstruct order internally. No doubt the gist of rule of law is to restrict abuse of state power, but in those so-called developing countries, the building up of rule of law relies heavily on a strong capacity of state. The capacity of a state, therefore, comes to be a theoretical framework, arguably with much strength of explanation, in understanding Chinese legal reform since the modern era.
