

先秦法家共同体的敌人： 以法治国的规范理论

贺海仁

(中国社会科学院, 北京 100871)

摘要:在揭示现代法治的起源和理念时,先秦法家的观点往往作为对立面而成为历史批判的靶子,我国法学界对“法治”和“法制”、“依法治国”和“以法治国”、“形式的、浅度的法治”和“实质的、深度的法治”等概念所做出的有意区分既加重了对先秦法家的打击,也中断了一种法治思想的文化连续性的思考方案。事实上,先秦法学关于以国为国、以法治国的基本主张开启了实证主义法学的先河,同时也为人的行为的分治理论和共治理论奠定了基础。

关键词:先秦法家;法治;多重规范;规则之治

中图分类号:DF08 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-0208(2007)06-036-15

在古今中外的历史上,专以“法家”一词来指称一个学派、一种治国方略惟有先秦法家共同体。先秦法家之所以形成一家之言,乃是因为先秦法家理论是关于治国的法治规则理论,这一理论因其有别于治家的伦理规则理论和治天下的道德规则理论而独具特色。倘若把治家的伦理规则称为家法,把治天下的道德规则称为天下的法,那么,在春秋战国这一具有“哲学的突破”(Philosophic breakthrough)的大变革时期,先秦法家率先系统地摈弃了家法而选择了国法,以国家为视角展开理论命题和社会改革,形成了以国为国、依法治国的战略方略。如果承认人的社会行为受多重规范的制约,而人的社会行为在不同的实践场域才可以体认和观察,那么,我愿意把多重规范简化为三重规范,即习俗规范、国家规范和道德规范,与此相适应,人的行为也被置于私人领域、国家领域和天下领域等三个交叉重叠的实践场域。我们的任务是,把重叠的这三个场域中的行为规范从理论上分解出来,试图达到这样的一种理论认识,即以礼治家、以法治国、以德治天下,本文重点论述国家领域中的国家规则,即以法治国。

收稿日期:2007-09-10

作者简介:贺海仁(1966—),男,甘肃庆阳人,法学博士,中国社会科学院法学研究所副研究员。

饶有兴趣的是,法家这一概念翻译到英语世界的时候,译者多选择“Legalism”、“legalists”的词语。例如,The Complete Works of Han Fei Tzu: A Classic of Chinese Legalism, trans. W. K. Liao (London: Probsthain, 1939), two volumes. “Legalism”或“Legalists”的本意包含至少三层含义:(1)合法主义或守法主义;(2)法治主义;(3)法律专家。但是这两个词包含了太多的歧义。施克莱的一本名叫“Legalism”的书,在解释“Legalism”这一书中的核心概念时甚至包含了自然法的意思,参见施克莱:《守法主义——法、道德和政治审判》,彭亚楠译,中国政法大学出版社2005年版。把法家翻译为“legalists”遭到了人们的质疑,法家的学说不具有现代西方法治的思想,是西方乃至中国法学界的主流观点,昂格尔的《现代社会中的法律》最具代表性。为谨慎起见,相当多的人直接采用汉语拼音的改写方式,即FA-CHIA,而不是Legalists;Herlee Creel的一篇题为“Legalists”or “Administrators”?的文章最为显著,见Herlee Creel, The Fa - Chia: “Legalists”or “Administrators”? in What Is Taoism? And Other Studies in Chinese Cultural History (Chicago, Chicago, 1970), pp. 92 - 120.

一、法律作为历史事件中的关键词

一个时代通常有代表该时代主流意识的特定词汇,而词汇中的关键词尤其代表了逐渐定型的社会价值和社会趋同。关键词的出现和退出都与特定社会的大趋势和大方向有关。在方法上,要么改造原有的词汇,使之具有新意;要么创造新的关键词,以体现新人、新事和新气象。春秋战国时期,法作为时代的关键词开始频频出现在社会、政治、经济生活当中。从时间顺序上看,我们今天称之为古代法的,在三代是刑,在春秋战国是法,秦汉以后则主要是律^{[1](P.66)}。如果这个判断大体可以成立,可以说明先秦法家开始用“法”来替代“刑”,或者赋予“刑”以新的含义及其使命。总之,时代的需求不仅使法的字义发生了变化,而且使法字成为时代词汇中的关键词,这种变化所产生的效果无法低估。

我们无法详细统计法作为关键词在春秋战国时期出现的频率,但是有一个现象颇能引起注意,即把法提高到与礼同样重要的地步,这在提升法的地位方面迈出了重要的一步,法享有了在此只有礼才能享有的礼遇。管仲是孔子倍加称赞的人。孔子说:

微管仲,吾其被髮左衽矣^[2]。

孔子何以对管仲有如此高的评价呢?仍然可以见诸于孔子的概括:

管仲相桓公,霸诸侯,一匡天下,民到于今受其赐^[2]。

管仲在中国历史上是提出“依法治国”概念的第一人。事实上,管仲在提出“依法治国”概念的同时,也立即使用了“动无非法”的词语。“动无非法”与儒家的那句同样经常被人引用的话几乎完全对立,即“非礼勿视,非礼勿听,非礼勿言,非礼勿动。”^[3]十分明显,在“动无非法”和“非礼勿动”之间存在着巨大的差异,除非人们在法和礼之间发现可以置换的内容,否则人们在行动时不可以同时既循礼向左,又遵法向右。管仲从来没有否认过礼的作用,在某些场合他依然把礼作为头等需要维护的大事,但是他在提升法的作用时无疑已经不自觉得降低了礼的功能。管仲所说的法就是指由国家颁布的成文法,不是习惯法,当然也不是礼法。在下面的论述中我们将会看到管子治理学说所运用的一个独特的方法,这种方法区分了人的行动领域所分别适应的规范体系,本文认为这恰恰是法家之所以为法家的重要原因。

提高法律在治理规则体系中的地位有时也采取了颇为隐晦的方法,即改造礼的内涵,使礼的内涵尽量朝法的方向上靠拢。这种方法通常被那些锐意革新的儒家学者所采用。荀子是战国后期最后一个儒学大师,他在巩固儒家学术地位的同时,也在悄悄改变和发展了儒家。一个显而易见的事实是,他大范围地逆转了儒家轻视法律的态势,提高了法律在儒家学说中的地位。下面这一段出自荀子的话意味

正如考文指出的:“这一时代的思考总是借助于一种特定的语汇,通过这种语汇,这个时代的人才被人们理解。而这个时代的人也必须采用这些语汇,然后使其适用于它们各自的目的。”见[美]爱德华·S·考文:《美国宪法的“高级法”背景》,强世功译,三联书店1996年版,第59页。

在古代文献中,法、律、刑往往可以互训,如《尔雅·释诂》:“刑,法也。”《说文》:“法,刑也。”《唐律疏议·名例》也称:“法,亦律也。”

贝克尔在论述18世纪的启蒙思想时,观察到了西方不同时代词汇的变化,“在13世纪,关键性的词汇无疑地应该是上帝、罪恶、神恩、得救、天国等等;在19世纪是物质、实施、实际、演化、进步;在20世纪是相对性、过程、调节、功能、情结。而在18世纪,这些词汇——没有它们,就没有一个启蒙的人能够达到一种可以安心的结论——则是自然、自然律、最初因、理性、情操、人道、完美性(最后这三组词汇或许只对于心灵善感的人才是必需的)。”见[美]卡尔·贝克尔:《启蒙时代哲学家的天城》,何兆武译,江苏教育出版社2005年版,第41页。

这个概念直到今天也是汉语世界的流行语言,管子说:“是故先王之治国也,不淫意于法之外,不未惠于法之内也。动无非法者,所以禁过而外私也;威不两错,政无二门;以法治国,则举错而已。是故有法度之制者,不可巧以诈伪。——是故先王之治国也,使法择人,不自举也;使法量功,不自度也。”见《管子·明法》。

同样的观点如商鞅:“故明主慎法制,言不中法者不听也,行不中法者不高也,事不中法者不为也。”见《商君书·君臣》。

正如吴经熊对法家的定性:他们(法家)认为,“法律惟有国家能制定,不是国家所制定的即为非法。所以否认自然法、习惯法的存在。这种法律思想到秦始皇统一天下后,达到全盛的状态。”吴经熊:《法律哲学研究》,清华大学出版社2005年版,第67-68页。

即使孔子和孟子从不回避法律的作用,没有发现他们取消法律、否定法律的言论,这与三代之时,即使是尧、舜这样的圣人也未取消法律的事实是相一致的。由此看来,发挥礼与法的作用从来都是儒家的基本主张。但是正如我们在下面的正文中所分析的,礼与法是不同的行为领域的行为规范,用法推行礼必然会出现实际上否定法律的情况,这恐怕也非儒家所愿。

深长:

国无礼则不正,礼之所以正国也,譬之犹衡之于轻重也,犹绳墨之于曲直也,犹规矩之于方圆也,既错之而人莫知能诬也^[4]。

人们很难想象,这一段话是在论述礼的功能吗?如果人们愿意,把这段话中的礼改为法,是不是立即会令人想起管子论法的那惊人相似的内容来。管子说:

尺寸也,墨绳也,规矩也,衡石也,斗也,角量也,谓之法。

很难判断荀子是否为了强化礼的规范性质故意混淆了礼与法的关联,但他在努力开创治国之道的原理和方针的时候确实是拔高了法律的地位。如果说其他儒家大师在对待法的问题时仅是保有无法回避、不得不处置的态度,那么,荀子则要给法律找一个可以安生立命的恰当位置。对于一个以儒术作为学术志业的学者而言,如果不能立即像法家那样降低礼义在治理国家中的地位,那么,调和礼与法的关系就成为必然的选择。然而,这种调和在逻辑上显得漏洞百出,充满悖论。一方面,荀子在行文中说“有法者以法行,无法者以类举,听之尽也”,^[5]又说,“法者,治之端也;君子者,法之原也。”^[6]但他很快就说:“天地者,生之始也;礼仪者,治之始也;君子者,礼义之始也。”^[5]或者说,“有治人、无治法。……故法不能独立,类不能自行,得其人则存,失其人则亡。”^[6]这种充满矛盾的调和论最终让荀子说出了“治之经,礼与刑”、“隆礼尊贤而王,重法爱民而霸”的“隆礼重法”思想。就重法思想而言,它不仅强调法在治国理政中的重要性,而且一反孟子所强调的“仁政”思想,驳斥“治古无肉刑,而有象刑”的主张,提出了“治则刑重,乱则刑轻”的重刑思想。从这个意义上,李斯从师言而为之也不为错,苏轼对荀子的指责并非完全是无理的。

在法律地位不断攀升的过程中,需要社会事件引领全社会成员的行为并且需要固化这种行为,在这个意义上,制定和颁布成文法就成为重要的历史事件。在历史事件与社会观念的关系问题上,并非所有的历史事件都可以影响、制约和决定人们的观念。研究表明,只有那些被人意识到并且进入到观念史图像中的事件才能为社会观念的产生提供原动力。在制定成文法方面,魏国的李悝因著《法经》六篇而位列显赫的位置。李悝把法作为“经”来念的主导思想确立了成文法作为中国法律体系主体结构的走向,为秦朝乃至1912年共和国体制以前的几乎所有古代王朝奠定了国家的制度性框架,中国成文法的传统因此得以确立——虽然这一成文法的体系以刑名和罪罚为特色。

不过,制定成文法虽然意义深远,但比之此前颁布成文法的历史事件却要逊色得多。颁布成文法的前提要有制定的成文法,已经制定的法律不是必须要颁行的,因为“刑不可知”确实可以带来“威不可

侯外庐注意到这一历史事实。他说:“一般说来,荀子的礼的思想,源于儒家的孔子,然而他的天道观和所处的时代不同于孔子,因而他的礼论,也就变成了由礼到法的桥梁。——这一段话所说的虽是礼的起源,但他所注视的却是法——‘物’的‘度量分界’。如果把引文中的‘礼’字换成‘法’字,不就成为法的起源论了吗?见侯外庐等:《中国思想通史》第1卷,人民出版社1957年版,第16章。

苏轼曾云:“荀卿明王道,述礼乐,而李斯以其学乱天下”,参见《荀卿论》。这个判断在某种程度上是不准确的,它给人一个误解,以为“明王道,述礼乐”可以乱天下,清人姚鼎就此说:“秦之乱天下之法,无待于李斯,斯亦未尝以其学事秦,相反,‘行其学而害秦者,商鞅也;舍其学而害秦者,李斯也’,参见《李斯论》。然而,如果看不到荀子的学术虽然崇尚儒术,提倡以礼治国,坚守了儒家的基本主张,但是,把人性恶作为其哲学的出发点从根本上使荀子偏离了先秦儒家的正统之道,尤其是直接与孟子相对抗这一点就很难使他进入到儒家的大儒行列。韩东育说:“荀子,以其‘礼法兼治’、‘王霸并用’和‘义利兼顾’学说,历来被视为儒法间的过渡人物。即使是过渡,其理论指归亦明显偏重于法家——这既可以从荀学和思孟学派迥然异趣、与孔孟正宗辘轳不入上得以窥见,亦可从宋明新儒家和当代新儒家在道统问题上对荀子的极力排斥中得到反证,见韩东育:《迟来而未晚——也读余音时〈现代儒学论〉兼论日本‘徂徕学’》,《读书》2000年第10期。

“观念史图像中的事件是指事件与观念之间的互动,即观念的改变通常会影响人的社会行动,而新的社会行动又会变成观念图像中的事件,它进一步影响到刚形成的观念系统。对于某一特定的观念系统(它的产生和衰亡)而言,必定存在着—组观念史图像中的事件,见金观涛、刘青峰:《五四新青年群体为何放弃“自由主义”?——重大事件与观念变迁互动之研究》,载香港《二十一世纪》2004年第4期。

《法经》是中国最为古老的成文法,虽然久已亡佚,但现存的《唐律疏议》以《晋律》为版本,《晋律》以萧何的《汉律》九章为版本,而汉承秦制。《晋书·刑法志》中详细记载了《法经》的篇目:“秦汉旧律,其文起自魏文侯师李悝,悝撰次诸国法著《法经》。以为王者之政莫急于盗贼,故其律始于《盗》、《贼》。盗贼须劾捕,故著《囚》、《捕》二篇。其轻狡、越城、博戏、借假、不廉、淫侈、踰制以为《杂律》一篇。又以《具律》具其加减。”《唐律疏议》记载:李悝“造《法经》六篇,即一盗法、二贼法、三囚法、四捕法、五杂法、六具法。”

测的效果。在中国法制史上,颁布成文法是一个重大的历史事件,同时它也引发了激烈的争议。这一争论因为孔子的介入而更加引人注目。仔细阅读和体味辩论双方的观点,人们就会发现一个极为有趣的现象,主张公布法律的一方说,铸刑鼎是为了“救世”,反对一方也宣称,一旦铸刑鼎就预示着国将亡。历史的诡秘在于,首先铸刑鼎的郑国、晋国的确亡国了,但它们被大力推行以法治国的秦国所吞并。

即使从今天的角度看,以铸刑鼎的方式公布法律成本极高,它的价值肯定也极高——不论是竹简、布帛或者纸张,有什么能比铁或青铜铸成的鼎不可磨灭呢?然而,它同时不也是要保持法律的稳定性和权威性的表现吗?鼎作为权威和权力的象征不也是法律作为权威和权力的象征吗?因此,不论是把法作为鼎来膜拜的象征意义,还是将法作为“经”来念的隐喻,都呈现了一种时代的新局面,即将法作为国家行动中头等重大的事项来对待。法律的地位的确在国家生活中已经上升到首位,它需要被众人来念,它也需要众人来顶礼膜拜。法律虽然不能取代礼的功用,但是法律显然已经取代了礼所占据的位置。法成为第一位的、首要的和最重要的事物,礼虽然还存在,但已经是屈从于法律的事物,这就是我们所看到的春秋战国时期的大格局、大局面,或者说大气候。然而,这种大格局、大局面、大气候不是一朝一夕忽然形成的。

如果说春秋战国时期是学术上、思想上的黄金时代,它在政治、社会、经济、文化格局上也是变革的时代、变法的时代,总之是改革的时代。在长达五个半世纪的时间里,改革的步伐从来就没有停止过。秦朝以后的所有王朝的存续时间都没有这一时代长。这是一个漫长的令人心急的改革过程。它无疑令人想起了年鉴学派的长时段理论。受长时段理论直接或间接的影响(或者出于知识考古学的癖好,或者出于东方学的法学思维的潜意识),法治理论先是被作为资产阶级革命的产物——在时间表上,它最远位列于 18 世纪启蒙运动时期,但很快这一结论就靠不住了。在《法律与革命》一书中,伯尔曼一下子就把法治理论的起源拉长了近五百年,拉回到中世纪,拉回到上帝的国度中。这样一来,再宣称中世纪为黑暗的时期不仅对上帝不恭敬,而且简直是学识上的无知。即使从 12 世纪教皇改革开始起算,它到 18 世纪启蒙运动也不过六百年时间,而我们现在看到的春秋战国时间差不多就五百年,这的确是一个长时段。

二、治乱与自然状态:士的使命

先秦法家的兴起首先是一股社会思潮,一种气候,一旦涌起,就不可阻挡,以致迅速地成为一家之言^{[7](P.87)}。法家的主张首先是“治乱说”。在天下大乱的历史事实面前,圣人治理天下的理念在现实面前已经毫无说服力。韩非则用“守株待兔”的案例批驳了盼望杰出领导人来治理国家的荒谬性。他说:

且夫尧、舜、桀、纣,千世而一出……中者,上不及尧、舜,而下亦不为桀、纣。抱法……则治,背法……则乱。……背法而待尧、舜,尧舜至乃治,是千世乱而一治也;抱法……而待桀、纣,桀纣至乃乱,是千世治而一乱也^[8]。

在韩非子看来,世间治理者“中人”居多,“中人”既非尧舜,也非桀纣,由“中人”治理国家乃治理的常态,而等待圣人治理国家不过是“千世乱而一治也”。不过,用“圣人”治国和用“圣法”治国乃是两个

关于孔子是否真的加入了反对成文法颁行的行列很是令人疑惑。对于子产的政绩,孔子曾多次夸奖他,说他是“惠人”,“其养民也惠,其使民也义”,见《论语·公冶长》。郭沫若推断,叔向书和仲尼语都带有预言性质,郑将亡晋必败之言,分明是在晋、郑真的败亡后,撰述故事者的润色,参见郭沫若:《十批判书·前期法家的批判》,东方出版社 1996 年版,第 294 页。

长时段理论不仅否定了资本主义与工业革命之间的必然关系,而且把资本主义的历史起源回溯到人类社会的初期,尽管这一过程作为结构性时间不会遵从线形的、平稳的发展模式。布罗代尔说:“早在人类历史的初期,一种‘潜在的’资本主义便逐渐形成,千百年来不断发展,一直延续至今。……可见资本主义是一种长时段的结构,但这不等于说是一种绝对静止不动的实在。所谓长时段,就是一系列的反复运动,其中包括变异、回归、衰变、整治和停滞,或用社会学的术语来说,构成、解构、重构……。”见[法]费尔南·布罗代尔:《15 至 18 世纪的物质文明、经济和资本主义》(第 3 卷),施康强等译,三联书店 2002 年版,第 722 页。

美国历史学家卡尔·贝克尔在讨论欧洲启蒙时代“理性”这一术语时,仿效并且启用了在此之前由英国数学家、哲学家怀特海所偏爱的一个词:舆论的气候。他说:“论据左右着人们同意与否要取决于表达它们的逻辑如何,远不如要取决于在维持着它们的那种舆论气候如何,见[美]贝克尔:《启蒙时代哲学家的天城》,何兆武译,江苏教育出版社 2005 年版,第 5 页。

不同的概念,除非“圣人”治国的依据是“圣法”,对此,《尹文子·大道下》做出了精到的论述:

田子读《书》,曰:“尧时太平。宋子曰:“圣人之治以致此乎?彭蒙在侧,越次而答曰:“圣法之治以致此,非圣人之治也。宋子曰:“圣人与圣法何以异?彭蒙曰:“子之乱名甚矣。圣人者自己出也,圣法者自理出也。理出于己,己非理也。己能出理,理非己出。故圣人之治,独治者也。圣法之治,则无不治矣”。

那么,为什么“圣法之治则无不治”呢?尹文子又说:

若使遭贤则治,遭愚则乱,是治乱系于贤愚,不系于礼乐,是圣人之术,与圣主而俱歿。治世之法,逮易世而莫用,则乱多而寡治^[9]。

尹文子所论“圣法”,虽也包含礼、乐、道、理的内容,不是法家意义上的法,但排除圣人之治、贤人之治的思路是非常清楚的,这与同样倡导礼、乐、道、理的儒家的“内圣外王”治国之术判若两别,也与号召选举“巨子”(即最仁贤的人)的墨家主张拉开了距离。

正如儒家不排斥法律的作用,法家也不拒绝礼义的功能。但是,执行了上千年的三代之法非但没有使天下太平如故,反而使天下陷入大乱的局面。法家的真精神正在于上面所说的“救世”观,对此《淮南子·主术训》说得更为直白:“所谓亡国,非无君也,无法也。在法家,舍弃以礼治国的方略仍然是迫不得已的举动。当然,总体而言诸子百家的学说都是治乱的学说,不惟法家如此。司马谈说:“夫阴阳、儒、墨、名、法、道德,此务为治也,直所从言之异路,有省不省耳。”^[10]刘向论名家也说:“论坚白异同,以为可以治天下,同样可以证实司马谈的说法。面对乱世的局面,围绕着治乱的主题,诸子百家各自从不同的角度阐发了系统的学说和原理。因此,百家之间的争论也就是关于治乱学说、理论和方法的争论。如果把春秋战国时期看作一个持续不断的战争状态,那么,走出战争状态,的确成为诸子百家的使命。百家之兴起既描述、演绎和规范着中国传统文化的各种可能性,也提醒人们注意百家背后的诸子——无论从哪个方面都堪称天才般的人物。黄金时期的诸子百家犹如璀璨的明星,悬挂于历史的天空,即使两千年以后的我们也能够感觉到他们的思想所奠定的中国文化框架和脉络。他们或著书立说,钩玄提要,成一家之言;或聚徒社坛,照本宣科,扬自家之名,更为重要的是,他们行走于天下,屡屡登场于天下的政治舞台上,向不同地方的统治者阐释、宣扬或推销他们心中早已养成或学成的学识和见解。游学的风气既打破了士大夫坐而论道的传统,显示了作为有为的“子”或“士”的品质,即所谓“有裴君子,如切如磋,如琢如磨”,也是他们在面对面的交流中确认、巩固或提升自己的思想体系的有效方法。生成于心间的观念和思想在反复的争辩交锋当中渐渐显示出它的框架和原形,赋予了思想的创造者和解释者无上的动力和活生生的力量。

游学的实践不仅在于确立君子的品质,验证自家的学术质量,它也指向了超出抽象概念和思想范畴领域的另外一个场域——游说。就游说的核心意思来看,它是指以语言的力量要求言说的对象接收言说者的主张、观点和见解。游说可以不同的形式出现在不同的场景当中。以文本形式向不特定的读者言说是一种形式。这种形式虽然面对大众却缺乏直接的、面对面的裁决后果,即使有裁决的后果,也往往是在另一时空中的迟到的裁决,换句话说,游说的主体和对象之间缺乏的是语境所要求的问题的同一性,而问题的同一性是由言说者和被言说者共同生产的对象。以非文本的方式向特定对象言说也是一种形式,这是对话的主要形式。先秦诸子在游说当中相互的思想交锋无疑共同产生出了场域的同一性对象,但这种形式更多地体现了游学的功能,即学和思的统一,这与百家诸子在各自的文本中那样旗帜鲜明地主张自己的观点、反驳其他人的观点有所不同。但政治游说则更具特色,虽然政治游说的对象主

也如梁启超评论说:“我希望把先秦法家真精神着实提倡,庶几子产所谓‘吾以救世’了。”梁启超:《先秦政治思想史》,浙江人民出版社1998年版,第230页。

这一历史时期也被后世称为“百花齐放,百家争鸣”的学术和思想的黄金时期,即使如陈寅恪所谓的“六朝及天水(赵宋)一代思想最为自由”的判断也不会当然混灭这一时期的光辉,参见陈寅恪:《寒柳堂集》,三联书店2001年版,第72页。

要或全部地局限于一个个君主,但通过君主和借助于君主的权力推行各自的治理之术,则有将自己的学问和学术观点转化为经世致用的普遍性效果。当然,如果没有各国君主礼贤下士、广听言路的政治风气和需求,这种学以致用的推销政治思维的做法就成为一厢情愿的事情。在公元前 4 世纪中叶到前 3 世纪中叶这一百年之内,知识界的领导人物受到了战国诸侯的特殊礼遇。余英时说:“他们既不用向王侯臣服,也无需为生活担忧。不但如此,他们的议政自由还受到制度化的保障。事实上,他们的主要职责便是‘议政事’。在这种情况下,古代士的功能实已发挥到最大可能的限度。”^{[11](P.41)}这样一来,作为口舌之功的游说就有了明确的指向和动因,这就是关于治理的事业。在春秋战国这一特殊的历史时期,这一关于治理的事业,就士而言,当然不在于“治产业,力工商”的所谓的“周人之俗”,而是我们在上面反复提到的治乱的事业。

然而,这里的问题是,为什么只有法家可以有效治乱,并且可以在百家争鸣中成为佼佼者?这里面的问题当然不是三言两语就可以阐释清楚的。不过,先秦法家与其他各家共同承载了士的品质的同时,在“即知即行”关系上更注重行,而在“即动即静”关系上则偏重于动。先秦法家首先是指那些精通“刑名法术”的诸子,但他们在身份上往往具有多重属性,他们同时是“士”、“参谋”、“新政治专家”。就士而言,他们是法家思想的创造者、解释者和传播者;就参谋而言,他们是各个国家那些励精图治的君主们的谋士、策划者;就新政治专家而言,他们拜相封侯,接受和运用权力推行他们的主张和观点。为此,关于法学家的职业生涯和法律学派的关系,学者不可不察。如今,当我们想到先秦法家时,就会出现一长串的名单:管仲(? - 公元前 645 年)和子产(? - 公元前 522 年)、李悝(约公元前 455 - 395 年)和吴起(? - 公元前 381 年)、商鞅(约公元前 390 年 - 338 年)和慎到(约公元前 390 - 315 年)和申不害(约公元前 395 年 - 337 年)、韩非(约公元前 280 - 233 年)和李斯(? - 公元前 208 年)。对法家的这些代表人物(当然,对于其中有些人是不是法家也存在争议),人们发现,除了韩非外,前后几乎都是不同国家的处于相位的政治家,这与先秦儒家代表人物大多为学究式学者形成鲜明的对比。那些在时代面前不得志的儒士们或在书房里或在教室里不断阐发幽幽古意,虽有立德之言,却无立功之遇。相比之下,法家的许多代表人物既是著书立说的“立言者”,也是身体力行的“立功者”,他们提出了主张又在践行着该主张。换句话说,他们既是以法治国理论的提倡者,也是该理论的实践者。法家在事业上取得了前所未有的功绩。春秋两百年间简直是管仲治理下的齐国的天下,而由商鞅奠基的秦国最终完成了一统天下的事业。

关于乱世的描述可以分为现实和理论两个方面。从现实方面看,乱世主要是以西周的社会制度为参照对象。在此之前,西周的社会制度经上千年的演变而最终形成了以礼治为核心的规范体系,它确认和巩固了西周基本的政治、经济和文化秩序。周公制礼使礼治社会达到了前所未有的鼎盛状态。礼治制度也被称为周文制度,但从东周伊始,西周所确立的宗法制度、分封制度、井田制度等基本的封建制度

例如,邹衍为稷下先生,《史记》记载他“适梁,惠王郊迎,执宾主之礼;适赵,平原君侧行撇席;如燕,昭王拥慧先驱,见《孟子·荀卿列传》。

苏秦的家人在讥笑他时从反面说出了士的本职工作:“周人之俗,治产业,力工商,逐什二以为务。今子释本而事口舌,困不亦宜乎!”见《史记会注考证》,卷六九。

冯友兰在《原名法阴阳道德》中说:“法家者流,出于法术之士。在战国之时,国家之范围,日益扩大。社会之组织,日益复杂。昔日管理政治之方法,已不适用。于是有人创为管理政治之新方法,以辅当时君主整理国政而为其参谋。此等新政治专家,即所谓法术之士,见《清华学报》第 11 卷第 2 期,第 284 页。

20 世纪初,庞德在评价自然法学派和历史法学派形成的时候,就指出了法学家的职业特征对学派所指向的方向的内在关联。他发现:“萨维尼乃是一位放弃了普鲁士大臣职务而重执教鞭的法学教授。普赫塔是一位教授。梅因的巨著完成于他在牛津大学任教的期间,而且他的行政经历在他的一生中也极为短暂。美国的艾姆斯、塞耶和比奇洛,都是几乎只有学术经历的教授。与他们相比,格老修斯的全部职业生涯都是政治与外交;孟德斯鸠一生都是从事政治工作的;瓦泰尔从事的所有活动都是政治与外交的活动;普兰马克的教学经历只是其政治生涯中的偶然事件;布莱克斯通在牛津大学开设讲座的经历,只不过是作为他作为一名律师和法官经历中的一段小插曲;美国的肯特和斯托雷则把一生的精力几乎都花费在了法院办公室里面……”见[美]庞德:《法律史解释》,邓正来译,中国法制出版社 2002 年版,第 24 - 25 页。

开始式微,呈现出周文疲弊乃至最终崩溃的局面。所谓“周文疲弊”是指西周三百年间日臻完备而隆盛一时的礼乐之“文”到了春秋时代徒然流为缘饰,不再有先前那样的生命力。用牟宗三的话说,即是“贵族生命腐败堕落,不能承担这一套礼乐”,“周文”因此“挂空就成了形式,成了所谓的形式主义,成了空文、虚文”^{[12](P.49)}。上面谈到的由余使秦的典故深刻揭示了周文挂空之后的社会现实,其总体特征就是“上下交争怨而相篡弑”。“上下交争怨而相篡弑”的局面确已表达了已有的社会规范体系总体已经失效的特征。乱世表现在各个方面,不仅个人人乱(不知廉耻)、家乱(子弑父)、国乱(下僭上),而且天下乱(礼崩乐坏)。在社会方面,抢盗杀戮频频发生,史书多有记载,例如,“鲁多盗”^[13];晋国“寇盗充斥”^[13];郑国“多盗,聚仁于萑苻之泽”^[14];“季康子患盗,问于孔子”^[3];“民之为淫暴寇乱盗贼,以兵刃、毒药、水火、退无罪人乎道路率径,夺人车马衣裘以自利者,并作由此始,是以天下乱。”^[15]贼盗的代表人物是春秋战国之交的盗跖,在《庄子》、《商君书》、《孟子》、《荀子》、《韩非子》、《吕氏春秋》、《史记》等古籍中均有记载。《史记》的记载尤为详要:“盗跖日杀不辜,肝人之肉,暴戾恣睢,聚党数千人,横行天下,竟以寿终。”^[16]

乱世是自然状态。自然状态不仅是一个事实状态,而且也是一种理论形态。以有没有国家和政府为标志,有国家和政府的为社会状态,无国家和政府的为自然状态。无政府状态乃是指在有国家和政府的前提下所呈现出来的自然状态形式。总体而言,自然状态主要是指缺乏公共规则或公共规则处于名存实亡的状态。就缺乏公共规则而言,按照列奥·施特劳斯的分析研究,西方古典自然法学派的自然状态应该是一个健康的公民社会中的生活,而不是公民社会之先的生活,与此相对立的是习俗主义者的观点,后者把自然状态视为合乎自然而生活的状态。在霍布斯的政治哲学产生之前,“自然状态”这个术语还为基督教神学所有并与蒙恩状态(the state of grace)相区别。霍布斯抛弃了这一区别,以公民社会状态取代了蒙恩状态,它的重要性在于,为了弥补自然状态的缺陷或不便,需要的不是神的恩宠,而是正当的人类政府^{[17](P.188)}。中国传统文化对自然状态并不陌生,只不过不会用自然状态这一术语描述事物。道家的学说基本上是以习俗主义为特征的,以合道或自然生活构成了这一观念的实质。同时,在法家的言论中,对政治社会之前的描述具有唯物论的性质,那种状态如同霍布斯的理解,是缺少安全、危险十足的状态,这既是法家关于法律起源的描述,也是法家的自然状态理论。管子说:“古者未有君臣上下之别,未有夫妇妃匹之合,兽处群居,以力相征。于是智者诈愚,强者凌弱,老幼孤独,不得其所。”^[18]商鞅也有类似的言论:“天地社民而民生之,当此之时也,民知其母而不知其父,其道亲亲而爱私。亲亲则别,爱私则险,民众而以别险为务,则民乱。当此之时也,民务胜而力征,务胜则争,力征则讼,讼而无正,则莫得其性也。”^[19]从公共规则处于名存实亡的角度理解自然状态,那么,自然状态就不是西方自然法学派虚拟、人造的非现实世界,而是存在于人类社会的各个历史阶段,因而具有历史的普遍性和无法摆脱的现实性。

三、先秦法家的敌人:古代和现代的

后世学者通常把中国古代法家分为前期法家和后期法家。前期法家多指管仲、李悝、子产和商鞅,后期法家多指申不害、韩非、李斯等。这种分类的原因当然首先是为了尊重法家人物在历史舞台上先后出场的顺序。然而,这种分类也成为评价法家功绩的工具性需要。为了“一分为二”地评价法家而做出这样的分类,就人为地将法家作为一个整体分裂开来,割裂了法家作为一个法律共同体的历史事实。在历史上,最先也是较为完整地评述法家功过者,莫过于精通百家的太史公。他说:“法家严而少恩,然

这一终结的过程乃是逐渐完成的,“春秋时代已呈现崩溃的现象,但一直到秦统一天下才全盘地将封建制度推翻。其间经过等级的破坏,兼并的盛行,商业经济的兴起,及土地制度的改革。”见瞿同祖:《中国封建社会》,上海人民出版社2003年版,第260页。

《史记》说:“春秋之中,弑君三十六,亡国五十二,诸侯奔走不得保其社稷者不可胜数。”见《史记·太史公自序》。

例如,牟宗三就持有这种立场,他说:“令后人起反感的是后期法家,关键在于申不害与韩非。前期法家并不坏,他们尽了时代的使命,完成春秋战国的转型,而下开秦汉大一统的君主专制。”见牟宗三:《中国哲学十九讲》,上海古籍出版社2005年版,第134页。

其正君臣上下之分,不可改矣。太史公对这一判语的进一步解释是:“法家不别亲疏、不殊贵贱,一断于法,则亲亲尊尊之恩绝矣。可以行一时之计,而不可长用也,故曰‘严而少恩’。若尊主卑臣,明分职不得相逾越,虽百家弗能改也。”太史公对阴阳、儒、墨、名、道德等各家也有同样的一分为二的评判。其中,对儒家的评判及其解释是:“儒者博而寡要,劳而少功,是以其事难尽从;然其序君臣父子之礼,列夫妇长幼之别,不可易也。……夫儒者以六艺为法,六艺传经以千万数,累世不能通其学,当年不能究其礼,故曰‘博而寡要,劳而少功’。若夫列君臣父子之礼,序夫妇长幼之别,虽百家弗能易也^[10]”。从太史公对儒法两家的优劣对比看,儒法两家都是为了维护差别性原则,只不过儒家以六艺为法,法家以法为法。然而,历史最终选择了以“博而寡要,劳而少功”的儒家之法,而抛弃了“一断以法”的法家之法。太史公从法家的“一断以法”直接推导出法家“严而少恩”,一语成讖,至此之后,几千年来大多评论家不能改其实质。

在近代中国之前,法家是儒家的靶子,儒家学说除了证明自己理论的合理性外,常常祭出法家的旗帜,树立像法家这样已被“历史证明”需要被谴责的靶子。所谓被“历史证明”,最主要是指秦帝国短命的历史事实。在新的历史材料和认识尚未被利用之前,法家对秦帝国灭亡所负有的责任与它对秦王国的强大所做出的贡献一样令人瞩目。不过,秦帝国为了国家的需要所做的简单化和一致性的国家工作机制却几乎原封不动地保留下来,这就是统一之后的一统格局。一统格局所要追求的是一个完美的、无缺陷的社会组合形式,但也只有在简单化和一致性的原则下才能实现。18世纪,在法国大革命前夜,来自第三等级的成员为了实现平等的理想而提出的具体要求几乎就是要建立一个法国版的秦帝国:“平民阶层是善良和谨慎的,到目前为止他们还没有将他们的怨言呈递到国王脚下。现在我们请求国王建立公正,我们表达我们最强烈的愿望,希望一个国王、一个法律、一个重量以及一个度量制度。”秦帝国以及之后的历代王朝,难道不是一个皇帝、一个法律、一个重量以及度量制度?

秦国用武力而不是德行统一的国家。在严刑和宽厚之间,秦国选择了严刑;在霸道和王道之间,秦国选择了霸道;在残暴和仁慈之间,秦国选择了残暴;这一切难道不是马基雅维里梦寐以求的国家吗?在秦国建国后的大约1700年后,在意大利的马基雅维里写出了著名的《君主论》。如果把马基雅维里在《君王论》中似乎不成体系的只言片语汇总起来,你就会发现马基雅维里过于明显的企图:向君主呈送无善恶之分的治国策略。在这些策论中,语言风格所呈现出谦卑过度后必然出现的阿谀奉承乃至肉麻之语,然而言辞的表达形式似乎仍是次要的,关键是赤裸裸内容上的直率令人震惊。他告诉君主:“为了要使他的子民统一和效忠,一个君王不应该顾虑到残暴的谴责;因为以严刑峻法来对付少数几个人,比那些君主由于过分优柔之故,让扰乱发生,结果因而造成了流血与抢劫,却是更为仁慈的;……在所有的君主中,尤其是那种新登大宝者不可能逃避残暴的名声,新成立的国家总是充满了危险的。……究竟一个为君的人,让别人对他爱多于惧好呢,还是惧多于爱好些?问题的答案是:他应该既为人所爱,又为人所惧,但因二者难以得兼,所以如果二者必须缺一的话,那么与其为人所爱,总不如为人所惧更加安全。”^{[20](P. 94-95)}这段话是马基雅维里在16世纪的意大利说的,那时的意大利已经置身于伟大的文艺复兴的历史背景下,人文主义思潮也弥漫于意大利乃至欧洲的上空。在人的解放和国家的统一关系上,马基雅维里首先把重点放在了后者。为了国家统一,马基雅维里苦心设计出来的以君主为中心的治国手段确实惊世骇俗。为此,莎士比亚称他为“凶残的马基雅维里”,施特劳斯说他是“一位罪恶的导师”。令人惊奇的是,西方政治哲学几乎没有太大的争议就把“现代政治科学之父”的美誉给了马基雅维里,即使对霍布斯哲学偏爱有加的列奥·施特劳斯也不得不修改他的观点,转而承认马基雅维里应当享

转引自[美]詹姆斯·C·斯科特:《国家的视角》,王晓毅译,社会科学文献出版社2004年版,第35页。

有这一称号。文艺复兴的时代未曾出现过有分量的理论哲学家,后世今人能够牢记的却是这位政治哲学中最有名望的人。

从家天下走向国家也就是从伦理走向政治,但伦理并没有消失,重要的乃是伦理和政治分家了。政治需要自己的法则,它不能在含情默默的礼法大家庭中证明自己的存在。马基雅维里直率地告诉了人们这一点,马克思因此说他“用人的眼光来观察国家”、“从理性和经验中而不是从神学中引出国家的自然规律。是的,马基雅维里是一个理论家,但同时也是一个实践家。他一直作为君王的顾问而自豪,他不也是以向君王呈现这本《君主论》而感自豪吗?在《君主论》中,他充分表达了君王应当“法、术、势”三结合的治国之策,倘若秦始皇地下有知,他在后悔没有启用韩非的同时不也要流露这位后来者但是作为洋人的知遇之情吗?

近现代以来,法家依然是靶子,但已不是儒家的靶子。可怜的儒家尽管反复要求复兴,但自身衰亡的趋势仍然不可阻挡。这一次,法家成为自由主义法学的靶子,这个来自西方,来自西方的法治理论的靶子。法治和法治国家的概念和理念被归于西方特定法律文化的产物,它源自西方,立足于西方,并以西方为中心向世界其它国家传播。法治传统在某种意义特指西方法律传统。这些特征被伯尔曼做出了高度的概括性总结。一心想要彻底批判西方这一法治传统特征的昂格尔也是从这一视角中看待先秦法家的。昂格尔同样认为,法治是欧洲文化的产儿,法治只能在这样一个社会中产生:“某种集团的多元论”从“社会等级间固定等级关系的崩溃”中涌现出来,并且存在“一种超越的世界观,一种常常伴有精心设计系统的神法体系的世界观。依此标准衡量,中国社会只存在他所说的“官僚政治法”,而无他视为与现代法治含义等同的法律秩序^[21]。依照这两个因素的任何一方面,人们都可以得出中国社会无法治、无法治国家,当然无法治传统。

四、刀是刀:法治国家双层理论批判

除了文化传统的因素,以实质正义为衡量标准的法治国家理论是当代法治国家理论的基本线索(当然,这两个方面有时相互论证,常常纠缠在一起)。简单地说,如果一个国家的法律体系不以民主为基础,并且该法律体系不以保障和实现人权为目标,这样的国家尽管是国家,但仍不能称得上法治国家。在这里,作为修饰国家的前缀词法治限定了国家的类型和外延,它内在包括了特定的价值标准,而这一价值标准与非法治国家形成了鲜明的对比。看得出来,以实质正义作为衡量国家的法治化程度是一种目的论的方法论,即以实现预先设定的目的作为衡量事物正当与否的准则。如果这个观点得以成立,当人们需要探讨什么是法治国家的时候,就需要首先探讨什么是民主、什么是人权,这样一来,对法治问题的探讨就陷入到政治哲学或道德哲学领域当中。关于政治哲学或道德哲学和法律关系的讨论总体上属于哲学和科学关系主题。哲学回答的是“应当”,而科学回答的是“是”。凯尔森对此明确指出,只有把法的理论和正义哲学以至和社会学分开来,才有可能建立一门特定的法律科学。他批驳了许多传统法学具有一种将实在法的理论同政治意识形态相混淆的倾向,这些政治意识形态或伪装为对正义的形而上学的空论,或伪装为自然法学说。这种学说把有关法律实质的问题,即法律实际上是什么的问题,同它应当是什么的问题混淆起来。在此基础上,凯尔森认为法律科学“是以人类经验为基础的一种特定的社会技术,——从对实际法律思想的逻辑分析所确立的基本规范中去寻找法律的基础,即它的效力的理由。”^[22]凯尔森这种完全果断地与任何形式的正义观,也就是自然法划清界限的理论被称为“纯粹法理论”。在这种理论指导之下,法律作为科学的意识在增强,发展国家的范围也开始扩大,以致弗里德曼说出了这样的一席话:“法治仅仅意味着公共秩序之存在:它意味着有组织的政府借助各种合法支配的工具和渠道来运作。从这个意义上说,所有的现代社会都生存在法治之下,不论它是法西斯国

在《霍布斯的政治哲学》美洲版前言中,他坦言:“我曾经认为,霍布斯是近代政治哲学的创始人。这是一个错误:这个殊荣,应该归于马基雅维里,而不是霍布斯”,见[美]列奥·施特劳斯:《霍布斯的政治哲学》,申彤译,译林出版社2001年版,第9页。

家、社会主义国家还是自由国家。”

20世纪 90年代,美国学者皮文睿为非西方尤其是缺乏西方法治传统的国家提出了一个学说,我们把它称为法治的双层理论框架。按照这种框架,法治国家分为“实质的、深度的”和“形式的、浅度的”,两个层次,前者与民主、人权相联系,是高级层次;后者是低层次的,用客观的、普遍的法律规则限制政治权力的恣意行使和官员的裁量权,法律的操作有一定的可预见性,人民可以预见其行为的法律后果,并在此预期的基础上规划生活。这个观点对中国的学者影响之大,几乎成为理解法治理论的一个通说。这个观点着实让尚未实现民主,人权尚未得到保障但有法律的国家大大松了一口气。按照这个划分类型,自己的国家仍然可以被称为法治国家,这总比不被称为法治国家要好得多。按照这个划分类型,形式法治可以走向实质法治,浅度法治可以提升到深度法治。很难说,皮文睿的这个双重理论只是为西方国家量身定做的理论。法西斯国家是公认的形式法治国家,在战后它被果断地被否定实质性法治国家。这种划分显示了理论上的普遍解释力,并且合乎一般人对法律与法治关系的通常见解。为此,人们很愿意在“法治”与“法制”、“依法治国”和“以法治国”等词语方面作出明确的划分,以此宣示一种主义和确立一种立场。

双层理论是一种进化论的思想,但更为重要的是,它仍然是一种糅合了自然法和分析法学的综合观点,至少在面上看上去很美。如果实质的、深度的法治以人权和民主为准则,那么形式的、浅度的法治就需要向实质的、深度的法治看齐,但最终要向人权和民主看齐。因此,双层理论仍然属于自然法学的观点,只不过是彻底的自然法观点。因为彻底的、纯粹的自然法观点始终否认不合终极价值标准的法律为法律,当然也不会承认实施这样的法律的国家为法治国家。

就法律科学与政治哲学的区别而言,法律科学主要是回答法律是什么的学说、思想和制度。它是可分析的——它以具体国家的法律体系为对象;它是逻辑的——它以具体的法律体系的同一性为目的;它是可试验的——它为了追求同一性的法律体系的逻辑自治性,而在实践中不断采取试错的原则。在这个意义上,法律作为一门科学确立了自己的思维、语言、逻辑和方法,然而这一切都服从于法的有效性这一直接目的。判断法律是否科学的标准应当以法律是否有效为主要标准。也就是说,一个业已存在的法律体系只因其自身的缘故而不能使法律达到它事先确定的目标,就是一个失败的法律体系,也就是不科学的法律体系。按照凯尔森的观点,国家是法律体系的人格化,国家与法律系统具有同一性,法律体系是否有效也就意味着国家治理是否有效,因此,国家治理的有效性是国家治理是否科学的标志。以科学的方法治理国家,就是要建立健全与国家同构的法律体系,并且使该法律体系保持它的内部同一性。

拉兹指出,法治是法律的一种内在优点,而不是一种道德优点,即使是所谓的形式法治也具有一种内在优点,而这一优点不以是否同时具备了道德优点为前提。在《法治及其价值》一文中,拉兹论证了法治价值的道德中立性,这一论点使他成为捍卫法律科学性的守卫者。他鲜明地指出了法律作为工具价值的内在优点:“它是人们手中的工具,这个工具用途广泛并有能力服务于各种目的,——刀子只有能切东西才是刀子。法律只有有能力指导人们的行为才能称其为法律,而无论它是多么无效率。”^[231](P. 196)]遵守法治也会使法律服务于坏的目的,但这并不是说遵守法治不是一个优点,就如同一把

[美] 弗里德曼:《法律与社会变迁》,1951年版,第 281页,转引自 [美] 富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆 2005年版,第 126页。

Randall Peerenboom: Ruling the country in Accordance with law: Reflections on the rule and role of Law in Contemporary China, Cultural Dynamics, Vol. 11, No. 3 (1999).

关于法治双层理论的讨论,参见王人博、程燎原:《法治论》,山东人民出版社 1989年版;王人博:《一个最低限度的法治概念——对中国法家思想的现代阐释》,载《政法论坛》2003年第 1期;苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社 1996年版;高鸿钧:《法治论衡》,清华大学出版社 2000年版;梁治平:《法治:社会转型时期的制度建构》,《当代中国研究》2000年第 2期;刘星:《法律是什么》,中国政法大学出版社 1998年版;季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社 1999年版;吴玉章:《法治的层次》,清华大学出版社 2002年版;张恒山:《法理要论》,北京大学出版社 2000年版;夏勇:《法治是什么:渊源、规诫与价值》,《中国社会科学》1998年第 4期;陈弘毅:《对古代法家思想传统的现代反思》,载陈弘毅:《法理学的世界》,中国政法大学出版社 2003年版。

尖刀被用于谋害,并非说明锋利不是刀子的好品质。这样一来,刀子锋利说就成为刀子之所以是刀子,也有资格和能力成为刀子的理由。这对法治的品质也是适用的。如果说恶法不是法,就如同说刀子用于谋害就不是刀子,为此,拉兹明确指出:“如果法治是良法之治,那么解释其本质就是要提出一种完整的社会哲学。但是,如果这样,这一术语就缺少了任何有价值的功能。我们没必要皈依法治,因为我们发现:信仰法治就等于相信正义必胜。法治是一种政治理念,一种法律体系可能或多或少地缺乏或拥有这种政治理念。……不能将它与民主、平等(法律或其他面前的平等)、人权(尊重人或尊重人的尊严等)等价值相混淆。一种根植于否定人权、普遍贫穷、种族隔离、性别歧视以及宗教迫害的非民主性法律体系,在总体上可能比任何更为开明的西方的民主法治体系更符合法治的要求。这并不意味着它将优越于西方的民主制度。它可能是非常糟糕的法律体系,但是在某一方面它却表现出了优越性:它符合法治的要求。”^{[231](P.184)}拉兹的这一段话经常被人引用。在某种程度上,这是一段惊世骇俗的论述:它明确地将法治与任何被认为普适的价值,特别是民主和人权的价值区分开来。但是,这并不意味着拉兹不相信人权和民主的价值,他更没有暗示在实现法治的过程中可以忽视的价值目标,而是法治即使要实现这些价值目标就应当拥有一种重要优点的某一连贯性主张、资格和能力。

以实证正义作为衡量国家法治化的标准也是一种良法之治的观点,这就如同把人分为好人和坏人一样。只有良法才是法,恶法非法。如同好人才是人,坏人非人。法治国家二分法也建立在源与流长的良法理论上。良法理论与法律无奖赏说形成了鲜明的对比。正是在国家领域,法律不仅不奖赏守法之人,而且对违法之人实施暴力性制裁而显示出它的优点来。法律是强制性的行为规范,对不服从这一行为规范的人实施惩罚性的暴力制裁。法律的这一特征使它有别于习俗、道德等行为规范,后者虽然也可以使违法者招致痛苦性的后果,也是一种外在于行为人的强制力,但这种痛苦性后果和外在的强制力如果不伴有行为者的内在转换机制,其效果就会微乎其微。同样是对行为的制裁,法律的制裁体现了合法暴力下的制裁,这种制裁所导致的人的后果不具有补偿性、安慰性和行为人的内在转换性。法律的这一特性也决定了法律是禁恶的,而不是劝善的。法律不会因为你服从了它就奖励你,相反,法律正因为你服从了它而不惩罚你。没有一个比下列情况更荒谬的了:一个国家的国民或公民因遵守法律,没有违法或犯罪行为而受到这样或那样的物质的或精神的奖励,给守法者颁布诸如“守法模范”或“守法公民”的奖状。在一定意义上,人们遵守法律就是不违反法律。没有违法或犯罪,不是因为你做出了某种贡献,而是并且仅是你履行了服从法律的义务。如果一定要谈到奖赏,法律对服从法律义务的国民或公民的最大的奖赏就是不会用其合法的暴力惩罚你。

法的无奖励说也不会因为服从法的理由而改变,换句话说,法律不会因为国民或公民基于畏法的理由,还是自愿的服从法律的理由而改变它的这一立场。人们可以因畏惧法律的暴力性惩罚而不去违反法律,也可以心甘情愿服法而不去触犯法律,前者是被迫守法,是屈法,后者是主动的、自愿守法,但是法律不会因为守法的最初动机上的差异而改变它的性质,何况对守法动机的判断从来就没有一个客观的衡量标准。守法动机的不确定性源于个体人的差异性和对法律的认知程度,总体上属于人的心理和情感范畴,也即属于人的主观判断和意志的范畴。

五、行为的三重领域与规则

社会科学是关于人的科学,它的对象是人的行为。社会科学将人的行为分为许多方面,用不同的方法给予研究。中国传统哲学在处理人与人的关系时明显地把人的行为分置于不同的领域,最为基本的领域就是家、国和天下的三分法。人不是抽象的人,而是具体的人,但只有在不同的活动领域中才

韦伯把社会行为分为四种方式,它们分别是“目的-理性行为”、“价值-理性行为”、“在感情支配下实施的行为”、“依据传统行事”的行为。韦伯对社会行为的划分及其阐释奠定了他对理性类型学的基础,参见[德]韦伯:《论经济和社会中的法律》,张乃根译,中国大百科全书出版社1998年版,第1页。

当然,也有五分法的提示,例如老子所说的:“以身观身,以家观家,以乡观乡,以邦观邦,以天下观天下”,见《道德经》。

能显示出具体的人的特征。人的不同活动领域正是社会学家说的“场域”。如果我们不囿于理论上的繁复解释而作简单化的处理,场域的概念是由人的角色身份决定的,不同的角色确定了不同的场域,而每一个具体的场域皆有其活动的规则。在家的场域中,活动的主体是具有血缘关系的亲属,这也包括具有拟制血缘关系的亲属。家规、家法属于该场域的规则。家的规则因伦理身份而发挥作用,在性质上它是自然养成的,并由伦理规则调整不同身份的家庭成员之间的权利义务关系。乡的概念既可以指比邻而居的村落或相近的几个村落的集合体,也可以指非地缘关系形成的非政府组织。党的概念即是从乡的概念中引申和发展而来,所谓的乡党、乡规民约都指向团体主义的行动领域。但是适用于乡的规则仍然遵循着伦理的法则,只不过这种意义上的伦理法则更多地以团体成员的约定为起始,颇具有造法的意味。家和乡的领域均可产生对其成员的强制性制裁,但是它们所适用的范围是特定的人群,而不是同一时代的所有的社会成员。天下的领域当然也是以人的身份为起点的,所不同的是,天下的人主要指向自然意义上的人,即卸去了诸多社会属性的人,体现了真正意义上的人与人的权利义务关系。凡天、地、宇宙、大自然等均是可以和“天下人”相对应的事务。天下的规则是人的规则,也是自然的规则,更是道的规则。道的规则落实到天下人的行为中,就是道德。因此,天下的领域是所有自然人的领域,这一领域既不属于家,不属于乡,也不属于国。天下的规则就是道德的规则。法律的领域只属于国家的领域,受其支配的是臣民或公民,而不是家庭成员、乡党或自然人。这样一来,我们就并非武断地将不同的规则分配给不同的人的身份及其治理领域,概括地说,习俗属于家、党的领域,法律属于国家的领域,道德属于天下的领域。治家以习(惯)、治国以法,治天下以德。一个社会学家多看到的是人们习以为常的常识,一个法律人仅看到主权者的命令,而一个道德家看到的人的善,这种善既悲天又悯人。

以礼治家、以法治国、以德治天下既共治人的行为,也分治人的行为。共治和分治的关系是辩证的,惟有分治有其效果,共治才有可能。共治是分治合力的结果,但不是代替分治形成新的规范。这是一种观点,也是理论方法。这种理论方法将家、国和天下看作平行的、共存的领域而给予平等对待,但不是彼此取代、相互包办。规范和谐有两重含义:1、不同的活动领域的规范是自治的;2、这些规范之间是相互支援和配合的;规范和谐也就是制度和谐,制度和谐是所有和谐命题的基础。构造制度和谐的必要条件之一就是要注意规则的自主性和独立性。最早明确地提出规则分治理论的人是春秋时期的管子。管子说:

以家为乡,乡不可为也;以乡为国,国不可为也;以国为天下,天下不可为也。以家为家,以乡为乡,以国为国,以天下为天下^[24]。

管子反对以家治乡,以乡治国,以国治天下,就是反对用习俗的规则代替乡的规则而治理乡,用乡的规则代替国法而治国,用国法代替天下的道德而治理天下。规则的越位所导致的后果之一就是有可能是家不家,乡不乡,国不国,天下非天下。当然,规则的越位还有可能表现在相反的路线上,即用天下的规则治理国家,用国家的规则治理乡和家。正确的路线乃是使不同的规则各司其职,各守其分,即以家为家,以乡为乡,以国为国,以天下为天下,相互之间不僭越,以共同从事对人的治理的事业。这一点提示我们注意,法律是治国的工具,但法律不是治家的工具,也不是治理天下的工具。

如果我们不能有效区分人的行为活动的具体领域和范围,就无法正确处理规则共治和分治的关系。中国传统法律文化既不缺乏家法家规、乡规民约,也不缺乏国法,更不缺乏天下的规则,但从两个方面使不同的治理规则相互之间发生了越位、僭越和包容:一是用家法治理国家,行走的乃是修齐治平的路线;这种情况导致了梁启超所说的“反国家主义”或“超国家主义”的文化意识和思维定势。他说:

1920年,孙中山在上海国民党本部会议中,重申了要把国事和党事分开来办的思想,明确提出了治党以人治,治国以法治的主张,其中,颇为紧要的一段话是:“党本来是人治,不是法治。我们要造法治国家,只靠我们同党人的心理。党之能够团结发达,必要有二个作用:一是感情作用,二是主义作用;至于法治作用,其效力甚小。”见孙中山:《孙中山在说》,叶匡政编,东方出版社2004年版,第122-123页。

中国人则有文化以来,始终未尝认国家为人类最高团体。其政治论常以全人类为其对象,故目的在平天下,而国家不过与家族同为组成“天下”之一阶段。政治之为物,绝不认为专为全人类中某一区域某一部分人之利益而存在。其向外对抗之观念甚微薄,故向内之特别团结,亦不甚感其必要。就此点论,谓中国人不好组织国家也可,谓其不能组织国家也亦可。无论为不好或不能,要之国家主义与吾人夙不相习,则甚章章也^{[25](P.5)}。

但不论是“反国家主义”还是“超国家主义”都产生了轻视乃至蔑视国家的局面,从而也导致了人们轻视、蔑视法律和法治的局面;二是用天下的规则治理国家,刻画了圣人治国的道德形象。

上述关于行为的三重规则理论有别于规则的二分理论。在现代法律科学中,公法和私法的划分是认识和理解法律的重要基石。一般地说,公法是调整公权力运行机制的法律体系,宪法、刑法、行政法、政府组织法、以及相关的程序法都归结为公法的范围。私法调整的是平等民事主体之间的法律体系,民法、商法、婚姻家庭法及其程序法都归结为此类。尽管公法和私法的调整领域也存在交叉、重叠的地方,但大体上私法被认为是有关调整私人利益的法律,公法是有关政府或国家利益及其公共秩序的法律。哈耶克就是在这个意义上理解私法和公法的功能的:“事实毋宁是,作为政府组织之法律的公法要求它所适用的那些人以刻意的方式为公共利益服务,而私法则允许去追求他们各自的目的,并只是通过限定个人行动的方式而使它们最终都有助于普遍的利益。”哈耶克后来实际改造了传统意义上的公私法划分含义,以便服务于自生自发秩序理论的需要,但作为自由主义哲学的代表,哈耶克关于内在规则和外在规则的两分法以及后者因服务于前者所获致的正当性却是一脉相承的,本文基本上同意这种判断,即内在规则决定私人利益即人权的正当性以及外在规则存在的有限意义。但是,自由主义哲学在私人领域和国家领域二分法的前提下讨论自由和秩序的关系掩盖了在私人领域和国家领域之外还存在一个有关全体社会成员利益的天下领域这一事实。

二元论世界观是西方社会独有的思维方式。在西方的历史中,这种二元世界观有众多的表现形式,其中主观和客观、感性和理性、信仰和知识、宗教和世俗等构成了哲学中的基本问题并成为经久不衰的经典话题。二元论世界观是一种其内在要素相互对立的世界观,如何既肯定二元的合理存在、又揭示各自的局限性成为哲学的基本任务。近现代以来,在这种二元论世界观支配下,有关个体和国家之间的关系逐渐演变为市民社会和国家之间关系,后者所表达的基本问题仍然是私人领域与国家领域的冲突与整合,虽然公共领域的发现具有重大的历史意义,而且这一发现也强调了公共利益异于国家利益的特性,但它没有正确地区分私人领域与公共领域大的界限。正如提倡天下理论的赵汀阳指出:“自由主义对生活的理解是不全面的,非常可能忽视了个人利益和权利之外还存在着公共利益,尤其是那些与个人利益并非总是吻合的公共利益。”^{[26](P.59)}的确,公共领域具有相对存在和发展的性质,它与私人领域和国家领域具有并存且相互制约的性质,但它的历史也与私人和国家领域的存在历史一样的久远。在相当长的历史时期当中,公共领域被遮蔽了,它隐藏于私人领域当中,或者说被国家领域强制代理了。这意味着公共领域在近代社会被重新发现了,不仅如此,在全球一体化的世界性历史进程中,赋予公共领域应有的地位,并且彰显其价值无疑具有重要的意义。

西方社会的二元论价值观不具有普遍的意义,至少在面对中国问题时需要作为一个例外来处理。黄宗智指出:

国家与社会的二元对立是从那种并不适合于中国的近现代西方经验里抽象出来的一种理

基于不同的标准,关于法律的分类还有其他的类型,如成文法和不成文法、国际法和国内法、实体法和程序法等,参见李步云主编:《法理学》,经济科学出版社2000年版。不过,公法和私法的划分是民法法系中的最为基本的分类法,对民法法系的形成具有重要意义,有关内容可参见沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰等译,中国法制出版社2005年版。

[英]哈耶克:《法律、立法与自由》第1卷,邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第210页。自由主义宪政理论建立在公法和私法彻底分离的基础之上,带有明显的政治功能,这也是法治国家法结构的必然逻辑。

想构造。我们需要转向采用一种三分的观念,即在国家与社会之间存在着一个第三空间,而国家与社会又都参与其中^[27]。

“第三空间”是社会和国家互动的结果,属于那种流动的空间,缺乏社会和国家的边界的属性,尚难以作为一个独立的领域与其他两个领域形成对照。但是,“第三空间”的概念打破了“私人-国家”或“私域-公域”的二分法,具有开创性和启发意义。不过,在此之前,哈贝马斯就针对福利国家的出现也对二分法提出了质疑。他说:

随着资本集中和国家干预,从国家社会化和国家化这一互动过程中,产生出一个新的领域。从这个意义上来说,公共利益的公共因素与契约的私法因素糅和在了一起。这个领域之所以意义重大,因为这既不是一个纯粹的私人领域,也不是一个真正的公共领域;因为这个领域既不能完全归于私法领域,也不能完全算作公法领域^{[28](P.179)}。

但即使是哈贝马斯,在意识到公共领域是一个越来越有别于“社会”和“国家”的第三领域,是“国家和社会之间充满张力的区域”,但由于哈氏一直在强调“资产阶级公共领域”,并把这一领域作为与国家对立的领域,在本质上仍然属于私人领域,而同样没有开发出新的独立的领域。

在福利国家和风险社会作为新的历史事件出现的时代历史背景下,私人利益和国家利益的冲突不是依靠“权利国家化”和“国家权利化”的方案就能够化解的。新的国家观似乎把国家的划分类型又朝前推进了一步,例如法治国家、福利国家和安全保障国家。这种国家类型的划分的基础分别建立在自由资本主义社会、福利社会和风险社会之上。如果人们依旧在个人权利和国家权力的结构范围内思考问题:是权利多一点好呢?还是权力大一点好呢?就不可能有新的突破。

六、结语

富勒把法称为使人类行为服从于规则之治的事业,法因此也可以理解为对人的行为治理的事业,但他首先告诉我们:“当我们试图首先建立良好秩序时,我们要提醒自己注意,没有秩序,正义本身也难以实现,在追求良好秩序的同时不要失去秩序本身。”^{[29](P.170-181)} 法治与正义有关,但不等同于正义;法治与道德有关,但不等同于道德;法治也与人权、平等、自由和博爱有关,但也不能等同于人权、平等、自由和博爱。我们越是走向现代社会,就越是相信法治就是实现道德、人权、平等、自由和博爱等现代价值观的工具。这难道有什么错误吗?当然没有。但是,这样的法治是“良好的法治”。然而,没有了“法治”还有“良好的法治”吗?关于法与人的行为的关系理论涉及两个方面,一是法对人的行为的共治理论,即主要从习俗规范、国家规范和道德规范等多重规范治理人的行为;二是法对人的行为的分治理论,即从习俗、国家或道德的一个维度治理人的行为。共治和分治是辩证统一的,本文的分析建立在分治的基础上,并以分治理论为主要线索。法的共治事业无疑是非常重要的,它不仅不会使人的行为更缺少自由度,而且使人的行为更加具有合理性和完美性,但是所有这一切都应当首先建立在尊重各个相对存在的规范基础上。

参考文献:

- | | |
|---|---------------------------------|
| [1] 梁治平. 法辨—中国法的过去、现在和未来 [M]. 北京:中国政法大学出版社, 2002. | [4] 荀子·王霸 [M]. |
| [2] 论语·宪问 [M]. | [5] 荀子·王制 [M]. |
| [3] 论语·颜渊 [M]. | [6] 荀子·君道 [M]. |
| | [7] 杨鸿烈. 中国法律思想史 [M]. 北京:中国政法大学 |

“根据这种分期,政府必须相继地专门完成这样一些任务:起初是古典的维持秩序任务,然后是对社会补偿的公正分配,最后是应付集体性的危险情况。制约绝对主义的国家权力,克服资本主义产生的贫困,预防由科学技术引起的风险,这些任务提供了各个时代的议题和目标:法律确定性、社会福利和风险预防。”见 [德] 哈贝马斯:《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,董世骏译,三联书店 2003 年版,第 537 页。

- 出版社, 2004.
- [8] 韩非子·难势篇 [M].
- [9] 尹文子·大道上 [M].
- [10] 史记·自序第七十 [M].
- [11] 余音时. 士与中国文化 [M]. 上海: 上海人民出版社, 2003.
- [12] 牟宗三. 中国哲学十九讲 [M]. 上海: 上海古籍出版社, 2005.
- [13] 左传·襄公二十一年 [M].
- [14] 左传·昭公二十年 [M].
- [15] 墨子·明鬼下 [M].
- [16] 史记·伯夷列传 [M].
- [17] [美] 列奥·施特劳斯. 自然权利与历史 [M]. 彭刚, 译. 北京: 三联书店, 2003.
- [18] 管子·君臣篇 [M].
- [19] 商君书·开塞篇 [M].
- [20] [意] 马基雅维里. 君主论 [M]. 惠泉, 译. 海口: 海南出版社, 2001.
- [21] [美] 昂格尔. 现代社会中的法律 [M]. 吴玉章, 等译. 北京: 中国政法大学出版社, 1994.
- [22] [奥] 凯尔森. 法与国家的一般理论 [M]. 沈宗灵, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1996.
- [23] [英] 拉兹. 法律的权威——法律与道德论文集 [C]. 朱峰, 译. 北京: 法律出版社, 2005.
- [24] 管子·牧民 [M].
- [25] 梁启超. 先秦政治思想史 [M]. 杭州: 浙江人民出版社, 1998.
- [26] 赵汀阳. 天下体系——世界制度哲学导论 [M]. 南京: 江苏教育出版社, 2005.
- [27] 黄宗智. 中国的“公共领域”与“市民社会”——国家与社会间的第三领域 [A]. 邓正来, 等主编. 国家与市民社会: 一种社会理论的研究路径 (增订版) [C]. 上海: 上海人民出版社, 2006.
- [28] [德] 哈贝马斯. 公共领域的结构转型 [M]. 曹卫东, 等译. 北京: 学林出版社, 1999.
- [29] [美] 富勒. 实证主义与忠于法律 [A]. 何作, 译. 强世功. 法律的现代性剧场 [C]. 北京: 法律出版社, 2006.

The Enemy of the Legalists in Pre - Q in Era: The Normative Theory on Ruling the Country through the Law

HE Hai - ren

(Chinese Academy of Social Sciences, Beijing, 100720)

Abstract: The views of the legalists in pre - Q in era has long been regarded as the opposite of the ideal of modern rule of law and thus become the targets of attack when Chinese scholars talk of the origin and ideal of rule of law. The distinction made by modern Chinese legal scholars between such concepts as " rule of law " and " rule by law ", " ruling the country in accordance with the law " and " ruling the country through the law ", as well as " formal and superficial rule of law " and " substantive and deep rule of law " neglects the cultural continuity of the thoughts of rule of law although it aggravates the attack on the legalists in pre - Q in Era. As a matter of fact, the basic position of the legalists in pre - Q in Era on " taking the country as a country " and " ruling the country through the law " not only gave the first voice of legal positivism, but also laid foundation for the theory of ruling with single norm and that of ruling with multi norms over human behavior.

Key Words: Legalists in Pre - Q in Era; Rule of Law; Multi Norms; Ruling in Accordance with Rules

(责任编辑 晨 晖)