

古典德治的依宪治国功能

有关“德法合治”论的补充性说明

杨 陈*

摘 要 当代学者倾向于将传统中国的政治模式形容为“儒法国家”，即以儒家意识形态正当化法家化的国家体制。这种“德法合治”有效地降低了统治成本，实现了长治久安。然而，这种纯粹基于国家能力视角的解释却从侧面呼应了“中国古代专制论”，进而使得从传统中发掘出“依宪治国”资源变得不再可能。事实上，在“德法合治”之外，儒家德治理念有其自主性，这一理念经由法家化的国家体制，形成了一种清流主义的政治文化与心态，其内容大致包括道统与政统的分离、反绩效主义的治理观以及反形式主义的法治传统。这样的文化与心态虽未能固化为制度性传统，但却在历史上起到了一定的规范公权力尤其是主权性权力的作用，而这正可作为当代“依宪治国”事业的传统资源。

关键词 德法合治 儒法国家 依宪治国 中国古代专制论

引 言

随着我国依法治国实践的深入，越来越多的法学学者认识到法律移植理论的局限，并试图从传统中发掘出有益于当代法治国家建设的理论与制度资源。^{〔1〕} 发掘的进路大致可归为两

* 华东政法大学法律学院助理研究员。

〔1〕 本文所讨论的“德治”“法治”都是在其古典意义上的，其中“法治”尤指传统法家意义上的“法治”，这种“法治”所侧重的是统治的有效与稳固，并非现代意义的 rule of law，但此种“法治”对 20 世纪中国法治话语同样影响深远，参见洪涛：“20 世纪中国的法治概念与法家思想（二）”，《政治思想史》2018 年第 2 期，第 50—58 页。相反，正如下文将要着重讨论的，被当代学者认为有“人治”危险的“德治”，却在传统时代发挥了限权的“宪治”功能。文中另一对相近的概念是“宪制”与“宪治”，前者意指一种对于权力运行起到（接下注〔1〕）

种,多数学者偏好从治理的有效性(efficiency)出发,少数学者试图传统中找到能够规范权力运行的“宪制”。

就前一种进路,由于我国传统国家体制有着显著的理性官僚制色彩,因此具备远超同时期西方封建体制的国家能力,^{〔2〕}这使得我国学者对于传统资源的发掘往往从这一方面入手,以至于当代学者对于传统“德法共治”的阐发也都沿着这一理路。^{〔3〕}“德法共治”模式被认为有着相当程度的濡化能力(enculturation),^{〔4〕}“法治”的强制秩序经由“德治”的教化,造成了多数人对于秩序的认同,使得国家在大多数时候并不需要以强力维持统治,进而降低了治理成本。然而,这些阐释却暗合了牟宗三传统中国“有治道无政道”的判断,^{〔5〕}“德法共治”不外牟三宗所言的“德化的治道”,尽管有助于国家治理,却难于规范公权力尤其是主权性权力的运行。^{〔6〕}

而就后一种进路,少数学者试图在传统国家体制找到一种规范公权力运行的“宪制”。比如有学者认为传统时代的“礼”即是“活的宪法”,发挥了高级法的功能,^{〔7〕}但通过对儒家经典的文本解读所揭示的只是“宪治”理想,而非宪法制度。还有部分学者沿着钱穆的理路,认为中国传统体制存在着限制君权制度设计,^{〔8〕}然而这些满怀善良愿望的叙述显然夸大了事实。

那么,我国古代的政治传统中就真的没有依宪治国的资源吗?要回答这个问题,就需要重回传统时代“德治”“法治”关系这一经典话题,超越那种基于经典文本的对于两者之间应然关系的探讨,而是以一种历史社会学的方式对于现实运作机制展开考察。事实上,我国传统时代“德治”“法治”关系的主要方面固然可以被描述为“德法共治”,但“德治”不只是有助于以君权为中心的“法治”,为皇权—官僚体制提供正当性。作为儒家政治理想的“德治”仍有其自主性,即便“德治”理想以及相关的制度设计不能直接限制君权,但“德治”理想经由皇权—官僚体制,

〔1〕 接上注〔1〕 制约作用的制度,后者更偏重于权力在现实中受到制约的状态。在传统时代,有些实践并未能上升为一种“宪制”,但却可以发挥“宪治”的作用,以当代新儒家念兹在兹的道统与政统的区分为例,这种区分在传统时代显然并不是一种“宪制”,但确实在现实中发挥了限制皇权的“宪治”功能。

〔2〕 参见(美)弗朗西斯·福山:《政治秩序的起源》,毛俊杰译,广西师范大学出版社2012年版,第125—145页。

〔3〕 参见龙大轩:“新时代‘德法共治’方略的哲理思考”,《中国法学》2019年第1期,第64—81页;类似的研究,比如黄文艺、邱滨泽:“论中国古典政法传统”,《中外法学》2022年第1期,第25—43页。

〔4〕 参见王绍光:“国家治理与基础性国家能力”,《华中科技大学学报(社会科学版)》2014年第3期,第9页。

〔5〕 参见牟宗三:《政道与治道》,吉林出版集团有限责任公司2010年版,第22—23页。

〔6〕 同上注,第31页。

〔7〕 参见张千帆:“传统与现代:论‘礼’的宪法学定性”,《金陵法律评论》2001年第1期,第119—127页。

〔8〕 钱穆:“政学私言”,载《钱宾四先生全集》(第40册),联经出版事业公司1998年版,第5—6页、42页;侯旭东:“中国古代专制说的知识考古”,《近代史研究》2008年第4期,第4—28页;白彤东:“中国是如何成为专制国家的?”,《文史哲》2016年第5期,第34—46页。

所造成的政治文化与政治心态却间接地发挥了限权功能。“德治”“法治”之间的这种辩证关系或可成为有助于当代依宪治国的传统资源。

一、关于“德法合治”的三种批评

在进入正式讨论之前,有必要就传统时代对于德法关系的认识,以及近代以降对于“德法合治”模式的批评稍加梳理。就德法关系,宋代思想家朱熹提出了一个经典公式,他在关于《论语》中“道之以德,齐之以礼”一条的注释中指出:“愚谓政者,为治之具。刑者,辅治之法。德礼则所以出治之本,而德又礼之本也。”〔9〕在这样一种层级结构中,“德礼”被认为是“政刑”之本,而在“德礼”的内部,“德”又为“礼”之本。“德”的内涵要通过“礼”加以具现,而作为德性典范的圣王,他的统治只能是依循礼的秩序的统治。一般而言,德被认为更多地涉及内在的动机、心性、品格,而礼则是外在的行为规范。〔10〕当然,在儒家政治思想内部,存在着荀学“以礼为治”与孟学“以德化民”的两种不同的路径。〔11〕但“德”“礼”本身均源于先民的高度未分化的生活经验,在内容与功能上具有高度的同质性。〔12〕正因如此,我国法史学界在探讨“德治”与“法治”“礼治”与“法治”关系时,并未将“德”“礼”加以严格的区分,而有关德法、礼法以及儒法关系的讨论也往往会交叉展开,比如瞿同祖对于相关问题的讨论就是如此。

与朱熹规范性的观点不同,法史学者瞿同祖以一种社会学的方法对传统的德法关系加以考察,在其看来:“所谓儒法之争主体上是礼治、法治之争,更具体言之,亦即差别性行为规范及同一性行为规范之争。至于德治、人治与刑治之争则是较次要的……所谓法律儒家化表面上为明刑弼教,骨子里则为以礼入法,怎样将礼的精神和内容窜入法家所拟订的法律里的问题。”〔13〕就以上论述可见,尽管瞿同祖有关传统中国法律的研究遵循了价值中立的方法论原则,但在事实描述之中却又难免包含价值判断,特别是其有关家族以及阶级描述就更是如此。〔14〕其中的原因在于,20世纪以来的平等主义思潮,使得瞿同祖以及同时代的学人难免不对主张同一性行为规范的法家产生同情,而对于主张差别性行为规范的儒家持排斥态度。由于传统时代的德与礼都建立在“亲亲”“尊尊”的身份差异之上,那么德法、礼法之间的结合,无非是以法的强制力来保证儒家所主张的身份性的、等级性的差异,而这种结合所造就的秩序也就难言公正。我国上世纪七十年代对于儒家的批判与之类似,即儒家所提倡的“德”与“礼”是

〔9〕〔宋〕朱熹:《四书章句集注》,中华书局1983年版,第54页。

〔10〕参见陈来:《古代的宗教与伦理:儒家思想的根源》,生活·读书·新知三联书店1996年版,第225、291页。

〔11〕参见陈苏镇:《〈春秋〉与“汉道”:两汉政治与政治文化研究》,中华书局2011年版,第133—206页。

〔12〕参见郑开:《德礼之间:前诸子时期的思想史》,生活·读书·新知三联书店2009年版,第92—95页。

〔13〕瞿同祖:《中国法律与中国社会》,商务印书馆2010年版,第378页。

〔14〕同上注,第1—102、160—284页。

一种宣扬奴化精神、维护奴隶主统治秩序的落后的意识形态。^{〔15〕}

另一种批评则是将这种结合称之为“阳儒阴法”，也即“在意识形态层面上将儒学学说作为政治制度的合法性基础，而在具体实践层面上则将法家学说作为统治的权术来运用”。^{〔16〕}尽管赵鼎新等当代学者认为这种结合造就了一种超级稳定的统治秩序，构成了我国传统时代政治文明的根本特征，^{〔17〕}但在近代早期，这种观点之所以被提出乃是为了批判传统君主制度的专制以及虚伪。“阳儒阴法”一说较早地见于清末学者宋恕，在其看来，原始儒家忠于万姓，能够抑强扶弱，而法家忠于一家一姓，抑弱扶强，本来儒法截然两分，君主苦于儒而不能亡儒，但是自叔孙通以来，儒法日益混同，儒家学说成为了君主专制统治的粉饰物，^{〔18〕}宋恕的这种见解是与当时知识界批判“荀学”与“秦制”的思潮是内在一致的。^{〔19〕}

与上述两种批评不同，还有一种批评乃是延续了马克斯·韦伯(Max Weber)对于中华帝国国律的观察，认为这种结合所造就的是一种“实质非理性”的法，进而使得中国未能诞生出原生的现代性。在韦伯看来，中国传统的官僚制是一种早熟的“家产官僚制”。在这种体制之下，虽然有选拔官僚的科举考试，但是中国的官僚阶层却始终崇尚“业余精神”，并不精通行政与司法所必须的知识，^{〔20〕}虽然存在大量繁复的中央立法，但是中央的立法对于地方官员却只有说服力，这种体制所追求并非形式理性的法律而是实质公道，其司法之类型则是一种有着明显的反程序主义和家长主义性格的“卡迪司法”。^{〔21〕}在韦伯那里，这种伦理训诫与法律不分的“实质理性(非理性)”的法律则是中国未能产生出原生的现代性的原因之一。就这一点而言，即便是对韦伯学说多加批评的黄仁宇也表示赞同，在他看来，统合官僚阶层与农民阶层的作为“文化精华或是施政方针或者科举考试的要点”的，“无非都是一种人身上的道德标准，以符合农村里以亿万计之小自耕农的简单一致。以这道德标准辅助刑法，中国缺乏结构上的实力足以成为一个现代国家，她缺乏必要的应变能力”。^{〔22〕}此外，当代中国的法治主义者对“德治”的疑虑与韦伯之批评类似，他们中的大多数人既不是道德虚无主义者，也很少主张道德与法律的完

〔15〕 参见周展安：“儒法斗争与传统重构——以 20 世纪 70 年代评法批儒运动所提供的历史构图为中心”，《开放时代》2016 年第 3 期，第 87—88 页。

〔16〕 赵鼎新：《东周战争与儒家国家的诞生》，夏红旗译，华东师范大学出版社、上海三联书店 2006 年版，第 161 页。

〔17〕 同上注，第 164—165 页。

〔18〕 参见曹宁华：“试论宋恕反汉后正统儒学的思想”，《复旦学报(社会科学版)》2001 年第 2 期，第 95—101 页。

〔19〕 参见魏光奇：《选择与重构：近代中国精英的历史文化观》，中国社会科学出版社 2015 年版，第 241—242、255—257 页。

〔20〕 这一“业余精神”同样为美国学者列文森所观察到。参见(美)约瑟夫·列文森：《儒教中国及其现代命运》，郑大华、任菁译，中国社会科学出版社 2000 年版，第 13—14 页；参见(德)马克斯·韦伯：《中国的宗教：儒教与道教》，康乐、简惠美译，广西师大出版社 2010 年版，第 223—225 页。

〔21〕 参见韦伯，见前注〔20〕，第 151—156 页、206—210 页。

〔22〕 黄仁宇：《中国大历史》，生活·读书·新知三联书店 1997 年版，第 231 页。

全分离,而是担心道德与法律的混同,最终消解了现代法治秩序的程序性与形式性。^[23]

上述三种批评性的观点中,第一种将儒家的“德治”理念当成了在历史中完全得以被实现的,但本身却是不值得推崇的意识形态,第二种则认为原始儒家的政治观念值得肯定,但“阳儒阴法”的治理模式最终败坏了儒家的政治理念,使之沦为了君主专制体制的附属物和装饰品。与前两者不同的是,第三种批评对“德治”理念的具体内容保持中立的态度,却对德法之间的结合表示疑虑,认为正是这种结合导致了以形式理性为核心的现代法治秩序的难产。然而,正如下文将加以申说的,儒家的“德治”理念在秦之后的皇权—官僚体制之中并未能充分实现,而未能实现的那一部分却在皇权—官僚体制中以一种曲折的方式得以表达,在实践中发挥了柔性的限权功能。

二、传统时代“德治”的理想与现实

尽管赵鼎新等当代学者认为法家所主张的“法治”才是我国传统国家体制的内在逻辑,但法家学说自秦亡以后就一直被认为是一种道德上可鄙的理论,要等到晚清救亡思潮兴起之后,法家的思想与人物才被逐步恢复名誉。^[24]与之相比,尽管儒家的“德治”理论在当代学者看来只作为正当性原理发挥作用(也即缘饰功能),但在传统时代却始终作为一种理解与评价政治的主要智识资源,在此有必要对之稍作阐述。

当代对“德治”观念持疑虑态度的学者,均在不同程度上认为传统“德治”就是一种“人治”。不过,如果“人治”是指一种完全不受任何内部或者外部约束的恣意统治,那么这种“人治”只存在于历史上少数著名暴君(比如南齐的萧宝卷、北齐的高洋)的统治时期。然而,如果“人治”是指缺乏刚性制度约束的统治,那么前现代的统治,即便是中世纪欧洲的封建君主之统治,同样也可能被当做一种“人治”。^[25]如果就前一种定义而言,“德治”本身就不是人治,而就后一种定义而言,“德治”与“人治”确有关联,但“人治”却不是对传统型统治的适当指控。

一般而言,传统意义上的“德治”大致有以下三层含义:首先,“德治”意味着以伦理规范进行治理,但在进入成文法时代之后,儒家排斥法治纯以德治的主张则逐渐转变为“引礼入法”“礼法结合”;其次,“德治”意味着统治的目的不只是以法的方式构建一个和平的秩序,更在于建设一个道德的世界,这也就是传统的“教化”理念;最后,“德治”还意味着作为道德典范的“有德之人”的施行“德政”,在儒家的政治理想中这个“有德之人”就是德位兼备的圣王,在圣王缺位时,则应当由作为道德典范的君子辅助君主进行统治。^[26]就上述三层含义,无论哪一方面

[23] 参见孙莉:“德治与法治的正当性分析”,《中国社会科学》2002年第6期,第95—104页;周永坤:“‘德法并举’评析——基于概念史的知识社会学视角”,《法学》2017年第9期,第3—13页。

[24] 参见程燎原:“晚清‘新法家’的‘新法治主义’”,《中国法学》2008年第5期,第34—37页。

[25] 参见孟广林:“中西封建君主制中的‘法治’与‘人治’”,《史学理论研究》2008年第3期,第137—146页。

[26] 有学者将德治的内涵总结为德教、德政、法律道德化三个层面,参见杨伟清:“德教、德政与道德法律化——论德治的三种解释”,《云南大学学报(社会科学版)》2019年第2期,第82—89页。

都与最后一种“有德之人”的统治高度关联,因为无论是以伦理规范进行统治,还是建设一个道德世界,最终都会归结到“有德之人”的统治这一点上。

不过,与先秦法家的“法治”不同,“德治”这种统治方式主要是说服教育以及统治者以身作则的引导示范而非使用刑罚。^[27] 儒家的这种看似迂腐的“德治”理念有其历史社会根源,事实上,离原始儒家活跃时期不远的先民社会是一个以宗族为中心的小共同体的社会,在这样的社会中,“德”与“礼”都是一种源于先民高度未分化生活经验的“自发秩序”,虽然当代学者认为“刑(法)”已然蕴含在了原始的“德”“礼”之中,^[28]但大多数情况下,统治者依循“德”“礼”统治,无需“刑(法)”这种以强制力作为其保证的统治手段。

然而,之所以原始儒家会特别地将“德治”“礼治”当作政治理想,是因为在他们活跃的年代,原始礼俗秩序崩溃,宗法制度日益被具有高度工具理性的官僚制所取代。由于儒家面对的是一个已然存在的以君权为中心的军事—官僚集团,汉初儒生之所以能融入这样一个已然存在的统治集团,是因为其学说能够为这一政权提供正当性方面的支持,这就是所谓的“以经术缘饰吏事”。^[29] 尽管在我国传统时代,君主借助儒家意识形态以及士大夫群体逐步驯服了军事权力,但是儒家士大夫群体本身并不具有独立的权力基础,始终依附于皇权。^[30] 然而,儒家的政治理想对于这一以工具理性组织起来政治体制而言始终是外在的,甚至于对于现实的国家能力而言具有外部性。^[31]

与此同时,这个已然在先存在的体制却对原始儒家的政治理想有着极强的塑造作用,这也造成了晚清学者严厉批判的“阳儒阴法”。尽管不少学者试图为传统皇权制度正名,认为这种体制并非是一种专制政体,然而他们在很大程度上混淆了应然与实然,并未深究儒家的政治理念以及相应的制度设计在现实中的状况。^[32] 事实上,“德治”理念以及相应的制度设计在现实中难于限制皇权,甚至于这些理念被皇权—官僚国家体制的改造,变得倾向于皇权。

首先,就与“德”观念高度关联的“天”观念而言,在汉代之后的皇权体制中发生了有利于君主集权的变化。比如,今文经学所主张的“天子僭天”以及“天囚”的理论,被何休的“君天同尊”所取代。在前者那里,“天子居于礼仪之下,如果超过制度规定,便是‘僭天’”,因此可以认为“天子为天囚禁,只能在天所允许的范围内行动”,而在何休删去“天子僭天”并发明出“君天同尊”的学说之后,君主在理论上就与天平齐,而不再受天所制约。^[33] 而就“畏天”而言,正如陈侃理之研究所反映的,董仲舒所发明的灾异论同样不能真正有效地限制皇权,儒生群体也不能

[27] 参见陈苏镇,见前注[11],第180—189页。

[28] 郑开,见前注[12],第178—182页;有一部分学者认为,德礼与刑兵更多的是一种平行关系,参见赵明:“重评礼刑合一的法制构架”,《法学研究》2013年第4期,第195—208页。

[29] [汉]班固:《汉书》,中华书局1962年版,第3623—3624页。

[30] 参见余英时:《中国思想传统及其现代变迁》,广西师范大学出版社2004年版,第314—337页。

[31] 黄仁宇指出,儒家道德化的政治理念导致了体制的混乱低效。参见黄仁宇:《万历十五年》,生活·读书·新知三联书店2001年版,第48、56—58、60—61页。

[32] 见前注[8]。

[33] 参见李若晖:《久旷大仪——汉代儒学政制研究》,商务印书馆2018年版,第214—218页。

垄断对于灾异的解释,相反,灾异论在某些时候反倒能成为君主控制官僚的手段。〔34〕

其次,作为“德治”理想之核心“亲亲”“尊尊”同样发生了变化。正如李若晖之研究,在今文经学那里,亲亲、尊尊之间是贯通的,故而能“推士礼以致于天子”,在他们那里,各个等级之间虽然有所差别但并非悬隔,而后来的古文经学则构造出一种超绝性的天子之礼,亲亲、尊尊之间不再贯通,作为春秋大义的“尊尊”被秦制律令体系的“尊卑”所取代。〔35〕与之类似,在汉代已然出现的丧服决狱使得作为亲疏表征的丧服被异化为外在行为规范,礼的双向性原则被权力等级的单向性所取代,而“法律儒家化”其实只是儒家伦理中有利于君主统治的那一部分被加以暴力实施的过程。〔36〕

再次,如费孝通所言,在我国传统时代一直存在着“道统”与“政统”的二元对峙,〔37〕然而,以道统制衡皇权的理想可能在某些个别的场合得以实现,但远未形成有效的制度,反倒是皇权凌驾于道统之上的事情却屡见不鲜。以作为“道统”观念核心要素的宗法观念为例,即便是作为封建宗法制核心要素的嫡长继承制也难于限制皇权,在帝制时代的大多数时候,嫡长继承占了皇位更迭的大多数情况,〔38〕但一旦个别君主决意破坏这一既定秩序却很难加以有效地制约,以至于由于“废长立幼”所导致的政治动荡乃至政治衰败一直是传统帝制时代的政治噩梦。甚至于在君主权力登峰造极的清代,秘密建储制取代了嫡长继承。而从宋代“濮议”以及明代“大礼议”等事件也可以看出宗法制的成例相较于君主意志的脆弱。

与此同时,不少君主反倒会利用儒家“德治”理想中的圣王崇拜以钳制“道统”的发挥。历代君主们无不努力将自己粉饰成德性功业兼具的圣王,他们所依赖的途径大多是逆向利用儒家的“内圣外王”,以自己的功业来昭显自己的德性典范的身份。〔39〕在这种情况下,君主成为了儒生们的导师与楷模,进而垄断了对于“道”“德”与“礼”的解释权,典型的例子莫过于洪武朝的“《孟子》节文事件”以及雍正朝对于清官文化的贬抑。之所以传统“德治”理念以及相应的制度设计之所以不能直接地、制度性地限制皇权,甚至于某些观念发生了有利于君主专制的变化,在很大程度上是因为先秦“德治”赖以实现的制度环境在秦之后不复存在,封建制度被皇权—官僚国家所替代。

最后,“公议”传统同样不能有效地限制君主之权力。长久以来,儒家政治理想之中一直存在以天下为己任、与君主共治天下的政治理想,而这种理想又体现为士人团体批判议论政治的传统,尤其是在宋代道学兴起之后,士人议论政治的风气就更为炽烈。〔40〕不过正如余英时

〔34〕 参见陈侃理:《儒学、数术与政治:灾异的政治文化史》,北京大学出版社2016年版,第301—304页。

〔35〕 参见李若晖,见前注〔33〕,第194—195页。

〔36〕 参见李若晖,见前注〔33〕,第253—258页。

〔37〕 参见费孝通:“皇权与绅权”,载《费孝通文集》(第五卷),群言出版社1999年版,第486—499页。

〔38〕 参见张星久:《“圣王”的想象与实践:古代中国的君权合法性研究》,上海人民出版社2018年版,第107—124页。

〔39〕 同上注,第222—233页。

〔40〕 参见任锋:《道统与治体:宪制会话的文明启示》,中央编译出版社2014年版,第129—139页。

的研究所展示的,即便在较为开明的时代,君主或者权臣也往往会以“国是”为由限制“公议”。^[41]而在更为严酷的时代,君主完全禁止不具官职的士人谈论政治,比如明初洪武年间与清初的顺治年间,都颁布过严格的禁令,禁止生员讨论政治。^[42]

不过,与致力于统治的有效性的法家相比较,儒家“德治”思想始终有着规范公权力尤其是君主权力运行的因素,尽管李若晖等学者认为古文经学有加强君主专制权力的倾向,然而,无论汉儒今文经学的“天人”之学还是古文经学的“天礼”之学,“其终极目标则存在着共识和一致性,这就是建构一个皇权‘垂拱而治’的理想政治和社会”。^[43]与之类似的,宋明理学所发展出来的“天理世界观”也包含着与君主共治天下的政治理想。但就史实而言,上述政治理想在传统君主—官僚国家体制中却难以真正实现,反倒是可能被君主利用,成为加强自身权力的手段。然而,儒家“德治”理想绝非传统皇权—官僚体制之上的附着物,其既有有利于“法治”的部分,但也有与“法治”相龃龉的部分,尽管后者大多未能被制度化,即便被制度化,也很难真地发挥作用。然而,这些未能被制度化“德治”理想,通过官僚体制,尤其通过隋唐以降的科举制度,形成了独特的政治文化,尽管这些文化因素并不能被当作一种“宪制”,但是却发挥了柔性的“宪治”功能。

三、古典“德治”的消极性宪治功能

正如前文所述,当代推崇“德法共治”的学者大多从国家能力或者国家理性(reason of state)的角度的立论。具体言之,“德法共治”一方面将伦理、风俗中能为统治者所接受的那些部分加以法律化,另一方面则以这种伦理、风俗来论证统治的合法性,最终降低了统治的成本。这种治理模式早已被瞿同祖等前辈学者揭示出来,只不过对之持负面评价。与前辈学者不同的是,当代部分学者将我国传统国家体制当作一种“宪制”,然而,他们所说的那种儒家共治主义以及民生主义只是存在于典籍的政治理想,尤其共治主义理念在我国传统社会就几乎未实现。^[44]有关我国传统政体类型的正确评价,或许只是阎步克所言的“集权式的君主制”又或者是阎小波所言的“保育式政体”。^[45]

[41] 参见余英时:《朱熹的历史世界:宋代士大夫的政治文化研究》,生活·读书·新知三联书店2004年版,第251—289页。

[42] 参见魏伯河:“明清两代文庙卧碑文述评”,《江苏师范大学学报(教育科学版)》2014年第5期,第81—85页。

[43] 成祖明:“封建、郡县之变中儒学演进的历史考察——层累成长的古史与记忆重构中的今古文经学”,《文史哲》2017年第5期,第149页。

[44] 对于姚中秋等宪制论者的批评,可参见黄敏兰:“质疑‘古代中国专制说’依据何在——与侯旭东商榷”,《近代史研究》,2009年第6期,第79—107页;姚中秋:“儒家宪政民生主义”,《开放时代》2011年第6期,第26—41页。

[45] 参见阎步克:“政体类型学视角中的‘中国专制主义’问题”,《北京大学学报(哲学社会科学版)》2012年第6期,第29—40页;阎小波:“保育式政体——试论帝制中国的政体形态”,《文史哲》2017年第6期,第5—18页。

然而,正如在西方中古时代的政体形式之中孕育着现代依宪治国的因素,我国传统政体同样存在着可以与现代政治接榫的“宪治”性因素,这种资源并不是显性的制度资源,而是儒家政治理念经由皇权—官僚体制,所造成的政治文化或者说存在于传统社会的普遍政治心态。所谓“政治文化”,是“一个民族在特定时期流行的一套政治态度、信仰和情感”,是“人们在过去的经历中形成的态度类型”,“对未来的政治行为有着重要的强制作用。政治文化影响各个担任政治角色者的行为、他们政治要求的内容和对法律的反应”。〔46〕不过,这种政治文化并不是儒家那些积极的政治社会理想的直接表达,更不是当代学者所误解的以绩效为导向的“贤能政治”,〔47〕而是以无为政治为主要内涵的“德治”理想,儒家积极的政治社会理想辩证性地转化为一种防御性的政治观念。

儒家的政治理念在传统皇权政体中的这种曲折表达事实上已经被不少学者所感知。正如韦伯对我国传统官僚体制所做的评价,一方面,我国在秦汉时代已经建立起了较为有效的官僚体制,而在另一方面,我国文化传统中的某些因素又导致了这一体系难以真正的理性化。然而,韦伯所批评我国传统官僚体制的弱点却正是我国传统政体中的“宪治”资源之所在。正如许倬云指出的:“以中国本身而言,在长期的演变过程中,文官制度是国家与社会斗争中的制衡角色。中国的文官制度另一个特点在于其并不是工具性的合理,而且有儒家意念掺和其中,这是韦伯在讨论西欧16世纪以来的文官制度中缺少的一环。”〔48〕

但同样需要注意的是,正如安东尼·吉登斯(Anthony Giddens)在《民族国家与暴力》一书中指出的,“凡是传统社会就都呈现出相同的军事特征”,无论是中国传统社会的皇权还是西方中古时代的王权在本质上都属于军事王权,即便像该书稍后指出的,中国传统时代的很多时候与军国主义相去甚远,军事机构与行政机构有着明确的区分,〔49〕但君主对于军事暴力的垄断,使得中国的文官系统虽然在历史上的很多时候具有优越于武人的政治地位,但相较直接掌握着武力的君主,却处于附属的衍生性的地位。因此,儒家的政治理想不得不因其所处的政体框架而产生曲折性的变化。

儒家的政治理念,大致在于“天下归仁”“为政以德”以及“齐之以礼”等三个相互联系的方面,〔50〕其终极形态在很大程度上体现为《礼记·礼运》所描述的儒家乌托邦。然而,儒家思想之所以能在汉代以后的历朝历代成为官方意识形态,却在于其所提供的合法性功能,正如汉帝之所以任用儒臣,是因为他们能够“以经术润饰吏事”,能够使原本“私天下”的君主制获得神圣意义与价值。

〔46〕 (美)加布里埃尔·A.阿尔蒙德、小G.宾厄姆·鲍威尔:《比较政治学:体系、过程与政策》,曹沛霖等译,上海人民出版社1987年版,第29页。

〔47〕 参见(加)贝淡宁:《贤能政治:为什么尚贤制比选举民主制更适合中国》,中信出版集团2016年版,第53页。

〔48〕 许倬云:《中国文化与世界文化》,贵州人民出版社1991年版,第39—40页。

〔49〕 参见(英)安东尼·吉登斯:《民族国家与暴力》,胡宗泽、赵力涛译,生活·读书·新知三联书店1998年版,第65—67页。

〔50〕 参见徐大同:“孔子仁政、德治、礼范的治国之道”,《政治思想史》2013年第1期,第1—12页。

然而,以孔孟学说为核心的儒家思想始终带着理想性、批判性的侧面,因此,其必定会与完全以工具理性为其原则的吏治国家相冲突。正如张星久指出的:儒家的以“德治”为中心的政治理想与传统皇权制度所持基本理念、基本目标相冲突,前者秉持着“天下为公”“君道、公而已矣”的政治理念,而后者在很大程度上将国事当成“家事”,抱持一种“私人统治”的观念;儒家赋予自己的政治理念以绝对权威,对现实政治始终保持一种批评性的态度,而皇权政体则近乎无限地强调君权的至尊地位;秉持儒家政治理念的士大夫阶层始终试图以儒家理念来匡正、限制君主的绝对权力,试图将君主塑造成“伟人守成”“垂拱而治”的主权性机关。^[51]然而,在这两者相冲突的过程中,君主的绝对权力始终占着上风,而儒家的那种“选贤任能”“天下为公”的积极性的政治理念则只能以一种更为消极、曲折的方式加以表达。

与姚中秋、贝淡宁(Daniel A. Bell)等人的研究相比,张星久的见解可能更加符合实际情况,在其看来,中国古代的官僚制作为皇权政体的一个环节,同时具有着不受君主意志所左右的自主性,^[52]而儒家的“德治”理念通过官僚制度,尤其是科举制成熟之后的官僚制所反映出来的是一种“无为”思想,这种与道家的无为思想相区别的儒家的“无为”思想要求当政者顺应天理民心与事物的“自然之理”,目的在于限制君主的权力。^[53]费孝通不仅很早之前就发现了我国古代“无为政治”的传统,同时还阐明了其中的社会学机理:由于农业帝国的脆弱,皇权有为的举措往往导致自身的衰弱乃至覆亡,长久以来的历史经验使得皇权确立了“无为政治”的理想。^[54]

儒家“德治”思想在现实政治领域表现为“无为政治”,与传统官僚制度(在两汉为察举制,而在隋唐之后为科举制)结合之后,形成了一种清流政治传统。然而,这种清流政治的传统在近当代的救亡史学中受到的评价甚低,儒家保守的道德政治理念被认为是造成中国社会停滞的主要原因,传统官僚体制选拔出来的人才完全是迂腐不堪、治国无术的庸人。但是,如果跳出救亡图存、提升国家竞争能力这一点,或许会发现这种政治理念以及实践在传统的皇权政体中所发挥的限制君主权力的功能。以下对于这种政治传统的理念与实践稍作说明。

(一)道统与政统的分离

一般而言,中外学者都将文官政治当作我国传统时代政治的重要特征,而这一点与西方中古时代的军事王权以及贵族政治形成鲜明之对比,甚至在我国历史上的不少时候,存在着以文制武的军政关系。^[55]尽管,像雷海宗这样的学者对于这种“无兵的文化”中的文官政治表示质疑,^[56]但是公允地讲,以一种文官制度来代替以直接暴力为统治手段的军事政体,无疑是

[51] 参见张星久:“儒家‘无为’思想的政治内涵与生产机制——兼论‘儒家自由主义’问题”,《政治学研究》2002年第2期,第74—87页。

[52] 参见张星久:“中国古代官僚制度的自主性分析”,《政治学研究》1997年第4期,第61—69页。

[53] 参见张星久,见前注[51],第74—87页。

[54] 参见费孝通:《乡土中国 生育制度》,北京大学出版社1998年版,第59—63页。

[55] 参见李晟:“儒家政制传统中的军政关系:制度与思想的语境化理解”,《中外法学》2016年第5期,第1168—1186页。

[56] 参见雷海宗:《中国文化与中国的兵》,商务印书馆2001年版,第111—116页。

一种进步。但是,中立性、工具性的文官制度本身并不能被直接当作一种宪制,正如法国绝对主义王权语境下的文官制度与英国议会主权语境之下的文官制度不可同日而语。事实上,我国传统时代的文官政治,在许多方面有助于君主集中权力,但这种文官政治又在另外一些侧面表现出某些依宪治国的特征,很大程度上是因为这种工具性的体制与儒家“德治”理想的结合。

儒家“德治”理想的一个重要方面是“道统”与“政统”的区分,早期儒家存在着强烈的社会批判的特征,即便儒家思想被当作一种正当化理论整合进了王朝体制之内,这种批评性的因素依然在持久地发挥作用,因此,在我国传统官僚政治之中始终存在着“道”与“势”之间的冲突。而在大部分儒者看来,道始终高于势,尽管在现实中存在“从道”与“从君”的两难。正如身兼高级官僚以及思想家两重身份的明儒吕坤所言,理始终高于势,即便君主也不能以势夺理,儒者应当义不容辞地掌握理的权柄,在余英时看来,吕坤的这一见解充分反映了儒生试图以理来驯服权力的企图。^[57] 尽管儒者很少时候能以理限制君权,君主却常常颁布法令限制士人议政,但是有一点却可以确定,即传统时代君主本人在制度上以及在实践中都不能真正掌握道德权力,也就是说,即便在皇权时代,君主的褒贬未必能够成为道德评价的依据,相反,因劝谏而遭到君主的责罚甚至杀戮(文死谏)普遍被认为一种道德上的高尚之举。即使强势如朱元璋,有将道统整合于政统的野心,甚至为了独尊王权而删除了《孟子》之中抑制君权的言论,也未能建立起君主的绝对的道德权威。

“道统”与“政统”之区分始终存在,使得皇权时代的君主终究不能“君师合一”,并不具有天然的道德权威的身份。这就使得在传统的官僚体制中始终能存在着某种“公共舆论”(清议)的空间,兼具儒生身份的官僚(以及预备官僚)则可以以“道”来评价宰执乃至君主施政的得失。尽管君主以及权臣会颁布法令禁止诸生议论政治,甚至像张居正这样的改革派政治家为了压缩士人阶层的舆论空间而关闭私学,然而清议传统在传统时代的大多数时候起着作用。即使是身处高位的传统官僚也会对于这种清议(公议)表现出尊重的态度,正如徐阶在严嵩集团失势之后表示的,理想的政治模式应是“以威福还主上,以政务还诸司,以用舍刑赏还公论”。^[58] 不过,在清代的政治模式之中,连续几代君主对于士人阶层的清议活动进行了最大程度之限制,并对晚明的江南士绅加以整体性的污名化,君主的专制权力臻于整个传统时代的顶峰,这个被芬纳等人看来在治理上最为有效之时期,在政治文明方面却显然远远逊于前朝。^[59]

(二)反绩效主义的治理观

在儒家的“德治”理想中,政治权力的正当性被建立在道德之上,道德是评价政治事务的标准,同时又由于表现为直接暴力的皇权一吏治国家的先在性,儒家的“德治”在传统政体中呈现出强烈的无为主义,甚至于反绩效主义的倾向。就儒家的仁政理念自身而言,如果完全以之为基础构建政治体制,在理论上则很可能推导出一个对于社会介入甚深的高度行政化的“福利国家”,然而,由于具有高度专制色彩的最高统治权力的先在,儒家的主流政治观念反倒在一程

[57] 参见余英时:《士与中国文化》,上海人民出版社2003年版,第620页。

[58] [清]张廷玉等:《明史》(全二十八册),中华书局1974年版,第5365页。

[59] 参见(英)塞缪尔·E·芬纳:《统治史(卷三):早期现代政府和西方的突破——从民族国家到工业革命》,马百亮译,华东师范大学出版社2014年版,第73页。

度上反对国家之于社会的高度统合,因此对于最高统治权力持一种防御态度,以一种唯道德论的态度来评价施政中的功过得失。

现代的学者往往对于道德政治观持一种批评的态度,比如黄仁宇认为,儒家政治理念所主张的低税率会导致政府提供的公共服务的匮乏,^[60]而白鲁恂(Lucian W. Pye)则认为这种道德政治观造成了中国古代的专制主义传统。^[61]然而,黄仁宇所诟病的地方却是传统时代宪制的特征之一,持保守观念的政治家们深知,在传统的制度环境中,政府所提供的公共服务与因提供这种服务在人民之中所造成的痛苦往往不成比例,这也就是作为商鞅政敌的杜挚以及再后来的司马光主张“利不百、不变法”的理据之所在。因此,儒家思想理想性层面的“积极有为”在很大程度上转化为实践层面的“宽简”“无为”,传统君主所追求的某些“文治武功”或许从西方17世纪以来的“国家理性”观念来看值得肯定,在儒家的这种保守政治观视野下却有可能是生事之举。

这种保守性的“德治”观在实践中表现为对“祖宗之法”的遵从。^[62]同时需要指出的是,儒家的这种反绩效的“德治”观始终是理解传统政治中祖制的钥匙。儒家对于祖制的解释总是选择性的,诸如防范、抑制宦官、外戚的措施,将某些国家列为不征之国总是被当作祖制,而限制士人议论政治的祖宗成法总是被有意无意地忽视。对于其中的原因,邓小南有着清楚的认识:

宋代的祖宗之法“既非至高无上不可逾越,亦非一成而绝然不变……但总体上来说,保持纲纪稳定少变,从而保持政治局面乃至整个社会的安定,无疑是宋代‘祖宗之法’的中心目标……从政治史的大局来看,从赵普、李沆对于僚属‘生事’的断然反对,从吕端‘利不百,不变法’的主张到司马光等人对于‘祖宗不足法’的激烈批判,除去既得利益的驱动使然,也令人体味出祖宗之法讲究恒定镇重、警惕翻覆纷乱的要谛。”^[63]

事实上,中国历史上的皇权更迭以及诸如朱熹那样的儒学宗师对于君主制私利性的认识,使得开国君主所制定的祖训并不具有天然之正当性,只有经过道德主义以及保守主义传统的选择与阐释,才能作为真正的祖制被加以接受。

这种反绩效主义的“德治”观,反映到经济领域则在于强调藏富于民、对国家“与民争利”的行为持反对态度,这种态度很大程度上表现为《盐铁论》中贤良文学们所主张的那种反对政府调控以及国家专卖的经济政策。^[64]在税法方面,一般而言,低税率与实物税被认为更加符合儒家观念,而像历史上杨炎、张居正等人为了扩大财政收入所推进税制改革,都被传统儒家当作是祸乱之举,^[65]相反,官员主动地少收赋税却往往会得到传统史学家的较高评价,在黄仁

[60] 参见黄仁宇:《十六世纪明代中国之财政与税收》,生活·读书·新知三联书店2001年版,第62—66页。

[61] See Lucian W. Pye, *Asian Power and Politics: the Cultural Dimensions of Authority*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1985, pp. 41—43.

[62] 参见朱勇:“‘祖制’的法律解读”,《法学研究》2016年第4期,第190—208页。

[63] 邓小南:《祖宗之法:北宋前期政治述略》,生活·读书·新知三联书店2014年版,第533页。

[64] 参见孙晓春:“‘盐铁官营’的现代反省——重读《盐铁论》”,《读书》2012年第10期,第63—69页。

[65] 我国传统儒家大多对于杨炎、张居正等人进行的归并税改革保持戒备的态度,参见秦晖:“摆脱‘黄宗羲定律’”,《中国财政》2011年第13期,第26—29页。

宇有关明代财政的研究中就能发现不少这种在其看来匪夷所思的例子。^{〔66〕}类似的例子清代也有不少,比如,乾隆帝对热衷于登记新开垦土地的官员持负面评价,并下令永久性地终止清查田亩。^{〔67〕}但在当代史家眼里,正是这种道德主义的治国观念以及随之而来的低效的管理体制造成了传统中国的停滞。

这种反绩效主义观念表现在人事上,体现为对“酷吏”“能吏”的排斥,对于“循吏”“清流”之赞扬。^{〔68〕}我国传统时代的官僚制度一般被认为起源于君主对于贵族政治的遏制,隋唐开始的科举制度更据说是为了遏制魏晋以来的士族政治,但由于儒家理念本身的作用,一直存在着对于“能吏”或者“吏干”之才的抑制。正如阎步克之研究所显示的,周代的士人阶层在战国时代分化为“学士”和“文吏”两个群体,所谓秦政则是古典军国主义体制与文吏政治之结合,在汉武帝“独尊儒术”之后,逐步实现了儒生与文吏、儒家与法家逐渐合流,^{〔69〕}然而这种新型士大夫官僚政治之中,文学的因素始终对于吏干的因素起到限制作用。在唐代,缺乏“清望”就成为反对君主青睐的吏干之才晋升的主要理由,比如宪宗时期的王锬就是一个长于军略、又善于理财的能吏,然而其汲汲于向朝廷进奉羨余,引起了士大夫群体的反感,在宰相李吉甫提议授予其同平章事的荣衔并显然会获得宪宗皇帝同意时,却遭到了李绛等人的反对,认为其品格不能符合儒家之要求,不能获得晋升。^{〔70〕}

在科举制度逐渐成熟之后,官吏之区分逐渐成为定制,科举正途之外很难得到提拔,而科举考试所选拔出来的也并非治事之才。同时,在官员的任用上,个人的声望较之实际的治事才能更为重要,担任清要的职务较之担任那些更加容易获利的职务,更有利于日后的升迁,因此,张居正这样法家色彩浓重的改革家会试图限制清流,而重用他所定义的“循吏”,尽管其本身正是这种清流政治传统的受益者。^{〔71〕}正是因为如此,历代不乏有人对于科举制度是否能够选出治国理政的人才表示怀疑,尤其是进入近代之后就更是如此,以至于杨念群在为科举制度申辩的时候,只是给出一些从科举制选拔出来的能吏作为以上看法的反例,^{〔72〕}然而,再多的反例都难以驳倒“科举无用论”的主流意见,因为科举制度所考察的内容始终与当代人认为重要的“钱粮刑民”等具体事务相脱节。

然而,真正需要论证的是道德政治以及清流政治传统的合理性,只有在此基础之上才能解释科举制的合理性。事实上,我国传统社会就其性质而言是一个社会分化程度很低的小农经济社会,整个社会财富的总量长期而言趋于稳定,对于政府而言,其财政收入与支出在很长时间内也趋于稳定,任何试图增加财政收入的行为都可能导致灾难性的后果,像北宋后期变法派

〔66〕 参见黄仁宇,见前注〔60〕,第313页。

〔67〕 参见李怀印:《现代中国的形成:1600—1949》,广西师范大学出版社2022年版,第72页。

〔68〕 参见陈苏镇,见前注〔11〕,第468—474页。

〔69〕 参见阎步克:《士大夫政治演生史稿》,北京大学出版2015年版,第412—423页。

〔70〕 参见陆扬:《清流文化与唐帝国》,北京大学出版社2016年版,第117—119页。

〔71〕 张居正所谓的循吏已经脱离传统对于循吏的理解,参见朱德林:“浅议张居正的用人观”,《福建论坛(人文社会科学版)》2009年第8期,第74—76页。

〔72〕 参见杨念群:《皇帝的影子有多长》,广西师范大学出版社2016年版,第116—123页。

官僚所标榜的“民不加赋而国用饶”在现实中并不可能发生,反而司马光所说的“天地所生,货财百物,止有此数,不在民间,则在公家”才是传统时代财政的实情之所在,^[73]传统时代的财政收支有一种在现代人看来不可思议的刚性。^[74]在这种情况下,对于社会稳定造成威胁的,除了边疆的游牧民族和自然灾害之外,就是以君主权力为中心的公权力本身,而其中最具危险的莫过于君主因其私欲或者过度的功业心造成的财政总体开支的扩大。因此,对于儒家的士大夫阶层而言,最为重要的任务莫过于将君主塑造成为一个垂拱而治的有德君主。这样的君主一方面乾纲独断,作为最高主权机关,并不将自己的权力委托给权臣和近幸,而另一方面,君主又通过制度,虚心纳谏,与作为整体的士大夫阶层分享权力。更重要的是,这样的君主应该尽量克制自己的欲望,不仅是物欲,同时还有试图青史留名的功业心。对于儒家官僚而言,要维持江山的稳固,并非是协助君主去造就伟大的功业,而是要以儒家之仁政理念以及礼治精神来匡正君主之行为。

虽然后人以“无事袖手谈心性,临危一死报君王”来讽刺刘宗周等东林党人的百无一用,但是值得指出的,心性道德之学虽然对于解决眼前的危机没有实际的效果,然而就较长的时段来看,君主的德性败坏、师心自用与制度崩溃之间存在着高度的关联,以一种心性道德之学作为根本性的政治哲学并以为之原理来评价君主施政的得失、匡正君主的行为,才是根本上的对于文明以及政体的护持。因此,面对已经先行存在的君主—吏治国家,儒家士大夫阶层的自我使命并不是去增强其国家能力,而是以一种道德秩序来规范这个直接暴力的团体。尽管就韦伯的理论来看,儒家的“实质理性”,只不过是一种妨碍理性官僚制诞生的“实质非理性”,但是就一种宪制的观点来看,士大夫阶层所主张的伦理秩序却意味着对于公权力的限制。吊诡的是,当缺乏这种宪治因素时,君主体制则会显得相当地具有活力,甚至被并不生活在这一语境之中的当代学者和西方学者认为是一种优良的制度。

从宪治的角度出发,作为儒家仁政理念间接性表达的清流政治的观念和实践能够得到很好的辩护,由此,被后世学者所诟病的科举制度能同样得以辩护。当代对于科举制的理解总是与一种暗含了绩效主义的“贤能政治”(meritocracy)观念相联系,然而儒家自身的“德治”以及清流政治的政治传统却与之相左。就这种“德治”的传统而言,政治的根本任务在于实现儒家所设想的以仁为原则的礼法秩序。在此需要指出的是,儒家所一直强调的“经世致用”,其主要内涵并不在治术方面,更不在钱粮刑名等细务,而是致力于道德理想在现实世界中的实现,即便是与理学相对峙的事功学派依然承认道德目的的首要性,只不过主张功利性的目的同样值得考虑。^[75]在绵延了两千多年的义利之争中,前者在大多数时候占据上风,而强调利也同样具有重要性的观点往往只在社会危机爆发的时代才会被提出。

在这样的文化语境之中,科举考试就会越来越趋向于与具体的行政事务无关的方面,进士科的重要性开始逐渐超过其它科目,而进士科考试的侧重点也逐渐从文学修养转变为对于经

[73] [宋]司马光:《司马光集》,李文泽等点校,四川大学出版社2010年版,第884页。

[74] 参见(日)岩井茂树:《中国近世财政史研究》,付勇译,江苏人民出版社2020年版,第74—106页。

[75] 参见张灏:“儒家经世理念的思想传统”,苏鹏辉译,任锋校,《政治思想史》2013年第3期,第1—19页。

义的阐释。但无论是考察文学修养还是对于经义的阐释,目的都在于发现一个熟悉儒家经典中并能够贯彻其中价值原则的有德之人,并通过这个有德之人来教化人民、匡扶君主,因此,处理行政事务的能力虽然重要,但在儒家士大夫阶层看来,却非选拔官员的首要条件。

那么,道德水准又如何加以考察呢?即便是贝淡宁这样的对科举制度持肯定态度的学者,也承认考试只能测试出考生的智力水平。不过古人与当代人对语言有着不同的理解,在当代人那里,语言是工具性的,权力扭曲语言的现象比比皆是,他们很难想见到,在传统时代,语言(文)本身被认为具有超自然的属性,因此也就具有了区别于个别权力者的权威。^[76] 在传统语境中,“文”,无论是诗词歌赋还是对于经义的阐释,被普遍认为与作者的道德人格相关联,文章的作者与道德行动的主体在主体意义上具有同一性。与此同时,通过科举制对于文的推崇形成了一种清流政治的氛围,而这种氛围又在一定程度上塑造参加科举考试的考生以及通过了考试的官员的行为,其中的机制类似于康德说的“伪善”最终造成真正的进步。^[77] 不过,这种清流政治所要求的道德,并非是完全的入世的禁欲与苦行,而是在政治上表现出的“正直”态度,尤其是不能因为个人的得失去谄媚上级以及君主,在礼制所允许的范围之外,与君主保持过分亲密的私人关系,就有可能获得近幸之评价,而招致士林的批评乃至史书的贬斥。

(三)反形式主义的法治传统

传统的德治理念也在很大程度上塑造了我国的司法传统。有关我国传统时代司法制度之性质,一直存在着所谓的“滋贺秀三—黄宗智”之争。在前者看来,我国清代之司法往往循情理判案,是韦伯所说的那种“卡迪司法”,^[78]而在后者通过对于清代民事司法档案的研究,指出清代的官方审判(堂断)基本都是具有法律依据的,即便在堂谕判词中并没有援引具体的律例,但对照律例的条文,也可发现判决是律例的框架范围之内。^[79] 就两者之间的争论,滋贺秀三的学生寺田浩明则提出了“非规则型法”的理论,在其看来,我国近世之司法所追求的是“得情法之平”的实质性正义,个案之处理要符合儒家所设想的天理秩序以及反映了这一秩序“天下公论”,因此,在个别性的情理法裁断背后同样存在着普遍性的维度。^[80]

在韦伯式的学者那里,无论我国司法传统属于“卡迪司法”,还是“非规则性的法”,都在很大程度妨碍了我国早熟的官僚体制真正理性化。然而,换一角度,从宪治的角度来看待这一问题,或许能够得到不同的理解。事实上,尽管如瞿同祖所言,从西汉时代开始,“引礼入法”“礼法一体”的进程已经逐步趋于完成,^[81]然而,在另一方面,以君主意志为核心的中央官僚机构颁布的法令却相当之繁剧,由于缺乏教义学之类的学问对之加以体系化,这使得不仅在这些法

[76] 参见陆扬,见前注[70],第15页;(美)包弼德:《斯文:唐宋思想的转型》,刘宁译,江苏人民出版社2001年版,第82—113页。

[77] 参见(德)康德:《实用人类学》,邓晓芒译,上海人民出版社2002年版,第33—34页。

[78] 参见(日)滋贺秀三:“清代诉讼制度之民事法源的概括性考察—情、理、法”,范愉译,载梁治平、王亚新编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第19—53页。

[79] 参见黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店2007年版,第75—106页。

[80] 参见(日)寺田浩明:《权利与冤抑:寺田浩明中国法史论集》,王亚新等译,清华大学出版社2012年版,第364—368页。

[81] 参见瞿同祖,见前注[13],第377—399页。

令之间,同时在这些法令与礼制秩序之间存在罅隙与冲突。实定法意义上的国家法令与礼制秩序遵循两种不同的逻辑,前者以“兵、刑”为其主要内容,反映了国家暴力的直接性,而后者则在一定程度上反映了社会自治的逻辑。^{〔82〕}

儒家士大夫作为司法官,其既作为皇权在地方的代表,但又在皇权面前代表了地方公论乃至天下公论,因此,对于这样的司法官而言,形式性地严格适用朝廷所颁布的法令并不是其最高的义务,更高的义务则在于要使得这种适用与礼制秩序以及作为礼制秩序的现实反映的“公论”相协调。就此而言,中国传统时代的司法官被要求需要从价值秩序、从地方公论乃至天下公论的全局来考虑司法裁判的结果,更多地类似西方司法体制中的具有违宪审查权力的法官。如果仅从控制司法腐败的角度来看,赋予地方法官,尤其是基层法官如此宽泛的权力显然并不合适,但从控制君主乃至中央权力的角度来看,这种能够诉诸普遍的价值秩序以及公论的司法权,显然有助于限制独断性的君主权,并在一定程度降低皇权一吏治国家制度上的严苛性。

同样值得指出的是,儒家“德治”理念所导致的反形式主义的法律观并非主张和提倡专断性的权力,反而更多地体现为法律执行层面审慎用权的精神。在此不妨举出几个典型的例子。诚如我们所知,我国传统儒家思想有着强烈的理性主义、道德主义的色彩,对于民间的非官方祭祀行为(淫祀)保持着强烈的批判态度,因此历代的官方在法律层面严厉禁止淫祀。但在具体执行方面,除了极少数的案例,大多数时候都是弛禁的,历史上极端主张“黜淫祀”的只有王莽、狄仁杰和清代康熙朝的汤斌,^{〔83〕}而像朱熹那样的大儒反而对于“七日戒”“三日斋”之类的民间祭祀表示认同。^{〔84〕}另外一个与之类似的例子则是清代对于文化市场的管控:一方面,禁止任何被认为不道德的、具有社会腐蚀性的或者政治颠覆性的作品的演出,还禁止七品以上官员以及八旗子弟进入商业性戏园,但另一方面,当时的小说以及通俗笔记里关于这一时代戏曲表演活动的记载,表明上述规定通常不起作用,清代的戏曲市场也并未因严厉的管控萧条,反而一度相当繁荣。^{〔85〕}从上述两个例子可以看出,由于儒家的“德治”理念,大量的伦理性内容进入了法律,然而这种法律的伦理化却未必会造成现代人所恐惧的道德压迫,^{〔86〕}其中的主要原因在于,“德治”传统同样造成了传统时代大多数情况下执法上的宽缓,尽管这种有法不依被现代法治主义者所诟病,但却在一定程度上在严苛的帝国法制与具体的民情之间造就了平衡。

〔82〕 参见赵明,见前注〔28〕,第195—208页。

〔83〕 参见李天纲:《金泽:江南民间祭祀探源》,生活·读书·新知三联书店2017年版,第188—189页。

〔84〕 参见〔宋〕黄士毅编:《朱子语类汇校》,徐时仪等点校,上海古籍出版社2014年版,第62页。

〔85〕 参见(美)郭安瑞(Andrea S. Goldman):《文化中的政治:戏曲表演与清都社会》,郭安瑞、朱星威译,社会科学文献出版社2018年版,第7页。

〔86〕 相关的忧虑可参见应星:《村庄审判史中的道德与政治:1951—1976年中国西南一个山村的故事》,知识产权出版社2009年版,第152—182页。

四、结语：传统依宪治国资源的非制度性

我国当代的法学学者不甘于西方法治话语的主导性地位，试图从我国传统中发掘出区别于西方宪政模式的本土“宪制”。这样的学术努力自然无可厚非，但是囿于学科之限制，往往进入误区。一种误区在于将那些提升国家能力尤其是专断性国家权力的法家制度当作“宪制”。〔87〕比如，朱苏力所试图揭示的“宪制”，只不过是特定历史条件下不得不选择的“必然之法”(law of necessity)，他甚至于极端地认为北魏时流行的“子贵母死”也是一种为了文明而不得不行的“宪制”。〔88〕事实上，朱苏力所说的“必然之法”只不过是绝对主义王权学说中的“国家理性”，而非约束国家权力的“宪制”。“国家理性”关涉近代国家建构，其重要性不言而喻，但一个国家要长治久安，就要在约束权力的“宪制”与“必然之法”或者“国家理性”之间取得平衡。〔89〕与朱苏力的想象不同的是，西方学者对于传统中国政体所展现出来的“国家理性”向来持肯定态度，但却会指出，在这种体制之中，缺乏必要的机制来限制或者平衡君主的权力。〔90〕当前的“德法共治”论者，其理路大多近似于朱苏力，往往从国家理性或者治理有效性的角度出发论证传统“德法共治”的优越性，甚至于有些学者将“儒表法里”当作了传统政体的优势，进而将之作为一种“宪制”。

另一种误区在于，有学者以浪漫主义的心态将特定场合发挥了限制王权作用的因素当作长久稳定的“宪制”。比如王瑞来就认为我国传统时代的皇权受到“天”“道”“法”三个紧箍咒以及“不文律”“公议”“留名的清史”三堵墙的限制，经历了从人格化权力到制度化权力的演进过程，离君主立宪只有一步之遥。〔91〕朱勇有关“祖制”的研究与之类似，在其看来，作为根本法的“祖制”起到了规范权力行使的作用。〔92〕然而，理念、制度与现实毕竟不是一回事情，从限制君权的理念到限制君权的制度，再到君权在现实中受到限制，中间有着漫长的道路，在传统社会中，这条道路从未真正贯通。还有一种误区，认为从传统资源中发掘不出任何有助于当代依宪治国的因素。如约瑟夫·列文森(Joseph R. Levenson)、余英时等人认为传统儒家思想与政治体制高度共生，既然传统制度已经不复存在，那么与其共生的儒家思想就成为了“游魂”。〔93〕然而这种看法既太过悲观，也与现实政治运作的机理不符。尽管诸如人民主权、天赋人权等现代政治的基本原则都建立在对于前现代的批判之上，但是落实这些基本原则的具体制度却同样被既有的历史文化条件所形塑，完全脱离既有的历史文化语境，纯粹以理性演绎

〔87〕 所谓专断性权力(despotic power)与基础性权力(infrastructural power)的区分可参见(美)迈克尔·曼：《社会权力的来源》(第一卷)，刘北成、李少军译，上海人民出版社2002年版，第36页。

〔88〕 参见朱苏力：《大国宪制：历史中国的制度构成》，北京大学出版社2018年版，第40—41页。

〔89〕 参见(美)C.H.麦基文：《宪政古今》，翟小波译，贵州人民出版社2004年版，第95—99页。

〔90〕 福山，见前注〔2〕，第97—145、307—310页。

〔91〕 参见王瑞来：“皇权再论”，《史学集刊》2010年第1期，第24—25页。

〔92〕 参见朱勇，见前注〔62〕，第190—208页。

〔93〕 参见列文森，见前注〔20〕，第377—384页；余英时：《现代儒学论》，上海人民出版社1998年版，第229—235页。

的方式构建制度是行不通的。因此,不仅要像过往的批评者那样,指出哪种制度传统或者文化传统阻碍了传统社会的现代进程,同时更要去发现那些能与现代文明接榫的传统资源。

在这个过程中,有论者往往由于外表的相似,试图将传统时代法家的“法治”以及体现这种观念的理性官僚制度当做能与现代法治(rule of law)接轨的传统资源。然而,这种努力却是对于传统“法治”与现代法治的双重误解。东周时期诸国之间的激烈的军事竞争造成了法家的“法治”观及法家化的国家体制,其目的在于加强国家能力,就比较法的角度而言,这种体制类似于西方近代早期的绝对主义国家,^[94]而与近代以来的依宪治国观念有所扞格。

当然,依宪治国与国家理性之间并非只是对抗关系,同时也有相辅相成的一面。国家理性所追求的国家能力,固然有可能侵犯个体的基本权利,妨碍依宪治国的实现,但个体基本权利的保障以及依宪治国的实现,同样依赖于具有必要国家能力的现代国家体制。欧洲国家现代化之历程,先是从尊重固有传统权利的封建国家转变为追求国家能力的绝对主义国家,最终才成为近代的立宪国家。在这一曲折展开的历史进程中,追求国家能力的绝对主义国家这一环节不可或缺,如果国家能力孱弱,对外不能保证主权独立,对内不能造成和平的秩序,那“依宪治国”实在无从谈起。

然而,与西方不同的是,自东周列国的军事竞争以来,一种富于“国家理性”色彩的官僚体制就逐渐成为我国传统政治的主要特征,并作为制度遗产深刻地影响了当代中国的国家治理。^[95]当代的研究者固然可以从中发掘出有助于当代国家治理、提升国家能力的传统资源,这样的研究也绝非不重要,但对于建设“依宪治国”的法治国家的时代课题,却多少有点南辕北辙。我国建设“依宪治国”的法治国家,关键是“将权力关进笼子”,毋庸讳言的是,我国传统政治中缺乏相关的制度性资源。

除开那些被人错误地与现代法治相关联的法家的“法治”观念与实践,以及钱穆等人出于良好意愿附会出来的古代“宪制”,是否还能从传统中发掘出有助于当代依宪治国的资源?正如上文所述,这种资源并非不能找到,但却是非制度性的,即古代的德治理念经由传统的皇权—官僚体制所造成的独特的政治文化与政治心态。首先,由于传统儒家政治理想具有乌托邦的成分,因此其本身并不直接约束权力,而像王莽那样试图通过国家权力实现这些理念,反倒会造成权力的无限扩张,最终导致毁灭性的后果。自王莽之后,历代士大夫对于直接实现儒家原始政治理念的举措始终抱持着戒惧的态度。^[96]

其次,在儒家的德治理念,作为意识形态进入到皇权—官僚体制之中,与后者形成一定程度的对峙之后,所造成那种政治文化与政治心态才能起到抑制权力无限扩张的作用。这种机制虽然是非制度性的,但并非不起作用。任何制度都需要人来执行,而上述的那种特别的文化与心态,造成了生活在这一语境中的多数人面对这些制度时行为的动机。像韦伯那样的学者,

[94] 参见赵鼎新:《儒法国家—中国历史新论》,徐峰、巨桐译,浙江大学出版社,2022年版,第119—334页。

[95] 参见王若磊:“巨变时代的政道、政体与治道:改革开放四十年国家治理的制度逻辑”,《政法论坛》2019年第3期,第20页。

[96] 比如,宋代的陈靖在仁宗、真宗两朝试图推动的“井田制”改革,就因为士大夫群体的抵制遭至失败,参见耿元骊:《唐宋土地制度与政策演变研究》,商务印书馆2012年版,第65—73页。

批判我国传统时代虽有卷帙浩繁的法律,但却在地方层面难以得到严格的执行,因此算不上真正的理性官僚体制。事实上,韦伯所批判的这种现象,正反映了儒家的德治理念在皇权—官僚体制中所发挥出的消极地限制公权力无限扩张的作用。部分儒家官僚,尤其是被历代史学家所赞扬的循吏们,使用儒家的道德标准选择性地适用法律,并不是权力的专断,而更近乎于某些国家司法机关的合宪性审查。

由以上论述可见,仅就建设依宪治国的法治国家这一主题,需要对接的并非是传统时代法家的“法治”观念以及相应的制度设计,而是历来被认为是法治对立面的“德治”理念。不仅在理论的层面,儒家政治思想的颇多方面可以与当代依宪治国相会通。^{〔97〕} 在实践层面,儒家德治思想在与以国家能力为旨归的理性官僚体制对峙过程中,形成独特的政治文化与心态更值得重视,这种文化与心态体现出对国家权力扩张的戒备态度,以及审慎用权的中庸之道,其具体内涵以及作用方式上文多有阐发,此处不再赘述。同时值得一提的是,这种制度史以及社会学层面的研究,在很大程度上能够避免新儒家们试图从抽象的原理出发演绎出一种“宪制”但却无所依凭的窘境。^{〔98〕}

Abstract: Contemporary scholars tend to describe the political mode of traditional China as a Confucian-legalist state, i.e., the ideology of Confucianism justified the legalist state system, and the enculturation function of co-governance of virtue and law effectively reduced the cost of ruling and achieved long-term stability. However, this explanation based purely on the perspective of state capacity echoes the theory of ancient Chinese despotism, which makes it impossible to find the resources of constitutional governance from traditional politics in China. In fact, beyond the co-governance of virtue and law, the Confucian idea of rule of virtue has its own autonomy. And this idea, through the legalistic state system, has formed a so-called “literocraicist” political culture and mentality, which includes the separation of Confucian Moral Orthodox and Political Orthodox, an anti-meritocratic view of governance, and an anti-formalist legal tradition. Although such culture and mentality have not been solidified into institutional traditions, they have historically served to regulate the exercise of public power, especially sovereign power, which can serve as traditional resources for the contemporary constitutional governance in China.

Key Words: Co-governance of Virtue and Law; Confucian-legalist State; Constitutional Governance; Chinese Ancient Despotism

(责任编辑:彭 鐔)

〔97〕 有论者认为,现代民主政治与人权观念与儒家思想有颇多契合之处,参见李明辉:《儒家视野下的政治思想》,北京大学出版社2005年版,第22—65页。

〔98〕 事实上,无论是直接从内圣开出新外王的唐君毅,还是从内圣间接地坎陷出民主与科学的牟宗三,都是试图从抽象的原理出发演绎出一套政治社会秩序,参见唐君毅:《文化意识与道德理性》,九州出版社2016年版;以及牟宗三,见前注〔5〕等。