

传统政治文化中的宪政之维

The Constitutional Dimension of Traditional Political Culture

林宗浩*
Lin, Zong-Hao

목 차

- 一. 问题的提起
- 二. 传统政治文化中的宪政之维
- 三. 今人不见古时月 (代结语)

국문초록

근대중국법제는 청나라말기에 체결한 수많은 불평등조약과 밀접한 연관이 있다. 특히 청일전쟁후 체결한 마관조약을 계기로 청나라에서는 변법의 필요성을 더 깊이 인식하게 되었으며 이는 근대중국의 관련 법제의 시작을 의미하게 된다. 물론 근대중국의 법제는 불평등조약에서 비롯된 영사재판권의 회수와 폐지의 독립주권의 정치적 배경과도 무관하지 않다. 현재 갈수록 치열해지는 국제경제의 추세도 또한 근 30년간 중국 법제건설의 직간접적인 중요한 추진요인으로 되고 있다. 글로벌경쟁시대에 부응하고 발전하기 위해서는 부득이 세계적인 스탠다드와 공동규범을 수동적으로 받아들이고 접목시킬 수 밖에 없을 것이다. 하지만 이러한 외부적인 강압적인 요인이 과연 일국의 자주법치의 근간이 될 수 있는지는 재고하고 깊이 반성해야 할 문제가 아닌가 싶다.

현실적으로 수많은 외국법제의 계수와 접목과정에 본토의 실정과 어울리지

논문접수일 : 2014.03.28

심사완료일 : 2014.04.30

게재확정일 : 2014.05.01

* 中国烟台大学法学院 副教授, 法学博士.

않아 그냥 명색만 유지하고 있는 것이 사실이다. 외국의 선진체도를 모델로 한 입법주의는 이미 그 한계를 그대로 표출하고 있다. 법은 과연 발견되는 것인가 아니면 제정되는 것인가? 독일의 위대한 법사상가이며 역사법학파의 거장이신 샤프니(Savigny)는 일찍 “법학은 그야말로 법률사에 지나지 않는다”(Die Rechtswissenschaft ist ja nichts weiter als Rechtsgeschichte)라는 명언을 남긴 바 있다. 미국역사상 가장 위대한 대법관으로 지목되는 카도조(Cardozo)도 그의 저서 「사법과정의 본질」(The nature of The judicial process)에서 법의 발견을 사법활동의 근간으로 지적한 바 있다. 물론 법현실주의입장에서 그의 최고의 관심사는 현실수요에 부응하는 법의 제정에 있지만 영미법발전에 있어서 판례와 관습을 기초로 한 법해석주의는 아직도 주맥을 이루고 있다 할 것이다. 보다시피 선진 제국의 법제발전은 그야말로 자국의 전통과 관습 또는 민족정신에 기초한 자주성(역사성)을 그 주요명맥으로 삼고 있다 할 것이다.

중국의 법제의 원동력은 어디에 있는가? 하나의 생명체가 유전자가 있듯이 일국의 법문화도 그 고유의 유전자를 보유하고 있을 것이다. 유전자에 의하여 우리는 결국 타가 아닌 자기정체성을 보유할 수 있는 것이다. 그렇다면 중국 고유의 법치문화의 유전요소는 무엇이며 어떻게 발현되는가?

만약 근대헌정의 핵심을 통치이념, 군주권력에 대한 제한, 민권존엄과 항상 및 경제복지 등으로 간략히 정의한다면 중국역사상 정치문화속에 이러한 요소들이 과연 존재하는지? 또한 존재한다고 하면 어떠한 요소들이 포함되는가?

주제어 : 자주성, 법의 발견, 중도덕성, 공유, 전통정치문화

一. 问题的提起

自19世纪中期以降, 国人渐醒于“三千年未有之大变局”, 百余年来救国图强之艰辛历程跃然史册益发彰显。时值二十一世纪初的全球化(或世界化)大潮流, 与清末民初的历史际遇, 感觉惊人的相似和趋同。无论是先进武力打开国门也好, 亦或当下的高端技术设置贸易壁垒(如知识产权保护或所谓的绿色壁垒等)也

罢，似乎先进国家与后发国家之间总是不绝于“龟兔赛跑”似的不平等游戏。但无论如何，全球化是不可争议的时代趋势，特别是后发国家来说，除了奋发图强之外别无选择。

但是，全球化或现代化不等同于“西化”。特别是文化构建方面，更不可趋同于所谓的“普世价值”。如果丢弃和割断本民族的固有或传统文化，将会造成“无本之木、无源之水”的空中楼阁，终归于土崩瓦解、失去其自主性（Identity）。而且，中国作为四千年历时悠久的文明古国，其文化发展与延续自有正当性和整体性，俨然形成一个“自组织社会”。麻雀虽小尚五脏俱全，更何况泱泱乎华夏之文明。

文化泛指一个社会普遍接受的、代代相传的态度、价值和知识体系。政治文化则是指一国国民对各类政治标的物（自我、他人、民族、国家、政党、领袖、政策等）的特定认知方式、价值判断、态度、情感。¹⁾很多文化研究学者从行为模式或价值观念角度界定文化（包括政治文化），其实一定的价值观念生发一定的制度体系。因此，一国在长期的历史发展过程中形成的价值观念和行为模式及制度体系，都可以称之为广义文化（或政治文化）的范畴。

宪政起始于英国资产阶级革命时对君主权力的限制，在美国独立战争后经联邦党人的进一步阐释和付诸实践，最终确立为各国效仿的近代国家立国基石和施政纲领。近代宪政大致包括执政理念、公民基本权的确认及维护、国家权力的分配及制衡、经济福利等主要内容。

比照上述粗略定义，本文将进一步考察中国传统政治文化中的宪政因素，依次为中庸之道、民本思想、皇权与相权、田赋制度等。

二. 传统政治文化中的宪政之维

1. 中庸之道

中庸是古代圣贤和帝王一直梦寐以求的最高政治理想和养性之道。孔子对古之

1) 王绍光，《民主四讲》，三联书店，2012年，第97页。

帝王最高的赞誉也出自其对中道的推崇和日常实践，如“舜其大知也与！舜好问而好察而言，隐恶而扬善，执其两端，用其中于民，其斯以为舜乎！”²⁾但又不得不慨叹：“民鲜能久矣”。至于中道不行的原因，孔子认为“知者过之，愚者不及也”。³⁾

何为中庸。《中庸》开章就论及，“喜怒哀乐之未发，谓之中；发而未中节，谓之和。中也者，天下之大本也；和也者，天下之达道也。”⁴⁾至于中庸，朱熹在《中庸章句集注》中指出，“中庸者，不偏不倚、无过不及，而平常之理，乃天命所当然，精微之极致也”。⁵⁾中庸何来？朱熹在《章句序》中阐释为：“中庸何为而作也？子思子忧道学失其传而作也。盖自上古圣神继天立极，而道统之传有自来矣。其见于经，则‘允执阙中’者，尧之所以授舜也；‘人心惟危，道心惟微，惟精惟一，允执阙中’者，舜之所以授禹也。”⁶⁾也就是说，《中庸》为何而作，孔门嫡孙子思忧虑关于“道”的学问失传，不得已而作的。大概源自上古，具有神圣的德行和高位之人，承继天命，建立至极之理，道统便流传下来。当时从经书中查到的，有“允执阙中”，是尧传位给舜时的执政纲要。后来，舜传位给禹时，前面加了三句即“人心惟危，道心惟微，惟精惟一”。

诚然，中庸之道为古之圣贤历代贤明帝王所推崇的执政要义，如能做到“不偏不倚”和“允执阙中”，则国泰民安、圣君辈出；如有所偏重和不持时中，则权臣当道、昏君败国。历代历朝盛衰兴亡，莫不如此。如果说古时候的政治全归于执政者（或君主或帝王）的“中道德行”的话，近代以来的执政纲要则更加依靠为体现中庸之道的“宪政制度”了。诚如美国建国先贤在立国之初，其联邦党人本来主张建立强有力的“执政者”（如汉密尔顿主张建立君主制），后来经反复讨论和妥协，最终建立有任期的总统制。如果说从以前的政治家德行演变为制度理性，是西方政治文化发展的必经之路的话，只可惜中国到晚晴末年才开始尝试以立宪的方式制约权力罢了。

2) 王国轩，《大学·中庸》，中华书局，2012年，第57页。

3) 王国轩，《大学·中庸》，中华书局，2012年，第53页。

4) 王国轩，《大学·中庸》，中华书局，2012年，第46页。

5) 朱熹，《四书章句集注》，中华书局，2012年，第21页。

6) 朱熹，《四书章句集注》，中华书局，2012年，第16页。

2. 民本思想

民本思想自古有之，而且历来都是立国之本和为政之要。如《诗经·商颂·玄鸟》有云：“邦畿千里，惟民所止”。孔子也多次谈到仁慈爱众的人文情怀，如“厩焚。子退朝，曰：‘伤人乎’，不问马”。⁷⁾孟子是民本思想的集大成者，以至于历代统治者对其褒贬不一，甚至痛斥为异端加以删减。如朱元璋曾下旨将《孟子》删去三分之一，另编成《孟子节义》一书。如果孔子是在统治工具的角度使用“人”或“民”的话，孟子则更多从普通庶民的角度论及“仁政”和“王道”。也许正因如此，孟子的仁政民本思想更契合于近代以来的宪政内涵。

众所周知，近代宪政起源于启蒙思想和资产阶级革命，尤其卢梭 (Rousseau) 的人民主权论对《独立宣言》和《人权宣言》影响深远。卢梭在《社会契约论》中谈到，“如果主权者没有确保其获得臣民的忠诚的办法，那他也就没有办法能使臣民保证履行他们的承诺”。⁸⁾类似的思想，在《孟子》一书中也多次体现，如“曾子曰：戒之戒之！出乎尔者，反乎尔者也。夫民今而后得反之也”⁹⁾；又如“君之视臣如手足，则臣视君如腹心；君之视臣如犬马，则臣视君如国人；君之视臣如土芥，则臣视君如寇仇”。¹⁰⁾其实，孟子与卢氏一样，都主张君主与臣民之间具有契约关系，即“君仁臣忠”。仁字由二人构成，可以界定为人与人之间的相互关系。而且，孟子比启蒙思想家走得更远，明确提出“变置社稷”的思想，如“诸侯危社稷，则变置”¹¹⁾。

但是，孟子的民本思想主要是通过“仁政”来实现的。而施仁政的主体则主要是王侯公卿等具有一定“德行”的贵族士大夫阶层，出身寒微的庶民大众则却只能“治于人”。此种“治人”与“治于人”之分，却源于社会分工的需要。孟子曰：“然则治天下独可耕且为与？有大人之事，有小人之事。且一人之身，而百工之所为备，如必自为而后用之，是率天下而路也。故曰，或劳心，或劳力；劳心者治人，劳力者

7) 杨伯峻，《论语译注》，中华书局，2013年，第120页。

8) 卢梭，《社会契约论》，李平沅译，商务印书馆，2011年，第22页。

9) 杨伯峻，《孟子译注》，中华书局，2010年，第35页。

10) 杨伯峻，《孟子译注》，中华书局，2010年，第142页。

11) 杨伯峻，《孟子译注》，中华书局，2010年，第258页。

治于人；治于人食人，治人者食于人，天下之通义也。”¹²⁾在孟子看来，天下之事不仅有农耕之劳力之事，更有治人之大人之事，如果任何东西都要靠自己制造出来的话，那么天下之人将疲于奔命。当今世界更是通过广泛的分工合作才得以存续和发展的，各国也同样存在公务员和劳动者之分，且不论其宪政或非宪政国家。

3. 皇权与相权

近闻韩国新总统朴槿惠上台之后，有意推动责任内阁制的政体改革。现今的总统制因一人独揽大权被指责为“帝王式总统制”。其实，韩国历代王朝特别是近代李氏朝鲜，一直以来都是朝权大于王权。二战结束后，在美军托管之下建立的韩国政府直接将总统制照搬过来，历时半个世纪的实行终见其不符国情，几次尝试修宪得以纠正。责任内阁制的修宪何时启动姑且不论，但其宪政改革与传统政体相契合的趋势却值得赞勉和富有启发意义。

中国历史自秦汉以来才形成统一的中央政府，秦以前的中国，只可说是一种封建的统一。拿历史大趋势来看，可说中国人一向意见，皇室和政府应该分开的，而且也确实依照此原则而演进。皇帝是国家的惟一领袖，而实际政权则不在皇室而在政府。代表政府的是宰相。皇帝是国家的元首，象征此国家之统一；宰相是政府的领袖，负政治上一切实际的责任。皇权和相权之划分，这常是中国政治史上的大题目。一般人认为中国从秦汉以来，都是封建统治，或说是皇帝专制，那是和历史事实不相符合的。¹³⁾事实上，秦汉以来，皇权和相权一直交替制衡互为牵制。虽然明清之际，为专制集权之需废除宰相，皇帝一人独揽大权，但其发展至中期又分别设内阁和军机处等机构，初为皇帝“传旨当笔”，后来逐渐承揽要务甚或权倾朝野（如万历朝的张居正）。纵观历史，皇权并非一直是专制独权，更多时候则依赖于宰相或内阁实际操办。如其中一权独大，则大都发生在乱世或开国百废待兴的特殊时期里。其政权虽具有隶属于某家天下的阶级属性，但其具体运行之模式和成败得失不可不细察，可为以史为鉴、古为今用。

12) 杨伯峻，《孟子译注》，中华书局，2010年，第93页。

13) 钱穆，《中国历代政治得失》，三联书店，2005年，第1至3页。

4. 田赋制度

井田制是古代社会的一项土地制度。封建时代，“普天之下，莫非王土，率土之滨，莫非王臣”，土地为封建贵族所专有。那时，道路和渠道纵横交错，把土地分隔成方块，形状像“井”字，故称“井田”。孟子曰：“方里而井，井九百亩，其中为公田。八家皆私百亩，同养公田；公事毕，然后敢治私事，所以别野人也。”¹⁴⁾也就是说，每一方里的土地为一个井田，每一井田有九百亩，当中一百亩是公有田，其余八百亩分给八家作私有田，由八家共同来耕种公有田。至于井田制的宗义，依照孟子的解释无非是“仁政”和“养君子”。如为实行仁政必须体察“民之为道”即“有恒产者有恒心，无恒产者无恒心。苟无恒心，放辟邪侈，无不为已。及陷乎罪，然后从而刑之，是罔民也”。¹⁵⁾井田制另外一个妙用在于“养君子”，即“无野人，莫养君子”。也就是说，按照孟子的社会分工的思想，像滕国一样小的公国，也得有官吏和劳动人民，而设置井田之法才能有效解决养活官吏的问题。

秦汉以来，历经北魏的均田制乃至唐朝的两税制，随着封建社会的土崩瓦解，田赋制度也逐渐褪去“公有”色彩。据钱穆先生的分析，两税制则开浚了此后自由经济之先河。两税制始于唐德宗建中元年，因其一年分夏秋两次收税，故称两税。“政府不再授田，民间自由兼并，所以两税制一行，便把中国古代传统的井田、王田、均田、租庸调，这一贯的平均地权、还受田亩的做法打破。这样一解放，直到清代，都是容许田亩的自由买卖，自由兼并。”¹⁶⁾依照钱穆先生的分析，两税制的积极意义在于知识分子的“身份独立”和中国文化的传承延续。即“若使中唐以后的社会，果仍厉行按丁授田的制度，那将逼使知识分子不得不游离农村，则此下的中国文化也会急遽变形。”¹⁷⁾但是，也不可忽视两税制造成的严重后果，如中国各地经济发展悬殊、自由买卖之下土地兼并日益盛行、课税名目繁多农民负担沉重等等。

土地田赋制度作为经济制度，关涉一国政体的根本。按照马克思的观点，“经济

14) 杨伯峻，《孟子译注》，中华书局，2010年，第89页。

15) 杨伯峻，《孟子译注》，中华书局，2010年，第89页。

16) 钱穆，《中国历代政治得失》，三联书店，2005年，第56页。

17) 钱穆，《中国历代政治得失》，三联书店，2005年，第59页。

基础决定上层建筑”。举凡政治、社会、文化等诸多要务都与此细细关联。或是井田的“公有”抑或两税的“私有”，应取两者的优长，更要细察可能导致的负面后果。宪政之要在于持守“中道”，即“执其两端，用其中于民”。

传统政治文化中的宪政因素，绝不限于上述几项。此外，诸如分封与郡县、御史和监察、选举和考试等制度，都可细细体察其宪政机理。如中央和地方关系上，如何配置权力资源，不至于其过分集中或旁落，都是值得深究的。此时，只能期待另有机会再深入梳理和阐发。

三：今人不见古时月（代结语）

钱穆先生曾经指出，“政治制度，必然得自根自生。纵使有些可以从国外移来，也必然先与其本国传统，有一番融合媾通，才能真实发生相当的作用。否则无生命的政治，无配合的制度，决然无法长成。”¹⁸⁾马克思也明确申明：“人们自己创造自己的历史，但是他们并不是随心所欲地创造，并不是在他们自己选定的条件下创造，而是在直接碰到的、既定的、从过去承继下来的条件下创造。”¹⁹⁾诚哉斯言！理当细心体会、切磋琢磨。一国的文化法治建设，固然是历史传统之下的进一步自然延伸和徐缓承继，绝不可能是外来文化“拔苗助长”式的生搬硬套。现今被称为宪政典范的美国宪制，细查其要义，也无非是对传统先例的进一步阐释，讲究的是“法律的发现”而非恣意“创制”。如堪称美国有史以来最伟大法官之一的卡多佐在自己的专著中表明：“最基本的社会利益之一就是法律应当统一并且无偏私。在法院的活动中，一定不能有偏见或偏好，一定不能有专断任性或间歇不定。因此，在这里主要应当是遵循先例。”²⁰⁾当然，作为法律现实主义的主要代表人物，卡多佐最为关注的是法律的创造，即“我已经渐渐懂得：司法过程的最高境界并不

18) 钱穆，《中国历代政治得失》，三联书店，2005年，第1页。

19) 马克思，《路易·波拿巴的雾月十八日》，《马克思恩格斯选集》（第一卷），人民出版社，1995年，第2版，第585页。

20) 卡多佐，《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆，2000年，第69页。

是发现法律，而是创造法律”。²¹⁾但是，不能漠视卡多佐所说的“法律的创造”是稳固建立在“法律的发现”这一坚实的历史或传统基石之上的！

当今学界，大家都畅谈法治，但从何处着手却莫衷一是。更多的倾向是，“西方的月亮圆”，故照搬即可。有些人则坚持“本土主义”的立场，大谈特谈“国情论”。照此来看，大家都忙于要么论证本土的“特殊国情”，要么沉迷于西方的“普世价值”。但是，问题的关键在于，无论是多么巧妙的逻辑论证都是纸上谈兵，都远离了历史发展的“真实逻辑”。正如马克思所说，“批判的武器当然不能代替武器的批判”²²⁾。诚然，逻辑的历史终究替代不了历史本身的逻辑。一国的法治建设，终究要取决于自己历史演进的“发现”。没有发现，谈不上任何“创制”。因此，余下首要问题是，如何发现传统，继而为宪政建设提供端倪和线索，才是问题之关键和核心。

行文至此，突然想起李白的一首诗，“今人不见古时月，今月曾经照古人。古人今人若流水，共看明月皆如此”。古人的音容笑貌仿佛近前，现时迷茫脚步却越发遥远。孔子有云，“道不远人。人之为道而远人，不可以为道。《诗》云：‘伐柯伐柯，其则不远’。执柯以伐柯，睨而视之，犹以为远。”²³⁾法治之道就在近前，何苦远道求之？！

参考文献

- 王绍光，《民主四讲》，三联书店，2008年。
 朱熹，《四书章句集注》，中华书局，2012年。
 杨伯峻，《论语译注》，中华书局，2013年。
 王国轩，《大学·中庸》，中华书局，2012年。
 卢梭，《社会契约论》，李平沅译，商务印书馆，2011年。

21) 卡多佐，《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆，2000年，第105页。

22) 马克思，《路易·波拿巴的雾月十八日》，《马克思恩格斯选集》（第一卷），人民出版社，1995年第2版，第9页。

23) 王国轩，《大学·中庸》，中华书局，2012年，第73页。

杨伯峻, 《孟子译注》, 中华书局, 2010年。

钱穆, 《中国历代政治得失》, 三联书店, 2005年。

马克思, 《路易·波拿巴的雾月十八日》, 《马克思恩格斯选集》(第一卷), 人民出版社, 1995年第2版。

卡多佐, 《司法过程的性质》, 苏力译, 商务印书馆, 2000年。

梁治平, 《礼教与法律—法律移植时代的文化冲突》, 上海书店出版社, 2013年。

萨维尼, 《历史法学派的基本思想(1814—1840年)》郑永流译, 法律出版社, 2009年。

[Abstract]

The Constitutional Dimension of Traditional Political Culture

Lim, Jong-Ho

Yantai University Law school, Associate professor

Chinese Modern legal systems began its process with the establishment of many unequal treaties in the late Qing Dynasty. The Qing government, in order to restore the sovereignty and debar the consular jurisdiction, had to introduce the western legal system. And the present thirty years of legal construction is all closely related with the trend of globalization and economic integration of the world. However, the dynamic development of the legal system of a country must be based on its autonomy, and is inseparable from its tradition and history, as Savigny said: "All the law means a legal history." So, what can we draw and cite with reference to the existence of traditional political culture? If the modern constitutions can be simply summarized as the basic connotation ideas of governance, civil

rights ideology, the separation balance of powers and economic welfare, then the corresponding constitutional elements in the traditional political culture can be referred as the Golden mean, thought of taking people as purpose, the separation of emperor and premier powers and the "nine squares" land-tax system, and so on.

Key words : Autonomy, Discovery of the law, Golden mean, Public, Traditional political culture