



北航高研院·治道文丛 ②

道统与宪法秩序

姚中秋◎著



本书围绕道统、儒家和宪法秩序三个关键点展开，着重于“第二次立宪”现象之义理分析和历史描述，认为底定宪法秩序之根本，在归于中国之道。故今日中国之宪法学理论发展和宪制变革之展开，均需文化自觉。



中央编译出版社
Central Compilation & Translation Press



北航高研院·治道文丛②

道统与宪法秩序

姚中秋◎著



中央编译出版社
Central Compilation & Translation Press

图书在版编目 (CIP) 数据

道统与宪法秩序 / 姚中秋著. —北京: 中央编译出版社, 2017.4

ISBN 978-7-5117-3286-6

I. ①道… II. ①姚… III. ①宪法—法制史—研究—中国 IV. ①D921.02

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 042940 号

道统与宪法秩序

出 版 人: 葛海彦

出版统筹: 贾宇琰

责任编辑: 王丽芳

责任印制: 尹 珺

出版发行: 中央编译出版社

地 址: 北京西城区车公庄大街乙 5 号鸿儒大厦 B 座 (100044)

电 话: (010) 52612345 (总编室) (010) 52612349 (编辑室)
(010) 52612316 (发行部) (010) 52612317 (网络销售)
(010) 52612346 (馆配部) (010) 66509618 (读者服务部)

传 真: (010) 66515838

经 销: 全国新华书店

印 刷: 北京佳信达欣艺术印刷有限公司

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 173 千字

印 张: 7.5

版 次: 2017 年 4 月第 1 版第 1 次印刷

定 价: 58.00 元

网 址: www.cctphome.com 邮 箱: cctp@cctphome.com

新浪微博: @中央编译出版社 微 信: 中央编译出版社 (ID: cctphome)

淘宝店铺: 中央编译出版社直销店 (<http://shop108367160.taobao.com>)

本社常年法律顾问: 北京嘉润律师事务所律师 李敬伟 问小牛

凡有印装质量问题, 本社负责调换, 电话: 010-55626985

治道文丛 序

广川董子云：“道者，所繇适于治之路也。”中国之治道，载在五经；百家言尤其儒家之立论，莫不本乎五经，中国治道因此而日新、日日新；依循此道，中国持续生长、扩展，而成为史上规模最大的文明与政治共同体。猗欤盛欤，吾国吾民！

二十世纪初，国势陵替，士心思变，竞逐西方新学，中学之统衰微。尤其是中国治道，少人研习。过去几十年来，依凭先人遗留之文明，借助西方传来之技术，中国再度崛起，人类进入世界历史的中国时刻。然而，已经富裕的中国如何形成优良治理秩序？

子曰：“谁能出不由户？何莫由斯道也？”中国现代优良秩序之生成、维系，不能不由千古一贯之中国之道。晚近学界、政界，已有此文化的自觉，中国治道之自觉，而有回向大道之努力。

本丛书应此运而生。所邀作者不限年资中外，要在对中国治道有所体认，又有西学功底，普世视野。所收书目不拘一格，或为专著，或为文集，或为译著，要在学有根底，言之有物。所论议题无所范围，或阐释五经义理，或深究儒学奥蕴，或寻绎观念、制度之演进，要在有所发明，有裨益于明道、行道。

编者惟愿与二三君子强勉学问，以求闻见博而知益明；编者亦祈当世精英于各个领域强勉行道，或可德日起而大有功。

目 录

卷上 道统与宪制

道统、儒家与宪法秩序 /003

汉武帝归宗道统叙论 /026

论孙中山之道统自觉 /052

激进化与保守化：二十世纪历史之基本线索 /078

儒家作为现代中国之构建者 /094

卷下 反复其道，天行也

从革命到文明：八二宪法序言第一段大义疏解 /109

中国何以发生边缘革命 /135

文明复兴视野中之变革新范式 /156

仁本政治观 /173

世界历史之中国时刻 /186

中国之道与中国思想之创发 /212

后 记 /229

I

目
录

卷上

道统与宪制

子曰：“谁能出不由户？何莫由斯道也？”

——《论语·雍也篇》

道统、儒家与宪法秩序^①

当舜、禹禅国之际，皋陶诫命于禹曰“修思永”^②。此为政治生命体之永恒意识的初次记载。凡立国者、立宪者、治国者，均冀望于其宪法秩序之稳定性乃至永恒性。具有此种品性之宪法秩序，亦为邦国最重要之共同福利。然而，宪法秩序何以稳定而永恒？曰：道成秩序，道成宪法秩序。顺乎邦国之大道、守护邦国之道统的宪法秩序将是稳定的，因而具有永恒性。

道宪法秩与序

何为道？道与宪法间之正确关系为何？《春秋繁露·楚庄王篇》：

今所谓新王必改制者，非改其道，非变其理。受命于天，易姓更王，非继前王而王也。若一因前制、修故业，而无有所改，是与继前王而王者无以别。受命之君，天之所大显也。事父者承意，事君者仪志，事天亦然。今天大显已，物袭所代而率与同，则不显不明，非天志。故必徙居处、更称号、改正朔、易服色者，无他焉，不敢不顺天志而明白显也。若夫大纲、人伦、道理、政治、教化、习俗、文义，尽如故，亦何改哉？故王者有改制之名，无易道之实。

① 发表于《清华法治论衡（第17辑）：宪制与制宪（上）》，清华大学出版社2013年版。

② 《尚书·皋陶谟》。

综合《春秋繁露》其他各篇，尤其是《三代改制质文篇》，或可确认，董子所说之“制”，并非此处“徙居处、更称号、改正朔、易服色者”所能涵盖，其内容极为丰富，尚包括爵禄之制、继嗣之制，乃至法律之气质，也即支配性原则、精神。凡此种种，皆为治理之大法，故董子所言之“制”，大体接近于今人所说之宪法。

至于董子所谓“大纲、人伦、道理、政治、教化、习俗、文义”，实皆为道之现实存在形态，以一个常用的现代词汇，或可更为准确地从整体上刻画它们：文明。道成文明，当然不是形而上学意义上的道，而是较为具体的道，大体而言是共同体的治理之道。只是，此处所说“治理”对象乃是立体的：从人之心、身，到人与人所结成的各种群，乃至邦国、天下。

董子之“有改制之名，无易道之实”已经界定宪制与文明、与道的正确关系。而董子此说实有所指，盖当时有倡改道者，所谓“古苟可循先王之道，何莫相因”？^①事实上，此一主张大约起自春秋之末，法家倡之尤力，董子之后亦有人坚持。《盐铁论·遵道篇》即记载了“改制不易道”与“改制须易道”两种观点之激烈交锋：

丞相史进曰：晋文公谲而不正，齐桓公正而不谲，所由不同，俱归于霸。而必随古不革，袭故不改，是文质不变，而椎车尚在也。故或作之，或述之，然后法令调于民，而器械便于用也。孔对三君殊意，晏子相三君异道，非苟相反，所务之时异也。

^①《春秋繁露·楚庄王篇》。

丞相史代表法家观点，此一观点在《商君书·更法篇》中有完整讨论。法家思想之基础为“历史主义”，此为现代性之核心理念，强调古、今之断裂：“今”作为一个整体截然不同于“古”，因此必须变，且法家之变乃是根本性变革。接受经学教育之“文学”反对这种看法：

文学曰：师旷之调五音，不失官商；圣王之治世，不离仁义。故有改制之名，无变道之实。上自黄帝，下及三王，莫不明德教，谨庠序，崇仁义，立教化：此百世不易之道也。殷、周因循而昌，秦王变法而亡。《诗》云：“虽无老成人，尚有典刑”，言法教也。故没而存之，举而贯之，贯而行之，何更为哉？

文学重申董子之立场：立国一立宪者固然必须立宪，必须改制，然而，王者有改制之名，无易道之实。文学并指出，三代之王者正是循此原则而造成稳定之治理秩序。丞相史则举秦之例证：

丞相史曰：说西施之美无益于容，道尧、舜之德无益于治。今文学不言所为治，而言以治之无功，犹不言耕田之方，美富人之困仓也。夫欲粟者务时，欲治者因世。故商君昭然独见存亡不可与世俗同者，为其沮功而多近也。庸人安其故，而愚者果所闻。故舟车之治，使民三年而后安之。商君之法立，然后民信之。孔子曰：“可与共学，未可与权。”文学可令扶绳循刻，非所与论道术之外也。

确实，周秦之变，性质完全不同于三代革命：三代革命改制而

未易道，秦则为一大断裂：秦始皇不仅改制，更兼易道，如弃礼而专用刑，废封建等。凡此种种鲁莽政治决断背后，观念的因素至关重要。商君、韩非、李斯等法家人物皆教导秦君以两个信念：

第一，历史主义信念：古代制度绝不可能适应于今天，今人必须为自己立法；且制度之变乃是整体性的，立国一立宪者不仅可以“徙居处、更称号、改正朔、易服色者”，也完全可以改变“大纲、人伦、道理、政治、教化、习俗、文义”。立国者不仅可以改制，也完全可以按照自己的意愿再造文明。

第二，绝对主义权力观：今人需要根据自己的欲望，依靠自己的理智，创造自己所需要之制度。这样的权能只能交予国王。为确保其拥有改制、立法、易道之权力，法家主张，王者当拥有绝对权力，此为建立和维持稳定政治秩序之根本。为此目的，法家、秦君致力于摧毁学术、摧毁商业，总之，摧毁社会，而确立真正的“主权者”。

此处展现法律、宪法与文明关系的激进主义模式：文明没有连续性，文明没有时间上的内在一致性。事实上，从根本上说，文明没有独立、自足的性质。文明从属于国家意志，完全可被主权者之法律、宪法塑造；而这样的法律、宪法又完全取决于立法者之意志与理智。因此，主权性立法者在文明之外、文明之上，文明乃是立法者可随意揉捏之对象。文学不接受这种观点：

文学曰：君子多闻阙疑，述而不作，圣达而谋大，睿智而事寡。是以功成而不隳，名立而不顿。小人智浅而谋大，羸弱而任重，故中道而废，苏秦、商鞅是也。无先王之法，非圣人之道，而因于己，故亡。《易》曰：“小人处盛位，虽高必崩。不盈其道，不恒其德，而能以善终身，未之有也。是以初登于

天，后入于地。”禹之治水也，民知其利，莫不劝其功。商鞅之立法，民知其害，莫不畏其刑。故夏后功立而王，商鞅法行而亡。商鞅有独智之虑，世乏独见之证。文学不足与权当世，亦无负累蒙殃也。

文学尖锐指出一个基本事实：丞相史所赞美的秦制失败了。失败的原因就在于“无先王之法，非圣人之道，而因于己”，也即无视道，无视文明，而完全依凭自己的意志，也即“独智”展开立宪、建国事业，试图把主权者之自我意志凌驾于文明之上，凌驾于常道之上。由此也就否定了道。由此而形成之法律、宪法，悖“道”而行，故行之不远。

至此，宪法与道的正确关系也就显而易见。立宪不可能在虚空中进行，而是为既有之文明共同体立宪。这个文明共同体是一个精神共同体，人们愿意共同生活于该共同体内，而经由共同体成员共享之关于人、关于神人关系、关于人际关系、关于社会治理之价值、理念、记忆、想象而连结为一体——不仅是平面的共享，也是跨代的共享，此即董子所说之“大纲、人伦、道理、政治、教化、习俗、文义”。此即文明，其中有道，道是此文明之为此文明之根本规定性。

至关重要的是，对于立宪—立法者来说，文明是客观的、先在的，因此，立法者的工作就是从生活中发现不断重复的且需要强制执行的规则，所谓“则天道、缘民情”，此种法律乃是生活之抽象化“阐明”^①。这样的法律就是国民的生活，国民日用而不知，基

① Articulation, 这个词出自哈耶克：“将既有之惯例或习惯明确地表述为一条成文规则，其目的乃在于获得人们对于其存在之认可，而非制定一条新规则。”（F.A. Hayek, Law, Legislation and Liberty, volume 1. Rules and Order, Routledge & Kegan Paul, 1982, p.77.）

于这种法律之社会治理秩序最有可能优良而稳定。

相比较而言，宪法对于文明或可略微主动一些。也正是这一性质让立宪者很容易骄傲，于立宪之际无视文明，而依凭个人之意愿规划邦国之公共生活。然而，如此立宪，无不失败。董子告诫，立宪一立国者必须意识到，自己没有能力重建文明，全盘设计生活。

国民之生活之总和构成文明，文明是由道所支配的，由连绵不绝之道统所持续塑造的。法律、宪法必须顺乎道，必须守护道。一时代之人，尤其是精英，若无道统自觉，于立法、立宪之时无视于道，令法律、宪法背道而行，则必致文明与法律、宪法之相互敌对，而造成两败俱伤之结果：国民对法律、宪法陌生，法律、宪法废除国民之习惯，则法律、宪法必然陷于大面积无效。这样的法律、宪法戕害文明，文明衰微，邦国趋向野蛮化。

立宪而不易道，且以宪法延续、守护道统之理念，不仅为中国先哲所具有，西洋保守主义之核心诉求也正是宪法不可偏离道统。道统是宪法最深层次的根基，宪法必须以守护道统为己任。^①这是宪法之责任，宪法也因道而不朽。

^① 美国学界关于司法审查制度之正当性的一种学说即为，宪法和最高法院当守护美国作为一个邦国的一些永久性价值：“政府不仅应当服务于我们当下认为属于我们的眼前物质需求的那些东西，也应当服务于某些持久性的价值。从某种意义上说，这正是法律下的治理的含义所在。不过，这样的价值并不是现成的。它们确实总是有自己的历史，不过，它们也必须被不断地衍生，被阐释，并得到应用。因而，人们就会问，我们的政府中的哪个机构——如果特指具体一个机构的话——应当成为这些价值的宣示者和守护者。”（〔美〕亚历山大·M. 比克尔：《最小危险部门——政治法庭上的最高法院》，姚中秋译，北京大学出版社2007年版，第26页。）这些永久性价值就是道，其阐释之道统就构成美国之道统。

道统与儒家

然则，在中国，何为道？何为道统？

道不在人外，道由人而见诸制度或言说，并因此而有所传承，道统就是承载道的人所构成之统绪。关于道统之传，朱子在《中庸章句序》中说：

盖自上古圣神继天立极，而道统之传有自来矣：其见于经，则“允执厥中”者，尧之所以授舜也。“人心惟危，道心惟微，惟精惟一，允执厥中”者，舜之所以授禹也。尧之一言，至矣尽矣！而舜复益之以三言者，则所以明夫尧之一言，必如是而后可庶几也。

夫尧、舜、禹，天下之大圣也。以天下相传，天下之大事也。以天下之大圣，行天下之大事，而其授受之际，丁宁告戒，不过如此。则天下之理，岂有以加于此哉？自是以来，圣圣相承，若成汤、文、武之为君，皋陶、伊、傅、周、召之为臣，既皆以此而接夫道统之传。

在朱子之历史叙事中，上古圣王贤相是道、位俱备，道、势合二为一。尧、舜、皋陶、禹、汤、文、武、周公之所言、所行、所立之法度，皆为华夏—中国治理之道之呈现。华夏—中国之为华夏—中国的文明的属性，也即道，就由这些圣贤之言、行、制所凝定。而孔子“祖述尧舜，宪章文武”^①，以定六经——因乐经散

①《礼记·中庸》。

失而为五经。五经即为道之文，令因此而可道。因此，五经为体认华夏一中国之道的不二法门。五经包含诸多实体性价值、政治核心价值，仅以《尚书》为例，《尧典》揭明天道信仰，《舜典》展现共治理念，《皋陶谟》集中阐述诸多原则，以及也许最为重要的《泰誓》提出政治哲学命题：“惟天地，万物父母；惟人，万物之灵。亶聪明，作元后，元后作民父母……天佑下民，作之君，作之师，惟其克相上帝，宠绥四方……天矜于民，民之所欲，天必从之。”当然，《礼运篇》之“天下为公”，亦至关重要，如此等等。

凡此种种价值、基本原则，以及圣王所创制的体现它们之若干制度，作为一个整体，构成华夏一中国治理之道。此后，它们塑造着中国人对于政治之基本想象，从而支配着中国人之“秩序意向”。任何时代立国者之首要伦理与历史责任即是认同这些价值、基本原则，将其灌注于自己创制之宪法、法律之中。当然，具体制度形态必然因时、因势而异，然而，王者易制而不易道。惟有不异道，此一治理架构虽然与此前不同，然仍是华夏的、中国的。并且，惟有如此，此一治理架构才具有稳定性、持续性。

朱子接着说：

若吾夫子，则虽不得其位，而所以继往圣、开来学，其功反有贤于尧舜者。

孔子虽有圣德，而无天子之位，甚至不得皋陶之臣位。孔子于手定六经之余，开创道之“新统”——学统。《论语》以“学而”为第一篇之篇名，以“学”为第一个实字，并非偶然，而旨在突出孔子所开创之事业的性质，实始于“学”。余英时先生解读朱子之语曰：“朱熹在此是以极其委婉的方式避免说孔子得‘道统之

传’。为什么呢？这是因为自周公以后，内圣与外王已不复合一，孔子只能开创‘道学’以保存与发明上古‘道统’中的精义——‘道体’，却无力全面继承周公的‘道统’了。”^①余先生更进一步解释：

朱熹有意将“道统”与“道学”划分为两个历史阶段：自“上古圣神”至周公是“道统”的时代，其最显著的特征为内圣与外王合而为一。在这个阶段，在位的“圣君贤相”既已将“道”付诸实行，则自然不需要另有一群人出来，专门讲求“道学”了。周公之后，内圣与外王已分裂为二，历史进入另一阶段，这便是孔子开创“道学”的时代。^②

虽然《泰誓上》曰：“天佑下民，作之君，作之师。”然在三代，政、学统于圣王贤相，君、师合一。自孔子起，政、学分立，君、师分立，由此而有政统、学统之分立，或可谓德、位分立。君王掌握权力，此种权力主要凭借智、力。儒学则是传道、卫道之学。孔子教育弟子，以“志于道”为首。孔子之后之儒家士君子，即以守死善道、行道于天下为己任。由此连绵不绝，构成政统之外的道学之统，此为孔子之后的道统。换言之，孔子之后，华夏—中国之道的承载者就是儒家，其核心载体则是五经，道学之本为经学。道统基本上就是儒家之统。归宗道统，就是归宗儒家。

上述道统、政统之分立，构成孔子之后社会治理之最为重大的内在张力。在圣王那里，政、道合一，法律、制度就是道之自我构建。孔子之后，政、道分立，君之政统自有其驱动力量和运作

① 余英时：《朱熹的历史世界：宋代士大夫政治文化的研究》，上，生活·读书·新知三联书店2004年版，第13页。

② 同上书，第15页。

逻辑，儒家则试图“致君行道”，以道统君，借君行道。每次统治权交替之际，这两种力量交叉、斗争、融合，而有了“第二次立宪”之周期性展开。

第二次立宪

暂不讨论战国、秦，直接从汉开始讨论。

秦制几近完全拒绝三代之道，因而内在地是不稳定的。秦之治国者也拒绝儒家，而以人性恶为伦理学基础，故与民为敌，如《商君书·弱民篇》所说：“民弱国强，民强国弱，故有道之国，务在弱民。”华夏之道所界定之天、君、民间关系，被完全颠倒。可以说，秦制系统地偏离华夏之道，选择另外一种统治原则：几乎完全依靠智、力，而排除文化、德性，由文法吏依据刑律进行严密统治。

这样的宪制是内在不稳定的。此宪制以民为统治者之敌，则民也就以统治者为敌，仅慑于暴力而有所忌惮。一旦统治权威松动，民中之强者的野心立刻迸发，而摧毁秦制，项羽、刘邦皆为此类人物：

秦始皇帝游会稽，渡浙江，〔项〕梁与籍俱观。籍曰：“彼可取而代也。”^①

高祖常繇咸阳，纵观，观秦皇帝，喟然太息曰：“嗟乎，大丈夫当如此也！”^②

此类人物兴起，秦制土崩瓦解。但新一轮重建秩序之过程也

①《史记·项羽本纪》。

②《史记·高祖本纪》。