

龙大轩 著

法理文库

道与中国法律传统

山东人民出版社

龙大轩

著

道与中国法律传统

图书在版编目(CIP)数据

道与中国法律传统/龙大轩著. — 济南: 山东人民出版社, 2004. 4

(法理文库/徐显明, 谢晖, 王人博主编)

ISBN 7-209-03422-6

I. 道... II. 龙... III. 道家-影响-法律-中国
IV. D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 015238 号

山东人民出版社出版发行

(社址: 济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码: 250001)

<http://www.sd-book.com.cn>

新华书店经销 日照报业印刷有限公司印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 9.5 印张 4 插页 210 千字

2004 年 4 月第 1 版 2004 年 4 月第 1 次印刷

印数 1—3000 定价: 20.00 元

法理文库

主编：徐显明
谢 晖
王人博

山东人民出版社

序

道统与法制

考诸吾国文化传统，法律向列道统之外，而属“器用”范畴。古人论君子，直言“君子不器”，故“讼棍”之徒、“刀笔之吏”、刑名师爷等皆为人所不齿、“君子”所不从。乃至科场取士，所重者道德文章，所轻者律文条令。难怪乎苏轼公开云：君子“读书不读律”。

何以如此？盖在古人言律，止为刑律。然刑之运用，等而下之之所为。孔子云：“道之以政，齐之以刑，民免而无耻；道之以德，齐之以礼，有耻且格。”因之，“德主刑辅”则理所当然。儒家一脉所追求者，为根本解决之道；而道家所求取者，较之儒家则为形上境界：

“大道废，有仁义。智慧出，有大伪。六亲不和，有孝慈。国家昏乱，有忠臣。”“故失道而后德，失德而后仁，失仁而后义，失义而后礼。”以之类推，则“失礼而后刑”。刑之地位，为秩序构造诸方式之末端，运用之实为情非得已——为社会失道不治之举措。故道家一脉，蔑视一切建构秩序，坚执因任自然，清静无为；与民休息，戒绝刑杀——“我无为而民自化，我好静而民自正，我无事而民自富，我无欲而民自朴”；“民不畏死，奈何以死惧之”？

显见，此种以刑统法，刑、法一事的法律文化传统，常令法律为

失道之象征,而非载道之工具。因之,倡导“依法治国”的法家一脉,每每遭致学者诟病。所谓“商韩之术”,为大权独揽、滥杀无辜之象征,也为学者口诛笔伐之对象。即便操作“阴法阳儒”之帝王们,也鲜见高擎法家大纛者。“虎视何雄哉”的秦始皇,即因操“商韩之术”,世人便忘其雄才大略,叱其“少恩而虎狼心”。此种“法律”,既为法理念之悲哀!更注定吾国法律学术之难伸!

实证之法既如之,则设置价值理想,寻求“道法”精神,批判法律现实,以补实证法之不足,便为学者使命。道家之精神宏旨,即在于斯。看目下人类相残、环境遭劫、物种渐稀、德性失落等怪现状,不由得令人念想起“道法”之精义,反思实在法之弊端,关注法律之承道宗旨。海德格尔氏何以关注道家、钟情老子,此可谓其缘由乎?

有鉴于斯,当下吾国关注法治之学人,对法律之道义使命、价值承当,常孜孜以求、期期以待,自上世纪八十年代以还,法律学术之核心,侧重于此。举凡自由、民主、人权、法治、平等、博爱……之论述,皆承此意。近数年间,多有法学著作涉及“道”,即令在书名上,也径直用“道”的字样。如俞荣根氏之《道统与法统》、王人博氏之《中国的宪政之道》等。至于道家之“道法”及其对古典和当下法律之影响、镜鉴,虽有论者零星涉及,然系统论述,实不多见。

《道与中国法律传统》一书,直面吾国古典文化之道家路向,检讨道家路向于吾国古今法律之深刻影响,研析“道法传统”之权威理念、“礼法传统”之和合思维、“无为而治”之方法旨趣,有反思,有批判。于天理、人情、国法缘何在古典法律中得以扭曲呈现多所着墨,对其利弊亦多有剖析。于当今法律又缘何舍“情理”而取规则,秉持形式正义有深刻反省,对其得失亦多所列陈。从中可见人类之任何抉择,皆有捉襟见肘、顾此失彼之虞。故其警醒:“人类一思考,上帝就发笑”。此种反思和警醒,自然不是令人类无所作为,而

是求法制承载道统……凡此种种,不能不令人掩卷而深思!

我与作者龙大轩君供职于宁夏时,即知其身在法院,心向学术。不久,他返回其母校西南政法大学。此期间,其先是深入羌区,调研羌族习惯法;继之,又展开古典法律文化研究,本书即其成果之一。去岁秋日,其要求我为之序。我自知于吾国古典法律文化,虽心向往之,但终究涉略甚浅,故序文一拖再拖,直至今日,才敷衍成文。但愿如上赘言不太辜负大轩君之期望,也盼大轩君学术成果丰硕,后续研究不断。

是为序。

陇右天水学士 谢 晖

序于公元 2004 年 2 月 18 日

自序

上帝之笑

犹太古语说：“人类一思索，上帝就发笑。”自己竟敢来思想道与法这样的大问题，不禁有些心虚。但是，人类如果不思不想，又何以晓得上帝在发笑？又怎能知道上帝为什么要发笑？

“道”在传统中国，既是高深的哲学概念，又是最常见的日用概念。诸子百家的思想者讲道，政治家讲道，老百姓讲道，甚至连贩夫走卒、强盗土匪也讲道，竟至有了“盗亦有道”的说法。但从“宇宙——社会——人生”的多角度来对道进行系统思考、论证的，当推道家。本书所论之道，即指道家之道。在道家看来，道是统揽寰宇生成、运动、衍息的最高法则，人类只是宇宙万物中的一分子，不能脱离自然世界而生存，应当以道为行为准则。自律内敛，节制不必要的认知欲和无休止的物质欲望，不求快速发展，但求缓步循环。如此，人类才能与自然和谐相处，与天地共久长，达到“天人合一”的佳境。

“法”作为人定的行为规范，离道已经差了好几个层次。老子说：“失道而后德，失德而后仁，失仁而后义，失义而后礼。”礼法制度是人类不得已而为之的选择，必得以道的价值为价值，必得以道

为渐进的不懈的追求目标,而不得放弃这种努力。对自由、权利以及发展器物文明的追求,是人类欲望的表现,道的原则是要限制这种种人欲的过度膨胀,以保证人与人、人与自然的和谐秩序不被打破。中国古代法律制度,无处不在体现和维护道的这些原则,它反对自由、权利而强调自律、义务,压制物质进步而提倡精神超越,从而使得中国法律传统表现出卓然不群、甚至有点貌似古怪的文化特征。

在“道”的规制下的“法”,似乎更乐意敦促人们在道德上有所提升,在“天理、国法、人情”的理想之途上不停地追问,而不愿保障器物文明的发展,也不希求在外显世界有什么惊世骇俗的进步。由是,传统的法制建设以至物质建设,总是在原地踏步。

着眼于世界范围进行观察,自18世纪60年代的工业革命以来,人类逐渐变得以自我为中心,以“器”的发展为最大追求。19世纪末20世纪初的中国,也在西人的坚船利炮之下被动加入这一行列。整个人类社会,不再受道的制约,都在器的发展之路上你追我赶,无不争先恐后。人类总价值的改变,带来了法价值的变化。法律制度不再是自律、节欲的工具,而是保障自由、权利的武器;不再以压制进步为要务,而是以促成发展为鹄的。于是,人的欲望分为合法与不合法,人类对自然的征服利用分为合法与不合法,人们无需对法之上的天理、人情做更多的关注。在法的保障调节下,各种人欲,不管是不是合理,只要合法,就能得到鼓励,就能一步步变为现实。一二百年间,人类在物质文明上得到了飞速的发展,取得了辉煌成就。然则,人自身的问题,人与自然的关系问题,似乎并未因器物发达而得到彻底解决,亦未因法脱离了道的束缚、并被奉为不可超越的至上权威,就万事大吉。

或许,法能较好地解决一国之内的人己关系和群己关系,但面对国际间、族际间的人与人之间的冲突,从拿破仑战争、到两次世界大

战,从中东危机、到“9·11”恐怖事件、再到伊拉克战争,我们反倒看到,高科技的现代武器,能够轻而易举地将人际冲突升级为毁灭性的灾难。“谈笑间,檣櫓灰飞烟灭。”对此,法又计将安出?

在人与自然之间,现代文明对资源的巨大需求,已使自然界难以承受,土地结构被破坏、水源枯竭、森林锐减、沙漠肆虐、很多野生动植物已经绝种或濒临绝种、全球升温。自然对人类疯狂思想和行为所作的报复,就是让我们失去生存空间,直到无处可逃。“天道无言”,但也无情。对此,法又如之奈何?

历史上的中西哲人,大都主张收缩欲望。然而,失去道的约束之后的世人,变得自由起来,哪里还听得进圣贤们的告诫,自以为应当极度发展;自以为用法的方法就能让人欲得到最大限度的满足,坚定并乐观地踏上战天斗地的征服之旅。等到觉得有些不对劲的时候,又好像骑在一只一路狂奔的老虎背上,既不能停下来,又不能跳下来,只得任其一味向前,管它前面是坦途,还是深渊。

行文至此,我仿佛明白了“上帝之笑”的含义。近现代史上取得的辉煌成就,堪称“前无古人”。但,人与人冲突的方式变化、人与自然冲突的程度加剧,人类生存已面临毁于一旦的威胁,真担心会“后无来者”。看到人类自以为聪明的、大胆的、新奇的思想和,终将落得个“搬起石头砸自己的脚”的后果,上帝焉能不笑?

龙大轩

2003年12月8日

于西南政法大学铁西陋室

弘扬法治精神 真诚支持学术

法理文库

- | | | |
|-----------------------------|---------|---|
| 1. 法治论 | 王人博 程燎原 | 著 |
| 2. 权利及其救济 | 程燎原 王人博 | 著 |
| 3. 法律信仰的理念与基础 | 谢 晖 | 著 |
| 4. 价值重建与规范选择
——中国法制现代化沉思 | 谢 晖 | 著 |
| 5. 权利的法哲学
——黑格尔法权哲学研究 | 林 喆 | 著 |
| 6. 法律对行政的控制
——现代行政法的法律解释 | 孙笑侠 | 著 |
| 7. 迈向民主与法治的国度 | 刘作翔 | 著 |
| 8. 法学范畴的矛盾辨思 | 谢 晖 | 著 |
| 9. 法律解释的哲理 | 陈金钊 | 著 |
| 10. 义务先定论 | 张恒山 | 著 |
| 11. 基本法律价值 | 谢鹏程 | 著 |
| 12. 中国法理念(增订版) | 江 山 | 著 |
| 13. 探索与对话:法理学导论 | 葛洪义 | 著 |
| 14. 法律思维学导论 | 林 喆 | 著 |
| 15. 中国法律传统的基本精神 | 范忠信 | 著 |
| 16. 德国公法学基础理论(上下) | 陈新民 | 著 |

- | | | |
|---------------------|-----|---|
| 17. 法的现象与观念(增订版) | 孙笑侠 | 著 |
| 18. 法权与宪政 | 童之伟 | 著 |
| 19. 法的应然与实然 | 李道军 | 著 |
| 20. 现实主义法律运动与中国法制改革 | 周汉华 | 著 |
| 21. 权利现象的逻辑 | 公丕祥 | 著 |
| 22. 法学方法论导论 | 胡玉鸿 | 著 |
| 23. 宪政的中国之道 | 王人博 | 著 |
| 24. 法治的生态环境 | 姚建宗 | 著 |
| 25. 人权与法治 | 齐延平 | 著 |
| 26. 法律推理与法律制度 | 张 骐 | 著 |
| 27. 权利政治论 | | |
| ——一种宪政民主理论的阐释 | 范进学 | 著 |
| 28. 所有权的兴起与衰落 | 肖厚国 | 著 |
| 29. 近代中国的自然权利观 | 赵 明 | 著 |
| 30. 发展中国家的政治与法治 | 夏立安 | 著 |
| 31. 法律的社会学分析 | 魏 宏 | 著 |
| 32. 司法权威论 | 季金华 | 著 |
| 33. 程序正义论 | 徐亚文 | 著 |
| 34. 法律文化视野中的权力 | 喻 中 | 著 |
| 35. 宪法解释的理论建构 | 范进学 | 著 |
| 36. 法的合理性研究 | 周世中 | 著 |
| 37. 道与中国法律传统 | 龙大轩 | 著 |
| 38. 语境与工具 | | |
| ——解读实用主义法学的进路 | 苗金春 | 著 |
| 39. 法律人的法理阐释 | 胡玉鸿 | 著 |

目 录

序 道统与法制	谢晖(1)
自序 上帝之笑	(1)
第一章 道	(1)
1-1 道家源流	(3)
一、滥觞:隐居的先行者	(3)
二、创立:老子与《道德经》	(4)
三、分离:庄老与黄老	(5)
四、融合与发展:秦汉新道家	(13)
五、消隐:汉以后	(18)
1-2 道论:道家论道	(20)
一、道是宇宙的本根	(21)
二、“阴阳和合”是道的运动规律	(23)
三、“无为”:顺应道的法则	(26)
1-3 道与理	(35)
一、道理	(35)
二、道与理	(36)
1-4 “道”之我见	(40)

一、“道通为一”：权威意识	(41)
二、道即阴阳：和合思维	(43)
三、道常无为：指导社会、人生的方法论	(48)
第二章 权威意识与道法传统	(52)
2-1 道法的概念	(54)
一、老子的道法观	(54)
二、黄老学派的“道法”论	(55)
2-2 道法执一与专制法统	(59)
一、道法与王法	(59)
二、“法权出一”的终极依据	(62)
2-3 节制欲望与义务本位	(65)
一、节欲：道法之鹄的	(66)
二、义务本位之法的表征	(72)
三、必要的辨析	(76)
2-4 道法自然与立法宽简	(78)
一、理论诠释	(78)
二、历史见证	(81)
2-5 小结	(84)
第三章 阴阳和合与礼法传统	(88)
3-1 礼法思想的产生及其应用	(89)
一、“阴阳和合”的哲理化	(91)
二、“阴阳和合”的法律化	(92)
三、践行与异化	(97)

3-2 伦理法:法律与道德的和合	(102)
一、法律与道德混同	(105)
二、法律与道德分离	(107)
三、法律与道德和合	(108)
3-3 实在法:诸法和合	(119)
一、以刑统法	(120)
二、法律多元	(126)
3-4 理想法:形式与实质的和合	(133)
一、复仇:守法与任情	(136)
二、罪刑原则:法定与非法定	(139)
三、诉讼原则:告奸与容隐	(142)
四、法制原则:平等与差序	(144)
3-5 小结	(149)
第四章 “无为而治”与道术传统	(154)
4-1 “道术”	(157)
一、早期道家之“道术”	(157)
二、黄老道家之“道术”	(161)
三、道法家之“道术”	(165)
四、道术简论	(172)
4-2 “治人”、“治法”与“人治”、“法治”	(175)
4-3 “内圣外王”与治人传统	(179)
一、从“内圣外王”到王而成圣	(179)
二、“治人”传统之成因	(182)

三、治人之术的内容及其在政治法制实践 中的运用	(190)
4-4 “德主刑辅”与治法传统	(205)
一、一明一暗：“治法”的方法论	(205)
二、所谓“德主刑辅”	(212)
4-5 民众法律意识与“无讼”传统	(221)
一、关于“无讼”的儒、道之辨	(221)
二、谦和不争的民族性格	(223)
三、息诉无讼的法律生活	(225)
第五章 道与中国文化传统	(230)
5-1 节欲、自律的价值观	(230)
5-2 道的精神在中国传统文化中的 种种表现	(232)
一、意识形态领域的“理一分殊”	(233)
二、政治秩序与专制主义	(236)
三、反对战争与无兵文化	(236)
四、经济秩序与重农抑商	(237)
五、日常生活与俭朴谦让	(238)
第六章 道与当代法制建设	(239)
6-1 权威失落与重塑	(240)
6-2 思维变异与整合	(244)
一、道德和法律说再见	(244)
二、从因俗而治到法制统一	(248)

三、从以刑统法到民刑有分	(250)
6-3 孤独的法	(256)
一、法律万能的无奈	(257)
二、法律至上的困惑	(263)
三、关于法的终极追问	(266)
附录	(271)
1. 法字从水	(271)
2. 人道与狗道	(275)
3. 穿行于道德法律之间	(278)
4. “体道”诗文	(284)
后记	(285)