

◎ 李拥军 著

道法古今

——拥军教授随笔集



隨性道論天下事 筆書古今法中情

“蜜蜂雖小，采的是花心；胡椒雖小，辣的是人心。”不是“小”就沒有用處，而看是否能把“小”用在點子上。用在點子上的“小”就變成了“巧”，所謂“小巧玲瓏”“短小精悍”。



知識產權出版社

全國百佳圖書出版單位

道法古今

——
拥军教授随笔集

◎
李拥军 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

道家古今: 拥军教授随笔集 / 李拥军著. —北京: 知识产权出版社, 2016. 11

ISBN 978-7-5130-4599-5

I. ①道… II. ①李… III. ①随笔—作品集—中国—当代 IV. ①I267.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 278377 号

责任编辑: 齐梓伊

封面设计: 张悦

责任出版: 刘译文

道家古今

——拥军教授随笔集

李拥军 著

出版发行: 知识产权出版社 有限责任公司

社址: 北京市海淀区西外太平庄 55 号

责任编辑: 010-82000860 转 8176

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

印刷: 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

开本: 787mm × 1092mm 1/16

版次: 2016 年 11 月第 1 版

字数: 226 千字

ISBN 978-7-5130-4599-5

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 编: 100081

责编邮箱: qizi2004@qq.com

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

印 张: 17.75

印 次: 2016 年 11 月第 1 次印刷

定 价: 58.00 元

出版版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

随性道论天下事，笔书古今法中情

——《道法古今》自序

严格说来，随笔并不算学术成果，它缺乏严格的学术论证，也不必完全遵循学术逻辑。但我一直以为好的随笔要比那些充斥着“真理性的废话”的论文更有价值。它能给你一个新的视角，为你展示一个新的侧面，它启发你的思维，拓宽你的视野。对当下中国的学术界来说，思想启蒙的任务还远没有完成，在这方面随笔可能比大块头的论文起的作用更大。因为具有通俗性、趣味性的特点，它往往拥有更多的读者，特别是在今天的自媒体时代，它的作用和优势更为明显，受众会更多。

我开始写随笔最早是受了我的导师姚建宗教授的启发。他是当代法学学者中随笔写的比较多而且好的一位。我还记得，研究生阶段他给我们留的作业就是写一篇随笔和书评。我当时为了完成这份作业，绞尽脑汁写出了人生中第一篇正规的随笔——《法学家之死与法律信仰》，后来这篇文章发表在2002年的《人民法院报》，并且拿到了150元钱的稿费。虽然请同学们吃完饭以后，稿费所剩无几，但这种精神上 and 物质上的奖励对当时的我来说依然是巨大的鼓舞，激励着我写下去。2004年我一度在《深圳法制报》开过“李拥军专

栏”，每周都有新作。在我的带动下，我的师弟郑智航、侯学宾从那时起也开始写随笔。到今天他们都已经成为法学学术新秀，并且都已经出版了自己的随笔集，擅写随笔也已经成为了姚门师徒的学术风格。

我从小就喜欢历史，但在历史学方面到今天顶多算一个“票友”，虽然爱看历史书籍，但始终没有专业化的研究。对历史的兴趣，最早缘于幼年时期对评书艺术的热爱。在20世纪80年代，收音机还是人们最主要的获取信息的形式，而评书则是当时音频节目中的重要内容，《杨家将》《岳飞传》《三国演义》《水泊梁山》《百年风云》等节目家喻户晓。我在很小的时候就是评书迷，后来翻看小叔、小姑的初中、高中的旧教材时，兴奋地发现在历史教材中居然能找到这些人物。大致从那时起便对历史有了兴趣。高考前，由于农村孩子知识上的匮乏，我实在不知道还有历史学这个专业，否则必然要报考该专业了。

虽然没有专门学习历史，但历史的思维却一直影响着我，即观察问题愿意从历史的角度切入，所以我的很多随笔都是从历史中选材或者从历史的角度来写的。我一直认为，历史性的观察是更深层次的观察，它能帮助我们抓住问题的“根”。正如西方学者查丁所说的：“任何事物都是过去一切事物的总结，不通过历史就无从了解任何事物的全貌。”真正的历史性研究其实是更现实的研究。如意大利历史学家克罗齐说：“一切历史都是当代史。”即所谓历史的研究其实都是当下的人用今天的观点和思维来分析过去的人和物，所以正如法国学者雷蒙·阿隆所说的：“所谓历史，就是由活着的人和为了活着的人而重建死者的生活。”历史的意义不在历史本身而在于当下，通过历史的视角来审视今天的问题，是为了借古喻今，托古明志，让今人借鉴经验，吸取教训，少走弯路，活得更好！所以龚自

珍说：“观今宜鉴古，无古不成今”“欲知大道，必先为史”。大到人类社会小到每个人的一生，其实都是一部历史剧，在这其中我们不仅是看客，更是其中的演员，所以只有从历史角度观察问题，才能让我们把今天的事看得更清楚、分析得更明白。

提及历史自然少不了传统和文化。传统就是“活着的过去”，是群众“集体的记忆”。法治是人的一种思维方式和生活方式，传统造就了中国人特有的思维方式和生活方式，中国当下的法治建设离不开自身的传统。因此研究中国当下的法律问题就不能离开我们的传统。“洋装穿在身，心还是中国心”，中国当下的许多问题，更多的要归结于传统，归结于文化对观念的影响。因此，当下中国欲建立真正的现代法治必须要进行思想上的启蒙，而思想上的启蒙则需要文化上的批判，同时中国要想建立自己的法治，还必须在传统上做文章，只有挖掘传统，把握民情，推陈出新，实现传统的创造性转化，把法治放在中国人自己文化的范畴内把握，才能把好中国人自己的脉，为中国问题开出对症的药方。基于此，多年来我一直试图从文化的视角来分析现实，为开出这样的药方而努力。

“法之理在法外”，如果顺着这一类似格言的说法追问下去，“法之理在哪里？”我说：“法之理在生活。”孔子说：“道不远人。”即君子为大道从来不远离普普通通的百姓。世界本来就是由你我这些凡夫俗子、贩夫走卒、平民百姓构成。不是说理论只有让人听不懂了才深刻，其实越是深刻的理论越是朴素的。法理学中的“法”和“理”最终都要放到生活的层面来“验真”，无法还原到生活层面的“法”和“理”是“伪法律”“空理论”“假道理”。远离人们生活的法理学是“死的法理学”。法理源于生活表现为法律要源于生活中的常识、常理、常情，法理就是讲法之“理”（Reason），而法之理就是法的内在合理性，而法的内在合理性则表现为法律的规定

应该符合生活的逻辑和人性的法则。我们的研究只有立足于生活才有不竭之源。

我们经常说研究要有“问题意识”，而很多人常常为找不到可研究的问题而苦恼，其实，中国是问题资源最丰富的国家，中国从不缺问题，而这些问题恰恰就在生活实践之中。发现这些问题，就需要我们养成“敏感”的思维，需要我们多思、多想、多写、多观察、多实践。中国古人有言：“世事洞明皆学问，人情练达即文章”“担水劈柴皆有妙道”。所以法理学的素养是通过对生活的多思、多想最后达致“顿悟”来形成的，因此这种素养不是速成的，是在生活中一点一滴、日积月累、潜移默化中养成的。其实一篇篇小的随笔恰恰源于对生活的思考，法理学素养的形成离不开这些小的随笔。对生活的观察需要用随笔把它们记录下来，对世界的思考需要用随笔把它们表达出来，对世事的情感需要用随笔把它们抒发出来。法理学的思维是反思性的思维，即在别人看来稀松平常、司空见惯、见怪不怪、不足为奇的地方发现问题。小的随笔之所以比某些庸俗化的论文更有意义，正是由于它建立在对生活反思的基础上的，它源于对生活的感悟，实现了对既有常识的超越，所以它常常让人耳目一新，醍醐灌顶。

俗话说：“蜜蜂虽小，采的是花心；胡椒虽小，辣的是人心。”不是“小”就没有用处，而看是否能把“小”用在点子上。用在点子上的“小”就变成了“巧”，所谓“小巧玲珑”“短小精悍”。20世纪中美建交得益于小小的乒乓球，所谓“小球推动大球”。由此说开去，随笔虽小，如果能够反映深刻的道理，能够启发我们的思维，能够帮助我们认识世界，由小见大、以点带面，定能起到类似“小球推动大球”的功效。由此说来，随笔虽小，但理应被善待。

目 录

司法中的正义 1

1. “女神” VS “神兽”：司法标识背后的理念冲突 3
2. 为何《水浒传》之中“官司”多 9
3. “一根筋”的精神与法律人的品质 14
 4. 形式正义——诉讼的真谛 19
 5. 不宜把法官称作“公仆” 23
6. 司法正义有赖于“各负其责”和“各得其所” 27
 7. 法官需要理解 律师需要善待 33
 8. 法律是远离激情的理性 39
9. 倒下一个好法官 砸出一堆社会病 45
10. “公审大会”让我们看到了什么 51
11. 应该为引用《圣经》的判词叫好 55
12. 从“辛普森”案透析美国的诉讼机制 61

文化视野下的法理 67

13. 骑士精神 VS 孙子兵法：文化视野下的“规则意识” 69
14. 中华“和合”基因与现代国际法准则 75
15. 激情的卢梭！革命的卢梭！暴政的卢梭！ 79
16. 宪法学视野下的水浒英雄的命运 87

17. 从“人可非人”到“非人可人”	97
18. 法学家之死与法律信仰	104
19. “春秋决狱”的现代司法价值	107
20. 由武松杀嫂而引发的思考	110
21. 由包公的误判而引发的思考	113
22. 由“磨坊主告倒国王”而引发的思考	116
23. 神明裁判的形式合理性	119
24. 司法仪式的文化意蕴	122
25. 骑士精神与法国的宪政之路	125
26. 中国古代自然法中的人权思想	128
27. “七擒孟获”背后的文化冲突	130
28. 愚公真“愚”	133

法律中的人性 135

29. 我们今天应该如何讲“孝”	137
30. “亲亲相隐”还是“大义灭亲”	145
31. 人类为什么会穿上衣服——写在本谦先生之后	151
32. 人若“高尚”就要离“性”远一点	155
33. 为何水浒英雄不要“家”	160
34. 乱伦为罪的生物学解释	168
35. 乱伦为罪的社会学解释	173
36. “人是生物”——婚姻立法不能忽视的维度	178
37. 由大爷被“性侵”看中国当下强奸罪立法的缺陷	182
38. 构建良法要尊重人性的逻辑	188
39. 法律中的人性	191
40. 西方性犯罪立法的趋势	195

多维视角下的法治 199

- 41. “法治”面前须冷静 201
- 42. 变性人与少数人的权利 216
- 43. 口号背后的理念变迁 219
- 44. 财产权的人性基础 222
- 45. 私人财产权的法律真谛 224
- 46. 银行的VIP是对谁的VIP 226
- 47. 也谈法的属性 229
- 48. 为什么人体器官不能成为商品 234
- 49. 刑法上的行为系统刍议 237
- 50. 关于降低经济法运行成本的思考 243
- 51. 关于人权本体性的一点思考 247
- 52. 自由裁量权的正确行使之道 251
- 53. 遭强奸岂能成为包庇犯 256

特别推荐 261

- 54. 拥军教授在吉林大学法学专业2015届本科毕业典礼上的发言 263
- 55. 专访李拥军老师：我与吉大法理的不解之缘 267

司法中的正义



1. “女神” VS “神兽”： 司法标识背后的理念冲突*

从事法学研究或司法工作的人对“蒙目女神”和“独角神兽”的形象并不陌生，我们通常把这两种形象看成东西方传统中的司法的典型标志。当下的司法系统在推进司法文化建设时也常常把它们搬出来，借助于这两种形象来表达司法公正的理念。当我们走进各地的法院、检察院，或是在大门上，或是在长廊里，或是在墙壁上经常看到印有它们形象的标识。当看到这些标识时，我们或许曾为现代中国法官、检察官们的深厚的文化底蕴叫过好，为这些年司法系统的文化进步点过赞。但如果从文化学的角度来分析，我们会发现，其实司法文化的设计者们在把这两种形象搬出来之前并不一定真正地懂得其背后的文化意蕴。依笔者看来，这两种形象反映了不同的文化理念，且这些理念常常是冲突的。如果不分场合和具体条件硬是将它们拼凑在一起，就可能犯“张冠李戴”或“指鹿为马”的错误。

“蒙目女神”的原型是古希腊正义和秩序女神忒弥斯（Themis），也译成泰美斯。造型为一个端庄美丽但表情严肃的妇女，用布蒙住双眼，右手捧着天平，左手握着宝剑。据说她是众神之王宙斯的第二位妻子，

* 该文原载于财新网 2015 年 5 月 12 日“财新名家”专栏。

当特洛伊之战最激烈的时候，每一位不死的神祇都参加了战争，只有她傲然中立，她由此获得了众神之王的信任。或许是因为这一点，在欧洲文艺复兴之后，“蒙目女神”的形象逐渐被确立为司法的标志，进而出现在西方法院的建筑上。

“独角神兽”的原型是中国古代的神兽“𧈧”，又名“獬豸”，相传它是尧舜时期大法官皋陶审案所依靠的一只神兽，它似牛、似羊、似鹿、似麒麟，长着一只独角。它能够知善恶，断是非，擅长用独角撞击作奸犯科的人。《论衡》中说：“𧈧（𧈧）者，一角之羊也，性知有罪。皋陶治狱，其罪疑者，令羊触之，有罪则触，无罪则不触。”中国古代的“灋（法）”字就有“𧈧”这一边。之所以有这一边，按照《说文解字》的解释，是因为“𧈧”能“触不直者而去之”。“獬豸”扮演着古代法官判案工具的角色，所以后世往往将之视为中国传统的司法标志。

一个时代、一个民族的司法标志是该时代和民族司法理念和文化的集中反映。东西方迥然相异的两种司法形象折射出的是两种不同的法律文化和理念。

首先，“蒙目女神”是“人格化的神”，即是一种以人的形象塑造出来的神。法律以神的形象存在，则宣示了它的崇高性、至善性、权威性和人们守法的自觉性。神是需要信仰的，法律也是需要信仰的。女神的背后折射出的便是一种法律信仰主义的文化。这种信仰主义正是苏格拉底在因司法不公而蒙难时，宁赴死而不偷生的真正动因。而女神又是人格化的，她具有普通人的外观，她和古希腊时期的所有神一样，除了“不朽”之外，和人没有区别，她们也有七情六欲，也需要结婚生子，因此女神所表达出来的法律又是世俗化的，具有人文主义的特征。而“独角神兽”则是一种“神格化的兽”，即一种带有神性的动物。在“天地之间，以人为尊”的中国传统中，一个所谓的神如果没有被塑造成人的模样，它的地位注定是不高的。对于这种神兽，虽然连皋陶

都表示出了必要的客气和尊重，正如《论衡》中所说的，“斯盖天生一角圣兽，助狱为验，故皋陶敬羊，起坐事之”，但它终究还是四足动物，是为人判案提供帮助的工具。司法是由人来掌控的，人是主，兽是客，可谓“人能事客，亦能逐客”，所以从“獬豸”形象中所体现出来的是一种法律工具主义的理念。獬豸形象下的法律缺失了“女神”的神圣感，而更多地具有了为世俗权力服务的功利主义色彩。

其次，“蒙目女神”容颜美丽且具有女性主义的温柔，这映射出西方传统法律的“亲民”主义内涵。在拉丁文中，“Jus”一词，既有“法律”的内涵，也有“权利”的内涵。在由拉丁文发展而来的法文、德文等西方语言中，“权利”和“法律”往往是一个词（法文 *droit*、*loi*；德文中 *recht*、*gesetz*），由“Jus”演变而来的英文“Justic”一词，既有“公平的、正义的”意见，又有“法律的”意思，“right”既有“合理的”“公平的”意思，又有“权利”的意思。由此可以看出，“权利”“公平”“正义”和“法律”在西方是绑定在一起的。普罗泰戈拉讲述了这样的希腊神话：宙斯派信使赫耳墨斯把正义和尊敬带到人间，后者问宙斯怎么分配，宙斯回答说：“分给所有的人”，“你必须替我定下一条法律，如果有人不能获得这两种美德，那么应该把他处死，因为这种人国家的祸害”。由此看来，在西方，法律是关乎分配正义和个人权利归属的规则，是塞尔苏斯口中的“善良而公正的艺术”。它与每个人的切身利益息息相关，每个人的幸福、自由、权利都要到法律中寻找。难怪，《查士丁尼国法大全》中的《法学总论》开篇就规定的是“正义与法律”，并将正义规定为“给予每个人应得的部分的这种坚定而恒久的愿望”，而法律的任务就是要保护这种愿望。正因如此，法律和民众是亲近的。而“独角神兽”容颜丑陋，仪表威严，外露凶相。这种形象表达出的信息和逻辑是：法律的主要任务就是惩罚与威慑犯罪，维护秩序，法律只有让人恐惧，这种效果才能达

到。《说文解字》中说：“法，刑也。”而《国语》则这样解释刑：“大刑用甲兵，其次用斧钺；中刑用刀锯，其次用钻凿；薄刑用鞭扑，以威民也。”依照《说文解字》的解释，法（灋）之所以取“廌”和“去”做偏旁，是因为法就是要以“廌”来“触不直者而去之”，因此法本身就“清除”“杀戮”的意思，其最终的目的是震慑犯罪，维护既定的秩序。古代的“刑”，可将其看成在“井”旁边放上一把刀，或是在“开”旁边放一把刀，由此可以解释为“用刀维护土地制度（井田制）”，或是“用刀将人砍开”，两种解释都符合中国古代法律的上述内涵。要达到这样的目的，法律就不能表现得太过于“亲民”，而应该和民众保持必要的距离，正所谓“法不可知，则威不可测”。正因如此，“獬豸”身上则少了一种“女神”式的美丽和温柔，而多了一种凶神恶煞般的恐怖和威严。

再次，女神的眼睛是蒙着的或是闭着的，神兽的眼睛是睁着的或瞪着的。女神蒙着眼或闭着眼的形象表征了西方司法的被动主义传统。这意味着：女神判案要通过一种守株待兔式的坐堂问案的方式进行；法院的大门平时是关着的，当事人如果不叩门，女神不能主动出击，对案件的审查也应以当事人起诉的范围为限；案件事实主要靠当事人自己证明，女神主要用“天平”来称证据，证据充足，当事人就能胜诉，否则就要败诉。这正如西方法谚所说的：“法官的使命在于裁判而不是发现”，“不能证明的事实就是不存在”。神兽睁着或瞪着眼的形象表征了中国能动主义的司法传统。中国古代的法官同时肩负着侦查的职能，以主动出击的方式发现犯罪是司法工作的常态。所以只有睁着眼才能发现犯罪，驱除邪恶。董宣、包公、海瑞、狄仁杰、于成龙等都是这种侦探式的法官，他们留给后世的法律故事更多地不是体现在做法官上，而是体现在做侦探上。也正因如此，“明察秋毫”“断案如神”既是中国古代法官优秀的品质，也是他们的最高的职业追求。也因为“獬豸”瞪着

眼的形象更符合监察官的工作特点——为皇帝作“耳目之臣”，监视百官，纠察检举职务犯罪，因此中国古代的御史的官服上就绣有“獬豸”的图案。

女神的眼睛是蒙着的或闭着的还表征着：作为法官，无论是神还是人都是理性不及的，他们都没有洞察事物本质、掌握终极真理的能力。既然如此，退而求其次，法官只能依据证据和程序来裁判，而不能过多地依靠法官的智慧，这样的理念支撑了西方法律程序主义的发展。而“獬豸”的眼睛是睁着的或瞪着的则表征着：优秀的法官完全可以通过自己超常的能力发现事实，区分善恶，最终实现正义，因此，司法正义的实现与否取决于法官的能力和品质。这样，证据和程序在司法中不具有至高无上的地位，而“清官”“能吏”才是解决问题的关键。由此看来，“獬豸”形象中蕴含着一种人治主义下的“清官”文化。

通过以上分析，“蒙目女神”的形象更多地表达了现代法治主义的理念，而“独角神兽”的形象则更多地体现了传统的人治主义思维。由此说来，从弘扬法治理念的角度讲，无论是审判机关还是检察机关，过分地强调“獬豸”的形象都是不妥的。法治人治暂且不论，如果单从工作方式的角度看，“蒙目女神”的形象无疑更符合现代法院文化的特点，而“独角神兽”的形象则与现代审判理念相去甚远；而蕴含能动主义思维、擅长通过主动出击的方式来发现犯罪的“獬豸”形象无疑更符合现代检察文化，而“蒙目女神”式的消极对待对于检察工作来说无异于渎职。这样看来，我们在利用“女神”和“神兽”的形象来烘托和表征司法文化时，应该在理清其内涵的基础上根据司法工作性质的不同而有所侧重和选择，否则就有可能闹出“张冠李戴”“指鹿为马”“南辕北辙”的笑话。由此说开，在当下中国，审判机关和检察机关虽同属司法机关，但实际上它们在工作方式上却存在着很大的不同。正因如此，这就意味着，在当下所进行的司法改革中，人民法院和人民检察院不应该