

DONGFANG FAXUE CONGSHU

东方法学丛书

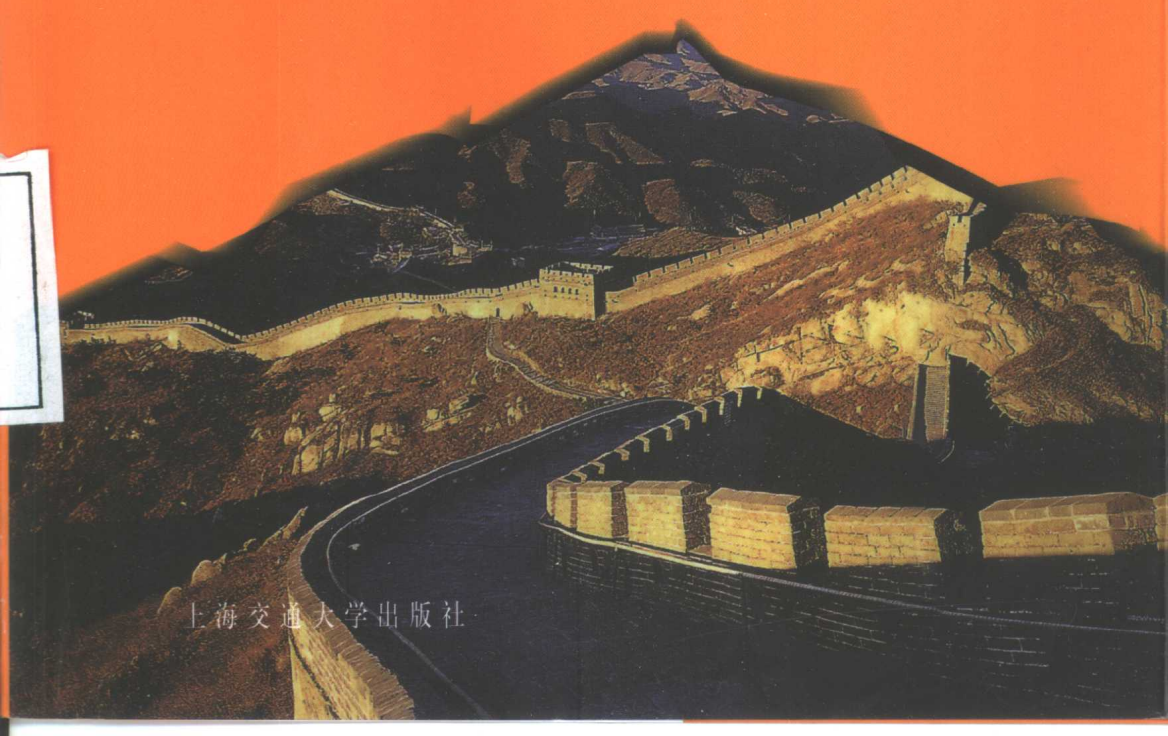
程维荣 著

DAOJIA YU

道家与 中国法文化

ZHONGGUO FAWENHUA

上海交通大学出版社



东方法学丛书

道家与中国法文化

程维荣 著

上海交通大学出版社

内 容 提 要

本书通过对道家的主要人物、著作及其思想的产生、发展、演变和衰微过程的研究,阐明了道家及其法律学说在中国传统法律和封建法制中的地位与影响。书中指出,从西汉中期起,道家法律学说中的黄老一派与儒家法律学说一起,共同构成封建官方法律思想的主要框架,对封建法制发挥了最主要的指导作用。与此同时,道家法律学说中的民间一派也对历代法律意识具有一定的影响。本书并对道家法律学说作了反思。

本书观点独到,资料翔实,论证严密,是有关道家法律学说的第一部专著,可供法学和法制史研究者、法律院校师生及有关实际工作者参阅。

图书在版编目(CIP)数据

道家与中国法文化/程维荣著. —上海:上海交通大学出版社, 2000(2001 重印)

(东方法学丛书)

ISBN 7-313-02432-0

I. 道… II. 程… III. 道教-法学史-研究-中国
IV. D909. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 21625 号

道家与中国法文化

程维荣 著

上海交通大学出版社出版发行

(上海市番禺路 877 号 邮政编码 200030)

电话:64071208 出版人:张天蔚

上海交通大学印刷厂印刷 全国新华书店经销

开本:890mm×1240mm 1/32 印张:8.5 字数:242 千字

2000 年 7 月第 1 版 2001 年 6 月第 2 次印刷

印数:501~2550

ISBN 7-313-02432-0/D·039 定价:14.50 元

版权所有 侵权必究

《东方法学丛书》编委会

主 任 何勤华

副主任 施福升

委 员 (按姓氏笔画为序)

丁 伟	王立民	王嘉禊	何勤华
刘宪权	肖建国	杨正鸣	岳川夫
郑幸福	郁金豹	郝铁川	施福升
郭载康	顾功耘	徐永康(常务)	
殷啸虎	游 伟	傅鼎生	



总 序

在世纪转换的历史时刻,中华民族前所未有地感受到了实行法治对国家发展和强盛的重要意义;在千年更替的重要关头,中国人民也更加坚定地确立了法治的目标。1999年3月,九届全国人大第二次会议通过的《宪法修正案》,把“依法治国,建设社会主义法治国家”的基本方略载入了宪法,勾画出了我国法治建设在新世纪发展的宏伟蓝图。

法治目标的实现,需要全体公民的共同努力,更需要法学研究者和法律工作者的不懈追求。法律高等院校一方面承担着培养法律专业工作后备力量的重任,同时也是法学研究的一支重要力量。华东政法学院是司法部部属普通高等院校之一,拥有一支法律教学和研究的师资队伍,长期以来,许多教师在从事法律教学工作的同时,辛勤地耕耘在法学研究的园地,并取得了一批成果,不仅为立法和司法实践提供了不少卓有价值的建议,也在法学理论研究方面提出了一些富有创见的观点。这些研究反过来又促进了教学质量的提高,它证明了法学研究和法学教育相互依存、相互促进的关系。

法学理论研究应当为法制建设服务,这是不言自明的道理。我国的法制建设在最近20多年取得了令世人瞩目的巨大进步和飞速发展,丰富多彩的法律实践和法治活动为法学理论工作者提供了一展身手的宽阔舞台和任意驰骋的广袤天地,也向法学研究人员提出了大量亟待解决的课题,这些都是法学研究走向繁荣的不可缺少的原动力和必要条件。

法学理论研究应当为法制建设提供指导,这是法学理论工作者必须承担的职责。我国的法治实践是在独特的历史背景和现实条件下进行的。一方面我们拥有上千年陈陈相因、绵延不绝的中华法系的传统,这一传统在近代以来却遇到了西方法律制度的巨大冲击与严峻挑战而



几近中断;另一方面我们在建设社会主义现代化强国和构建社会主义市场经济体制的过程中,又需要形成有自己特色的法律体系,而这一法律体系又必须能积极应对当今世界的共同法律规则。这些都要求我国的法学研究具有更高的立意、更广阔的视野和更新颖的理念。

正是基于上述认识,华东政法学院和上海交通大学出版社联手推出了这套《东方法学丛书》,以期尽自己绵薄之力,推动我国法学研究的开展。丛书取“东方”之名,是因为中国处于世界之东方,而上海又位居中国之东方,华东政法学院地处上海,原司法部部长、现任最高人民法院院长的肖扬同志曾称誉华东政法学院为“法学教育的东方明珠”,以“东方”二字来命名,固可区别于其他各种法学丛书,更期望能借得风气之先的这块宝地之地利,为我们这套丛书更多地汲取来自于生活这棵常青之树的养分。

收入这套丛书的著作均为华东政法学院教师的学术专著,这些著作中的观点不一定成熟,但却凝聚了作者对有关法律问题的思考。而且我们也想借丛书出版的机会,广泛地征求各方面的意见,使作者们在此基础上,能进一步深入研究,为我们奉献出更多更优秀的学术成果。

《东方法学丛书》编委会



前 言

道家,一个动合无形、出神入化的学派,一个延续千年而又似乎令后人难以捉摸的学派。

许多年以来,当儒学香火鼎盛、备受推崇的时候,道家学派却因为种种原因而受到不太公正的待遇。有的人对道家的渊源、创立和发展过程提出种种疑问;有的人认为道家只有哲学思想,最多也只有某些政治思想,而没有法律学说,与社会现实并无特别密切的关系;有的人认为早在西汉中期,道家学派已经寿终正寝;也有的人把道家与道教混为一谈,认为道家不过是一种土生土长的宗教。在这些偏见下,道家学说遭遇冷落,长期沉寂,几乎被人们从记忆中抹去。

今天,当我们掸去历史积尘、重新打开道家著作加以研读时,惊诧地发现从字里行间汨汨流淌出的,是一种罕见的智慧。它体现在蔑视权势、独立不羁的人格,体现在对天道与人道的悉心探索,体现在关于天下治乱兴衰规律的冷静思考,以及对理想社会秩序的渴望和追求。当然,这其中也有不少对法律的真知灼见。于是,我们在研究儒家、法家等学说时,经常会有恍然大悟的感觉:原来它们一些闪耀着光芒的思想是从道家学说嫁接来的;历史上不少时期的法律政策和原则,也都可以追溯到道家学说。

最近十几年来,在清理和总结中国传统文化的同时,海内外对道家文化的研究,形成了一个热潮,初步揭开了道家的神秘面纱。可惜的是,迄今并没有一部书对道家的法律学说作一个比较完整而深入的研究,更谈不上从道家学说的侧面来揭示中国历代法律思想和法律制度的发展规律。本书就是试图弥补这个缺憾的探索。

本书写作过程中,曾经向一些专家请教,同时参考了前人和今人的不少研究成果,其中有的已经在正文或书后“主要参考书目”中提及。本书的修改和出版,得到华东政法学院院领导、院科研处和古籍所负责



同志的大力支持和帮助；上海交通大学出版社领导和编辑对书稿的内容、结构提出了中肯的意见，并做了许多具体工作。对此，谨深表谢忱。至于书中的疏漏与不妥之处，概由作者自行负责。

对道家人物、著作、思想体系及其与中国传统法律的关系的研究，目前都还比较浅显，需要我们作进一步的发掘和探讨。正如《老子》第70章所说：

夫惟无知，
是以不我知。
知我者希，
则我者贵，
是以圣人，
被褐怀玉……

程维荣

1999年12月



目 录

第一章 道家与中国法文化概述	1
第一节 道家产生的社会背景.....	1
第二节 道家的理论渊源.....	4
第三节 道家法律学说的演变	12
第四节 道家在中国法文化中的地位	18
第二章 道家法律学说的肇始——《老子》的自然法思想	27
第一节 《老子》其人其书	27
第二节 “道法自然”的法律本质论	33
第三节 “无为而无不为”的法律运作观	37
第四节 攻击礼法与“小国寡民”的理想社会	43
第三章 道家法律学说的基础——以道为本、唯道是从的思想	47
第一节 《庄子》及其虚无缥缈的“道”	47
第二节 黄老的“气”与“道”	50
第三节 《吕氏春秋》“法天地”的道论	60
第四节 两汉探寻法律本质和统治思想的道论	64
第四章 道家学派中批判礼法的思想	77
第一节 《庄子》的法律虚无主义	77
第二节 《淮南子》等否定礼法的观点	83
第三节 魏晋至唐代批判礼法的观点	89
第五章 道家学派“无为而无不为”的思想	98
第一节 “彷徨乎尘垢之外,逍遥乎无为之业”.....	98
第二节 黄老学派的无为思想.....	102
第三节 西汉前期无为而治方针的确立与发展.....	105
第四节 《淮南子》等的“无为而无不为”的思想.....	109
第五节 魏晋至唐代的无为而治理论.....	115



第六章 道家黄老学派及其以后的法治思想	121
第一节 黄老学派高擎封建法治的大旗.....	121
第二节 《管子》涵摄道法的学说.....	124
第三节 《尹文子》的以名兼道说.....	129
第四节 《黄帝四经》等的“诛禁当罪”说.....	133
第五节 《吕氏春秋》等的法治思想.....	137
第六节 魏晋至唐代的法治思想.....	140
第七章 道家法律学派的约法慎刑学说	147
第一节 从“省刑寡罚”到“法宽刑缓”.....	147
第二节 汉文帝时期的慎刑观.....	151
第三节 《太平经》等的恤刑思想.....	154
第八章 道家黄老学派的变法与发展经济的思想	159
第一节 从《吕氏春秋》到三国时期的变法观.....	159
第二节 《管子》及历代以经济为法律之本的思想.....	164
第九章 道家黄老学派的“势”、“术”理论	169
第一节 慎到从法治引申出的“势”的理论.....	169
第二节 申不害“术”的理论的形成与发展.....	172
第十章 道家黄老学说与儒法间的互渗	175
第一节 黄老与《易传》的无为思想.....	175
第二节 黄老与荀子“壹于道法而谨于行令”的理论.....	180
第三节 韩非“归本于黄老”的法治学说.....	184
第四节 《吕氏春秋》与云梦秦简中的思想互渗.....	189
第十一章 道家黄老学说与封建官方法律思想	194
第一节 西汉前期的道儒观.....	194
第二节 封建官方法律思想的形成.....	198
第三节 《淮南子》与葛洪的儒道观.....	206
第十二章 道家黄老法律学说的立法与司法实践	215
第一节 东汉的司法概况.....	215
第二节 北魏统治者的“好黄老之术”.....	218
第三节 隋唐时的删繁废酷.....	222



第十三章 渐趋衰微的宋代及以后道家法律学说的影响 ·····	229
第一节 援道入儒的理学与宋代法律观·····	230
第二节 元明时黄老法律思想的余波·····	235
第三节 王夫之“律简而刑清”的理论·····	241
第四节 封建社会晚期批判君主与重刑的思想·····	244
第十四章 对道家法律学说与中国法文化的反思 ·····	249
第一节 道家法律学说的消极因素·····	249
第二节 黄老法律思想的启迪作用·····	252
第三节 继承和弘扬优秀法文化·····	257
主要参考书目 ·····	259



第一章

道家与中国法文化概述

道家及其法律学说的产生发展,与当时的社会经济、政治状况,以及各思想学派间的互相矛盾、竞争与融合有密切的关系。

第一节 道家产生的社会背景

道家产生于春秋战国这样一个社会剧烈动荡的时代。

一、春秋战国时期社会关系的变迁

从春秋起,各国各地区的社会经济发展较快,生产力水平得到普遍的提高。在郑国,东周初年还是一片荒芜,通过“斩之蓬蒿藜藿而共处之”(《左传·昭公十六年》),发展起了农业。晋国的城市规模相当大,山西侯马发现的几座互相毗邻的晋国古代遗址可以证明。在齐国,不仅农业和手工业发达,而且交通便捷,兼有鱼盐之利。至于楚国,春秋时已经从“辟在荆山,筦路蓝缕,以处草莽,跋涉山林”(《左传·昭公十二年》)的落后状况发展为南方经济、文化的重心。铁器的运用,促进了生产力的提高。春秋末期,铁器不但在齐国得到普遍使用,还传到了楚国,正在逐步取代石制和木制生产工具。牛耕已经推广,并出现了一批规模较大的水利工程,如楚国曾在今天安徽寿县修建芍陂,蓄水溉田。同时,手工业技术和商业流通水平也在提高。战国时代,铁制手工业工具代替了青铜工具,纺织、漆器、煮盐等行业形成规模,还出现了若干区域性的市场,各地之间的经济联系日趋频繁。

生产力的进步,促使经济关系发生变化。春秋时期,原有的土地制度遭到破坏,一些贵族开始把公田变成私田出租,自己成为地主。战国时代佃农“或耕豪民之田,见税什伍”(《汉书·食货志》)的情况,更明显地



反映了这种租佃关系。与此同时,只对国家承担义务的自耕农大量涌现,他们终年胼手胝足,忍饥受冻,在沉重的赋税、剧烈的土地兼并和天灾人祸之下,往往难逃破产甚至转死沟壑的厄运。春秋战国时期,“工商食官”的格局被打破,出现了私营手工业和独立的个体手工业以及私商,包括一批著名的富商大贾。

二、春秋战国时期政治法律制度的改革

社会关系的变化,导致政治制度的更替。由于诸侯割据,战乱频仍,周天子的权威一落千丈,天子、诸侯、卿、大夫之间的等级秩序极度紊乱,“僭越”和“犯上”的现象频频发生,还经常出现“臣弑君”、“子弑父”的事件。《史记·太史公自序》概括道:“春秋之中,弑君三十六,亡国五十二,诸侯奔走不得保其社稷者,不可胜数。”针对这种“礼崩乐坏”、旧的制度濒临崩溃的局面,春秋时期一些诸侯国的执政者或卿大夫采取了自上而下的改革措施,如齐国的管仲、郑国的子产、鲁国的季孙氏、楚国的白公胜等。到战国前期,出现了地主阶级的夺权斗争和社会变革,包括三家分晋、李悝变法、田氏代齐等。在楚国,则有吴起的改革,他“明法审令,捐不急之官,废公族疏远者”,“要在强兵”(《史记·孙子吴起列传》)。上述改革,有的成功,有的失败,在不同程度上都推动了社会关系和政治制度的发展与变更。

在各国的变法运动中,法律制度的改革尤其引人注目。西周以来“礼不下庶人,刑不上大夫”和秘密法的传统受到了严重冲击。公元前536年,郑国执政子产作刑书,公布于世,“以为国之常法”(《左传·昭公六年》注)。一些年以后,邓析盱衡郑国社会动荡的形势,另行起草了一部刑法,史称“竹刑”。邓析被杀,竹刑仍在郑国适用。公元前513年,晋国“铸刑鼎”(《左传·昭公二十九年》),将成文法公开铸在铁鼎上。到战国初年,李悝在魏国变法,制订《法经》,分盗、贼、囚、捕、杂、具六篇,系统规定了侵犯私有财产和君主专制的犯罪及相应的刑罚。上述成文法的公布,旨在确认和保护新的经济和政治制度,对推动社会变革与进步具有重要意义,同时也在当时的思想学术领域引起深刻的反响。



三、春秋战国时期的贵族与“士”

社会关系的剧烈变动和政治、法律制度的改革,不但顺应、保护了地主经济的壮大和佃农、自耕农的涌现,同时导致一批旧贵族迅速破产,落得个“筭门圭窆”的结局。晋国卿范氏、中行氏在国内失败后,出逃到齐国,其子孙“耕于齐”(《国语·晋语九》);《论语》中记载的隐士如楚狂接舆、长沮、桀溺、荷蓧丈人等,也都从有身份的人沦落而来。李悝变法,废除了旧的世卿世禄制度,改行“食有劳而禄有功”、“使有能而赏必行”(《说苑·政理》)的原则,剥夺了一批人的特权。这些说明当时确有不少旧贵族被冲刷到社会底层,失去往昔的威风,沦为隐居者,其中有的还不得不自食其力。他们遭剧变而沉沦的经历,决定了他们依恋旧时,对社会现实抱有强烈不满的情绪,并企图通过依附于自己的一部分“士”,从理论上重新探究天人关系,解释社会现象,寻求医治时弊的良药,为自己另找出路。

春秋战国时期的“士”的主体,即知识分子阶层,成分复杂。他们的出身、社会地位和阅历不同,接受的文化传统不同,所依附的社会力量和政治集团也不同。他们有的代表鼓吹变革的地主阶级的意志,有的体现反对剥削、向往平等的农民与手工业者的愿望,有的为企图恢复西周礼治与往昔尊严的一部分旧贵族而奔走鼓噪,也有的伴随着日益动荡的社会和急趋没落的旧贵族而消沉、悲观、绝望。他们分别从不同角度、以不同方式汲取当时的文化知识,著书授徒,阐述自己的思想,从而形成若干思想学派。邹鲁一带由于深厚的礼制传统,产生出儒家及其对立面的墨家;三晋政治变革较早,孕育出法家;齐国是培植阴阳家和兵家的土壤;而楚国,与中原距离较远,礼教和法制传统相对薄弱,却拥有浓厚的、原始的神鬼巫术氛围,以及在这种氛围中成长起来的光怪陆离的想像力,并且重视探索天地山川、风雨雷电等大自然的玄妙,又善于借鉴和吸收正在从中原逐渐流传过来的各种学派的思想材料,经过一段相当长的时期的酝酿和发展,最终以《老子》一书的问世为标志,初步开创出了道家学派。



第二节 道家的理论渊源

道家学派及其法律思想并非空穴来风,而是以一定的社会背景为条件,同时也经由西周以来的思想传统与春秋末期到战国前期各思想学派的滋润,并加以涵摄融化的过程。道家的理论渊源比较复杂,大致有以下几个方面。

一、西周以来的反天命思想

西周时,人们一方面承袭商代的天命观,认为存在着一个人格化的至上神,周王取得政权即由上天所授命,如说“丕显文王,受天有大命”(《大盂鼎》),又称“惟恭行天之罚”(《尚书·牧誓》),“天乃大命文王,殪戎殷”(《尚书·多士》),把法律说成是天的意志的体现;另一方面,鉴于商代统治者自称秉承天命却又未免覆灭的教训,对天命表示出怀疑的态度,说“天不可信”(《尚书·召奭》),“天命靡常”(《诗经·大雅·文王》)。

周宣王的太史史伯认为“和实生物,同则不继”,意为不同的事物相辅相成才能获得成功,“故先王以土与金木水火杂,以成百物”;反之,同类的东西只能“以同裨同”,而不能生出新的事物。(《国语·郑语》)史伯否定上天制造万物的目的论,显示出事物相生相克、矛盾运动才能推动世界发展的观点。春秋时,晋国的范宣子也说“惟命不于常”(《左传·成公十六年》);郑国的子产则认为天有阴阳风雨晦明六气,地有金木水火土五行,从这里生出政治制度和“刑罚威狱”(《左传·昭公二十五年》)。

商代和西周时,荆楚一带远离中原王朝,大体处于一种尚未开发的自然状态,因此楚人至上神的观念历来比较淡薄,却流传着认为日月星辰、风雨雷电、山川大地、花草树木、飞禽走兽等都由神鬼所司的泛神论,崇拜大自然的震撼人心的创造力。春秋以来,楚人又受到北方传来的上述反天命思想的影响,两者交相融合,逐渐培育出一种认为世界不以某种外在或内在的至上的主客观意志为转移,而是自然发生发展,从而更加明确地否定上天制造和主宰万物的意识。例如,《楚辞》中的《离骚》、《九歌》等篇就反映了这种意识。屈原在《离骚》中说:“皇天无私阿



兮,览民德焉错辅”,反对把人的命运都归结到上帝;《九歌》中则不但有东皇太一,而且罗列了东君、云中君、湘君、湘夫人、大司命、少司命、河伯诸神。和《楚辞》一样,《老子》的“道法自然”论也产生于战国时期的楚国,受到怀疑或否定至上神的意识的莫大启迪。

二、《周易》的矛盾转化思想

《周易》又称《易经》,是将上古占卦的爻辞整理而成,一般认为编定于周文王时期,有的地方也经过后世的加工,窜进了后来的一些史实。《周易》长期被作为一部占卜之书流行,其卦画被当作占筮的符号使用,其内容却综合地反映了古代社会发展的概貌,阐述了阶段性的辩证发展和总体循环变化的道理。由于《周易》深邃的思想内涵和极端古朴的文字,它被儒家奉为群经之首,同时也对道家学说的形成产生了重要影响。

例如,《周易》强调事物像天体一样,处于循环往复、无穷变化的过程中。乾卦一开始就说:“乾,元亨,利贞”,意为只要事物不停地循环变化,就非常吉利;坤卦云:“用六,利永贞”,意为永远保持变易的常道,大有益处。这种强调事物循环往复的观点,在后来道家所描述的道的不断运动变化的性格上留下了烙印。

又如,《周易》认为应该善于隐蔽自己,谦虚卑下,韬光养晦,以等待时机战胜对手。乾卦说:“初九,潜龙,勿用”,意为当事物处在刚开始的阶段,要像春天万物萌发的大自然那样,善于保全和发展自己。谦卦云:“谦,亨,君子有终”,君主如能用谦虚退让的方式行事,就会取得成功。遯卦云:“遯(通遁,下同),亨,小利贞”,遇到矛盾,如能巧妙地加以回避,让其自然发展,最终就能顺利解决;又云:“好遯,君子吉”,贵族倘能隐居,洁身自好,必然心想事成;又云:“嘉遯,贞吉”,表示君子赞许隐居的行为;又云:“肥遯,无不利”,意为贵族隐居,远离尘嚣,没有什么不好。巽卦说:“巽,小亨,利有攸往”,是说只要能以谦和的态度行动,便会无往而不胜。《周易》的上述思想,后来被道家发展为贵柔、以柔克刚、守雌、雌能胜雄、顺乎自然、无为而治的理论,并且影响到一部分贵族官僚和士采取隐居避世的行为。



《周易》批评贵族们过于贪婪、沉溺于享乐。豫卦说：“鸣豫，凶”，豫指舞乐，引申为贪图安逸。这句是说白昼跳舞、骄奢淫逸将带来凶险；又云：“盱豫，悔”，意为一味贪图淫乐，必然悔之莫及。节卦说：“安节，亨”，安于俭朴的生活，不错；又云：“不节若，则嗟若，无咎”，意为生活不节俭，就会倒霉，令人扼腕叹息，如能改正则不错。道家反对奢靡，主张绝巧弃利、返璞归真，以及黄老提出轻徭薄赋、与民休息，盖发轫于《周易》的这种思想。此外，比卦说“比之无首，凶”，意为朝臣如与诸侯互相攀附勾结，鸠聚党羽，动摇君主的中心地位，危害极大。道家提出的君主操术、南面而王的思想，应当与此有关。

北宋邵雍曾说：“老子知《易》之体”（《观物外篇》），正是看到了《周易》对道家的多方面的影响。

三、《论语》的不争、正名与德刑关系说

《论语》是记载春秋末期儒家创始人孔子及其一些弟子的思想与言行的书籍，由孔子弟子或再传弟子在战国初期编纂而成。作为儒家经典之一，《论语》主要收录了孔子有关仁义、德治、礼教以及为人处世方面的言论，从中反映出他的政治理想、伦理道德观念以及若干法律思想。《论语》对道家理论的形成与发展具有一定的影响。

《论语》中多次谈及道，主要指治国之道与人的品行修养的准则。至于宇宙本体和发展规律的道，孔子称为“天道”，只在个别地方有所论述。不过，孔子曾经谈到无为而治，如说：“无为而治者，其舜也与，夫何为哉，恭己、正南面而已矣。”（《卫灵公》）这是说只有“恭己”、“正南面”的舜才配戴上无为而治的桂冠。有人根据这句话，认为传世本《老子》的作者早于孔子，其实理由并不充分，因为除传世本《老子》以外，别人也可以讲无为而治，况且《老子》也一再批判仁义与礼。合理的解释应该是，孔子认为只有舜才称得上无为而治，《老子》则受孔子影响，并且把无为而治发展成一条普遍的原则。孔子又说：“天何言哉？四时行焉，百物生焉，天何言哉？”（《阳货》）也含有自然无为的意思，后来被《老子》引申为道生万物和行不言之教的思想。

孔子说“君子无所争”（《八佾》），“君子矜而不争”（《卫灵公》），曾参说