

江

江山著作集

2

中國法理念

江山著



元照

江山著作集·2

中國法理念



江 山 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

中國法理念／江山著.-- 初版.-- 臺北市：
江山出版：元照總經銷，2007.11
面；公分.--（江山著作集；2）
參考書目：面
ISBN 978-957-41-4934-6（精裝）

1. 法律思想史 2. 法律哲學 3. 中國

580.192

96020056

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

中國法理念

5D109GA

2008年3月初版第1刷

作者 江山
出版者 江山
總經銷 元照出版有限公司
100 台北市館前路 18 號 5 樓
網址 www.angle.com.tw
定價 新台幣 400 元
專線 (02)2375-6688
傳真 (02)2331-8496
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-41-4934-6

本著作集由漢光教育基金會
資助出版

《江山著作集》序

20餘年來，本人一直致力於與中國文化、哲學、歷史、制度相關論域的研究，亦以同態的心情關注相同論域的西方、印度。早期的困惑在於情緒的不舒暢：何以中國落後了！最先讓我疑惑不解的問題，是中國為什麼沒有產生宗教？繼而，中國為什麼不能產生如李約瑟所說的西方式的科學技術體系？復後，西方的民主、法治、憲政體制亦讓人自愧弗如。最後，西方的道德理性主義哲學及其知識論、方法論依然讓我汗顏無地。有一段時間，我使自己和我的母本文化完全失落了。上個世紀80年代中葉偏晚以前，我一直在痛苦地掙扎著。此後，深刻的閱讀和思考，終於慢慢地改變了這種困局，一些深層的想法得以漸漸集結，以致最終不再被當下狀態困擾，有了一種別開生面、創化待來的境界。

這裏收集的著作，正好成就於上言困局的末期以後。大體上，批判的選擇性已非常明顯，而更多則致力於創化與開新。

10幾年來，我對中國文化的理解與以前已大為不同，此乃深層記憶的恢復讓我有堅實的信念：面對後現代的人類，我們必須認真對待和重新思考包括中國文化在內的東方文化。

中國文化對人類的後現代將有獨到的價值和意義貢獻。

這便是，西方文化早在混亂過渡期，便已然斷裂了自然本根倫理，不得已而開始了人域化、封閉化、人為化的建構歷程。

這種已域化的文化，因由劇烈的已域衝突和社會的強盜化誘發而生成，因之，在過去幾千年的衍繹過程中，它將已域衝突的

解決及人域的公平、正義作為了全部文化的中心價值。

由於沒有或缺失自然本根倫理的支援，由於自然被客體化、外在化、物理化，人本身被迫失落，被迫漂浮，因而，人的意義和價值追尋亦成為了文化動因。

不幸的是，劇烈的生命衝突與競爭，復特別容易使這種追尋功利化、工具化，一切主體意識之外物，為著生存的需求，全部被利益化、權利化。

衝突與競爭的劇烈，同樣會逼使人的責任倫理的收縮、自限，以致自我個體成為社會結構中的單元。因為，祇有個體自己才可能對自己負真實的責任。

社會構成單元的個體化，使社會形態、社會行為及制度文明、文化體系的衍繹，有了強力的動機與目的，它粉碎了社群倫理的固有形態，如熟人倫理、地域倫理、宗親倫理之類，重新構築了以功利和得失為目的的契約倫理；同理，為著功利與生存的需求，社會單元個體化亦被制度所建構，成為制度設定的主體或法律資格者。

最終，以主體為核心，融並權利、契約而成的制度形態得以成立，是為主體構成性法律體系。

主體構成性法律體系，復會強化文化的功利化、工具化，而文化的功利化與工具化，往往是拿人來承載的，結果是人的工具化與木偶化。箇中邏輯理由是，祇有工具化、木偶化的人，才可能有公平、正義的作為。這意味著，人的變態與扭曲是必然之事。

進而，由於人力的侷限性和缺失自然本根的支援，致使這種文化體系的建構通常是與解構交錯進行的，即文化有著極強的相

對性表徵。一般言，解構極方便破壞人的心靈與觀念家園，積久之下，它會產生懷疑、反抗、祛魅、迷茫、斷裂。這樣的懷疑、反神、祛魅情態，在西方常行不衰，其中，時效之長、劇烈之激者有兩次，一為混亂過渡期；一為晚近以來的當下。這是而今出現了現代性的迷茫之因為所以。

人祇能憑藉自為的力量和方式去建構界域性極強的文化形態，亦是西方文化之表徵。界域化的結局是，文化類型本身成為了衝突的原因。在相對性的體質原則作用下，所有的類型都會自視其為絕對，於是，虛假觀念支持下的文化理念衝突會消耗掉無數的生靈與人生真實。

人性的自利性、功利性、政治性、倫理性及理性諸樣態，已在過去的文化歷程中，被西方文化解釋得淋漓盡致、完備恰當，其卓越建樹主要表現在四個領域：救濟與安頓精神的宗教體系；滿足智慧和工具需求的道德理性體系；實現秩序和正義的法治、憲政體系；理解外在並求索物利的科學技術體系。

然而，現時代和現代性經歷之後，人性的他樣態或高級樣態——人的公共性、自然性已然呈出，這便給己域化、界域化、人為化、封閉化的西方文化構壘了絕壁，如何破解，已成困局。

當此之際，包括印度文化、中國文化的東方文化，卻有雍容自在的氣度與品格。此乃因為，東方文化所獨具的自然本根倫理，是其靈魂質要。東方文化源於自然本根，並得以衍繹、遵循、建構、宏大、不墜、不輟，其公共性、自然性的內質一以貫之，沒有斷裂，亦未曾封閉於界域之中，以致可以接續起後現代的人類文化歷程。是以，中國文化便有了必得去重新理解和說明的需求。

本《著作集》所收入的9本書，是這一新型需求的系列表達。它既包括一般意義上的中國文化批判性的著作，也包括文化價值討論的著作，同時也有制度文明的專著、中國法價值體系的專著、中國法文化體系的專著、後現代法律發展趨向的專著。總之，這9本著作自成一體，言之有據，是中國本土學人自磨自琢20餘年的心得所在。

本著作集得以集結以繁體在臺灣出版，實在乃機緣所致。

時值2006年歲末，適逢本人來臺灣大學講學，有機會結識臺灣知識界、文化界、出版界、學術界諸多朋友。諸位朋友和機構的協力得促成此舉，是以感懷致謝。特別值得提出的有：我的朋友賴來焜君，10餘年來，他矢志不移，竭力提攜我的學術和事業；我的朋友魏憶龍君、賴郁芬君亦多年鼎力贊襄；我的朋友徐世昌君、宋具芳君慷慨相助，終成盛舉。

同樣必得感謝臺灣漢光教育基金會，它們全力資助了本著作集的出版。

本著作集的出版，亦受惠於出版者臺灣元照出版公司。為此，我要特別感謝萬總經理聖德先生，感謝諸位責任編輯的辛勞。此外，我的學生王立傑同學參與了本書的校對工作，亦致謝意。

本書雖已在大陸出過簡體版，但本版為繁體版之初版，特此說明。

足 无
識於臺灣大學
2007年1月

簡體第四版序

《中國法理念》本次作為我個人的法學著作集之一再行出版，應該說幾句話。

如書中所言，中國法文化與中國文化之間，除有描述上的別致外，其形態、內質並不二致。中國文化中的價值體系、觀念，實是一種非板塊的拼圖結構。其自然或本來價值可謂之為血親——社群本位倫理。即群自我倫理支使而有的血親和諧價值的原生，繼之被熟人倫理、地域倫理、群域倫理所擴張、滋養，最終成為典型農業社會的主流價值觀念和體系。它主張親合、親情、柔性的秩序規則及關係的熟人人格化。

然而，這一血親——社群本位的價值觀念並不佔據中國價值拼圖的全部。自從東亞社會產生國家以來，一種更強勢的價值追求一直在排擠著此原生價值的絕對性和合法地位，以至於情形顛倒、本末易位。這便是因政治強權產生而引出的政治中心主義的價值觀。它強調政治統治之權力、權威的合法、有效。為此，人為地使之成為中國社會的第一價值，是數千年來中國文化的主要動力源。

政治中心主義的第一價值導向和惡魔式的排他性，強使中國文化作畸形變態。有幸的是，這種妖魔般的張力仍然受到了遏制，它來自三個方面。

其一，中國之社會結構是無以數計家族單元的集合，而政治

結構的不同僅在於一個家族有幸凌駕在了這無數個家族之上（當然，也有若干個家族會在這種凌駕中上昇到中介地位）。這樣的凌駕並不具有絕對性。一是僥倖所得；二是要想讓千萬個家族馴首貼耳，實在大有難度。心理上的虛空和事實上的困難祇能逼使統治者作出放棄、讓步，被統治者亦有度量分寸。各自保持姿態、避免衝撞、減少麻煩，用制度、觀念承認對方的地位、既得、傳習。縣鄉之間正好構成這樣的緩衝地帶：中央皇權止於縣，然後是對鄉以下既定家族權力、位格的承認、同意；家族勢力確保對皇權及其延伸的接收，並承擔錢、糧、丁之類的物利義務。

多數情況下，這種政治結構的格局是穩定的，除非一方或雙方出現差錯。解決衝突的方式通常不外乎，政府用國家力量遷徙、分離、剝奪豪強鄉紳，使之削弱；家族則會用起義、揭竿的方式來更換另一統治家族。這可謂之中國歷史中的劇變期，它導致政治格局的重組，或局部調整。

一般言，這種格局正好變成了一種有效的遏制：中央政權不可能一意孤行、為所欲為。結果是，中國社會的諸家族因之保有了許多固有權利，亦保持了從遠古而來的生活法則、習俗。不變的鄉規民約、習俗法則對地方權利的存在有幫固之功，故是抗衡專制統治的重要載體。

其二，以孔子為領袖的北方知識份子群，自視為真理的代言人，他們認為其發現和掌握的是普世性的真理，是可以丈量社會、人生、政治的終極標準。

孔子之類的知識者，依其出身言，實屬於統治者陣營，祇是已被高度地邊緣化了。西周分封制的結局，正好打造出了一大批有貴族血統、受過良好教育、卻無有豐財物利的人，他們被稱為士（少土者為士）。邊緣化狀態和春秋的分割局面，加快了士人的分裂、組合。孔子的偉大在於，他不以己私和急功近利的生活態度去消解人生，相反，他認為扶助野民小人、幫助統治者、提昇士人君子，乃是同化天下、文明社會的良途。他繼續認為，一個德性良好的人是良好家庭的前提，一個良好家庭則是良好國家的前提，而一個良好國家則是天下太平、大同和諧的前提。如此之際，所謂政治暴行、專制統治將會如風之煙，無影而散。

孔子巧妙地利用統治者已然製造好了的政治哲學資源，將周公所重的德政、禮制翻造為仁政、禮儀，將以仁為中心的人域公共倫理巧然地替換了以德為中心的政治倫理，用廣普性覆蓋特定性。經他之手，周公及其古典政治材料煥然一新，成為中國文化經典。進而使合和諧一的天下、人域公共倫理成為評判政治行為和體制的最高標準，從而扼止了政治價值的單一性和瘋狂作為。

其三，中國文化資源中，不止北方的政治性、倫理性文化居其要，南方流源甚久的自然性、神秘性文化亦有分量。南北文化會合後，南方文化的學理和思辨價值獲急遽提昇，其自然神論最終占穩了中國文化的根柢地位。

天道物理、人秩人倫通過《周易》、《洪範》及老子學說而貫通不二、暢行天下，以此奠定了中國文化人與自然同一不二、天人合一的終極原則，亦為人世生活、行為設置了最高準則和邊

界。循自然規則生活成為東亞農業社會和文明形態的法寶，即使統治者亦無法逾越。結果便極大地壓制了人欲的狂妄和政治異化物的畸型，是以對緩解中國的專制統治有源頭和不可抗逆的意義（漢代的董仲舒曾將神秘性人格化，結合儒家的倫理性，重構了一個神〈天〉道王道體系，結果對後世的統治者有更明顯的制衡作用）。

中國文化的出脫，實則是上言四種力量搏弈、抵礪的結果。故其特徵可言說為五：整體性、本源性、宗親性、政治性、倫理性。它們貫透著中國文化的方方面面，亦然未曾遺漏中國法文化。中國社會的法律制度、秩序觀念、身行歸置即此五性的復合結晶。

此次入集，依然不便過分變動，主要祇進行了文字性的改訂。重新錄入、校對、整理過程中，我的學生何歡、何再旋或全部、或部分參與了工作，甚為感謝。再次需要感謝的是中國政法大學出版社的李傳敢先生、張越女士，他們的厚愛成全了我的願望。

足 无 謹識

2004年12月

簡體增訂版序

本次增訂修訂，適逢拙作初版10年。

10年間，我有兩種遭遇，首先是遭遇自己，其次是遭遇批評。

所謂遭遇自己，主要是當初作這本書的動機與後來的學術徑向有很大差別。起初，我祇想以自己的立場寫一本有關中國法觀念之批判的書，幾年的資料研究和寫作過程，不覺漸次大有改變，並使自己的立場專門化、強化，最終是以兩種幾乎相反的意見共同促成本書成稿的。這就是對政治中心主義、人類中心主義的批判和對中國文化之根養的認同、理解。

然而，這並不意味著可以打住不前。後來的學術動機更是乘勢直上，由批判政治中心主義而批判現代性，由認同中國文化之根養而認同超現代的普遍價值或共同嚮往，由批判人類中心主義而認同人際同構的理念，由批判（中國）法律政治化、倫理化而主張法律法律化，然後再倫理化、過程化、網路化，如此之類，未敢一日消停。

所謂遭遇批評，要之有二：一是說者多以為我的語言文字不雅，難以把握、理解，或不知所云；二是批評者謂我所言不似法學，外借概念居多，無法與法學直接貫通。現在看來，第一種批評確有中肯處。我的文字曾受「文革」期「歐化」的影響，以致本書中尚存遺跡。許多話未用自然語言表達，卻喜用層疊式的狀

語從句，或補語、倒裝句、長句來顯示，未免有賣弄之嫌，結果適得其反，亦平添讀者理解的困難，實在是不應當的。

第二種批評，我則想略作幾點說明。

我一向以為，中國法學，特別是法理學或法哲學若不能獨立思考，自為自足，承續有來，建構出自適自性的學理體系，終將失去自己。而一個沒有「自我」的法理學，是很難躋身於世界學術之林的。

當今之人類，非但劇變不定，尚有迷失所往，不知所向的困境，固有之價值、秩序、公理，已一一解構，祛魅之極，亙古絕有。如此之際，渴望解困、解惑、解釋的心理嚮往，將主宰人類文化的走向和內涵。時下的法理學，若不斂神靜思、體悟會通，給法之價值、本原、內質理念、功能，乃至體系構造以順乎情境、事理的解釋，必無自立之地。

法學之興，實與情、勢、事、境、域俱移。故有之情、勢、事、境侷限甚多，不出地域、種族、國家、農業、商業、工業，人力、獸力、機械力，權利、權力、身分之所限，故其法和法學亦不外是地域性、人域性、國家性的規則和學問。所謂正義，無非一「分」字而已——通過人為設定的「分」（身分、資格、所有、等級、權利）來解決人域內（人與人、人與社會）的利益衝突、紛爭，由之就有所謂秩序。

現有及未有之情、勢、事、境、域則開展甚廣，由人域而他域，由人類而自然，由地球而外空，由自我而環境，由外在而內

在。想往所至，人力即至；想往未至，人力亦至。人借助不曾想像的自然力去改變自在世界，甚或去破壞自在世界，後果實難逆料。當然，人類也從中理會了許多真理，比如自然世界（包括人自己）是一個有機的互助、同構體系，是一能量傳遞、循環不已的過程，存在的世界沒有絕對性，沒有主宰，共同進化，和諧自足，等等。如此之下，故有之法律、法學、法之價值觀、法之結構體系、法之內質理念如何能觀照、把握當下之情、勢、事、境、域呢！這實是我們不能不理會的問題。

所謂自強不息，守成開新，於今有特別意義。「分」的法理念祇有效於人域而有害於人際，若希冀法的繼續有效性，當有「合」的法理念與之互助、同構、互補。那麼，這「合」的理念又從何而來，如何理解、把握，如何使之流行貫通法律條設之類，實非單一的法學知識可以了然。這便對法學家，特別是法理學家們提出了新的責任和學術範圍。設若沒有與之相應的文化背景、知識資源及學術意境，當難承此大命。

中國根養、超現代的普遍價值、人際同構，以及批判政治中心主義、人類中心主義，是我十數年來學術研究和寫作的主要動機。但如前所述，最初的動機實在不很清晰，如對超現代的普遍或共同價值的嚮往及人際同構的理解，尚停留在濫觴狀態。這正是本書未能完善的主要原因。10年來，我不斷地調整思路，試圖有所補救和完善，結果如何，祇好待讀者諸君評判。我能自信的大抵祇是我的路徑和嚮往昭然不迷。我希望我從事的不是一種孤立或單一的功業，亦願中國法理學，甚至世界法理學能完成上述

的由「分」而「合」的轉型，給出供養天人之際、人域他域同構、互助、和諧的秩序觀念和學理體系。

今天的學術環境與10年前已大為不同。特別值得欣慰的是，法學研究正在向深層次進動：堆積資料、平鋪直敘、單一引進之類已難獨占鰲頭；學術漸次規範化，主題性研究日盛一日，實證分析如水推舟，則是法學學術今此的新氣象。經過這樣的歷程之後，人們不免會有一種無法不生發的企求：執一貫通的學說體系與獨有自足的學術框架。

10年前，這也許是奢望，如今，卻已成為一可期冀的學術使命。

此次修訂，考慮到本書特有的內容和理路特點，我不能完全改寫它，我也實在寫不出另外一本全新的《中國法理念》。因為它的理路和大框架仍為我所認可、同意。雖然，有關中國法文化的許多具體問題，可作出若干有本人色彩的描述和研究，甚或寫出另一本書，但那並不是非常重要的。這樣，我祇能作一些小的修補、改錯。稍有特別的是，我將全部注釋由原來的夾註改為了註腳，這是為了遵從所謂學術規範。另外，我還將幾年前寫的一篇論文《中國自然法理念的現代意義》¹放在了書末，作為本書的跋論，這樣或許更便於讀者諸君直觀地瞭解我的寫書動機。這意味著有許多遺憾還在書中，懇請諸君諒解。

¹ 見《北大法律評論》，第1卷第2期。

最後，我要感謝同仁謝暉先生，沒有他的熱情邀請，這個增訂本是難以如願的。也要感謝山東人民出版社，感謝李懷德先生，是他們給我提供了這樣的機會。

足 无 謹識

1999年10月