

# 心学正义

看不见的法律

朱祖飞 著



Invisible Law

Wang Yang Ming's Idealist Justice



中国民主法制出版社  
全国百佳图书出版单位

# 心学正义

—— 看不见的法律 ——

朱祖飞 著

中国民主法制出版社

2018年·北京

## 图书在版编目 (CIP) 数据

心学正义：看不见的法律/朱祖飞著. -- 北京：中国民主法制出版社，2018.5  
ISBN 978-7-5162-1784-9

I. ①心… II. ①朱… III. ①正义—研究 IV.  
①B82

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 078808 号

图书出品人：刘海涛  
出版统筹：乔先彪  
责任编辑：程王刚

---

书名/心学正义：看不见的法律  
作者/朱祖飞 著

---

出版·发行/中国民主法制出版社  
地址/北京市丰台区右安门外玉林里 7 号 (100069)  
电话/(010) 63055259 (总编室) 63056573 63058790  
传真/(010) 63056983 63058790

http://www.npcpub.com

E-mail: mzfz@npcpub.com

经销/新华书店

开本/32 开 880 毫米 × 1230 毫米

印张/8 字数/200 千字

版本/2018 年 5 月第 1 版 2018 年 7 月第 2 次印刷

印刷/北京美图印务有限公司

---

书号/ISBN 978-7-5162-1784-9

定价/38.00 元

出版声明/版权所有，侵权必究。

---

(如有缺页或倒装，本社负责退换)



· 作者简介 ·

---

朱祖飞 浙江苍南人，资深律师，北京德恒（温州）律师事务所合伙人；现任温州市律师协会民事专业委员会主任，温州市律师协会业务指导和培训工作委员会（重大、敏感案件办理指导工作委员会）副主任，温州市政法委执法监督专家智库成员，温州大学法政学院实务导师。

曾荣获温州市“优秀律师”“十佳律师”、温州仲裁委员会“优秀仲裁员”“十佳仲裁员”称号，实务论文多次荣获市级、省级一等奖以及长三角地区、华东地区、全国奖项。

## 正义的良心之维

法律究竟是对象世界（包括“天人关系”“群己关系”“身心关系”）规定性的客观表达，还是主体需求世界的文字记载？抑或是客观见之于主观的规范体系？进而，据法律裁判的司法活动所根据的，究竟是法律，还是法律背后的主观决断——法官良心，人类良知？法律究竟是客观的，还是主观的？这些对法律本质性问题的追问，站在不同的学术视角，似有并不相同的答案。

在西方，从法律注释学派开始，一直到分析实证主义法学这一脉，大体都把法律视为“上帝死了”、神权衰落以来，世俗国家中人们交往行为的确定的、逻辑自洽的、因之也是最高的准则。法律，无论其作为主权者的命令，还是作为一套用来规范主体交往行为和法官裁判纠纷的规范体系，无论其作为人们对自己交往行为的标准预期，还是运用我们熟悉的语言，它作为分配人们权利义务的规矩，自然，都须具有客观性。这种客观性，既表现在法律规范对其调整对象——“事物规定性”的揭示上，也表现在法律规范的语言形式上——法律就是一套用语言表达的规范，只要语言具有确定性、客观性，法律就必然具有确定性、客观性。因为法律及其语言的确定，它才能像语言一样“表意”“行事”“取效”，才能以语言为基准建立法律规范、构造法律秩序、调整法律化的主体交往关系，否

则，人类交往，就只能变得“没有规矩，不能成方圆”了。

但是，毕竟世俗国家在否定了神权对人权的压制之时，又无可奈何地抬出了一个替代神权的角色——国家或“主权者”，并以人的理性替代神的理性。这表明，人类总是需要权威的，但同时人类又必须提防权威的恣意妄为。为此，人们不但认真审视权力，而且通过法律制约权力——即使对出自主权者的法律也以同样的态度审视。所以，从脱胎于注释法学的评论法学开始，中经自由法学，直到所谓“现实主义法学运动”，无论在大陆法系国家，还是在英美法系国家，学者们对法律的客观性、确定性、逻辑自洽性等都提出了大胆的质疑。特别是现实主义法学者，不但激烈地怀疑并否定既有法学对法律“不切实际的”客观期待，而且在其论述中使法律的确定性追求完全陷入某种相对主义的窠臼。值得关注的是，在美国，这一脉的代表性学者，除了卢埃林之外，其他如霍姆斯、卡多佐、弗兰克、格雷等，皆是法官出身。那么，此种情形究竟意味着什么？

在我看来，这是人们怀疑“法律王”的权威性之后，法学家们对法律确定性不足的一种学理救济之道。犹如人们怀疑神权的合法性，在宣称“上帝死了”之后，需要抬出国家以救济一样。不过这一次人们抬出的，名义上是法官良知及其“自由心证”，实质上则是所谓“司法中心主义”。这样，人类秩序的构建和维系，似乎从“法律王”时代进入到“司法王”时代。这种变迁，事实上仍不过是寻求人类交往的另一种确定性——从立法的确定走向司法的确定。在一定意义上，它确实满足了在一个日新月异、不断变革的时代人们对法律灵活性的要求，并藉此种要求把法律真理的一般性结构在个案裁判的具体性上，把法律应有的客观性贯彻到法官的良心决断中，把法

律规范的确定性适度让位给正心诚意的良知把握，把程序正义的形式公平同时也切换为实质正义的实体公平。

上述两种不同路向的法学及其对法律的看法，在法治起步期和法学大规模输入期的当代中国，因所谓“历时性问题的共时性解决”，一并进入我国学者的视野。无论大陆法系的成文法传统、实质正义的追求、立法中心主义，还是英美法系的判例法精神、程序正义的追求、司法中心主义，无论是分析实证主义法学、法律教义学、自由法学、现实主义法学，还是其他林林总总、形形色色、有所长的西方法学流派，都井喷般地涌入我国法学界。此情此景，诚可谓琳琅满目、目不暇给。

那么，在我国法治建设中究竟应坚持“严格规则主义”的法治，还是奉行“正当程序主义”的法治？应坚守法律的客观性，还是因为法律的不确定性而主张法律的反思性，甚至主张法律及其价值的主观性？法律和司法活动，究竟应秉持客观理性的立场去作为，还是根据立法者的主观价值追求和司法者的内在良心去作为？法律学术和法学教育，究竟秉持规范分析的“客观立场”，还是价值求证的“主观立场”？这些问题，显然既是变革时代法律尤为明显的不确定性所诱致人们必须去做的学术课题，也是一个民治国家学术思想多元化的应有表现。

在法学输入的同时，也不难发现，我国法学界已经开始比较自觉地寻求并论证立足于我国思想传统和现实法治生活的法学。这从“法的自然精神论”（江山）、“法律文化论”（梁治平）、“本土资源论”（朱苏力）、“法治理想图景论”（邓正来）、“法治与文明秩序论”（於兴中）、“法的中国性理论”（王人博）、“新历史法学理论”（许章润）、“民间法理论”（谢晖）、“新道统论”（魏敦友）等的研究中不难发现其端

倪——尽管这些学者们的研究，无论就对象范围、概念术语、学术范式、论述手段、思维方式等而言，仍旧是西方法学在当代中国的具体展开方式（自然，这与纯粹钻研西方法学传统及其理论范式的研究又有很大不同）。

令人欣喜的是，除了这些研究之外，还有些学者把中国古典学术的既有范畴融入当下的法学研究，如俞荣根的“伦理法论”，霍存福的“权力场论”，范忠信、陈景良等的“情理法论”，徐忠民的“法律与文学研究”，龙大轩的“道统法理论”，史大晓的“理学法理论”，杜文忠的“法俗理论”，喻中的“新法家理论”，以及这部《心学正义：看不见的法律》的作者朱祖飞律师念兹在兹的“心学法理论”。只是有些学者意在通过探究传统儒家法思想、中国固有法文化或宋明理学的法思想而阐述一种思想史与制度史的事实及其对这种事实提纲挈领的总结，而有些学者却不太在意思想史和制度史本身，而是以其作为引子，阐述作者自己的法观念。《心学正义：看不见的法律》的作者就属于后者。

众所周知，心学是宋代以来，和理学、实学等学术流派并列发展，并对我国及东亚世界影响巨大的学术流派。和理学的客观外取相较，心学更为强调孟轲那种“万物皆备于我”的良心内修功夫。诚如心学之集大成者王阳明所言：“无善无恶心之体，有善有恶意之动。知善知恶是良知，为善去恶是格物。”和实学的“实体达用”“经世致用”的外在功利追求相较，心学则沉醉于精神世界，把一切的物质实践行为搭架在人们的精神世界而考量，拒绝物欲横流，幸福反求诸己。

这种强调精神存在的哲学理念，我们在西人的哲学传统中似也不难发现。从柏拉图的理念论开始，中经黑格尔的精神现象学，直到如今影响甚大的语言分析哲学、哲学诠释学、主体



间性论、实践商谈论等，都把立论的基点置于对人之精神本质的把握上。尽管它和我国既有的心学哲学在立论的目的、根据、方法上或有不同，但把哲学思考的前提立足于作为精神实在的人之上，却是我国心学和西人理念—主体学说的共同特点。由此出发，我们更容易发现包括法律在内的人类实践之精神本质。

正是在此意义上，或许才有了把心学和法学勾连起来的逻辑基础。人类的法律及其实践活动，尽管从其出发点看，是为了分配主体交往时的权利和义务，从而是一种貌似纯粹客观功利的思考。但权利义务的分配无论在立法环节，还是在司法实践环节，都充满了公平正义的精神追求。如何在立法上一视同仁地分配主体权利义务？如何在司法上公正合理地处理当事人之间的权利义务纠纷？显然不仅是利益分配问题，而且表现着人类永恒的精神追求——交往正义之追求。不追求公平正义的法律，毋宁是对人类作为精神存在的摧残，对精神主体的人为压制。所以，在中国人看来，“法者……平之如水也”；“廷尉，执法以平”。在罗马人看来，“法律乃公平正义之术”。

人类寄托在法律上的这种追求，自然有客观的衡量标准，这就是在立法上，法律及其权利义务的分配要表达“事物关系的规定性”，它包括天人关系的规定性、群己关系的规定性和身心关系的规定性。在司法上，法官应公平合理地处理当事人之间的权利义务纠纷——从而法律的规定势必成为司法裁判的基本客观准据。但与此同时，这种“客观的衡量标准”，不过是人类智虑的结果。人类本身一半天使、一半魔鬼，面对纷繁复杂、千变万化、高深莫测、广袤无际的对象世界，其智虑自来不是、也不可能是什么真理的化身，而最多只是以点带面、斑窥全豹。因此，“人类一思考，上帝就发笑”，这并不

是人类的自我谦逊，而是人类认知顾此失彼的客观写照。

在此意义上，法律自然免不了主观性之特征，表现在一方面，其价值——权利义务配置和分配的需求，本是人类价值追求的规范化、客观化，因此，不可能不带有主观性。另一方面，规定在法律中的价值及权利义务分配方式，因为人类认知的缺陷，必然在制定法律时带入法律中，从而凸显出法律的主观性。因此，法律是一个随着人类主观认知能力和认知结果不断发展进步而发展进步的规范事实，它不可能定于一尊而“天不变，道亦不变”，反之，它必须随着人类主观认知的变化而变化。在此意义上，所谓心学法学就不但具有法律主观性的根据，也具有人类认知无法达致客观性，从而法律也难以达致客观性之事实基础。当法律及其认知的这些特点折射到具体的个案中时，特别是当法官面对复杂和疑难个案，不能完全甚至完全不能以法律规定裁判时——即法律之理“走到尽头”时，法官究竟根据什么进行裁判？法官能否以其良心、良知作为构造裁判规范的准据？无论陪审团制度，还是合议庭制度下的“多数决”，究竟表现的是客观真实的裁判，还是主观良知的裁判？凡此种种，尽管可以在不同立场上作多样解释，但毫无疑问，这也是心学法学能够大为发力、更有作为的恰当场域。

作为一位法律信仰理论的倡导者，一方面，笔者完全理解作者对心学法学的用心、倡导和阐释，并且坚持认为，心学法学所追求的，是正义的良心之维，但另一方面，笔者又坚持任何主观认知一旦表现为文字符号，表现为人们交往行为和法官据以裁判的根据时，它自身已获得了客观性。这种客观性不是丁卯相合、毫厘不差，而是指在涵摄意义上能够做到“同样的事实同样地处理，类似的事实类似地处理，不同的事实不同

地处理”，从而为正义的良心标准找到可以依托的规范标准和根据。如果连这种标准和根据也被良心、良知而否弃，则意味着这良心不再是良心，而是人们主观的各行其是、任意恣肆，这良知也不再是良知，而是人们自我的随心所欲、为所欲为。在这个意义上，尽管我赞同以心学视角深入探究法律、建构法学，一如我赞赏德国“自由法学”和美国“现实主义法学”那样。但与此同时，我不但不反对分析实证主义法学和法律教义学，而且还强调在我国法治之起步期，无论法学研究、法学教育，抑或司法实践，都应主要秉持分析实证主义法学和法律教义学的立场，坚持法律客观性的立场。其他法学及其观点，不应是也不可能是此一时代法学的主流，同时不应是也不可能是支持我国当下法治建设的主导理论。

自然，我这样说，并不是想在多元的法学之间，特别是在追求确定性的法律教义学和坚持良心主导的心学法学之间寻求某种妥协的方案，更不想也很难寻求不同法学流派之间的所谓公约数，只是想强调：一方面，学术研究的百花齐放、各执己见理所当然，并且不同法学学术流派一定会在各自视角上为法治建设作出贡献；另一方面，面对当下中国起步期的法治建设，甚至即便我国未来实现了高度发达的法治，寻求客观规定性的法律教义学以及分析实证主义法学对法治而言，是基本的，包括心学法学在内的所有其他法学，对法治而言，只能是修补性的、从属性的。没有这种信念和坚持，法治将只能是“海客谈瀛洲，烟涛微茫信难求”了。

随着法律作为我国公民交往和司法裁判纠纷的基本社会准则之深入人心，律师在我国也相应地获得了崇高的社会地位。有些律师在办案之余，还不断冷静、审慎地思考法律和正义的基本问题。但我所见到的诸多对学理问题感兴趣的律师，总是

近水楼台先得月——基于其办案经验中的心得体会而说法论理者居多——尽管不乏技术深度，不乏对法律教义的深刻把握和有力阐释，但除了本身出身于学界的一些律师外，纯粹以律师为业者，对法学学理能形成自己独特的理论体系，并进而阐释、圆润者，尚不多见。在这方面，祖飞律师则是个例外。一直以来，他都热衷于对法学基础理论的学习、反思和探究。眼下这部著作就是近十年来他探究相关问题的成果汇集，也是他一直坚守正义的良心之维的学术成果。

多年前，因为法律博客所提供的方便，祖飞律师和我多有交流。收集在本书中的不少篇章，我也曾较为仔细地阅读过。在我看来，尽管他对这一问题的系统探究还需继续圆润、论证和补强，但能提出这一问题并对其观点作出基本论证，已经是值得鼓掌叫好的！这对那些即便办案一流，但对法学理论或置若罔闻、或嗤之以鼻的法律实务者而言，无疑树立了榜样；对那些从事法学研究和教育，但囿于既有教材或其他书本而不敢越雷池一步者，无疑也是示范。期待祖飞律师在已有研究的基础上，能够进一步比较心学法学、自由法学以及现实主义法学之间可能的勾连，关注心学法学和规范法学之间可能的功能互补，为法学界奉献出独树一帜、蔚为大观、系统绵密的心学法学来！

是为序。

陇右天水学士谢晖

2017年9月27—28日序于西宁

图书出品人：刘海涛

---

出版统筹：乔先彪

责任编辑：程王刚

责任印制：姜 婷

发行总监：杨光捷

责任校对：姚丽娅

装帧设计：刘晓磊

# 目录

## CONTENTS

第一章	心学正义——良知正义观的理论构建
001	一、问题的提出：从方韩之争说起
001	（一）方韩之争事件
002	（二）何为“恶意”：法律解释的困境
005	（三）本体法律正义：不可认识
009	二、何谓心学
009	（一）心学萌芽
011	（二）心学的初步建立——陆九渊心学
017	（三）阳明心学
022	（四）传统心学的分化
031	三、俗世价值和超验信仰未分——传统心学独断论弊端及修正
031	（一）阳明心学之不足
033	（二）牟宗三心学之不足
059	（三）传统心学的理论修正：俗世价值与超验信仰两分
061	四、良知乃“神明”之道德（包括法律）因的假设

- 061 (一) “心” 乃是传统中医学所指的“心脏”
- 071 (二) 心学的“良知”与康德的“善良意志”比较分析
- 080 (三) 良知乃是自由正义感之体现
- 093 五、俗世正义标准：“多数人的良知共识”
- 093 (一) 法律本质上属于反思性的判断
- 096 (二) 意识形态对俗世正义的影响
- 099 (三) 科学理性正义之反思
- 102 (四) 康德正义观之反思
- 106 (五) 俗世正义：“多数决”
- 110 六、立法及司法是良知正义的一门艺术
- 110 (一) 法典局限性剖析
- 113 (二) 当代法律本体来自“超验信仰”
- 115 (三) 从艺术看法律条文和说理的本质
- 118 (四) 法律艺术性的意义和价值
- 119 七、“说理”是通往俗世良知共识即多数决正义的路径
- 119 (一) 尽理尊心：“理学尽头是心学”
- 122 (二) 说理与(良知)直观
- 125 (三) 其他
- 132 代结语：良知多数决的意义和前景

## 第二章 心外无理，理乃心造——法律价值客观说的反思

- 133 一、价值客观说——与审判独立不相容
- 139 二、价值主观说——审判独立的本因
- 139 (一) 反思科玄论战：人生观是科学理性的吗
- 140 (二) 让案例说话

141	(三) 心学——价值主观说的代表学说
146	三、制定法位置何在——“理学尽头是心学”
<b>第三章</b>	<b>法律价值客观性的反思——兼答葛四友教授</b>
150	一、康德认识论决定了法律价值主观说
156	二、具体正义（包括法律及道德）观的理论都是主观的
160	三、自由正义感：法律价值主观化的体现
162	四、具体问题的讨论
167	小结
<b>第四章</b>	<b>心学法学之杂篇</b>
168	“法在心内”，在于“多数决”
172	致良知：中国人的“自然法”
176	父爱泛滥，规则错乱 ——请留给一线法官足够的自由裁量空间
181	法律之本在“情”（即“良知”） ——与谢晖教授商榷之一
183	法律之本在“情”（即“良知”） ——与谢晖教授商榷之二
187	法律应是“情”（即“良知”）的奴隶 ——与谢晖教授商榷之三
191	必须打破法律形式逻辑的神话 ——与谢晖教授商榷之四
195	“规则加例外”：法律适用之精要 ——与谢晖教授商榷之五
198	没有“裁判者良知”，则无“良法” ——与谢晖教授商榷之六



- 204 事实能推出道德和法律吗  
 208 谁的道德？何种正义？  
 213 现实主义法学需要张扬

## 附 录 超越于超越实体主义的新实体主义

- 219 一、魏著主要观点：超越实体主义  
 219 (一) 何谓实体  
 219 (二) 康德先验哲学  
 222 (三) 胡塞尔对康德哲学的先验性原则作了  
       彻底的发展  
 223 (四) 魏教授天人合一的生活主张  
 226 二、以偏概全的先验现象学  
 227 (一) 关于意向性的经验心理学倾向  
 229 (二) 关于自明性的独断倾向  
 230 (三) 物自体取消得了吗  
 231 三、道家天人合一理论的可怕之处  
 231 (一) 道家属于实体主义理论  
 232 (二) 自然能产生道德吗  
 233 四、新实体主义  
 234 结语：胡塞尔现象学的可取之处  
 235 后 记