

吴晓玲 / 著

宋明理学视野中的

法律

群众出版社

吴晓玲 / 著

宋明理学视野中的
法律

群众出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

宋明理学视野中的法律 / 吴晓玲著. —北京: 群众出版社, 2006.11

ISBN 7-5014-3809-9

I. 宋… II. 吴… III. ①理学—中国②法哲学—中国 IV. ①B244②D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 102724 号

宋明理学视野中的法律

著 者 / 吴晓玲

责任编辑 / 刘一民

封面设计 / 董 睿

出版发行 / 群众出版社 电话: (010) 52173000 转

社 址 / 北京市丰台区方庄芳星园三区 15 号楼

网 址 / www.qzCBS.com

信 箱 / qzs@qzCBS.com

经 销 / 新华书店

印 刷 / 北京通天印刷有限责任公司

880 × 1230 毫米 32 开 8.375 印张 200 千字
2006 年 11 月第 1 版 2006 年 11 月第 1 次印刷
印数: 0001—2000 册

ISBN 7-5014-3809-9 / D · 1829

定价: 18.00 元

导 读

本书试图在宋明理学的天空下构筑法的世界。本书努力说明：理学的法世界既有厚实的哲理基础，又有系统的法律理论，更有丰富的法律实践。本书可能的意义，一是开辟宋明理学研究的新视角；二是鉴于法史学研究对理学的相对忽视，付出绵薄之力以弥补；三是表现在比较法哲学研究中。在与传统儒家法哲学的比较上，本书试图证明宋明理学法哲学既有对传统儒家的继承，又有变异，在继承中创新，在变异中发展；在中西法哲学比较中，本书通过概述理学法哲学的范畴与命题，并与西方法哲学相比对，来证明理学法哲学的独具特色，而正是这些特色造成了中国古代法律发展的方向在封建社会前期确定之后，在后期不但没有因为社会的发展变化发生转向反而得到了更加强劲坚持，从而也更加剧了中西法律的差异。

本书中的“宋明理学”既包括程朱理学，又包括陆王心学。本书采用的基本方法是不完全归纳法和历史陈述法，虽然这些方法有明显的缺失，但却是几乎所有的通史类研究都不得不使用的。本书试图通过研究客体的谨慎选取和结论的谨严得出来消解由方法所带来的可能偏失。以上是引论的内容概要。

第一章撮述了以朱熹为代表的理学家的法律实践活动，企望

从中获知理学法律行走的场域、理学法律的品质和理学家对待法律的基本态度。这是一个充满变化而又危机四伏的时代，这是一些必须被谨严执行、不容被舞弄的充满刚性品质的法律，还有一些虽屡屡受挫而依然从容坚定、廉洁奉公的执法者。

第二章是本文提纲挈领式的章节，概述了理学法世界观的纲维。理学法世界观的核心范畴包括理、变法、义利、德刑、宗法、礼、人性，还有贱讼、息讼等。把“理”作为法的本体，这是理学法世界观最基础的元命题，由此决定了法由“理”派生，法的变更由“理”主导，法的价值追求是“义”而非“利”，法的基本功能是维护“理”，法的效力也受“理”的掣肘。“理”更强化了法与宗法、礼的连接，理学的人性论成为道德和法律关系理论的前导。对教化的强调使得理学延续了传统儒家的贱讼传统，理学家也积极做着息讼的努力。

第三章论述了理学变法观的基本主张和主要的变法实践活动。“生生不息”宇宙变化观决定了理学对待变法持赞成态度，并且在实践中也积极践履“因事制宜”的基本原则。同时，理学主张“天理”不能变，应以“义理”而不是“功利”为变法的动机，变法应采用渐变的方式，在变法过程中要慎选人才，变法要以重民为中心。对理学变法观我们要作“同情”的再理解。

第四章探讨了理学义利观的法律意义。理学在具体行为评价和自身的道德修养两个层面上分别义、利，同时理学之“利”也有公利和私利两层意思的分殊。义利作为法的内在价值，理学追求的价值目标是“义”和“公利”。理学法的义理价值内蕴也决定了中国古代法与西方法的根本差异。其法律意义主要表现在：立法上贵义贱利，抑制了民事法律的成长；重公利轻私利的价值观促进了公法的强大；在司法中注重义、利的动机评判，增加了法律适用的灵活性，以义利之辨高于甚至替代是非之辨成为案件特别是民事案件审理中经常被使用的基本原则。

中国古代法律和道德关系可以化约为德刑关系。第五章论述了理学德刑关系理论的内涵及其对传统儒学的传承和变异。理学德刑理论是对现实政治的回应，实现了由传统儒家重德轻刑向崇法重刑的嬗变，由此带来的法律理念和执政理念的一系列变革，对后世立法和司法产生了深远的影响。

理学诉讼观既是理学法世界观内的重要组成部分，又是理学法理念的具体运用。第六章对传统的“无讼”、“息讼”、“贱讼”、“厌讼”观念作了厘清，通过对理学具体诉讼态度和理论的阐述，将理学的诉讼理论总结为无讼理想、息讼努力和积极理讼的混合体。

第七章以张载的开井田、行封建的社会理想作为承载，分析理学视野中的宗法和礼。宗法作为礼的根本原则，一直和礼唇齿相依，而礼几乎是中国古人行为规范的总和。宋明理学把礼纳入“理”的范畴，更强化了它的应然性，也更强调了它与法的融通。

理学建立在二元人性理论基础上的德刑理论，大大提升了刑的地位，在朱熹大量关于刑的文字中我们看到了理学对刑的关注明显超乎前代，这些文字所涉及的刑法问题涵盖了此前所形成的很多刑法制度和原则，第八章主要从刑罚的角度来予以分析。朱熹的刑罚观以天道为依据，以无刑为目标；恤刑是基本原则，但不惮重刑的提倡；有强化刑罚功能的倾向，但仍以教化为根本。在朱熹的刑罚观中我们看到了传统儒家深深的烙印，也感受到时代变迁带来的理论变异。

第九章以王阳明的乡村治理模式为载体，探讨了王阳明约法的基本属性。中国传统政治的一个基本问题是乡村治理。乡村治理的主要任务是通过国家法律的深入社会民众、统治者治政理念的广泛推广和践履，来实现乡村的秩序井然、和谐安定、与国家的大体保持一统的政治局面。在乡村治理的过程

中，约法扮演着举足轻重的角色。王阳明约法是理学法的独特实践，更多地表现为理学道德理想主义和专制强权主义的共同体。

余论就宋明理学法律观对传统儒学的继承和发展作了评述。关于其对后期封建社会的影响，作者也略述了自己的理解。

序

宋明理学在中国思想史和哲学史上的地位与影响显而易见，素为方家关注。阐发程朱理学和陆王心学的论著众多，可谓枝繁果硕。但理学在中国法律制度史和法律思想史中的作用与表现却朦胧难测，稀有学者问津；考察分析理法关系及理法制度的文章甚少，犹如凤毛麟角。理学博大精深与律学渺小粗浅形成鲜明对比，几成千年朝野公论。殊不知，无法何以治国平天下，缺律岂能修身齐家？吾以为满腹经纶终须立足国计民生，缘法而治方能成就内圣外王。

有识于此，作为吴晓玲的导师，我建议她的博士论文以宋明理学与法制作研究对象。她接受了建议，并且在论文的撰写过程中付出了艰辛的努力。宋明理学从兴起到衰竭延续了近七个世纪，作为一种思潮或一个庞大的理论体系，其自身不但有着不断的转承和嬗变，同时，在外力的作用下也发生了几次大的分化和启合，因此，研究视角的选取如何能相对合理、能较大程度地揭示理学法的全貌，就是一个很费心力的问题。最后确定的论题虽然有些宏大，但结构的搭建还是比较合理的。整个文本的展开维度从大到小、视角也从面到点进行了变换。

全文首先对理学法世界观进行了概述，在此基础上，对理学

家所涉及的法律变革、义利关系、德刑关系和诉讼观等法哲学的基本问题作了深入论述，之后把视点放在理学的代表人物张载、朱熹和王阳明身上。礼与法的渗透和结合被学界认为是中华法系最本质的特征，作者以张载的理论为承载，阐释了理学家对这一中华传统法学的根本问题的具体理论和态度，并提出：正是以张载为代表的理学家对礼法融合的进一步强调，使得中国古代法律文化的特色在封建社会前期形成之后，在后期不但没有因为社会的发展变化受到削弱，反而得到了更加强劲保持，由此也更明确了理学法学作为中国传统法学一个重要组成部分的地位。“义刑”是作者对朱熹刑罚观的概括。在理义、道义的名义下，以朱熹为代表的理学大力提倡严刑，主张恢复肉刑，作者在此描述了理学对传统儒学刑罚理论变异的表现，分析了变异的内在逻辑因由。约法是中国古代特定的法形式，既有现代法的因素，又不能完全等同于现代法，约法在王阳明的施政实践中扮演着举足轻重的角色。作者认为，王氏约法的理论内蕴依然是理学，王氏约法也是理学家积极践履理学宗旨的产物。

纵观全文，可以说，作者既是在理学视野中描述法律，又是在法律视野中表达理学；文章既有对理学家哲学和法律思想的阐发，又有对理学家所处时代的法律制度的评判。

我想，凭借着锲而不舍的精神不断求索，总能有真知灼见提供给人们。作者试图勾勒理法制度轮廓的努力已经取得了成效，这些成效为今后的深入研讨也将作出有益的铺垫，也是在理学法思想和理学思想的研究领域迈出的可喜的一步。

看到又一位学生的博士论文即将付梓，作为导师，总是感到欣慰。愿以陋见为序。

怀效锋

2006年8月于北京

目 录

引论	1
一、论题释义	1
二、本论题可能的意义	9
三、本书的方法及研究客体的选取	12
四、本书的篇章结构说明	17

总 论

第一章 宋明理学家的法律活动采撷	23
一、“一讯立决”的周敦颐	23
二、以“不刑一人”为理想之政的张载	30
三、二程的法律实践	34
四、注重法治的朱熹	39
五、积极变法兴政的陆九渊	43
六、“为政不事威刑，惟以开导人心为本”的王守仁	48
第二章 宋明理学的法世界观概述	54
一、法世界观解说	54
二、宋明理学的世界观	58

三、宋明理学的法世界观纲要	65
---------------------	----

分 论 一

第三章 理学变法观	75
一、遭遇王安石变法	76
二、理学变法观的纲维和具体运用	81
三、理学变法观的哲学探源	91
四、对理学变法观的再理解	95
第四章 理学义利之辨的法律意义	99
一、义利之辨的沿革	99
二、义利观念与西方权利观念的比对	110
三、理学义利观的法律意义探析	113
第五章 理学的德刑关系理论	117
一、传统儒家德刑观	118
二、理学德刑观	121
三、理学德刑观对传统儒家的传承和变异	128
四、理学德刑观评价	135
第六章 理学诉讼观	139
一、对“无讼”、“息讼”、“贱讼”、“厌讼”的辨异	139
二、理学对诉讼的基本态度	144
三、理学关于诉讼的具体制度理论	158
四、理学诉讼观述评	164

分 论 二

第七章 宗法·礼·法——以张载的社会理想为视窗	169
一、张载开“井田”、立“封建”的社会理想	169

二、宗子之法·····	175
三、理、礼与法·····	182
第八章 “义刑”——朱熹的刑罚观·····	190
一、“义刑”的天道依据——阳赏阴刑·····	190
二、行刑的促因——违背“义理”·····	195
三、“义刑”的基本原则——“钦恤”·····	197
四、“义刑”的另一种形式——赎刑·····	204
五、“义刑”的目标——无刑·····	207
第九章 王阳明的乡村治理模式与约法·····	210
一、关于约法的概念·····	210
二、王阳明的乡村治理模式·····	212
三、王阳明乡村治理实践中的约法·····	218
余论·····	234
一、理学法律观对传统儒学的继承和发展·····	234
二、理学法律观对后世的影响·····	237
参考文献·····	242
后记·····	252

引 论

一、论题释义

(一)“宋明理学”的称谓

对于宋明间持续七百年的思想主流，学术界历来存在多种称法，或称“道学”，或称“理学”，或称“宋学”，或称“新儒学”，不一而足。其中“新儒学”之称，原为20世纪三四十年代冯友兰、陈寅恪等先生一度采用^①，以后主要被海外学界广泛沿用，近十年来才在国内部分学者的论著中出现。究其含义，是指宋代开始出现的、有别于先秦原儒、汉唐经儒的新的儒学形态。

① “新儒学”之名，冯友兰曾在其《中国哲学史》下册（商务印书馆1934年版）中使用；陈寅恪在该书的《审查报告》中亦用此名称（见《金明馆丛稿二编》第250页，上海古籍出版社1980年版）。1948年，美国麦克米兰公司出版社出版冯友兰在美的讲课稿“A Short History of Chinese Philosophy”（此书1984年由北京大学出版社出中译本，名为《中国哲学简史》）中，也用此名。陈寅恪1952年发表《论韩愈》一文，仍用此名称（见《金明馆丛稿初编》第228页，上海古籍出版社1980年出版）。

至于“道学”、“理学”和“宋学”之称，均为中国历史上旧有的名称。

综合学者的考证，就笔者的理解而言，“道学”之名出现最早。据专门研究宋明理学的著名学者陈来先生考证，元祐之前，张载就曾说过：“朝廷以道学、政术为二事，此正自古之可忧者。”^①程颐也说：“家兄弟才行为世所重……其功业不得施于时，道学不及传之书。”^②但是，元祐前后的道学还不是用以特指某一学术系统的定称。在程颐后来的说法中，渐渐赋予了道学以较为确定的含义。他说：“自予兄弟倡明道学，世方惊疑。”这个说法已经使道学这一概念具有了“传圣人之道之学问”的意义。二程死后，道学成了二程所倡导的学问的名称。从北宋后期到南宋前期，程氏之学受到了执政者的压制，影响未能扩展。至南宋乾道淳熙年间，因朱熹等人的大力提倡，程氏之学开始盛行。朱熹在乾道中所作《程氏遗书后序》中说：“二先生倡明道学于孔孟既没千载不传之后，可谓盛矣。”^③在朱熹那里，道学已经是一个有确定含义用以指称特定学术系统的定名了。由于道学强调程氏之学真正继承了孔孟的道统，无形之中带有排他性，这使得当时其他思想体系的儒者难以接受。同时，这种排他性使得道学学者在复杂的社会、政治、人事的矛盾中受到他们的对立面的激烈批评。朱熹生前三次遇到道学的危机：淳熙十年（1183年），郑丙上疏攻击道学，称“近世士大夫有所谓道学者，欺世

① 《答范巽之书》，见《张载集》，中华书局1978年版。后文中有关《张载集》之引文均依此版本。

② 《上孙叔曼侍郎书》，见《二程集》，中华书局1981年版。后文中有关《二程集》之引文均依此版本。

③ 《程氏遗书后序》，见《朱文公文集》卷七十五，商务印书馆四部丛刊初编缩本。后文中有关《朱文公文集》之引文均依此版本。

盗名”^①；陈贾也说：“近世士大夫有所谓道学者，其说以谨独为能，以践履为高，以正心诚意，克己复礼为事。”^② 淳熙十五年（1188年），林栗上疏，攻击朱熹“本无学术，徒窃张载、程颐之绪余，谓之道学，私自推尊”^③。这都提示出，道学在当时是以张载、程颐学说为主，注重正心诚意等修养的学术派别。元人作《宋史》，特立《道学传》一门，以周敦颐、程颢、程颐、张载、朱熹为主，其着眼也在程朱派。由此可知，道学大多仅指周、张、二程和朱子之学。

“宋学”之名主要为清代考据学家所习用，以作为其所治“汉学”之对称。此名虽然能包容程朱和陆王之学，但以朝代命名似稍嫌不妥，且“宋学”不仅专指哲学，亦可泛指如史学等在内的其他学术，这又有点失之宽泛，因此，今天多用“宋学”来泛指两宋时期不仅限于理学的学术思潮。

“理学”之名始于南宋，朱子曾说“理学最难”^④；陆九渊也说“惟本朝理学，远过汉唐”^⑤；黄震说“自本朝讲明理学，脱出训诂”^⑥。但在这些说法中，理学是指义理之学，与辞章考据、训诂相对应。到明代，理学成为专指宋代以来形成的学术体系的概念，包括周程张朱的道学，也包括陆九渊等人的心学。明末黄宗羲说：“有明文章事功皆不及前代，独于理学，前代之所不及也。”他所说的理学就是既包括程朱派的“理学”，又包括陆王派的“心学”。比较之下，“理学”之名似更符合现代意义上的学术

① 《道学崇黜》，见《宋史纪事本末》卷八十，中华书局1977年版。

② 《道学崇黜》，见《宋史纪事本末》卷八十，中华书局1977年版。

③ 王懋竑：《朱熹年谱》卷三下，中华书局点校本1998年版。

④ 《朱子语类》卷六十二，中华书局1986年版。后文中有关《朱子语类》之引文均依此版本。

⑤ 《与李省干》，见《陆九渊集》，中华书局1979年版。后文中有关《陆九渊集》之引文均依此版本。

⑥ 《黄氏日钞·读论语》。

划分,所以,今人采用“理学”之名者居多,尤其是近几十年来的国内哲学史界。^①

综上所述,本书所使用的宋明理学的概念,采用的是广义的概念,是指宋明时代占主导地位的学术体系,既包括二程朱熹的道学,即通常所说的程朱理学,又包括陆九渊、王阳明的心学。^②

(二) 本书论题中“法律”的概念

法理学家说:“在法学中,‘法’是最古老的、出现频率最高的范畴,也是被搞得最为混乱、歧义丛生的范畴。”^③ 英国法学家哈特曾经引用圣·奥古斯都关于时间的著名说法来说明给法下定义的困难。圣·奥古斯都说:“什么是时间?若无人问我,我便知道;若要我向询问者解释,我便不知道。”^④ 看来,即使是最有经验的法学家也会感到,虽然他们知道很多法律,但却难以给法下适当的定义。所以,西方法学家从不同的角度各执一端地给法下了不同的定义。如从法的本体下定义,说明法是什么,有的说法是规则;^⑤ 功利主义法学家边沁说法是命令,是国家行使权力处罚犯罪的威吓性命令;还有的说法是行为。有从法的本原下定义的,着重说明法的基础或法自何方,如理性说、神意说、意志论等。有从法的作用或功能下定义,着重说明法的工具性,如正义工具论、社会控制论等。我国法学界给法下的定义受前苏联

① 参见陈来:《宋明理学》,华东师范大学出版社2004年版,第6~9页。

② 文中常常将“宋明理学”简称为“理学”。

③ 张文显:《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社2001年版,第23页。

④ [英]哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第15页。

⑤ 现代西方实证主义明确地把法定义为一个社会为决定什么行动应受公共权力加以惩罚或强制执行而直接或间接使用的一批特殊规则。

学者影响很大，孙国华教授 1982 年的法定义至今仍在很大范围内使用——“法是由一定物质生活条件决定的统治阶级意志的体现，它是由国家制定或认可并由国家强制力保证实施的规范体系，它通过对人们的权利和义务的规定，确认、保护和发展有利于统治阶级的社会关系和社会秩序。”^① 虽然如此，关于法的定义的争论在我国法学界一直没有停歇。^②

再来看看中国古人是怎么给法下定义的。笔者作了简单的撷取后发觉，古人对法的界定也并不统一，甚至有时还带有一定的随意性，法的张力极大。有时，其内涵可以扩张到包括一切行为规范。如管仲说：“法律政令者，吏民规矩绳墨也。”^③ 清末沈家本也说：“法者，天下之程式，万事之仪表。”^④ 更有朱熹说：“法者，天下之理。”^⑤ 朱熹的“理”是个内蕴极其丰富的概念，可以是物之理，也可以是天道之理；可以是宗法之礼，也可以是人伦纲常，它还可以抽象化为宇宙之本体。朱熹说“法者，天下之理”，意味着法既可统天，又可摄地，是宇宙间一切事物的规则总和。有时，法的内涵又被压缩到最狭义的刑，甚至刑罚。如商鞅所说：“法者，宪令著于官府，刑罚必于民心，赏存乎慎法，而罚加乎奸令者也。”^⑥ 汉代思想家桓宽说：“法者，刑法也，所以禁强御暴也。”^⑦ 比较而言，韩非之说比较接近我们能认可的定义：“法者，编著于图籍，设之于官府，而布之于百姓也。”^⑧

① 孙国华主编：《法学基础理论》，法律出版社 1982 年版，第 62 页。

② 参见张文显：《法哲学范畴研究》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 24—32 页。

③ 《管子·七臣七主》。

④ 《寄簪文存·新译法规大全序》。

⑤ 《学校贡举私议》，《朱熹集》卷六十九。

⑥ 《商君书·定法》。

⑦ 《盐铁论》卷十。

⑧ 《韩非子·难三》。