

## 认识中国古代法理的三个维度

文 扬

**内容提要:**认识中国古代法理是继承和弘扬中华优秀传统文化法律文化的一项重要课题。回溯清末,沈家本、梁启超为襄助法政改革,以高度的文化自觉阐发中国古代法理。通过辨别他们认识法理的取径、厘定他们言述法理的意涵,可以抽绎出认识中国古代法理的三个维度。从经验的维度看,“古人未尝离事而言理”,即事明理、断事以理,中国古代法理寓于政事、狱事与细事之中,是评定具体的社会生活事务是非曲直的依据。从历史的维度看,中国古代法理贯通流变的礼刑传统,礼有因革损益、刑有世轻世重,需礼书与法典并观,“于历代之沿革,穷源竟委,观其会通”。从哲学的维度看,“事不一而理有定在”,中国古代法理升华事理而上揆天理,内向超越于具体的社会生活事务,具有根本性与自明性。多维地认识中国古代法理,有助于跨越概念的中西分别和立场的古今悬隔,进而更加深入地理解中国法制文明。

**关键词:**法理 经验 历史 天理

文扬,中国政法大学法律史学研究院博士后研究人员。

### 引 言

近年来,为了凝聚一个共识性的法理概念,中国古代法理颇受瞩目。一些学者爬梳历史文献中的“法理”语词,或阐扬“法理”的形上意义,或勾勒“法理”的历史变迁。这些研究对深化中国古代法理研究具有积极意义,却也忽视了语词之外更广阔的思想世界。检索文献,“法理”语词首见于《汉书》,可见在东汉以前“法理”不是历史书写的核心,那么以语词表征概念进而描摹思想的认识进路在某种意义上就存在偏失,既忽略了未见“法理”语词却安顿中华文明生活秩序的原始经典,又脱离了赋予“法理”语词以特定意义的历史情境。实际上,清末沈家本、梁启超为襄助法政改革而高扬中国古代法理,他们疏通知远而不囿于语词本身,为我们认识中国古代法理提供了有益的借鉴。

作为清末修订法律大臣,沈家本表彰“推明法理”的西方法治学说,援引相关学说助

推法政改革。<sup>〔1〕</sup>同时,他又始终强调认真对待中国法律自身的经验与历史。在为旅日学子王穆伯于东京手录考订的《无冤录》作序时,沈家本一方面以英、日等国学者的解剖学学会通《无冤录》所载的经验之论,另一方面又以中国法医学著述《洗冤录详义》印证西方的“近时科学所言之理”。<sup>〔2〕</sup>他指出:“大抵中说多出于经验,西学多本于学理。不明学理,则经验者无以会其通,不习经验,则学理无以证其是,经验与学理,正两相需也。”<sup>〔3〕</sup>沈家本认为中说多来源于裁判狱事的经验,并将这些经验作为验证西方学理正确与否的依据,这揭示了中国古代法律即事明理、断事以理的经验之维。

沈家本重视法律的实践经验,也重视法律的历史变迁。他认为,讲求法律必须“深求其源而精思其理”,具体地说,应当“考其沿革、穷其义例,辨其同异,权其重轻”。<sup>〔4〕</sup>结合沈家本的学思历程,不论是考订历代刑法、探察法学盛衰之故,还是寻绎法律“趣时”之义,<sup>〔5〕</sup>强调法律关乎政治、风俗和民生,<sup>〔6〕</sup>处处体现了沈家本探求法理的历史取径。一方面,他在《历代刑法考》开篇考订唐虞之制,将“以钦恤为心,以明允为用”的“虞廷垂训”作为万世镜鉴的价值准则,进而批评荀子“治则刑重,乱则刑轻”之论,褒扬周代刑制“哀矜惻怛”之意,劝诫用刑者“慎勿若秦之以刑杀为威”。另一方面,他表彰唐律为“法家之津筏”,<sup>〔7〕</sup>通过明辨具体法律条文的历史变迁阐释法律的原理。例如,沈家本主张清律“杀死奸夫”条违背“法理”,应当废止。他所谓的“法理”,即切合于义、序、礼、情四个要素的“法律之原理”。细察这四个要素,沈家本的分析又始终诉诸唐代以来历代法律关于和奸行为的相关规定。他认为,唐以降历代法律皆没有规定杀死奸夫的行为无罪,这表明应当对杀死奸夫的行为定罪处刑,“有罪而予之以罪,义也”,但是清律却一反历史传统,规定杀死奸夫行为无罪,这有悖于“义”,进而不符合“法理”。沈家本回溯历史,将唐代以来历代法律的相关规定升格为具有正当性的法律传统,由此成为评价清律是否符合法理的标准。<sup>〔8〕</sup>在他那里,悠远的唐虞垂训和流变的法律沿革,既是认识法理的取径,又是言说法理的根据。

沈家本立足法律本身,通过探求中国法律的经验与历史言述法理。与之不同,梁启超假道日本汲取西方法律学说,倡导在法律之外探究“抽象的法理”。在他看来,抽象的法理,包括法的起因、语源、旧学派(儒家、道家、墨家)关于法的观念和新学派(法家)法治主义的发生。于是,中国法理学的发展史,也是春秋战国时期作为新学派的法家与作为旧学派的儒家、道家、墨家关于治国理政的观念的交锋史。梁启超认为,春秋战国时期中国法理学的发展臻于全盛,随后不断退化。究其原因,一是法治主义之学说被礼治主义之学说

〔1〕 参见沈家本著:《寄谥文存》,商务印书馆 2017 年版,第 209 页。

〔2〕 沈家本著:《寄谥文存》,商务印书馆 2017 年版,第 186 页。

〔3〕 沈家本著:《寄谥文存》,商务印书馆 2017 年版,第 187 页。

〔4〕 沈家本著:《寄谥文存》,商务印书馆 2017 年版,第 202 页。

〔5〕 沈家本著:《寄谥文存》,商务印书馆 2017 年版,第 180 页。

〔6〕 参见沈家本著:《寄谥文存》,商务印书馆 2017 年版,第 59 页。

〔7〕 沈家本著:《寄谥文存》,商务印书馆 2017 年版,第 178 页。

〔8〕 沈家本对“礼”与“情”的分析,也通过引证唐律展开。参见文扬:《因袭与开新:沈家本“会通改制”论再评》,《河北法学》2015 年第 9 期,第 166 页。

征服；二是法治主义过分主张团体自身利益，难以长久维系，也无法与儒、墨等家学说进行调和。<sup>〔9〕</sup> 梁启超以主义之名，将中国法家的法治主义与西方的法治主义相接续，进而将中国法理学的衰颓归咎于儒家礼治主义的征服，这些论调未免粗疏简单。综合而言，梁启超开启了“法理学”的中西对话，但在日本学者穗积陈重的法律进化论的影响下，抛离了中国法律的实践经验与历史发展，他所追寻的抽象法理最终也弥散为先秦诸子的治国理政之道。本文认为，认识中国古代法理，梁启超的重要意义在于他提出的问题，也即如何探求抽象的法理。这种抽象不应是单一地悉数先秦诸子的思想学说，而应是关切中国古代法律具体经验与长程历史的体系性学理。

通过辨别沈家本、梁启超认识法理的取径，厘定他们言述法理的意涵，可以抽绎出认识中国古代法理的经验、历史与哲学三个维度。其中，经验维度聚焦具体的社会生活事务，历史维度聚焦有因有革的典章制度，哲学维度则聚焦作为中国哲学的程朱义理的学理创构。需要特别指出的是，中国法制文明多元一体、源远流长而又博大精深，本文从沈家本、梁启超的议论出发，秉持“来自中国古代法律”认识法理，基于个人学力与写作策略的考虑，文献的征引和叙述的重心偏向宋代以降，这是因为：一方面，沈家本揭示的经验命题指向宋《洗冤集录》等检验专书，这与宋代名公的法理言说密切关涉；另一方面，程朱理学借重经典注释创构的义理体系深具哲学意蕴，既以理释道、远接先秦的道理世界，又在情理法的话语结构中深刻地影响了宋代以降的法律实践。

## 一 法理的经验之维

在中国古代广阔而丰富的生活世界中，法理是具体的“事”的经验沉淀。一方面，中国古代法律缘起于社会生活事务，所谓“刑起于兵”，又直面社会生活事务，所谓“断事以理”；另一方面，中国古代法理深受“载之空言，不如见之于行事之深切著明”的思想传统影响，拒绝脱离质料（社会生活事务）而诉诸形式（抽象学理）的绝对普遍性，强调即事明理的具体普遍性。“事”与“史”本一字之分化，<sup>〔10〕</sup> 既是日常生活用语，又是古典哲学术语。《庄子·天下篇》言“《书》以道事”，熊十力释之曰：“上世圣王，建国缮群之大经大法，乃至一切洪纤巨细之务，通名为事。”<sup>〔11〕</sup> “事”字沟通古今、含义丰富，对它的关照可使今人领会古人因事见理的思想世界。

为了使叙述井然，按照“事”的意义范围和记述载体，区分为政事、狱事和细事。其中，政事载于经史典籍，是言说法理的思想文化基底；狱事载于龟鉴、书判和汇览等刑案著述，是言说法理的主要对象；细事载于田土契约，是成文法之外的法理，也即日本学者滋贺秀三所谓的“私法性论理”。古代刑官诵读经史以明政事，掌理刑名以断狱事，淳谕礼义以平细事，深刻体现着法理的经验之维。

〔9〕 参见梁启超著：《梁启超论中国法制史》，商务印书馆2012年版，第4页。

〔10〕 参见黄德宽主编：《古文字谱系疏证》（第一册），商务印书馆2007年版，第251、253页。

〔11〕 熊十力著：《熊十力全集》（第6卷），湖北教育出版社2001年版，第333-334页。

### (一) 政事之法理

“事”的本义为征伐之事、猎兽之事、祭祀之事，<sup>[12]</sup>皆与国家治理密切相关，所谓“国之大事，在祀与戎”。随着历史的发展，“事”的含义虽然不断增益，但政事攸关国家存亡，自甲骨而钟鼎，而竹木简而帛，始终是历史书写的核心。在儒者看来，政事载于简帛而为史籍，经孔子删订而成经典，所谓“经即史”“六经皆史”。关于经、史、事、道的关系，王阳明有一个透辟的表述。弟子徐爱向他询问经史的异同，他回答说：“以事言谓之史，以道言谓之经。事即道，道即事。《春秋》亦经，五经亦史。《易》是包牺氏之史，《书》是尧、舜以下史，《礼》《乐》是三代史。其事同，其道同。安有所谓异？”<sup>[13]</sup>与王阳明持论相近，清章学诚说：“六经皆史也。古人未尝离事而言理，六经皆先王之政典也。”结合章氏《答客问(上)》和《丙辰札记》中对“六经皆史”的叙述，<sup>[14]</sup>“古人未尝离事而言理”正是对孔子“见之行事”的阐扬。在中国古代，儒者诵读经史以晓政事明道理，其所明之道理成为言说法理的基底，主要体现为两个方面：

首先，立定法制理想。孔子删订六经追迹三代，绘制了“为政以德”的政治理想。两汉时期，儒者将政治理想付诸立法实践，开启了一场影响深远的“法律儒家化”运动，历经魏、晋、北魏、北齐，至隋、唐而成为中国法律的正统。<sup>[15]</sup>唐律以德礼为政教之本，备受后世称颂。及至晚清，薛允升著《唐明律合编》右唐而左明，沈家本著《汉律摭遗》“求唐律之根源”，其摭取之遗即“三代先王之法之留遗者”。<sup>[16]</sup>子曰：“道之以政，齐之以刑，民免而无耻；道之以德，齐之以礼，有耻且格”（《论语·为政》）。孔子有耻且格的追求正是“刑期于无刑”“刑错而不用”。从这个意义上看，法制的理想即政治的理想。

其次，评定法律得失。儒者言三代之事以明三代之理，又以三代之法评定后世法律得失。司马迁批评汉代酷吏，开篇征引孔子道德齐礼之说，提出“法令者，治之具，而非制治清浊之源也”（《史记·酷吏列传》）。沈家本深受经史陶染，尊奉孔子“道政、齐刑之说”和司马迁“治制清浊之源”的观点，<sup>[17]</sup>并以清代立法的宗旨“钦恤明允”作为历代刑法得失损益的评鹭标准。儒者以法律为政教之用，始终关注法律的实效，正如沈家本所言：“然则有极善之法，仍在乎学之行、不行而已。学之行也，萧何造律而有文、景之刑措；武德修律，而有贞观之治。及其不行也，马、郑之学盛于下，而党锢之祸作于上；泰始之制颁于上，而八王之难作于下。”<sup>[18]</sup>这一观点正与孟子“徒善不足以为政，徒法不足以自行”遥相呼应。

立足儒者的立场，政事载于经史，是中国古代法理言说的基底。离开这一基底而“私议其理”当然地不被承认，如管子之术、商韩之学等。此外，儒者通经以求致用，致用于听讼断狱，经义从基底跃升为法理，例如汉儒以经义决狱。政事之法理影响深远，及至清末

[12] 参见陈梦家著：《陈梦家学术论文集》，中华书局 2016 年版，第 136 页。

[13] 王守仁著：《王阳明全集》（上），上海古籍出版社 2011 年版，第 11 页。

[14] 参见章学诚著：《文史通义》，中华书局 1985 年版，第 471 - 472 页；章学诚著：《乙卯札记 丙辰札记 知非日札》，中华书局 1986 年版，第 57 页。

[15] 参见瞿同祖著：《中国法律与中国社会》，商务印书馆 2017 年版，第 377 - 399 页。

[16] 沈家本著：《寄谻文存》，商务印书馆 2017 年版，第 200 页。

[17] 参见沈家本著：《寄谻文存》，商务印书馆 2017 年版，第 114 页。

[18] 沈家本著：《寄谻文存》，商务印书馆 2017 年版，第 117 页。

法律改革,沈家本为回绝礼教派关于“故杀子孙”的立法主张,仍援引《公羊传》“晋侯杀其世子申生”以明“《春秋》之义”。<sup>[19]</sup>当然,引据经典以听讼断狱,初始逻辑不是取代法律,应用范围也未能取代法律。

## (二) 狱事之法理

《无冤录》引《隋书·经籍志》“治狱,重事也”。狱事,是国家的重事,也是刑官的公事。宋儒真德秀劝勉州县同僚:“公事在官,是非有理,轻重有法,不可以己私而拂公理,亦不可骖公法以徇人情。”<sup>[20]</sup>作为处事理念,以公理断是非、以公法判轻重,理、法并存不悖。在狱事审断过程中,对于案情与法律关联明晰的常规狱事,刑官遵循“凡断罪皆须具引律令”的规定,依据法律判决即可。但对于案情与法律关联不明晰的疑难狱事,刑官考量的因素不止制定法一端,其法理言说也更为丰富。

### 1. 常规狱事

由于儒、法学说的进退消长,在帝制的不同时期,狱事的审断呈现着不同的特征。学者考索司法判决后指出,秦与汉初严格的“缘法而治”,经西汉中期的转型和魏晋六朝的过渡,最终形成了唐代以后对制定法的“形式性尊重与工具性运用”。<sup>[21]</sup>翻检秦汉简牍、唐宋书判和明清成案,中国古代司法始终有着追求形式理性的面向。对于常规狱事,刑官主笔判词,往往引法律、明案款、断刑罚,完整地记载狱事的由来、发展与结局。以名公蔡久轩“莲堂传习妖教”判词为例,他开篇征引传习妖教的法律规定,申言“法令所载,昭如日星”,然后悉数张大用传习妖教等七大案款,最后判其刑罚,并“照条不以赦原”。<sup>[22]</sup>狱事审断尊重法律,既是维护皇权、强化判决权威的制度要求,又有免遭“审转”制下因“骖公法”而被追责的个人计算。这在命盗等重大狱事审断中尤为显著。当然,正如徐忠明教授考察明清刑事诉讼所指出的,对于常规狱事,即使依法判决并无窒碍,刑官仍可能“置法律于不顾”,如司法实践对诬告、女性犯罪和笞杖犯罪的处理。<sup>[23]</sup>因此,认识狱事之法理,应当将制定法与司法实践(判牍和档案)彼此关照。

### 2. 疑难狱事

中国古代一罪一刑的立法体例,使得有限的法律条款自然难以应对纷繁变幻的社会关系,进而产生了案情与法律关联不明的疑难狱事。以阿云之狱为例,据《宋史》记载,妇人阿云在母服期间纳采,“许嫁未行,嫌婿陋,伺其寝田舍,怀刀斫之,十余创不能杀,断其一指。吏求盗弗得,疑云所为,执而诘之,欲加讯掠,乃吐实”。根据宋法,“因犯杀伤而自首者,得免所因之罪,仍从故杀法”。以许遵、王安石为代表的一方意见认为,因阿云“许嫁未行”,故“以凡人论”;又因阿云“被问即承,应为按问”,根据法律,可“免所因之罪”,即不必追究谋杀,只需惩处其伤害行为。但以司马光为代表的另一方意见认为,阿云应该根据“诸谋杀他人者,徒三年;已伤者,绞;已杀者,斩”的规定,“以谋杀已伤论死”。双方各

[19] 参见沈家本著:《寄簪文存》,商务印书馆2017年版,第252页。

[20] 真西山:《渝州县官僚》,载张四维辑《名公书判清明集》,中华书局1987年版,第6页。

[21] 参见王志强:《制定法在中国古代司法判决中的适用》,《法学研究》2006年第5期。

[22] 蔡久轩:《莲堂传习妖教》,载张四维辑《名公书判清明集》,中华书局1987年版,第535-536页。

[23] 参见徐忠明:《明清刑事诉讼“依法判决”之辨正》,《法商研究》2005年第4期,第155页。

持理据,涉及对律与敕、谋与杀等问题的不同理解,在法律解释方法上似乎有着难以调和的分歧。沈家本从刑官视角出发,认为王安石“怙势而胜,不足为训”。通过对“按问欲举之义”“因字、故字之义”的认真分析,沈家本最终认定阿云谋杀未婚夫,“杀而不死,乃不能,非不为也。初无追悔之心,未有首陈之状。许、王所议,显与律意相违”。<sup>[24]</sup>阿云之狱历时千载,至今依然常被提及,作为中国古代法理言说考察样本,考验着今人对古代法律及其制度语境的深切把握。

### (三) 细事之法理

细事又称细故,体现着古人对日常生活的具体安排,蕴含着深刻的“私法性的论理”。<sup>[25]</sup>例如,家族中因继承、婚姻而引发的财产分割,其分割规则的背后始终有基本原理的支撑。为此,日本学者滋贺秀三“从法学的视点”对家族形态进行了体系性的考察。在《中国家族法原理》一书中,他继承并发展了中田薰关于唐宋时期家族共产制的论考,借助传世文献和调查报告,力图解明中国古代家族中的每个人基于身份而享有的财产权益。由于既存法学概念不足,滋贺秀三特别“导入几个切合中国的事象的独自的概念”,这些概念多取自日常生活用语,经由他的理论省察和认真定义,具有了丰富的学术性,例如“同居共财”“分家”等。<sup>[26]</sup>借助这些法律概念,滋贺秀三完成了“家的法律的构造”,细密地分析了父家长型的家与复合型的家在家产处分、家产分割等问题上的个人的权能与权益问题。滋贺秀三关于家族法的种种讨论,最终指向了中国古代朴素的自然观——“父子同亲,分形同气”。这一表述取自《通典》,并得到经典经义与生活实践的确证。于是,滋贺秀三的高足寺田浩明说,“分形同气”就是滋贺先生发现的中国家族法的核心原理。<sup>[27]</sup>

在“私法性的论理”之外,因细事产生的听讼(尤其明清时期)也备受关注。其中,这些听讼多针对州县自理案件,<sup>[28]</sup>判语中频频出现的情、理、法成为学者讨论的核心命题。滋贺秀三认为,国法是成文的、实定的判断基准,而情与理虽不具有实定性,但相互联结而成的“情理”也是“一种最普遍的审判基准”。<sup>[29]</sup>黄宗智则认为,清代法律制度具有官方与民间、道德与实用两个层面,其官方表达与具体运作存在着内在矛盾,而滋贺秀三却将强调“道德辨别”的官方表达等同为“依法断案”的现实。在黄宗智看来,作为皇帝的代理人,州县官身处一个严密的官僚体系之中,其司法行动深受成文法律制约(包括原则性的律文和实践性的条例),于是“大多数县官都选择按律例来办案”。<sup>[30]</sup>滋贺秀三与黄宗智对“明清时期民事审判”的讨论引发了热烈讨论,不断深化人们对明清时期乃至作为整体的中国古代法律的认识。<sup>[31]</sup>在新近的研究中,日本学者夫马进认为中国历史上确曾出现

[24] 沈家本著:《寄谕文存》,商务印书馆 2017 年版,第 141 页。

[25] [日]滋贺秀三著:《中国家族法原理》,张建国、李力译,商务印书馆 2017 年版,第 20 页。

[26] 参见[日]滋贺秀三著:《中国家族法原理》,张建国、李力译,商务印书馆 2017 年版,第 95 页。

[27] 参见[日]寺田浩明:《滋贺秀三先生的学术人生》,阮云星译,《中国政法大学学报》2008 年第 6 期,第 145 页。

[28] 参见[日]滋贺秀三等著:《明清时期的民事审判与民间契约》,王亚新等译,法律出版社 1998 年版,第 395 页。

[29] [日]滋贺秀三等著:《明清时期的民事审判与民间契约》,王亚新等译,法律出版社 1998 年版,第 38-39 页。

[30] [美]黄宗智著:《清代以来民事法律的表达与实践:历史、理论与现实》(卷一),法律出版社 2014 年版,第 14 页。

[31] 参见汪雄涛:《明清诉讼中的“依法审判”》,《开放时代》2009 年第 8 期;徐忠明:《明清时期的“依法裁判”:一个伪问题?》,《法律科学》2010 年第 1 期。

过名副其实的“诉讼社会”，<sup>[32]</sup>这一观点很快引发国内学者的质疑。<sup>[33]</sup>显而易见，细事日渐成为学者们认识中国古代法律、社会与文化的重要考察对象。

综上所述，从经验的维度看，中国古代法理寓于具体的社会生活事务之中。古代刑官诵经读史，以儒者之资进入仕途，始终关切治平之道。他们追随孔孟之道，主导法律的制定与执行，即使州县以下并不为制定法直接调整，但如若产生细事纠纷，州县官员往往淳谕礼义以息事宁人。同时，政事、狱事与细事往往彼此关涉。例如，宋神宗于熙宁六年置律学，后来者多有非议。沈家本认为，“律学明而刑罚中，与政治关系甚大”，宋神宗的这一政治举措不应受到批评。但是，对于王安石的变法之举，沈家本征引陈旸叔“人言安石奸邪，则毁之太过，但不晓事又执拗耳”，认为这是对王安石最合适的评价。沈家本继而申言，“评不晓事人用事，未有不僨事。夫子论端木氏曰‘达者’，通事理晓事之谓也。天下不晓事人多矣，不晓事而又执拗，此所以祸及天下后世也”。<sup>[34]</sup>在这里，沈家本取“子贡问仁”之事评定王安石不晓事而僨事，再结合前文他在阿云之狱中对王安石怙势而胜的批评，可见沈家本对明通事理的“达者”的追求。他的这些议论，体现着中国古代即事明理、断事以理的叙事传统。

## 二 法理的历史之维

历史具有两种含义：一是过去发生的事实；二是对过去发生事实的认识和理解。<sup>[35]</sup>时间不可逆转、往事不可复现。即使是借助实物资料追迹三代的考古学者，分析并提取实物资料的信息仍然需要传世文献的互补印证，描述并书写信息也难以摆脱推论与想象。于是，对过去发生事实的认识和理解并不一定符合真相，甚至往往背离真相。然而，不能复现真相并不能消解历史记录的意义。秉笔直书的历史承载着人生在世的意义和国家兴亡的大道。对个人而言，“见贤思齐，见不贤而内自省”（《论语·里仁》），对国家而言，“《春秋》成而逆子惧，南史至而贼臣书，其记事载言也则如彼，其劝善惩恶也又如此”（《史通·史官建置》）。陈迹载于故纸，却深刻地影响着人们的当下生活，拥有着独立于过去真相的精神价值。就法律而言，悬法象魏载于《周官》、铸刑鼎载于《左传》，缙紫救父载于《史记》，凡此承载重大法律意义的历史事件，始终是后世立法、用法的精神源泉。在这个意义上，中国古代法理附丽于法律的历史叙述，认识法理首先应当重视文献，既包括有关法律的出土文献，又包括有关法律的传世文献。出土文献有赖于历史考古学的发掘、整理和分析，对认识法律、提纯法理具有丰富、完善乃至重识的重要意义。本文以传世文献为对象，从礼制变迁史和刑罚发展史勾勒法理的历史之维。其中，礼制变迁史关照历代礼书基于治理实际对“三礼”礼经的因革损益，刑罚发展史关照对中国古代刑制、律令、刑

[32] [日]夫马进编：《中国诉讼社会史研究》，范愉等译，浙江大学出版社2019年版，第6页。

[33] 参见魏文超、范忠信：《官司累讼生态与徽州民间调处解纷偏好——依据明清徽州文书的解读》，《南大法学》2021年第2期。

[34] 沈家本著：《日南随笔》，商务印书馆2017年版，第217页。

[35] 参见[日]佐藤正幸著：《历史认识的时空》，郭海良译，上海三联书店2019年版，第5-6页。

官、刑具等的考察,它们彼此关联又各有侧重。

### (一)礼制的因革损益

在中国古代社会,礼不仅是个人立身处事的行为规范,而且是国家长治久安的制度保障。《说文解字·示部》云:“禮(礼),履也,所以事神致福也。”一般认为,礼起源于祭祀,扩之而成五礼(吉、凶、军、宾、嘉),再扩之而包罗政教。礼的范围广阔、内涵丰富,“与今日‘文化’之概念相比,或有过之而无不及”。<sup>[36]</sup>章太炎说:“礼者,法度之通名,大别则官制、刑法、仪式是也”(《检论·礼隆杀论》)。钱穆申言:“舍礼外无法令,舍礼外无历史。‘史’、‘礼’、‘法’之三者,古人则一以视之也。”<sup>[37]</sup>基于此,认识中国古代法理,不能不关注礼制。礼制有因革损益,所因者为礼经,包括《周礼》《仪礼》《礼记》;所革者为礼仪,包括秦汉以降历代王朝为了规范仪制而制定的礼典。

《史记·太史公自序》载:“六艺经传以千万数,累世不能通其学,当年不能究其礼。”礼学之浩博繁难由此可见。至东汉,郑玄博综群籍而兼注三礼,成为后世学者步入礼学殿堂的津梁,所谓“礼是郑学”。郑学“精博贯通”,治三礼当以郑学为宗,然“欲通三礼郑学,又非假道于陆、孔、贾、杜四家之书无由”。<sup>[38]</sup>所谓四家之书,包括陆德明《经典释文序录》、孔颖达《五经正义》、贾公彦《周礼疏》和杜佑《通典》,皆为有唐杰作。唐以后,礼学亦有创新。聂崇义《三礼图集注》、杨复《仪礼图》、朱熹《仪礼经传通解》、李如圭《仪礼释宫》等,开绘图、释例、考释名物之先。清代崇尚考据,礼学后出转精,治《周礼》者如江永《周礼疑义举要》、惠士奇《礼说》、孙诒让《周礼正义》,治《仪礼》者如凌廷堪《礼经释例》、胡培翬《仪礼正义》等。面对浩繁的礼学著作,首先应当以礼经为本,立定宗旨,聚焦对国家制度与政治理念影响深远的大节目。

《周礼》为晚出古文,经刘歆、郑玄表彰,后世尊为“周公致太平之迹”的儒家经典。<sup>[39]</sup>《周礼》的六官设置与治国理念,深刻影响着历代王朝的制度设计。唐武则天时,依照《周礼》“六官”设立了吏、户、礼、兵、刑、工的六部机构。明清时,更在“官方同构”的原则下,发展出成熟完备的“六事法”体系。<sup>[40]</sup>《周礼》重教化、隆礼义、慎刑罚,被奉为“运用天理以法万世之书”(《钦定周官义疏·凡例》),沈家本不仅“于《周官》多创获”(《清史稿·沈家本传》),而且详考成周官制襄助官制改革。<sup>[41]</sup>《仪礼》本名即《礼》,为礼之本经。它记载先秦礼仪制度,从冠婚饗射到朝聘丧葬,是中国古代宗法制度的集中体现。《仪礼》在“三礼”之中成书最早,取得经的地位也最早。唐贾公彦在《仪礼疏》中说:“至于《周礼》《仪礼》发源是一,理有终始,分为二部,并是周公摄政大平之书。《周礼》为末,《仪礼》为本。本则难明,末则易晓,是以《周礼》注者,则有多门;《仪礼》所注,后郑而已。”《礼记》所载各种礼典,集中体现了上古时期的伦理思想、生活方式、社会风尚,更对唐

[36] 钱玄、钱兴奇著:《三礼辞典》,江苏古籍出版社1998年版,自序。

[37] 钱穆著:《国学概论》,我国台湾地区联经出版事业股份有限公司1998年版,第24-25页。

[38] 黄侃著:《黄侃论学杂著》,中华书局1964年版,第449页。

[39] 郑玄注,贾公彦疏:《周礼注疏》(上),上海古籍出版社2010年版,第5页。

[40] 参见朱勇著:《儒者论法》,法律出版社2020年版,第35-62页。

[41] 参见沈家本著:《历代刑法考》(上册),商务印书馆2011年版,第11页。



开元礼、宋代《政和五礼新仪》、明代《大明集礼》和清代《大清会典》都产生了重要影响。<sup>[42]</sup>《礼记》广泛地论述了礼的本质、理论、运用,极富哲理,成为历代士人通往《周礼》《仪礼》的桥梁。例如,《礼记·曲礼》载:“夫礼者所以定亲疏,决嫌疑,别同异,明是非也。”瞿同祖先生明此本旨,特别指出研究中国古代法律,当礼书与法典并观,才能得其精义。<sup>[43]</sup>

礼经之外,又有礼典。《汉书·礼乐志》云:“王者必因前王之礼,顺时制宜,有所损益,即民之心,稍稍制作,至太平而大备。”历代王朝在继承先王之礼的基础上,往往又制定适用于当世的“今典”。自先秦至明清,这些被留存下来的礼典,记录着不同时期以礼治国的历史轨辙。《唐律疏议》曰“德礼为政教之本,刑罚为政教之用”,其所本之礼为唐礼。于是,经疏与律疏关系、《大唐开元礼》等唐代礼典的编纂与传承,都受到学者的关注。又以清代为例,《大清通礼》或被视为“清国行政法”,或被视为“礼仪法”,或被视为“礼事法”,其规范朝廷仪制与万民生活的法律性质日益得到学者的重视。对它的研究,结合《大清会典》《大清律例》,不仅有助于理解有清一代的法制状况,而且有助于厘定所谓德礼刑罚并用相即的政教传统。

认识礼制的因革损益,应当讲求礼学。黄侃认为,讲求礼学有方法与次第之别。方法上,以郑注为主干,以唐疏和清新疏为枝叶。次第上,“当以辨字读、析章句为先务,次则审名义,次则求条例,次则括纲要”。<sup>[44]</sup>吴飞指出,郑玄围绕三礼而创建的经学体系塑造了魏晋至唐的经学研究范式和礼法制度,而依赖郑学的隋唐礼法架构,更成为以后千年的基本政治架构。<sup>[45]</sup>在新近的研究中,池田秀三对郑学特质的思考,<sup>[46]</sup>乔秀岩对郑玄解经方法的分析,<sup>[47]</sup>华喆对汉唐间经典诠释变迁的分析,<sup>[48]</sup>以及冯茜对唐宋之际礼学思想转型的考察等等,<sup>[49]</sup>都可助益我们深入地理解礼制。

## (二) 刑罚的世轻世重

“轻重诸罚有权,刑罚世轻世重,惟齐非齐,有伦有要”(《尚书·吕刑》)。蔡沈《尚书集传》释之曰:“轻重诸罚有权者,权一人之轻重也;刑罚世轻世重者,权一世之轻重也。惟齐非齐者,法之权也,有伦有要者,法之经也。”<sup>[50]</sup>立法用刑应当守经达权,既应当尊重法律的伦理和纲纪,又应当兼顾人的违礼情状和世的治乱时势,以此实现罚当其罪的公平公正。一般认为,《吕刑》是西周中期大司寇吕侯受周穆王之命所撰,也是从周代礼制中独立而出的最早刑典。《周礼》记载了大司寇为了帮助天子治理邦国而制定的三种法典,“一曰刑新国用轻典,二曰刑平国用中典,三曰刑乱国用重典”(《周礼·大司寇》)。郑玄

[42] 参见彭林著:《中国古代礼仪文明》,中华书局2013年版,第93页。

[43] 参见瞿同祖著:《中国法律与中国社会》,商务印书馆2017年版,第369页。

[44] 黄侃著:《黄侃论学杂著》,中华书局1964年版,第454页。

[45] 参见吴飞:《今人如何读郑学?》,《读书》2019年第5期,第117、118页。

[46] 参见[日]池田秀三:《黄侃〈礼学略说〉译注稿(一)》,石立善译,载彭林主编《中国经学》(第十九辑),广西师范大学出版社2016年版,第93页。

[47] 参见[日]乔秀岩、叶纯芳著:《学术史读书记》,生活·读书·新知三联书店2019年版,第105页。

[48] 参见华喆著:《礼是郑学:汉唐间经典诠释变迁史论稿》,生活·读书·新知三联书店2018年版。

[49] 参见冯茜著:《唐宋之际礼学思想的转型》,生活·读书·新知三联书店2020年版。

[50] 《书集传·吕刑》卷六,《影印文渊阁四库全书》第58册,我国台湾地区商务印书馆1986年版,第135页。

注：“新国者，新辟地立君之国；用轻法者，谓其民未习于教。平国，承平守成之国也；用中典者，常行之法。乱国，篡弑叛逆之国；用重典者，以化其恶，伐灭之。”针对邦国的治乱不同，制定与施行法律应当有轻重之别，这种趣时变通的观念是殷周之变的经验总结，深刻地影响着后世的法律变迁。

《汉书·刑法志》被视为中国最早的专门形式的法律史著述。史家班固于此篇立定先王立法宗旨，追溯历代法律变迁，评议汉代法律得失，寄寓着深邃的法理思想。班固纵观有汉二百三十年，“略举汉兴以来，法令稍定而合古便今者”，包括高祖刘邦“约法三章”、相国萧何“作律九章”、萧规曹随无为而治、文景之治删减酷刑。然而，汉武帝即位后，因征伐四夷而频繁征收人力物资，使得“百姓贫耗、穷民犯法”，于是招酷吏张汤、赵禹“作见知故纵、监临部主之法”，从此“奸猾巧法，转相比况，禁罔浸密”。后来才有了汉宣帝整顿“治狱之吏”，汉元帝诏令删减繁法，汉成帝强调“务准古法”。班固认为，三代以后“德衰”“刑蕃”，原因是“礼乐阙而刑不正”，应当依据古制“清原正本”。于是，他的刑罚改革不务其轻而务其中，他主张“轻重当罪，民命得全，合刑罚之中，殷天人之和，顺稽古之制，成时雍之化”（《汉书·刑法志》）。

回溯历史，自魏文侯尊李悝为师撰《法经》六篇，商鞅传授，改法为律，至汉相萧何增益三篇而成《九章律》，律典根荑毕现。魏、晋以降，法律以汉律为宗而又日益繁密，至唐长孙无忌修撰《唐律疏议》而成一代之典。诚如《四库全书提要》所引：“论者谓唐律一准乎礼，以为出入得古今之平。”<sup>[51]</sup>但另一方面，“律虽定于唐，而所以通极乎人情法理之变者，其可画唐而遽止”，<sup>[52]</sup>在刑官看来，人情法理因时因事而变，不应以唐律为止境而画地为牢，而应以唐律为“津筏”沿波讨源，进而深求法律古今异同之原，讲明刑罚世轻世重之故。换言之，法律的历史并不是僵死的过去，也不是固化的条文，而是充满生机的精神世界。因此，考订历史不是回到历史，而是以朝向法律历史的方式指向法律的原理。相反，离开历史讨论法律是不可想象的，所谓“事不师古，而私心自用，非良法也”。<sup>[53]</sup>于是，薛允升将唐律和明律彼此参差、轻重互异的条文逐条疏证，以明法律之得失；沈家本组织翻译东西各国法律的同时，亦不忘甄录中国历代法律的善本，以此“寻绎变通趣时之义”。<sup>[54]</sup>

《尚书·舜典》“象以典刑”被视为中国古代最早的刑制记载。因为时在上古而文献不足征引，自战国至明清，象刑之义莫衷一是。一种具有代表性的观点认为象刑是迫使罪犯穿上赭衣等特殊服饰以示惩罚的耻辱刑。但荀子《正论》认为，“象刑殆非生于治古，并起于乱今也”，否定了唐虞象刑之说。对此，沈家本驳斥说，“荀子盖习见七国民伪浇漓，谓非重刑不可，而未思上古敦庞之世，固不可同年而语也”。<sup>[55]</sup>结合《舜典》流宥五刑，沈家本认为舜时象刑、五刑并行不悖，以象刑对待平民，以五刑对待蛮夷、怙恶者。象刑是五

[51] 《四库全书总目提要·史部政书类二》卷八十二，河北人民出版社 2000 年版，第 2161 页。

[52] 薛允升著：《唐明律合编》，法律出版社 1999 年版，柳贯“唐律疏议序”，第 1 页。

[53] 薛允升著：《唐明律合编》，法律出版社 1999 年版，第 1 页。

[54] 参见沈家本著：《寄谥文存》，商务印书馆 2017 年版，第 180 页。

[55] 沈家本著：《历代刑法考》（上册），商务印书馆 2011 年版，第 4 页。

刑之外的非常刑,符合“皋陶方祗厥叙,方施象刑惟明”的“德化之旨”。<sup>[56]</sup>

儒者言三代之事以明三代之理,又以三代之法所蕴藏的价值评定历代法律得失。“周用仁而昌,秦用刑而亡”(《新唐书·刑法志》)。法律由君主创设与改易,它的得失便体现为施行法律的理念是崇尚仁义还是主张刑威。崇尚仁义的三代作为中国文明的开端,代表了明刑弼教在社会秩序中的完美呈现。刑官诵读六经,于先王政典中体认蕴藏在社会生活事务之中的价值理念。申言之,回向三代就是指向未来,在先王遗意的关照下,历史的褒贬与启示由此展开。消极地看,秦朝二世而亡不是法律的过错,而是用法者的过错,用刑者应当引以为戒,“勿若以刑杀为威,而深体唐虞钦恤之意”。<sup>[57]</sup> 积极地看,唐代高祖、太宗善于治理,甚至可以和三代之治相提并论,使得后世的治律之士莫不以唐律为圭臬。<sup>[58]</sup> 总之,议法者欲明乎法理,应当考订历代法律沿革,推阐法经的义例,参稽明辨律文之间的异同。“刑罚世轻世重”强调立法用刑应当趣时变通、因时制宜,以经史互现的方式与时偕行,最终达成过去与现在、思想与实践的统一。

### 三 法理的哲学之维

“哲学”是深具西学渊源的外来词,其是否契合中国传统学术至今仍有争议。本文遵循冯友兰先生以来中国哲学史研究者的普遍看法,将中国义理之学视为中国哲学。<sup>[59]</sup> 对认识古代法理而言,程朱理学的积极意义体现在两个方面:首先,朱熹秉承二程,将“理”“天理”等核心概念始终如一地注入《四书章句集注》,其借重经典注释创构的哲学体系有助于我们融贯地理解中国古代的法理言说。其次,二程与朱熹对“理一分殊”“格物穷理”等哲学命题的阐释,有助于我们理解中国古代的“道理”世界,判别事理、法理与天理的相互关系。法理的哲学之维表明,经过程朱理学的洗礼,中国古代法理升华事理而上揆天理,直面社会生活事务,而又内向超越于社会生活事务,具有根本性与自明性。

#### (一) 上揆天理的法理

天理、国法与人情被视为“古代中国法理学的核心命题”或者“源于古代中国又绵延至今的法哲学问题”。<sup>[60]</sup> 由于古代刑官“准情酌理”“情法两尽”等论断始终围绕具体案件展开,鲜少围绕概念作抽象的学理辨析,这使得法史学者对天理、国法与人情的相互关系言人人殊。沈家本说:“律者,民命之所系也,其用甚重而其义至精也。根极于天理民彝,称量于人情世故,非穷理无以察情伪之端,非清心无以祛意见之妄。……是今之君子,所当深求其源,而精思其理也。”<sup>[61]</sup> 这段劝勉士子讲求法律之学的谆谆之言饱含理学色彩。法律“根极于天理民彝”,讲求法律应“穷理”“清心”,借助程朱理学对此作哲学的理

[56] 沈家本著:《历代刑法考》(上册),商务印书馆2011年版,第6页。

[57] 沈家本著:《历代刑法考》(上册),商务印书馆2011年版,第14页。

[58] 参见沈家本著:《历代刑法考》(上册),商务印书馆2011年版,第45页。

[59] 参见陈来:《世纪末“中国哲学”研究的挑战》,《中国哲学史》1999年第4期。

[60] 范忠信、郑定、詹学农著:《情理法与中国人》,北京大学出版社2011年版,第23页;霍存福:《沈家本“情理法”观所代表的近代转换——与薛允升、樊增祥的比较》,《华东政法大学学报》2018年第6期,第115页。

[61] 沈家本著:《寄穆文存》,商务印书馆2017年版,第177页。

解,对认识中国古代法理颇有意义。为了完整地呈现这一意义链,有必要对理学的意旨稍作分析。

天理是程朱理学最高的哲学范畴。程颢说:“吾学虽有所受,天理二字却是自家体贴出来。”<sup>[62]</sup> 如何理解天理呢?“天理云者,这一个道理,更有甚穷已?不为尧存,不为桀亡。人得之者,故大行不加,穷居不损。这上头来,更怎生说得存亡加减?是他元无少欠,百理具备。”<sup>[63]</sup> 据此,天理既具有适用于包括人在内的世间万物的普遍性,又具有“元无少欠”的客观性。天理的普遍性与客观性当然地作用于人之善恶的表彰与惩罚,“至如言‘天讨有罪,五刑五用哉!天命有德,五服五章哉!’此都只是天理自然当如此”。<sup>[64]</sup> 程颢以天理之名,赋予了《尚书·皋陶谟》中“五服五章”与“五刑五用”当然性与合理性。随后,程颐发展程颢思想,将“天理”与“道”等视——“问:天道如何?曰:只是理,理便是天道也。且如说皇天震怒,终不是有人在上震怒?只是理如此。”<sup>[65]</sup> 依照二程之见,天理是存在于宇宙一切事物之中的普遍法则,自然规律、社会规范、道德法则等虽然各有范围,但皆受天理的统御。朱熹尊奉二程而又益以新义,他将理、气、心、性、天理、人欲、理一分殊等理学概念一以贯之地注入对语、孟、学、庸的解释中,由此创构了一个崭新的哲学体系。<sup>[66]</sup> 这一哲学体系不仅深刻影响了以攻读“四书”为进身之阶的士人思想,而且形塑了以儒者为基础身份的刑官的法理表达。

以《论语》“获罪于天”章为例,“王孙贾问曰:‘与其媚于奥,宁媚于灶,何谓也?’子曰:‘不然,获罪于天,无所祷也。《论语·八佾》’朱熹注:‘天,即理也;其尊无对,非奥灶之可比也。逆理,则获罪于天矣,岂媚于奥灶所能祷而免乎?言但当顺理,非特不当媚灶,亦不可媚于奥也。’”孔子认为,人如果获罪于天,那么无论在何处求媚祷告也没有用。孔子只言祷于天,未言祷于理,朱熹却接续二程,将天训为理,赋予了自然之天以理性的色彩。这遭到了注重训诂的清儒的责难,毛奇龄在《四书改错》中说,朱熹“天,即理”将天等视为理,不仅与《中庸章句》的解释自相矛盾,而且与先儒以及汉、魏后儒的解释大相径庭。毛奇龄以后,戴震著《孟子字义疏证》开篇论“理”十五条,驳斥宋儒“得于天而具于心”的理不过是“意见”而已。<sup>[67]</sup>

针对毛、戴等人对程朱“天即理”的指摘,供职刑部的沈家本颇不以为然。他先于《日南读书记》中援引理学名士潘行桐、王炳燮的观点,申言“理出于天,故又言天理,以理为天之所出,故言天即理”,强调“朱子不云‘天,理也’,而云‘天即理也’,加一‘即’字与寻常之转注不同,下言‘其尊无对’、又言‘逆理则获罪于天’,则未尝不以天为苍苍之天也”,<sup>[68]</sup> 又于《日南随笔》中征引王炳燮、朱一新的观点驳斥戴震,强调程朱理学是对《易经·说卦》“穷理尽性以至于命”“圣人之作《易》也,将以顺性命之理”等说的发挥,而戴

[62] 程颢、程颐著:《二程集》,中华书局 2004 年版,第 424 页。

[63] 程颢、程颐著:《二程集》,中华书局 2004 年版,第 31 页。

[64] 程颢、程颐著:《二程集》,中华书局 2004 年版,第 30 页。

[65] 程颢、程颐著:《二程集》,中华书局 2004 年版,第 290 页。

[66] 参见刘笑敢:《从注释到创构:两种定向 两个标准——以朱熹〈论语集注〉为例》,《南京大学学报》2007 年第 2 期。

[67] 参见戴震著:《孟子字义疏证》,中华书局 1982 年版,第 3-5 页。

[68] 徐世虹主编:《沈家本全集》(第 5 卷),中国政法大学出版社 2010 年版,第 317 页。

震却视而不见。<sup>[69]</sup> 沈家本深受乾嘉朴学流风余韵的影响,远溯汉唐注疏,博采国朝校勘,撰述了大量的经典考订著述,使人们往往忽略了他的义理之学。但沈家本这番对毛、戴的批评议论表明,他虽崇尚考据但并不废义理。他尊奉程朱“天理”之说,反对“执其著于文字者以为据,不知因文字而反求诸身心”,<sup>[70]</sup> 这些理念深刻影响着他的法理言说,进而有所谓法律“根极于天理民彝”、讲求当穷理清心。自宋以来,历代刑官身处宋儒所创构的理学世界中,他们的法理言说频频言及天理,虽然鲜少发挥,但是不仅不与理学相违,而且自始持守程朱义理。

## (二) 内向超越的法理

“内向超越”语出余英时,他考察“天人合一”观念在中国古代的起源和演变,认为相较于其他文明的“超越”形态(以柏拉图理论的超越世界为例),中国的超越具有“内向”的特色,即中国的超越世界和现实世界有着“不即不离”的文化特色。这一“内向超越”经由孔子展开,即孔子通过创建“仁礼一体”将作为价值之源的超越世界从外在的“天”移入人的内心并取得高度的成功,对中国文明产生了深邃而持久的影响。<sup>[71]</sup> 受到孔子开启的“仁礼一体”的规定,法理所承载的价值未曾脱离人的内心,所谓即事而明理,应当在具体的社会生活事务中体认。对此,程朱借重经典诠释进行了系统的说明。

朱熹说:“天下之物,则必各有所以然之故,与其所当然之则,所谓理也。”据此,理包含“所以然之故”和“当然之则”两个方面。依朱熹之见,有一物,必有一理。天下万事万物皆有一个“所以然之故”和“当然之则”。其中,当然之则即“事物上正当合做处”,既无“过”又无“不及”。物又被视为气,所谓“理离气不得”“理未尝离乎气”。理气相即与道器一体同构,结合《易传·系辞上》“形而上者谓之道,形而下者谓之器”,道理不离事物,所谓道器合一,这正强调没有脱离现实世界的理。也这是在这个意义上,理的超越性是内向的而非外在的。

如果物各有理,那么理将散见于具体的事物之中。于是,由程颐首提并经杨时、朱熹发展的“理一分殊”完成了一般之理与个别之理的统一。杨时读张载《西铭》,将其与《墨子》等同。程颐严肃地反对道:“《西铭》之为书,推理以存义,扩前圣所未发,与孟子性善养气之论同功,岂墨氏之比哉?《西铭》明理一而分殊,墨氏则二本而无分。老幼及人,理一也。爱无等差,本二也。分殊之蔽,私胜而失仁;无分之罪,兼爱而无义。分立而推理一,以止私胜之流,仁之方也。无别而迷兼爱,至于无父之极,义之贼也。子比而同之,过矣。”<sup>[72]</sup> 墨子言兼爱,不承认于君于父的不同关系,故言无分。这全然不同于张载“推理以存义”的本旨,因此程颐告诫门人杨时不可将《西铭》与爱无等差的墨子相等同。程颐认为,《西铭》理一而分殊,主张基于人际关系的亲疏有等,自然地适用不同的规范,但这些不同的规范又统一地贯穿着普遍的原理。朱熹发明“理一分殊”,说:“理只是这一个,道理

[69] 徐世虹主编:《沈家本全集》(第7卷),中国政法大学出版社2010年版,第292页。

[70] 徐世虹主编:《沈家本全集》(第5卷),中国政法大学出版社2010年版,第386页。

[71] 参见余英时著:《论天人之际:中国古代思想起源试探》,中华书局2014年版,第196-227页。

[72] 程颢、程颐著:《二程集》,中华书局2004年版,第609页。

则同,其分不同,君臣有君臣之理,父子有父子之理。”<sup>[73]</sup>于此,“理一分殊”自然地落在了纲常的维系上。朱熹说,“凡有狱讼,必先论其尊卑上下、长幼亲疏之分,而后听其曲直之辞”,“盖三纲五常,天理民彝之大节,而治道之本根也。……凡听五刑之讼,必原父子之亲,立君臣之义以权之。盖必如此,然后轻重之序可得而论,浅深之量可得而测”(《朱子语类·戊申延和奏劄》)。在朱熹那里,作为治道之根本的纲常是“当然之则”,它或以礼或以刑的形式,要求一切人尊奉勿替。

理既然是物的“所以然之故”和“当然之则”,穷理则当格物。格物语出《大学》。程颐说“格,犹穷也。物,犹理也。犹曰穷其理而已也”。穷理的方法有多端,“或读书讲明义理;或论古今人物,别其是非;或应接事物而处其当,皆穷理也”<sup>[74]</sup>。朱熹说:“学者即凡天下之物,莫不因其已知之理,而益穷之,以求其至乎其极。至于用力之久,而一旦豁然贯通焉。……此谓格物,此谓知之至也。”<sup>[75]</sup>格物穷理,“得于天”的理才能“具于心”,这种理的不可言说性体现在历代刑官言之凿凿的“天理”云云。于是也才有了滋贺秀三的困惑——为何自称以理学为宗的南宋名公既以“理”为常识性的概念,判语中却完全感受不到理的哲学意味。<sup>[76]</sup>

中国古代法理的内向超越性同样与日本学者沟口雄三对理学的研究结论相契合。他通过比较宋代的理气世界观(又被他假称为朱子式或中国式的自然法)与西方的自然法传统(以托马斯·阿奎那为代表),明确了中国“自然法”的“异欧洲性的中国性特质”<sup>[77]</sup>。他将朱熹的理作了性质与功能的区分,性质上看,理是当然之则(合当性),功能上看,理是超越的。换言之,理的合当性不会发生改变,但其承载的功能则往往随时代的不同而不同。于是,不同时代不同的思想任务高扬“天理”,但功能往往不同。严复主张“侵人自由者,斯为逆天理、贼人道”(《论世变之亟》),康有为主张“以天之公理言之,人各有自主独立之权,当为平等”(《大同书》)。显然,程朱奉纲常为天理,严复视自由为天理,康有为视平等为天理,天理在性质上并不具有托马斯式自然法的超越性。

中国古代并不寻求一个与现实世界不同的法的世界,于是,天理自然等观念在不同历史阶段都承载不同的历史内容。正如沟口雄三说:“在以托马斯·霍布斯和卢梭的理性或普遍意志为基础的关于法的假说中,都是构筑了一个和现实世界不同的法的世界,而中国从来没有这些。……中国的秩序观念则是常和现实相即的、可称为现实性或事实性观念,它直接地描绘出现实,因而他不是法思想史,而是与自然相即的理的观念。”<sup>[78]</sup>与自然相即,对天理的解释与运用都应放置在具体的社会生活之中。于是,上揆天理的法理,性质上不离具体的社会生活事务,功能上则依据具体的社会情形而变化,其蕴藏的“当然之则”具有内向的超越性。

[73] 黎靖德编:《朱子语类》(卷六),中华书局 1994 年版,第 99 页。

[74] 程颢、程颐著:《二程集》,中华书局 2004 年版,第 188 页。

[75] 陈荣捷著:《朱熹》,生活·读书·新知三联书店 2012 年版,第 71 页。

[76] 参见[日]滋贺秀三等著:《明清时期的民事审判与民间契约》,王亚新等译,法律出版社 1998 年版,第 36-37 页、第 49 页注 71。

[77] [日]沟口雄三著:《中国前近代思想的屈折与展开》,龚颖译,生活·读书·新知三联书店 2011 年版,第 421 页。

[78] [日]沟口雄三著:《中国前近代思想的屈折与展开》,龚颖译,生活·读书·新知三联书店 2011 年版,第 434 页。

## 余 论

立足于现行实在法体系,学者对“法律是什么”或者“法律的性质是什么”的追寻,概念工具和思想资源均来自西方,“西方法学的中国/汉语表达”不仅必要,而且自足。<sup>[79]</sup>于是,关于法的一般理论的讨论,往往与中国古代法律无涉。也许是为了应对这一局面,一些学者力图建构中国的“法理学传统”或者“法哲学传统”,亦可谓苦心孤诣。然而,这种建构面临来自文本和方法彼此关联的双重危险。文本上,由于中国古代缺乏系统专门的法律理论著述,不得不择取经史子集中的思想人物,发扬他们的法意识、法观念甚至法理论。于是,无论是尊奉修齐治平之论的儒者,还是精通刑名法术之学的法家,都可成为颇具中国特色的“法哲学家”或“法理学家”。方法上,中国古代法律拥有一套今天看来独特而陌生的言述系统,于是所谓创造性地赋予古代法律以现代的(实则是西方的)分析形式,就不得不对古代法律进行概念的格义,以格义后的西方现代术语反向地格义中国古代术语,使得表面的古今交融造成了实质的中西皆失。

关于如何求取法理,与中国法理学渊源颇深的日本学者也持不同看法。穗积陈重秉承梅因和萨维尼的历史法学派的观点,力图在时代的变迁中揭示法律进化的原理。东京大学文学士井上哲次郎则认为,从进化论的角度解释法理,只是探究法理变迁的迹象,并不是法理的根本解释,“法理仍应通过哲学的根本原理进行解释,只进行经验性、归纳性的解释,无法得到满意的解释”。<sup>[80]</sup>井上哲次郎曾于1905年出版《日本朱子学派之哲学》,书中将朱子学派视为“德川时代最有势力之重要哲学学派”。<sup>[81]</sup>在他那里,程朱理学与哲学是融合统一的。由于进化论预设了运动的社会现象的“科学理法”,井上哲次郎反对从进化论的角度认识法理。他并非反对回溯历史,而是主张将历史与经验纳入广泛的哲理思考之中,以此寻求具有根本性、彻底性的法理概念。

本文主张认识法理而非构建法理,意在最大限度地关照中国古代法律的面向。借用史学家安克斯密特的“历史表现”这一术语,中国古代法理应当在多样化的法律历史现象中达成最大限度的统一性。这种统一性呈现为经验、历史与哲学三个维度。经验维度上,法理寄寓于具体的社会生活事务,应当在政事、狱事与细事之中认识法理;历史维度上,法理附丽于悠久的礼刑传统,应当在礼刑合一的历史发展中认识法理;哲学维度上,法理揆诸道与理,内向地超越具体社会生活事务,应当在高明的道理世界中认识法理。当然,认识中国古代法理绝不是对历史的怀乡,不应以同情理解为名,赋予古代法律浪漫的色彩。总之,中国古代法理恰如远离法理新大陆的一座岛屿,虽然乏人问津,却始终真实地存在着,并自成生态、郁郁葱葱。对于生活在新大陆的人们,要真切地认识这座岛屿,必须深怀敬畏地驶过那片迷雾层层时空之海。这是一场长期、艰难却又意义深远的旅行。

[79] 参见舒国滢著:《法学的知识谱系》,商务印书馆2020年版,第46页。

[80] [日]井上哲次郎著:《儒教中国与日本》,付慧琴、唐小立等译,中国社会科学出版社2021年版,第428-429页。

[81] [日]井上哲次郎著:《日本朱子学派之哲学》,万丽莉译,中国社会科学出版社2021年版,序,第1页。

[ **Abstract** ] Faced with domestic crisis and inspired by foreign theories at the end of the Qing Dynasty, Shen Jiaben and Liang Qichao studied and advocated the rationale of law in ancient China in order to assist the legal reform. Shen actively invoked Western doctrines of the rule of law to promote legal and political reform, while also emphasizing the importance of taking seriously the historical tradition of Chinese law. He believed that ancient Chinese law relied on the empirical dimension of legal reasoning for the trial of specific legal cases. Additionally, Shen focused on legal texts and stressed that “one should examine the source of laws and look into the rationale of it”, namely “one should examine the evolution of laws, carry out deep exploration of relevant cases, analyze differences between laws, and weigh up one against another”. This gave Shen’s study on legal theory profound historical connotations. Unlike Shen, Liang advocated the exploration of “abstract jurisprudence” outside texts of law. According to Liang, the development of jurisprudence in China reached its heyday during the Spring and Autumn period and the Warring States period, and then began to degenerate. Liang left behind the practical experience and historical evolution of Chinese law and, as a result, the abstract jurisprudence he sought diffused into the theories of state governance of the pre-Qin philosophers. If we pay attention to the experience and history of ancient Chinese law, Cheng-Zhu’s philosophy is deeply enlightening in the seeking of abstract jurisprudence, not only to the world of reasoning that explains the way by reasoning and connects to the world of reasoning in the pre-Qin Dynasty but also to the world of law in the Ming and Qing dynasties, which was profoundly influenced by the system of righteousness created by the classical exegesis. In view of this, the understanding of the rationale of law in ancient China can be developed from three dimensions: empirical, historical and philosophical. In the empirical dimension, the rationale of law in ancient China, a legal evaluation of specific social life affairs, was embedded in political affairs, prison affairs and civil affairs. In the historical dimension, the rationale of law in ancient China was attached to the long tradition of rites and penalties, the former was subject to changes, and the latter could be light or heavy. In the philosophical dimension, the rationale of law in ancient China sublimated affairs to the reason of heaven, and inwardly transcended the concrete affairs in social life. From the viewpoint of the object of investigation, one should not only focus on the concrete and microscopic affairs but also emphasize the ritual and penal narratives of heirloom documents, and try to clarify the ideological connotations of the Rationale of Heaven and other legal doctrines. A multi-dimensional understanding of the rationale of law in ancient China helps us to build bridges between Eastern and Western concepts and between ancient and modern standpoints, and better understand the legal civilization of ancient China.

---

---

(责任编辑:田 夫)