

传统中国

法本体研究

武夫波
著

传统中国

法本体研究

武夫波
著

图书在版编目(CIP)数据

传统中国法本体研究 / 武夫波著. -- 北京 : 法律出版社, 2020

ISBN 978 - 7 - 5197 - 4310 - 9

I. ①传… II. ①武… III. ①法哲学—研究—中国
IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2020)第 037868 号

传统中国法本体研究
CHUANTONG ZHONGGUOFA
BENTI YANJIU

武夫波 著

责任编辑 屈 瑶
装帧设计 臧晓飞

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 天津嘉恒印务有限公司
责任校对 杨锦华
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 710 毫米×1000 毫米 1/16
印张 15
字数 205 千
版本 2020 年 3 月第 1 版
印次 2020 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/400-660-8393

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-8393/6393

第一法律书店/010-83938432/8433

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071639/1636

书号:ISBN 978-7-5197-4310-9

定价:85.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

绪 论	1
第一章 法本体释义	5
一、法本体释义	7
(一)什么是法本体	7
(二)传统中国有法本体	16
二、法本体基本原理	26
(一)原理之一	26
(二)原理之二	27
(三)原理之三	28
三、“谁”的法本体	31
第二章 道家法本体	39
一、老子哲学中的“道”	39
二、本体之道	44
(一)道体之道	45
(二)政教之道	48
三、道:法的根本理据	51
第三章 儒家法本体	56
一、天下归仁	57
二、汉、宋儒家的两条道路	64
(一)汉儒的宇宙论路径	64
(二)宋儒的本体论路径	77
三、礼法模式的形成	85
第四章 法家法本体	96
一、人性论:学说的逻辑起点	97
二、君主之利:法制合理的根源	106

三、法：法哲学的核心	110
第五章 传统中国法的天本体	115
一、论中国传统中的“天”	118
二、天本体的两种形式：命与道	123
（一）天命观的产生	123
（二）天道观的形成	132
三、作为普遍信仰的天本体	136
第六章 传统中国法本体的内在逻辑	143
一、法是什么	147
二、法为什么是法	155
三、法本体的证成路径	159
第七章 传统中国法本体的展开逻辑	167
一、法律渊源的形成	169
二、法律价值的凸显	175
三、法律技术的适用	181
第八章 传统中国法本体的运行逻辑	
——以董仲舒春秋决狱为例的考察	186
一、董仲舒春秋决狱案件分析	187
二、为什么仁义成为决狱的标准	193
三、春秋决狱：法本体的运行实践	196
第九章 传统中国法哲学何以可能	202
一、传统中国法哲学是否可能	205
二、传统中国法哲学如何可能	212
三、传统中国法哲学之意义	219
（一）建立具有真正中国问题意识的中国法哲学	220
（二）以法学的“内部视角”重新认识传统中国法	221
结 论	223
参考文献	226
后 记	236

绪 论

传统中国法绵延数千年,虽然清末解体,但余韵不绝,影响至今;传统中国法哲学是中华民族在漫长的历史进程中发展起来的思考人与人、人与社会、人与自然相互关系的智慧成果,作为传统中国法的灵魂和深层表达,传统中国法哲学在一定程度上指引了传统中国法的发展和走向,并对近现代中国产生了深远影响。鸦片战争后,天朝美梦破碎,百年以降,迫于国外的船坚炮利,政法理论之强大,国民对传统中国法的态度亦是曲折反复。现今承平日久,重新发掘认识传统中国法背后之本体的存在样态、性状、运行逻辑等原理,一来可以改变法哲学领域西方理论一家独大的局面,为现代中国法哲学理论融入传统文化的因素;二来可以增强法哲学研究的主体性,通过继承传统进而发展中国人自己的法哲学,建立饱有真正中国问题意识、关注真正中国问题的中国法哲学。法哲学体系中,又以法本体为其根本,其他诸如法律方法、法律价值、法律运行等部分皆建基于法本体论之上,故而欲研究传统中国法哲学,当先从法本体入手。然而法本体隐约幽暗,不似一般法律规范、法律制度明白可见,唯有运用法哲学的思维方法,坚持法本体的“内部视角”,以“法是什么”“法的终极理据是什么”为问题

的基源,条分缕析,以求对此问题的形而上的解答;此外,还需结合规范分析与社会分析的研究方法,将形而上的法本体之道与形而下的法律规定、法律运行互相参照,彼此印证,方能真正窥得传统中国法本体这一抽象玄妙问题的关键。

凡秉有严密、成熟思虑者,其法哲学必成一贯、圆融的逻辑体系,在此体系中,思想者对“法是什么”“法为什么是法”的本体思考不纯粹停留在形而上的层面上,尤其在传统中国学而优则仕的文化传统下,思想者自会将其对法的本体思考付诸实践,孔孟周游列国以求仁义能行于天下,便是为谋求其法哲学的应用而奔波,商韩变法革新,以王霸之道游说诸国亦是秉此信念,更不用说后世董仲舒以经义决狱,康有为以公羊变法的史迹。这便意味着,形而上的法本体学说会经由人的努力推行而影响法制的实际运行,在此过程中,某一个人、某一派别、甚或诸多流派糅合的学说渐为官方所采纳,从而形成能代表一时官方立场和官方取向的法哲学,并在此背景下制定其法律。这看似是形而下的制度建构,其背后却处处不离形而上的法本体的作用。例如,唐律作为唐代成文法,其中所贯彻的精神原则、价值理念、天人关系等最能体现唐代官方和社会主流的法哲学思想,此种盛唐气魄泽被后世,逐渐成为中华文明整体性状的一部分。德国著名法学家萨维尼在19世纪德国受到法国法典文化威胁时,力陈民族精神之重要,昌言民族秉性潜移默化影响一国一族之民,直言民族精神隐约幽暗处亦有大文章。盛唐气象万千,最能体现其雍容气度者,并非某硕学大儒之哲意鸿词,亦非离经叛道与众不同之言,而恰恰是于哲学处最不起眼的唐律。鸿儒之见未免立意高远,常人难以企及,离经叛道者虽能开后世先风,却不能展现当时主流观念,唯有唐律,沿波讨源,裁成简久,秉持立法之稳定客观,职是之故,最能体现盛唐主流法哲学观念。然而当下学界对以唐律为代表的传统中国法文本背后最深层次的以法本体为根基的法哲学却鲜有人系统论及,唐律作为中华法系成熟之典型代表,唯有剖析其文本背后玄妙之理,方能摆脱名实之分,把握唐律背后所蕴含的对天、人、道以至万物之间关系的哲学化思考,借此一叶知秋,以法本体为切入把握传统中国法哲

学的整体性状,此正是研究意义所在。与此同时,单纯的文本分析并不能真实反映律文在传统中国社会中的运行状况,还需结合社会的、实证的分析,借助传世的乡约、族规、家训、契约文书、劝谕榜文、官方司法判牍等文献资料,尝试理解运行中的传统中国法。在规范分析和社会分析的基础上,方能理解传统中国法本体存在及运行状况。

近代以降,种种内生和外发的原因促使传统中国的制度、思想、哲学发生变化,法哲学思想亦随之一变,开始学习西方并谋求转型,此种转型延续至今,余韵不绝。穷究此转型的本源,方能置身于古今中西的路口重新定位中国法治的现状及走向,亦是认识中国法必经之路。当下的中国,距离清末西法进入已逾一百五十年,西法本土化中的诸多矛盾并未能完全消解,精英阶层之外的普通国民对法治的信仰仍然未能成为“秉性”流淌在民族血液中,国民法律意识的增强固然是事实,但是法治信仰的“危机”亦不能忽视。司法判决屡遭质疑,诸多质疑背后并非是单纯的司法不公问题,而是对法律原则、理念、价值的认识差异,个中缘由,其实仍然逃不开古今中西法哲学的龃龉纷争。中西法文化各有传统,哲学、理念存在分野毋庸置疑,唯有站在价值中立的立场上,深刻解读古今中西之法哲学,方能为当下的法治发展指明出路。哲学家庞朴先生曾指出,历史是一种惰性的资源,无论落后与进步,都要认真分析研究。一叶知秋,以古代之法本体管窥中华文明之整体性状,方是此研究最终的目的和价值所在。

鸦片战争以降,身处内忧外患之中的清帝国开始谋求变革以适应时代发展,维系帝国统治。洋务运动、戊戌变法、清末新政陆续登场,改革的程度逐渐加深,法制的转型亦日益推进。从译介西方政治法律书籍到延请日本学者帮助编订民法、刑法、诉讼法等法律;从官方颁布《钦定宪法大纲》到仓皇公布《重大信条十九条》,都意味着清末法制的转轨。随后革命炮火震动清廷,很快席卷寰宇,新建立的中华民国推翻了延续数千年的专制帝制,并用法律形式确定了民主共和制,虽然后来又有袁世凯、张勋等复辟反复,但是已然不能撼动民主、权利在民众心中的地位,近代中国

步履蹒跚地实现了法制近代化。近代中国法在改革、革命中不断转型,法本体的变化相比传统中国法更易知晓。传统中国法以伦理、道德立国,主张教化,推己及人,不讲求权利,近代法从《钦定宪法大纲》到《重大信条十九条》,再到《中华民国临时约法》,权利出现的频率越来越高,地位越来越高。从基本的生存权利到政治权利,再到推翻帝制建立的民主共和社会,以权利置换过去的道德,成为近代法的本体,此种本体论意义上的转型对近现代中国法的发展具有重大意义。

本体论的转型,反映了官方对“法是什么”“法背后的理据是什么”这两个根本问题思考的转型,官方表达和官方思想虽然能够引导社会意识的发展,却不能完全代表社会意识,由此造成了官方与普通民众对法本体认识的龃龉与二元对立。此对立随着法制近代化、现代化进程的推进不断缩小,但是在传统氛围浓厚的乡土社会中,仍有顽强的生命力,从而造成了法治建设中存在的一系列问题。要解决这些问题就需要理解近代法转型背后的本体论意义,这正是此研究的关怀所在。清末以降,如今法治建设业已进行甚久,然而吾国法治建设发展之方向,却不能纯赖西方理论以蔽之,为什么传统中国遗留下来的“法理不外乎人情”的说法在普通民众中仍深得信赖,为何死刑废除在中国这样一个东方文明古国遭遇到了如此巨大的阻力,这都不是单纯的作为技术的法律所能解决的问题。技术上的不足、争论仅仅是问题的表象,背后深深蕴含的其实是传统中国法本体和舶来自西方的法本体之间的深刻龃龉和剧烈冲突。明智之举便是回溯传统,阐明传统中国法本体究竟为何,中国人缘何信赖天理才是法能够称为法的终极理据,对这些问题的探讨,远非还原历史、在历史中记录祖先文明的印记这么简单,这更是借由传统,从而认知当下的必由之径。

第一章 法本体释义

事实上,当我们引入传统中国法哲学这一研究视角的时候,我们已经不再是单纯地对传统中国法的一些固有研究范式如法律思想史的研究、法律制度史的研究、法律文化史的研究进行琐碎而又细密的小修小补;取而代之的,是我们更多的在对传统中国法进行一种全新的阐释。这种“新”,体现在视角上的新、方法上的新,甚至是整个观念上的新。诚如梁治平在引入“法律的文化解释”这一概念时所说:“法律的文化解释并不简单就是传统意义上的法律史研究,毋宁说,它是对旧材料的重新安排和重新解释,为此,它不但引入了新的立场、观点和方法,而且揭出了新的主题,也确立了一个新的对象。”^①与之类似,传统中国法哲学的解释亦是在固有法律史、法理学研究基础上生发出的新的研究范式。我们有必要将传统中国法的理论和实践视为圆融、动态的哲学体系,这个体系不仅是逻辑上的体系,更是实际运行中有关法的哲学化思考的体系。我们所要探讨的法本体其实是要求我们抛弃对“当

^① 梁治平:《法律的文化解释》,载梁治平编:《法律的文化解释》,生活·读书·新知三联书店1998年版,第2页。

下对法是什么”的判断的基础上进行,这就要求我们要尽量不带任何“前见”地审视传统中国秩序规范的来源及其终极理据的问题。^①因此,传统中国法哲学的研究(其实现代法哲学研究亦如此),要从法学基源问题出发,^②围绕此基源问题不断延展深化,最终得以构建一套系统完善的体系,这是法学专业研究的必然要求,^③此基源问题就是传统中国法哲学的逻辑基础,即本书所谓的

① 当然,必须要承认,我们不能从根本上抛弃一切“前见”而进行研究,无论“前见”“后见”,其本身都是人类认识的一部分,我们只能尽吾辈之能尽力避免这种“前见”在传统中国法本体研究中的出现和应用。

② 基源问题的表述取材于劳思光,劳思光在《论中国哲学史之方法——中国哲学史序言》一文中,把写作哲学的方法分为四种,分别是系统研究法、发生研究法、解析研究法、基源问题研究法,其中,劳氏将自己的研究方法归纳为基源问题研究法。劳氏称:“所谓‘基源问题研究法’,是以逻辑意义的理论还原为始点,而以史学考证工作为助力,以统摄个别哲学活动于一定设准之下为归宿。”逻辑意义的理论还原是最根本的切入点,在本书中我们以法是什么为起始点。劳氏进一步指出如何围绕基源问题展开逻辑:“一个基源问题引出许多次级的问题;每一问题皆有一解答,即形成理论的一部分。最后一层层的理论组成一整体,这就完成了个别理论的展示工作。这种工作分别地做若干次,我们即可将哲学史中各家各派的理论展示出来。”劳氏虽然是从哲学史研究的角度提出基源问题研究法,但这其实并非“原创”,而是各个专业都应具有的思维方式。参见劳思光:《新编中国哲学史》(第1卷),生活·读书·新知三联书店2015年版,第11~12页。

③ 专业研究必然要有专业的问题意识、专业的研究方法和专业的研究态度。这里的“专业”一词是作为学科专业划分意义上的名词,即法学要有法学的问题意识和问题关怀,政治学要有政治学的关怀。专业的视野不在于大小,而在于是否切中本专业的根本问题。既有的法学研究中,尤其是法律史、法理学的研究中,存在着专业意识缺乏的问题,典型表现就是在梳理某位思想家的法律思想时,为求全面,往往笼统地将其思想熔于一炉,普遍做法是从经济思想到政治思想,再到哲学思想面面俱到,而很难让人区分这种法律思想史的研究和经济思想史、政治思想史、哲学史的研究有何区别。法学研究其根本出发点应该是“法”,法学研究应该在此基础上展开;当然,交叉学科、无学科的研究固然可以,但是丧失对“法”的关注,法理学、法律思想史的研究则万万不可。具体到法哲学而言,“对于法哲学来讲,首要的问题也是找到为所有的法规范所共有的,使其区别于其他行为规范的特征。”参见[德]莱因荷德·齐佩利乌斯:《法哲学》(第6版),金振豹译,北京大学出版社2013年版,第6页。事实上,这种问题不单纯出现在法律史的研究中,一般的思想史研究中也面对类似的问题,诚如葛兆光所言:“当然,也有一个看来相反实则同样的问题,使思想史也面临尴尬。正是由于这种包孕性,有时使得‘思想’成了漫无边际的一个名词,而‘思想史’也因此承担了过分沉重和庞大的责任,以至于连自己的范围和内容也搅得不清不楚。”葛兆光:《中国思想史导论:思想史的写法》,复旦大学出版社2004年版,第6页。

法本体。^①

一、法本体释义

(一)什么是法本体

何为法本体?此前学界并未有人系统地使用这一概念,故而我们要先对什么是法本体进行界定。法本体本身是脱胎于西方哲学的概念,^②就西方来看,“法哲学在康德、黑格尔以前是依附于普通哲学的,这是当时的人们对世界的认识所致。雅斯贝尔斯说过,哲学有三个主要来源:惊异、怀疑与震撼,相应地便产生了三种哲学:本体论、认识论和存在哲学”。^③其实与其说本体论是一种独特的

① 徐复观在重印熊十力《名相通释》序言中对于研究思想史的逻辑问题有精妙之论。徐氏说:“故由体验之出之零章片语,相互间亦皆有内在之关联,亦即含有实质之逻辑性。今日治思想史者之责任,乃在显发古人思想中所潜在之逻辑性,使其具备与内容相适应之理论结构。而今日抱有阐扬文化,以达成已成物之宏愿者,尤须以思辨之力,推扩其体验之功,使二者能兼资互进。”徐复观:《重印〈名相通释〉序》,载徐复观:《无惭尺布裹头归·交往集》,九州出版社2014年版,第94~95页。

② 很明显,法本体的表述渊源自西方哲学,但是,西方哲学“本体论”却未必“希望”法学冠以本体论名号。例如,对本体论持狭义理解的学者认为:“近一二十年以来,本体论这个词被理论界广泛使用,出现了所谓文学本体论,戏剧本体论、翻译本体论等等。当然,每个人都有选择词汇来表达自己的学术观点的权利,但是,上述种种本体论显然不是西方哲学意义上的本体论。”本体论作为一种学术理论,的确产生于西方哲学,这一研究理论在后来的发展过程中不断被泛化或者说不断为各不同学科所吸收,形成了文学本体论、戏剧本体论等表达。我们不难看出,除却“最有发言权”的哲学界以外,其他学科对本体论的使用显然不是在所谓“是”以及“第一哲学”的语义下进行。参见俞宣孟:《本体论研究》,上海人民出版社2012年版,第3页。

事实上,现代学术的专业化倾向,已经使得语言使用呈现出明显的专业化和割裂性,很多日常词汇都被各学科赋予不同内涵。例如,“渊源”一词,在法学界作法律渊源之意使用时,就有自己专门的意涵。因此,说法本体是脱胎于西方哲学的概念,并不是说法本体中的“本体”就是西方哲学中的“本体”;但如若否认法本体三个字来源于西方哲学,似乎也多有不妥。

③ 郑永流:《法是一种实践智慧:法哲学和法律方法论文选》,法律出版社2010年版,第45页。

哲学形态,毋宁说是理解世界的认知方式。^①因此,本书所谓法本体,就是法的终极理据,法本体论就是研究关于法的终极理据的学问,具体关注作为终极理据的法本体的存在与生成、法本体与法之间的逻辑关系、作为法本体表现的法律渊源与法本体的关系等方面的内容。法本体论是法哲学体系中最根本的组成部分,法律价值论、法律方法论、法律运行论等都在本体论的基础上得以展开。

从最简单的意义上来讲,法本体就是法背后的终极理据。法本体关注的核心是“法是什么”的问题,这样一个问题本身又内含着法“为什么是什么”的问题。法是什么?是规则,是命令,还是天意?法为什么是规则、是命令、是天意?作为规则、命令、天意的法是如何成为法的?这一系列问题都是法本体论最关切的命题,其实也是法学最基本的命题。“在对这些问题的长期思考中形成了一系列法哲学的基本理论范畴与问题:法的概念、法的本质、法的起源、

^① 关于什么是本体、本体论,本体、本体论的译名是否恰当,传统中国有没有本体、本体论等诸如此类的问题争论,在哲学界早已成为学术公案,论者各执一言,至今仍无确切定论。囿于行文所限,本书不再对此公案进行重复。可以明确的是,本书所谓的法本体,并不是研究西方哲学意义上的“是”“所是”“存在”“存有”问题的“本体论”,而是研究作为法的根本的、抽象的终极理据的问题。本书使用本体论这一概念,更多的是要传播一种理解和认知法律、法、世界的方式和模式。具体而言,本书更希望研究者在关注传统中国法的时候,能够突破法律实证主义的藩篱,以一种超越性的立场去看待古代的“法”,摒弃前见而非以今日之观点比附传统。这种超越性的立场,笔者赞同德国法学界对法哲学的理解,超越性是法哲学有别于其他法律部门最主要的区别。正如新近的诠释学所指出的,“先见”或“前理解”是理解意义的先决条件,其之于语言学尤为重要(法学亦属语言学,因为它在本质上与语言文本有关)。但哲学绝不可停留在此种预设(Vorentwurf,有译为“先行筹划”)中,而是必须“通过进一步的意义之探究所产生的事物,去不断地修正预设”。在哲学中,同样,在法哲学中,不可能存在无疑的东西,它们自身的本质也概莫能外。原则上,哲学家不可毫无疑问地承认什么。在这点上,事实上可以说,哲学要比其他具体学科更“根本地”去研究问题。参见[德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔:《当代法哲学和法律导论》,郑永流译,法律出版社2013年版,第4~5页。哲学界对本体论相关问题的争论,比较有代表性的是俞宣孟在《本体论研究》一书中,专辟一章梳理有关本体论的概念、译名以及研究内容等多方面的问题,参见俞宣孟:《本体论研究》,上海人民出版社2012年版,第3~23页。另可参见孙周兴与王路针对“being”一词的翻译所进行的讨论,参见孙周兴:《存在与超越:西方哲学汉译的困境及其语言哲学意蕴》,载《中国社会科学》2012年第9期;王路:《西方哲学汉译的困境与超越——回应孙周兴教授的批评》,载《中国社会科学》2013年第4期。

法的作用、法律与道德、法律与科学技术……”^①根据我们的经验我们会发现,往往越是基础、越是简单的概念,对其进行界定就愈发困难。因此对“法是什么”这一问题的探讨亦早已让法学家们头疼不已。著名法哲学家哈特认为,“关于人类社会的问题,极少像‘什么是法律?’这个问题一样,持续不断地被问着,同时也由严肃的思想家以多元的、奇怪的,甚至是似是而非的方式作出解答”。^②对以法律的语言分析见长的法哲学家而言,法是什么的问题尚且如此难以回答,足见此问题的复杂性。^③在传统的西方本体哲学的体系内,对“法是什么”“法为什么是什么”的追问就更加抽象、复杂。^④对法“为什么是什么”的探索的过程,其实就是追求法背后理据的过程,就是追问法据何种理据、何种缘由才能被认定为法的问题。事实上,某种规定之所以被认可为法,并由此具有法的效力,并非仅仅是由于“它是法”这么简单,在“它”被认可为法的背后蕴含着极其复杂的、隐约幽暗的、不易为人所察觉的为什么将其视为法的原因,这个原因我们将其称为理据,也就是本书所说的法本体。

^① 郑永流:《法是一种实践智慧:法哲学和法律方法论文选》,法律出版社2010年版,第41页。

^② [英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第1页。

^③ 其实问题还不只如此,哈特在作出这一论断的时候,是在分析哲学兴起之后,基于分析哲学的立场对法是什么这一问题进行的探讨,哈特并未将法本体置于西方传统本体哲学的思考框架内进行研究。分析哲学以前的西方哲学可以说是以本体论哲学为主干的哲学,亦可被称为第一哲学,从古希腊到近代的两千年间,西方哲学不断追问、不断探讨所谓的“ontology”的本体论问题,在这一背景下,对“是什么”“为什么是什么”的思考则根本难逃“ontology”的藩篱,而分析哲学则拒斥讨论这些问题。“分析哲学和现象学内部都发展出许多有区别的学说,然而分析哲学的一个基本态度是,脱离经验的形而上学命题应当抛弃,但是他们却发展出一种纯粹形式化的符号逻辑。”具体可参见俞宣孟:《本体论研究》,上海人民出版社2012年版,第347~348页。

^④ 当前学界通行的《法律的概念》一书的译本将哈特的话译为:“即使我们将焦点限缩在最近一百五十年的法理论,而忽略掉古典的与中世纪的关于法律‘本质’的思辨,我们将发现一个任何其他独立学术专业、系统性研究的科目所无法比拟的状况。与‘什么是法律?’这个问题不同的,并没有大量的文献致力于回答‘什么是化学?’或‘什么是医学?’这样的问题。”参见[英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第1页。

其实,我们日常生活中所理解的法,并不是“不得故意伤害他人”“不得盗窃他人财物”的法条文字本身,而是法条背后的表意内容。而法条规定的内容之所以会被认可、被遵守并不是因为它被写在某某法的某一章、某一节就具有了法的效力,而是因为这些文字背后的表意内容符合国家、社会对法之所以能够成为法的理解和认识。

例如,假定我们将“任何个人可以不经允许,任意抢夺、占有他人财物,任意杀害他人”写入我国刑法典,那么这条规定是否就理所当然地变成了法律?很明显,会有人认为既然写入刑法,那么它就是法律,就应该被遵守。同样,亦会有人认为这种允许、鼓励个人肆意侵犯他人财产权利、生命健康权利的规定不应该被认定为是法律。两方观点之所以会有冲突,就是对法本体的理解不同所致。认为规定既然写入法典,就是法律的看法固然有其道理;认为明显违背所谓人道、人权甚至人性的规定不应该被视为法律,亦有其道理,这就是背后的法本体在发挥作用。因此,有论者认为从语义学上的规范概念来看,“法规范并不是文字、法条、裁判或公园湖畔写有禁止游泳的告示,而是这些媒介所表达的意义。也就是说法律并不是我们可经由肉眼、经由感官所直接感知的对象,而是一些意义,一些内容,一些存在于脑中之观念的集合。所以并不是只有文字可以表达法规范,手势、灯号或记号都可以表达法规范。……而所有这些文字符号都只是表达规范的媒介,规范则是借由这些媒介所表彰的意义与观念。”^①论者进一步指出:“不论包括的范围多广,法律不是,或至少可以说不只是任何成文文件的集合,而毋宁是一种观念的丛结。即使法律就其表彰的媒介来看,绝大部分是以文字记载下来,但是我们仍然必须透过对这些文句的理解,最重要的是对这些文句的‘解释’,我们才能认识到这些法律。单纯的文字表彰并不是法律之为法律的必要条件。”^②既然文字表达本身并不法律之所以能够成为法律的必要条

① 颜厥安:《法与实践理性》,中国政法大学出版社2003年版,第76~77页。

② 颜厥安:《法与实践理性》,中国政法大学出版社2003年版,第77页。

件,那么什么才是“法律之所以能够成为法律”的必要条件呢?答案就是法的终极理据,即只有合乎法的本体规定性才能被称为法律。

颜厥安在《中国法制史与其他法学课程的关系》一文中曾指出:“我个人认为在中国法制史的研究上,特别是中国法制史的研究‘对象’上需要做一些根本性的检讨。也就是中国法制史中所研究的这个‘法律’所指的范围到底是什么,亦即中国法制史中的‘法概念’(the Concept of Law; der Rechtsbegriff)问题。我们必须尝试为中国法制史的研究对象范围做一理论的界定,而不能想当然地认为某些材料是法律,某些不是。”^①颜氏此言在很大程度上是对法制史研究中关于“法”的概念和研究对象的一种提醒。长期以来,我国学界关于法和礼、律和礼等问题的纠缠不清,或多或少都源于对法自身概念的理解和认知不足所致。颜氏此言可谓入木三分,切中既有法律史研究中的一大弊病。

我们无法厘清传统中国礼是不是法、刑是不是法的问题并不是因为我们对传统中国的礼、刑认识不够,而是我们不明白对如何认定“某事物是某事物”。或者说,我们没有系统、严密地从理性角度反思当我们探讨传统中国法的时候,“法”被我们放在何种位置、以何种面貌被认为是法而研究。其实,当我们在纠结传统中国的礼是不是法、传统中国有没有民法诸如此类的问题时,我们所用的法的概念,其实是现代人对法的理解。也就是说,我们所思考的问题其实是“传统中国的礼是不是现代人理解意义上的法”,或者说“传统中国社会有没有我们今天的民法”这样的问题,对此类问题进行探讨表面上看起来没有问题,亦有其价值。这就好像考证“宋代人所饮用的茶是不是现代日本人所饮用的抹茶”一样。这是因为宋代的茶粉在宋代作为饮料被消费,现代的抹茶在日本亦是作为饮料被消费,这两者事实上在逻辑上是一致的。而“传统中国的礼是不是法”这一问题则不同,秦代的人、汉代的人、唐代的人他们所依据的行为准则,是他们各自所处时代的准则,

^① 颜厥安:《法与实践理性》,中国政法大学出版社2003年版,第73页。

我们可以将其称为“法”。我们必须明白,他们活在他们的法律世界中,他们的行为是受到处罚还是受到奖励,都不会因为现代人的判断标准而有任何变化。如唐律十恶中的“不孝”条规定:“祖父母、父母在,子孙就养无方,出告、反面,无自专之道,而有异财、别籍,情无至孝之心,名、义以之俱沦,情、节于兹并弃,稽之典礼,罪恶难容。”^①唐律讲得极其明白,“情无至孝之心,名、义以之俱沦”,就是说之所以将子孙分析家产的行为视为十恶,是因为子孙若有这种行为,从感情的角度出发,内心就已经没有孝敬之心了,表现出来就是别籍、异财这种违反礼、义的行为。我们分析唐律的规定,不能以现代法学的立场先入为主地认为父母子女都是平等的民事主体,进而质疑为何子女不能分析家产。而应该站在古人的立场上分析当时法律规定背后的缘由和哲学。因此,这些在现代民法看来应该平等的主体,在传统中国社会恰恰是最不平等的。所以费孝通认为:“在这种社会中,一切普遍的标准并不发生作用,一定要问清了,对象是谁,和自己是什么关系之后,才能决定拿出什么标准来。”^②这也就说明,对于法是什么这类抽象的问题,就必须要对其进行基本的立场界定,明确我们所研究的传统中国法哲学到底是现代人所理解的法还是中国古人所理解的他们所处的时代的法。

既有的研究成果中,多以现代人的视角考察古人,进而用现代人的法律观念去评价古人的法律观念。以现代人判断法与非标的标准去判断古代的德、礼、政、刑是不是法,从而产生了许多困惑和疑难,久而久之,此类问题丛结一处,难以厘清。如仁井田陞认为:“我们研究的问题,是那些约束人们社会行为的全部规范,以及社会中实际的规范意识。由此,我们的研究视角,就必须对准与道德意识或者宗教意识不可分离的现存全部社会规范,以明了他们所具有的深远而强大的现实规制力。然而规范意识,则不仅仅限于其本身,还要包括使这些意识得以成立的基础,而这正

① 《唐律疏议·名例律》。

② 费孝通:《乡土中国》,人民出版社2008年版,第42页。