

《中西法律传统》

Legal Traditions of the West and China

2021年第1期(总第16卷)

中华法理研究的范式转换

——评《传统中国法理观》

张应平

摘要 | 中华法理在当今法史学界尚未得到深入和系统性的阐释和揭示，新近出版的张中秋教授《传统中国法理观》一书无疑是填补缺憾的一部力作。这是因为，此书所阐发的中华法理之“道德原理”，在中国传统法学研究领域具有范式转换的意义。这种范式意义主要体现在：《传统中国法理观》一书对中华法理的法本体、法伦理学、法认识论等法理学基本论域的全面阐释，以及对中华法理的基本原理富有启发性和创造性的概括，回答了中华法理“是否可能”以及“如何可能”的问题。当然，这种阐释也还面临着法形上学、法形下学的理论困境，但也启示着我们应当敞开一种存在论视域来探索中华法理的现代重建问题。

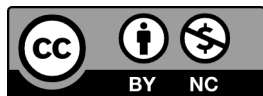
关键词 | 中华法理；范式转换；法本体论；法伦理学；法认识论

作者简介 | 张应平，中国政法大学法学院，博士研究生。研究方向：中国法律史、法理学。

Copyright © 2021 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



近代以来的中国传统法史研究，对中华法理的原理阐释仍处于一种“大音希声”甚而失语的状态。

^[1]虽然近年来也出现了较多关于中华法理的学术探讨，但这些探讨或是以法理为对象的思想史梳理，

或是以法理为工具的法文化阐释，尚未能从法理学、法哲学的基本论域角度，系统性揭示中华法理的观念架构和基本原理。新近出版的张中秋教授《传统中国法理观》一书无疑是一部填补缺憾的力作。^[2]

[1] 需要说明的是，笔者使用“中华法理”的提法，与张中秋教授“传统中国法理”的提法有所不同，“中华法理”强调一种可延续的、向现代敞开其意义的法理文化传统，而“传统中国法理”则似乎意指已经过去、断裂了的传统法理，它会面临“传统法理”何以具有现代价值的困境（详见后文）。

[2] 张中秋：《传统中国法理观》，法律出版社2019年版。该书出版后，张教授又发表了一篇重要文章《传统中国法本体研究》（载《法制与社会发展》2020年第1期），与该书共同构成了中华法理的研究主题，因此本文的评述也兼及此文。

笔者认为,此书的阐释工作具有中华法理研究的“法理范式”转换意义,本文尝试从法理学(法哲学)的三个基本论域(法本体论、法伦理学、法认识论)来揭示此法理范式,意在说明中华法理是否可能、如何可能的问题,并借此思考中华法理研究所面临的理论困境和现代重建问题,以就教于学界贤哲。

一、法理范式:中华法理研究的范式转换问题

所谓“范式”,是库恩在所著《科学革命的结构》一书中提出来的概念,库恩将“范式”定义为科学共同体所“共有的范例”,而科学革命的发生是一种范式向另一种范式的过渡和转换而完成的。^[1]库恩的“范式”概念虽然最先用于阐释自然科学和科学哲学的学术领域,但是随着这一概念的风靡和流散,已为其他学术领域所“共享”和“分有”,因此作为法学的社会科学也可以说存在着研究范式转换的问题。

对此,张教授在推进其“传统中国法理”研究时是具有明确的“范式”意识的,也即他将其“传统中国法理”研究视为一种不同于当前法史学界研究方式的新“范式”。此前,中国传统法律的研究更多是一种“法史学”范式。张教授认为,中国法律史的研究范式经历了从刑法志到法制史到国家与法权通史再到法制史和法文化史、法文明史以及新研究范式的变迁与转换;新研究范式显然是指目前学界正在推进的法理范式的探索,其基本概念是法理,核心是法的正当性,亦即正义问题。^[2]在笔者看来,法制史、法文化、法文明等范式更多还是“物质化”的史学“还原”和“情怀化”的文化“还原”,也即方法论上是一种还原性、描述化的“史学”,还不是原理阐释和构造意义上的“(法)理学”,也即还未深刻“拷问”中国传统法的法理“灵魂”。当然,值得关注的是中国大陆近十多年来所兴起的以俞荣根、马小红、宋大琦等学者为代表的“礼法学”研究范式,他们认为当前的中国法史学是在西方法理学的学术话语下所形成的“律令史学”,主张打破律令体系的研究进路,呼吁回归和重建“礼法体系”范式,其方法是从传统法律中尤其是“礼”的规范和价值中抽绎出法律的一般原理,目的是建构一种具有民族文化主体性的“儒家法哲学”。^[3]这一学术范式无疑也触及到了上述张教授所指出的“法理”研究范式。

张教授在《传统中国法理观》一书中所呈现出来的基础概念、研究方法和理论体系,也具有典型的“法理”范式自觉,其“法理”研究范式具有学术典范性。这种典范性表现在,张教授在该书中所阐释出来的“传统中国法理观”,大抵涵盖了作为现代法理学(法哲学)的基本论域和核心范畴。具体来说,“传统中国法理观”论述范围触及了法本体论(如该书第五、六章关于传统中国法的道德原理、哲学精神的论述)、法伦理学(如该书第四章关于“中国传统法律正义观”的论述)、法认识论(如该书第一、三章关于法律关系、国家观的论述;第二、九章关于传统中国法以及法理的基本特征的论述),除此以外,张教授还论及了传统中国法理与社会转型的关系(该书第七、八章)。虽然张教授在该书中没有明确表达出法理学的基本论域问题,但笔者认为该书及其作者其他相关著述所探讨的内容是隐含了此一逻辑涵摄关系的。^[4]

不仅如此,关于如何探索中华法理传统的方法,张教授在该书中有明确论说:“我的体会和方法是,从法史中抽绎法理,用法理来解读法史。这是因为法史中蕴含法理,可以说法史是拉长的法理,法理是压缩的法史;但要摄取法史中的法理,就要从中抽绎;如何抽绎,就要用法理来解读法史。这样,法史学在复原、解释和探讨法的发展的同时,亦能从人类经验的角度提供法的正当性解说,从而使它具有法理内涵,成为有思想的学科。”^[5]也就是说,张教授是紧扣法史尤其是中国传统实际运行中的法律规范(特别是在中国古代法律中具有标志性意义的《唐律》)来抽绎法理,并由此返回至中国传统哲学观念的探讨,并揭示其渊源关系和原理逻辑。

[1] [美]库恩:《科学革命的结构》,金吾伦、胡新和译,北京大学出版社2003年版,第168、111页。

[2] 张中秋:《张晋藩先生的学术理路与研究范式和特色贡献》,载《中国检察官》2020年第1期。

[3] 宋大琦:《礼法体系的回归与礼法体系的呼吁》,载杨永明、崔罡主编:《当代儒学》(第六辑),广西师范大学出版社2014年版,第235-244页。

[4] 张教授在其他文章中也明确提出过法理学和法哲学的三个论域,可参见张中秋:《期待中国新法学》,载《中国法律评论》2015年第1期。

[5] 张中秋:《传统中国法理观》,法律出版社2019年版,序言第1-2页。

辑,从而回答了中华法理是否可能以及如何可能的问题,也显示了张教授不同于其他法理范式的研究进路,这是张教授学术研究方法论的独特体现,也使得其对中华法理的探讨更具有了“法”的韵味。因此,正是该书理论体系的涵摄性及研究方法论的独特性,构成了中国法理学学术意义上的“范式转换”。笔者下文将围绕法理学的基本论域来阐明之。

二、中西法理的可对应性：“中华法理”是否可能

“中华法理是否可能”以及“中华法理如何可能”是纠缠在一起的问题,本质上是关系到“中华法理”这一概念范畴、理论体系和研究方法的“合法性”问题,也是推进中华法理研究的逻辑前提。分而言之,“是否可能”关涉中华法理能否成立,是否存在所谓的“中华法理”;“如何可能”关涉中华法理如何成立,中华法理的具体内涵和理论形态如何。更进一步从中西比较的视域来看,“是否可能”可以化述为“中西法理是否存在可对应性”,“如何可能”可以化述为“中西法理是否存在非等同性”。^[1]

(一)什么是法理学:法理学的基本论域

众所周知,“法理学”、“法哲学”的概念肇始于近代西方法学。中国古代法律中并无“法哲学”、“法理学”,它们是近代以中文移译西文而来的语汇,并且当代中国法理学主要继承的是西方实证主义法理观,其实证主义的理论视域遮蔽和遗忘了中华法理,对此张教授在《传统中国法理观》一书中

是有明确说明的。^[2]

从近代西方法学学术传统看,“法哲学”(Rechtsphilosophie)与“法理学”(Jurisprudence)的概念义涵虽有交叉之处,但其历史传统和对象领域有所不同。“法哲学”主要是德国近代法学的学科传统。^[3]在此之前,“法哲学”的基本理论形态为自然法。德国法哲学承接的仍然是自然法观念,其本质上仍然是自然法的本体论学说,意在通过哲学形而上学的观念为形而下的实在法提供外部证成以及观念奠基,这从康德名之以“法的形而上学”、黑格尔《法哲学原理》的副标题“自然法与国家学纲要”可以显露其渊源端倪。^[4]职是之故,在很多德国法哲学家看来,法哲学是哲学的分支,而不是法学的子学科。^[5]“法理学”(Jurisprudence)作为一门独立的实证主义法学学科,是由英国法学家奥斯丁(John Austin)所开启和奠定的。奥斯丁将法理学的对象严格限定为“实际存在的由人制定的法”,并将法理学与伦理学之间划清界限,法理学“不管这些法是好的,或者是坏的”^[6](即法的正义问题),其法理学的主要方法是实证主义分析,在实在法范围内进行内部证成,由此开启了区别于欧陆法哲学的实证主义法学传统,其后为凯尔森(Hans Kelsen)、哈特(Herbert Hart)等人所承继。

当然,法哲学与法理学的内涵不是凝固不变的,它们在其后的概念流变过程中发生了某种交融,法哲学与法理学成为两个交互使用并可以互相代替的概念,^[7]或者说广义的法理学也包括了法哲学。^[8]

[1]关于可对应性、非等同性的观念,可参见黄玉顺:《爱与思——生活儒学的观念》(增补本),四川人民出版社2017年版,第4-9页。

[2]张中秋:《传统中国法理观》,法律出版社2019年版,第272-277页。

[3]关于德国法哲学源流,可参见郑永流:《法哲学名词的产生及其传播考略》,载《中外法学》1999年第1期。

[4][德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1982年版。事实上,“自然法与国家学纲要”在《法哲学原理》的早期版本中是正标题,“法哲学原理”才是副标题,由此可以看出黑格尔法哲学与自然法之间的重要关系。可参见邓安庆:《论黑格尔法哲学与自然法的关系》,载《复旦学报》(社会科学版)2016年第6期。

[5][德]考夫曼、哈默尔主编:《当代哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版,第3页。

[6][英]奥斯丁:《法理学的范围》,刘星译,中国法制出版社2002年版,第13、147页。

[7]张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第5页。

[8]二十世纪以来,欧美法学界兴起了“法理论”(英文Legal Theory,德文Rechtstheorie)学说,其理论背景为分析哲学和实证社会科学,倾向于通过逻辑(涵摄模式)和语言分析实在法的基本概念(法是什么),这区别于传统法哲学对法形上学、法存有论、法正义论的探讨。颜厥安先生认为,中文使用传统中的“法理学”恰好整合了二者的内容,可称之为广义法理学(广义法理学=法哲学+法理论)。可参见颜厥安:《法与实践理性》,中国政法大学出版社2003年版,第8-12页。

概而言之,法哲学更偏重对法本体论(什么是法)、法伦理学(什么是正义的法)的探讨,狭义法理学更偏重对法认识论以及方法论(如何认识和实现法)的探讨。二者合而言之可以称之为广义的“法理学”,其统合而成的基本论域(法本体论、法伦理学、法认识论)是哲学形而上学(本体论)、形而下学(伦理学、认识论)基本场域在法学中的投影。^[1]

通过上述对西方法学源流的考察而“赢获”的法理学三个基本论域,从而来关照和评价张教授所推进的“传统中国法理”研究,我们就有了某种阐释的“抓手”。需要说明的是,这种关照和评判并非简单地“以西格中”,即以西方法理学的“紧箍咒”来格义“中华法理”,而是在当下约定俗成的“法理学”含义的阐释境遇中,开显出中华法理传统不同于西方法理的独特内涵,从而为证立“中华法理”提供理论支撑。因为根据存在论意义上的阐释学理论,作为“历史性”的中国“古代法”和“古代法理”,不外乎都是在当下的阐释活动和生存领悟中生成和给出的。

(二)“中华法理”是否可能

其实,关于中华法律传统中是否存在“法理”,在中西比较的视域中首先是一个翻译问题,本质上也是解释学问题。当我们以“法理学”这一中文表述来翻译西文“Jurisprudence”之时,其本身在观念上就存在可对应性,也即他们在观念层级和概念意义存在通约性,都意味着“法之理”,否则这种翻译是不可想象的。这同时也就意味着,中国历史传统中存在某种或已被我们明确“约定”的“法理”之“定名”,或者在我们日常生活中“俗成”的“法理”之“观念”。^[2]

观之历史事实,关于“法理”或者“法之理”在中国历史文献中的表述可谓多矣。据学者对“法理”的源流考证,“法理”一词首现于东汉,被表述为“法理之士”(《汉书》)、“明达法理”(《东观汉记》),其后不仅频繁出现在中国古代思想学术典籍和正史中(如《隋书》、《宋史》等),也出现在《宋刑统》等立法性文件以及《名公书判清明集》等判词集或案例汇编之中,“法理”可以被阐释为法之内在条理、法之规律与原则、法之价值追求、立法与裁判之正当性、行为正当性、

治国原理等等内涵,虽然“法理”在中国古代没有明确的定义,但法理有着自己的问题意识、运思逻辑和真实所指,且一直被前人所长期使用。^[3]概而言之,从“法”这一角度看,“法理”本质上主要所指的就是法的内在原理和正当性,这无疑正是前文我们所阐明的法理学之法本体论、法伦理学的具体论题。

对此,张教授也明确申明“传统中国有法理”,他在阐述“何谓法理”这一概念时认为:“法理亦就是法的道理,或者说法之为法的内在理据。人们将他们对法理的认识系统化进而提升为学说,即是法理学。由此观之,传统中国没有系统的法理学,但不能说没有法理。传统中国的法理是我们的先贤关于法的基本问题的实践理性和历史经验总结,是作为一种秩序文明的中华法系的共通理论。”^[4]张教授进一步援引刘得宽先生的说法:“法理乃指物之道理,事之理路而言;故法理为所有法源之基础,成为制定法、习惯法、判例法等法源之最根底之物。”^[5]因此,中西方法观念中都存在着一种可对应的“法理”含义,这一对应关系我们可以打一个形象的比喻来说明:固然可以说中国的历史语言中没有“oxygen(氧气)”这个概念名词,但不能说中国的空气里没有“氧气”的成分。如此而言,所谓“中华法理是否可能”是不成问题的。

[1] 关于法哲学的基本论域,颜厥安先生从“哲学性”的角度划分为法形上学和法存有论、法认识论和方法论、法伦理学,本文的主张与其基本相似。可参见颜厥安:《法与实践理性》,中国政法大学出版社2003年版,第6页。

[2] 关于“约定俗成”,见于《荀子·正名》中的表述:“名无固宜,约之以命;约定俗成谓之宜,异于约则谓之不宜。”参见(清)王先谦:《荀子集解》,中华书局1988年版,第420页。

[3] 陈翠玉:《中华经典文献中法理概念之考辨》,载《法制与社会发展》2019年第6期。

[4] 张中秋:《传统中国法理观》,法律出版社2019年版,第271页。

[5] 刘得宽:《法学入门》,中国政法大学出版社2006年版,第21页。

三、中西法理的非等同性：“中华法理”如何可能

虽然中西法理具有可对应性，但是两者显然也具有非等同性。因此，张教授“认识到在人类法律史上，法理既有普遍性又有特殊性，普遍性表现在对秩序与正义的共同追求，特殊性表现在对秩序与正义的不同理解。而这种不同的理解，在不同的语境和法律文化系统中，却都是对法的正当性的表达”。^[1]我们可以从前述法理学的三个基本论域法本体论、法伦理学、法认识论切入，管窥张教授在该书中所阐发的中华法理意味及其可能面临的理论追问。

（一）“中华法理”的法形上学：法本体论

法形上学即法本体论，何谓“法本体”？张教授认为：“在法哲学范畴内，法本体是指法存在的根本、根据或者说理据，而法本体论则是人们研究法本体的学问，亦即人们对法存在的根本、根据或者说理据所进行的哲学研究。”^[2]笔者认为，这一表述与西方法哲学是相契合的，比如在德国法哲学传统中，法哲学的研究即是以哲学的方式去讨论法的原理和基本问题，本质上是法学家问，哲学家答。^[3]哲学研究本质上具有形而上学的性质，德国哲学家海德格尔曾对哲学下过一个经典定义：“哲学即形而上学。形而上学着眼于存在，着眼于存在中的存在者之共属一体，来思考存在者整体——世界、人类和上帝。形而上学以论证性表象的思维方式来思考存在者之为存在者。”^[4]因此，如以哲学视域来看观照，“法本体”就是关于法的形而上学（本体论），乃是思考作为形下存在者的“法”的形上本体、“法”之为“法”的根据问题。

那么，中华法理的“法本体”的具体内涵和观念结构是什么呢？张教授的研究进路是通过对中国传统中的代表性法律来进行抽绎，尤其是通过对《唐律·名例》篇“德礼为政教之本，刑罚为政教之用，两者犹昏晓阳秋相须而成者也”这句话的意义阐释和原理演绎，张教授深刻发现，《唐律》中的这句话融合了儒家（德礼）、法家（刑罚）、道家（昏晓阳秋，即阴阳）三家思想，因此提出传统中国法（以唐律为最典型代表）“贯彻了中华文化之道，体现出从阴阳合一、阳主阴从到礼法结合、德主刑辅的道德原理结构”。^[5]之所以是一种“道德原理”，

是因为“道是传统中国文化的最高范畴，相当于我们今天所说的原理”，并且“一阴一阳之道就是中国文化的共通原理”；而“道德原理出自阴阳之道，阴阳之道源于自然法则”。^[6]由此，我们可以将张教授所阐发的中华法理的观念序列简要归纳为：自然法则（创生）→道德（阴阳）→仁义→礼法（德刑）。^[7]张教授对中华法理的根据逻辑之阐释无疑是深刻的，笔者认为，这种观念序列就是哲学意义上的奠基观念架构，也即法形而上学（法本体）为法形而下学（礼法）奠基。

当然，关于张教授阐释的“道德”原理和“法本体”，也会面临进一步的追问，兹举两点。

其一，笔者认为，书中用“道德”作为中国传统法的本体（即张教授之谓“道与德为一体”）容易产生争议，因为在中国思想史上各家学说对“道德”的用法是不同的。比如在儒家话语里，“道德”可以指形而下的道德规范、行为规范，也可以指形而上的“道德本体”，还可以指“道（形而上的道体）—德（形而下的德目）”，因此韩愈在其文《原道》中说“仁与义为定名，道与德为虚位”，^[8]儒家与道家虽然都讲“道德”，具有共有的观念平台，但是“道与德为虚位”意味着两者的意义不同。《传统中国法理观》一书中对道与德的阐释主要是来源

[1] 张中秋：《传统中国法理观》，法律出版社2019年版，序言第2页。

[2] 张中秋：《传统中国法本体研究》，载《法制与社会发展》2020年第1期，第97页。

[3] [德]考夫曼、哈斯默尔主编：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，法律出版社2002年版，第3页。

[4] [德]海德格尔：《面向思的事情》，陈小文、孙周兴译，商务印书馆1999年版，第68页。

[5] 张中秋：《传统中国法理观》，法律出版社2019年版，第177页。

[6] 张中秋：《传统中国法理观》，法律出版社2019年版，第160-166页。

[7] 关于这一观念序列，可参阅该书图5-3“从自然现象到自然法则到哲学原理到社会原理到政教原理贯通示意”，见张中秋：《传统中国法理观》，法律出版社2019年版，第165页。

[8] 《韩昌黎文集校注》，马其昶校注，上海古籍出版社1986年版，第13页。

于道家学说,^[1]这恐怕无法“兼容”儒家意义上的“道与德”。不仅如此,不论在儒家、道家还是《周易》的传统观念中,“道”主要意指“天道”本体,它本身即是一个绝对的形而上存在者。而在《传统中国法理观》一书中将“道”与“德”对应为“阴”与“阳”(即一体之两面),因此,该书中的“道”在观念层级上显然不再是《易传》中“一阴一阳之谓道”(《周易·系辞上传》)、“形而上者谓之道”(《周易·系辞上传》)的本体意义。为此,张教授在书中专门作了一个层级区分,认为一阴一阳之道的“道”已经包含了道与德的“道”。^[2]不过这一区分是与中国传统思想中的用法是不同的,也是可以商榷的。

其二,进一步还可以追问的是,“道德”原理是否可以作为中华法理的共通原理?张教授在该书中的学术意图是要“对传统中国法在整体上做原理性的把握,揭示贯通诸子百家同时又支配传统中国法发展的一般理论,亦即对传统中国法共通原理的研究”,^[3]那么“道德”原理自然需要具有统合诸子百家的范畴涵摄力。前文已分析,“道德”的义涵无法“兼容”儒家的主张,因为在儒家看来“道德”更多是一种形而下的用法。并且,在张教授所阐发的观念序列中,“仁义”似乎是“道德”的下位层级的概念,这可能是儒家所不能同意的。就以“仁”这一概念来说,“仁”固然可以是形而下的主体性情感(如《中庸》之谓“已发”之情),但

也可以是形上学意义上的“仁”本体,^[4]还可以是作为存在本源的“生活情感”,^[5]儒家之“仁”的丰富观念层级性是“道德”无法涵盖的。就此,张教授也有一个解释,他认为:“就中国传统法本体的内涵而言,直接来说,它是情理德礼/仁义,终极来说,它是天理/天道/自然和道德,依序来说,它是从情理到天理以至道德的系列。这明示我们,不能把中国传统法的本体理解为某个单一的理据,实际上,它是一个从情理到天理以至道德的动态的理据链,准确地说,是一个动态的主从式多样化的理据链结构。”^[6]张教授这样安置的目的,同时也是为了强调应该“仁义”一体,避免以“仁”为体统摄一切,忽略了作为“义”(即正义)的制度规范建构^[7]。这一阐释用意甚深,因为宋明理学就是将天理本体内在化而消解了制度规范的外在客观性。不过仁义一体论也可能会带来疑问,因为作为“本体”来说它是绝对的唯一存在者,不是相对的多个存在者,我们只是可以说各家学说所确立的“本体”内涵不同而已(关于本体论或者宇宙论,中国传统思想中有多种范畴表达,比如性情、道器、理气、体用、本末、内圣外王等等);^[8]一般来说,“仁”与“义”在中国哲学的表达中其观念层级是不同的。因此,张教授承认历时性和共时性地存在“德礼、情理和仁义”多个“法本体”,它们名异实同根植于同一道德,^[9]这有点类似于牟宗三先生“道德的形上学”(Moral Metaphysics)^[10]的提法,不过

[1] 张中秋:《传统中国法理观》,法律出版社2019年版,第178页。

[2] 张中秋:《传统中国法理观》,法律出版社2019年版,第179页。

[3] 张中秋:《传统中国法理观》,法律出版社2019年版,第176页。

[4] 关于仁本体,可参见陈来:《仁学本体论》,三联书店2014年版。

[5] 关于生活情感,可参见黄玉顺:《爱与思——生活儒学的观念》(增补本),四川人民出版社2017年版。

[6] 张中秋:《传统中国法本体研究》,载《法制与社会发展》2020年第1期,第115页。

[7] 张中秋:《传统中国法本体研究》,载《法制与社会发展》2020年第1期,第115-116页。

[8] 关于本体论或者说形而上学是否有双重含义,这是一个需要深入探讨的问题。比如在西方哲学中,伏尔泰认为形而上学主要是一种超越自然(Trans naturam)的非物质意义(参见[法]伏尔泰:《哲学词典》,王燕生译,商务印书馆1991年版,第664-665页)。归纳起来,西方哲学形而上学至少有三重意义上的用法:一是对“存在之为存在”的“存在本身”的探究,此为“一般形而上学”;二是对诸如世界(即存在者整体)、上帝、心灵(或灵魂)等事物的探究,此为“特殊形而上学”;三是指对一些形而下的(具体的、特定的)存在者领域的基本原理的研究,如康德之谓“科学形而上学”、“道德形而上学”等。

[9] 张中秋:《传统中国法本体研究》,载《法制与社会发展》2020年第1期,第101页。

[10] 牟宗三先生试图以儒家的道德良知作为宇宙万物存在得以可能的终极根据,从而建构其“道德的形上学”,这不同于康德之为道德规范奠立形而上学基础意义上的“道德形而上学”(牟宗三将其称之为“道德底形而上学”,即Metaphysic of Morals),不过牟宗三的“道德的形而上学”也面临先验论的困境。参见牟宗三:《现象与物自身》,台北学生书局1990年版。

张教授对“道德”的阐释似乎主要是站在道家的观念立场上，牟宗三先生则是站在儒家的观念立场上来阐释。这也反映了中国传统本体论范畴的复杂性，正如张岱年先生所指出，韩愈说“道与德为虚位”，凡是虚位的范畴，不同学派都赋予以不同的含义。^[1]张教授意图在《唐律》条文基础上概括贯通各家学说的法本体无疑是需要充分肯定的。

总之，笔者认为，张教授在书中阐发的中华法理的法本体及其道德原理已经自成体系，极具思想力和创造性，由此揭示的中西法本体也明显不同。西方法哲学的本体论主要是一种“自然法”传统，它在不同历史阶段其本体论也有流变，例如古代自然法的本体是柏拉图式的“理念”，中世纪自然法本体是“上帝意志”，近代自然法本体则是“理性”。由此可见，中西古代法律的本体论在观念层级上可对应，只是所表达的内涵不等同而已，这也是中西轴心期社会转型后的形而上学建构之实情。^[2]这同时也表明一个问题：不论东方还是西方，不论科学领域还是伦理领域，形而上学观念（本体论承诺）无法逃避。

（二）“中华法理”的法形下学：法伦理学、法认识论

如果说“法本体”涉及的是法观念的“形而上学”部分，那么“形而下学”层级主要朝向法伦理学、法认识论两个面向。笔者认为，法伦理学的核心论题为“正义”问题，法认识论主要意指如何通过一种方法论和认识方式演绎、证成和实现（建构）具体的法律规范，以及由此中华法律呈现出什么样

的典型特征。

1. “中华法理”的法伦理学

首先需申明的是，笔者在这里将法的“正义”价值定性为法伦理学，与张教授的主张有所不同。张教授将“正义”界定为法哲学本体论的核心，^[3]也就意味着“正义”在张教授看来是本体论层级的观念。当然，这在一定程度上也符合中国哲学传统的用法，比如张岱年先生指出，中国古代的本体论与伦理学是密切结合的，尤其是宋明理学以伦理原则（仁义礼智）为宇宙本体之“理”。^[4]同时，这也与西方古代自然法传统的用法相似，作为“正义”的价值论内嵌在自然法本体论之中；但也正是这样的“纠缠”，使得休谟对“是”与“应当”提出了根本性“怀疑”，^[5]也即“是”与“应当”乃是需要区分的两个不同的问题，本质上是本体论和伦理学之间的关系问题。笔者认为，法本体论与法伦理学是两个不同的观念层级，形下的法伦理学本身需要形上的法本体论来奠基。

实际上，张教授在谈到传统法律正义观时也是循着这一奠基关系来阐释的。张教授在书中提出，中国传统法律正义观乃是一种“动态的合理正义观”，并将其概括为三项原则：等者同等，不等者不等，等与不等辩证变动。这一动态合理正义观及其原则并非凭空抽绎，而是导源于前文所述的法本体之道德原理。具体而言，“等者同等”来源于民胞物与的一体之仁，“不等者不等”来源于亲亲尊尊的爱有等差，前两条原则是相对确定不变的；后一条原则“等与不等辩证变动”的原因在于“阴静

[1] 张岱年：《中国古典哲学概念范畴要论》，载《张岱年全集》（第四卷），河北人民出版社1996年版，第456页。

[2] “轴心期”（Axial period）是德国哲学家雅斯贝斯提出来的概念，意指公元前800年—公元前200年左右人类对世界本原探索的历史时期，这一轴心时期不论东西方都表现出形而上学建构的思想特征。参见[德]雅斯贝斯：《历史的起源与目标》，魏楚雄、俞新天译，华夏出版社1989年版，第7-13页。

[3] 张中秋：《传统中国法本体研究》，载《法制与社会发展》2020年第1期。

[4] 张岱年：《中国古代本体论的发展规律》，载《张岱年全集》（第五卷），河北人民出版社1996年版，第636-640页。

[5] [英]休谟：《人性论》下册，关文运译，商务印书馆1980年版，第509-510页。其实关于“是与应当”的问题，在后世的理解中被法学家如奥斯丁、凯尔森等人，伦理学家摩尔、黑尔等人区分为法律与道德、事实与价值的“分离命题”，这似乎已经偏离了休谟关于此观点的问题意识。事实上，休谟在此的真正关切是要解决“道德由何得来”的问题，他认为道德（应当）不可能由理性得来（《人性论》第455-510页），而是由道德感即情感得来（《人性论》第510-516页）。笔者站在中国传统儒家的立场上也认为，情感（仁爱）才是道德的渊源，但不同于休谟经验论意义上的主体性情感，笔者主张的为道德（包括正义原则）奠基的情感，不仅是形上学意义上的“仁爱本体”，更是本源性的“生活情感”。

道成与阳动德生的理结合在一起后所引起的不确定性”；二者统合为“动态的合理正义观”，它根本上源于“万物生而有序的自然法则”，也即“一阴一阳之道”或者说“德生道成的道德”。概而言之，在张教授看来“中国传统法律原理不过是中国传统文化原理在法律上的表达，只是这个原理的内涵有了变化，由阴阳合一、阳主阴从的哲学概念转换成了礼法结合、德主刑辅的法律概念”。^[1]由此我们可以进一步提炼出中华法理的奠基性关系：法本体（道德、阴阳）→法伦理学（法律正义）→法律规范（礼法）。

当然，上述三条正义原则，基本特征是以“等”作为核心来阐释，即使是“动态合理”也是以“等”的变动作为内涵来描述的，也就是它的基本逻辑预设其实是“差等”（虽然也内含同一等级上的“等者同等”，但是它是承认有“差等”为前提的），由此区别于现代法律正义观的绝对平等原则。它“承认并规定人之间的等与不等”，是“遵循自然、符合实际、实事求是的正义观”；因此可以得出这样的结论：由“差等”而形成中国传统礼法的“差序格局”，是符合自然法则、实事求是的，现代法律的“平等”是人为拟制、反自然的。这无疑造成了张教授所自我承认的“传统正义观有何现代价值”的悖论。^[2]

笔者认为，造成这种悖论的原因有三：其一，在方法论上，张教授是从形而下的古代法律规范抽绎出“差等”原则，这无疑符合古代中国等级社会、差序格局的历史事实，也具有正当性（这似乎更接近一种实然描述而非应然描述）；但形下“法律规范”是可以历时性地“损益”的，差序格局放在现代社会则失去了它的正当性。正是如此，“差等”似乎只能成为某种过去了的“传统”正义观，而不是普适性的正义观。其二，“差等”正义原则是被放在“法本体”的层级来论述，一旦确认为先验“本体”意味着这是符合自然法则、凝固不变的，那么自然无法推导出现代法律的平等原则。^[3]其三，进一步的问题是“差等”（不等者不等）是否可以作为正义原则？事实上，“差等”是典型的儒家话语。孟子曰：“亲亲而仁民，仁民而爱物。”（《孟子·尽心上》）这是一个由“己—亲—民—物”的仁爱差等序列，是自然而符合人性的情感，但这是属于个体（家族）或者私人领域的自然情感，而非作为群

体性、公共性社会秩序的规则和原则。在儒家看来，正义原则的必要性导源于“差等之爱”（自爱与爱人之间的矛盾）引致的“利益冲突”（即儒家所谓“义利之辩”），正义的要求是通过“一体之仁”而超越“差等之爱”、解决“利益冲突”。这就是《礼记》所言的“门内之治恩掩义，门外之治义断恩”（《礼记·丧服四制》），门内、门外是私域和公域的区分，适用正义原则的主要是门外之公域。由此而言，“差等”似乎是正义的前提条件和原因，而非其原则。当然，对差等之爱中自爱自利之私欲的确认和尊重也是正义原则的函项，但是一旦进入“差等”，“爱亲”、“爱他”相对于“自爱”，则已经涉及公共领域。这可能是上述正义原则所面临的理论追问。

2. “中华法理”的法认识论

法认识论是对法的价值原理的制度规范演绎，这种关系也可以说是价值原理与规范实践的互动。以现代法理学的认识论范畴而言，认识和分析中国传统法律规范的核心视角是法律关系。笔者认为，可以将其简要划分为主体与主体之间、主体与国家（共同体）之间两个基本法律关系范畴。

张教授即是以“法律关系”为路径来阐释中华法律的基本特征。张教授通过参照霍菲尔德的法律关系原理分析《唐律疏议》，突破性地提出中国传统法中至少存在六种法律关系，认为“责任—权利关系是传统中国最具特色的法律关系”，这一法律关系“以责任优先权利次之为特征”，

[1] 张中秋：《传统中国法理观》，法律出版社2019年版，第126-136页。

[2] 张中秋：《传统中国法理观》，法律出版社2019年版，第143-144页。

[3] 同理，现代性的“平等”似乎也不能作为一条先验的基础原则，否则这将意味着具有强烈不平等色彩的一切古代法都丧失了正当性和合法性。这就涉及到一个问题：“平等”可以作为正义的基础性原则吗？笔者认为，需要对“平等”观念进行重新阐释，“平等”并非专属于现代性价值，而是中西古今都存在着“平等”观念，只不过“平等”价值的逻辑前提是“主体”，也即“平等”始终表现为“主体平等”，前现代社会表现为宗族平等、家族平等，现代社会表现为个体平等，因此“平等”价值的内涵变迁是以“主体”转换为前提的，这是思考法律古今之变的核心“密码”。当然，这一话题已经溢出本文的思考范围。

主要分布在与伦理密切相关的家庭和社会法领域。^[1] 家庭法领域涉及主体与主体之间的法律关系，在传统中国，家族是基本的社会主体单位，因此法律关系表现为家族与家族、尤其是家族成员内部之间的“责任—权利”关系，最典型的表现是“三纲”之中的“父为子纲、夫为妻纲”，及其衍生出来的家长责任制、亲亲相隐等具体法律规范；社会法领域涉及主体与国家之间的法律关系，古代中国主要表现为“个体—家族—国家—天下”的家国同构关系，古代中国法律在编纂结构、指导思想和具体制度设置都体现了家国同构的现象。由此，张教授将传统中国法的基本特征概括为“一体两元主从式多样化”的构成。^[2]

那么，古代中国何以会形成这样的法律结构和特征呢？在张教授看来，还是来源于前文所述的从阴阳一体、阳主阴从到道德一体、德生道成的道德原理和文化结构。因此我们可以清晰地看到，张教授关于中华法理的论述贯注了从法本体论（法形上学）到法伦理学、法认识论（法形下学）的奠基性关系，从而形成了完整框架的法理学问题探讨，不仅深刻地揭示了中华法理的基本原理，而且其理论论述具有逻辑自洽性，无疑在中华法理研究领域具有独树一帜的范式意义。

当然，稍显遗憾的是，张教授在该书中对中国传统法的法学方法论措意不多（方法论是认识论的一个面向）。笔者认为，中国传统法在方法论上与现代西方法学方法论是有所不同的。在现代西方法学方法论中，法律论证的基本模式是涵摄（*Ssubsumion*）模式，^[3] 按照王泽鉴先生的说法，

涵摄是指将特定案件事实（S），置于法律规范的要件（T）之下，以获致一定的结论（R）的一种思维过程，以涵摄为核心的法律适用过程主要以逻辑三段论表现之。^[4] 这种涵摄模式的推理基础主要是基于古希腊哲学家亚里士多德以来提出的范畴表，亚氏范畴表最基础的范畴是“第一实体”，没有第一实体就不可能有其他东西存在；^[5] 西方近现代以来法律规范中的“第一实体”形式是个体、公民、法人等法律主体，由此为基础进行逻辑推衍，证成西方现代性蕴含自由、平等、民主价值的契约式法律规范。而中国传统认识论的基本范畴为阴阳、五行等关系范畴，没有西方式的“第一实体”概念，中国古代法的基本法律主体为宗族（秦以前的王权时代）、家族（秦至清末的皇权时代），个体主要是宗族和家族的附庸（宗法是纯粹的人伦关系，而非实体），各个范畴之间的关系也不是涵摄关系，而是映射式的对应关系，法律规范表现为典型的身份法特征。因此，中国古代法的法律建构和推衍方式更多表现为一种“映射推衍”。^[6] 例如法律理念中的三纲主从关系，是阳主阴从的对应式推衍而来，即不能以阴阳来涵摄式定义君臣、父子、夫妇，而是用阴阳来对应之，正如董仲舒所言：“君臣父子夫妇之义，皆取诸阴阳之道。”（《春秋繁露·基义》）。如国家法无非是家族法的延伸和推展，这里的家与国是对应同构关系，而不是涵摄关系；甚而《中庸》之谓“修身—齐家—治国—平天下”，也意味着由主体心性“扩充”至家国天下的映射推衍。又如在宋明理学看来，作为“外王”性的法律规范，不外是“内圣”性天理结构（三纲之不变天

[1] 张中秋：《传统中国法理观》，法律出版社2019年版，第82页。

[2] 张中秋：《传统中国法理观》，法律出版社2019年版，第21-63页。

[3] 除涵摄模式外，德国法哲学家考夫曼还提出了法律论证的“等置模式”，他认为法学方法的核心不在于逻辑推论（涵摄），而是在于比较（等置），因为法律发现过程的核心是类推（案例比较），它结合了三种逻辑推论：设证、归纳及演绎为一体。考夫曼对涵摄模式进行了批判，他认为涵摄仅仅是一种不扩展知识的演绎分析推理。当然考夫曼并不是否认涵摄模式，而是认为在涵摄之前，还存在着对事实的“先前理解”的问题。考夫曼的“等置模式”涉及到海德格尔、伽达默尔存在主义诠释学视域，不过笔者认为西方法学方法论主要还是涵摄模式。可参见[德]考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社2004年版，第125-145页；考夫曼：《涵摄模式之批判》，周升乾译，载《研究生法学》2007年第2期，第138-147页。

[4] 王泽鉴：《法律思维与民法实例》，中国政法大学出版社2001年版，第200-201页。

[5] [古希腊]亚里士多德：《范畴篇 解释篇》，方书春译，商务印书馆1986年版，第13页。

[6] 关于“映射推衍”，可参见黄玉顺：《儒家是如何从心性论推出伦理学的——中国传统思维模式的一种探索》，载《中州学刊》2004年第2期。

理)的“分殊”(理一分殊)。^[1]

当然,古代中国不仅是形下的法律规范已然解体,映射推衍模式的法学方法论也已不能适用于现代社会,需要进行范式转换,因而中国传统礼法规范如何“复活”似乎也成为一个困扰难题。

余论

综合上文,如果说“法理”仅仅被阐释为一种“传统中国”属性的话,它无疑会面临着“昔物何以至今”的理论困境,笔者将其概括为“法形下学困境”和“法形上学困境”。“法形下学困境”意味着中国传统礼法随着近代中国社会的转型已经失去其“政统”和“法统”,中华法系已然解体,现代中国人不可能再回归和遵循一种旧式“礼法”规范所约束的法律秩序和道德秩序,传统法学方法论之“映射推衍”模式也无法“搭建”出现代法学的“法教义学”。“法形上学困境”意味着传统中国法所附着之“道统”无法成为现代中国法律规范的“法本体”。何以如此?因为作为“道统”之“道德原理”,由宋明理学家“浇筑”为“三纲之不变天理”,成为皇权时代帝国法律规范的正当性来源,这固然在一定程度上符合前现代中国的生存方式,但显然与现代中国的生存方式根本背离。要想建构现代性法律规范,“三纲之不变天理”无疑是需要被解构的“法本体”。

那么,中华法理的现代意义如何开显?这实质上涉及到中华法理的重建(也即重新阐释)问题:

重建法形下学、重建法形上学。重建法形下学意味着需要对中华法律规范进行制度损益和方法重构,吸收西方法学方法论的优秀成果,建构适应当代中国人生活实情的法律规范和法教义学;而损益和重构的原则就是正义原则,也即张教授所主张的“动态变动的合理正义观”。重建法形上学意味着重建法本体,这即是说,要解脱宋明儒学所建立的“内在超越”之不变的法本体,重塑法本体的外在超越性和可变性,从而奠立现代中国法律“替天行道”的权威性和客观性,以适应现代中国人之生活实情。然而,规范变动、本体重建这一切如何可能?其实,这一切不过就是生活本身的涵项,有什么样的生活方式就应当建构什么样的法律规范和法本体;生活本身的流变,则意味着法律规范和法本体的流变。法随时变、因地制宜,这既是中华法理的正义主张,也是生活本身所显现的正义要求。对此,张教授也有所阐明,他指出:中华法理的道德原理、正义观和法律制度规范“都根植于生活本身”^[2]。这无疑已经深刻地触及到“中华法理如何重建”的存在论视域;只有在这一视域下,我们才能真正透彻理解中华法理的法形上学、法形下学的重建路径,从而敞开中华法理的现代意义。因此,笔者相信,沿着张教授所开辟的中华法理研究范式,经由学人共同努力,探索和建构具有“中国法律理想图景”的“中华法理”,或可期也。

[1] 需说明的是,笔者这里主要侧重于从范畴论的角度来探讨中国古代法律建构的认识论、方法论问题,这是一个“法本体论→法认识论”的推衍过程。而从司法论证的角度来看,中外学者对中国古代司法论证方法的争议颇大:马克斯·韦伯认为中国古代法处于非理性的“卡迪司法”阶段,滋贺秀三、贺卫方等学者亦持此观点,张伟仁、马小红、林端等学者则认为韦伯误断了中国古代的法律;也有学者认为古代司法审判是一种演绎论证、模拟论证及价值衡量的整体性法律方法论,并不比西方落后,参见陈锐:《宋代的法律方法论——以〈名公书判清明集〉为中心的考察》,载《现代法学》2011年第2期;还有学者认为,中国古代司法也存在涵摄模式的演绎思维,参见陈景良、王小康:《宋代司法中的事实认知与法律推理》,载《学术月刊》2020年第2期。笔者认为,传统司法论证的方法论还有赖进一步研究,但它并不是思考中国传统法律现代转型的核心关键,关键的问题还是在于法律推衍和建构的范畴前提:哪种主体作为第一实体?现代性的第一实体是个体,中国传统法律只有从前现代的“集体主体性”转换为现代的“个体主体性”,才能实现梅因所说的“从身份到契约”的实质转型。

[2] 张中秋:《传统中国法理观》,法律出版社2019年版,第136页。