

东方法学丛书

法哲学三论

王 申 著

上海交通大学出版社

内 容 提 要

本书从法哲学角度对理性及由它而引申出来的法理性和法理念作了系统的研究,并进而对当代中国法治实践的理念进行了探讨,提出了自己对相关问题的一些思考。作为一部正面系统讨论法律理性问题的专著,本书有着一定的学术创新价值,对于推动中国法理学和法哲学研究的深入进行也有一定意义,同时对当代中国建设法治社会也有相应参考价值。

本书适合于法律专业工作者、高校师生及相关从业人员阅读。

东方法学丛书编委会

主 编:何勤华

副主编:顾功耘 游 伟 郑少华

编 委:(按姓氏笔画顺序排列)

王立民	王虎华	王嘉禔	叶 青	刘宪权
邱格屏	何勤华	岳川夫	郑少华	杨正鸣
张天蔚	张明军	张梓太	宣文俊	徐永康
顾功耘	游 伟	鲍正熙	傅鼎生	殷啸虎

总 序

在世纪转换的历史时刻,中华民族前所未有地感受到了实行法治对国家发展和强盛的重要意义;在千年更替的重要关头,中国人民也更加坚定地确立了法治的目标。1999年3月,九届全国人大第二次会议通过的《宪法修正案》,把“依法治国,建设社会主义法治国家”的基本方略载入了宪法,勾画出了我国法治建设在新世纪发展的宏伟蓝图。

法治目标的实现,需要全体公民的共同努力,更需要法学研究者和法律工作者的不懈追求。法律高等院校一方面承担着培养法律专业工作后备力量的重任,同时也是法学研究的一支重要力量。华东政法学院是司法部属普通高等院校之一,拥有一支法律教学和研究的师资队伍,长期以来,许多教师在从事法律教学工作的同时,辛勤地耕耘在法学研究的园地,并取得了一批成果,不仅为立法和司法实践提供了不少卓有价值的建议,也在法学理论研究方面提出了一些富有创见的观点。这些研究反过来又促进了教学质量的提高,它证明了法学研究和法学教育相互依存、相互促进的关系。

法学理论研究应当为法制建设服务,这是不言自明的道理。我国的法制建设在最近20多年取得了令世人瞩目的巨大进步和飞速发展,丰富多彩的法律实践和法治活动为法学理论工作者提供了一展身手的宽阔舞台和任意驰骋的广袤天地,也向法学研究人员提出了大量亟待解决的课题,这些都是法学研究走向繁荣的不可缺少的原动力和必要条件。

法学理论研究应当为法制建设提供指导,这是法学理论工作者必须承担的职责。我国的法治实践是在独特的历史背景和现实条件下进行的。一方面我们拥有上千年陈陈相因、绵延不绝的中华法系的传统,这一传统在近代以来却遇到了西方法律制度的巨大冲击与严峻挑战而几近中断;另一方面我们在建设社会主义现代化强国和构建社会主义



市场经济体制的过程中,又需要形成有自己特色的法律体系,而这一法律体系又必须能积极应对当今世界的共同法律规则。这些都要求我国的法学研究具有更高的立意、更广阔的视野和更新颖的理念。

正是基于上述认识,华东政法学院和上海交通大学出版社联手推出了这套《东方法学丛书》,以期尽自己绵薄之力,推动我国法学研究的开展。丛书取“东方”之名,是因为中国处于世界之东方,而上海又位居中国之东方,华东政法学院地处上海,原司法部部长、现任最高人民法院院长的肖扬同志曾称誉华东政法学院为“法学教育的东方明珠”,以“东方”二字来命名,固可区别于其他各种法学丛书,更期望能借得风气之先的这块宝地之地利,为我们这套丛书更多地汲取来自于生活这棵常青之树的养分。

收入这套丛书的著作均为华东政法学院教师的学术专著,这些著作中的观点不一定成熟,但却凝聚了作者对有关法律问题的思考。而且我们也想借丛书出版的机会,广泛地征求各方面的意见,使作者们在此基础上,能进一步深入研究,为我们奉献出更多更优秀的学术成果。

东方法学丛书编委会

序 言

——呼唤法的理性时代

王申同志的这本《法哲学三论》专著，结构上分成法的本体论、认识论、实践论三编，其实，全书所论中心是贯串着一个关键词——理性。我同意他在书中的一个评断：长期以来我国法学理论界“鲜有正面系统讨论法律理性的论点出现和论著的出版”。虽然，近年也有屈指可数的几本部门法哲学的专著中论及法的理性，也有散见于一些论著中关于某个部门法的具体“理念”的论述；但是，从法哲学高度，对理性，及由它而引申出的法理性和法理念，作系统研究和出版专著的，确是少见。王申同志这本专著应当说是初露端倪。

从本书中，我看到了作者较厚实的理论积累，其“系统性”探究，似乎体现在他在编撰其诸篇专论时，采取了“由抽象概念上升到具体概念”的逻辑思维方法：先论理性的一般概念与源流，然后上升到法理性，再而法理念，法推理，进而评说中国法治实践中的理念（包括司法，乃至具体到律师的作业），以及法学界对法理性的理论研讨现状与问题。其论点的是非得失，自有读者的公评。但我所感到的是作者对“理性”作了深层次的理性思考，字里行间不乏作者追求“理性”的激情。从中，我除了获得不少有关理论知识而外，更重要的是被作者在书中不时发出的对理性的呼唤所感染，引发我沉重的思绪和某些“理性”的思考。

一部中国近现代史，可以说是一部前仆后继地追求理性、却遭遇无往不在的非理性、反理性的传统思维习惯和现实权势的阻挠、折磨和扼杀：

有变法维新的政治理性启蒙，更有血染菜市口的暴政和义和团运动的盲目排外的愚昧和野蛮。

有五四运动的追求科学与民主的理念，也有老军阀“三·一八”的



屠杀和新军阀的长期独裁专政。

新中国的诞生,本来是实现科学社会主义的理性的时代,却又被一个接一个非理性、侵人权的“排内”运动浪潮所淹没。“引蛇出洞”的阴谋,“大放卫星”的愚昧,“横扫一切牛鬼蛇神”的疯狂,无不是在上演一个接一个丧失理性的闹剧与悲剧。

在当代,经过反省历史的教训,经过真理标准的启蒙,经过革新与守旧、包括法理性同法蒙昧、法幼稚的多次较量,中国的执政者和知识界终于有了某些理性的觉醒。直到近年开始提出“以人为本”、“政治文明”等口号和人权入宪等举措,表明我们开始要走向理性的时代。这当然是难得的进步,十分可喜;但也透露出,之所以要突出这些理念,表明过去的年代和现实生活中,还有不以人为本,漠视人性、人权和人命的非理性、不文明甚至反理性、反文明现象的存在;还有继续挥舞教鞭,鞭答理性幼芽生长的专横恣意、违反法理性的行为存在;表明实现人类理性统治的时代,路漫漫其修远。

什么是理性?理性这个极其抽象的词,被康德的纯粹理性、黑格尔的绝对理念等讲得极其深奥和玄妙。本书在从概念、理念、观念、信念以及理性思维方法等层次上,对什么是理性有翔实的理论论说。如果用相近和相反的词来对照比较,也不难理解理性的真谛。

理性即人性,“人是理性的动物”,理性是人性中的仁性,而非兽性。法国大革命中恐怖专政的大杀戮,中国文化大革命中“全面专政”的大扫荡,就是悖离人性的仁性,而为疯狂的兽性所左右。

理性即真理性、科学性,而非迷信。对神或人的“绝对权威”的狂热崇拜,对意志决定论的盲目信仰,对现代教条的盲从等,都是违反人类理性和法理性的。

理性是正义性。如作者所说,理性涵盖属于人类正义所有价值。

理性也是理智性,要求有正确的思维方法。不同的思维方法和视角,可以认识真理的不同方面,产生不同的学派。理性的思维要求对各种方法都应当兼容并蓄,择善而从。但我认为,被称为“千年思想家”的马克思的辩证唯物史观,应是理性思维方法的首选。19世纪俄国马克思主义者普列汉诺夫在评价马克思的理论时,就特别强调其“历史唯物

主义的方法论的意义”，指出：“一般说来，马克思、恩格斯在唯物主义方面最伟大的功绩之一，就是他们制定了正确的方法。”^①恩格斯在《德法年鉴》中也自认为：“方法就是新的观点体系的灵魂。”^②（当然，应用到法学上，还应当参照其他法学思维方法，如作者专编所论法律逻辑推理方法，等等。）

理性是独立自主性。要求有个性，有独立思考的权利，有坚持真理、力排众议的品格。排斥对权力者的人身依附，对权力者非理性的话语的逢迎，对错误的理论和决策提供所谓“理论支持”。

理性要求有批判性。如马克思说的：“新思潮的优点恰恰在于我们不想教条式地预料未来，而只是希望在批判旧世界中发现新世界。”“什么也阻碍不了我们把我们的批判和政治的批判结合起来……因而也就是把我们的批判和实际斗争结合起来。”“不怕自己所作的结论，临到触犯当权者时也不退缩。”^③

理性是宽容的、平和的、冷静的，但不是冷冰冰、干巴巴的。理性并不排斥激情，而需要有正义感和理论勇气，为执著追求真理而有“衣带渐宽终不悔”的精神。

正如本书作者援引的德国一位法学者所说的：“法律乃是人类社会最高的理性。”这里“法律”应是指真正体现人类理性和正义的法。所以也可以这样说：理性的法是人类最高的法（自然法学者就是把反映人性和人的理性的自然法视为高于人定法）。

上面这些对理性的概括性的界定和要求，其实也是本书大多论及的。我将它集中起来，意在提起读者的关注和重视。毋庸讳言，对照上面的理性要求，我们离法的理性和理性的法，还有相当大的差距。我们法学界、法律界以及执政者要真正进入理性王国，还有相当长的路程。

① 参见[前苏联]普列汉诺夫：《马克思主义的基本问题》，北京：人民出版社，1957：21～22

② 参见[前苏联]普列汉诺夫：《马克思主义的基本问题》，北京：人民出版社，1957：21～22

③ 马克思恩格斯选集 第2卷，102～103



既然我们已有了初步的理性觉醒,既然已有像本书一样地对人类理性和法的理性的研究和呼唤,我相信,千里之行,始于足下,总有一天,我们会迈进人类理性和法理性的新时代的。

是为序。

郭道晖

2005 年 1 月 20 日于清华大学荷清苑

前 言

哲学是所有学科的基础。哲学描述了人类对自身认识、所处环境、正确行为的标准和绝对真理的必然追求。从柏拉图、亚里士多德到康德、黑格尔乃至马克思的西方思想中,哲学和法学是有密切联系的。“所有伟大的哲学家,往往都是重要的法和国家思想家。反过来说,法和国家理论主要是由哲学家们写成的,其中,道德的观点,即政治的正义性,起到了核心作用。政治讨论亦主要是从哲学角度进行的,而且成了道德的统治批判的决定性部分,并以这种形式建立了哲学的法和国家伦理学。”^①法哲学总是提出法的基本(根本)问题,并试图获得一个建立在可以用理智检验的、方法论基础上的解答,或者可以继续发展这些问题。而从根本上说,理性的原初本意就是一种洞见或观察,人类对理性的认识开拓了其自我反省的机制。理性作为洞见或观察的逻各斯,给人类对法设定了根基性的基础。人类对理性的探索过程喻显着文化的发展进程。在人类历史的发展进程中,人们对法的认识都是源自人们对理性认识过程的反映。

严格地讲,现代法学中重要的基本概念是 17、18 世纪的学术成果。这些成果包括:将客体法区别于主体法(即客体权利);对主体法的划分以及民法的基本概念如法律交易、意思表示、商务合同、给付义务或给付不能等。然而,由于当时法学并未从哲学中分离出来,所以,在中世纪的大学讲义和文献中的罗马法渊源中找不到上述概念。然而,到了 19 世纪下半叶,哲学与法学的传统结合发生了危机,哲学与法学发生了分离,此时,即使是那些伟大的哲学家最多也只是随便地注意一下法学问题的讨论。哲学家把法学的问题推给了法学家。也就是因为哲学

^① [德]奥特弗利德·赫费. 政治的正义性——法和国家的批判哲学之基础. 庞学铨,李张林译. 上海:上海世纪出版社,2005:2



与法学的分离,法学作为一门学科逐渐被人们所认识。法学家基于一种为解决具体生活问题而产生的实践的理性,为建构的学科而提出的基本概念被更多的人所理解。人们通过对现行法律知识的挖掘而获得一般的知识结构,并从中提炼出一般的法律适用基本原则的司法理念。这种“理论”并不是指任何一种比较原则性的知识,而是指为了解决具体生活问题而寻求的知识。

作为实践性哲学思想的理性,其实是一个很晚才出现的文化符号,我们在拉丁文中可以找得到它的源头,但如果将理性作为人类精神自我超越的标志,它却有着无法追溯的悠久历史。在人类历史的长河中,理性与法律密不可分,就如人的灵魂与肉体一样。无论是关于法的起源、性质、作用,以及法学方法的探求,或是对法的权威性、确定性、普遍性、自治性的追究,无一不与理性紧密相联。我们甚至可以说,理性直接支配着法的历史进程。理性是法的根据和基础,法是理性的变相。

理性与理念、逻辑以及智慧的关系是值得我们一辈子思考的问题。对于理性是什么以及理性与理念、逻辑以及智慧的关系是什么之类问题的回答,“实际上本身就是理性自身的外显,同时也是一场理性的冒险。如果我们的思想受到了理性的召唤而行进在理性的路上,那么理性对于我们的思维来说是预置的、不言自明的,我们也就无法试图通过其他等而下之的手段来揭示和接近这个先验的前提。另一方面,如果我们诉诸其他手段来追寻理性,则很可能滑入‘非’理性的轨道。比如我们诉诸心理(如笛卡儿)、诉诸天后(如谢林)、诉诸逻辑(如黑格尔)以及诉诸权力甚至暴力(如尼采),那么我们所得到的要么是理性的一鳞半爪,要么离理性越来越远。就算矢志追逐理性,也难保不走向其反面。”^①

西方哲学围绕“是”形成了本体论的研究,围绕着“思”形成了认识论研究。在马克思、恩格斯创立的唯物史观中,本体论、认识论、方法论也是融为一体的,并以本体论的形态表现出来。法学研究从根本上说,也是离不开“是”与“思”。因此,从法学来看,“法律是什么”应该作为法

^① 程志敏. 理性本源. 人文杂志, 2001(4)

学的逻辑起点。在本书中,我以“法律是什么”作为本体论开始思考,从而在法律的本体论、认识论、实践论三个梯段来探讨理性、理念与法律的关系。

本体论的研究可以追溯到古希腊,而在古希腊的众多哲学家中,柏拉图无疑是最为重要的。柏拉图最先把理性作为他毕生的研究课题,并且围绕理性形成一套理论,从而为后人的研究奠定了基础。所以,怀特海说,“两千五百年的西方哲学不过是对柏拉图的一系列脚注。”^①说到底,“理性实际上是建构智慧的方式,而智慧也就成了理性存在意义的来源之处。理性乃是看的方式,即是说,理性从根本处乃是认识的逻辑起点,换言之,理性是认识的先验条件。这在古希腊思想和后世被称作‘认识论时代’的风云变幻的近代思想中能够得到充分的显现。”^②认识论以一般科学陈述的方式描写我们法律人的工作方式,并检验这种工作是否有效、是否应当改进。因为每一门学科都是由对象和方法来构成的,人们通过对具体学科中所运用的方法的一般陈述来对一门学科进行分解。这在亚里士多德的理性与逻辑的论述中,表现得最为明显,也最为充分。他是逻辑的创始人,也是理性研究的开拓者。而实践论则主要是以西方的理性论为基础。回顾人类理性发展的悠久历史,理性对法的内涵及作用以及法治的发展都产生过极大的影响,甚至可以说直接支配着近现代法律文化的历史进程。

但是,我必须指出的是,法的理性认识与理性法是不同的两个概念。一般认为,“凡哲学批判体现超实证约束力观念的,西方传统称之为自然法,在近代也称之为理性法。”^③而法的理性认识只是从理性的视角去理解、认识法的科学。应该说本著作并非解析西方理性法,而只是作者在丰富的西方哲学思想的吸引下,试图触及法理性的一种尝试;

① [美]威廉·巴雷特. 非理性的人——存在主哲学义研究. 扬照明,艾平译. 北京:商务印书馆,1995:79

② 程志敏. 理性本源. 人文杂志,2001(4)

③ [德]奥特弗利德·赫费. 政治的正义性——法和国家的批判哲学之基础. 庞学铨,李张林译. 上海:上海世纪出版社,2005:1



试图在理性的标题下,消除哲学与法学的分离,从而使法学与哲学得以融洽起来的一种尝试。此时,蒂里希的话无疑深得我心,且颇具总结性质,他说:“理性的认知性质只是附加于其他因素之上的一个因素;理性既是认知的,又是审美的,既是理论的,又是实践的,既是超然的,又是动情的,既是主观的,又是客观的。”^①这就是理性的魅力。从现代的眼光来看,理性法致力于发掘法律的理论基础和基本原则;现代法治国家的宪法中适用体现人权的概念,以及对法律技术性概念的提炼都具有深刻的理论意义。

总体而言,“理性鼓励人类的思想去探索,去冒险,并把所探知到的新东西融合和升华到更高的大全中去。理性粉碎了狭隘的伪真理,消解宗教的狂热,它既不容许情感上的慰藉,也不容许理智上的慰藉。理性是‘理智所感到的神秘’,不过理性却在理智的一切可能性中发展理智,就使它自己感到这个神秘是可以言说的。这种几近神秘的赞美的确让人感到真正意义上的理性之不同寻常。”^②而这正是当前学术研究中,我们的学术人所缺乏的。

本书并非任何级别的课题研究,只是自身学术生涯计划中的一部分。笔者一直以为,学术并非只是去做,或为完成什么形式的课题或任务;学术是一种毕生的追求和使命。不可否认,当今这种追求似乎会面临种种磨难;因为,当今的学术其实已经要变成了一种话语权;当今的学术已被垄断,垄断者甚至可以轻而易举地从国家或各种机构获取各种基金的资助。然而,学术垄断与其他的垄断并无两样,其结果会使学术失去竞争;垄断者可以获得基金的资助,但却不需一定要有物有所值的成果问世,在此期间,他们还可以用这些经费出国考察。而大部分有独立思想的学者是没有这种优势的,他们的研究呈边缘性,他们要用自己的工资来维持生计,用自己的薪金来获取信息和资料,最后的成果还得用自己的薪金来出版。而他们的目的只是为了默默实现个人的理想

① 蒂里希. 理性与启示. 何光沪. 蒂里希选集(下). 上海:上海三联书店, 1999:967. 转引自程志敏. 理性本源. 人文杂志, 2001(4)

② 程志敏. 理性本源. 人文杂志, 2001(4)

追求,当然,这种追求显然已经不为当今社会中大多数人所向往。

其实,回顾一下历史,这样的情况在 19、20 世纪的欧洲就已经出现过。如西美尔、本雅明等,这些人被后人称作为“独立学者”。独立学者在西方的出现有其必然性,而在当今的中国,作为独立学者是有条件不出现的。虽然,充分调动每个人的积极性原是我们值得自豪的制度优势。

由于职业的关系,我对韦伯关于“在学术园地里,我们每个人都知道,我们所成就的,在 10、20、50 年内就会过时。这是学术研究必须面对的命运,或者说这就是学术工作的意义。”^①的论述有更深刻的体会。由此,如果我们把学术看作是一种毕生的追求和使命,那么就永远不要把自己当作专家。我们必须牢记学术是永无止境,而永无止境的学术追求必须是在学术探索中寻求快乐与幸福。亚里士多德认为,理论活动尤其能带来幸福,特别是对那些拥有善的理论能力的人来说。但是,不同的人拥有不同的能力和潜力。因此,对每个人来说,善的生活并不只有一种,各人依据自己的能力寻求自己的善的生活;但同时,善的生活只能是一种,任何人不可能大小通吃。

同时,我还认为,任何真正的哲学都是我们所处时代精神上的精华,人们的最美好、最珍贵、最隐蔽的精髓都汇集在哲学思想里。所以,我今天所做的一切学术努力,无非是在进行一种哲学思维而已。《法哲学三论》是我在近期的研习中,用哲学的思维对法学实践中的几个重要的问题进行的思考,我觉得我们的社会要真正实现法治,不仅要关注司法实践,更要从思想的源头上对什么是法的理性、理念有一个清楚的认知。如此才能顺理成章地理解什么是法的信仰、价值、方法;才能使法治在我们的社会得以实现,更重要的是使法治在每一个人的心中得到实现。这种本体、认识与实践的认知方法,是我的学术感悟。

科研生活讲究的是创新,“创新是一种求异的思维活动和实践活动,充满了不确定性和风险性。它以求异而非求同为价值取向,既可能成功也可能失败,既可能得到承认也可能不被承认。正因此,创新需要

① [德]韦伯. 学术与政治. 钱永祥译. 南宁:广西师范大学出版社,2004:166



鼓励变革、宽容失败、独立思考、自由讨论和争鸣宽松的文化支持和推动。历史和现实屡屡证明：没有这种文化，创新往往只是美好的愿望。”^①

在本书的写作中，笔者试着将其中的某些章节送当今我国学界的几大核心刊物，结果已有部分内容在《法制与社会发展》、《法学评论》、《法律科学》、《政治与法律》、《云南法学》等刊物上得到发表，其中有的已被中国人民大学的书报资料中心的《法理学、法史学》转载，有的被《中国社会科学文摘》论点摘要。在此，我对我崇敬的老师郭道晖先生表示感谢，感谢他在百忙中为我的书作序；另对我的朋友：吉林大学的黄文艺教授、西北政法学院的韩松教授、上海社会科学院的柯葛壮教授，以及上海社会科学院哲学研究所的方松华研究员表示感谢！是他们的帮助使我完成了本书的写作。

作 者

2005 年夏月，于申城三鑫花苑寓所

^① 沈铭贤：《创新文化何时不再仅是美好的愿望》，《文汇报》，2004-11-9

目 录

第一编 法的本体论

第一章 法律与理性	1
一、理性的定义与法理性的分析	2
二、法理性的发展特质与价值	13
三、法理性的批判与反思	26
第二章 理念与法的理念	39
一、理念的特性与假设	39
二、法理念问题的提出	43
三、法的理念与价值的关系	49
四、全球化背景中现代司法理念之普遍性	52

第二编 法的认识论

第三章 法的理性与推论	58
一、法律推论思维及其理性基础	59
二、法律推理的方法:逻辑推理法	69
三、法律推理的方法:分析推理法	76

第三编 法的实践论

第四章 中国近代法理念	88
一、中国法理念概述	89

二、中国近代法理念的演进层次	95
三、中国近代法理念演变中理念的特质	109
第五章 法治的理念与实践	112
一、关于法治的几种论述及基本原则	113
二、法治与理念的关系及逻辑结构	122
三、我国建设法治国家的基本方略	125
四、依法治国与民主监督	129
第六章 法官的审判理念与实践	141
一、法官的任务及审判理念中的问题	141
二、法官应该具有的司法理念	158
三、法官在审判实践中需要的是智能还是知识？	163
四、法官现代性与法理认同	166
第七章 律师服务的理念与实践	174
一、律师制度的创建及律师职业的性质与特性	174
二、律师服务主体性理念的发展与变化	181
三、律师法律服务之主体性理念	187
四、中国律师法律服务之问题与改革	191
五、律师法律服务的理性定位	201
主要参考文献	203