

# 批判的理性

与

PIPAN DE LIXING YU LIXING DE PIPAN

# 理性的批判

李道刚 著



法律出版社  
LAW PRESS·CHINA

# 批判的理性

与

PIPAN DE LIXING YU LIXING DE PIPAN

# 理性的批判

李道刚 著



法律出版社  
LAW PRESS·CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

批判的理性与理性的批判/李道刚著. —北京:法律出版社, 2007. 10

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7723 - 6

I. 批… II. 李… III. 法学—文集 IV. D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 145444 号

©法律出版社·中国

责任编辑/王羽

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社上海出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/A5

印张/10.125 字数/230 千

版本/2007 年 10 月第 1 版

印次/2007 年 10 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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

苏州公司/0512 - 65193110

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 7723 - 6 定价: 24.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

## 目 录

法史研究 .....	1
比较法文化视野中的“批判” .....	3
论法律解释的“历史性”问题 .....	14
中国传统人权观念再探——一个比较法文化的维度 .....	25
孔子美育目的论——兼及礼与法的关系 .....	39
义和团运动与历史解释问题之管见 .....	50
远生之死五因说 .....	56
黑格尔的罪与罚思想析论 .....	66
战后德国政治法学方法的三大流派略论 .....	78
美国法院建立调解制度的历史尝试 .....	94
德国的法学教育 .....	104
法政时评 .....	113
从民族精神到人的尊严——奥斯维辛集中营的启示 .....	115
作为反思对象的纳粹广播史 .....	121
从自我反省出发——一本德国中学历史教科书的思考 .....	128

思想的自由和约束 .....	134
也谈广播电视在应对“突发事件”中的作用 .....	137
和谐之“和”应谓之“合” .....	141
悖反还是兼容? ——浅谈仁爱原则与市场规律 .....	145
“安乐死”的法哲学透视 .....	150
德国家庭教育权 .....	156
规则、音乐与孩子 .....	163
中国法学教育之反思与改革构想 .....	168
<b>思想争鸣</b> .....	187
对《中国的和平发展道路》白皮书中一句话的“咬嚼” .....	189
“认识到”,抑或“承认”? 这的确是个问题 .....	196
“实在法”语焉不详,实在不妥 .....	203
比较还是比附? ——评刘小枫和甘阳的健康阅读 .....	207
浪漫国家主义批判——读《施米特与政治法学》有感 .....	216
《天道——古代中国政治思维的精神与形态》评介 .....	221
《关于费尔巴哈的提纲》第二条的翻译 .....	226
“邢质斌现象”可以是一个法学议题 .....	232
三只眼看学术不端 .....	236
<b>法与文学</b> .....	241
爱国心与自由魂——席勒年谈席勒 .....	243
左看右看:情感理性之后 .....	247
宋江与表达自由 .....	253
鲁达和史进哪个更冤? .....	258
刘心武有权表达 .....	264
批评与反批评皆非 Taboo .....	269

莫老财 VS 刘三姐 .....	273
<b>学术随笔</b> .....	281
只言片语话德国 .....	283
访英随笔 .....	288
回首法兰西 .....	293
音乐之都——维也纳 .....	300
别了,总督 .....	305
穿越俄罗斯 .....	310

## 法史研究

比较法文化视野中的“批判”

论法律解释的“历史性”问题

中国传统人权观念再探——一个比较法文化的维度

孔子美育目的论——兼及礼与法的关系

义和团运动与历史解释问题之管见

远生之死五因说

黑格尔的罪与罚思想析论

战后德国政治法学方法的三大流派略论

美国法院建立调解制度的历史尝试

德国的法学教育





## 比较法文化视野中的“批判”

法文化由于其历史和逻辑的必然,因而存在着继承和借鉴的关系,而批判和对批判合理性的探讨,则是解决这一问题的基础。必须科学界定批判的范畴,消除批判的错误;应该合理运用批判的理念,为继承和借鉴提供理性前提;需要确立批判的对象,作为继承和借鉴的切入点。在对外开放中,“理性主义”将成为批判的新对象,而“中学为体,西学为用”将是批判的契机。

法文化作为一个社会中法的秩序的基础,因国家、民族的不同而异,同时也是一种动态过程,因而有继承的问题。有传承就有对自身法文化的批判性的接受和对他种法文化批判性的吸纳。这是造成法文化非线性发展的根本原因。同时也符合历史演进的逻辑。而对批判本身之合理性的检讨,其实质还是对人类思想中悬而未决的认识论的基本问题的探索。从康德批判哲学的理性主义到波普科学的批判理性主义,显示了这种探索的轨迹。

### 一、关于批判的意义

在中国,随着政治运动的结束,让人一度毛骨悚然的

“大批判”也早已销声匿迹。它带来的负面效应,却以种种形式存在下来。“大批判”是恣意的,而不是理性的,往往成为政治诬陷的手段,与真正的“批判精神”风马牛不相及。对“大批判”的厌恶,难免引起对批判模式本身的逆反心理。然而,因噎废食不可。古希腊文中,“批判”一词的原意仅是“区分”,是一个不带任何情感色彩的中性概念。由此可知,真正的批判意味着客观冷静地分析,而价值评判并非其本身所必备的要件。换句话说,不是所有的批判过程都一定包含价值判断。因为批判所需要的是客观与冷静,而超前进行的价值评判,则可能带来成见与偏见,或难免不凭主观臆测,去做合逻辑与不合逻辑的演绎,对本身既非“好”亦非“坏”的事实,进行人为的“褒”与“贬”。西方对中国法文化的研究方式往往为错误的前提+严密的推理,而我们在这方面的历史教训也太多,不能不深刻反思和认真汲取。因此,从认识论的角度而言,韦伯主张价值中性,<sup>[1]</sup>当然,由于批判的主体是人,因而难免使批判带上意识形态乃至民族偏见。但主体应意识到自身认识能力的局限,尽可能地冷静以致冷峻。科学(尽管是人文社会科学)本身的性质决定了认识主体与认识客体的“间离”。此种效果有益于认识对象——法文化的表征,更有益于把握法文化的本质。

批判既是一种“区分”,那么,在研究法文化的问题上,我们应当认真思考的是:法文化能否区分,如何区分?

有一种观点认为,法文化本身是一个整体,尽管具有积极与消极两个方面,但往往互为因果,实际上不可能人为地加以分离。瑞士学者胜雅律<sup>[2]</sup>秉持这种观点。依据这一观点,他认为,在西方占统治地位的所谓“人权核心”学说割裂了具有普世性价值的人权观念,在本质上是“反人权”的。<sup>[3]</sup>

另一种观点认为,“精华—糟粕”论作为价值观具有相对性,时间与空间皆可能使二者发生逆转。因为,每一种法文化体系都处

在不同的历史发展阶段,世界文化本为多样的统一。这是当代的某些新康德主义者的观点。<sup>[4]</sup>德国比较法学著名学者茨威格特和科茨,以及日本学者大木雅夫等人持这一中性立场。<sup>[5]</sup>

也有一种观点认为:法文化本身的内涵是中性的,无所谓“积极”或“消极”,不能简单地分为“精华”和“糟粕”。东亚学者和西方汉学家多持这一观点,如韩国首尔国立大学的崔钟库教授。他在2003年8月于瑞典隆德召开的第21届国际法哲学与社会哲学大会的即兴发言中将“太极经”和“自然法”相媲美,同时在其新作《东亚法理学史》中像是不仅要融合东西法文化,还有要“打通”(冯友兰语)哲学与法理学的意思。<sup>[6]</sup>

还有一种观点认为:到目前为止,对“糟粕”的批判太多,而对“精华”的吸收太少,也就是对法文化(传统的和外来的)否定多于肯定,缺乏建设性的态度。十年“文革”后,国内的开明学者多持此观点。北大龚老先生就曾主张,对西方法文化要先“拿来”,再“分析批判”。<sup>[7]</sup>近几年来,国内外学者开始越来越多地关注对民间法的挖掘。此现象可视为这一立场的表达。

以上各种观点虽对法文化的看法不尽相同,甚至截然相反,但都主张文化的融合,并从不同的方面对批判的对象——法文化,进行了新的定位,在这一研究架构下,我们更有理由首先对批判本身加以重新审视。

不仅仅是中国,世界上任何一个民族都面临对自身法文化传统的继承问题,也就是说“继承”是不可避免的,这是为法文化本身具有的连续性特点所决定的。文化既是一种生活方式,就势必为该文化共同体的后人所接受,但又不可能被全盘接受。换言之,“继承”不是一个应不应该继承的问题,而是一个如何继承的问题。对继承的对象——法文化加以分析,就是一个批判的过程。同时,在一种文化的“继承”过程中,又难以避免对他种文化的“借鉴”,所

谓“有比较才有鉴别”，也是一个批判的过程。如先秦时，孔子问“礼”于老子。而儒家的“仁政”即是在对周礼引申与发挥的基础上创立，周礼又集夏商统治制度之大成。“礼”后来最终成为儒家法文化的核心。

事实上，文化在演进和发展的过程中，恪守与更新不可避免，而恪守与更新的过程恰恰是“去粗取精，去伪存真”的批判过程。任何富于生命力的法文化无一例外都具有“兼容性”，这是作为精神与物质合璧的制度文化的“内在规定性”。善于克服自身的矛盾和化解与其他文化的矛盾，是文化内部和外部的竞争需要，有竞争才能相互补充和共同发展。在演进和发展过程中的恪守与更新所呈现出的“兼容性”，不仅适合于自身的传统也适合于外来法文化。

在继承和借鉴的问题上，应该着力批判的是形而上学的思想。萨维尼关于法的民族精神说在初创时期，无疑具有十分进步的意义，是对自然法的合理修正。然而，将“民族精神”本身变成一种形而上学，不仅有违建立这一学说的初衷，同时，也不符合历史发展的规律。精神性的存有是在相互影响中发展变化的，而法文化作为制度文化恰恰是对某种社会现实的回应。<sup>[8]</sup>至于黑格尔所言的“绝对精神”并不存在，至少不能用经验的方式证明其存在。

另一方面，无论对于中国传统法文化还是西方法文化而言，是当“反面教材”也好，还是做“参照系”也罢，都必须认清“借鉴”的对象，特别是要把握其本质。换句话说，“借鉴的是什么”要比“应该借鉴什么”的问题复杂得多。我们常常被后者所困扰，其实正是因为对前者的困惑所致。对其概貌还没有一个基本的认识，当然就无从“借鉴”。从过去的“虚无主义”、“关门主义”到如今的“功利主义”、“拿来主义”的态度都说明，我们在文化的借鉴方面还缺乏一种真正的“批判精神”。

## 二、关于批判的理念

近代批判学说产生于康德的知识批判论。

康德(1724~1804)的批判哲学曾经导致了一场巨大的精神运动:“与其说是通过他的著作的内容,倒不如说是通过在他著作中的那种批判精神,那种在当前已经渗入了一切科学之中的批判精神”<sup>[9]</sup>,开创了一个所谓的“批判时代”:“我们这个时代可以称为批判的时代。没有什么东西能逃避这批判……因为只有经得起理性的自由、公开检查的东西才能博得理性的尊敬。”<sup>[10]</sup>康德在当代被认为是新时代中最重要的批判哲学家。不论人们如何评价他,毫无疑问,他有一种其他思想家无可比拟的理论颠覆作用。他的出现意味着一个新的纪元。康德全面地接受了启蒙时期的思想并建立了自己的体系。与众不同的是,康德并没有抛弃古老形而上学的基本意向和对上帝、灵魂、不死、自由、道德价值以及超验世界的兴趣,而是作了新的论证和理解的尝试。诚如康德自己所言,休谟将他从教条主义的昏睡中唤醒,结束了兼收并蓄的年月,并使他回归自身,即到达批判哲学时期。他将休谟给予形而上学致命一击的、对本体和因果概念的批判,扩大到所有的概念。在实践理性批判中,即在其法伦理学中,他与经验主义者们完全分道扬镳了。康德试图解决理性与经验的矛盾,却将主—客体全然对立起来,致使其批判一开始便遇到一个难题:批判“认知”的目的是为了确立检验知识是否为真的普遍标准;而批判本身又必须是真知,否则批判不为真,然而假使批判本身就必须是真知,则批判的基础何在?<sup>[11]</sup>康德认识批判中的另一大难题是纯粹理性和实践理性的结合问题。按照康德的观点,作为学者可以无条件地运用批判的自由,而作为国家公职人员,则只有服从的义务,没有批判的权利。此为康德批判学说中的一个弱点。

黑格尔认为,认知循环的问题是所有主客对立观念所不可避免的困境,而批判则是这种对立的表现。批判哲学的问题在于不够深入。因为批判必须是无条件的,且依赖先于批判而存在的事物,这些事物既是批判的对象,又是批判赖以产生的基础。所以应以“反思”代替“批判”,通过否定之否定接近绝对真理。黑格尔将批判推进了一步,同时又将其相对化。<sup>[12]</sup>同时,黑格尔的理性批判学说,一直被蒙上一层非理性的色彩。<sup>[13]</sup>黑格尔法文化观中理性的一面为马克思所继承,其政治经济学批判的主要对象是劳动。这一批判传统又被西方新马克思主义者们因袭。哈贝马斯认为,马克思对批判的最大贡献,在于他指出了生产方式中的异化现象。哈贝马斯本人主张,批判乃是一种辩证的综合,社会科学只有引入批判,才算得上真正的社会科学。批判是要将实证与解释之优点结合起来,同时又超越两者的对立,最终达到自我反思。<sup>[14]</sup>波普的批判理性则触动了一切批判学说的核心问题。他认为,只有可检验的陈述才能视为科学,而形上及宗教问题既不能被证实亦不能被证伪,因此不是科学。批判依然是波普哲学中的最重要的概念,同时又是最基本的方法。在他那里,批判意味着将认识置于理性之辩难中,对所有的,特别是对匆忙的结论提出质疑。只有这样,认知的检验和校正才能得以进行。<sup>[15]</sup>波普的理性批判主义对当代欧陆法文化的最大贡献无疑要属其对构成西方传统法文化的柏拉图国家学说的质疑。

在法文化的研究上,解释论者主张用“理解”来代替“批判”。伽达默尔认为传统必须借助理解,才能得以延续。离开理解人类无法沟通,亦无法认同一种文化。反之,沟通必须在同一文化氛围中进行,理解才不会受阻。在理解过程中,由于经验的作用,面对任何一个具体需要评断的案情,理解者总会有一个“前判断”(“前理解”)。“前理解”使文本的内容得到进一步的充实。前理解的局

限性反倒成为理解法规范的架构。不承认法的规范每时每刻都在发生以人的意志为转移的变化,是对科学的认知原理的简单否定;而承认变化的人,未必意味着对历史性解释的抛弃。因此,伽达默尔认为,前理解是一种广泛的必要的知识积淀,而非针对某个具体构成要件的“预设前提”。照此观点可推演出:法观念的正确与否取决于人类对其的历史认知。伽达默尔的“理解”使康德的理性批判进入文化演进的历史。文化相对主义论者认为:不同法文化之间的沟通,因不同的生活方式和语言习惯,十分不易。因为每一种生活方式都由一种独特的理性所致,而一种理性难以用另一种理性来理解。因此,两种不同的法文化无法放置于同一层面上加以对比。西方的法文化学者因此往往以自身法文化的价值尺度去考量他种法文化,以偏概全。

用经验分析的方法,对传统法文化中的个案进行审视,即从哲学方法到社会学方法的转型,显示了“批判”的价值取向的更新。<sup>[16]</sup>中国国内的文化热也曾推动了“炒冷饭”的浪潮,如胡兰成的多部作品在大陆正式出版即是一例。作为伪满时期的法制局长,胡兰成坚持消极、保守的文化相对主义。其作品中对传统法文化并无批判性的反思。<sup>[17]</sup>但是,文化相对论者对文化沙文主义的批判,并未使问题得到解决。伽达默尔认为,只有认清自己的文化,才有可能了解别文化,或者只有理解文化在自身传统中的意义,才能认识文化在他种传统中的意义。这样,两种文化之间实际上进行了沟通。理解也是一种创造:既形成了各种文化的对话,也丰富了文化自身的内涵。

综上,“批判”的概念经过不断演变,其准确内容难于把握,但至少当有“狭义”与“广义”之分。狭义的批判仅指对研究对象赋予消极的价值判断,如马克思对资本主义的批判,以及新马克思主义者对西方后工业社会的批判;广义的批判不仅指对研究对象进行

正反两方面的评估,同时还指对其所作的“中性”界定,如韦伯对“工具理性”的批判,以及波普对“归纳推理”的批判。今天,“批判”往往在“广义”上使用。因此,笔者认为理解实际上也是一种批判,至少是批判所不可或缺的基础。美国一位当代哲人曾说过:“理解黑格尔比批判他更难”。这话堪称至理名言。仔细想来,岂止是黑格尔哲学,作为法文化重要组成部分的整个法哲学,以及法文化本身,何尝不是如此?因此,准确界定批判对象——法文化本身,成为认识法文化异同所必不可少的第一步。

### 三、关于批判的对象

东西法文化同是人类历史的产物,本谈不上孰优孰劣、孰是孰非,正所谓“江山相形,不相让”。不过,在文明进程中各种文化可能处于不同的历史发展阶段。无论是所谓的“母性文化”还是所谓的“父性文化”都并非封闭的。所以,难免发生交流、交融甚至一定程度的同化。当然其方式并不一定是社会达尔文主义所认同的方式。至于文明是否就等于现代化,而现代化又是否等于西化,也就是说,是不是以欧美模式为唯一标准,这一点迟早会达成人类的共识。但这只是问题的一个方面。中国文化博大精深,包容性极强,和域外文化的交流由来已久。如果说佛教文化是经过一番斗争,最后才以大乘佛学的形式被接纳的话,基督教文化除了马可波罗、利玛窦和汤若望等一批文化使者的历史作用外,更是在近代用枪炮打进来的。无论如何,中国文化已经与西方文化进行了自愿的或被迫的交流,也就是说传统和现代的中国法文化,已经具有某些西化成分。即使是马克思主义法律观,任何人也不能否认它是一种西方法文化。廓清今天的中国和西方法文化,本身就是一件极其困难的事情。

关于法文化一词本身,因观察的角度不同,可赋予其各种特殊



的定义。从深层看,宗教与法哲学已成了法文化的精髓部分。而法文化的基本形态则是国家制度的构建。这样,关于法文化概念问题论争的焦点,就投射到了个人与社会之间的关系,即主体意识形成及其与国家制度建构的关系问题上了。究竟人是行为的目的,还是权力的工具,个体与群体的价值孰高孰低,能否调和?个人在这一制度架构中,怎样认识自我?个人与他人、群体中的每一分子之间的基本关系如何?国家制度怎样运作?对这些问题的不同回答,似乎形成了中西法文化的基本分野。然而问题并未就此为止。极端的自私自利与“我为人人,人人为我”两种现象在中西文化中,都绝非稀有。在西方,人不论是希腊哲学意义上的“政治动物”,还是耶稣基督意义上的“宗教动物”,都是“社会动物”。古希腊哲学家柏拉图和亚里士多德在其关于上帝与人的学说中,都十分强调个人对社会的责任,以及个体与群体的辩证关系,并认为,人对神虔诚与否,必须经受为同类服务检验。从宗教意义上说,所谓“原罪”只有通过对他人行善,才能最终被赦免和救赎。不论欧洲的基督教文化还是古希腊文化都将个体定位在“你我”式的人际关系中,也即是启蒙时代康德的“绝对命令式”:个人能享有的仅仅是一种有规范的自由——理性的自由。换句话说,个人有自由,同时也有义务,在上帝面前对其错误言行负责。宗教改革和启蒙运动导致个人主义观念的产生,虽有一定的必然性,但并非西方改革者与启蒙者的初衷,工业革命时期出现的社会主义思想则是对个人主义的否定之否定。而那个时代的文化思潮也同样经历了理性——非理性——感情理性这样一个正反合的过程。今天的西方法文化,尊重个人的价值与权利,同时并不否认“公益”原则上高于个人利益,但不像东方强调个人、集体和国家利益的一致性,以取得协调,而是将个体与社会摆在一种“紧张关系”中,以达到平衡。就这一点而言,东西方法文化有某种殊途同归的味道。西方