



品读与闲思

PERUSAL AND COGITATION AT LEISURE

伊卫风 编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

◇本书出版得到华南理工大学法学学科基金资助◇

品读与闲思

PERUSAL AND COGITATION AT LEISURE

伊卫风 编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

品读与闲思 / 伊卫风编. —北京:法律出版社,
2007. 12

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7982 - 7

I. 品… II. 伊… III. ①读书笔记—中国—现代②随笔—
作品集—中国—现代③散文—作品集—中国—现代
IV. G792 I267

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 183429 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/永恒印刷有限公司

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/A5
版本/2007 年 12 月第 1 版

印张/8.75 字数/225 千
印次/2007 年 12 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 - 63939738

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 - 7982 - 7 定价:20.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

记得雅斯贝尔斯(Karl Jaspers)在20世纪30年代就已经诊断出了现代社会的根本问题,即现代人都变成了一个现世主义者,除了自身之外,他们不会,也不想思考任何多余的东西。思考任何深刻的东西对一个现世主义者来说都是个极大的讽刺。第二次世界大战的发生似乎已经让这样的态度达到了极致。然而在1962年,美国历史学家霍夫斯塔德(Richard Hofstadter)的《美国生活中的反智主义》却重新提出了这个问题,并且试图去解决它。在他看来,我们应该区分这样两种人,“靠思想而活着的人”和“为思想而活着的人”。他认为前者只是运用自己所掌握的知识谋生,是脑力劳动者;而后者,也就是那些为了知识而活着的人才可以称得上是知识分子,只有他们才能引导整个社会的前进。然而我们也要清楚地认识到,有了这样的人并非就可以一劳永逸的解决问题,因为每一个时代都需要这些“为思想而活着的人”,否则我们的时代就会缺乏灵魂,就会出现“时代的精神危机”。那么如何能够不断地造就这样的知识分子?在现代社会,向孔丘一样设帐授徒的时代一去不返,雅典的学园也完全绝迹,大学教育就成了唯一的途径,因为这里才会给那些“为了思想的人”留下思考的空间。有了这些人,大学就有了灵魂和气质。同时这种灵魂和气质感化了一代又一代的年轻学子,使得他们忘却了繁华世界而一心向学。《论语·雍也》中孔子这样赞扬他的学生颜回,“一簞食,一瓢饮,在陋巷。人不堪其忧,回也不改其乐。贤哉!回也。”

在这个小岛上,在我们华南理工大学法学院里有着诸多的“后颜回”青年,他们没有什么豪言壮语,完全沉浸在先贤的思想当中,读书思考成了他们最大的快乐。我相信,在不久的将来,我们的“后颜回”青年们一定会传承这个阅读的传统,而这里也就真正的成为了我们的“精神家园”。

御 风

丁亥孟秋于岭南番禺

目 录



一个历久不衰的话题 ——读《实践理性批判》	陈征楠 / 3
实践理性语境下的道德语义流变 ——读《法与实践理性》	朱志昊 / 25
说理的法律 ——读《法与实践理性》	伊卫风 / 39
坏人、道德和历史的启示 ——《法律的道路及其影响》读后	廖宏军 蔡 祺 / 50
明朝的“迷途”却不知“返” ——读黄仁宇《万历十五年》	李 钊 / 58
乡土情节 ——读《乡土中国》有感	朱英俊 / 62
以中国文化为本位来研究立法 ——评《说法 活法 立法》	史晓霞 / 67
侠客的正义	御 风 / 72

读

- 德国古典传统与另一种自由主义
——读《德国的历史观》 陈征楠 / 79
- 封建父权维系千年的原因探微
——读瞿同祖《中国法律与中国社会》的断想 丘云卿 / 85
- 论自然
——读《自然权利与历史》 刘 林 / 93
- 捍卫法律的理性根据地
——读葛洪义《法律与理性》 叶竹盛 / 99
- 超越呆板教义,探寻深邃思想
——读《刑法的启蒙》 梁 栋 / 113
- 传统法律经济理论与法律和市场经济理论
——罗宾·保罗·马洛伊《法律与市场经济》
读后 吴雁娜 / 119
- 论马克思市民社会思想对我国市民社会建立的影响
——读《黑格尔法哲学批判》 胡倚墨 / 126
- 现代性危机及其出路兼论语境冲突下的中国现代性问题
——读葛洪义《法律与理性》 朱志昊 / 133

阅

- 英雄崇拜何亦可能?
——读《英雄与英雄崇拜》 御 风 / 149

从普遍人性看法律的局限性 ——观《七宗罪》	孙娟娟 / 153
中西之争与他者视角	朱志昊 / 157
推开法学之门	刘小标 / 161
谨慎的行使权力 ——观《杀死一只知更鸟》	张静怡 / 166
中国的公民社会何以可能?	王蜜蜜 / 170
法学教育与法律职业 ——读《法学院》	叶竹盛 / 173
法律视角下的《肖申克的救赎》	陈 伟 / 179
民族自信与变法	御 风 / 183

思

作为精神的现代性 ——哈贝马斯《现代性的哲学话语》第一至三章读书笔记	朱志昊 / 189
原罪随想	夏 苗 / 198
正义应该如何实现 ——从《越狱》看正义实现之路	崔志仁 / 202
“钉子户”的“钉子”精神与权利意识	郭旺生 / 209
筑就我们的“现代”中国 ——读葛洪义《探索与对话：法理学导论》	朱志昊 / 215
罪与罚的思考	焦守林 / 225

议中国传统法律文化的“人本主义”哲学基础

——读《中国法律传统的基本精神》 杨 丽 / 234

也谈“贪腐案件应否废除死刑” 张洪亮 / 241

除了规则,法律还有什么?

——再读哈特之《法律的概念》 王长进 / 245

刑法底蕴之追问 叶志权 / 250

格老秀斯国际法思想的几个突出特点 王文文 / 255

寻求本真状态下的共在

——读《论自由》 吴茂树 / 262

也谈中国的“文艺复兴” 御 风 / 268

后记 / 272



评论，衡量也

晓其大纲，品之卓逸，则众理可贯

陈征楠*

一个历久不衰的话题

——读《实践理性批判》

一、历史背景简介

在17世纪和18世纪的欧洲,人的现代理性精神和科学激情伴随着启蒙运动的兴起和法国革命的爆发,空前高涨,导致他们从虔诚的教徒变成了要用经验分析把握社会、世界乃至宇宙和人类自身规律的工程师。在自然科学领域,各种技术发展速度极快,人们打破了种种自然现象的神话。自然科学成就的影响力波及宗教、哲学领域,使人们在方法论上日益臻于手段,而对目的本身的意义却越来越缺少思考,世界被忙碌于掌握技术性因果联系的现代人变成了一部机器。法国大革命是第一次力图按照理性的原则重建生活的革命,一切由理性发现为人类社会之莠草的东西都要被无情地铲除,付之一炬。技术和机器成为群众生活的决定因素,强有力的官僚机器几乎把生活的各个领域制度化。在这一过程中,尼采和克尔凯郭尔较早看到了如此发展的西方世界将会有一个虚无主义的未来,一个对目的毫无意义感悟的未来,但遗憾的是他们的声音没能被当时的人们听懂。雅斯贝尔斯曾说,人们企图知道只有

* 陈征楠,华南理工大学法学院法学理论专业2006级硕士研究生。

上帝才能知道的东西将结束人在时间中的存在。这也许是一种过于悲观的说法,但是,法国革命以及理性的过分高扬所导致的虚无主义却是有目共睹的。时代意识被推进到了一个全新的阶段。在这个新阶段中,人们运用着先进的技术和机器改造社会环境、生活条件,现代人的物质生活日趋完备,但歌德的声音不时在现代人的耳边回响:“人类将变得更加聪明,更加机灵,但是并不变得更好、更幸福和更强壮有力。我预见会有这样一天,上帝不再喜爱他的造物,他将不得不再次毁掉这个世界,让一切从头开始。”^{〔1〕}达到各种目的的手段日渐精致,而对目的本身的意义则一脸茫然,这就是像钟摆一样在纵欲与虚无之间摇摆的现代人。

众所周知,启蒙运动以前,神学自然法理论被认为是很有说服力的。它借助宗教信仰有力地维持着社会的秩序,几乎不费什么精力就能实现法律内在于人心的强有力的正当性(legitimacy)^{〔2〕}建构。同样众所周知的是,启蒙运动以后,人们把上帝“解雇”了,现代科学激情和工具理性也把稳妥运作几百年的神学自然法“解雇”了。除魅被进行到底了,彼岸世界消逝了(或许是人们自己关闭了本该对它开放的视角),人们不再相信“神”的存在。这一现象对社会制度的稳定性产生了巨大的影响,此岸世界中各种制度、规范和秩序的正当性论证的超越资源被中断了,规范正当性的神证论不得不变成了人论证。用韦伯的话来说,就是传统型政治权威的正当性基础随着社会制度的价值内涵的流失而被剧烈地撼动了;用通俗易懂的话来说,就是社会及政治权力的拥有者不再能用“神”来使人们树立对规范正当性的确信,严重的正当性危机由此产生。法律这一类重要规范自然不能于此难中幸免,它的尊严被大打折扣。没有尊严的法律也就丧失了内在化的途径,无法生成健全的法律文化,只有靠赤裸裸的垄断暴力来维持最起码的秩序,而这种维持的脆弱性是稍有人文社科常识的人都可以想象得到的。马

〔1〕 转引自〔德〕卡尔·雅斯贝尔斯:《时代的精神状况》,王德峰译,上海译文出版社2003年版,第10页。

〔2〕 对应于德文单词 *legitimität*,亦有译为正统性、合法性。

克思有名言曰:宗教是人民的鸦片。一位神学家也曾指出:“恶只有在获得宗教的认可时才赢得它的全部权利;人们称之为宗教的东西所扮演的基本角色就是将这一认可给予世界和地狱。从这种意义上讲,宗教是世界鸦片。”〔3〕这亦从反面说明了政治权力、法律权威的正当性对于信仰的依赖。可以用一个对比来形象地阐明这个问题。单靠运用暴力来维持秩序的法律就像一位只会动巴掌的而不会讲出让孩子信服的道理的父亲,这样的法律秩序和父辈权威的脆弱性,可想而知。所以,为了避免人类社会向人为敌的原始状态退化,社会制度的正当性论证资源的亏空必须及时填补,社会规范尤其是法律,必须重新得到现代人的尊重和信仰,它的正当性基础在一片被合理性思维造成的意义废墟上,亟待重建。

不论人们愿意与否,神学自然法的论证方式都不再有说服力了。伴随着神学自然法论证有效性的丧失,西方思想界出现了四种不同的论证法律正当性的学派,分别是古典自然法(唯理论自然法学)学派,康德学派、法律实证主义学派和真理和正义的程序理论(以罗尔斯和哈贝马斯的理论为主要代表)。以下试分别评介前二者的论证思路。

二、古典自然法学论证理路的经验及逻辑问题

古典自然法学派是在启蒙运动摧毁了神学自然法理论后在西方兴起的一个自然法学派,古典自然法学派与神学自然法的区别体现在:它不再以“神意”作为法律正当性的来源,而是以“人性”为法律的价值基础,把寻找价值判断正当性来源的视角从彼岸转移到了此岸。所以,亦可把这种自然法理论称作现世自然法、近代自然法。法哲学挣脱了神学,自然法也随之世俗化了。这个学派的代表学者有胡果·格老秀斯、斯宾诺莎和 S. 普芬道夫等启蒙思想家。近代自然法学顺应了理性高

〔3〕〔瑞士〕L. 拉加茨:《上帝国的信息》,朱雁冰译,华夏出版社 2006 年版,第 6 页。

扬的启蒙时代精神,以唯理论法哲学作为自己的基础,认为理性能够发现全人类共同拥有的“人性”从而能够制定出万古不易、放之四海皆准且甚至有个案裁判能力的成文自然法。启蒙思想家普遍认为是人的理性而不是神的意志赋予了人以自然律法。不存在所谓的逻各斯和阿奎那所指的永恒法,人完全是受自身的认识能力引导的。不再是权威和传统决定什么是“正确的法”,而是人无边无际的世俗理性为法寻找正当性来源。颇为有趣的是,从胡果·格老秀斯到克里斯蒂安·沃尔夫的唯理论时代的自然法学者,都是虔诚的基督徒,而他们却未像他们的前辈那样把自然法建立在信仰之上。格老秀斯有名言曰:我们必须以似乎造物主不存在的态度去论证自然法。如启蒙思想家的愿,人们渐渐相信不存在什么上帝,法失去了一直作为其前提的宗教基点,在所谓的“普遍之人性”的观点指导下,有的民族和国家甚至制定了成文的自然法典并欲其产生普适的效力。那么,抛弃了信仰基础,把法的正当性基础建立在所谓“普遍人性”之基础上,这个方案可行吗?笔者个人以为答案是否定的,理由如下。

唯理论自然法存在一个不可或缺的论证前提,即普遍的人性是可以认识的。笔者个人认为这个前提并不成立。激进的非理性哲学认为理性没有价值并非中肯,但这个思想流派告诫不要低估人和生命的复杂性,仍是很有警醒作用的。即使理性是人的一种主要思维形式,它也不是人的全部。行为的合理性成分的多少往往因人而异,有些人的行为合理成分多,有些人则习惯于在大多数情况下按照情绪化的方式说话做事。必须承认,人的行为和思想很大一部分是不能用理性解释的。人根本就不能用一个固定的解释模式去说明。陀思妥耶夫斯基指出,人的心中有三类事情,第一类事情可以对任何人讲,第二类事情只能对知心朋友说,第三类事情连对自己他都不敢说。尼采也曾说过,人和任何动物相比都更具有不确定性。生命哲学对人与生命的不确定性说明得更加系统。西美尔指出:“如果人们企图形成一个详尽无遗的概念上

的(生命)定义,那么,生命的本性就会被否认。”〔4〕狄尔泰亦指出:“根据生命本身的法则,我们所观察到的每一个生命瞬间,都是我们注意力所固定下来的记忆的瞬间,而不再是时间之流或生命之流本身,思想对它是不可可能直接穿透的。”〔5〕以上思想家共同的贡献皆在于指出了人的复杂性和不可通约性。举了例子就可以更加清楚地看到这点。启蒙时代英法思想家和政治哲学家大多认为有普遍的并且可以用理性加以认识的人性存在,他们有一个共同的观点,那就是国家、民族是为个人的幸福、自由服务的工具,而同时代的德国思想家则大多认为个人是为民族服务的,个人只有在民族强盛中才能真正得到自由、幸福与尊严。两种观点一种是个人的主义、普遍主义的,另一种是民族主义的、历史主义的,不存在可通约性,试图发现一种英、法、德三民族共有的人性也就是成问题的了。如果把眼光放到一个足够长的年代区间内,就会发现,常被有自然法倾向的学者谈起的“伦理最小值”在两个年代、地域相差极远的民族之间也似乎并不存在。所以,唯理论自然法学者在普遍人性的基础上论证自然法正当性的理路在经验上是站不住脚的。

以上是唯理论自然法论证思路在经验上不成立的理由,下面进一步指出其在逻辑上的错误。要指出纯粹逻辑上的问题,那么就要在经验上作出让步。首先必须假设唯理论自然法所谓的“普遍人性”存在并且可以认识,以便指出论证思路本身存在的问题。只有当人们依据“自然”并且以某种方式把它当作给出规范的权威时,才有专门的自然法的论证。那么唯理论自然法学者所指的“自然”指什么?这是指普遍的人性,而且这种普遍人性是“实然”意义上的“人性”,就像考夫曼指出的:“在发现正确的法时,人们(唯理论自然法学者)在方法上完全

〔4〕〔德〕G. 西美尔:《现代人与宗教》,曹卫东译,中国人民大学出版社2003年版,第43页。

〔5〕谢地坤:“狄尔泰与现代解释学”,载 <http://philosophy.cass.cn/zhexueluntan/05-06wen/010.htm> (中国社会科学院哲学所)。

是按规定先去探寻人的‘本性’，当然是经验的，而不是道德的本性！”〔6〕也就是说，唯理论自然法的论证思路是仅仅从人和世界的自然特性中导出规范的正当性和约束力。这种论证思路在“休谟问题”〔7〕面前是站不住脚的。经验的事实只能具有一种事实的意义，而不具有规范的意义，它是一种存在而不是一种应在，凡是想从它那里得出超实证的法的约束力的学者，实际上是在走向“从‘是’到‘应是’”的错误结论。分析亚里士多德传统的启蒙学者克里斯蒂安·沃尔夫的理论就能明显地看到这种错误的论证特点。沃尔夫以亚里士多德的名言：“人在本性上是政治动物”为基础论证公民参政议政权利的正当性，但是亚里士多德并未说：“人应当有参政议政的权利”，而意思只是说：“人活在政治中并有参政议政权会更好”，所以上述沃尔夫的论证思路要想成立就必须以另一个规范预设为前提，那就是：所有有助于公民生活更好的法律都是正当的。而此预设又是以另一个更高级的规范预设为前提：所有有助于公民生活更好的行为和判断都是正当的。当沃尔夫把此预设摆出来时候，若是有人问：“为什么行为与判断的正当性取决于其是否能促使公民生活得更好？”，那么沃尔夫必须找到一个更高级的规范来说服提问者，这样下去，显而易见的是，沃尔夫将陷入无限倒退；若是有人问：“那么什么样的生活对公民来说才是好的？”，面对此问题，沃尔夫就会很自然地说：“按亚里士多德的意思，使公民充分、平等地参与政治其生活就会好起来。”很明显，这样他就又犯了一个循环论证的错误；沃尔夫若是被上述两个提问者追问得窘迫以致不耐烦地拒绝回答问题，他就会被指责为武断地终止论证。为什么沃尔夫会陷入这个三重困境？因为他尽管引用

〔6〕〔德〕A. 考夫曼、W. 哈斯默尔主编：《当代法哲学与法律理论导论》，郑永流译，法律出版社2002年版，第79页。

〔7〕“休谟问题”大致是指，单纯从“是”不能推导出“应是”，亦被称“应是的错误”。“休谟”问题的提出动摇了西方“知识就是美德”的思维传统，所以也有学者将其称为“英伦化颠覆”以表示其对西方思想传统的巨大影响。