



葛洪义 著

法 与 实 践 理 性

中国政法大学出版社

D9c
G38a1

法与实践理性

葛洪义 著



A1055387

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法与实践理性/葛洪义著. —北京:中国政法大学出版社,2002.6

ISBN 7-5620-0931-7

I. 法... II. 葛... III. 法哲学 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 044897 号

书 名 法与实践理性
出 版 人 李传敢
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 清华大学印刷厂
开 本 850×1168mm 1/32
印 张 9
字 数 200千字
版 本 2002年7月第1版 2002年7月第1次印刷
印 数 0 001—3 000
书 号 ISBN 7-5620-0931-7/D·881
定 价 20.00元

社 址 北京市海淀区西土城路25号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。



序 言

这本小册子是我的博士论文，其目的如同标题所示，是为了推进对法与实践理性关系的理解。不过，尽管文章试图表达的是理性化的追求，但是，文章的产生和完成却充满了偶然性和变异。

首先，我能够做博士论文，是抓住了一个非常偶然的机。大约在 2000 年春季，在中国社会科学院法学研究所召开的一次学术研讨会的茶歇时间，韩延龙教授从徐显明教授处了解到我只有法学硕士学位，而且也有继续完成博士学位的愿望。韩老师就与李步云老师一起，热情地鼓励我申请法学博士学位。这对我当然是求之不得的事情。我立刻先后与法学研究所领导夏勇、信春鹰教授沟通，又得到了他们的大力支持。这样，在经过规定程序之后，就有了我这个博士研究生和这篇博士论文。我一直在想，如果不是这次会议，如果没有显明教授的推荐，如果不是老师和朋友们的

II 序言

热情鼓励、帮助和支持，或许，法学博士的队伍里是不会有我的，当然也就不会有这篇博士论文了。

其次，选择“法与实践理性”作为博士论文研究方向同样也是非常偶然的。事实上，我对理性一直比较偏爱。碰巧，20世纪90年代的中后期，后现代法学思潮在我国传播开来。我本能地对其中的非理性倾向抱有抵触情绪，进而开始研究法律与理性的关系。不过，我的研究最终却使我对传统的理性思维产生了疑问。我发现，我们处在一个语言哲学的时代，而我自己的思想方法却还停留在古老的未经批判的本体论时期。在完成《法律与理性——法的现代性问题解读》一书的过程中，我开始考虑如何能够提供一个足以支持现代法律的理性概念。又碰巧，在王晨光教授的帮助下，1999年我有机会在香港城市大学做高级研究员。在书店，恰好购到一本台湾大学颜厥安先生写的比较德国化的《法与实践理性》，给我很大启发。即使如此，2000年选择博士论文方向时，我还拿不定主意，因为我知道这个问题确实比较难啃。还是巧合，在我提出的几个选题中，李步云老师偏偏对这个问题非常感兴趣。这样，就有了呈现在读者面前的这本小册子。

这篇论文要表达的就是偶然与必然的关系。我们的生活中充满了偶然和变数，但是机会却总是属于那些能够把握住机会的人。如果不是我一直对理性感兴趣，如果不是我多年一直希望寻找一个合适地获得博士学位的机会，我想，我既不会成为博士，也不会写成这篇博士论文。

在法律领域，我既不认为法律是纯粹的认识活动的产物，也不认为它是盲目的自发行为的结果，而是源于人的实践理性。各个国家、各个民族的法律制度是极其多样化的，它们可能产生于各种纯粹的偶然因素和条件，就象从英国偶然创立的皇家法院的审判活动中“碰巧”发展出普通法一样，每一个国家的法律制度都是产生于具体的特定的历史条件。但是，被称为法律的东西都有一定的共同之处和相似性。忽视多样性、偶然性是无视现实经验，但是否定普遍性、必然性同样也是无视现实。人的社会实践是具体的，实践总是与特定的局部的经验背景相联系，但是，实践又不是盲目的，而是在实践者的反思中进行的。在一个多元化的时代，法律的普遍性就是通过各个具体的被局部经验背景控制的法律职业者的普遍理性能力建构起来的。毕竟，人的法律生活环境决定了人不是孤

IV 序 言

立存在的，而是社会交往的产物；交往是以普遍的交往共识为前提的，把握、创造这种共识及其形成条件，又是法律实践的必要前提。所以，在我看来，法律既是实践的，又是理性的，概括地说，就是实践理性的产物。

在论文的导言和结束语部分，我曾经详细介绍了本文的形成过程和思想背景，有兴趣的读者可将其理解为序言的有机构成部分。再次感谢所有参与我的论文的指导、审读、评阅、答辩等活动的专家学者以及论文中所引证的资料的作者，他们不仅为我的论文写作提供了宝贵的意见、素材或基础理论，而且，他们还给予了我极大的难以用语言恰当表达的精神支持。最后，感谢中国政法大学出版社及其社长李传敢先生。他们在学术著作出版方面持久的热情是这个册子能够与读者见面的重要条件。

葛洪义

2002年4月16日

于古城西安



内 容 摘 要

本文建立在三个相互联系的基本观点之上：（1）法律是理性的产物。这主要针对非理性主义的法律观。（2）法律是实践的产物。这主要针对把法律作为纯粹的科学认识的产物的观点或者说针对传统的理性法律观。（3）法律是实践理性的产物。这是对前两个观点的综合，同时也主要是针对把法律理解为纯粹的实践经验的观点。通过对这三个基本观点的讨论，本文试图最终说明：法律与理性的关系，最终需要通过建构法律与实践理性的关系予以把握。法律既不是纯粹的理论理性，又不是单纯的实践经验，而是实践理性的对象和产物。从实践理性角度，人们可以建构一个合理性的正当的法律的话语机制。

本文全文包括导言、正文、结束语三个部分，其中正文又是由“法与理性”、“法与实践理性”、“法律实践中的理性”三个部分组成。

导言部分试图说明，法律的权威与话语的权威是一致的。法律最主要的特征不是强制性，而是说理性，

II 内容摘要

暴力强制的必要性根植于法律的说理性之中。法律的说理性要求建立话语的权威，而话语的权威则又是与民主制度相关联的。在民主制度中，话语才能够建立自己的权威。不过，由于票数与真理并不是一回事情，所以，法律的权威同时又需要依靠理性，需要建立在理性话语的基础上。因此，法律的权威既依靠民主，又依靠理性，根本上取决于理性。社会之所以需要法律，就在于人需要运用法律建立一个社会生活中的理性的说理机制。而法律的说理性程度同时决定了特定社会的文明程度。法律哲学的根本任务就是提高人们的理性思维能力，使人们的法律话语更具有说服力，并使人们有能力批判和揭露各种虚假的法律陈述。讨论法与实践理性的关系，目的也在于此。

正文则着重讨论如何建立一个真正有效的法律的说理机制，从而推动法律的合法性、正当性问题的论证。其中的三个部分在内容上是递进的：“法与理性”部分主要是为了阐明说理必须依赖理性；“法与实践理性”部分主要是为了阐明：法律的说理性是建立在对法律的正当性的讨论基础上的，所以，法律话语依赖的是实践话语和实践理性，而非一般意义上的理性；“法律实践中的理性”部分主要是为了进一步说明法律实践中的实践理性的特殊性问题。正文的三个部分的主要内容可概述如下：

第一部分强调说明，说理活动依赖人的理性，法

律的说理性建立在人所具有的理性本质的基础上。理性是人与动物相区别的一种机能和能力，意味着人对外界及自身具有一定的认识和控制能力。法律与理性存在密切的内在联系，首先，法律的本体论存在这个法律的根本问题是通过理性话语才被纳入人们的研究视野的；其次，法律本身的合法性是通过理性话语被论证的。从历史上看，建构法律的理性话语，目的就是说明法律所具有的一种客观的内在联系，进而依据法律所依托的普遍原则阐明法律自身的合法性、正当性；再次，各种法律理论、法律话语的分歧都是以理性概念的分歧为思想背景的。所以，可以说，“法律是理性的产物”。这个命题包括两个方面的内容：一方面，法律是人的有意识活动的产物，人具有揭示、认识法律现象的能力；另一方面，法律现象也包含着可以被人类所把握的理性结构。基于此，理性法律观通常包括两个基本特征：第一，坚信法律存在一种形式主义的逻辑结构，即法律是一个规则的体系，规则之间存在一种合法的等级关系。传统的理性法律观认为：规则的合法性要么来自于外在于人的客观实体（自然法的观点），要么依赖于人凭借自己的理性能力建构起来的更高等级的规则（法律实证主义的观点）。这两个观点虽然存在一些问题，但是这个思路是值得肯定的；第二，坚信人们可以通过自己的逻辑思维能力和形式逻辑，建构一个正当的社会秩序。这个逻辑思维的形

IV 内容摘要

式同样是值得肯定的。

第二部分通过对实践理性的含义以及历史上有关法与实践理性关系学说的讨论，强调说明，围绕法律的说理活动，关键在于说明、论证法律的正当性。法律的目的是实践，实践是一个与理论相对应的概念，指人的基于自由选择的行为，理论则是指纯粹的认识活动，即为认识而认识，为学术而学术。所以，法律的目的就是为人的正当行为确定一个标准。实践理性则是指人所具有的选择正当行为的机能和能力。研究法律与实践理性的关系，也就在于阐明法律实践者如何能够把自己的理性运用于正当行为的选择过程之中。行为的正当与否，主要是一个伦理学问题，法学和伦理学存在密切关系，都是属于规范科学。以往，人们认为，正当的行为来自于人的把握外部客观自然界的知识能力。所以，道德与知识形成一个联盟。但是，随着认识的提高，人们发现，规范科学与经验科学根本不同，经验科学在于说明对象的真实性，规范科学在于说明对象的正当性。法学所揭示的法律的正当性不在于法律之外的客观实体，而在于法律实践者的社会交往活动的客观性，即主体相互之间关系中形成的客观性。而对这种客观性的把握，根本上不能依赖自然科学方法。所以，把法律理解为实践理性，必要要求人们把法律与道德联结考察，同时拒绝在法学研究中滥用自然科学方法。

第三部分主要讨论法律实践中的实践理性，强调一方面人们需要把法律与道德联系起来，从而确定法律的正当性根据；另一方面，人们又不能用道德代替法律。法律实证主义反对用道德代替法律，应该借鉴这个法律实证主义的观点，坚持形式主义法律观的基本信条，即严格依法办事。但是，由于法律本身并不是象法律实证主义所主张的那样完美无缺，所以，又需要借鉴法律经验主义的观点，从经验角度观察法律现象。法律经验主义的缺陷在于仅仅把法律看成杂乱无章的经验现象，而忽视法律实践中的经验是被理性组织起来的经验现实，从而过于强调“经验”而忽视“理性”。所以，研究法律实践中的实践理性，就是要分别借鉴自然法理论、法律实证主义、法律经验主义的学术资源，同时，牢牢把握住实践理性这个环节，运用法律解释学、语言学和法律论证理论的相关知识，建构一个实践法学的思维方式。这个思维方式的基本特点在于：在法律的实践推理环节强调以法律规则和法律原则为推理的大前提，承认形式逻辑在法律推理中的主导作用；同时也不回避法律规则的开放性，但并不因此而否认法律的确定性和客观性；认为由于法律实践中广泛的交流与充分的对话必然以交流语言的客观性为基础，故，规则的开放性和原则的模糊性并不必然导致价值虚无和价值相对主义的结论。进而说明，法律实践只要严格地遵循实践理性的基本原则，

VI 内容摘要

就可以通过建立一个理想的法律话语交流机制和程序，最终解决法律的程序和实质两个方面的正当性问题。换句话说，实践法学就是要在现代科学发展的背景下，重建法律的伦理价值基础。

结束语则主要回顾了本文论题的产生过程。从中可以看到，对于作者来说，“法与实践理性”作为一个理论问题是如何形成的。它对了解作者的基本观点或许可以有所帮助。

[关键词] 理性 正当性 实践理性 法律 话语



ABSTRACT

This dissertation is based on three basic positions, each of which is correlated. The first one is that law is the product of reason. The second is that law comes from practice. The third one is that law is the product of the practical reason. It aims at working out that there is an internal relationship between law and practical reason. Law comes from practical reason and is also one of the compositions of the practical reason. We can construct a reasonable, justifiable speech mechanism of law according to it.

The dissertation consists of three parts: introduction, text and conclusion. Part A is law and reason. Part B is law and practical reason. Part C is the reason in the practice of law.

The introduction part tries to illustrate a theory that the authority of law accords with that of the speech. The most important feature of law is not its enforcement, but its argumentation. The authority of speech is connected with democracy.

VIII 内容摘要

Only in democracy can the authority of the speech be established. Whereas, the authority of law should be also built on rational speech. The reason why we need law is that we should construct a rational, arguing mechanism in our social life by means of law. The degree of our social civilization depends on that of the argumentation of law. The ultimate purpose of legal philosophy is to enhance people's ability of rational thought, make our legal speech more convincing and furnish us with an ability to criticize and reveal all kinds of false law statements.

In part A, the author emphasizes that the arguing activities depend on people's reason and the legal argumentation is built on the nature of people's reason. There is a coherent link between law and reason. It is to say law is the product of the reason. The proposition contains two parts. On one hand, law is result of people's intentional activities. People have the power to disclose and understand legal phenomena. On the other hand, legal phenomena include the reasoning structures, which can be apprehended by people. From what we talk above, we can draw a conclusion that traditional legal value of reason has two elementary characters: first, it firmly believes that a logical formal structure lies in the law, that is, law is a system of rules. Each rule has its hierarchical level in the system. Whether the rule is legitimate lies in either objec-

tive entities out of the people (according to the natural law school), or the rules in a higher rank which are formulated through people's reasoning ability (according to the legal positivism). Secondly, people can construct a justifiable social order through their logical thinking abilities and formal logic.

In part B, the author tries to prove that the key point of the legal reasoning is to illustrate and argue the justification of law. The purpose of law is to lay down a criterion for justifiable actions. Practical reason refers to people's faculty and ability to choose justifiable actions. Probing into the relationship between law and the practical reason is the same as illustrating how legal practitioners apply their reason to the procedure of choosing justifiable actions. Whether an action is justifiable is mainly an ethic problem. Both law and ethic belong to normal science. The basic difference between normal science and empirical science is that the main purpose of empirical science is to explain the reality of the object, while that of normal science is to explain object's justification. Legal justification enclosed by law science doesn't lie in objective entities out of the law, but in the objectivity of the legal practitioners' social relations, that is, the inter-subjective objectivity. However, we couldn't comprehend the objectivity through methods of natural science. Since law is regarded as a

X 内容摘要

practical reason, we must investigate the relationship between law and morality, and not to abuse the methods of natural science in the study of law.

In part C, it mainly discusses the practical reason in the legal practice. It emphasizes that on the one hand law and morality should be connected with in order to verify the basis of the legal justification. On the other hand, law cannot be replaced with morality. The significance of studying the practical reason in the legal practice is that we should strictly grasp the practical rationality, make good use of the knowledge connected with legal hermeneutics, linguistics and the theory of legal argumentation and construct a thinking mode of the practical law. The basic character of the thinking mode is that in legal practical reasoning, we should consider both the legal rules and legal principles as a reasoning presupposition and acknowledge the dominant function of normal logic in the legal reasoning. We shouldn't evade the opening of legal rules, but at the same time, we should believe the certainty and objectivity of the law. We believe that the opening of the rules and the ambiguity of principles do not actually result in value - nihility or value - relativity, because the communications in legal practice are based on the objectivity of the language. The goal of the practical law is to rebuild the basis of ethic value of law on the ground of the modern science.