

中国政法大学出版社

法与实践理性

颜厥安 著



中国政法大学出版社

法与实践理性

颜厥安
著

图书在版编目(CIP)数据

法与实践理性/颜厥安著. —北京: 中国政法大学出版社, 2003. 3

ISBN 7-5620-0981-3

I. 法... II. 颜... III. 法理学—研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 021178 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 880 × 1230mm 1/32
印 张 13. 25
字 数 320 千字
版 本 2003 年 5 月第 1 版 2003 年 5 月第 1 次印刷
印 数 0 001 ~ 5 000
书 号 ISBN 7-5620-0981-3/D·931
定 价 28. 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。

本书出版得到台湾元照出版公司的大力支持,特此感谢

献给 家渝

内容简介

不同的泥土会塑造出不同的意识形态，即使是相同的观念，也必须透过不同的表述方式始能进行沟通。而法律碰巧是一种观念性的存在。不同的哲学都尝试以不同的表述方式来呈现真实，而真实总是有某种的原理或逻辑思（logos）之基础。法律，作为一种分殊化之真实，不论它是表现在言说、观念、规则、制度，还是断头台，它的逻辑思总是被我们所思考与实践。法理学、法哲学、法理论，乃至一切法学论述与司法实务，都只是渺小个人不同意识形态与层次下的思考表述或行动。

本书共收录九篇文章，分成三大部分。第一部分“法理学之基础与法概念”除一般性地说明法理学之问题，并从法思想史与法制史考察“法律是什么？”这个基本问题。第二部分“实践理性之开展”，则以三篇文章进一步来探讨法概念、法学思维与实践理性的关系。并藉以自然法思想史的研究，将法概念论与政治哲学及伦理学之讨论衔接。第三部分“权利与伦理”除在范围上涉及对法伦理学与法体制论之探讨外，所收之三篇文章更可看做是一种法理学实践之努力。其中前两篇处理生命伦理、科技与法律制度的问题，并对政策拟定有所建议与影响。第三篇则是作者出席大法官会议说明会之发言意见书，说明大学共同必修科目之所以达究的实质根据。

变幻万千的法律脸庞

——代序

Diese Bewegung der reinen Wesenheiten macht die Natur der Wissenschaftlichkeit überhaupt aus.

——G. W. F. Hegel, aus Vorrede der *Phänomenologie des Geistes*——

本书所收集的文章，都是我任教于政治大学法律系期间所写的学术论文。这也大致标识了一段学术研究之历程。一九九二年夏秋返台之际，我脑中还充满着黑格尔式的语汇。但是当双脚在台湾的土地上稍作行走后，法律现实主义的热与尘便迎面吹来。我清楚地了解到，不同的泥土会塑造出不同的意识形式 (forms of consciousness)，即使是相同的观念，也必须透过不同的表述方式 (Darstellungsweise) 始能进行沟通。而法律碰巧是一种观念性的存在。

不同的思想或哲学，都尝试以不同的表述方式来呈现真实，而真实总是有某种的原理、理性、道、逻辑感 (logos) (或其德说法) 之基础。法律，作为一种分殊化之真实，不论它是表现在言说、观念、规则、制度，还是断头台，它的逻辑感总是被我们所思考与实践。法理学、法哲学、法理论，乃至一切法学论述与司法实务，都只是渺小个人不同意识形式与层次下的思考、表述

或行动。但是处理法律逻辑思的法哲学与一般的哲学有一个重大不同之处：it hurts。是的，法律不但会伤害人，法律本身就是起源于人被伤害或人会被伤害。因此法哲学思想的一个重要背景就是：法律往往使人痛苦。法律原本是要保护人免受伤害，但是却经常反转使大家身受法律之苦。为了要去解决法律使大家受苦的问题，就会有人在苦难的意识层次之上诉说：这是不公正、不好或不对的法律。那为什么这些法律不公正、不好或不对呢？因为它不……。对这个“……”的论述与探求，就是对法律真实基础的研究，也就是法哲学的主要着力所在。而如果要以一个（看似）简单的符码来表述这个“……”，援引当代主流的说法，其实仍不外乎理性。简言之，不公正、不好或不对的法律，就是在某种意义下“不合理”的法律。

当然，这是一句听来简单，实则令人头疼的陈述。因为法律的合理性与物理世界的合理性，显然有重大的差异。前者的理性我们通常称之为实践理性，因为实践（praxis）就是行动（action，不是 behavior），而法律规范的应然性格，使得我们认为法律必然与行动相关，所以法律的理性当然是实践理性。可惜问题远比此复杂，因为行动者行动的合理性，与证立某一行动为对的理性，与在社会系络下了解某一行动的理性，都是非常不同的考察点，也涉及不同的“理性”。无论如何，本书所收集的文章乍看也许所处理的主题繁多，实则都是在这样的一个研究进路下所写。

本书第壹部分“法理学之基础与法概念”所收的三篇文章，除了一般性地检讨介绍并说明法理学（包含法哲学与法理论）之范围与主要问题，更重要的是分别从法思想史与法制史研究等几个方向来重新考察“法律是什么？”这个法概念论的原初问题。

任何法理学的研究，包括对于其本身所采方法之运用，都必须回到对此一问题之态度并预设对法概念的某种先解（Vorverständnis）。第貳部分“实践理性之开展”，则以三篇文章进一步来探讨法概念、法学思维与实践理性的关联。其中 Robert Alexy 以言说理论为基础的法论证理论，不但对我思想的成长有极为重要的影响，此一发展方向在 Habermas 的带领下，也已成为德国当前能与政治哲学与社会理论相贯通的少数法理学学说之一。Alexy 另一重要的，对法与道德必然连接的证立理论，则可见之于〈法概念与实践理性〉一文。〈再访法实证主义〉，则是由对自然法思想史的类型化考察开始，进而重探法实证主义之 Kelsen, Hart, 与反法实证主义之 Dworkin, Alexy 等人理论间之辩难关系，并试图为一开放式之法概念、法之实践理性与某种伦理学与政治哲学立场找到一可能之衔接。第三部分“权利与伦理”，除在范围上涉及对法伦理学与法体制论之研究，这三篇文章更可看作是一种法理学实践之努力。其中〈没有脸庞的权利主体〉及〈自由与伦理〉两篇处理的主题是笔者一向相当关心的生命伦理、生命科技与法律制度问题。前者由科技之哲学与社会意涵出发，分析了科技、社会、伦理与法律之关联，此文并曾获科技界刊物之多次转载；后者则证立了为何国家不应“禁止”人民以代理孕母来生育子女，相信已对官方人工生殖规制政策的改变发生一定程度的影响。而〈大学共同必修科目的规定是否抵触学术自由〉一文，更是参与大法官会议说明会之发言意见书。其实所有的“抽象”理论思考（思考可以不抽象吗？），都来自于对现实问题之反思。Plato 在其第七封书简中说明其研究哲学之缘由时，即已指出此一关联。法理学（或一切哲学）也从来就没有脱离现实，所以

Dworkin 才会说，法理学是所有裁判之总论部分。

对某些人来说，也许难以理解原本研究黑格尔与法诠释学的人为何会转向研究 Kelsen, Hart, Alexy, 更不用说以某种老款自由主义的姿态来引用 Mill 或 Dworkin。没错，就学术本身而言，研究谁都可以。但是如果费希特所言“人会选择何种哲学，实系于他是何种人”（Was für eine Philosophie man wählt, hängt davon ab, was für ein Mensch man ist.）是对的，那么我研究对象上之改变，当然也与个人的思想与心境变化有关。从结束对青年黑格尔的研究，回台任教服务，到发表〈自由与伦理〉（一九九六年春天）一文时，我倾向于某种源自 Hart 与 Alexy 的分析式法概念，并以康德式自由主义来看待实质问题。简言之，是一种自由左派的立场。但是从一九九六到一九九七年夏秋之际，因为种种的经验与理论上之反思，我开始尝试转向非自由主义（non-liberalism）（注意，不是反自由主义 anti-liberalism）的立场，并在思辨进路上，重回某种批判的/诠释学的/辩证的途径。在此一扬升（Aufhebung）的过程中，旧有的因素当然没有被完全抛弃，而是整合于新的架构中。而我似乎也更能冷静地在各类后现代/反启蒙/系统论/激进/解构……的论述中，找到那些是深刻洞见，那些是旧理新叙，以及那些只是台湾小资产阶级的猴戏模仿。

因此在本书中读者所看到的，仍主要是一位左翼自由主义者的思绪结晶与研究成果。对于其中不少的主张与论述，现在的我已经做了微妙的转变与调整。而之所以仍将这些文章集结出版，除了研究成果的整理作用外，也正表示我并非认为那些主张是错的，它们只是需要调整舒缓，以使思想的表现能更为丰富。“纯粹本质的此种运动，构成了一般科学性的根本性质”黑格尔如是

说〔1〕。

当然，本质、理性、思维这些概念在今天似乎已成了被嘲笑的对象，更不用说对不少法律人而言，利益才是最真实的内容。这个状况并不令人惊奇，因为这一方面是一个大时代的一般风貌，另一方面也是台湾这个边陲浮岛的漂泊性格。而这种漂泊的现实倾向，也正是我从事法哲学思考的无舍背景。在现实对思维与理性的否定中，我看到了法律变幻万千的无数脸庞。

陈之藩说，由于要感谢的人太多了，因此就谢天吧！这本书的出版，要感谢的人虽多，但是还不致于像天上的星那般多。首先要感谢的，当然是恩师张伟仁教授。张老师虽然在专业上是中国法制史的权威学者，但是他对法律之一般意义与思想治学方面的诸多启蒙、鼓励与教诲，却是使我走上法理学研究的最大力量。另外葛克昌老师，曾在我就读大学期间赠送我一册 W. Friedmann 所著之 *Legal Theory*，不但让我初窥法理学之堂奥，更使一位懵懂青年激荡不已。而与马明潭的李崇德，薛昌炜，陈乐融，蔡康永，胡文中，陈笔，张中复，田欣的兄弟之谊，大学里与三研社诸友的共同成长与织梦，出台前加入钝社之定期舌战，以及与谭家哲学圈的短暂邂逅，都让我获得心灵上的重要助力。能受惠于这些人物，此等缘分已不是一个谢字能表达。

其次，政大能在我回台的初期，提供一个山明水秀的研究环境，虽然局促于地底一隅的研究室在几个寒暑里折磨了我的健康，但是苦志劳筋的结果，倒也写出一本地下室手记，差堪告

〔1〕 此段话即为文首引语，出自黑格尔《精神现象学》〈序言〉的第三十五段。此处所谓的运动，简约地说，是指透过思维的流动性（即不拘于一时之直接思考），而达到对本质的概念把握。

慰。这本书里的许多想法，皆起源于留学德国期间。我的指导教师 Prof. Arthur Kaufmann，由于深受其指导教师 Gustav Radbruch 伟大学问人格之影响，使得 Prof. Kaufmann 的言教、身教与著作学说，皆呈现出除“科学”外更深刻之人文反思意义，使我获得了终身受用之精神泉源。此外，当年在德国的对话朋友，不论是 Tübingen 的陈志荣、林鸿信、黄锦堂、彭文林、张鼎国，Berlin 的孙善豪，Würzburg 的鲁贵显，还是 München 的刘勇健、庄国荣、吴秀明、陈自强、萧文生、刘孔中、李传莹、黄启楨、蔡明诚、谢铭洋（其中多位现已成为各学术机构之教授），都对我启益良多。与政大法律系许玉秀教授次数不多却印象深刻的讨论，让我收获至丰。法治斌教授、曾世雄教授、黄立教授、郭明政教授、苏永钦教授、张新平教授对我的肯定与鼓励，使我产生写作思考的信心。马汉宝老师与杨日然老师的指导，给了我重要的方向指引。在大学法修改抗争过程里所看到贺德芬教授与张则周教授的风范，以及在与政大教师论坛社诸位朋友的共同努力过程里，我都获得了诸多实践启发。在此一并表达我对这些朋友与师长的感谢。但是在九二到九六年的指南岁月中，我尤其要感谢陈惠馨教授与顾忠华教授夫妇对我的照顾、帮助，共同的奋斗，无以数计学术与非学术的讨论与争执，以及那着实难寻的人性温暖。许育典，许立明，林信宏，郭铭礼，徐育安，王效文，尤伯祥，王鹏翔，唐德珍，许家馨，黄丽真，王照宇，钟芳桦，杨大德等诸位同学都对本书之出版有所贡献，非常感谢。尤其信宏基于学生观点对于本书出版的催促及经常之讨论，芳桦对德文部分之校订，丽真重新输入部分稿件，以及由照宇所负责之从排版到联络等繁重工作，都要在此特别致谢。感谢金恒炜先生与黄进兴

教授之协助，使得本书得以在素受重视的允晨丛刊系列里出版。不过由于法学界迄今仍缺乏一较具共识之文章引注方式，再加上发表之场合与刊物不同，故各篇文章之引注方式并不一致。这完全是我的责任，与允晨丛刊系列无关。如造成阅读之困扰，在此敬请读者原谅。

一定要提的是，我虽然由政大转到台大任教，因此这本写于政大的书竟也编为台大法学丛书之一。但是我想说的是，我在台大读书四年，在政大也教书四年。如果我是台大的校友，我当然也是政大的校友。离开政大，是在诸多复杂因素交错背景下所做的一个抉择，一个相当煎熬的决定，因为我始终对政大与政大法律系有很深的感情，我想这是一种真挚投入后永不会消失的怀想。当然，我最深挚的感谢与敬意，要献给多年辛劳、默默养育我的父母亲，在他们身上，我看到了大时代小人物无可替代的坚毅永恒。最后，那不用道谢的感谢，是保留给家渝的，没有她多年之爱与情，我没有现在的灵魂。

颜厥安 一九九八年三月二十二日二十三时
写于徐州路台大法学院研究室

目 录

变幻万千的法律脸庞——代序·····	(1)
第壹部分 法理学之基础与法概念 ·····	(1)
一、论法哲学的范围及其主要问题·····	(3)
二、法与道德——由一个法哲学的核心问题检讨 德国战后法思想的发展·····	(27)
三、中国法制史与其他法学课程的关系——以法理学 为例检讨中国法制史的研究对象·····	(69)
第贰部分 实践理性之开展 ·····	(83)
四、法、理性与论证 ——Robert Alexy 的法论证理论·····	(85)
五、法概念与实践理性 ——德国法理学理论近年发展之介绍·····	(193)
六、再访法实证主义·····	(213)
第叁部分 权利与伦理 ·····	(309)
七、没有脸庞的权利主体——由法理学检讨 生物科技与人工生殖技术·····	(311)

2 目 录

八、自由与伦理——由代理孕母的合法化问题 谈价值命题的论证·····	(329)
九、大学共同必修科目之规定是否抵触学术 自由? ·····	(354)
索引 ·····	(377)

第壹部分

法理学之基础与法概念

