



河北省社会科学基金项目

实践法哲学： 理论与方法

SHIJIANFA ZHEXUE
LILUN YU FANGFA

武建敏◎著

中国检察出版社



河北省社会科学基金项目

实践法哲学： 理论与方法

武建敏◎著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

实践法哲学：理论与方法 / 武建敏著. —北京：中国检察出版社，2015.1

ISBN 978 - 7 - 5102 - 1322 - 9

I. ①实… II. ①武… III. ①法哲学 - 研究 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 272101 号



实践法哲学：理论与方法

武建敏 著

出版发行：中国检察出版社

社 址：北京市石景山区香山南路 111 号（100144）

网 址：中国检察出版社（www.zgjcbs.com）

编辑电话：（010）68650028

发行电话：（010）68650015 68650016 68650029

经 销：新华书店

印 刷：保定市中画美凯印刷有限公司

开 本：A5

印 张：8.625 印张

字 数：228 千字

版 次：2015 年 1 月第一版 2015 年 1 月第一次印刷

书 号：ISBN 978 - 7 - 5102 - 1322 - 9

定 价：28.00 元

检察版图书，版权所有，侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

代序：传统中国法学实践风格的理论诠释

——兼及中国法治实践学派的孕育^①

武树臣 武建敏

曾几何时，关于古代中国是否有法学似乎成了一个学术疑问。^②为什么会这样？原因有两个：首先，在古代社会，就一般价值判断而言，法律规范是道德规范的婢女，法律和法学往往不被重视，甚至被称为圣贤所不语的左道旁门。前有《论语·为政》的“道之以政，齐之以刑，民免而无耻；道之以德，齐之以礼，有耻且格”，后有《四库全书总目提要》的“刑为盛世所不能废，而亦盛世所不尚”，再加上中央集权专制政体的统治，致使古代法学远远没有获得经学礼学那样的传统性的支配力量。其次，近代以降，我国法律的近代化是和法律的欧洲大陆法系化同步进行的。今天，蓦然回首，我们发现，我们的法律形式、法言法语甚至法律思维方式，都早已告别固有传统而洋溢着舶来的

^① 该文发表于《浙江大学学报》（人文社会科学版）2013年第5期，以此作为本书的序言，是为“代序”。

^② 关于中国传统社会是否存在法学的问题，可以参见何勤华：《法学形态考——“中国古代无法学论”质疑》，载《法学研究》1997年第2期。本文的目的不是讨论古代中国是否存在法学，其旨趣仅在于揭示古代法学所具有的实践特质。当然我们认为对法学进行形态学或者类型学的考察是非常有必要的，因为在不同的文化传统中必然会孕育不同类型的法学，比如欧洲大陆的文化传统哺育了理性主义的法学形态，英美文化传统则滋养了经验主义的法学形态，而中国传统法学虽然不乏理性的特质，但在总体意向上却是一种与英美传统颇为接近的经验主义传统，其法学形态的经验性和实践性必然是主导性的。



浓烈气息。我们的法学家从接触法律开始，就是在这种理论氛围中思考问题而不自知不自觉。对古代中国是否有法学的疑问，其本质是我们在不经意间以西方法学形态为标准而做出的判断。^①然而，对于像中国这样一个充满着文明魅力，在古代哲学、文学、史学、医学、天文学诸领域曾做出过卓越贡献的民族而言，法学的存在根本就不是一个学术问题，而是历史的客观存在。当我们反思传统中国法学的时候，我们会深深感受到它的实践品性。这种品性不仅是一种理论形态，而且也是一种实践形态。这种实践品性乃是在中国文化自主发展的前提之下所生成的，乃是真正属于中国自己的法学形态。传统法学的实践品性发展到现代中国或多或少有些中断，但是改革开放之后，尤其是近些年的法治实践使我们日益认识到推动法学的实践品性发展的重要性。这正是实践法治观得以产生的历史和现实前提。

一、传统中国是否有法学

就一般语言和思维视角而言，法是人类进入文明阶段的社会现象，法律是以行为规范为核心内容的地方性知识和经验所构成的体系，法学是人们对法这一社会现象的主观认识的条理化、抽象化，法学成果则是人们对法这一社会现象和对法律这一行为规范的认知或理性整理。因此，从逻辑上说，法律实践是人类有目的、有意识的活动，在有法的时代同时也就有了法律思想。法律思想孕育着法学的萌芽。法律世界观的形成标志着法学的产生。在这个意义上，法学的存在不以法学家集团的存在为前提；法学的形成不以它从哲学、政治思想中独立出来为条件；法学的确立也不以专门性的法学著作作为标志。法学的产生在根本上是以法律实践的成熟为标志，这种成熟意味着存在能够驾驭法律的实践主

^① 如同中国古代社会是否有哲学一样，如果非要按照西方的标准进行判定，那就是一种否定论的腔调，可是为什么非要用西方的标准呢？我们总是在应该运用西方标准的地方不用西方标准，而在不该用西方标准的地方却津津乐道地运用着。



体，形成了据以裁判的规范系统，出现了处理法律问题的专门技艺，形成了特定的法律思维方式，并产生了构架法律的普遍世界和具体世界的实践智慧。

中国历史文献中有“法学”一词。比如《南齐书·孔稚珪传》：“寻古之名流，多有法学。”白居易在《策林四·论刑法之弊》中谈道：“悬法学为上科。”梁启超撰文认为“无下万世之治法学者”。^①沈家本于《法学盛衰说》（1908年）也谈及“法学”一词。我们不能仅仅从“法学”这个字眼入手去寻找中国古代法学的起源和沿革，更不能用西方“法学”形态的标准去判定中国古代社会是否存在法学。那么，我们应该到哪里去寻找中国古代法学的萌芽及其沿革的路径呢？

毫无疑问，我们应该从古老的法律实践活动（包括人们对法这一社会现象的思维活动）中去探寻。其实古老的“灋”字就已经包含了中国古人的法学思维方式和法律世界观。“灋”由三个部门组成，“水”代表着流放与惩罚，“廌”是东夷部落的图腾和法官的象征，“去”（弓矢二字之合书）则具有证据的思想意向。从“灋”的文字考察我们所看到的法乃是一种活动，是说当人们发生纠纷的时候由法官进行裁判的法律实践活动。^②这就是古人对于法是什么的基本看法，是那个时代人们的世界观和法律思维方式。这种法学世界观是一种面向实践的世界观，“灋”字本身在某种意义上就宣示着中国法学世界观和法律思维方式的生成，表达着中国法学所具有的独立性品格，这就是它的实践品性，即将神的启示和人的客观判断结合起来以解决人们之间的矛盾，并用具体的裁判结果来宣布社会生活准则。而这种准则既具有神性又能够令人信服。正是在这个意义上，我们可以说

^① 梁启超：《论中国宜讲求法律之学》，见《饮冰室文集》卷一，中华书局1989年版，第90—97页。

^② 武树臣：《寻找最初的“法”——对古“法”字形成过程的法文化考察》，载《学习与探索》1997年第1期。

中国古代的法学是一种“实践法学”。^①

法律知识体系具有地方性和民族性，它是一个民族或国家生存条件和历史文化传统的特殊产物。在法治发展的过程中的确存在引进法律的需要，并且也有移植成功的范例。但是，与其说这些被引进的法律知识成果是优越的，不如说它们适合了新社会生活的品位。近代以来，中国传统法学经历了“脱胎换骨”的更新，以清末修律大臣沈家本所提倡的“法理”（即“法律之原理”）为标志，中国传统法学渐渐开始其近代化历程。此后的法学也便具有了与世界法学对话和同步发展的特征，并促成了西方法学流派在中国的兴盛，同时导致本土传统法学的冷落。直至今日，适合于中国国情的法学理论形态仍然显得十分纤弱。我们是否应当以西方近现代法学为样板，以为这种法学才真正称得上是法学，而中国传统法学则先天不足、不够资格，不配称作法学？

法学如同法一样是由地方性、民族性知识和经验所构成的体系。我们说中国古代有法学，并非出于狭隘的民族自尊心。这是因为，事实上，中国传统法学在欧法东渐之前就早已存在。而且，中国传统法学已自成体系，具有自己独特的风格。这种风格成为中国传统文化的有机组成部分，默默地发挥着作用。今天，我们应当对中国传统法学进行新的解读和阐释，以期在此基础上发展出当代中国的自主性法律理论，生成真正属于中国自己的法学流派。在建设社会主义法治国家的今天，总结中国传统法学的风格，无疑具有积极意义。

^① 其实无论是儒家的法律思想还是法家的法律思想，抑或是中国古代的律学，都是指导中国法律实践活动的法律观，也都可以用“实践法学”加以概括，这正是中国古代法学不追求“纯粹法学”或“纯粹理性”的务实风格。而罗马法时代的法学知识系统以及深受其影响的大陆法系的法学知识形态则毫无疑问有一种强烈的理论倾向和知识探寻的风格，尤其是法律形式主义法学更为突出地强调了法的科学性和理论性，明显缺乏强烈的实践特质和实践智慧的维度。



二、中国传统法学的形成、发展与实践理性

人类的法律实践活动是人类社会实践的组成部分之一，法律实践本身就包含法律意识。尽管这种意识在初始之际还显得十分幼稚和简单，但它也已经具备了作为法学的普遍共性。初始的法学是在法律思想的襁褓中不断孕育的，朴实而深刻的法律思想发展到一定程度并且当其形成一种认识和把握现实问题的世界观的时候，就意味着法学的生成，这个时候的法学就获得了一定的理论形式。随着人类法律实践活动的发展以及其他社会领域的进展与成熟，法学也必然会不断变迁，于是每个时代的法学尤其是在历史转折时期的法学可能会表现出迥然相异的特质，但其基本的理论意向和思想形态却是相通的，这就是实践理性的思想特质。

（一）神圣法思维与实践理性

神圣法思维产生于夏商。^① 神圣指天上的神祇与人间的圣王合一。在中国的远古时代，当我们的先民悄悄迈过文明门槛的时候，那是一幅怎样的情景呢？《左传·哀公七年》：“禹合诸侯于涂山，执玉帛者万国。”《战国策·齐策四》：“古大禹之时，诸侯万国。……及汤之时，诸侯三千。”禹王和汤王如何能够治理这些万千之国呢？这和当时的社会状况是分不开的。首先，在邦国并立的森林当中，没有哪一个氏族部落强大到唯我独尊的程度，它们不可能靠自己的力量去征服和支配别的氏族部落，否则很可能被其他氏族部落消灭。其次，近亲繁殖的弊端使大家严格执行族外婚制，姻亲纽带加强并巩固了临亲氏族部落的联系。再次，为了在短短的节气中集中劳动力从事农业生产，为了抵御水

^① 神圣法思维、先秦儒家法学和正统法学的划分并不是在进行一种科学意义上的中国传统法学历史分期的划分，而仅仅是围绕着中国传统法文化与实践理性的关系所做的学术上的安排。本文的目的只在于论证在那个时代的法学知识形态所具有的实践理性特质。



旱灾害和游牧部落的侵扰，人们需要一个凌驾于个体家庭和社会之上的权力把大家组织起来。最后，当氏族部落之间产生纠纷之际，需要由主持公道者出面调停。圣王就是适应这些客观需求而产生的。当时的法律来源于古老的风俗习惯，而这些风俗习惯本身就浸透着神的启示，这些具有神性的法律被圣人严格执行。与此相适应，当时的法律思想是以维护神祇和圣王的权威为主要特征的。神祇和圣王共同缔造了法并将它传递下去。正如《荀子·解蔽》所谓：“圣也者，尽伦者也，王也者，尽制者也。两尽者，足以为天下极矣。故学者以圣王为师，案以圣王之制为法，法其法以求其统类，以务象效其人。”

法的神圣性虽然来源于神祇，但终究离不开圣王的特殊作用。《尚书·洪范》记载：“禹乃嗣兴，天乃赐禹洪范九畴，彝伦攸叙。”《汉书·五行志》亦云：“禹治洪水，赐洛书，法而陈之，洪范是也。”可见在古老的治理文化中的确蕴含着神学的思想意向。神祇把治理天下的使命托付给圣王，而圣王则成了完成神圣使命的使徒。据传说，大禹治水，三过家门而不入，为天下人群的安宁，身先众百姓，不辞劳苦。晚年又将天子位传给皋陶。《吕氏春秋·顺民》载：商汤时，“天大旱，五年不收，汤乃以身祷于桑林，曰：余一人有罪，无及万夫……于是翦其发，磨其手，以身为牺牲，用祈福于上帝”。在信仰鬼神的时代，以己身为牺牲是需要勇气的。《荀子·大略》载汤因大旱而自我反省：“政不节欤，使民疾欤，宫室荣欤，妇谒盛欤，谗夫兴欤。”可见，神圣法学思维方式并不是脱离现实生活的抽象思维，而是充满对现实关怀的实践理性思维，其目的不是要解决一个终极的问题，而是要解决非常现实的生活问题。这就是法的实践理性最鲜明的表达。人类的实践活动一方面从来就是在实践理性的引导下有目的地处理人与世界关系的活动；另一方面，实践理性从来都是起源于并导向着实践活动。^①

^① 参见王炳书：《实践理性论》，武汉大学出版社2000年版，第207页。



在古人看来，《洪范》与《吕刑》皆天赐天降，前者是“天人法典”，后者是“治世法典”。前者有“无偏无党，王道荡荡，无党无偏，王道平平；无反无侧，王道正直”，后者有“惟良折狱，罔非在中”和“哀敬折狱，咸庶中正”，皆中庸平和之道。此种平和中庸更是一种实践理性的表达，虽然凭借着天赐天降的名义获得了合法性，但其本身的实践导向是非常明显的。古老的人类思想都是以有用性为标准的，任何疏离有用性的偏颇抽象都是一种奢侈。神圣法思想并不是要引导人们过一种神圣的生活，而是面向现实问题的理性思考，这种理性必然是实践理性，不是康德思想意义上的“纯粹理性”或者科学意义上的“科学理性”。在神圣法思维支配下，民间王者重视自身修养和道德形象，而民众则崇拜和服从权威，盼望那些集权力、道德、才干于一身的圣贤人物，相信他们能够心怀天下，无私无欲，鞠躬尽瘁，造福万邦。这种圣贤崇拜的民族心理历久而未衰。

（二）先秦儒家法学及其实践理性

随着法律实践和社会结构的发展变化，人们的法学观念也发生了重大的变化，神圣法学思维方式逐步为伦理主义的法学思维方式所取代。^① 伦理与道德相通，它们的共同理性特质在于实践理性，就如同我们可以说法是一种实践理性一样，以伦理道德为核心内容的法自然体现了实践理性的基本指向。

伦理中心主义的法学思维形成于西周。代商而立的周王朝以天帝和祖先神共同构成的二元神论取代了殷商的一元神，提出“以德配天”的君权神授说。这既解决了当时的信仰危机，同时，还把民心向背即民众的作用摆上了政治天平，从而标志着人对神的第一次胜利。但是，此刻的人还不是一般意义的个体自然人，而是人的特定集体，即宗法家族，它在政治制度范畴的表现就是礼制。以分封制为形式的西周政权，不仅没有清除宗法血缘

^① 此处并非要对先秦法学进行一个概括，而是对先秦儒家法学与实践理性的互补性论证，其主要论证意向在于揭示儒家法学的实践理性特质。



纽带，反而加以扩张，使礼成为划分统治阶级与被统治阶级及在统治阶级内部实行权力再分配的标尺。与西方文明的形成途径不同，西方文明是私有制冲决涤荡氏族血缘纽带，贫富分化导致阶级对立，从而产生国家。中国古代文明则是走着“人惟求旧，器惟求新”的道路。礼在政治领域是宗法贵族的政体，在行为规范上成为实际意义的法律。因此，关于礼的理论与关于法的理论毫无二致，礼学也便成了法学。先秦儒家的作用之一是把注重外在形式的礼加工成为注重感情的伦理意识和规范。此间的法律思维是紧紧围绕着礼来展开的。

先秦儒学并没有单纯地停留在对西周之礼的重述上面，而是深入发展成为一套精致的道德哲学，而其法学思想正是存在这种道德哲学之中。与道德哲学一样，儒家的法学表现出对形而上学和科学主义思维方式的拒斥，而采用实践哲学的向度。实践哲学所追求的目标就是孔子倡导的“仁”。“仁”具有两个本质特征：第一，“仁”是社会最高的道德，又是社会最高的理想；第二，“仁”是君子社会实践的方针。你要成为君子，必须完成一系列道德条目，比如“宽”、“惠”、“泛爱众”等，这就需要民众充当实践的对象。这样一来，“仁”就成为联系君子和民众的政治纽带。这种实践哲学的向度不仅表现在孔子本身的思想体系之中^①，而且还表现在孔子之后的儒学流派当中。《论语·里仁》：“朝闻道，夕死可也。”这种值得以生命为代价来追求的道是“天之道”，也是“人之道”，是“天之法”，也是“人之法”，而且天与人是一致的。如果说“獾祭鱼，然后虞人入泽梁，豺祭兽，然后田猎，鸩化为鹰，然后设网罗，草木零落，然后入山林”是顺应“天之道”的话，那么，“五谷不时，果实未孰，不粥于市，禽兽鱼鳖不中杀，不粥于市”（《礼记·王制》）就是服从“人之法”了。“人之法”就是礼。它来源于天地之

^① 武建敏：《孔子思想的法哲学意蕴——关于中华法系理论基础的几点思考》，载《法学论坛》2011年第6期。



序，其功能是维护社会人群的生存与发展。这也许就是儒家心中的“自然法”。

孔子之后有三位宗师：子游、子夏、曾子。子游、子思、孟子为一系，为“弘道派”，主张“天下为公”，“君宜公举”，“民可伐暴”；子夏、荀子为一系，为“传经派”，以学习和阐发经典为己任，注意与时俱进，与传统者合作；曾子、乐正、子寿为一系，为“践履派”，治身笃敬，能行而后言，崇尚孝道，推而广之。^① 儒家将维护社会安定与发展的使命托付给君子们。子游一系寄希望于圣君，子夏一系寄希望于圣臣，曾子一系寄希望于民间俊秀。子游一系实乃儒家思想之精华，这些精华被明清之际的启蒙思想家发展到极致，成为联系中国古代文明与近代文明的未绝之缕和启示未来的学术魂魄。儒家法学表达的是一种对道德境界的追求，是一种对现实的善即仁的追求。而对于善的追求恰恰是实践理性最根本的品性。“实践理性设定善这个普遍规定不尽是内在的东西，而且实践理性之所以成为真正的实践的理性，是由于它首先要求真正的实践上的善必须在世界中有实际存在，有其外在的客观性，换言之，它要求思想必须不仅仅是主观的，而且须有普遍的客观性。”^② 儒家的法学思想不是仅仅停留于主观世界的呐喊，更是一种发自内心的对现实世界的改变。因而它不仅具有普遍性的品质，而且具有鲜明的主体性价值取向，显示了中国古代法学表达的崇高理想境界。

（三）正统法学与实践理性

在正统法学^③形成之前，存在一个“国家中心主义”、“立法中心主义”或“成文法中心”的法学思维阶段。这大抵是指战国时期与秦代的法家思想及其法律实践。此间的法大多是被集权

^① 姜广辉主编：《中国经学思想史》第1卷，中国社会科学出版社2003年版，第169—170页。

^② [德]黑格尔：《小逻辑》，贺麟译，商务印书馆1980年版，第145页。

^③ 本文所指正统法学实际上就是儒法合流之后在中国传统社会存在的法学知识形态。

的官僚政体制定出来的。这种法是公开的，并明确规定何种行为是违法犯罪，又应当承担何种责任。因为这种成文法是用法言法语描述的，于是伴之而起的便是讲求“法令之所谓”的“刑名之学”。这种法在相当程度上冲决了神圣权威和血缘身份纽带，更强调人们后天的努力并依此进行权利再分配。此间的法学思维正是以对这一新的社会现象的说明为起点的，精英们曾经通过社会物质生活和人性的来说明法的合理性。法家始有三派，商鞅重法，慎到重势，申不害重术。重势一派强调如果要变法，必须先获取国家政权；重法一派强调用成文法约束臣民的行为；重术一派强调要运用术来监督官吏严格依法办事。法家的理想是“君臣上下贵贱皆从法”，他们甚至主张普及法律知识，并鼓励百姓运用法律武器来制约官吏的妄为，维护自己的利益。法家是法治理想的宣传员，又是法治理想的实践者。他们一边慨叹“法之不行，自上犯之”，“法术之士与当涂者不可两存之仇也”，一边为捍卫法治而英勇捐躯，不愧为古代法治理想的殉道者。法家的悲剧就在于他们给人间描绘出了一幅战无不胜的法治蓝图，却无法用法律去制约帝王和权贵对法治的规避与破坏。此时的法家是多么渴望一个自觉遵守法律的贤人群体和良好的法治环境啊！尽管汉代以后儒学法学居主导地位，但法家的法学及其实践精神并没有退出历史舞台，反而以一种与国家融合的方式构成了中国政治法律治理的一个基本维度。

正统法学思维形成于西汉，直至清末，两千年未动摇。此间，居于支配地位的法统是集权专制的国家主义和宗法家族的礼。这种国家主义与家族主义并行的双向的法律价值观，可以从战国末期荀子的“隆礼重法说”找到它的原形。荀子是正统法学价值观的缔造者。这种双向价值观与其说是来源于思想家的创造，毋宁说是来源于社会现实生活。那些坐落在农耕自然经济基础上的宗法家族，需要礼来维系其上下尊卑长幼之序，同时也渴望一种凌驾于社会之上的权力来确保他们的安宁。法主要是处理政法领域的社会关系，适用于陌生人之间的行为规范，而且这种



行为规范常常被国家赋予制定法或成文法的形式，因而带有国家强制力。礼主要是处理有血缘姻亲关系的社会关系，适用于熟人之间的行为规范，这种行为规范常常以古老风俗礼仪的形式出现，更多的是靠自我约束和社会舆论来调节，并为民众见惯不惊。在成文法欠缺或不周延之际，无所不包的礼则起着拾遗补阙的作用。中国古代独有的“混合法”——成文法与先例制度相结合、法律规范与非法律规范相结合——就是在“人”与“法”的和睦相处之际形成的。汉代以董仲舒、郑玄为代表的经学家们，经过“三年不窥园”那样的刻苦努力，不仅为自己赢得崇高的学术地位，且没有把自己关在书斋里皓首穷经，而是积极入仕，将儒家经义与法律实践结合起来，无形中又把经学和法学融为一体。今天，我们仍然可以通过仅存的“春秋决狱”和律文注释去领略他们的学识与智慧，以及他们对社会生活的深刻理解。一批又一批通经入仕的官吏，通过长期深入司法实践和精心总结，编纂了大量的律学著作，在很大程度上推动着国家法制在地域和空间上的统一，还将法律知识普及民间。这些既通经术又谙法理的知识分子，最终成为国家立法司法活动不可缺少的准法律职业群体。在国家法与伦理价值的融合中，无论是传统中国的立法领域还是司法领域都体现了“实践理性”的思想导向。

实践理性内在地包含了一种“善”，而传统中国的立法和司法领域恰恰体现了“善”的目的性需求。善不是抽象的伦理教条，而是生活世界的基本向导，是人们生活的理性表达。所谓“德礼为政教之本，刑法为政教之用”，乃是中国古代法典之实践理性最重要的表达。传统中国的法典不是在一个形而上学的世界中为现实的生活世界找寻思想的根基和理论的前提，而是从自身的社会结构和人们的心理结构中把握自身存在的根基。唐律之所以是一部优良的法典，乃在于它所具有的现实性和实践性及其所蕴含的善的目的性追求。中国传统的知识分子必须首先掌握了这种“善”，才能够去当官，这正是—一个官员从事实践活动的条件。这种“善”既是对普遍性的掌握，同时又是在具体语境中



解决具体问题的依赖性前提。“谁掌握了实践理性的善，谁就会认识到他所遵循的规范观点，并懂得如何在实践情境所要求作出的具体规定中使之起作用。”^① 实践理性的善同时趋向于具体问题的解决，而传统中国的司法运行则正是以实践之善为前提对具体问题的合理性把握。

中国传统的司法虽然也要求遵照法律的文本世界进行审判，但在许多情况下则往往根据具体的情理做出折中式的判决，这也许正是实践理性的要求和体现。因为在古代法官看来，尽快结束诉讼当事人的非正常状态，使他们恢复合理的正常生活，比写出一篇漂亮的判决书更重要。法官们希望以此来指导人们去选择正确的生活态度。在这个意义上，古代的法官兼着社会教师的职能，这就使司法实践与社会教育融为一体。“实践之知的运用不是要造出一个什么东西，或推导出什么理性定律，而是关系到人类的生存选择和决定。一句话，实践之知使人在生存世界中‘择善而从’。人们运用实践之知进行生存选择和决定显然是一种普遍与特殊的关系，即用具有普遍性的理性在特定的生存处境中选择和决定。但这与依照技术规则制造一件产品那种普遍和特殊的关系不同。规则与产品是可以分开的，而实践之知则无法与社会道德伦理和存在分开。规则是有限的、确定的，而实践理性或实践之知则随着具体环境而有不同的表现。它的普遍性就在于它存在的特殊性。实践之知的运用是本体论的而非方法论的。”^② 这恰恰是中国传统法学思维的根本特质。正统法学在本质上不是一种方法论的建构，而仅仅是一种世界观，这种世界观是一种实践本体论的表达。

本书的目的是在对传统法学的梳理中把握传统中国法学所具有的基本特质，并为当代中国法治的实践提供合理性的论证。法

^① [德] 伽达默尔：《科学时代的理性》，薛华译，北京国际文化出版公司1988年版，第42页。

^② 王炳书：《实践理性论》，武汉大学出版社2000年版，第127页。



治在本质上不是理论的，而是实践的。中国古代社会也存在“法治”，其法治实践在很大程度上是成功的。而那个时代的法学就是实践理性的法学，而不是纯粹理性的法学；当代中国的法学当中也应该有一种“实践法学”。“实践法学”与现实的法治实践的融合是实践法治观得以生成的根本前提。实践法治观不能忽视自己的理论根基，否则就不能称为一种有用的思想意向。这种理论不能仅仅停留于理论的形态，而必然有一种现实的主张，否则就不符合法的实践本性。立足于传统中国的“实践的法学”和“法学的实践”，正是当代实践法治观生成的合理性前提。

三、中国传统法学的实践面向

当我们讨论中国传统法学实践面向的时候，首先涉及实践的概念。实践是一个很重要的哲学概念，它有着非常丰富的思想内涵。只有从对实践概念的这种哲学阐释中，我们才可能获得更为深刻的思想启示。

在哲学的意义上，“实践”是一种善的目的性，意味着人的行为与人类自身的目的性的一致性和契合性。只有那些符合人类自身存在特性和目的性需求的活动才可以被看作具有实践的本性。中国传统法学及其实践恰恰符合这种对于“实践”的解读，儒学的价值系统就是中国传统法学及其实践的目的性关怀，儒学的价值系统契合了传统社会人们的价值期待，满足了人们心理结构的要求，具备真正符合人心的作用。无论是法典中的表达，还是法律著作中的阐释，抑或是司法判词中的情理论证，都体现了中国古代法律文化所具有的实践本性。

在哲学思维方式的意义上，“实践”意味着根本不同于理论的“中介化思维方式”。在西方哲学传统中一直存在一种抽象的两极思维，但中国传统哲学在总体上没有两极思维的对立，其本身就是中介化的、实践性的。主观和客观、主体与客体不是处于一种对立的状态，而是一种互动的融合。因此，我们才说中国传统哲学本身就具有实践的意向，尤其是儒家哲学更可以被称其为



“实践哲学”，其所包含的法哲学也可以被称为“实践的法学”。这种法学所面对的乃是具体的世界，而不是抽象的文本世界。这种法学思维所倾注的是对现实世界的关怀，是对具体的人的关注，更是对具体的社会问题的阐释。中国传统法学不追求抽象的形而上的世界，而在现实的世界中找寻自己思想的落足点。

实践在法学的意义上是沟通法律的普遍世界和具体世界的桥梁。中国传统法学并没有将思想的注意力放置在对普遍文本世界的过度关注，也没有忽略法律的具体世界。中国传统法学注重普遍世界与具体世界的结合点，在把握普遍性的同时更注重具体性的认知，这正是一种实践论的思维方式。公孙龙有个逻辑学命题叫作“白马非马”，这在日常直观的意义上看似是个错误的命题。人们可能会提出质疑：白马怎么就不是马呢？难道大街的一匹白马不能被称为马？但公孙龙所提出的“白马非马”是个逻辑学命题，而并不是一个日常判断，其在哲学上所揭示的乃是一般和个别的关系问题。我们可以认真地考量：个别能够被完全地包含在普遍当中吗？很显然，个别不可能被完全地包含在普遍性当中，反倒是在个别中包含了所有的普遍。个别绝不能被普遍所完全涵盖，正如我们说“白马”之“白”不能被包含在“马”之一般性当中一样。这是一个深刻的哲学命题，深刻表达了中国古人对现实的、具体的世界的深切关注。

在传统司法的运行中，传统法学思维的中介性构成了其重要特征。古代法官总是盘旋于法律的普遍世界和具体世界之间，力图对具体的纠纷给予合理解决。古代法学在这个意义上深刻地体现了一种“实践智慧”的特质，也可以说法就是一种“实践智慧”。^①正是这种实践智慧揭示了法之所以为法的本质属性。实

^① 古典时代的人们总是特别强调对于实践智慧的关注，不仅中国的儒学蕴含了实践智慧的意向，古希腊哲学也是如此。可参见 W. Windelband, *A History of Philosophy*. Vol. 1, New York: Harper & Row, 1958, p. 85. 其间，探讨了古希腊哲学对于实践智慧的强调，这种智慧可以看作一种恰到好处的选择与判断。