

刑事诉讼法再修改 专题研究

主编 / 杨松才 肖世杰



XINGSHI SUSONGFA
ZAXIUGAI
ZHUANTI YANJIU

中国检察出版社

本书受广东省教育厅人文社会科学重点研究基地
重大项目（编号08JDXM82004）资助

中国检察出版社 (CIP) 数据

中国检察出版社 (CIP) 数据

刑事诉讼法再修改 专题研究

“中国刑事诉讼法再修改与人权保障”国际学术研讨会论文集



主编

2009年8月第1版第1次印刷

2-2103-0142-2

2009年8月第1版第1次印刷

2-2103-0142-2

2009年8月第1版第1次印刷

2-2103-0142-2

2009年8月第1版第1次印刷

2-2103-0142-2

2009年8月第1版第1次印刷

2-2103-0142-2

2009年8月第1版第1次印刷

2-2103-0142-2

2009年8月第1版第1次印刷

2-2103-0142-2

2009年8月第1版第1次印刷

中国检察出版社

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事诉讼法再修改专题研究/杨松才, 肖世杰主编. —北京:

中国检察出版社, 2009. 8

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0145 - 5

I. 刑… II. ①杨… ②肖… III. 刑事诉讼法 - 专题研究 - 中国 - 文集 IV. D925. 204 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 152781 号

刑事诉讼法再修改专题研究

——“中国刑事诉讼法再修改与人权保障”国际学术研讨会论文集

杨松才 肖世杰 主编

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjcbs. com)

电子邮箱: zgjcbs@vip. sina. com

电 话: (010)68630385(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 三河鑫鑫科达彩色印刷包装有限公司

开 本: 720mm × 960mm 16 开

印 张: 24.5 印张 插页 2

字 数: 451 千字

版 次: 2009 年 8 月第一版 2009 年 8 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0145 - 5

定 价: 48.00 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

前 言

2008年12月6日至7日,由广州大学人权研究中心主办,中国社会科学院法学研究所、北京市海淀区人民检察院、广州大学法学院、广东商学院法治与经济发展研究所协办的“中国刑事诉讼法再修改与人权保障”国际学术研讨会在广州隆重召开。此次会议规模浩大,盛况空前,云集了国内外多位一流的刑事法专家和学者。我国著名法学家、中国政法大学终身教授、前校长、博士生导师陈光中教授在大会发言时曾深有感慨地认为,这是刑事诉讼法再修改议题受学界关注以来规模最为盛大的一次会议。的确,能够在远离学术中心(北京)的广州召开一次论旨并不算新鲜而规模却如此盛大的会议,确属不易。

本次国际学术研讨会荟萃了来自中国社会科学院法学所、北京大学、中国政法大学、西南政法大学、北京师范大学、厦门大学、中山大学、湘潭大学、湖南大学、浙江工商大学、华南理工大学、广东商学院、深圳大学、暨南大学、贵州大学、汕头大学、华南农业大学、广东工业大学、贵州民族学院、四川警官学院、广东金融学院和广州大学以及丹麦人权研究所、纽约大学、澳大利亚 La Trobe 大学、香港大学、香港中文大学等数十所高等院校和科研机构以及国家司法部、共青团中央青少年犯罪研究会、北京市海淀区人民检察院、中国法学会和广东、湖南、江西等省、地、市的公安部门、人民检察院、人民法院、律师事务所等实务部门的专家学者和司法事务人员共一百五十余位代表。

本次国际研讨会是在丹麦人权研究所的大力资助下召开的,属于丹麦人权研究所资助的“中国刑事诉讼法再修改与人权保障”平台合作项目课题的一部分。该项目于2006年1月启动,在丹麦人权研究所的资助下,由中国社科院法学研究所、北京市海淀区人民检察院、北京京鼎律

师事务所和广州大学人权研究中心四家学术科研单位和实务部门组成。3年多来,平台四方紧紧围绕与我国刑事诉讼法再修改比较迫切的、与人权保障直接相关的八个方面的问题(如权利告知、辩护权保护、禁止刑讯逼供、取保候审与羁押正当性、起诉裁量权、未成年人案件暂缓起诉、证人出庭作证和死刑案件二审程序等)进行了专门深入的规范研究、系统论证和实证调查,并经最终整合四方平台的工作成果,形成了较为系统的《中国刑事诉讼法建议稿与论证》,现已提交国家有关立法部门和司法部门。

该次国际研讨会既是对上述平台项目阶段性成果的一个总结与评价,更是对平台项目与我国刑事诉讼法再修改的若干热点、难点问题所进行的一次大型的学术研讨。会议紧紧围绕我国刑事诉讼法再修改的基本理念、被指控人权利告知、刑事辩护权的保障与落实、取保候审与羁押正当性、刑事证据制度的建立健全、起诉裁量权(包括未成年人暂缓起诉)、刑事被害人问题以及死刑案件特别程序等相关议题展开了深入的交流和研讨。会议共收到论文50余篇,专题报告4件,建议稿与论证1件。整个会议议程安排合理,详略得当,内容丰富,既有关于重要主题的精彩发言,也有同行专家就主题发言的全面点评,更有意义的是,会议不仅在主题发言和点评后安排“提问与回答”的互动机会,还安排了较为充裕的时间进行专门的发言与讨论,使尽可能多的学者能有机会充分展现自己的思想主张和学术观点。因此,此次会议得到了各位与会专家和社会各方面的普遍好评。

2004年,国家将“尊重和保障人权”正式载入《宪法》,标志着我国人权建设事业步入一个崭新的历史时期。对于与人权保护密切相关的刑事法治领域来说,无论从刑事立法还是从司法实践来看,近几年我国在犯罪嫌疑人、被告人权利保障领域所取得的成就是巨大的。当然,受历史、文化和经济社会发展水平等因素的影响和制约,我国的人权发展还面临诸多挑战,我们在人权保障领域的问题也是存在的。近年来,刑事诉讼法的再修改问题一度成为法学理论界、司法实务界乃至全国范围

内的热点，即是我国在人权保障领域至少在刑事立法中所存在的一系列弊端的反映。令人可喜的是，继本届与上届两届人大把刑事诉讼法的再修改列入立法议程之后，2009年4月在由国务院新闻办发布的《国家人权行动计划（2009—2010年）》中，又大篇幅地在“公民权利与政治权利保障”中就严禁刑讯逼供、严格死刑审判程序与完善死刑复核程序、被羁押者的权利和获得公正审判的权利等问题进行了明确具体的规范，并将之作为未来两年我国政府在促进和保护人权方面的工作目标和具体措施。结合我国在人权建设事业上取得的长足进步，我们完全有理由相信我国政府在人权建设事业上的决心与能力，也完全有理由相信我国刑事诉讼法在不久的将来会朝着更有利于人权保障的方向进行修改和完善，并在我国人权保护事业上大有作为。正因为如此，作为人权理论研究者，我们愿乘驾当前我国人权建设事业之强劲东风，尽自己绵薄之力为祖国的人权建设事业干点添砖加瓦之类的工作。呈现在读者面前的这部专题论文集，即是编者在国际学术会议提交的论文中经过精心挑选、编辑和整理而成的，尽管此举难免亦有掠人之美之嫌（因为文集作品更多凝聚的是各位专家的心智），却也包含了编者与出版社编辑同志的一些心力。因此，在感谢各位专家与出版社编辑同志的辛勤劳动的同时，祈望该论文集对于加快我国刑事诉讼法的再修改之进程能在思想上提供若干智识资源以及在实践中提供某些鲜活素材。

馨香祷祝之！

编 者

2009年7月

目 录

(50)	刑事诉讼法再修改基本理论	樊崇义 吴光升	(3)
(90)	刑事诉讼法再修改基本理论	樊崇义 吴光升	(9)
(105)	刑事诉讼法再修改基本理论	樊崇义 吴光升	(15)
(117)	刑事诉讼法再修改基本理论	樊崇义 吴光升	(18)
(125)	刑事诉讼法再修改基本理论	樊崇义 吴光升	(22)
(128)	刑事诉讼法再修改基本理论	樊崇义 吴光升	(25)
(138)	刑事诉讼法再修改基本理论	樊崇义 吴光升	(28)
(148)	刑事诉讼法再修改基本理论	樊崇义 吴光升	(31)
(158)	刑事诉讼法再修改基本理论	樊崇义 吴光升	(35)
(168)	刑事诉讼法再修改基本理论	樊崇义 吴光升	(38)
(178)	刑事诉讼法再修改基本理论	樊崇义 吴光升	(42)
(188)	刑事诉讼法再修改基本理论	樊崇义 吴光升	(47)
(198)	刑事诉讼法再修改基本理论	樊崇义 吴光升	(47)
(208)	刑事诉讼法再修改基本理论	樊崇义 吴光升	(48)
(218)	刑事诉讼法再修改基本理论	樊崇义 吴光升	(49)
(228)	刑事诉讼法再修改基本理论	樊崇义 吴光升	(51)
(238)	刑事诉讼法再修改基本理论	樊崇义 吴光升	(62)
(248)	刑事诉讼法再修改基本理论	樊崇义 吴光升	(62)
(258)	刑事诉讼法再修改基本理论	樊崇义 吴光升	(64)
(268)	刑事诉讼法再修改基本理论	樊崇义 吴光升	(65)
(278)	刑事诉讼法再修改基本理论	樊崇义 吴光升	(66)
(288)	刑事诉讼法再修改基本理论	樊崇义 吴光升	(67)

前言	(1)
----	-------

专题一 刑事诉讼法再修改基本理论

刑事诉讼法再修改的理性思考	樊崇义 吴光升	(3)
---------------	---------	-------

一、以斗争哲学为指导转向,以和谐哲学为指导	(9)
二、国家本位转向国家、社会与个人本位并重	(15)
三、一元化价值观转向多元化价值观	(18)
四、权力治人转向权利保障	(22)
五、有罪推定转向无罪推定	(25)
六、口供本位转向物证本位	(28)
七、客观真实转向法律真实	(31)
八、重实体、轻程序转向两者并重,最终转向程序本位	(35)
九、高压从重转向宽严相济	(38)
十、国内优位转向国际优位	(42)

刑事诉讼法再修改的理念	徐静村	(47)
-------------	-----	--------

一、“理念”诠释	(47)
二、1979年《刑事诉讼法》立法理念探微	(47)
三、1996年《刑事诉讼法》修正理念简析	(48)
四、提出对我国《刑事诉讼法》进行再修改的理由	(49)
五、我国《刑事诉讼法》再修改的基本理念	(51)

刑事诉讼法再修改的理念与原则	宋英辉 罗海敏	(62)
----------------	---------	--------

一、控制犯罪与人权保障的有机统一	(62)
二、实体公正与程序公正并重	(64)
三、公正优先,兼顾效率	(65)
四、犯罪嫌疑人、被告人与被害人权利保障的平衡	(66)
五、立足我国国情,借鉴外国有益经验	(67)

六、重点问题与全面修改相结合,注重法律的可操作性	(67)
联合国人权公约与中国刑事诉讼法的修改	熊秋红 (69)
一、中国《刑事诉讼法》修改中的意见分歧	(70)
二、联合国人权公约及其最新发展	(71)
三、面向未来的中国《刑事诉讼法》再修改	(78)
我国刑事诉讼理念问题及其解决探讨	庄春英 (82)
一、我国现行刑事诉论立法基本理念中存在的问题	(83)
二、与转变理念有关的完善我国刑事诉讼制度的建议	(88)
刑事附带民事诉讼的迷与返	
——浅探刑事附带民事诉讼制度的价值回归与完善	饶朝生 (92)
一、刑事附带民事诉讼制度存在的现实价值	(92)
二、倾听当事人的呼声和审判实务一线情况	(92)
三、刑事附带民事诉讼制度完善的迫切需要	(94)
四、附带性是刑事附带民事诉讼的内在价值	(98)
五、刑事附带民事诉讼制度完善的初浅设想	(101)
刑事诉讼法完善之社会学思考	谢建社 陈小茗 (105)
一、《刑事诉讼法》结构的社会学分析	(106)
二、《刑事诉讼法》的修改与完善要以发挥其社会功能为宗旨	(108)
从规范统一的上诉期探讨杜绝歧视性法律的途径	王晓先 (112)
一、上诉期的不统一的规定涉嫌歧视性法律	(112)
二、歧视性法律隐藏着刑讯逼供的合法性根据	(114)
三、造成歧视性法律产生的主要根源	(115)
四、杜绝歧视性法律产生的途径	(117)
“和谐社会”的创建与刑事司法理念的解放	
——以杨佳袭警案为例	左德起 (120)
一、杨佳袭警案的争议	(121)
二、杨佳袭警案的启示	(127)
三、刑事司法理念的解放	(128)
也谈刑事诉讼法任务的修改	蔡国芹 (131)
一、刑事诉讼法任务的立法历程回溯	(131)
二、刑事诉讼法任务的法理属性判断	(133)
三、刑事诉讼法任务的逻辑结构分析	(134)
四、刑事诉讼法任务的规范功能反思	(136)
五、修改《刑事诉讼法》任务的学界建言	(138)

六、《刑事诉讼法》任务规定的应然走向	(140)
--------------------------	-------

专题二 羁押合法性与权利告知

刑事案件“延长羁押期限”问题研究	廖荣辉 (143)
一、刑事案件延长羁押期限的现状和问题	(144)
二、对策与建议	(149)
结语	(153)
附条件逮捕的正当性底限	彭海青 (155)
一、附条件逮捕的特殊性	(156)
二、附条件逮捕的理念偏向与正当性底限	(157)
三、附条件逮捕正当性底限的制度保障	(159)
关于逮捕制度的立法缺陷及完善	杜国强 姜德安 (164)
一、关于逮捕制度的立法缺陷分析	(164)
二、完善逮捕措施的建议	(169)
揭开附条件逮捕的面纱	陈亚平 郭明文 (172)
一、附条件逮捕的由来——检察机关实践中的摸索	(173)
二、西方法治国家视野中的逮捕——强制到案的措施	(175)
三、附条件逮捕辨析——游离于逮捕制度之外的创设	(177)
结语	(182)
未成年被指控人权利告知程序研究	杨建广 唐 琪 (183)
一、未成年被指控人权利告知程序现状考察	(184)
二、未成年被指控人权利告知程序缺失的原因分析	(188)
三、完善未成年被指控人权利告知程序的相关建议	(191)
结语	(192)
刑事强制措施中的同意因素研究	李 明 (194)
一、同意的法理基础	(194)
二、同意的要件及法律效果	(196)
三、同意的自愿性判断及其保障	(198)
四、瑕疵同意的表现及处理	(201)
结语	(203)
试议超期羁押	周魏辉 (204)
一、超期羁押的概念和现状	(204)
二、超期羁押的危害	(205)

三、超期羁押的原因	(206)
四、超期羁押的抑制对策	(209)

专题三 刑事证据制度

中国刑事证据制度的改革	陈光中 (213)
一、刑事证据制度改革的指导理念	(213)
二、中国刑事证据制度改革的几个重要问题	(217)
结语	(223)
侦查阶段辩护方取证权确立的必要性和可行性分析	韩旭 (224)
一、引言	(224)
二、侦查阶段辩护方取证权确立的必要性分析	(225)
三、侦查阶段辩护方取证权确立的可行性分析	(230)
论程序性作证	曾新华 (237)
——侦查人员作证的新解释	(237)
一、问题与方法	(237)
二、程序性作证的实证分析	(239)
三、对程序性作证的认识	(242)
四、程序性作证的理论意义和现实价值	(244)
结语	(246)
证人为何不出庭作证	刘志强 (248)
一、引言：调查缘起与文本旨意	(248)
二、问卷调查数据分析	(249)
三、法律失范与实务异化	(255)
四、程序责任与救济阙如	(258)
结语：为什么法律会异化	(261)

专题四 起诉裁量权、刑事辩护与刑事审判

论审判公开的障碍及其克服	谭世贵 (265)
——以刑事审判为视角	(265)
一、审判公开的主要障碍	(265)
二、审判公开障碍存在的原因分析	(268)
三、审判公开的理论重构	(270)

四、克服审判公开障碍的若干设想	(272)
关于改革、完善我国刑事辩护制度的几个重要问题	
——写在我国签署《公民权利和政治权利国际公约》十周年	
（一）引言	顾永忠 (275)
（二）引言	(275)
（一、关于无罪推定原则的问题	(277)
（二、关于不被强迫自证其罪的问题	(281)
（三、关于《律师法》与《刑事诉讼法》相关规定不一致的问题	(284)
起诉裁量权行使状况之实证分析	侯晓焱 (289)
（一、真实的不起诉率——纳入隐性不起诉的计算方式	(289)
（二、将隐性不起诉纳入视角的起诉裁量权行使实况	(293)
（三、我国起诉裁量权的行使特点解读	(297)
（四、科学行使起诉裁量权的建议	(302)
检察院起诉裁量权的立法缺陷及其完善	
——以《刑事诉讼法修改建议稿与论证》为核心	蔺存宝 林海红 (304)
（一）前言	(304)
（二、我国检察院起诉裁量权制度的发展历程	(305)
（三、现行《刑事诉讼法》施行的检察院起诉裁量权制度	(306)
（四、《刑事诉讼法修改建议稿与论证》设计的检察院起诉裁量权	(307)
（五、新形势下检察院起诉裁量权设定的基本原则	(308)
（六、对《建议稿》拟设检察院起诉裁量权的建议	(309)
（七、结语	(310)

专题五 死刑案件特别程序

关于死刑复核程序的几个问题	张春和 (315)
（一、死刑复核程序的性质	(316)
（二、死刑复核程序的审理期限	(317)
（三、死刑复核文书的说理性	(322)
（四、其他几个值得研究的问题	(323)
中国死刑正当程序的发展趋向	陈 果 (325)
（一、死刑正当程序概述	(325)
（二、中国死刑程序正当化的合理趋向	(328)

(335) 对于公诉案件被害人诉讼权利,因

专题六 刑事被害人

李国十:《论公诉被害人诉讼权利保障》,载《警坛精英》2007年第11期。

- 刑事被害人国家补偿制度比较研究** 梁玉霞 贾学胜 (337)
- (一、刑事被害人国家补偿的对象 (338)
- (二、刑事被害人国家补偿的条件 (340)
- (三、刑事被害人国家补偿的范围 (341)
- (四、刑事被害人国家补偿的资金 (342)
- (五、刑事被害人国家补偿的限度 (344)
- (六、刑事被害人国家补偿的裁定机关 (344)
- 谈刑事庭审中被害人诉讼权利的保障** 万云峰 翟健锋 (346)
- (一、一个信访案例引发的思考 (346)
- (二、当前我国刑事被害人之尴尬地位 (347)
- 三、刑事被害人作为诉讼主体的正当化根据 (349)
- (四、刑事庭审诉讼主体关系的合理架构 (351)
- (五、刑事庭审中被害人诉讼权利的保障机制 (354)
- (结语 (359)
- 被害人陈述与证据补强** 欧卫安 (360)
- 一、被害人陈述在证明力上的特征 (360)
- (二、印证与补强 (361)
- (三、被害人陈述应当适用证据补强规则 (365)
- (四、如何对被害人陈述进行补强 (367)

(01E) 附论

专题七 调研报告

李国十:《论公诉被害人诉讼权利保障》,载《警坛精英》2007年第11期。

- 刑事诉讼取保候审制度实证调查报告** 刘焱焱 (371)
- (一、中国取保候审制度的现状 (371)
- (二、取保候审现状之原因分析 (374)
- (三、完善取保候审制度的设计构想 (375)

(33E) 对刑事诉讼法修改的建议,三

(35E) 对刑事诉讼法修改的建议,四

(37E) 对刑事诉讼法修改的建议,五

(39E) 对刑事诉讼法修改的建议,六

(41E) 对刑事诉讼法修改的建议,七



专题一

刑事诉讼法再修改基本理论

- ◎ 樊崇义 吴光升：刑事诉讼法再修改的理性思考
- ◎ 徐静村：刑事诉讼法再修改的理念
- ◎ 宋英辉 罗海敏：刑事诉讼法再修改的理念与原则
- ◎ 熊秋红：联合国人权公约与中国刑事诉讼法的修改
- ◎ 庄春英：我国刑事诉讼理念问题及其解决探讨
- ◎ 饶朝生：刑事附带民事诉讼的迷与返
- ◎ 谢建社 陈小茗：刑事诉讼法完善之社会学思考
- ◎ 王晓先：从规范统一的上诉期探讨杜绝歧视性法律的途径
- ◎ 左德起：“和谐社会”的创建与刑事司法理念的解放
- ◎ 蔡国芹：也谈刑事诉讼法任务的修改

刑事诉讼法再修改的理性思考

樊崇义 吴光升*

虽然现代西方大儒雅斯贝斯曾言：“完成从而认识理性是什么，从来是并且永远是真正的哲学任务。”^①但是，对于何谓理性，从古到今，却是众说纷纭。连哲学大师黑格尔也不得不发出这样的感慨：“我们一般时常和多次听人说起理性，并诉诸理性，却少有人说明理性是什么，理性的规定性是什么？”^②现在一般认为，理性常在三种意义上使用：本体论、认知论、实践论。其中，用得较多的是后两者。

本体论意义的理性指的是作为人区别于动物的、用以调节自己的欲望、控制自己的行为，以协调自己与他人、社会的关系的精神活动与能力。这种具有浓厚伦理色彩的理性早在古希腊时就已产生。如柏拉图就认为，“人的灵魂分为三个部分，即情欲、意志和理性”，“三者之间有着一定的等级统属关系，理性最高，意志次之，情欲最低”，“一个有道德的人，就是一个理性控制了情感与情欲的人”。^③另外，弗洛伊德的“自我”的理性定义，其实也是一种本体论上的理性。他认为，人人皆有本我，即人人都有天性、本能、七情六欲或感情，满足这些是人生的根本动力，这就需要超我即压抑本我的规范来进行控制，否则一味放纵本我，人便会成为害群之马，受到社会的制裁；而一味服从超我，便会使自己异化而成为不正常的工具人。为此，人生便意味着随时地用自我在本我与超我之间进行判断和权衡。这种自我就是理性。但是，由于古希腊哲学中的神学因素，“理性”在古希腊罗马后期发生变异，并在中世纪的

* 樊崇义，中国政法大学教授、博士生导师；吴光升，贵州大学法学院副教授、中国政法大学博士生。

① [德] 卡尔·雅斯贝斯著，王玖兴译：《生存哲学》，上海世纪出版集团 2005 年版，第 51～52 页。

② [德] 黑格尔著，贺麟译：《小逻辑》，商务印书馆 1980 年版，第 355～356 页。

③ 罗国杰、宋希仁：《西方伦理思想史》（上册），中国人民大学出版社 1985 年版，第 157 页。

宗教神学中成为上帝的理性，而不是人的一种能力。直到启蒙运动后，理性才又成为人的主体性特征。

认知论意义的理性，也称为理论理性，作为一种观念、知识形成的方式及结果，它是指以概念、判断、推理等思维活动获取高于感性与知性的知识的能力。大多数情况下的理性概念指的是这种认知论意义的理性。如以笛卡尔为代表的唯理论理性与以洛克为代表的经验论理性，一般都是从认知论的角度来理解与阐述的。这两种观点的区别主要在于知识获得的途径。唯理论认为认识真理和获得普遍有效知识的唯一途径就在于在明确前提的基础上通过逻辑演绎推理，凡是不能通过演绎推理证明为真的，都是不可信的知识。如笛卡尔认为，“我思故我存在”，“凡我们能够设想得很清晰、很判然的一切事物都是真的”，“认识外界事物不可靠感官，必须凭精神”。^① 他“拒绝把任何不能以逻辑的方式从‘清晰且独特的’明确前提中推导出来的从而也不可能加以怀疑的东西视为真实的东西”。^② 而经验论则认为，真理或知识的获得不是通过逻辑推理所得，而是从经验中归纳所得。如洛克认为，根本就没有什么天生的观念或天赋的原则，观念来自于经验，“那么我们且设想心灵比如说是白纸，没有一切文字、不带任何观念；它如何装备上了这些东西呢？人的忙碌而广大无际的想像力几乎以无穷的样式在那张白纸上描绘了的庞大蓄积是从何处得来的？它从哪里获有全部的推理材料和知识？对此我用一语回答，从经验：我们的一切知识都在经验里扎着根基，知识归根结底由经验而来”。^③ 现在的认知论理性一般是在平衡、调和唯理论理性与经验论理性基础上建立的认知论理性。如康德的认知理性概念就是调和唯理论理性和经验论理性形成的，他认为一切科学知识只能是感性与知性两大因素所构成，是感性材料与知性形式的结合。只是这种调和并不成功，因为他的调和是建立在他认为先验的知性原理和直观形式起主导作用之上的，即以某种固定不变的先验框架来规范、支配感性材料，歪曲了科学来自实践的根本性质。^④ 博登海默的理性概念也可以纳入这个范围。博登海默认为，理性概念有广义的和狭义的两种，狭义的理性概念就是笛卡尔

① [英] 罗素著，马元德译：《西方哲学史》（下），商务印书馆 1976 年版，第 87 ~ 89 页。

② [英] 弗里德利希·冯·哈耶克著，邓正来等译：《法律、立法与自由》（第一卷），中国大百科全书出版社 2000 年版，第 4 页。

③ [英] 罗素著，马元德译：《西方哲学史》（下），商务印书馆 1976 年版，第 140 页。

④ 李泽厚：《批判哲学的批判——康德评述》，天津社会科学院出版社 2003 年版，第 52 ~ 53 页。

的唯理论理性概念，而广义的理性概念，也就是“人用智识理解和应对现实的（有限）能力”，这种能力可以使人能够辨识一般性原则并能够把握事物内部、人与事物之间以及人与人之间的某种基本关系，可以使人有可能以客观的和超然的方式看待世界和判断他人，使人所作的评价并不是基于他本人的那些未经分析的冲动、前见和成见，而是基于他对所有有助于形成深思熟虑的判决的证据所作的开放性的和审慎明断的评断。^① 依据这种能力作出论证和判断，虽然是建立在详尽考虑所有同解决某个规范问题有关的事实方面以及根据历史经验、心理学上的发现和社会学上的洞识去捍卫规范性解决方案中所固有的价值判断的，但从逻辑的角度来看，它可能既不是演绎的，也不是归纳的，而且严格来讲也不是使人非相信不可，不过却可能具有高度的说服力。^②

实践论意义的理性，是一种行动的理性，也就是黑格尔所说的行动的推理，它实际指的是人进行正当行为的能力。由于人的行为往往出于一定的目的，这种目的的达到需要借助相应的方法、手段，实践论的理性实际包括价值理性或目的理性与工具理性两方面。价值理性也就是人类追求合理目标的能力，它要求的是以某种道德的理想和信念作为人们行为的最高目标；工具理性则是人类实现追求目标而使用各种方法、工具的能力，它注重的是如何有效达到预期目的与效果，只考虑行为所达到的功用、利益和效果。工具理性和价值理性最早见诸韦伯的理性异化观点。在韦伯看来，新教徒由于自认为是上帝选民而形成一种“天职”观念的职业伦理，这种职业伦理使得新教徒们争相以世俗工作的成功来证明自己是上帝的选民。这种对世俗工作的追求导致了经济政治活动中理性主义的发展，从而最终推动了资本主义的产生。在这之中，上帝的观念是一种价值理性，而世俗活动则是一种工具理性，这时的理性对新教徒来说是一个完整的统一体。可随着近代科学的迅猛发展，宗教的理论基础受到削弱，人们开始怀疑上帝选民这种价值，“寻求上帝天国的狂热开始逐渐变为冷静的经济德性，宗教的根慢慢枯死”。由于价值理性的丧失，物质与金钱成了人们追求的直接目的，而人的活动本身则异化为经济理性与金钱的手段。“金钱和物质这些身外之物对圣徒来说，本应‘是披在他们肩上的一件随时可

① [美] E. 博登海默著，邓正来译：《法理学、法律哲学与法律方法》，中国政法大学出版社1999年版，第454页。

② [美] E. 博登海默著，邓正来译：《法理学、法律哲学与法律方法》，中国政法大学出版社1999年版，第260页。