

中国当代青年法学家文库

刘艳红刑法学研究系列



实质刑法观

(第二版)

刘艳红 著

Substantive Theory of
Criminal Law

 中国人民大学出版社

版权信息

书名：实质刑法观（第二版）（中国当代青年法学家文库·刘艳红刑法学研究系列）

作者：刘艳红

出版社：中国人民大学出版社

出版日期：2019-09-01

ISBN：978-7-300-27330-3

价格：69.00元

目录

CONTENTS

“中国当代青年法学家文库”编委会

总序

第一章 理性选择：形式与实质的（合）理性

一、理性主义法律观

（一）理性主义法律观的演变：法律与理性的传统

（二）理性主义法律观的本质

二、法（律）的合理性问题

（一）黑格尔的法律合理性观

（二）马克斯·韦伯的法律合理性观

（三）麦考密克的法律合理性观

三、形式合理性与实质合理性的辩证统一

（一）实证法学派对法律实质合理性的责难

（二）超验自然法与法律实质合理性之肯定

（三）法律（合）理性之内容：形式与实质合理性的辩证统一

四、理性选择——形式合理性抑或实质合理性

（一）实质合理性对于形式合理性的实现具有重要作用

（二）法律的形式合理性优越于实质合理性

（三）结论

第二章 刑事法治模式：形式与实质的法治国

一、法治国模式：形式与实质的法治国

（一）古典法治理念：形式与实质法治国思想之雏形

（二）近代法治理念：形式与实质法治国思想之形成

二、刑事法治国之标志：罪刑法定原则

(一) 古典法治国思想及近代自由法治国思想与形式罪刑法定原则

(二) 形式罪刑法定原则到实质罪刑法定原则的形成

(三) 结论

三、形式与实质刑事法治国之基本模式

(一) 形式合理性——形式的刑事法治国之坚守

(二) 实质合理性——实质的刑事法治国之构建

四、现代社会包容性刑事法治国之构建

(一) 形式与实质的刑事法治之冲突

(二) 出路——包容性刑事法治国之提倡

(三) 结论

第三章 犯罪概念：形式与实质犯罪概念

一、形式犯罪概念到实质犯罪概念之发展

(一) 我国混合犯罪概念的立法发展

(二) 混合犯罪概念与实质犯罪概念之关系

二、形式犯罪概念与实质犯罪概念之聚讼

(一) 对实质犯罪概念的批判观点之概括

(二) 完善我国犯罪概念的方案意见之归纳

三、实质犯罪概念与社会危害性之合理性

(一) 混合犯罪概念具备存在的一般合理性

(二) 混合犯罪概念具备存在的优越合理性

四、实质犯罪概念与社会危害性之价值立场

(一) 在犯罪圈外，形式合理性是实质合理性的制度保障

(二) 在犯罪圈内，实质合理性是形式合理性的实现手段

五、结论

第四章 犯罪论：形式与实质的犯罪论

一、以行为为中心的古典形式犯罪论体系

(一) 古典犯罪论体系的出发点：形式构成要件论

(二) 形式构成要件论的两大特性：无价值性与客观性

(三) 小结

二、价值判断与实质的犯罪论体系之形成

(一) 规范性与主观性构成要件要素的发现

(二) 构成要件与违法性之间关系的深层变化

(三) 形式犯罪论的崩溃与实质犯罪论的初显

三、形式犯罪论与实质犯罪论之对立

(一) 形式的犯罪论

(二) 实质的犯罪论

(三) 形式犯罪论与实质犯罪论之争点

四、我国刑法中形式与实质的犯罪论之争

(一) 我国与大陆法系犯罪论体系的简要比析

(二) 我国形式与实质的犯罪论之对峙

第五章 现代社会与实质的犯罪论体系

一、构成要件是实质规范评价的类型形态

(一) 背景一：大陆法系国家刑法犯罪论体系

(二) 背景二：我国刑法犯罪论体系

二、现代刑法的目的论犯罪论体系之要求

(一) 犯罪论体系：范畴论与目的论

(二) 现代刑法犯罪论体系——目的论体系之提倡

(三) 实质的犯罪论体系——目的论体系之要求

三、刑法规范在适用中是先行的裁判规范

(一) 静/动态双层面刑法规范的不同性质

(二) 刑法规范是适用中先行的裁判规范

(三) 刑法裁判规范与实质的犯罪论体系

四、现代刑事法治国家构成要件的新机能

(一) 构成要件之传统机能：自由权保障与个别化机能

(二) 现代刑事法治国家构成要件之新机能：甄别值得处罚的法

益侵害行为

(三) 构成要件的新机能要求建立实质的犯罪论体系

第六章 刑法方法论与实质刑法解释论

一、刑法方法论的本体论与工具论之争

(一) 我国刑法学界刑法方法论问题意识的形成

(二) 刑法本体方法论与刑法工具方法论之分野

二、刑法本体方法论到工具方法论的范式转型

(一) 刑法的学科特性要求进行范式转型

(二) 刑法的正义性目的要求进行范式转型

(三) 小结

三、刑法方法论的未来趋势：走向实质的刑法解释学

(一) 实质的刑法解释论之提倡

(二) 实质的刑法解释论之意义

四、结论

第七章 形式与实质刑法解释论的来源、功能与意义

一、形式与实质刑法解释论的语境澄清

(一) 在时间上出现于确立罪刑法定原则之后

(二) 在问题上与形式与实质的犯罪论相关联

二、形式与实质刑法解释论的功能定位

(一) 形式与实质解释论的适用层面

(二) 形式与实质解释论是全体刑罚法规解释论的对立

三、形式与实质刑法解释论对立的意義

(一) 形式与实质解释论的对立有助于发展刑法方法论

(二) 形式与实质解释论的对立有助于发展犯罪论体系

(三) 形式与实质解释论的对立有助于发展刑法派别

四、结语

第八章 实质刑法观的体系化思考

一、什么是实质刑法观

二、实质刑法观的法哲学基础

三、实质刑法观的罪刑法定观

四、实质刑法观的犯罪论

（一）实质刑法观的构成要件论

（二）实质刑法观的违法性论

（三）实质刑法观的有责性论

五、实质刑法观的共犯论

结语

参考文献

后记

补记

第二版后记

“中国当代青年法学家文库”编委会

编委会主任：王利明

编委会成员（以姓氏拼音为序）

陈 甦 陈卫东 陈兴良 崔建远 公丕祥 韩大元

黄 进 李 林 刘春田 刘明祥 马怀德 秦前红

史际春 王 轶 王贵国 王利明 吴汉东 杨立新

叶必丰 余劲松 张明楷 张守文 张卫平 张新宝

赵旭东 郑成良 周叶中 周佑勇 朱慈蕴

总序

近代中国命运多舛，历经战火和民主思想洗礼的法律学科百废待兴。中华人民共和国成立后法治建设也走过了一段曲折、艰难的道路。改革开放的春风吹拂大地，万象更新。伴随着经济的飞速发展，我国在立法、司法、执法、守法等法治建设的方方面面取得了长足发展，法治在社会治理的方方面面发挥着重要的作用。我国的法律体系趋于完备，各个法律部门具有“四梁八柱”功能的规则体系已经建成，无法可依的时代已经成为历史，中国特色社会主义法律体系已基本形成。可以说，在立法方面，我们用短短几十年的时间走过了西方几百年走过的道路。与此同时，司法体系已基本完备，司法作为解决纠纷、维护社会正义最后一道防线的功能日益凸显，依法行政和法治政府建设也有长足进步。法学教育欣欣向荣，蓬勃发展，法学院从最初的寥寥几所发展到今天的六百多所，在校法学学生已逾三十万人。

中国市场经济腾飞的四十年也是我国法学研究蓬勃发展的四十年。风雨百年过，智慧树常青。得益于法学前辈融汇东西的学术积累，经过学界同仁的不懈探索和创新，各个法学学科都涌现出了一大批杰出的法学家。他们不仅躬耕学问、立身治学，而且积极为国家法治建设贡献智慧。他们严谨治学，具有深厚的法学功底，深谙各部门法的骨骼和精髓，并归纳总结出自成一派的法学观点；他们借鉴域外，精通比较法学的逻辑和方法，在博采众长之后，致力于完善我国的相关法学理论。多年的刻苦钻研早已使他们成为中国当代法治和法学教育的大梁，并在著作等身之际桃李天下，培育出更多优秀的青年学者。

当下法学发展的社会环境更是得天独厚。中国以昂扬的姿态迈入新时代，在党的领导下，我国的经济与社会发展更加繁荣昌盛，经济总量已跃居世界第二位。在习近平总书记的领导下，社会治理模式愈见清晰，“一带一路”宏伟倡议彰显大国担当，“中国梦”植根于每一个百姓的心里。全面依法治国被确立为国家治理的基本方略，建设法治中国、全面建设法治国家开始成为社会发展大方向和主旋律。党的十八大强调法治是治国理政的基本方式，并围绕全面推进依法治国、加快建设社会主义法治国家的战略目标，规定了法治建设的阶段性任务，强调要更加注重发挥法治在国家治理和社会管理中的重要作用。党的十九大报告更是以宪法为纲，突显了法治在社会发展中不可替代的基本性作用，全面依法治国使中国站在了新的历史起点。

对于我们法律人而言，这不仅是最好的时代，也是新的起点。历经半个多世纪，中国的法学发展从中华人民共和国成立初期的百废待举，学习西方的法律内容和格局，到如今逐渐形成自己的理论体系和话语体系，经历了从“照着讲”到“接着讲”的过程，法学已全面服务于国家治理，并深切关注人类命运共同体的前途和命运。随着科学技术的飞速发展和社会矛盾的日益变化，法学研究也面临着前所未有的挑战。随着我国经济转轨、社会转型，社会结构和执法环境发生了深刻变化，如何以问题为导向，如何利用法律思维解决现实社会问题，成为当代法学与实践相结合的新思路和新机遇。

法学学科以法的发展为研究对象，以公平正义为主要价值追求，不同于其他学科之处在于其实践性。“问渠哪得清如许？为有源头活水来”。法学学者要注重理论研究，但不可囿于象牙塔中，而应当走进生活、走向社会，密切关注我国的法治建设实践。法学学者需要守经，既坚守法治理念，守护法治精神，维护社会正义，也要与时俱进、不断创新，切不可因循守旧、故步自封。法学学者需要注重对域外有益经验的借鉴，但不可定于一尊，奉某一外国法律制度为圭臬，忽视本国法治实

践，照搬照抄外国的法律制度。面对任何社会问题，法学学者都有义务和责任展开相应的法治思维，以法治的方法解决我国的现实问题。在互联网和各项新的科学技术飞速发展、日新月异的今天，法学学者不仅要思考当下所遇到的法律问题，也要思考未来的法治走向和可能面临的问题。这些都对青年学者们提出了更高更新的要求。所幸我们的法学学者一直在孜孜不倦地努力，不断贡献着智慧与力量。

中国人民大学出版社邀请我组织这套“中国当代青年法学家文库”，我欣然同意。这套书收录了我国当代青年法学研究者中的佼佼者的代表作。入选著作具有以下特征：既秉持我国法学研究的脉络和精神传统，又反映我国当代法学研究的创新发展水平；既注重对基础理论的深入研究，又注重解决重大社会现实问题；既注重立足于中国学术研究，又有广博的域外研究视野；既博采众长，又立足于中国法学学科体系、话语体系的创新发展。这些作品综合运用了多种研究方法，探索了中国法学研究可能的学术转向，既有效吸收其他学科的研究方法和研究成果，也使法学研究的方法和成果能够为其他学科的学者所借鉴。我希望这套文库的问世，能够为国家法治建设建言献策，为中国法学理论的构建添砖加瓦，为世界法律文化的发展注入中国元素，为中国法治文化的传承贡献一份应有的力量。

是为序。



2018年4月

第一章 理性选择：形式与实质的（合）理性

理性问题如此宏大而又抽象，使得任何试图靠近它的努力总显得苍白。然而，实质的刑法立场这一命题，从一开始便和理性、合理性、形式理性、实质理性等一系列理性主义问题交织在一起。选择刑法的立场以什么为基点？为什么选择实质的刑法立场？实质的刑法立场与形式的刑法立场是何种关系？由于事关立场问题，与之相关的出发点——理性与合理性——当然是一个不可绕过的话题，否则，无论提出形式的抑或实质的刑法立场都将如沙上建塔，难以立论。而理性问题又是如此深远，这决定了本书不得不从考察理性与法律的传统开始，继而总结理性主义法律观的形成，并分析理性主义到合理性的发展以及形式合理性与实质合理性的对峙，从而为实质的刑法立场这一命题提供理论前提和基础。借用美国著名的社会主义法专家、统一法学派的代表人物之一哈罗德·J.伯尔曼（Harold.J.Berman，1918—2007）的一句话：“一个溺水者眼前会闪过他的整个生命过程。这可能是他下意识的努力，以便在他的经验范围内寻找摆脱险境的办法。所以，我不得不从遥远历史的视角，从头考察西方的法律与法制、秩序与正义的传统，以便找到摆脱目前困境的出路。”^[1]

注释

[1] [美] 哈罗德·J. 伯尔曼著，贺卫方等译：《法律与革命》，序言，4页，北京，中国大百科全书出版社，1993。

一、理性主义法律观

（一）理性主义法律观的演变：法律与理性的传统

理性是法律的生命，也是法律的本质。法律思想的发展史表明，从古希腊、古罗马的法律思想，到欧洲中世纪神学法学，再到近代西方法学中的古典自然法学以及以康德、黑格尔等人为代表的哲理法学，及至20世纪以降的现代法学，理性主义与法学有着深厚的渊源，理性主义对法学也产生了巨大影响。正是理性主义的不断向前发展，促使法学不断向更高、更深的层面发展。

古希腊法律思想家们以独具特色的理性自然法观开创了西方法治理性主义的先河，并且，古希腊大部分理论家在论证其哲学和政治法律观念时，都是从自然、理性等出发的。他们对法律的解释从一开始就是和理性一词等同起来的。自然主义法学派奠基人柏拉图（Plato，前427—前347）从分析人的认识理性出发，表达了人类对于法的理性追求。他认为，人的灵魂有理性、理智、信念和想象四种状态，而其中“人们用以思考推理的，可以称为灵魂的理性部分”，理性状态是灵魂中的“最高部分”，因而“人们应该按照理性的要求有秩序地活着”，而不能按照“心灵的无理性部分或欲望部分”活着。虽然柏拉图明确了人的灵魂中理性部分的功用在于思考推理，但是，理性部分的内容究竟是什么才是更重要的问题。对此，柏拉图认为，理性就是一种至善，他说，“任何人凡能在私人生活或公共生活中行事合乎理性的，必定是看见了善的理念的”。而这种至善就是法律，“法律会以某种方式告知：遇到不幸时尽可能保持冷静而不急躁诉苦，是最善的”。促使人们克制不幸时的痛苦的“是理性与法律”，“根据理性的指示决定下一步的行动应该是最善之

道。我们的最善部分是愿意遵从理性指导的”^[1]。至善、理性与法律在柏拉图这里合而为一了——法律就是理性的命令和体现，就是理性的结晶。柏拉图在《理想国》中还提出了构建人治的理想国之设想，但其梦想最终还是没有实现。他认为，法律是根据理性的一种“推定”，以此出发，他提出自己的立法主张，即要根据人类全部的善德来制定全面的法律，不要被动地缺少什么就制定什么。“什么是国家制度的至善，什么是立法者立法所追求的至善，以及，什么是极恶”^[2]，是立法者在立法时必须要考虑的问题。由于柏拉图着重从道德理想的价值角度界定理性，因而其理性思想还可以称为价值理性观。

亚里士多德（Aristotle，前384—前322）在柏拉图的基础上进一步发展了理性主义。亚里士多德将法律界定为不受主观愿望影响的客观理性，将自然、法律和理性等同看待。他认为，由自然正义产生自然法，这是人类理性的体现，是人类行为和国家的道德标准，是制定实在法的根据。因此，以人类理性体现的自然法为基础所制定的法律是不受主观影响的理性，是最高的权威。^[3]与此同时，自然法理论之集大成者斯多葛学派认为，理性是宇宙的统治力量，渗透于万物之中的自然法是一种普遍法则，体现了人类的理性。该学派的创始人芝诺（Zeon，前336—前264）更加明确表示法律是理性的产物。在他们看来，理性指的是世界具有合乎理性的本性，它是被一定秩序和逻辑支配着的整体。可见，他们所持的是一种本体理性观。同时，受他们的神学观念的影响，这种理性也因此是一种神学理性观，即认为世界中存在着一种纯粹的、脱离物质的理性，它是上帝用来统治世界的大法，体现的是神的意志。

古罗马时期的法律思想家们在古希腊法律思想家的影响之下，进一步发展了神学理性的法律观，除此之外，他们还提出了实践理性观。西塞罗（Cicero，前106—前43）认为，法和法律是有区别的，法是指自然法，法律则是由“人民通过的法律”，而自然法是指体现神界的“正确理性”的东西。^[4]西塞罗在重复斯多葛学派的思想时说道，“法律乃是自然

中固有的最高理性，它允许做应该做的事情，禁止相反的行为。当这种理性确立于人的心智并得到实现，便是法律。因此，他们通常认为，智慧就是法律，其含义是智慧要求人们正确地行为，禁止人们违法”^[5]。

这种理性观也是一种本体理性观。奥古斯丁（Aurelius Augustine, 354—430）、阿奎那（Thomas Aquinas, 1225—1274）等人的法律观受到了斯多葛学派尤其是西塞罗的自然法学理论的影响，把自然法思想整合进神学思想之中，形成了颇具特色的神学法律观。奥古斯丁认为，一个没有理性的人，需要别人用命令来控制他的各种欲望，而法律的作用与目的，就是用命令来控制那些没有理性的人的各种欲望。^[6]显然，奥古斯丁所说的理性指的是与人的行为有关的理性，即人的实践理性。阿奎那认为，人的行为受理性支配，人类行为的准则和尺度是理性，理性可以根据需要指挥一切力量去达到它所指的目的。而法是要受理性的限制的，符合理性的才能称为法。因而，法是理性的精神，法是理性的一种命令，是正义的体现。法既以理性为原则，又是理性的产物。法律则是理性的具体形式，是法的外化。^[7]显然，阿奎那所说的理性也是神的或者说宇宙的理性，因而是一种神学理性观；但同时他所说的理性也涉及人的行为的发生、控制机制等实践性的问题，因而也是一种实践理性观。

在近代西方法学的发展过程中，理性主义对法学的影响达到了顶峰。从17世纪至19世纪，可以称为“理性法”时代。此一时期，理性对整个欧洲近代法制的建立与发展，包括各国法典的编纂，都有决定性的影响。^[8]

在“理性法”时代，早期的资产阶级进步思想家进一步发展了理性与法律的关系的理论，其中以17、18世纪资产阶级革命时期古典自然法学派的成就最为突出，而其他的法哲学流派也作出了不少贡献。

作为早期重要的启蒙思想家、自然法的阐释者霍布斯（Thomas

Hobbes, 1588—1679) 认为, 自然法就是一种合乎理性的规律或规则, 是人类理性的体现, 它只适用于有理性的人类, 而实现了自然法的人就是正义的。自然法的实质就是理性, 只有体现了人类理性的自然法才能使人们的利益得到保障。人们正是出于理性的驱使才建立了国家, 以保障他们的利益, 因此, 自然法应该成为人们行为的最高规范, 是人们行为的道德准则。^[9]他明确指出, “自然律是理性所发现的戒条或一般法则。这种戒条或一般法则禁止人们去做损毁自己的生命或剥夺保全自己生命的手段的事情, 并禁止人们不去做自己认为最有利于生命保全的事情”^[10]。显然霍布斯所说的理性既是本体理性, 也是实践理性。

洛克(John Locke, 1632—1704) 作为17世纪英国资产阶级革命时期著名的政治思想家、古典自然法学派的杰出代表, 他首先站在本体理性、价值理性的立场充分论述了理性和法律的关系。在洛克看来, “自然状态有一种为所有人所应遵守的自然法对它起着支配作用; 而理性, 也就是自然法, 教导着有意遵从理性的全人类: 人们既然都是平等和独立的, 任何人就不得侵害他人的生命、健康、自由或财产”。“罪犯在触犯自然法时, 已是表明自己按照理性和公道之外的规则生活, 而理性和公道的规则正是上帝为人类的相互安全所设置的人类行为的尺度”, 犯罪是“对自然法所规定的全人类和平和安全的侵犯”。人类法的制定, 只有以人类理性为最高准则, 才是公正和合理的。他指出, “各国大部分国内法确是这样, 这些法律只有以自然法为根据时才是公正的, 它们的规定和解释必须以自然法为根据”。显然, 首先洛克认为自然法就是理性, 理性、正义和自然法是一致的。其次, 洛克所说的理性还包括实践理性, 因为他说, “自然法是所有的人——立法者以及其他人的永恒的规范。他们所制定的用来规范其他人的行动的法则, 以及他们自己和其他人的行动, 都必须符合于自然法”。“理性把一个人提高到差不多与天使相等的地位, 当一个人抛弃了他的理性时, 他的杂乱的心灵可以使他堕落到比野兽还要远为残暴。人类的思想比恒河的沙还多, 比海洋还宽阔, 假使没有理性这个在航行中指示方向的唯一的星辰和罗盘来引导,

幻想和情感定会将他带入许许多多奇怪的路途。”“当理性被抛到一边时，人的意志便随时可以作出种种无法无天的事情来。”^[11]显然，洛克认为理性应当成为人们行动的指导和准则，符合理性的行为才是符合自然法的行为。

法国18世纪资产阶级革命前夕，以伏尔泰（Voltaire，1694—1778）、孟德斯鸠（Baron de Montesquieu，1689—1755）、卢梭（J.J.Rousseau，1712—1778）等人为代表的启蒙思想家们，在崇尚理性主义、讲究人性尊严的文化大旗之下，孕育了近代最初的启蒙思潮。启蒙运动时期也被称为“理性法”时代的巅峰。

“启蒙运动”这个概念本身具有与中世纪的蒙昧信仰相对立的启迪理性之含义，这个词的法文为Siècle des Lumières，德文为Zeit der Aufklärung，英文为the Enlightenment，均含有“以光明驱逐黑暗”之意。“18世纪启蒙运动的‘双亲’是17世纪的自然神论（它是近代自然科学的神学庇护所）和古典主义，它从它们那里继承了一个共同的思想精髓，即理性精神。”^[12]因而启蒙时代是理性高扬的时代。启蒙思想家们将16、17世纪以来的自然法理论进一步转化为自由、平等、博爱、天赋人权等标语式口号来武装人们的思想，并以“健全的理性”为核心的自然法理论为武器，向宗教神学和君主专制发起了猛烈的攻击。他们将理性推崇为人们思想和行为的基础，用理性来批判一切不合理的意识形态和政治制度，认为理性主义能够战胜蒙昧主义和（宗教）信仰主义。

孟德斯鸠作为启蒙运动的杰出代表，理性论是其政治法律哲学观中最基本的理论。他认为，一般的法律是人类的理性，各国的法律是人类理性在特殊场合的适用，因此，法律和地理、地址、气候、人种、风俗、习惯、宗教信仰、人口、商业等都有关系，而这些关系就是法的精神。孟德斯鸠在其名作《论法的精神》一书的开篇就明确指出，“从最广泛的意义上来说，法是事物的性质产生出来的必然关系。在这个意义

上，一切存在物都有它们的法。上帝有他的法；物质世界有它的法；高于人类的‘智灵们’有他们的法；兽类有它们的法；人类有他们的法。有人说，我们所看见的世界上的一切东西都是一种盲目的命运所产生出来的，这是极端荒谬的说法。因为如果说一个盲目的命运能产生‘智能的存在物’，还有比这更荒谬的么？由此可见，是有一个根本理性存在着的。法就是这个根本理性和各种存在物之间的关系，同时也是存在物彼此之间的关系”^[13]。这种“法”就是孟德斯鸠所说的自然法，它是人类理性的体现。他指出，“一般地说，法律，在它支配着地球上所有人民的场合，就是人类的理性；每个国家的政治法规和民事法规应该只是把这种人类理性适用于个别的情况”^[14]。

正如《论法的精神》一书的译者张雁深在该书中文版译者前言中所指出的，孟德斯鸠的“理性论在当时神学统治一切的时代，是一枚烈性的炸弹，它摇撼了封建主义和专制暴政的堡垒——教会的统治。笛卡尔是先驱；他把上帝和人分开。笛卡尔把理性当作一切知识的最后标准，把神学驱逐出科学的领域。这对孟德斯鸠的影响是巨大的。孟德斯鸠进了一步，他不但把科学和神学分开，而且把上帝和人分开。这样，上帝有上帝的法律，人有人的法律。所以在他辽阔的、包罗万象的、建立在人类自然知识基础上的国家和法的理论领域里，是完全没有上帝和神学的地位的”。

显然，孟德斯鸠和其他自然法思想家一样，认为抽象的理性是自然法的渊源，而自然法则是法律的基础。对此，卢梭也指出，“毫无疑问，存在着一种完全出自理性的普遍正义”，制定法律是为了使人们遵守“正义的法则”，“并使正义能符合于它的目的”^[15]。显然，卢梭也认为人世间存在着一种作为理性之体现的自然法则。

在马克思看来，这些启蒙思想家“不承认任何外界的权威，不管这种权威是什么样的。宗教、自然观、社会、国家制度，一切都受到最无

情的批判，一切都必须在例行的法庭面前为自己的存在作辩护或者放弃存在的权利”。总之，理性是启蒙主义者手中的标尺，他们以此去丈量整个社会的思想；理性也是他们手中的漏斗，他们用其筛去一切僵化的清规戒律，留下资产阶级眼中的真理和正义，构筑所谓“理性的王国”，即建立资产阶级的民主共和国代替封建专政社会；理性不但成为宏伟、高亢的启蒙乐章中最为突出的音符，其地位在这一时期也被提到了前所未有的高度。当然，这一时期的思想家们对理性的态度也有差异。例如，伏尔泰对理性奉若神明，对资本主义抱有乐观态度与极大的信心。卢梭虽然也承认理性的存在，但绝不赞成人和社会完全受理性摆布，而主张尊重自然情感和自由意志，并且对资本主义现代文明忧心忡忡。他曾说，“文明人毫无怨声地戴着他的枷锁……只是不断地夸耀他们在枷锁下所享受的和平与安宁，其实他们是把最悲惨的奴隶状态称为和平”^[16]。

总之，在笔者看来，17、18世纪启蒙思想家们所说的理性是价值理性。他们以文艺复兴的人文主义为基础，宣扬人性论和人道主义，以理性为武器向封建思想发起冲击。因此，他们所说的理性既包括人权、人道等人性论，也包括自由、平等、博爱等精神寄托和价值观念。此外，启蒙思想家们的理性观念完成了对价值理性从中世纪到近代的世俗化改造，因为以往的价值理性是与宗教唯心、蒙昧主义纠缠在一起的，而启蒙运动的理性思潮扫荡了愚昧和无知，客观上为人提供了一种安身立命之所，为人们的生活提供了意义、信仰、追求等精神观念。同时，启蒙运动所宣扬的理性也是一种认知理性，因为它注重利用人的思维能力和理智铲除蒙昧主义，注重通过人的主体意识和人的能动性将人从宗教神学中解放出来。启蒙运动时期理性主义哲学思潮的发展，使自古罗马以来的自然法观念成为一个完整的理性主义的系统的思想体系。

18世纪末期和19世纪前期，德国古典唯心主义哲学家康德（Immanuel Kant, 1724—1804）和黑格尔（G.W.Friedrich Hegel, 1770

—1831) 接受并传播了诸如天赋人权、人类理性、自由与平等等启蒙运动的思想，并仍然采用理性主义的研究方法，以理想中的法而非实在法作为研究的重点，“即仍然肯定理性与法律的内在关系，并用抽象的推理方法进行研究”^[17]。

康德是“理性法”时代理性法理论的集大成者。康德在继承古典自然法学派的本体理性和实践理性的基础上，又对西方的古典理性进行了批判。正是这种对古典理性的批判和吸收，使得理性主义从一个新的角度得到了发展。康德从考察人的理性本身入手阐明了他的理性主义法律观。康德在分析人性时，认为在人性中有较劣的部分，即满足生理要求的欲望；人也有理性，人是具有理性的动物，这是人类所独有的优点。他说，“人，地球上唯一有理性的生物，在他体内的那些运用理性的自然能力，不是在单个人中而只是在全人类中才能获得完全的发展”^[18]。

康德认为人类理性有两个方面：一是认识理性，即认识真理的能力；二是“实践理性”，即“可以决定自愿选择的行动”，是选择合乎正义行为的能力，是用于指导人们如何行动的。康德认为人生来具有自由权利，人具有自己的意志自由，而意志自由是那种仅仅“和那决定选择行动力量的原则有关”的实践理性^[19]，其表现之一，就是具有选择行动的自由。一个人如何行动，依据什么原则来行动，就是一个人的行为的“准则”。在自然状态中，人们没有法律，滥用自己的自由，便可能侵犯他人的自由。法律的作用就是调节人们的行为，使其互不侵犯，以便人人都获得自由。而关于什么是自由，康德说，“自由概念只能从理性的实践法则来推断，作为事实来看，理性的实践法则被称为绝对命令”^[20]。为了保证每个人的自由，并从法律和人的理性的重要性出发，康德提出“人类最大的实际问题，就是解决自然强加给他们的如何建立一个文明社会，根据法律，他们共同执行这一正义的原则”^[21]。换言之，人如何发挥他们的实践理性以执行法律是保障人类自身自由所要面临的重大问题。康德还指出，人类运用理性的能力有一个无限发展和不

断完善的过程。这是他对人类和人类历史抱有乐观信念的依据。按照康德的逻辑，正是由于人类有理性，因而人类能够离开自然状态而建立由法律所规定的秩序；这种由法律来调节人们相互间关系的生活，才是文明的社会的生活；只有在这种社会中，人类的理性才能得到完全的发展。^[22]

黑格尔是从康德的理性观出发的，不过他不同意康德对理性的两种严格区分，而认为理论理性即纯粹理性与实践理性是统一的，前者是后者的基础，从而建立了他的辩证法的法哲学体系。^[23]他指出，一方面，理性就是“无限的东西即理念”^[24]，“理性是世界的灵魂，居于世界之中，构成世界内在的、固有的、深邃的本质，或者说理性是世界的共性”^[25]。这种意义上的理性是极为抽象的，它是万事万物本身存在与发展的合理根据，是绝对精神运动的轨迹；而法律就是从理性自身发展中产生出来的。在黑格尔看来，理性是母树，而法律是枝叶；理性是全体，而“法不过是整个的一个分支或像藤类植物，攀缘在自在自为地屹立着的树上”。他还指出，“合乎理性的东西即自在自为的法的东
西”^[26]。显然，法律与理性在此是同义的。另一方面，理性也包括人的认知理性，这种认知理性则是对作为世界共性的理性的认识能力亦即理性的能力。用黑格尔的话来说就是，“发现经验知识是有条件的，那是理性的能力——理性即是认识无条件的事物的能力。至于这里所谓理性的对象，无条件的或无限的事物，不是别的，而是自我同一性”，“理性就是把这纯粹的同一体本身作为对象或目的之抽象的自我或思维”^[27]。

通过对事物绝对理性和人们理性能力的揭示，黑格尔还提出了一个著名的命题：“凡是合乎理性的东西都是现实的，凡是现实的东西都是合乎理性的。”^[28]他以理性主义为旗帜，要求一切事物都要合乎理性，都要在理性面前接受审查和检验。理性是万物的本质与根源，决定了万物的存在与消亡。黑格尔排斥了关于人类行为的任何主观的、任意的标准，他把法、正义、理性作为客观的精神追求，有力地批判“以不法为

法”的现象。理性是引导人们前进的永恒动力，而绝非权宜之计。其内涵之深邃远非空泛的自然法学所能比。当时，伟大的德国诗人海涅曾对此作了极高的评价，他称黑格尔的“凡是命题”追求进步国家，坚持自由原则，孕育着未来的革命。在理性面前，不存在任何最终的、绝对的、神圣的东西，在它面前，除了发生和消灭、无止境地由低级上升到高级的不断过程，什么都不存在。^[29]

19世纪以来，古典自然法学遭到了哲理法学、分析法学、历史法学等其他法学流派的批判，而且随着现实主义法学、批判法学运动的兴起，古典自然法学渐渐地走向了衰落。然而，随着西方社会政治、经济的发展，到20世纪，西方社会又出现了新的矛盾与冲突，政治、法律乃至经济的发展是否应遵循一定的价值原则的问题，重新被人们提起，自然法所一贯强调的人的理性和道德准则重新被人们关注。在此历史条件下，自然法观念逐渐得到了复兴。经过德国新康德主义法学家鲁道夫·施塔姆勒（Rudolf Stammler, 1856—1938）、法国的马里旦（Jacques Maritain, 1882—1973）和美国的富勒（Lon L. Fuller, 1902—1978）等人的努力，自然法观念在20世纪重新得到人们的重视，成为法学研究领域的一股新的思潮，形成了新自然法学派。^[30]新自然法学派的杰出代表人物马里旦继承并发展了自然法学派的自然法思想。马里旦批判和否定了17、18世纪的理性主义自然法理论，将其斥为一种“变形的”理论；他继承了中世纪阿奎那的神学自然法思想，因而他颂扬基督教和天主教神学自然法理论；他结合20世纪的新情况，将复兴自然法理论构筑在神学的基础上，并注入了一些新的内容。马里旦认为自然法是人权的哲学基础或理性基础。法律必须是一种理性的秩序，自然法是一种神圣理性的秩序。^[31]马里旦从本体论和认识论两方面阐述了自然法的含义。从本体论来看，马里旦是这样解释自然法的：“正是靠着人性的力量，才有这样一种秩序或安排，它们是人的理性所能发现的，并且人的意志为了要使它自己同人类基本的和必然的目的合拍，就一定要按照它们而行动。不成文法或自然法就不外乎是这样。”从认识论的角度来说，自然

法是一种不成文法，要认识它是相当困难的。马里旦赞成阿奎那所说的“凡一个人根据其本性所倾向的每一件事物都属于自然法”。因此，他认为人通过理性能认识和发现自然法，但人的理性认识自然法的真正方式不是通过理性知识，即不是通过概念判断而得来的明确的知识，而是通过人类本性的倾向而得来的知识，“在这中间，理智为了要进行判断，就求教并倾听悠久趋向的颤动的弦线这一问题所发出的内在旋律”^[32]。他同时指出，国家是由人创立的，但它体现了理性，构成一种不具人格的、持久的上层建筑。^[33]在马里旦的神性的自然法体系中，自然法的本质实际上就是人类的理性，这种理性既是人类的认识理性，也是宇宙的本体理性。

（二）理性主义法律观的本质

前文通过分析表明，各个不同历史时期若干重要的法律思想家的理性主义法律观是建立在不同的法哲学理论基础之上的：古希腊柏拉图、亚里士多德等人的理性主义法律观建立在正义、自然法的基础之上；古罗马西塞罗、阿奎那等人的理性主义法律观建立在上帝、宗教神学的基础之上；启蒙思想时期的理性主义法律观建立在自然权利、自然法和社会契约理论基础之上；康德、黑格尔等德国古典哲学家的理性主义法律观建立在自由哲学的基础之上；而新自然法学派虽不是一个严格意义上的学派，没有统一的学术纲领和一致的学术主张，但是，毕竟是在传统的自然法观念的基础之上发展起来的一个学派，因此，其理性主义法律观基本上也是建立在传统自然法理论中人权、自由等哲学观的基础之上的。哲学基础的差别，导致他们的法律理性观的内容也存在差异。比如，在中世纪，理性主要是用来为神学思想服务的，神法所体现的内在理性成为人类所必须遵从的共同理性，自然法是永恒的上帝的旨意，是上帝的法律的代名词，理性则成为上帝赋予人类的本能；而近代西方法律思想家则是从人性论出发强调人的理性的作用，认为自然法是正确的

理性法则，理性则是法律制定的根据；而德国的古典哲学家则认为自然法是构成世界最本质的东西，人的理性正是用来承认自然法的，它同时也是事物发展的根据，是法律产生的基础；等等。

然而，从各位学者的论断中，我们仍然可以发现关于法律理性观的一些共同的东西，而这也正是前文交代理性主义法律观在法律思想史上的演进过程的意义。

很显然，从古希腊开始，法律就被赋予理性的意义；理性主义法律观长期发展的结果是理性最终内化为法律的本质；法律作为体现人类共同权利或正义的自然法的体系，其内容正是对自然法的这一事物判断的理性之反映。而理性主义法律观的基本内容可以概括为两个主要方面：其一，从本体论和价值论的角度理解，理性是指事物本质之所在，人类共同的善德、公平、正义是它的内涵；法律是人类理性的体现，是公平、正义的规则。其二，从实践论和认识论的角度而言，理性的意义在于，法律通过人类的理性认识而被发现，法律是人类理性的体现，人们的行动通过作为理性之体现的法律得以被规制。

首先，法律是人类理性的体现。理性主义法律观相信：存在着人类共同理性，世界上存在着符合人类共同理性的永恒不变的自然规律即自然法；自然法高于实在法，自然法是合乎正义的，并且是实在法即法律的制定基础；法律只受理性的指导、支配，法律就是健康的理性；理想的法律就是符合某种“自然”即理性的法律。这是一种本体理性，也是一种价值理性。

虽然如前文所述，历史上各位法律思想家们所说的自然法以及理性两个词的含义明显存在着差别，但是，无论认为自然法是神的法则还是人类的法则，不同时代的学者对自然法的认识在这一点上都是相同的，即自然法是反映自然存在的秩序的法，它是“人类所共有的权利或正义的体系，它是自然界的永恒和谐的本质在国家 and 法的领域的体现”^[34]。

实在法生活在自然法里。只不过，这种“自然存在”在不同的学者那里因时代不同而有不同认识——或者是神的存在或宇宙的存在，或者是人类的存在，或者是不受任何主观影响的纯客观存在，等等。用德国学者科殷的话概括，“自然法首先是为了形成社会的制度扎根于社会道德和客观事实的各种原则的总和。它同时引发遵守社会道德的义务，要根据它的各种原则来塑造现行的实在法制度”^[35]。

而理性，从词源上看，它源于古希腊的哲学术语logos，是指世界的普遍规律性。^[36]但是，世界的普遍规律性是如此之抽象，以至于人们很难明确它究竟所指为何。因此，尝试给理性下一个准确的定义显然是极其困难的。套用孟德斯鸠关于自由的一句名言——“没有一个词比自由有更多的含义，并在人们意识中留下更多不同的印象了。”^[37]——没有一词比理性有更多的含义，并在人们意识中留下更多不同的印象了。如果说有一个词可以和自由一词相媲美的话，那也许就是理性。不过，对理性加以定义也并非本书的重点和研究目的。自由或理性的定义尽管千差万别，但人们脑海中总是有着粗浅的关于它们的认识。亚里士多德和斯多葛派学派都认为，世界虽然是物质的，但是理性处处赋予物质世界的材料以“质上特定的如此存在”，它起着塑造物质世界的作用，并给了世界以和谐的秩序。^[38]这一概括，似乎在某种程度上可以表明理性的特征。再结合历代法律思想家的研究，可以对理性作如下总结性的概括：理性是相对于感性的，它是一种超经验主义；它代表的是事物的本质的、基础的、普遍的一面；人类共同的善德、公平、正义及正当性与合理性是它的内涵；按照自然法学派的观点，自然法就是理性，法律（实在法）则是这种理性的体现。

自然法和理性之间的关系，导致人们对自然法的认识随着理性的变化而变化。“就自然法而言，从其最初产生开始，自然法的内容随着人类认识史上的每一项成就的取得而变化，认识越前进，自然法的内容越具体、丰富。所以，自然法都是在理性的光照下印现出来的，或者说是

被理性之光照亮的人类有关自己本性的认识。”^[39]至于以后随着科学发现和发明的不断出现，人类理性进入了一个新的阶段，产生了实证主义法律理论，那是因为，“法实证主义是现代世界对自然法论危机的一种回应，我们甚至可以说，法实证主义是自然法论之子”^[40]。而且，这也恰恰说明，自然法与实证主义共同分享理性的成果，都是依赖于理性的。所以，如果通过其他途径不能很好地理解什么是理性，那么，对自然法的理解也许可以帮助我们。

其次，法律通过人类理性而被认识和发现，人们用法律也即用理性规制自己的行为，这就是理性的实践性。“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。”^[41]因此，理性主义法律观所指的理性当然也是实践理性。

理性是人们行动的工具。理性被认为是与生俱来的，是人本性中的东西，是人天生就有的用来判断事物是非曲直的基本准则，这种基本准则或者说自然法就是人们通过理性而发现的人类法则。人类认识事物的过程就是理性的展开过程，对自然法的把握和人与生俱来的理性的展开是一致的。于人类而言，理性是某种永恒的、不败的、具有普遍约束力的观念。这种观念用来判断是非善恶，是否具有这种观念是人与自然界之万物的重要区别；这种观念实际就是指导人们行动的自然法则，它要求“人们必须做善事，从善若流，受善的指引，避于作恶，疾恶如仇”^[42]。作为人类理性之体现的自然法则诱导人们树立善德和正义观念，并通过实在法贯彻其善恶、正义的理念。实在法告诉人们哪些是禁止做的事情，哪些是可以做的事情；实在法的强制性要求人们根据其规定决定自己的行为，当人们这样做了，他也就是理性的。因此，一个具有理性的人是根据自然中固有的最高理性——法律来决定自己行为的产生、性质等实践性问题的，理性也必然和人的行动控制相关，它昭示着人们应遵从理性而行动，它必然具有实践的色彩。

理性也是人们的思维工具。理性是在知觉及其所认识到的事物的基础之上形成的对事物的一般判断，它是人的一种自然的理智的判断方向。这种判断的内容是对事物善恶是非的判断，而判断最终是为人们的行动发挥作用的。理性作为人们的思维工具，其特点在柏拉图、阿奎那、洛克、康德等人的论述中体现得尤为明显；同时，我们也可以借用法国近代哲学的创始人之一勒内·笛卡尔（Rene Descartes, 1596—1650）的理性主义哲学来更深刻地领会理性作为人们的思维工具的特性。

笛卡尔明确指出，所谓人的“聪明才智，指的就是判别真假是非的理性”^[43]。思维的理性或者说理性的思维意味着，人类在认识事物的过程中要能够透过对事物的感觉认清其本质。这就要求人们对事物的认识要识破幻觉，而“识破幻觉，更要用精确意义的理性。我们的感觉常常欺骗我们：一座方塔，远看却是圆的；一根手杖插在水里，看起来却是折断的；而且我们还会做梦，梦中的现实都不真实。如果单用感官，实在无法察觉这类骗局”。只有“用更高级认识能力——理性——才行。感官只能得到个别的、片面的知觉，只有理性才能获得普遍的、必然的认识。因此我们必须时刻谨防感官的欺骗，有意识地对一切进行仔细分析，把它分成尽可能小的部分，小到一下就能清楚明白地洞察其本质。把每一个部分都认识透彻之后，对全体也就得到了可靠的认识”^[44]。显然，理性对事物的清楚明白的认识才是真理的标准。于法律而言，自然法与实在法相吻合，它们与理性相适应，因而也与正义的本质相适应，理性的判断表示出正义的事情的本质。

理性认识高于感性认识。如前所述，理性是“某种永恒的、不败的、具有普遍约束力的观念”，这种普遍的观念不能通过感官的知觉形成。感性材料的堆积不是科学的、理性的认识。只有将理性作为核心贯穿到感性材料之中，对之进行加工分析才能建立关于事物的合理的科学。“建立科学要经过两道手续，首先要通过分析鉴定材料是否可靠，

然后通过综合把可靠的材料统一成为体系。这分析和综合，笛卡尔认为都要用一种工具来进行，这就是理性所固有的天赋观念。”^[45]人类正是“通过反复实践获得一些基本资料之后，又在实践中精练、打磨，制成高级观念，作为以后扩大实践的指导，这样，人类的认识才能不断提高，从个别提高到一般，再从比较狭窄的一般提高到更加广阔的一般，永无止境”^[46]。

于立法者而言，实践理性的体现在于，立法者立法时应当遵循自然规律的要求，使法律符合理性的原则。只有合乎理性的法律，才是公正的法律；否则，就会违反人类理性，破坏自然规律，给人类带来灾祸。

当然，无论是对于立法者还是普通民众而言，实践理性都是一种有限理性，因为“知识的不完备性，对困难的预见，可能行为的范围等都决定了理性只能呈现为有限的理性”^[47]。

总之，正如《牛津法律大辞典》中所写的那样：“由于长期的自然规律思维的延续，理性已成为法律思想史的重要因素。”^[48]尽管理性主义法律观的传统表明，理性与法律最初只是在自然法那里发生密切联系的，但是，自然法和实证法从来都不是分开的，实证法的产生和发展恰恰是建立在自然法的基础之上的。因此，在现实的人类社会法律的制定过程中，立法原则本身就蕴含着理性；在实定法的适用过程中，也常常运用理性主义法律观的正义、公平等价值内涵。

需要指出的是，笔者所说的理性主义法律观主要针对自然法理论。因为自然法是西方法哲学史中源远流长的主流派思想，一部法哲学史实际上就是自然法产生和发展的思想史。虽然在20世纪以后产生了实证法学派、社会法学派、社会哲学派、分析法学派、批判法学派、统一法学派等各种法学流派，但是，几乎所有的法学派别的产生、形成与发展都是以或批判或发展自然法理论为基础的，是在与自然法的论战中逐渐取得自身独立性的。

注释

- [1] [古希腊] 柏拉图著，郭斌和、张竹明译：《理想国》，165、253、271、276、403页，北京，商务印书馆，1986。
- [2] [古希腊] 柏拉图著，郭斌和、张竹明译：《理想国》，198页。
- [3] 参见 [古希腊] 亚里士多德著，吴寿鹏译：《政治学》，40页，北京，商务印书馆，1965。
- [4] 参见 [古罗马] 西塞罗著，王焕生译：《论共和国，论法律》，171页，北京，中国政法大学出版社，1997。
- [5] [德] H. 科殷著，林荣远译：《法哲学》，15页，北京，华夏出版社，2002。
- [6] 参见张宏生主编：《西方法律思想史资料选编》，84、86页，北京，北京大学出版社，1983。
- [7] 参见 [意] 托马斯·阿奎那著，马清槐译：《阿奎那政治著作选》，102、104页，北京，商务印书馆，1963。
- [8] 参见颜厥安：《法与实践理性》，238页，北京，中国政法大学出版社，2003。
- [9] 参见 [英] 霍布斯著，黎思复、黎廷弼译：《利维坦》，IX、109~122页，北京，商务印书馆，1985。
- [10] [英] 霍布斯著，黎思复、黎廷弼译：《利维坦》，97页。
- [11] [英] 洛克著，叶启芳、瞿菊农译：《政府论》（下篇），6~8、10、84、49页，北京，商务印书馆，1982。
- [12] 赵林：《古典主义与启蒙运动》，载《法国研究》，2004（1），7页。
- [13] [法] 孟德斯鸠著，张雁深译：《论法的精神》（上册），1页，北京，商务印书馆，1961。
- [14] [法] 孟德斯鸠著，张雁深译：《论法的精神》（上册），6页。
- [15] [法] 卢梭著，何兆武译：《社会契约论》，48~49页，北京，商务印书馆，1980。
- [16] [法] 卢梭著，李常山译：《论人类不平等的起源和基础》，133~134页，北京，商务印书馆，1961。

- [17] 刘全德主编：《西方法律思想史》，84页，北京，中国政法大学出版社，1996。
- [18] [德] 康德：《永久和平》，6页。转引自张宏生主编：《西方法律思想史资料选编》，322页。
- [19] 参见 [德] 康德著，沈叔平译：《法的形而上学原理》，12、13页，北京，商务印书馆，1991。
- [20] 张宏生主编：《西方法律思想史资料选编》，323~324页。
- [21] [德] 康德：《永久和平》，11页。
- [22] 参见张宏生主编：《西方法律思想史资料选编》，323页。
- [23] 参见李龙主编：《西方法学名著提要》，305页，南昌，江西人民出版社，1999。
- [24] [德] 黑格尔著，范扬、张企泰译：《法哲学原理》，163页，北京，商务印书馆，1961。
- [25] [德] 黑格尔著，贺麟译：《小逻辑》，80页，北京，商务印书馆，1980。
- [26] [德] 黑格尔著，范扬、张企泰译：《法哲学原理》，163、225页。
- [27] [德] 黑格尔著，贺麟译：《小逻辑》，126页。
- [28] [德] 黑格尔著，范扬、张企泰译：《法哲学原理》，序言，11页。
- [29] 参见刘全德主编：《西方法律思想史》，95页。
- [30] 参见刘全德主编：《西方法律思想史》，153~154页。
- [31] 参见 [法] 马里旦著，霍宗彦译：《人和国家》，85~86、298页，北京，商务印书馆，1964。
- [32] [法] 马里旦著，霍宗彦译：《人和国家》，81、86、87页。
- [33] 参见 [法] 马里旦著，霍宗彦译：《人和国家》，12页。
- [34] 苏国勋：《理性化及其限制》，219页，上海，上海人民出版社，1988。
- [35] [德] H. 科殷著，林荣远译：《法哲学》，164页。
- [36] 参见 [德] H. 科殷著，林荣远译：《法哲学》，13页。
- [37] [法] 孟德斯鸠著，张雁深译：《论法的精神》（上册），153页。

- [38] 参见 [德] H. 科殷著，林荣远译：《法哲学》，13页。
- [39] 葛洪义：《法律与理性》，205页，北京，法律出版社，2001。
- [40] 颜厥安：《法与实践理性》，代序，218页。
- [41] 颜厥安：《法与实践理性》，代序，2页。
- [42] [德] H. 科殷著，林荣远译：《法哲学》，18页。
- [43] [法] 笛卡尔著，王太庆译：《谈谈方法》，代序，9页，北京，商务印书馆，2000。
- [44] [法] 笛卡尔著，王太庆译：《谈谈方法》，代序，10页。
- [45] [法] 笛卡尔著，王太庆译：《谈谈方法》，代序，17页。
- [46] [法] 笛卡尔著，王太庆译：《谈谈方法》，代序，20页。
- [47] [美] 赫伯特·西蒙著，詹正茂译：《管理行为》，81页，北京，北京经济学院出版社，1988。
- [48] [英] 戴维·W. 沃克著，北京社会与科技发展研究所组织翻译：《牛津法律大辞典》，751页，北京，光明日报出版社，1988。

二、法（律）的合理性问题

法律是理性的体现，理性是法律的生命和本质；法律就是健康的理性，理想的法律就是某种符合“自然”即理性的法律。那么，什么是符合理性的法律，也就是法律的合理性问题，自然成为面对法律时所必须要解决的问题。从法律理性观中可以自然地引出法律的合理性问题。

对理性的肯定和推崇必然导致用理性来衡量判断事物，是否合乎理性即事物的合理性问题成为理性主义所要着重解决的问题。根据现代法理学的一般见解，法律的合理性分为工具合理性与价值合理性：工具合理性因其具有形式与手段的特性，又可称为形式合理性；价值合理性因其探讨的是事物（比如法律）内在的正当性，因而又可称为实质合理性。

（一）黑格尔的法律合理性观

对法律的合理性最早提出理论分析的思想家是黑格尔。学界在论及合理性问题时，一般只是追溯到韦伯，并认为对于“合理性”问题“真正起点始于德国著名的社会学家马克斯·韦伯”。“西方首先论述法的合理性者是马克斯·韦伯。”^[1]

但笔者认为，韦伯只是首次明确提出了价值合理性与工具合理性、形式合理性与实质合理性这两对概念，但是首次对法的合理性进行深入且系统论述之人，绝不是首次提出形式合理性与实质合理性思想之人。实际上，在此前，一些法律思想家已经有了关于它们的零散的论述，如启蒙时期的卢梭就曾论述法律的形式合理性的体现及法律的普遍有效

性，他指出，“我说法律的对象永远是普遍性的，我的意思是指法律只考虑臣民的共同体以及抽象的行为，而绝不考虑个别的人以及个别的行为”^[2]。但真正在韦伯之前对合理性问题进行相对深入的论述的学者是黑格尔，他首次既论述了形式合理性，又论述了实质合理性。对此，我国台湾地区学者颜厥安也持同样的见解，他说，“在此特别要指出的是，黑格尔已经在对需求体系的描述中提出了‘目的—工具’（Zweck-Mittel）的基本解析。所谓目的当然是指需求的满足，而工具指的则是满足需求的方式。此一解析已初步点出了其后对目的理性或工具理性的研究与批判。所以通过黑格尔对需求体系的研究我们已然可以看出市民社会或资本主义生产方式中所必然隐含的目的理性（Zweckrationalität）与宰制自然（Naturbeherrschung）的因子”^[3]。

黑格尔法哲学本质上是理性主义的，黑格尔辩证法就是理性主义的思想形式。黑格尔由探讨理性入手，结合法律与理性的关系，展开了他的关于形式合理性和实质合理性的论断。

合理性是从“理性”中派生出来的一个概念。黑格尔首先对合理性进行了解释，他认为，“抽象地说，合理性一般是普遍性和单一性相互渗透的统一。具体地说，这里合理性按其内容是客观自由（即普遍的实体性意志）与主观自由（即个人知识和他追求特殊目的的意志）两者的统一，因此，合理性按其形式就是根据被思考的即普遍的规律和原则而规定自己的行动”^[4]。显然，黑格尔所说的合理性是指合规律性、客观性。

而法律的合理性，在他看来，是指法律的合规律性。黑格尔认为规律分为自然规律和法律，自然规律就是自然法或哲学上的法，是世界的最高真理；法律则是人定法，“是被设定的东西，源出于人类”。人定法与自然法可能会彼此符合，但也可能会发生冲突，即“存在和应然之间的争执，亘古不变的自在自为地存在的法和对什么应认为法而作出规定

的那种任性之间的争执”。而“恰恰是在自在自为地存在的法和任性所认为的法的对立中，包含着一种需要，对法加以彻底的认识”。但在认识法的过程中，“人必然会碰到他的理性，所以他也必然要考察法的合理性”。对法的合理性考察，正是法学作为一门科学的事业，这与仅仅处理各种矛盾的法律规则是不同的。但是，由于法律规则是自然规律的体现，因而，法的合理性问题也就递进为法律的合理性问题，而且随后黑格尔就指出，“实定法的主要任务是指出什么是合法的”。因而，“如果有人要问某一法律规定得是否合乎理性，这纵然对于从事这种科学的人说来好像是反复盘问，但是他们至少不应该感到绝对惊讶”^[5]。总之，黑格尔是以其理性主义法律观为前提，以理性作为审查和检验事物的标准，逐步展开其法律的合理性理论的。

1. 法律具备形式合理性

在黑格尔看来，法律的形式理性是法律的外在技术品质，它表现为法律是一套明确的、稳定的、可以预测和操作的规则体系，这种规则是针对所有人的行为制定并有效实施的。黑格尔提出以制定法、习惯法、判例法和引证法作为法律的表现形式，他认为法律是客观精神的体现，必须通过具体形式表现出来，必须具有客观现实性，是实定的东西。他明确指出，“法的东西要成为法律，不仅首先必须获得它的普遍性的形式，而且必须获得它的真实的规定性”^[6]。围绕这一基本论点，黑格尔从如下几方面展开了有关法律形式理性的论证。

其一，现实性与规则性。法律不是精神上的主观臆想，它是现实存在的，是针对世俗生活所制定的规则。黑格尔指出，法律“必须采取在某个国家有效的形式；这种法律权威，也就是实定法知识即实定法学的指导原理”。法律的“形式的本质意义，在于自在的法就得作为法而被制定。我的意志是一种合理的意志，它是有效的，而这种效力应得到别人的承认。这里，我和别人的主观性现在都必须消灭，意志必须达到确实

性、固定性和客观性，但只有通过形式它才能获得这些东西”^[7]。通过客观而普遍的规则形式，法律便获得了其效力。

其二，普遍性与可预测性。黑格尔认为法的東西要成为法律，必须予以公布，以使人明确预测自己的行为、规制自己的行动；法律必须是针对所有人普遍地、客观地存在的有效规则，而不是主观的、偶然性的东西。黑格尔指出，“法的客观现实性，一方面对意识而存在，总之是被知道的，另一方面具有现实性所拥有的力量，并具有效力，从而也是被知道为普遍有效的东西”。在论证法律的概念时，他进一步明确指出，“法律是自在是法的東西而被设定在它的客观定在中，这就是说，为了提供于意识，思想把它明确规定，并作为法的東西和有效的東西予以公布。通过这种公布，法就成为一般的实定法”。“把某物设定为普遍物，就是说，把它作为普遍物而提供于意识，这大家晓得就是思维。在把内容归结为它的最简单的形式时，思维就给了它最后的规定性。”总之，“法律必须普遍地为人知晓，然后它才有拘束力”^[8]。

其三，实践性与可操作性。黑格尔认为以普遍规则的形式制定并颁布的法律，是易于被执行和证明的，实践性或者说可操作性是其形式上的重要特性。他说，当“法采取法律的形式而进入定在时就成为自为的”。而当法采取了法律的形式之后，法律的可操作性便随之显现。“在法院中，法所获得的性格就是它必须是可以证明的。法律程序使当事人有机会主张他们的证据方法和法律理由，并使法官得以洞悉案情。这些步骤本身就是权利，因此其进程必须由法律来规定，同时它们也就构成理论法学的一个本质的部分。”为了使法律易于操作，他认为法律所规定的内容既要明确又不能过细。“法律规定的愈明确，其条文就愈容易切实地施行。但是规定得过于详细，也会使法律带有经验的色彩，这样，法律在执行过程中就不免要被修改，而这会违背法律的性质。”^[9]

2. 法律具备实质合理性

关于法律的实质，他认为法律不仅仅是形式上的一套规则，还是自由的体现。“法的基地一般说来是精神的东西，它的确定的地位和出发点是意志。意志是自由的，所以自由就构成法的实体和规定性。至于法的体系是实现了的自由的王国，是从精神自身产生出来的、作为第二天性的那精神的世界。”因此，立法时除了注重对法律形式技术的掌握，还要注重法律所规定的实体的内容。他说，“法的东西要成为法律，不仅首先必须获得它的普遍性的形式，而且必须获得它的真实的规定性。所以，想要进行立法，不宜只看到一个环节，即把某物表达为对一切人有效的行为规则，而且要看到比这更重要的、内在而本质的环节，即认识它的被规定的普遍性中的内容”^[10]。

至于法律的形式合理性与实质合理性之间的关系，首先，根据黑格尔关于事物的形式和内容的统一这一辩证哲学思想，可以认为它们之间是统一的。他说，“形式和内容的统一”，“在其最具体的意义上，形式就是作为概念认识的那种理性，而内容是作为伦理现实和自然现实的实体性的本质的那种理性，两者自觉的同一就是哲学理念”。换言之，事物的形式是它的客观外在性，事物的内容是它的内在的东西，而事物的“客观外在性，就是内在的东西本身”。从这种辩证哲学出发，他指出法律的形式合理性和实质合理性也是统一的。“法律就是法，即原来是自在的法，现在被制定为法律。”所谓原来自在的法即黑格尔认为的精神的东西，其实体性的本质是自由意志，当它获得规定性的形式时，就是法律，因此法律是形式和本质的同一。其次，在形式合理性和实质合理性这一对范畴中，形式的东西是首要的，实质的内容只有借助于形式规则才能获得其生命力。因为黑格尔指出，“法首先以实定法的形式而达到定在，然后作为适用而在内容方面也成为定在”^[11]。可见，形式理性是第一位的，实体的内容只有取得形式上的理性才能获得有效性。

3. 小结

对黑格尔的法律合理性思想，可以总结如下：在黑格尔看来，规律分为自然规律和法律，自然规律是“自在自为的东西”即合乎理性的东西，因为他说“合乎理性的东西即自在自为的法的东西”^[12]。法律则正是对自在自为的自然规律的规定，也即黑格尔所说的“自在自为地合乎理性的、其本身为普遍的规定”的东西，所以，法律的合理性实际上是否合乎自然规律即自然法的问题。形式的合理性是法律合理性的第一要素，它意味着自在自为的法被制定为规则并被公布于众，这种规则具有普遍性，是针对普遍的人和事的，而不是针对某个特殊的人或素材的；这种规则是人们行动的指南，使人们可以根据它预测自己的行为；这种规则是客观有效并且具有可操作性的。法律也具有实质的合理性。法律不仅仅是一套规则，还是对自在自为的法即自然规律或者说自然法的体现，由于自然规律是合乎理性的东西，因而只有体现了自然规律的法律才是合乎理性的。法律的实质合理性与形式的合理性是统一的，因为法律正是作为自在自为的法即自然规律的“定在”而存在的，它必然要体现自然法的自由、正义等实体性的内容。

（二）马克斯·韦伯的法律合理性观

合理性是德国著名社会学家、哲学家马克斯·韦伯（Max Weber，1846—1920）思想的核心概念，也是韦伯用来分析其社会理论的基本概念。

新康德主义是黑格尔哲学之后兴起的一种理性主义，它一方面继承理性主义的思想观念，强烈反对非理性主义和思辨的自然主义；另一方面又带有对过去理性主义形式的批判和自我反思的性质。作为一名新康德主义的社会学家，韦伯以极其深刻的形式继承了欧洲理性主义的传统，同时也亲身体会到了19世纪理性主义产生危机时新的精神思潮，并在此基础上提出了其深刻的合理性论断。^[13]

韦伯是采用合理性概念来分析社会行动的。他将社会行动类型分为合理性和非合理性两大类，而合理性又被分为工具合理性和价值合理性两大类。他指出，“如同任何行为一样，社会行为也可以由下列情况来决定：①目的合乎理性的，即通过对外界事物的情况和其他人的举止的期待，并利用这种期待作为‘条件’或者作为‘手段’，以期实现自己合乎理性所争取和考虑的作为成果的目的；②价值合乎理性的，即通过有意识地对一个特定的举止的——伦理的、美学的、宗教的或作任何其他阐释的——无条件的固有价值的纯粹信仰，不管是否取得成就；③情绪的，尤其是感情的，即由现时的情绪或感情状况；④传统的，由约定俗成的习惯”^[14]。在此，韦伯实际上是将社会行动分为了四种类型，即工具合理性行动（也称目的—工具合理性行动）、价值合理性行动、情感行动和传统行动。

这四种行动类型又可以简化为两大类：合理性行动和非理性行动。工具合理性行动是基于目的的合理性，这是指对达成目的可资运用手段的估价，在此基础上追求一个限定的目标并设法预测其可能的后果。价值合理性行动立足于信念、理想的合理性之上，在行动者看来，这种理想或期望是符合他本人价值的，为此他要不惜一切代价尽可能去实现这一理想价值。这两种行动都经过了理智的思考和判断，尽管理智程度有所不同，但都属于合理性行动。反之，情感行动是以官能的快感或冥想“与神合一”的愿望为刺激的反应，传统行动以过去事物、习俗的神圣性为行动的标准，两者均不经过理智的思考和计算，因而属于非理性行动。^[15]由于目的—工具合理性行动既有使行动摒弃巫术、情感的形式合理性一面，同时也有导致人们行动常规化、传统化的实质非理性一面，因而，韦伯有时把目的—工具合理性又称为“形式合理性（formal rationality）”。由于价值合理性行动既有使行动从属于价值、理想、信念等无法用理智计算和控制的情绪、巫术的形式非理性一面，同时也有使行动打破传统、信仰的藩篱，破除单一和僵化，激发创造性和革命性的实质合理性一面，因而，韦伯又将价值合理性称为“实质合理性”。

（substantive rationality）”^[16]。此外，韦伯还“将形式合理性与实质合理性的区分适用于经济活动：前者是指经济的可计算性，后者是指经济对道德的、政治的、功利的、平等的、享乐主义的以及诸如此类的价值或目标的实现”^[17]。在将形式合理性与实质合理性广泛地用于分析人类行动、经济活动、资本主义的产生与形成等社会各领域的同时，韦伯还用形式合理性和实质合理性的概念深入分析了法律的合理性。

1. 法律的形式合理性

韦伯指出，只有具备形式合理性的法律才是治理人类的合法形式，这种形式实际上就是我们所说的法治。他说，“今天最为流行的合法形式是对合法的信仰：对形式上具体并采用通常形式产生的章程的服从”^[18]。随后，韦伯从如下几个方面描述了法律的形式合理性。

（1）抽象的规则性，即法律是一套具有普遍性的规则章程。韦伯认为，“一种现代的法是由‘法的原则’组成的，也就是说，是由抽象的准则组成的”；它们“往往采取相同的、典型的警句简练的形式，在这个意义上，也是法律谚语的形式”来描述适用这些法律规则的前提、条件或事实情况，并提出人们做什么或不做什么的要求以及违反它的法律后果。因此，在内容上，这些法律规则就是对“一定的事实应该带来一定的后果”的规定。这些法律规则在种类上具体可分为命令型、禁止型和允许型三类。命令型规则是期望他人做某些特定的事情，禁止型规则是期望他人放弃某些特定的事情，允许型规则是人们自己允许他人可以不受第三者的干扰做某事。^[19]

法律的规则性是其区分于风俗惯例、伦理习惯、宗教命令等的重要形式特征。由于法律是成文的准则而不是宗教教义或者伦理习惯等，因而法律是由代议制的立法机关根据法律程序制定的，而这种立法过程也就是建立“法的准则”，即制定“一般准则的章程”的过程。这种“一般准则的章程”在法学家的语言里，具有一条或若干条理性的“法律原则的性