



上海交通大学 凯原法学院
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY KEGUAN LAW SCHOOL

凯原法学论丛·十周年院庆系列

在颇有象征意义的2012年，以历经沧桑巨变的华山路1954号为新起点，年轻的凯原法学院正在迈进另一段征程，面向东方的朝霞及世界法学教育和研究的巅峰。

上海交大法学文选

法学院成立十周年的纪念

郑成良 等著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

1901
全球视角
2002
当地行动
2005
多元思考
2007
跨界沟通
2009
2011
2012



上海交通大学 凯原法学院
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY KOGUAN LAW SCHOOL

凯原法学论丛·十周年院庆系列

上海交大法学文选

法学院成立十周年的纪念

郑成良 等著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

总 序

交通大学的前身南洋公学在 1901 年启动近代法政教育,创办了培养治国人才的特班和政治班,并且组织了清末最大规模的外国法律文献资料的编辑和翻译。但在二十世纪初那个战争与革命的时代里,强权就是真理,造反构成规范,力量对比关系决定制度设计。因此,由盛宣怀倡议、蔡元培策划实施的法学研究和教育设计方案,几年之后就被风吹雨打凋零去,幻化成在轰隆旋转的工业齿轮夹缝里不绝如缕的残梦。直到大约一个世纪之后,才终于迎来可以圆梦的机会。

上海交通大学法学院于 2002 年正式成立,2008 年冠名后并称“凯原法学院”。在校方和社会各界的大力支持下,由于全院师生的共同努力,短短十年,尤其是通过 2005 年建章立制、2007 年获廖凯原基金会捐助、2009 年推动法学教育改革和国际化、2011 年加强学科交叉平台建设的四级跳,取得了令人瞩目的成就。例如近年来采取“三三制法科特班”模式培养不同类型的涉外卓越法律人才,借助

企业法务中心凝练高层次、复合型法律职业教育的特色,刷新课程设置和教学方法以加强实务技能的训练,积极推动学术和人才培养方面的国际合作,促进海洋权益、金融司法以及法制与社会发展等问题导向的跨学科研究,注重公益精神的陶冶和社会贡献,诸如此类的亮点纷呈,为切实达到跨越式发展的目标提供了充分的条件和动力。

特别值得骄傲的是,上海交大凯原法学院尽管规模还不太大,但科研实力却很雄厚,拥有两份正式的专业期刊,出版了若干种学术丛书。教师发表学术论著的数量与质量始终保持在较高水平,无论是 SSCI 期刊论文数,还是人均 CSSCI 论文数,或者国家社科基金立项数,都居于全国前列。值此建院十周年之际,我们择出本院部分教师的部分论文、著作以及译著结集出版,以为纪念,以示庆祝。院庆系列丛书主要由科研工作负责人许多奇教授策划和殚精竭虑加以落实;学院教师代表性论文的合集则由学术委员会主席叶必丰教授细致遴选和编辑;王光贤教授在调任上海市人民检察院一分院副检察长之前,早在 2010 年晚秋,曾经主持丛书编辑出版的前期组织活动,贡献了辛劳和智慧。借此机会向以上各位及所有参与相关工作或者给予支持的同仁表示由衷的敬意和谢意。

需要强调一点,发行这套院庆系列书籍的宗旨,不仅仅是、甚至也不主要是为了展示本院教师的研究成果。我们的目的在于通过盘点过去而展望未来。在“十年磨一剑”的节点上画出这个学术共同体的坐标,进行精准的定位,以便确认重新出发的起点、方向以及步调。中国正面临空前的大变局,世界正面临深刻的结构转型,这是一个应该出伟大思想家、出杰出研究成果的时代。但由于社会变化速度太快,令人眼花缭乱,实践已经把理论远远抛在后面,目前的学术研究显得很苍白无力。我们只有清醒地认识现实、承认不足,才有可能在下一个十年里大幅度腾跃、表现出更多的精彩。在这层涵义

上也不妨说,出版院庆丛书的最大效益就是“抛砖引玉”。换言之,这只是法学界一群已经穿越篱笆的自由骑士呈给中国法治希望之星的献礼。

是为序。

季卫东

2012年初夏写于鹿鸣苑

目 录

法律的定位:正义、程序与权利	郑成良	001
法律职业主义	李学尧	011
新农民阶层与乡村司法理论的反证——以地位获得理论 为视角	杨 力	050
行政处罚中罚款数额的设定方式——以上海市地方性 法规为例	徐向华 郭清梅	069
我国区域经济一体化背景下的行政协议	叶必丰	097
“行政行为违法性继承”的表现及其范围——从个案判决 与成文法规范关系角度的探讨	朱 芒	125
共同法律行为理论的初步构建——兼析公司契约理论	韩长印	153
货币所有权归属及其流转规则——对“占有即所有”原则的 质疑	其木提	193
竞争法视野的知识产权问题论纲	王先林	215
反垄断私人诉讼困境与反垄断执法的管制化发展	李 剑	240
民事诉讼发回重审制度之检讨	王福华 融天明	268
“To Take Law as the Public” Diversification of Society and Quadrants of Legal Discourse in China Today	Ji Weidong	300

A Modest Proposal to Amend the Chinese Copyright Law—
Introducing a Concept of Right of Communication to the Public

Yong Wan 338

Implications of the Financial Crisis for China's Information Supervision
and Curbing of Financial Corruption Xu Duoqi 368

Policing the Sea and the Proportionality Principle

Kuen Chenfu 393

The Good, the Bad or the Ugly? —A Critique of the Decision
on Jurisdiction and Competence in *Tza Yap Shum v. The Republic
of Peru* Wei Shen 409

法律的定位:正义、程序与权利

郑成良*

内容提要 公民对法律的定位,即一个社会的法律观,是影响该国法律制度性质、特点及其能否有效运作的基础和关键因素。在我国,从实然之角度,法律是一种与暴力和权力息息相关的普遍规范;从应然之角度,法律应当是一种社会公约,应当与权利有本质统一性,且必须是正义的体现;从法治之角度,一个社会应当具有法律至上、程序公正优先和良法之治的观念。法律代表着正当价值、社会生活的理想状态和基本的道德伦理准则,决不允许被放弃、背叛和践踏。法律工具主义断不可取。

关键词 法律观 实然之法 应然之法 法治 法律工具主义

所谓“法律的定位”,指的是在一个社会中,它的公民或者国民全体在心目中把法律置于何种地位,它是一个社会的法律观或法律理念最核心的问题,对于法律制度的性质、特点及其能否有效运作影响至深。

一、实然之法的视角

我国古代的人们是用“刑”、“法(灋)”、“律”这三个词及其相应的

* 上海交通大学教授。

概念来对法律予以定位的,即所谓三代为“刑”、春秋为“法”、秦后为“律”。它主要强调暴力,强调统一的约束。

从中国古代的传统来看,几千年来一直到改革开放之前,作为个体的中国普通国民比较习惯于从法律是什么的角度来建立自己的法律观,即更习惯于把法律的存在当做一种既定的事实予以被动接受,较少从法律应当是什么的角度来做终极性的追问和思考。

法律是什么?古人寓言“刑”、“法(灋)”、“律”三词以定位。在鸦片战争之前,中国古代典籍极少使用“法律”这个词,据考证,这个词是在清末变法时期普遍启用的,其中包含了一些新的意蕴。

先说“刑”。三代为刑,也就是说在夏商周时期的话语体系中,主要用“刑”来称谓现在所说的法律。那么“刑”是个什么东西呢?查一下东汉时期的词典《说文解字》,就可以看到其解释:“刑”字是由两个字构成的,从“刀”从“开”,在意象上血淋淋的。《国语》上说“大刑用甲兵,其次用斧钺;中刑用刀锯,其次用钻钺;薄刑用鞭扑,以威民也”。意思很清楚,法律就是暴力,是治民之具。在夏商周三代时期,对法律的定位就是“刑”,因此,当时的法律不叫“夏法”、“商法”、“周法”,而是叫“夏刑”、“汤刑”和“吕刑”。

我在吉林大学法律系读法律专业本科时的一个农村同学的经历,就很能说明问题,他给我讲过这样一个故事。他说:“当初我接到这个法律专业的录取通知书之后,我的一个邻居、一个老农民,语重心长地对我说:‘孩子,你怎么学这个东西?学这个东西是缺德的。’”为什么这位老者有这样的意识呢?因为在他的观念中,对法律的定位就是“用刀砍开”。所以一提到法律,就是专政、刀把子,就是手铐、脚镣、刽子手、刑场、飞驰而过的警车等,很可怕。

到了春秋时期,“法”这个词就更经常地被使用了,所以“春秋为法”。当然“刑”这个词仍然保留了比较高的使用频率,但是更多的是用

“法”来称谓现在所说的法律。“法”这个字最开始的写法是“灋”。古体的“法”，从“水”，从“廌”，从“去”。廌(zhì)是传说中的一种独角神兽，能知是非曲直，“触不直而去之”。“法”字从“水”，古人的解释是法要平之如水。

为什么要造这样一个字呢？我想是因为造这个“灋”字的时候正好赶上中华民族处于神明裁判时期，比较迷信。神明裁判是各个民族在法律初期都会经历的一个阶段，中国还是较早地摆脱了神明裁判时期，摆脱得较晚的是谁呢？是欧洲人。欧洲人在中世纪（15世纪以前）曾经流行一种“决斗裁判”。那么这个决斗是怎么来的呢？决斗是一种裁判方式。如果这个案件真相不明，那么法官就会组织原告和被告在他面前打一架，谁打赢了谁就有理。因为当时的人们认为上帝肯定会照顾正义的一方。

我们造字时正好赶上了神明裁判，就把“廌”加上去了。“灋”字出现后，给这个“刑”加上了一点新的含义，加上了三点水——平之如水。法律要平等地适用，叫平之如水，加进了一点平等的含义。当然，对这种解释目前学术界有批判，认为东汉人许慎解释“灋”字时说三点水代表着法平之如水，是妄加猜测。现在比较占主流的解释，是说被廌触了一下之后，就把有罪的人投到河里顺水漂去。这是比较主流的观点，而且可信性更强。但不管怎么说，流行了几千年，法应当平之如水这个观念还是从古代流传下来了。

但是法的本义仍然是刑，所以在古代文献中对法的解释多数都是这样的——“法者，刑也，刑罚也”。最典型的一个解释，我们熟悉的大思想家管子对法怎么解释呢？他的解释是“杀戮禁诛谓之法”。什么意思？用现代话说就是“法”就是杀、关、管，把人杀掉、关到监狱去或者管制起来。所以，法的本义仍然是暴力，但是加上了一点平等适用的意思。

到了战国时期,从秦国商鞅变法开始,“律”就成为称谓法律更常用的一个词。所以大家看古代的法律文献,自秦以后,各个王朝的法律都叫“律”,如汉律、唐律、大明律、大清律等。律在古代叫做“均布”,是一种矫正乐器的东西,乐器发音不准用律来矫正,因此律象征着什么呢?律象征着统一,法律就要统一。红灯停、绿灯行就是统一,不能有的人红灯行,有的人绿灯行,那就不统一了。法律要讲统一,或者说要讲动词意义上的“律”,强调的就是统一的约束。

这是中国古代对法律的定位。从这里我们可以看到,它主要强调暴力,强调统一的约束。“刑、法(灋)、律”就意味着、代表着或者从某种角度折射出中国固有传统是如何看待法律的。

从实然的角度来理解法,首先看到法律是暴力。可以这样说,任何社会的法律或多或少都意味着某种暴力。如果没有惩罚作为后盾,法律同道德就没有区别;法律同道德的一个很重要的区别,是它有惩罚的机制。法律和暴力确实有联系,但是问题是,如果在你的法律观念中,过分地强调法律就是暴力,这是成问题的。法律之所以是法律,尽管和暴力有关系,但它首先不意味着暴力。但是,我们看到,首先把法律理解成暴力,这种传统到目前为止还没有完全根除。

其次,法律意味着权力,即政府或管理者的权力。法律要有机构来制定,制订法律也要有人来执行,因此,中国古人说过好多类似的话,如“生法者君也,守法者臣也,法于法者民也”。法就是君主制定的;“守法者臣”这个“守”是看守的守,守护的守,“守法者臣也”就是执行法律的是臣;“法于法者民也”,就是老百姓是被法律管理的。法律和权力有关系,但问题是,如果你理解法律时首先把法律和官员的权力连在一起,说法律是掌权人制定的,谁掌权谁就可以制定法律,这仍然不是一种健全的法律观。

最后,法律是一种普遍的规范。这个没有问题,法律肯定是一种普

遍规范。但是还有问题,如果你仅仅把法律理解成普遍规范,或者首先把它理解成普遍规范,那么,希特勒制定的法律也是普遍规范。法律有良法和恶法之分,这是很重要的。

二、应然之法的视角

从应然之法的角度来给法律定位,首先,法律是一种社会公约;同时,应当把法律理解成权利;必须强调法律是正义。

作为一个现代人,尤其是作为一个正在走向法治国家的公民,我们该如何理解法律、定位法律?笔者认为,从实然法的角度来理解是一个必要的维度,我们不能放弃;从应然法的角度来理解也是一个必要的维度,都不能放弃。

从应然之法的角度来给法律定位,也涉及三个问题。

第一,法律是一种社会公约。如果从法律应当是什么的角度来理解法律,法律应当被定位为公共契约。中国古代话语体系中有一个词,叫做“王法”。现在在老百姓的词语中也经常使用,如“你这样做还有没有王法了?!”这个“王法”是什么意思呢?法是王的法,法是政府的法、官员的法,法律就是政府制定来管社会的。在民主法治的社会,法律不是王法,本质在于它是一种国民全体关于权利义务分配及其行使规则的公约,因此,任何人故意践踏法律——无论他是一个普通公民还是高级官员,践踏法律的人就是违反社会公约,他就是社会公敌,所以,即使贵为总统也无权违反社会公约,即使政府也必须受社会公约的约束,这才是应然之法首先要强调的。在现代法律观念中,我们必须首先把法律定义为一种公共契约,任何人都有道德义务来遵守它。

第二,从应然之法的角度来理解法律的第二点,应当把法律理解成权利。什么是权利?权利这个概念在中国古代的话语体系里并不存在,是19世纪末我们在变法时从西方引进和借用的。有些人从字面上

把权利理解为权力加利益;这是一种致命的误解。西方的法律文明受古罗马影响至深,在拉丁语中,“权利”一词用 *Jus* 来表示。*Jus* 有三种基本意思,其一是法律,*Jusest ars boni et aequi*——*Jus* 乃善与公平之艺术,这里的 *Jus* 就是法律;其二是权利,*Jusexi nj uri a non ori tur*——错误不能产生 *Jus*,这里的 *Jus* 就是权利;其三是正义,*Jus et fraus ni quam cohabi tant*——*Jus* 与欺诈绝对不能共容,这里的 *Jus* 就是正义。因此,权利的核心意义是正当性,是权力、利益、行为、主张在具有正当性之后的一种状态,法律则是对这种正当性的确认和保护。法律与权利在本质上具有同一性,而且法律的神圣性是以对权利的确认和保护为依据的。说“我有权利”,也就是说“我的利益是正当的,我的理由是正当的,你必须尊重”。在这种意义上,权利就是公民手里拿的一张红牌。在足球场上经常看到裁判拿张红牌,谁严重犯规他就把谁罚下场。其实,公民每个人手里也都有一张红牌,这个红牌就是权利。任何不当侵害你的人,你都可以拿出红牌把他罚下场。

第三,如果从应然之法的角度来理解法律,我们必须强调法律是正义,法律应当而且必须是正义的体现。

三、法治之法的视角

“法治”就是“法律的统治”。要注意,“法治”不是“用法律去统治”,而是法律本身的统治。用中国老百姓最通俗的话说就是,法大还是权大;你的官再大,也必须和老百姓平等地站在法律之下,这就是“法治”——法律高于一切。

如果我们要建立一种比较健全的理性法律观,我们还必须从法治的立场来定位法律,而法治国家和人治国家对法律的定位是大不相同的。

法治是外来概念的一个翻译,不是中国古已有之的东西。在英语

中,法治被写为“Rule of law”,“法治”就是“法律的统治”。要注意,“法治”不是“用法律去统治”,而是法律本身的统治。用法律去统治,任何人都可以做到,秦始皇可以用法律去统治百姓,希特勒可以用法律去迫害犹太人。法治是法律的统治,法律本身的统治。

对于什么是法治,不同的人可能有不同的理解。笔者认为,法治有三点最基本的含义:第一点基本含义是法律至上,法律至高无上,高于一切,任何人、任何团体都必须和其他人平等地站在法律之下,接受法律的管辖、统治。用美国启蒙思想家潘恩的话说:“在民主的国家,法律就是国王;在专制的国家,国王就是法律。”法律是最高的统治者。我们为什么会服从官员的管理?按照法治的观念,是因为法律授权他们来管理我们。比如,一个警察来管理我们,大家都会服从,但是一个小流氓来管理我们,大家就会反抗。为什么?因为法律授权了警察来管理。我们服从警察的管理,其实不是服从他的管理,而是服从法律。同时,警察有时候也得服从我们。比如,我们在行使权利的时候,让警察来做某一件事情,他必须服从我们的指示,因为法律授权我们了,大家都在服从法律。

法治的第二个基本含义就是正当程序。是不是有正当的程序,是法治与人治的一个最关键区别。法治社会要求必须通过公平的程序来追求公平的结果,正当程序是法治非常重要的一个概念。

如果说人治之法仅仅满足于实体公正的实现,那么,法治之法则是以实体公正和程序公正为双重的维度来考虑问题,这二者对于法律正义来说,犹如车之两轮、鸟之两翼,缺少任何一方面都会使法律正义大打折扣,而且,程序公正更多地被置于优先的位阶。人治之法所追求的正义时常具有“丛林正义”的特点——执行正义的人以实体(结果)公正为压倒一切的目标,为此可以不受任何限制,如果正当程序构成障碍,就可以践踏过去。法治之法则强调必须以正当程序为前提去追求实体

公正,之所以如此,一个基本的考虑就是,历史实践反复证明,一旦正当程序的堤坝被破坏,权力滥用的洪水就难以得到有效的遏制,而实体公正的大面积毁损,总是在权力被恣意使用时发生的。目前,在中国范围内,有三种观念:第一种叫实体公正优先说。如果出现鱼和熊掌不可兼得的情况,优先实现实体公正。这是一个非常可怕的观念,是人治主义的一种表现。第二种观念就是程序公正优先。如果真要出现鱼和熊掌不可兼得的矛盾,那就优先保障程序公正,牺牲实体公正,这是法治主义观念。但在中国,只有少数人有这样的意识。还有第三种观念,叫做并重说。程序公正和实体公正要并重,哪个都不能牺牲。并重说,不对,但也不错。但它是废话,废话经常就是既不对也不错的。所以只能是或者实体公正优先,或者程序公正优先。

有很多人认为,程序公正对于实体公正而言仅仅居于从属地位,当两者不能兼顾时可以“牺牲程序保实体”。这种观念是人治主义的表现,也是权力滥用的社会思想基础。所以,中国社会目前对司法公正的理解必须大声强调程序公正的前提性。不允许任何人践踏正义的程序去追求实体正义的结果,必须通过公正的程序。如果通过公正程序不能实现公正结果,那就得牺牲,就得接受这个牺牲,这就是法治的代价。

法治的第三个基本含义是良法之治。并不是任何法律都可以至高无上,只有那些体现了国民共同意志的社会公约,体现了公平正义的法律,平等尊重每个人正当权利的法律,才应当是至高无上的。如果有一人篡夺了最高权力,制定了一些邪恶的法律,这些法律本身就没有资格成为法律,因为它不是良法。所以,法治包含着良法之治。

在古希腊时期,伟大的哲学家亚里士多德曾经对法治做过最好的解释,他说:“所谓法律就是法律得到普遍的服从,而且这种法律是制订的良好的法律。”由此可见,法治是有价值倾向的概念,不是什么法都可以用来做最高统治者的。

四、法律工具主义很危险

过去由于法律工具主义的观念大行其道，相当多的官员和公民都对法律采取一种机会主义的态度。什么叫机会主义的态度？就是法律对我有利、能够促成我的目的，我就服从它；法律如果对我要达成的目的构成一种限制，我就绕过它，甚至践踏它。这是可怕的。

在中国这样的社会要树立法治观念，必须树立法治主义的法律观念，要排除、抛弃法律工具主义的观点。

什么叫法律工具主义？法律工具主义有两个基本的特点：第一个特点，在法律工具主义者看来，法律就是国家的工具、政府的工具，是国家和政府管理社会的工具。这个观念不是没有问题的。

在合理的法律观念中应该做一个颠倒，政府才是工具。政府是谁的工具？政府是法律的工具。在法治社会，我们为什么需要政府？是因为我们想通过设立政府来让官员执行法律，适用法律，保护法律。政府存在的理由，是它可以成为实施和保护法律的一种力量，因而，在法律与政府之间，政府才是工具，法律是至高无上的主宰。法律工具主义的观点把主仆关系颠倒了，说法律是政府的工具。

当然，话说回来，说法律是工具，笔者刚才认为“这句话不是没有问题的”，但并不意味着它完全错，在某种意义上它是对的。在什么意义上是对的呢？就是必须首先承认政府是法律的工具，政府和老百姓都要站在法律之下，平等地接受法律的管辖。这是一个前提。在这个前提之下，政府为了管理社会，它又得利用法律，把法律当成工具来管理社会。所以，说法律是政府的工具是有条件的，不是无条件的。它的条件是首先承认，就主要方面来说，政府才是法律的工具。在次要意义上才可以说，法律在某种意义上也是政府的工具。同时，我们更有理由说法律也是公民的工具，是我们每个人的工具，我们用法律来保护自己正

当的利益,排除他人的侵害,用法律来引导和监督政府,让政府更好地履行法定职责。

过去,我们把前提丢掉了,就强调法律是政府的工具。所以形成这样一个传统——官越大越不受法律约束,而且违法之后,社会也拿他无可奈何。“文化大革命”怎么出现的呢?就是这么造成的。官员当到一定级别之后就可以不把法律放在眼里了,他即使违法,法律也没有任何一个机制去监督他,去起诉他。在这些人的观念中,很重要的一个理论基础,就是法律是政府的工具。这是一个很危险观念。

法律工具主义的第二个观念,就是强调法律仅仅是工具,法律除了工具之外什么都不是。这很危险。法律在某种意义上是工具,是什么工具呢?它是社会用来保障每一个人正当权利的工具。在这个意义上说它是工具也无可厚非。但问题是,法律不仅仅是工具,还是什么呢?法律还是正义的体现。正义是工具吗?正义是我们的理想。

因此,在法治主义的观念中,法律是不可以背叛的。我们现在做某一件事情,感觉法律似乎碍手碍脚,即使这样,我们也必须尊重法律,不允许背叛法律。在健全的法律观念中,法律不仅仅是工具,法律代表着我们的价值,代表着社会理想的一种生活状态,代表着基本的道德伦理准则,它是不允许放弃和背叛的,是不允许践踏的,要不要执行法律是不允许讨价还价的。

(原载《文汇报》2010年6月5日“每周演讲”版面,《新华文摘》2010年第19期全文转载)