

姚建宗 著

法律之理的遐思

法学作文自选集



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

014059787

D90-53
154

法律之理的遐思

法学作文自选集

姚建宗著



北航

C1746965

D90-53
154

图书在版编目(CIP)数据

法律之理的遐思:法学作文自选集 / 姚建宗著.

—北京:法律出版社, 2014

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6624 - 0

I. ①法… II. ①姚… III. ①法学—文集 IV.
①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 155847 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/徐蕊

装帧设计/马帅

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/三河市龙大印装有限公司

责任印制/沙磊

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/21.75 字数/280 千

版本/2014 年 7 月第 1 版

印次/2014 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6624 - 0

定价:49.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

自序

这是本人法学学术“作文”的自选小集子。

说实话,尽管我已经是“年近半百”的中年人了,但学术资历和学术成就还远远没有达到心中坦然而无愧疚亦无忐忑地出版自己的“文集”的资格程度,所以我只敢把这个集子命名为“法学作文”的自选集。而之所以要选编这样一个集子,是因为二十多年来从事法学理论研究和教学的过程中,我自认为在所发表的学术论文中确实还有一些是真正属于我自己的学术思想和见解的,但因为种种原因,其中就包括资历和名气不够,所以很多“作文”当年没有得到在我国高水平法学学术刊物上发表的机会。此次选择其中一部分文章集结出版,也是希望得到一个与我国法学学术界进一步沟通、交流和学习的机会。

这本“法学作文”集一共包含了18篇论文,分三大部分。第一部分“法律之理异见”共10篇文章,主要是我对“法理学”相关问题的思考;第二部分“法律政治学管窥”共3篇文章,主要是我对“法律政治学”相关问题的思考;第三部分“法哲学沉思”共5篇文章,主要是我对“法哲学”相关问题的思考。

从这18篇文章的内容来看,有一些是我对法学理论的一些传

统主题的新思考和新见解,尽管与学术界的“共识”不大一致,但似乎也应该算是从另一种角度对相关问题的推进性思考;有一些是我借鉴其他学科的思想、理论和方法对一些法学主题的认识和思考,也算是为我国法学界思考相关问题提供了一些新思路;还有一些是我力图展开真正属于我自身的某种类型的学术思想和学术理论表达的初步思考,这主要体现在本集子里我对“法律政治学”和“法哲学”相关问题思考的文章中。

我一直坚持把学术研究工作视为展现和表达社会良知的严肃工作。我始终坚持认为,任何真正的“学术”思想和理论是“绝对”没有什么“正确”和“错误”之分的——基于事实认知的错误而导致的学术思想和理论的错误并不是真正的学术错误(只要其思想展开的逻辑不存在断裂),而只有“合理”与“不合理”之别;我也始终坚持认为,任何真正的“学术”思想和理论都是有其具体适用条件和背景的,“绝对”不存在“永恒”的“绝对”真理。所以,我对学术和学术研究工作始终满怀着真诚和敬畏。我所写出的文字,都是出自于自己的真实思考和认识,白纸黑字,我永远都坦然认可而绝对不会找出任何原因和理由去否认或者辩解。

因此,这本“法学作文自选集”的全部文字,我所做的“加工”工作在于:①纠正文中的错别字;②核对和校正每一篇文章的引文和注释;③对每一篇文章的注释在本篇之内的注释体例进行技术规范方面的统一。除此之外,对于其中每篇文章的句子、段落、篇章结构、文章体例,我基本上都保持着当初发表时的旧模样(其中一篇文章发表时有删节而本选集所用的是未经删节的全文),绝没有文过饰非的“修正”。

我集结出版这十来篇法学“作文”的初衷,本来也就是要以此对自己所从事的学术工作的历史负起全部责任。

姚建宗

2013年11月21日

目 录

自序	1
----	---

I	思考与补正:论法的调整对象	3
法律之理异见	法律效力论纲	10
	法律关系客体理论新探	24
	法律行为本体论论纲	32
	法律制度构造论	51
	制度、法律与经济发展:一个初步分析	63
	略论法制现代化的概念、模式与途径	106
	时代要求的理性选择:财产权的平等法律保护	122
	法律传统论纲	132
	如何进行法理学思考	166

II	国外政治发展研究述评	191
法律政治学管窥	论法律与政治的共生	215
	法律的政治逻辑阐释	230
III	法的哲学理解	263
法哲学沉思	为法哲学申辩:法哲学研究提纲	272
	法哲学批判与批判的法哲学	282
	法律生活的哲学观照:法哲学的智慧	299
	中国法律哲学的立场和使命	321
	致谢	339

I

法律之理异见

思考与补正:论法的调整对象

法以社会关系为自己的调整对象,这是学界早已达成的共识,似乎无须讨论。但把法的调整对象归结为社会关系,似乎过于笼统,而且比较简单化和表面化,并未揭示出其特殊性。这在一定程度上既影响了学者们对法学研究重心的认识,不利于理论探讨的深入,也多多少少妨碍到立法的科学化与合理化。因此,本文力求在法的调整对象是社会关系的认识基础上,进一步思考该问题,以期有所补正。

法是社会关系的调节器。而社会关系的实质不过是人与人之间的交互行为或行为互动,没有这种双向的行为,很难设想还有什么所谓的社会关系存在。从根本上说,所有的社会关系,既是在人们的活动和行为过程中孕育和产生的,又表现为这些活动和行为本身。正是因为人的行为的基础作用、中介作用和表现作用,社会关系才充满生机与活力。这足以说明,法对社会关系的调整是通过对人们的行为的影响而实现的。

众所周知,法是阶级社会的所特有的现象,是国家专为人而设计的行为规范。在人类的早期阶段,人们的单独的个人行为并没有多大的现实意义,因为个人行为是纳入群体行为之中的,具有整体性和一致性,社会的习俗和道德维系着人们行为的和谐与群体的秩序。而当社会发展到产生私有现象时,人们行为(主要是追求物质利益的行为)的差别便越来越显著和普遍,行为之间的矛盾和冲突也就不可避免并逐渐尖锐起来。这时,社会自然产生了对人们的行为进行协调与控制的需要。对此,恩格斯从经济的角度进行了如下概括:“在社会发展某个很早的阶段,产生了这样的一种需要:把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来,设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯,后来便成了法律。”^{〔1〕}可见,构成法律的雏形与最早渊源的正是人们的行为。对此,著名法律史学家梅因也曾证明现代财产法上的财产让与制度在古代就是由行为构成的。他说:“一个古代让与不是用书面的,而是用行动的。动作和口语代替了书面专门语法,任何公式被误读了或是象征的行为被遗漏了,就可能使程序归于无效。”^{〔2〕}总之,法是从人们的行为中产生的,它是统治阶级从其根本利益和需要出发对行为的扬弃,是从法(规范)的角度对人们行为的认识、确认和取舍。简而言之,“法律乃是公意的行为”。^{〔3〕}法的直接目的在于影响人的行为,它通过对人的行为进行引导和约束,使人们的行为符合法律规范所设定和表达的行为模式的基本要求,从而实现其应有的社会作用和价值,建立起符合统治阶级需要的社会关系和社会秩序。

事实上,法的整个操作和运行过程都无一例外地体现在人们的行为上。在这里,人们的行为(即法行为)既是法运行的前提和

〔1〕《马克思恩格斯选集》第2卷,人民出版社1972年版,第538~539页。

〔2〕〔英〕梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第156~157页。

〔3〕〔法〕卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1980年版,第51页。

基础,又是法运行过程本身,同时还是法运行过程的中介与结果。从立法、执法、司法和守法等各个环节来看,它们无不从人的行为着眼,并以人的行为的合法化为己足。一般说来,“国家的法律仅限于对外在的行动作出裁判”。^{〔1〕}法律是也只能是对人的行为的规制,而不是也不应该是对人的思想的规制。马克思曾明确指出:“对于法律来说,除了我的行为以外,我是根本不存在的,我根本不是法律的对象。我的行为就是我同法律打交道的唯一领域,因为行为就是我为之要求生存权利,要求现实权利的唯一东西,而且因此我才受到现行法的支配。”“凡是不以行为本身而以当事人的思想方式作为主要标准的法律,无非是对非法行为的公开认可。”^{〔2〕}由此可见行为对法的重要意义。

其实,法学家们早已把视野投向了人们的行为。在西方,法学已经实现了从以静态的法规范为中心的传统法学向以动态的法行为为中心的现代法学的转变。学者们用人的行为来解释和说明法律本身,认为法不仅仅是规则,更是行为,正是人们的法律行为构成了活生生的法现实。美国新自然法学派的代表人物朗·富勒教授就把法定义为“使人类的行为服从规则治理的事业”。^{〔3〕}行为主义法学代表人物之一的布莱克也认为:“法存在于可以观察到的行为中,而非存在于规则中,虽然在法学著作和日常语言中,规则或规范的语言被广泛使用,但从社会学观点看,法不是律师们认为有效的东西或有约束力的箴规,而是(举例说)可以观察到的法官、警察、检察官或行政官员的安排。”^{〔4〕}美国斯坦福大学法学院的弗里德曼教授也告诫说:“除非我们把注意力放在我们称之为‘法律行为’的问题上,否则就无法理解任何法律系统,包括我们自己的法

〔1〕 [意]托马斯·阿奎那:《阿奎那政治著作选》,马清槐译,商务印书馆1982年版,第21页。

〔2〕 《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社1972年版,第16~17页。

〔3〕 张文显:《当代西方法学思潮》,辽宁人民出版社1988年版,第25页。

〔4〕 张文显:《当代西方法学思潮》,辽宁人民出版社1988年版,第185~186页。

律系统。”^{〔1〕}总之,法律关注的是人们的外部行为及其影响。

我国学者也都充分肯定法主要用以调整人的行为。刑法学家认为,行为乃“连接犯罪构成诸要件的纽带”和“刑事责任理论赖以建立的支柱”,“无行为则无犯罪亦无刑罚”。^{〔2〕}我国著名民法学家江平教授亦指出:“市场经济是一种以横向法律关系为主的经济。其精神实质也是以当事人的平等自主为其基本内容。要发展必须要有竞争,要竞争必须要有平等,要平等就要从依主体立法转向依行为立法。”因为“高度发达的市场经济越来越要求以统一的行为来立法,并以统一的行为法适用于一切市场的主体”。^{〔3〕}从而使市场的所有参加者都依照统一的行为准则在平等基础上展开、发展竞争。

由此可见,如果把“社会关系”本身展开予以理解,我们便可以得出一个确切无疑的结论:法的调整对象的浅层内涵即法的直接调整对象乃是人的行为。

二

马克思说:“人们奋斗所争取的一切,都同他们的利益有关。”^{〔4〕}人们之所以要结成一定的关系,进行一系列相互活动,目标都是一个:对利益的追求,寻求对自身物质对社会的协调与控制作用、实现保存社会的目的,而且还可能因此丧失其持存的合理根据。换句话说,无论是法的直接调整对象还是法的间接调整对象,在任何时候都不能不涉及一个作为其共同的存在前提的领地,这

〔1〕 Laurence M. Friedman, American Law, W. W. Norton & Company Inc., New York, 1984, p. 199.

〔2〕 马克昌、鲍遂献:“略论我国刑法上行为的概念”,载《法学研究》1991年第2期。

〔3〕 江平:“市场经济的法律机制和观念”,载《中国社会科学季刊》(香港)1993年第1卷第2期。

〔4〕 《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社1956年版,第82页。

就是行为及利益的主体资格或身份。因为,从实质内容上看,所有的社会关系的建立与存续都离不开行为与利益;但若从前提条件来看,任何社会关系的建立与持存也同样离不开主体的身份或资格。所以,笔者认为,提出如下认识同样是合乎逻辑的,即法的调整对象之另一方面是社会主体的身份关系。

身份,乃主体参加社会活动、成为社会活动角色的资格。任何时代、任何社会的任何社会活动主体,都存在一个身份问题。“身份”本身是一个中性词,并不具有任何价值评价意味,它和等级完全不同。等级表示一种差别、对立和矛盾,是一种社会分层的事实状态,属于身份关系的一种表现形态。英国法学家梅因在《古代法》一书中把社会的发展归结为“从身份到契约的运动”,^[1]其意思并不是说古代法重视法律关系主体的身份,而现代法不重视主体的身份。他实际上是说,古代法重视主体身份的不平等(身份等级),现代法重视主体身份的平等。因此,“从身份到契约的运动”过程实际上是“从身份等级到身份平等的运动”过程。

前已论及,社会的发展是从利益的一致到利益的差别、对立和矛盾,从利益的整体化到利益的个体化的发展过程。与之相适应,人们的身份关系也是从身份的特殊有限平等到身份的差别和分等,再到身份的普遍平等(包括形式的平等和实质的平等)的发展过程。在利益高度一致,个体利益融于整体利益之中的原始社会,作为单独的个人,其身份是完全平等的。后来,由于利益的分化和对立,出现了主人和奴隶、富人和穷人的差别,人们的身份也由平等变为不平等了。这是社会生产力发展的必然结果。等到居民之间相互迁移、交错杂居的现象普遍起来的时候,人与人之间的血缘联系就被切断了,代之而起的是地域联系。不同血缘的居民生活在同一地域内,各自为着生存和发展而追求个人利益,不可避免地

[1] [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第97页。

就产生了利益的对立和冲突。因此,法在对社会中的各种利益关系进行调整时,不仅要明确哪些利益符合或至少不违反统治阶级的根本利益,因而可以予以保护、促其实现;哪些利益不符合统治阶级的根本利益,应当予以限制或取缔。而且还应当指明,享有这些利益、为这些利益而进行社会活动的主体是谁,他们在社会活动中的地位如何,充当什么角色。即是说,法必须同时明确主体的资格、主体的身份。唯其如此,法对社会关系(行为与利益)的调整才是完整的。

事实上,古今中外历史上不同历史类型的法,莫不把主体的身份作为自己的重要调整对象。奴隶制法,把奴隶当作财产,会说话的工具,从而将其排除于权利主体范围之外,奴隶根本没有完全而平等的主体资格和身份(仅仅具有片面的义务主体资格),只有奴隶主和平民才是真正的主体,然而他们的身份也是有等级之分的,资格也是极不平等的。封建制法虽然把全体社会成员都作为社会主体,即视人为人而非物,但也是以身份的等级划分和资格的不平等为基本特征的。并严格确认和维护“长幼有别、尊卑有序”的森严等级,任何人不得僭越,否则就要受到严厉制裁。可见,“古代立法者的思想并不要体现人类的平等,而是一部分被挑选出来对其他人实行统治的人的平等;并非要体现全体人之间的博爱,而是同等人之间的博爱,也就是说等级内部的博爱。”^{〔1〕}正是在这个意义上,我们说封建制法是特权的法、等级的法。资本主义社会是资产阶级在反抗封建制度。进行资产阶级革命取得胜利的产物。它以自由、平等、博爱为口号和旗帜,抨击封建的等级秩序,要求普遍的社会平等。因此,资本主义法首先确立了法律面前人人平等的法制原则,凡公民皆有相同的政治、经济、文化和社会等各方面的平等权利,同时也平等地尽一个公民应尽之义务。这与前资本主义

〔1〕 [法]皮埃尔·勒鲁:《论平等》,王允道译,商务印书馆1988年版,第130页。

社会的情况就完全不同了。当然,这种平等是经历了一系列曲折过程才体现在法律条文上,而且还是表面上的,在事实上人与人之间的不平等,特别是富人与穷人、统治者与被统治者之间的不平等始终存在,甚至在某些国家(如南非的种族不平等)情况还相当严重,但它毕竟是一种身份关系的历史进步,是一种可喜的发展。

社会主义社会的建立,从根本上消除了产生一切剥削、压迫等不平等的社会根源。在我国,人与人之间的平等不仅是形式上的、更是实质性的。我国社会主义法就是对这种公民平等关系的确认和保护。但是,在我国社会生活中,人们为着各自的利益而参加的社会关系错综复杂,有些社会关系,一些公民可以参加,一些公民要限制其参加,另有一些公民要完全禁止其参加。同时,各种社会组织 and 团体,也有各自相对独立的利益要求,也要参加众多的社会经济活动,结成一定的社会关系,它们也要求法律明确其身份与资格。而且,在新形势下,各种新的利益主体大量涌现并独立地进行着大量的社会活动,参加到许多社会关系之中,它们也存在一个明确身份资格的问题。我国社会主义法要通过主体的行为而最终实现对各种利益关系的调整,不可避免地会遇到如何对待这众多的社会活动主体,给予它们以什么样的身份地位,授予其何种资格的问题。因此,身份关系理所当然是我国社会主义法的调整对象。

总之,笔者认为,作为法的调整对象的社会关系,可以进一步具体化为人们的行为、社会利益关系和身份关系三方面。无论法的阶级性质如何,法律调整的所有环节和全部过程都以这三方面为核心而渐次展开。因此,就法学(包括理论法学和应用法学)的理论研究而言,从这三方面入手并以之为重点是符合法律本身的内在逻辑的。

(本文发表于《吉林大学社会科学学报》1994年第6期,独著)

法律效力论纲

法律效力是法律本身的内在要素,也是法律得以存在的必要条件。法律之正常运作、法律秩序之有效建立与维护、法律实效之可望获得,无不以法律效力之存在为其基础、作其前提。可以说,法律效力问题,是整个法律的中心问题。法律效力研究的理论和实践意义的确不容低估。但我国法学理论界对法律效力的探讨几乎无一例外地仅仅局限在法律的效力范围上,即法律在时间、空间、对人和对事上的效力,很少触及法律效力本身。本文拟对法律效力作一专题研讨,欢迎学界同仁评说指正。

一、法律效力释义

与我国法学界轻视法律效力研究相反,西方法学界对于这个关乎法律秩序的根本问题相当重视,不同法学派别的学者都从不同的角度研究了法律效力问题。分析实证主义法学派坚持法律的逻辑效力观,认为法律效力不过是国家的强制力与约束力,故举凡出自有立法权的机关的规则便当然地成为有效力的法;自然法学派捍卫其基本传统,持法律的伦理效力观,认为从终极意义上看,