

法制及其意义

—法律解释问题研究

陈金钊 著

西北大学出版社



法制 及其意义

——让法律科学回到研究

陈金钊 著

政法理论学术精品

法制及其意义

——法律解释问题研究

陈金钊 著

西北大学出版社

(陕)新登字 011 号

责任编辑 徐怀东 刘作翔

封面设计 杨健生

法制及其意义
——法律解释问题研究

陈金钊 著

西北大学出版社

(西安市太白路西北大学内)

西北政法学院印刷厂印刷

850×1168 毫米 32 开 6.25 印张 157 千字

1994 年 12 月第 1 版 1994 年 12 月第 1 次印刷

印数: 1—1000

ISBN7—5604—0818—4/G·123

定价: 7.50 元

目 录

序 言 法理学的发展与法律解释研究	(1)
第一章 法制及其精神	(5)
一、 社会主义法制精神	(5)
二、 马克思主义法制观在中国的成长	(13)
三、 法制秩序中的法律关系体系	(27)
四、 法制与人权精神	(35)
第二章 法典及其意义	(43)
一、 法典化及意义	(43)
二、 成文法典在适用中的命运	(55)
三、 法典的意蕴	(66)
四、 中国古代关于法典疏简的思想	(80)
五、 《古代法》中的法典思想	(85)
第三章 法律及其解释	(94)
一、 法律概念的解释	(94)
二、 司法解释的理论问题分析	(104)
三、 司法解释的对象	(113)
四、 司法解释的特征	(119)
五、 司法解释的功能	(126)
六、 作为法源的司法解释	(134)
七、 海峡两岸司法解释制度的比较研究	(139)
第四章 法律渊源和行为	(149)
一、 法律渊源分析	(149)
二、 法律行为的一般理论分析	(161)
三、 社会主义法律行为研究	(176)

四、 法律程序中仪式行为及意义.....	(189)
后 记	(196)

序 言

法理学的发展与法律解释研究

法律这门知识,是否可以称为科学,至今存在着仁智之见,难以定论。在美国,一般人常把法学院的课程看成是一种高级的职业训练,很少有人把它看成科学,但在法理学著作中也时常称其为科学。在中国,科学一词一般指自然科学和社会科学。法学这门学科一般被列为社会科学。然而,法学究竟是不是科学,这主要看如何对科学定义。如果科学仅表示一种系统的知识体系,法学当称为法律科学。但有时人们探究法律的效力源泉时,把一个暴君的意愿或命令当成一种法律,这种法律自然无所谓学问,也就不称其为科学。在当今社会,对以维护公平正义自由等价值观念为准则,以规范社会成员的行动来维持社会的安宁和秩序为系统研究对象的法学,当然应称其为科学。更主要的是法学不仅是门科学,而且是一门实用科学。因而法学工作者的任务,不仅在于对社会作出解释,更主要的在于,以形成的理想规范适用于法制社会。由于法规范形成后的稳定性,要求法律不能朝令夕改。但社会关系却在不停地变迁。这就要求法学的研究者不断解释规范,使稳定的法律不断适应社会的变革。因此,法学工作者的工作重心,应着重于实用,而不能以纯抽象的理论为依归,虽然纯理论的研究也是推动法学前进必不可少的学问^①。

依据上述思路检讨我们的法学,尤其是法理学研究,我们感觉

^① 以上参见刁荣华主编:《法律之解释与适用》,东亚法律丛书,台湾汉林出版社印行,第1—7页。

到确实存在着一个法学还原问题。这里的还原不同于哲学之还原，仅在于借用其说明我国法理学研究太偏重于对法本原、价值等宏观问题的研究，而忽视对应用法理学问题的研究。整理一下解放后法理学的足迹，我们看到的老问题是法的阶级性、社会性问题，法的宏观作用问题，人法与法治问题，法与精神文明关系的一般论述问题，法与初级阶段关系问题；新问题多是法律价值、法律意识、法的客观作用问题的论述。其中，对法本质问题研究尤甚，长达几十年争论不休。笔者无意说这些问题不应去研究，而在于呼吁不要使法理学界全都投入这些问题的研究，专家学者们应抽出时间关心一下微观法理学，尤其司法解释等一般理论的研究，不要使部门法，特别是实践部门的同志感到法理学高深莫测，离现实太远。笔者注意到全国法理学会副总干事张文显教授在《政治与法律》杂志1994年第5期的刊首语中语重心长的话语：法理学应“上得去，下得来”。我们既要宏观问题进行深入探讨、又要加强对微观法理学问题的研究，投入部分精力（部分法理学同仁应投入全部精力）于微观法理学事业。我总感觉到除了谈法本质的阶级性以外就没有话可讲的法理学教授很难说是一个好的法理学教授。法理学毕竟是应用学科的法理学，我们应把纯本质问题研究还原为对现象问题的研究，对现象的研究不能总往本质问题上归结。

当然，笔者并不是否定法本质等问题研究的意义。但问题的落脚点在于，价值等问题的落实需要通过解释者融入规范中，成为人们行为、法官判案的标准。否则，本质及价值问题研究的意义就会大受影响。我们注意到，在当代西方哲学中，现象学、解释哲学十分盛行，他们力倡哲学的还原，他们所提供的方法和对问题的结论已使西方哲学前进了一大步。这其中当然有所谓信仰危机因素的影响。但它们能流行，最主要的还在于他们对世界认识所揭示的新方法、以及解决问题的新途径使当代的人们看到了法学的希望所致。

带着上述不成熟的看法，我们苦苦思索中国法理学的问题，试

图找到解决法理学上不去,下不来的契机。在本书中作者想从微观法理学的角度,找出充实法理学内容的途径。我们觉得,中国的立法事业已经有了较大的发展,随着法律移植速度的加快,许多重要的法典即将出台,法学家及政治家们会站出来呼吁法典的稳定问题。届时,发展法律,并适应变革社会的任务会落到法解释学者的身上,中国的法律解释学将得到长足的发展。那时,宏观法理学的许多结论会在解释学作品中扎根,而偏重方法的解释学也会形成并培养人们独特的法学方法和法律思维方式。

法律解释学有人也称之为注释法学,它不是把法作为社会现象从客观上进行考察,而是把法作为维持现实社会生活秩序的规范来研究。它经常把这样的问题提出来研究,“在某一国家或某一社会,在某一时期所实施的法,即现行法,是以什么样的内容而存在的?”^①它要求解释者在法律体系没有任何变化时,能经常适应社会的各种变动,作出合理、合法的解释。以便使司法主体更准确地适用法律。所以对法律解释一般问题的研究带有很强的实用性;虽然法律解释学的思维常用逻辑规律、系统分析等方法,但它明显地缺乏那种严谨学科的科学性格。对法律解释学的研究,可以追溯到遥远的古代罗马共和时代,但真正意义的解释学在近代才开始,并在资本主义私法体系形成后得到长足发展的,尤其是法德两国的法学家以法典为研究对象,把法律解释学推向了高峰。因为在这时候,法制信仰者坚信法典是“书写的理性”,法典没有缺漏,它是解决所有法律问题的规范。从这一角度出发,思想家们试图运用逻辑的技巧建立起一个维护市民社会的法律体系。基于这种思考在法解释学方面所进行的努力,曾高度锤炼了理性的思考方法,使法解释学乃至法理学有了大的发展。但对此种研究也不可过份张扬,虽然,对法解释学的深入研究使法律规范得到公正而恰当的使用,

① 《法学总论》,上海社会科学院法学研究所编,知识出版社1981年版,第51页。

并对保持法的稳定性有所帮助,但它遭到了德国法学家耶林的批判,认为这是概念法学。值得注意的是,法史学、法社会学、法心理学、法行为学、法文化学、法哲学,它们可能分别属于史学、社会学、心理学、行为学、文化学和哲学,而法解释学则与这些学科不同,它具有知识性、实用性、技术性等特点,它利用上述学科提供的方法和研究成果,创设了使法学区别于其它学科的东西,使法学成为具有较大独立性的学科,被人们称之为是狭义的法学。而法解释学被融进到法理学中,对促进法理学独立性的发展也具有较大意义。它能改变法理学空泛、不能面对司法实体的缺陷。因为在解释中,法官会技术地注入正义、自由等价值观念,使自由不致空谈,正义真正实现。

第一章 法制及其意义

历次“造神”运动的破灭,都使人们更加坚信意识形态领域应是无神的殿堂。但由于国人已习惯了神祇权威的统治,为免除人们心灵的痛苦,更为祖国繁荣昌盛,在众神死后,在中国的封神榜上应补进一神,这就是法制之“神”。法制之“神”的精义在于崇法,尚法,尊法;法制之神的正位是人民的民主、自由和平等;法制之神的价值是秩序。法制之“神”的登基需要我们法制建设者努力奋进。当人们对法制之神顶礼膜拜的时候,中国法制现代化的步伐就迈开了。

一、社会主义法制精神

按照通常的理解,法制有广狭二义:广义上讲法制是统治阶级按自己的意志和利益,通过政权机关建立起来的,由国家强制力保障实施的法律制度,包括立法、执法、守法和法律监督;狭义上的法制是指与民主制度联系在一起的,作为民主标志的以维护人民的权利和自由为特征的法律制度。我认为,这种理解虽然在狭义法制中揭示了法制和民主制度联系在一起,但这仅揭示了法制的中心价值,没有揭示法制一词的核心内容——法制精神,即法制本身质的规定性没有显示出来,我们衡量一个社会是否存在法制不能只看是否存在立法、执法、守法等环节,而应关键看其是否存在法制精神。

社会主义法制精神是社会主义法制的灵魂,或者说是法制意识的核心。它的宗旨在于用法制限制和约束各种膨胀的社会张力,从而使人民的权利得到保障。法制中“制”的含义不是制度,把“制”理解成制度确实是望文生义,“制”的确切含义应是制约。

谈到法制时,我国思想家一般都要追忆法家所使用的“法制”一词。他们的展示无非是向世人表明,法制一词,我国古已有之;然后就下结论,说法家的“法制”是严刑峻法。其实法家的“法制”也隐含着制约的意思。商鞅讲“明主慎法制,言不中法者,不听也,行不中法者,不高也,事不中法者,不为也。”从商鞅的“慎法制”中,隐约可以看到商鞅强调明君圣主的行为要接受法律的制约,不能任意妄行。韩非强调,“释法制而妄,虽杀戮而奸人不恐”,“枉法曲亲谓之有行……有行者法制毁也。”这里的“释法制”和“枉法曲亲”中就含有不受法制约束的意思,“释法制”和“枉法曲亲”的结果是法制毁也。所以,法家反复强调君主应“明法制,去私恩”、“法制之禁不可不慎也”,这些解释的引伸意我们可以理解为:君主对待法律和制度,须是正人先正己,带头接受法律的制约。法家的法制思想还很稚嫩,没有进一步的阐释,并且法家的“法制”思想是为“法治”服务的,主要是为君主的专制统治服务的。其在今天看来意义非常重要,但没引起封建统治阶级和其它流派思想家的共鸣,特别在汉代后,儒家思想成了封建统治的正统思想,法家的“法制”、“法治”思想一并被儒家吸收,成了专制统治的一部分,法制的制约思想早被忘得一干二净。只有少数圣君明主偶然兴致来临,才决定“王子犯法与庶民同罪”。但整个封建社会盛行的是“朕即国家”、“言出法随”,法律对君主没有半点制约。

人类历史进入18世纪,在启蒙思想家反对君主、争取民主的斗争中,形成了资产阶级的法制思想和法制精神。他们的法制精神包括如下内容:第一,用对法律的崇拜代替了中世纪对上帝和神的敬仰。法律被推到了至高至圣的地位。美国民主思想家潘恩指出,

在专制国家中,国王就是法律,而在民主国家中,法律就应当成为国王。有的史学家甚至称 18 世纪为法制时代,很多哲学家的世界观则被称为法学世界观。第二,民主和个人的权利被当成法制保障的核心,而国王和各级官员则被视为公仆。尽管这些在资本主义社会中只是动听的骗人口号,但作为人类思想宝库的一部分,还是值得称道的。第三,强调法制是对政府和国王权利行使制约。洛克讲过,政府应以公开的法律进行统治,这些法律不论贫富,不论贵贱,不论权贵和庄稼人都一视同仁,并不因特殊情况而有出入。为了使法制贯彻下去,他们提出了一系列的法制原则,包括法律面前人人平等、契约自由、无罪推定等。这些原则的制定,使政府的权力行使受到极大的法律制约。需要说明的是,资本主义社会对政府权力的制约,主要由三权分立的政治制度来完成,尽管这种三权分立制是资本主义的,因而存在许多弊端,但值得深思的是,三权分立的政治制度并没有使资本主义社会失去法律秩序。当然,资本主义国家实行三权分立制并没有使社会稳定,社会中存在在野党与执政党,行政权与司法权及立法权的相互争斗和重重矛盾,但三权分立制却终于沿袭了下来。从法律的角度分析其原因则在于,在这些国家的公民意识中存在一种法制精神。

资本主义发展到帝国主义阶段,其所固有的各种矛盾加剧。为了垄断资产阶级的利益,行政权力极度扩张,司法专横和行政专横大量存在,特别是当资本主义制度受到严重挑战的时候,资产阶级更是背离由自己创立的法制精神,力图摆脱法制对它的束缚。这说明资本主义法制精神不能贯彻到底,并且资产阶级法制是为资本主义统治服务的。但在和平状态下,资产阶级还是很重视自己的法制的。这主要是因为法制精神虽为资产阶级思想家所创立,但多年的法制实践与宣传已使法制精神成为公民意识的一部分,即使资产阶级背弃法制精神,人民也并没有放弃对法制精神的追求。

资产阶级法制精神是为维护资本主义制度服务的,它强调对

政府权力行使法律制约,以确保公民的基本权利。但这种法律的制约始终伴随着资产阶级力图摆脱法制束缚,而不断对法制进行破坏,从而使资产阶级的法制处于危难之中。在社会主义社会实现了劳动人民当家作主,人民成了国家的主人,人民的基本权利也在法律中得到了体现,但在社会主义社会中还存在各种敌视和破坏社会主义的势力,阶级斗争还在一定范围内存在,旧社会遗留下来的封建余毒还没有肃清,以及处在初级阶段的社会主义公民的法律意识水平很低,这些都构成了对人民民主制度的威胁。因而,人民的民主权利不是在法律中一规定就实现了,“文化大革命”和“反革命暴乱”事件的发生就证明了这一点。十年改革,我国的政治经济建设取得了很大成绩,法制建设也初具规模,但现实社会展示给我们的是许多的腐败现象、严重的官僚主义作风以及不断升高的犯罪率等。善良的人们都把克服这些弊端的希望寄托在法律身上,希望法律在维护人民民主制度和人民的基本权利方面做出更大的贡献。据此,我们必须大力提倡社会主义的法制精神。允许在公民中普遍树立法制精神,因为“徒法不足以自行”。

社会主义民主制度和人民的民主权利需要社会主义法律,而法律以公开的、规范的、公正的行为模式制约着人们的行为。当这种制约的对象不仅是公民的行为,而且也包括政府机关的行为时,法律精神就算是得到了实现。基于这种认识,我认为社会主义的法制精神包括如下内容,第一,增强社会主义法律意识,使法律在人们心中占据崇高的位置,这是社会主义法制精神形成的先决条件。在我国传统法律文化中,没有崇尚法律的精神,相反轻法厌讼的思想却根深蒂固。这种文化背景严重制约着我国法制精神的成长,时至今日人们并没有彻底解决“权大”还是“法大”的问题、法律与党的政策关系的问题。现实生活中人们对权力的追求远远大于对法律的崇尚。这种思想是阻碍法制精神形成的主要思想根源。对此,我们正在进行的普法宣传应改掉那种只宣传义务性规范或禁止性

规范的作法,大力宣传权利性规范,增强人们的权利意识。第二,一切国家机关的职能和权力的运用,只能根据法律,这就要求国家的立法机关制定出各种权力机关行使权力的规则和程序,从而使各个权力机关在其行为中必须掌握这些法律的内容,依法行事。法律对拥有权力的机关的制约,决不是在这些机关做出某个决定后再为其东拼西凑所谓的法律依据。第三,普遍遵守和执行国家的法律。这是法制精神对一切行为主体的要求,法律的出现,就是要使一切行为主体接受法律的制约,不允许有超越宪法和法律的特权人物存在。第四,坚决制止违法犯罪行为,不论违法犯罪主体是谁,都要坚持对违法者追究责任,不允许有逍遥法外的现象的存在。这四个方面构成了法制精神的主要内容,它的核心是提高法律在公民意识中的地位,从而使任何人、任何机关及任何政党都置于法律的制约之下。不允许有超越宪法和法律的特权。而这里的中心问题是对政府机关行使权力的法律制约。这主要是因为,政府机关拥有最多的社会权力,一旦政府脱离法律的约束而任意行为,破坏的不仅是法制,更重要的是民主制度,正如博登海默指出的:“在社会现实中,如果出现一种完全不受限制的社会权力,那么这也是一种暂时现象,它表明政府正处在一种极度的危机或严重瘫痪状态。”^①所以,政府的权力运用是特别需要法律制约的。弗兰克福特也认为,如果没有行使政府及司法机关的自由裁量权的标准,“就是对专制的认可。”^②从以上论述中我们可以界定,社会主义法制精神要求一切行为主体,包括拥有社会权力的政府机关都必须接受法律对自身行为的制约和限制。如果人民群众和机关工作人员都认识到自己的行为应该接受法律的制约,以及政府机关领导能够接受人民以法律行为方式对政府工作进行监督制约,那么,一个

①② [美]博登海默著:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来等译,华夏出版社1987年版,第342、352页。

民族的法制精神已经形成。

我国法学界从狭义法制概念出发,认为只存在资本主义和社会主义法制两种类型,因为法制是与民主制度相联系的。如果我们把民主当成法制的核心价值的话,从法制精神的角度考虑,我们必须对法制概念进行补充。

北京大学编的《法学基础理论》中强调,“法制其根本精神是依法办事。”中国人民大学《法学基础理论》教材中讲,“有法必依是法制的核心问题。”前苏联的许多法理同行认为:“遵守和执行国家所颁布的法律就是法制。”^① 我认为,在探寻法制精神中应遵循的一条基本原则是,不能脱离法制的价值核心去谈法制精神,我们必须紧紧围绕着人民的民主制度和民主权利去研究法制精神,就一个国家内部来讲,对民主制度和人民的权利威胁最大的是两个方面:一是掌握权力的机关和政党超越社会主义宪法和法律,拒绝接受法律的制约,非法行使权力;二是社会关系参加者不遵从法律的要求,违法犯罪。所以,构成法制的就是对行为主体(包括自然人、法人和国家机关)的法律制约。而人民普遍认同这一点就构成了法制精神。单独守法不能成为法制精神,因为守法有本身特殊的含义。在封建社会,一般都认为“生法者君也,守法者臣也”。即使到现代,强调守法不过就是要求对义务性和禁止性法律规范的遵守。但守法是法制精神的组成部分。“依法办事”和“有法必依”都是法制的基本要求,它们也是法制的内容,但由于二者都没反映出与民主的关系,特别没有反映出法制对民主的保障作用,所以,我认为这二者都不是法制的核心。

社会主义法制把民主和人民的权利自由当成是自身的核心价值,强调用法律对公民和政府的行为进行制约。但对社会主义法制

^① [前苏联]彼·斯·罗马什金:《国家与法的理论》,法律出版社1963年版,第353页。

还须说明如下几点：第一，法制中的制约不是要把公民和政府的行为限制死，使其死守法律，而是要求公民和政府在法律权利和职权规范的指导下，充分发挥其主动性和能动性，从而使社会在法律调整作用下，生机盎然地向前进发。这种法制精神强调的是政府要在保障人民民主权利的前提下搞好政治、经济建设，并要求人民在法律范围内去护法用法，使整个社会既生机勃勃，又秩序井然。

第二，法制精神排除那种行为主体为了自己或少数人的利益，在进行了武断举动和非法行为后，在法律中再寻找某个对自己有利的条文为自己辩护的作法。虽然我们不排除诉讼活动中这样做，但法制精神与此格格不入。因为这样做不是法律制约行为，而是行为制约法律。

第三，法制精神特别重视宪法在法律体系中的地位，坚持法制精神必须反对一切违宪行为。宪法规定给公民的各种权利，一定要在现实中贯彻下去。而不允许以种种借口阻碍公民权利的实现，更不允许以地方性的法规和法律剥夺宪法赋予公民的各种权利。

总之，法制精神是以保障民主制度和人民权利为目的的。它是以对政府和公民行为的法律制约为其表现形式的。“法制思想表现了同专制主义和非法、违犯法律秩序的对立。”^① 法制精神落实的结果是保证社会成员无阻碍地享有法律赋予他们的权利，并履行法律规定给他们的义务。

法律对政府机关权力行使的制约，不同于权力的制约。法律对权力的制约是用法律赋予公民权利的办法来分散权力的集中性，以制约权力。博登海默指出：“一个发达的法律制度经常试图阻碍压制权力性机构的出现，其依赖的重要手段就是通过群体和个

① [苏]雅维茨著：《法的一般理论——哲学和社会问题》，朱景文译，辽宁人民出版社1985年版，第201页。