

TRIAL STUDY

审判研究

2012年 第1辑 总第050辑



《审判研究》编辑委员会 编

● 本辑要目 ●

崔永东

中国司法传统中的四大理念

龚赛红 王青龙

论人格权的合同法救济

马荣春 张红梅

常识、常理、常情与罪过认定

吴绍祥 葛荣贵

瑕疵出资股东的责任承担

江苏省高级人民法院民一庭

关于《侵权责任法》实施情况的调研报告

江苏省南京市中级人民法院课题组

小额速裁机制构建

江苏省盐城市中级人民法院课题组

非法证据排除规则实施情况的调研报告



D925.04-5
26081
2012.1

阅 览

2012年 第一辑 (总第五十辑)

TRIAL
审判研究
STUDY

《审判研究》编辑委员会 编



图书在版编目(CIP)数据

审判研究. 2012 年. 第 1 辑: 总第 50 辑/《审判研究》编辑委员会编. —北京: 法律出版社, 2012. 8

ISBN 978-7-5118-3805-6

I. ①审… II. ①审… III. ①审判—研究—中国
IV. ①D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 172767 号

©法律出版社·中国

责任编辑/李 群

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/15.5 字数/248 千

版本/2012 年 8 月第 1 版

印次/2012 年 8 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 978-7-5118-3805-6

定价: 20.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

《审判研究》编辑委员会

主 任：公丕祥

副主任：周继业

委 员：（按姓名笔画为序）

刁海峰	马 荣	马汝庆	马志相
王世华	叶兆伟	刘 华	刘亚平
刘媛珍	汤小夫	苏学增	李玉生
李后龙	时永才	吴立香	何 方
宋 健	张 屹	张培成	陆鸣苏
茅仲华	周茸萌	屈建国	胡道才
俞灌南	姜洪鲁	贺强兴	夏正芳
徐清宇	唐伯荣	蒋惠琴	谢国伟
褚红军	蔡绍刚	薛剑祥	

主 编： 马 荣

副 主 编： 孙 辙 沈明磊 曹也汝

编辑部主任： 孙 辙（兼）

副 主 任： 魏 明

执 行 编 辑： 魏 明

专家论坛

- 1 崔永东 / 中国司法传统中的四大理念
10 龚赛红 王青龙 / 论人格权的合同法救济
20 马荣春 张红梅 / 常识、常理、常情与罪过认定

审判实务

- 29 吴绍祥 葛荣贵 / 瑕疵出资股东的责任承担
——以股权出资为视角
39 朱劭纯 吴 宏 / 与商标权相关的权利冲突纠纷及审理思路
52 夏文浩 / 劳动法视野下高管忠实义务及权利保护的法律适用

专题研究

- 63 李晓磊 / 量刑情节本质刍议
——从《人民法院量刑指导意见(试行)》切入
73 曹缪辉 唐 赞 / 行政指导行为受案标准的重构
——基于最高法院公报案例的反思与探讨

司法改革

- 82 陆开存 / 人民法院审判管理机制创新的路径
——线性工作流程与循环管理流程的探索与构建

调查报告

- 94 江苏省高级人民法院民一庭 / 关于《侵权责任法》实施情况的
调研报告
143 江苏省南京市中级人民法院课题组 / 小额速裁机制构建
164 江苏省盐城市中级人民法院课题组 / 非法证据排除规则实施
情况的调研报告
——以盐城两级法院的
实践运作为基础

人民陪审员遴选制度的调查与思考 ——以江苏省仪征市法院两届陪审员的遴选为样本 / 张 澎 彭 辉	184
各抒己见	
无因借据的司法审查和规制 ——对民间借贷纠纷案件审理困局的思考 / 孔裕华 卢云云	199
“诉权型再审”视野下民事再审程序的反思和重构 ——从民事调解案件再审谈再审程序之完善 / 李 云	212
侵权损害赔偿中残疾器具的功能性评定标准问题 / 黄 莎	222
法律规则在农民利益诉求间的冲突与平衡 ——我国农村宅基地、房屋流转问题的 困境分析及路径探索 / 王小明 潘玉君 蔡欣广	227

专家论坛

中国司法传统中的四大理念

崔永东*

一、儒家的司法仁道主义

“仁道”表达的是一种“爱”的价值,强调关爱他人、尊重他人。司法仁道主义强调在司法上贯彻仁爱的精神,尊重人的生命价值。从此点上看,它与今日的人道主义也有相通之处。

孔子思想以“仁”为核心范畴,仁的含义是爱人,体现的是对他人的关爱和对他人生命价值的尊重。应该说,孔子的“仁”道观念体现了一种鲜明的人道精神,孔子的司法观也表现出了对仁道价值的追求。他基于仁道立场,反对刑罚恐怖主义,反对滥用刑杀手段对付民众。当季康子问政时,他答道:“子为政,焉用杀?子欲善而民善矣,君子之德风,小人之德草,草上之风,必偃。”(《论语·颜渊》)此强调为政应以德教为先,不可轻易刑杀,反映了一种人道化的司法理念。孔子又说:“善人为邦百年,亦可以胜残去杀矣。”(《论语·子路》)这表明他将废除刑杀作为施政的长远目标。

孟子也大力提倡仁道,推崇“仁政”。他说:“尧舜之道,不以仁政,不能平治天下。”又说:“是以惟仁者宜在高位。不仁而在高位,是播其恶于众也。”(《孟子·离娄上》)“仁政”自然也包括了统治者的司法活动,因为司法权也是国家政治权力的一部分,而在古代司法与行政不分的体制下,司法权也是一种行政权。因此,“仁政”自然包含了仁者在位、仁者司法这样的内容,“仁政”之下的司法凸

* 中国政法大学教授、博士生导师,中国政法大学司法理念与司法制度研究中心主任。

显了一种人道价值。

照孟子的说法,仁道不仅关系到个人的安危,还关系到国家的兴亡。他说:“三代之得天下也以仁,其失天下也以不仁。国之所以废兴存亡者亦然。天子不仁,不保四海;诸侯不仁,不保社稷;卿大夫不仁,不保宗庙;士庶人不仁,不保四体。”(《孟子·离娄上》)个人应当重视仁道,统治者更应重视仁道。仁道不仅是做人的根本,也是政治的根本。为政须以仁道为主宰,司法同样以仁道为主宰,不追求仁道价值的司法是一种暴虐的司法,它会影响到政权的存亡,如夏桀、殷纣之所以丧失政权,其因即在于司法残暴、滥刑虐民。因此,孟子主张:“杀一无罪非仁也。”(《孟子·尽心上》);“无罪而杀士,则大夫可以去;无罪而戮民,则士可以徙。”(《孟子·离娄上》)。只有合乎仁道的司法才能使社会和谐、政权稳定。

荀子重视司法的仁道价值,反对滥刑滥杀的暴虐司法。他说:“行一不义,杀一无罪,而得天下,仁者不为也。”(《荀子·王霸》)又说:“赏不欲僭,刑不欲滥。赏僭,则利及小人;刑滥,则害及君子。”(《荀子·致士》)统治者如果信奉滥刑无辜的司法暴虐主义,那就会自取灭亡。因此,荀子对统治者提出忠告:“君人者,隆礼尊贤而王,重法爱民而霸。”(《荀子·大略》)“重法爱民”是指通过法制建设和推行仁道司法而贯彻爱民的原则。荀子引孔子之言:“不教民而听其狱,杀不辜也……乱其教,繁其刑,其民迷惑而堕焉,则从而制之,是以刑繁而邪不胜。”(《荀子·宥坐》)荀子也说:“故不教而诛,则刑繁而邪不胜;教而不诛,则奸民不惩。”(《荀子·富国》)可见荀子与孔子一样,都主张先教后刑,如果不教而诛,则会导致罚不胜罚,犯罪现象反而会滋生。显然,这与司法的仁道价值相悖。

先秦儒家的仁道主义司法观对后世产生了深远的影响,后世儒家学者也多以“仁道”为基本的司法价值进行宣扬,并且成为封建正统法律思想中的重要内容。从《贞观政要》和《唐律疏议》两书所反映的唐初统治集团的司法思想来看,也凸显了浓厚的“仁道”色彩,说明司法的仁道价值在封建社会也得到了开明统治者的认同。儒家的司法仁道主义对封建时代的一些司法制度也产生了影响,如录囚、会审、直诉、赦宥、存留养亲及死刑奏报等制度,均体现了一定的仁道精神,从而成为良性的历史遗产。

二、道家的司法自然主义

司法自然主义是一种将司法与自然联系起来并将自然法则作为司法之根据

的理论。道家秉持司法自然主义的立场,主张司法须顺应“天道”。“天道”指自然秩序、自然法则,师法天道的司法观显然是一种自然主义的司法观。此种观念发端于老子,他主张“人法地,地法天,天法道,道法自然”,(《老子》第25章)“道法自然”是说“道”以自然为法,可知此“道”为自然之道。根据其“天人合一”的思维模式,自然秩序与人间秩序具有内在的统一性,因此人间的政治、立法和司法等都应效法天道,在司法上效法天道则意味着司法的自然化。老子说:“天网恢恢,疏而不失。”(《老子》第73章)“天网”在此指符合天道的法网,天网虽然疏阔,但以天网为根据的司法却能发挥积极效能,不会让坏人逍遥法外。然而,老子对司法与自然的关系问题并未展开系统论述,其后黄老学派的《黄帝四经》^[1]在这方面进行了系统探索。

《黄帝四经》共有4篇:《经法》、《十六经》、《称》、《道原》。《经法》称“道生法”,指明法律来源于天道。既然立法源于天道,那么司法就应顺应天道。该篇又说:“禁伐当罪,必中天理。”此“天理”即天道,意思是罚当其罪是符合天道的,这反映了一种自然主义的司法观念。

《经法》又说:“因天时,伐天毁,胃(谓)之武,武刃而以文随其后,则有成功矣。用二文一武者王。”“天时”指自然变化的时序。“天毁”指自然毁灭的东西。“文”指道德,“武”指刑罚。引文大意说要顺应自然变化的时序来动用刑罚,德刑并用才能取得成功;在治国方面应坚持以德为主,以刑为辅。这里强调执行刑罚要顺应天时,也反映了一种自然主义的司法观念。

《经法》又指出:“凡犯禁绝理,天诛必至。”“天诛”即“天罚”,凡属顺应天道的刑罚就是天诛。这是为刑事司法活动提供一种自然的根据,以凸显其合理性与权威性。该篇还有如下言论:“始于文而卒于武,天地之道也。四时有度,天地之李(理)也。日月星辰有数,天地之纪也。三时成功,一时刑杀,天地之道也。”作者认为,文和武即德和刑代表了自然与社会中的两种力量,从“文”开始到以“武”结束,这是“天地之道”即自然法则,一年四时,春夏秋冬四季是“文”即德发挥作用的时期,冬季则是“武”即刑杀的季节,如此才能符合自然法则。这便是所谓的“司法时令”说,该说体现了司法自然主义的理念。

《经法》还提到了“不循天常”、“必有天刑”等说法,“天常”即天道,“天刑”指顺应天道的刑罚。《黄帝四经·十六经》有一句话进一步阐述了司法与自然

[1] 以下凡引该书均据余明光:《黄帝四经今注今译》,岳麓书社1993年版。

的关系：“春夏为德，秋冬为刑，先德后刑以养生。”此虽与上引“三时成功，一时刑杀”有出入，但与以下古籍记载吻合。《管子·四时》：“是故阴阳者天地之大理也，四时者阴阳之大经也，刑德者四时之合也。刑德合于时则生福，诡则生祸。……德始于春，长于夏；刑始于秋，流于冬。刑德不失，四时如一；刑德离乡（向），时乃逆行。”《风俗通·皇霸》：“春夏庆赏，秋冬刑罚。”《春秋繁露·王道通三》：“阴阳之理，圣人之法也。阴，刑气也；阳，德气也。阴始于秋，阳始于春。”

《十六经》所谓“春夏为德”之“德”，既指赏赐，也指德教。引文乃言根据春夏秋冬四时之序来安排德与刑，即春夏行德，秋冬行刑。秋冬行刑正是自然主义司法观的体现，后经董仲舒进一步论证，被汉武帝采纳，从而确立为一种司法制度，这一制度一直延续到明清时期。

《十六经》进一步申说：“顺天者昌，逆天这亡。毋逆天道，则不失所守。”强调了顺应天道的重要性，治国理政、执行刑罚均应效法天道，否则会带来政权衰亡的结果。该篇又说：“天德皇皇，非刑不行，缪（穆）缪（穆）天刑，非德必顷（倾）。刑德相养，逆顺若成。刑晦而德明，刑阴而德阳，刑微而德章（彰）。”这里的“天德”、“天刑”指顺应天道的道德、刑罚。引文认为道德与刑罚必须配合得当，德代表自然中阳性的力量，刑代表自然中阴性的力量，所以在国家政治生活中应将道德置于显著位置上，将刑罚置于辅助道德的地位上。此既对刑罚（代表国家刑事司法权）进行了定位，也使刑罚顺应了天道的要求。

《经法》指出：“因天之生也以养生，胃（谓）之文；因天之杀也以伐死，胃（谓）之武。文武并行，则天下从矣。”文、武即德、刑，是人类师法自然的产物，德刑并用可致天下和谐。所谓“因天之杀也以伐死”是说顺应天道执行死刑属于“天杀”，这就为司法实践确立了自然主义的价值取向。

三、墨家的司法神秘主义

墨子思想具有神秘主义倾向，这也影响到他的司法观念，如“天志”、“天罚”说就是代表。“天志”指上天的意志，也称“天意”，它赏善罚恶，主宰人间的一切，并且神圣不可侵犯，违反者将受“天罚”，就是说天神也可以行使其司法权，对违抗其意志者进行惩罚。“天罚”体现了司法的神秘化倾向。

墨子说：“然则奚以为治法而可？故曰：莫若法天。天之行广而无私，其施厚而不德，其明久而不衰，故圣王法之。既以天为法，动作有为，必度于天。天之

所欲则为之,天之所不欲则止。然则天何欲何恶者也?天必欲人之相爱相利,而不欲人之相恶相贼也。”(《墨子·法仪》)圣王以天为法,按照天的意志从事政治活动,天的意志就是让人们相爱相利,而不是让人们互相仇恨、互相伤害。对于那些“相恶相贼”的人,上天会行使其司法权,对其加以惩罚,即所谓“恶人贼人者,天必祸之”(《墨子·法仪》)。

墨子指出:“暴王桀纣幽厉,兼恶天下之百姓,率以垢天侮鬼。其贼人多,故天祸之,使遂失其国家,身死为谬于天下。后世子孙毁之,至今不息。故为不善得祸者,桀纣幽厉是也。爱人利人以得福者,禹汤文武是也。”(《墨子·法仪》)此所谓“天祸”是天罚的意思。墨子通过总结历史上的经验教训,认为祸害百姓者就会受到天罚,爱护百姓者则会被上天福佑。这进一步揭示了上天的司法功能,凸显了墨子司法观的神秘主义倾向。

当今学者对墨子“天志”说有如下评析:“墨子‘天志’说的提出,是想要在当时的统治者之上确立一种至高无上的权威。他强调‘天’要比天子贵重和聪明。天是希望‘义’而厌恶‘不义’的。谁顺‘天志’,就能够得天之赏;谁反‘天志’,必将得天之罚。天之罚是无可逃避的,务必谨慎警戒,按‘天志’行事。”〔2〕这一说法值得参考。

正如墨子所说:“天欲义而恶不义。然则率天下之百姓以从事于义,则我乃为天之所欲也。我为天之所欲,天亦为我所欲。然则我何欲何恶?我欲福禄而恶祸祟。若我不为天之所欲而为天之所不欲,然则我率天下之百姓以从事于祸祟中也。然则何以知天之欲义而恶不义?曰:天下有义则生,无义则死;有义则治,无义则乱。然则天欲其生而恶其死,欲其富而恶其贫,欲其治而恶其乱,此我所以知天欲义而恶不义也。”(《墨子·天志上》)这段话点名了上天“好恶”的标准,即“义”,上天爱好义而厌恶不义,如果统治者率领天下百姓从事于义,则符合上天的欲望,因此会得到上天降下的福禄,否则就会得到上天降下的祸祟。上天降祸祟实际上是天神对人间行使其神秘司法权的表现,是墨子司法神秘主义的反映。

墨子进一步申说:“顺天意者,兼相爱、交相利,必得赏;反天意者,别相恶、交相贼,必得罚。”(《墨子·天志上》)这里的“天意”即“天志”,天意希望人们兼相爱交相利,而反对人们相恶相贼——互相仇恨、互相伤害,否则上天会动用其

〔2〕 王焕镛:《墨子校释》,浙江文艺出版社1984年版,第208页。

神秘的司法权对其进行严厉的惩罚。实际上,墨子是将其提倡的核心道德——“兼爱”(兼相爱、交相利)神秘化为“天意”,并把它作为司法的标准,如此“天意”也无非是一种神秘化的“人意”而已。墨子的这套说教带有“神道设教”的意味。

墨子还指出,“天意”是衡量政治善恶的标准,符合“天意”的政治是“义政”。他说:“顺天意者,义政也;反天意者,力政也。然义政将奈何哉?子墨子言曰:处大国攻小国,处大家篡小家,强者不劫弱,贵者不傲贱,多诈者不欺愚。此必上利于天,中利于鬼,下利于人。三利,无所不利。”(《墨子·天志上》)“义政”也强调一个“利”字,即对百姓、弱者有利。“义政”也包括立法、司法方面的内容,所以好的政治必然带来好的司法,而好的司法必然维护百姓之利。

墨子又说:“且吾言杀一不辜者,必有一不祥。杀不辜者谁也?则人也。予之不祥者谁也?则天也。若以天为不爱天下之百姓,则何故以人与人相杀而天予之不祥?此我所以知天之爱天下之百姓也。”(《墨子·天志上》)天具有给予人间行恶者以“不祥”的功能,而接受“不祥”的人就是对百姓不利的人。“不祥”即“天罚”,代表了上天神秘的司法力量。

照墨子的说法,“天志”即“天法”,上天的意志本身就是一种法律,它具有至高无上的法律效力,具有神圣性、权威性和普遍性。上天对那些祸害人间的坏人降下“不祥”或“祸祟”,实际上就是对“天法”的一种执行,也就是一种司法活动,只不过这种司法活动带有很强神秘色彩,我们可以称为“司法神秘主义”。应该说,在先秦诸子的司法观中,墨子的神秘主义色彩最为浓厚,这也是值得我们注意的一个问题,或许这也是墨子解决司法权威性之问题的一个思路:只有靠神秘和权威的司法力量,才能推行其提倡的道德(兼爱)和政治(义政)学说。

墨子也是借“天志”来抬高其学说的权威性和神圣性。他说:“我有天志,譬若轮人之有规,匠人之有矩。轮匠执其规矩,以度天下之方圆……我得天下之明法以度之。”(《墨子·天志上》)墨子实际上是将自己的思想说成是“天志”,又将“天志”说成是人间的规矩,即所谓“天下之明法”。而执行该法就是一种司法活动,从而为这种司法活动提供了神圣的根据。

天子既是人间的司法主体,也是天神的司法客体;如果天子为非作歹,天神也会行使司法权对其加以惩罚。此即“天子为暴,天能罚之”(《墨子·天志中》);“憎人贼人,反天之意,得天之罚者也”(《墨子·天志中》);“得罪于天,将无所逃避之者矣”(《墨子·天志下》)。因此,“天之意不可不慎也”(《墨子·天

志中》)。

墨子的司法神秘主义不但表现于“天志”说中,也表现于“明鬼”说中。墨子迷信鬼神,认为鬼神也有赏贤罚暴的能力。应该说,“明鬼”说与“天志”说一样,都宣扬了一种司法神秘主义,并且是借鬼神的力量来彰显墨子学说的神圣性和权威性,因此也带有“神道设教”的意味。

墨子说:“今若使天下之人,偕若信鬼神之能赏贤罚暴也,则夫天下岂乱哉?”(《墨子·明鬼下》)这说明,鬼神也有“司法权”,鬼神行使司法权的表现即“罚暴”,“暴”是指破坏社会秩序的犯罪,只有严厉惩治此类犯罪,天下才会太平康宁。人间的帝王也可代鬼神行使司法权:“故圣王必以鬼神为尚贤而罚暴,是故赏必于祖而戮必于社。”(《墨子·明鬼》)

墨子又说:“故鬼神之明,不可为幽间广泽山林深谷,鬼神之明必知之。鬼神之罚,不可为富贵众强、勇力强武、坚甲利兵,鬼神之罚必胜之……鬼神之所罚,无大必罚之。”(《墨子·明鬼》)鬼神洞烛幽微,鬼神无往不克,鬼神所罚必行。鬼神作为司法主体,果断行使其司法权,坚决惩治人间的坏人,维护人间的和谐秩序。这就是《明鬼》篇所透露出的神秘主义司法观。墨子的神秘主义司法观对后来的道教颇有影响。

四、法家的司法严酷主义

司法严酷主义为法家所信奉,“严酷”之“严”指严格论刑,“酷”指重刑轻罪;统而言之,“严酷”是严刑重罚的意思。法家代表人物之一商鞅说:“去奸之本,莫深于严刑。故王者以赏禁,以刑劝,求过不求善,籍刑以去刑。”(《商君书·开塞》)“籍刑以去刑”是说凭借严酷的刑罚手段来去除刑罚,这是商鞅也是几乎所有法家人物对司法活动的一种价值追求。

商鞅又说:“行刑:重其轻者,轻者不至,重者不来,此谓以刑去刑,刑去事成。罪重刑轻,刑至事生,此谓以刑致刑,其国必削。”(《商君书·靳令》)商鞅主张用轻罪重罚的手段来达到“去刑”的目的。其逻辑是:如果轻罪重罚,那么人们就不敢犯轻罪,轻罪都不敢犯,重罪就更不敢犯了,于是而致刑措。正如法家理论的集大成者韩非所评:“公孙鞅之法也重轻罪。重罪者,人之所难犯也;而小过者,人之所易去也。使人去其所易,无离(罹)其所难,此治之道。夫小过不生,大罪不至,是人无罪而乱不生也。”(《韩非子·内储说上七术》)通过重刑轻罪,使小过不生、大罪不至,达到“人无罪而乱不生”,由此实现社会的和谐。法

家常常用“乱”这一概念来表述社会秩序的失和状态,用“治”这一概念来表述社会秩序的稳定和谐。

韩非进一步申论:“学者之言,皆曰轻刑,此乱亡之术也。凡赏罚之必者,劝禁也。赏厚则所欲之得也疾,罚重则所恶之禁也急……是故欲治甚者,其赏必厚矣;其恶乱甚者,其罚必重矣。今取于轻刑者,其恶乱不甚也,其欲治又不甚也……故曰:重一奸之罪,而止境内之邪,此所以为治也。”(《韩非子·六反》)这里的“治”、“乱”都是对社会是否和谐而言的,而社会的和谐取决于对轻罪的重罚,即所谓“重一奸之罪,而止境内之邪”,对民众的长远利益反而有利。正如韩非另外所说:“法之为道,前苦而长利;仁之为道,偷乐而后穷。”(《韩非子·六反》)

法家另一代表人物李斯也说:“彼唯明主为能深督轻罪。夫罪轻且督深,而况有重罪乎?故民不敢犯也。”(《史记·李斯传》)“督”为责罚之意。深督轻罪意谓重罚轻罪,民众于是不敢以身试法。春秋时期郑国执政子产曾说:“唯有德者能以宽服民,其次莫如猛。夫火烈,民望而畏之,故鲜死焉。水懦弱,民狎而翫之,则多死焉。故宽难。”(《左传·昭公二十年》)这是说,只有实行猛如烈火的法治才能拯救民众,柔弱如水的宽政反而会害民。

法家以严刑重罚作为法律的价值取向,希望通过一种司法上的恐怖政策与高压手段来达到整合人心、巩固政权的目的,表现出了与人道价值相悖的趋向。法家的严酷主义司法观虽能收一时之效,但对政权的长治久安不利,秦帝国二世而亡即证明了这一点。

综上所述,本文考察了中国司法传统中的四大司法理念。儒家提倡司法仁道主义,其所谓“仁道”表达的是一种“爱”的价值,强调关爱他人、尊重他人,要求在司法上贯彻仁爱的精神,尊重人的生命价值,这与今日的人道主义有相通之处。道家提倡司法自然主义,这是一种将司法与自然联系起来并将自然法则作为司法之根据的理论。道家主张司法须顺应“天道”,“天道”指自然秩序、自然法则,师法天道的司法观显然是一种自然主义的司法观。墨子宣扬司法神秘主义,这在其“天志”、“天罚”说中得到了体现。“天志”指上天的意志,也称“天意”,它赏善罚恶,主宰人间的一切,并且神圣不可侵犯,违反者将受“天罚”,就是说天神也可以行使其司法权,对违抗其意志者进行惩罚。“天罚”说体现了司法的神秘化倾向。法家提倡司法严酷主义,“严酷”之“严”指严格论刑,“酷”指重刑轻罪;统而言之,“严酷”是严刑重罚的意思。法家以严刑重罚作为法律的

价值取向,希望通过一种司法上的恐怖政策与高压手段来达到整合人心、巩固政权的目。上述四大理念成为中国传统司法文化中的基本理念,在中国司法史上产生了深远的影响。

论人格权的合同法救济

龚赛红 王青龙*

一、传统理论对人格权的合同法救济的制约

(一)人格权及其权能

笔者认为,人格权是自然人对自身人格利益的权利。首先,人格权是自然人所享有的权利,法人和其他组织不享有人格权。其次,人格权是自然人对自己人格利益的权利,它是支配权、绝对权、非财产权。最后,人格权的客体是存在于自然人自身的生命、身体、健康、肖像、隐私等人格利益。

人格权作为绝对权和支配权,具有占有、使用、收益、处分等积极权能,还有消极权能,即人格权请求权。“人格权是存在于主体自身的权利”,^[1]所以它的占有权能不能与主体分离,自然无法转让。法律基于公序良俗对人格权的处分权能也进行了非常严厉的限制,比如我国台湾地区“民法典”第17条第1款规定,“自由不得抛弃”。但本文无意对人格权的处分权能进行深入讨论,而重点讨论其使用与收益权能。“依经济学的原理,物之有使用权能乃在于物之有使用价值。因此行使使用权能,在本质上就是实现物的使用价值的手段。”^[2]人格权具有使用权能,也是因为人格权的标的具有使用价值。人格权的收益权能表现为以下基本情况,权利人可以自己享有人格利益的使用价值带来的效用,也可以将人格利益的使用价值在一定期间内有偿地转让给他人而收取对价,当然也可以无偿转让。

* 龚赛红,北京化工大学教授;王青龙,北京化工大学民商法硕士研究生。

[1] 梁慧星:“松散式、汇编式的民法典不适合中国国情”,载《政法论坛》2003年第1期。

[2] 梁慧星、陈华彬:《物权法》,法律出版社2010年版,第132页。