

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊

Renmin University Law Review

人大法律评论

2018年卷第1辑·总第26辑

《人大法律评论》编辑委员会组编

“春秋决狱”新论 武树臣

亲情与公义的共赢 景风华

费希特的正义思想 张东辉

经济法作为社会法的属性讨论 张世明

齐奄猫论：耿定向法哲学批判 屠凯



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊

Renmin University Law Review

人大法律评论

2018年卷第1辑·总第26辑

《人大法律评论》编辑委员会组编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

人大法律评论. 2018 年卷. 第 1 辑: 总第 26 辑 / 《
人大法律评论》编辑委员会组编. -- 北京: 法律出版社,
2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2868 - 7

I. ①人… II. ①人… III. ①法律—文集 IV.
①D9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 256376 号

人大法律评论 2018 年卷第 1 辑
总第 26 辑
RENDA FALÜ PINGLUN 2018 NIAN JUAN
DI-1 JI ZONG DI-26 JI

《人大法律评论》编辑委员会组编

责任编辑 黄琳佳
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京虎彩文化传播有限公司
责任校对 王晓萍
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 25.25
字数 407 千
版本 2018 年 11 月第 1 版
印次 2018 年 11 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)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 83938336

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 83938334/8335

西安分公司/029 - 85330678

重庆分公司/023 - 67453036

上海分公司/021 - 62071639/1636

深圳分公司/0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 2868 - 7

定价: 78.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

《人大法律评论》编辑部

主 编：张牧君

副 主 编：李展硕 陈梦寻

编辑委员会（按姓氏笔画排序）：

于 浩 化国宇 王美舒 李 帅 黄忠顺
张牧君

责任编辑（按姓氏笔画排序）：

田时雨 李 驰 李展硕 张牧君 陈梦寻
周晗燕 赵轩毅 胡宗金 扈 艳 赖伟能
谭观福 谢明谚 叶 翔

卷首语

经过半年时间的组稿,《人大法律评论》(以下简称《评论》)2018年第1辑终于和大家见面了!在本辑的组稿、编印、出版的过程中,收到了广大学人的踊跃投稿,得到了法学院王轶院长、指导老师张志铭教授、丁晓东老师、外审专家学者的大力支持,也得到了法学院诸多师长及历届编辑的不断激励。此外,法律出版社黄琳佳编辑一如既往的辛勤付出,编辑部成员以及贺瑞、李焕集、刘继烨、李泽宇、唐少敏、翟玉涛、刘鹿鸣、陆琦、宋史超、龚钰、张卓、马平川、李梦阳、曹恩诚、潘泽钧等实习编辑的共同努力,使本书的出版成为可能。我们在此向诸位表示衷心感谢!

《评论》成为CSSCI来源集刊以来,来稿数量颇多,其中不乏高质量的稿件,由于版面所限,我们不得不在众多来稿里优中选优。在本辑《评论》中,我们精选了16篇文章,作者分别来自中国人民大学、清华大学、山东大学、四川大学、华东师范大学、中国政法大学、西南政法大学、华东政法大学、上海财经大学、北京理工大学、河北经贸大学、北京城市学院众城智库等。本辑《评论》,我们继续落实双向匿名评审制度,并实行专家外审制度,最终完成组稿。我们对向本刊投稿的诸位作者表示衷心感谢,对稿件被本刊采用的作者表示诚挚祝贺!

在“专题研讨一”栏目中,我们收录了“中华法律文化”领域的佳作4篇。武树臣教授的大作《“春秋决狱”新论——一种法文化的视角》一文将“春秋决狱”置于广大的法文化史中进行宏观的考察和把握。作者认为,“春秋决狱”的产生应当回归到汉代的一系列社会条件,包括正统儒家思想与严酷刑律之间的不协调、立法条件不成熟需要司法渠道的强化、司法实践对待案件的粗糙处理等六个条件;“春秋决狱”的价值方向是既维护集权君主制度又维护父系家庭秩序;“春秋决狱”所取得的成果标志着古代刑法理论的进步,开拓了成文法与适用判例相结合的中国混合法的雏形,同时还有儒家经义借助法定程序进入司法领域

发挥指导作用、为刑法典完善提供条件、一定程度上对皇权有所制约等社会意义和法文化意义上的价值。作者运用翔实的资料、宏大的叙事和精炼的语句为我们呈现了新的视角下的“春秋决狱”,并且对当代的法学方法论仍有促进作用,可谓发现了我国古代的法治瑰宝。郭成伟教授的作品《西汉的批判反思对理论构建与法制文明发展的影响》回溯了西汉初年到武帝时期在武器上、思想上、制度上的批判简史和理论上的反思历程,指出了西汉的武器批判对创建文明国度、思想批判对理论文明建设,以及制度批判对法制文明的重要意义。郭成伟教授认为,这场历经了几代君臣的批判反思摒弃了秦朝“任法弃礼”的误国理论,较为彻底地清除了秦朝暴政的茶毒,同时构建了以儒家学说为母体、道家学说为基础、法家学说为完善手段、阴阳家学说为强化武器的综合理论体系,它促进了西汉治国理论的变革和构建,客观上为西汉法制建设发挥了重要的引领作用。汉文帝采纳张敖之之逆耳谏言,依法处犯跽者以罚金,以及文景二帝先后改革刑制,以身体刑、劳役刑取代肉刑的文明改革等,均属西汉时期法制文明生成并持续发展的例证之一。在《古代司法中的实践智慧——以兼及法作为实践智慧的基本立场》一文中,作者武建敏先生从“法”的古文字切入,揭示了中国古代法律文化的司法中心主义思想。作者指出当前学界“立法者中心”的研究立场使法概念作为规则被理解,而在司法与法之间内在统一性的驱动下,部分学者开始从实践、行动、实践智慧等维度重新审视法概念,力图注入法概念的实践元素,“立法者中心”的立场开始向“司法者中心”倾斜,这恰与古代法观念相通。作者从“道德”“经验”“辩证法”三个维度展开,阐释了古代司法的实践智慧:司法的道德化不仅为一个具体的纠纷找到了合理的解纷方式,而且在深层的意义上解决了司法纠纷的前提问题,促进“人类善”的实现;经验主义哲学是古代中国司法的根基,更关注探求生活世界本身而不是其外的抽象世界;辩证法的运演过程内含于作为法律生活中心的司法过程。从司法反观法本身,作为实践智慧的法反对法条主义,倡导情境主义,肯定人治主义的合理性,表达了鲜明的价值论立场,同时主张行动的自主性。在《亲情与公义的共赢——中国传统家族法视野下的隐亲、告亲与救亲》一文中,景风华老师通过法律的规范分析方法,探讨隐亲与告亲在中国传统法律当中的范围和限度,更为准确地界定“亲亲相隐”的性质。同时运用体系解释的方法,综合分析容隐与缘坐、自首等相关制度之间的关系,揭示亲情与公义如何在中国传统的家族伦理体系及法律体系

中得到统一。最后她提出当下法律如果能够接受“亲亲相隐”,同时承继“告亲”与“救亲”的亲属法传统,将亲属为首作为案件裁判的减轻情节,也许能够打破价值对立的僵局,为当前的伦理讨论提供新的思路,并对中国的法治建设有所助益。

在“专题研讨二”栏目中,我们收录了“德国古典法哲学”领域的佳作4篇,旨在较为完整地展示德国古典法哲学之逻辑进展(康德、费希特、谢林、黑格尔)的总体面貌。在《黑格尔对西方近代自然法理论的批判与改造》一文中,作者朱学平先生认为黑格尔通过对西方近代自然法理论的批判和改造,完成了一场重大而深刻的法哲学革命。具体而言,作者指出这场范式革命从黑格尔对康德法哲学的批判展开,黑格尔认为自然法理论赖以成立的抽象人性概念无法为法哲学提供坚实基础,为此,他用更加具体、真实的伦理取而代之,作为法哲学的基础。而后,黑格尔在重新接纳现代个体精神的前提下,一方面将自然法理论与经济学结合起来,提出独特的市民社会理论;另一方面则在伦理的基础上对国家进行重构。最后,黑格尔用市民社会和国家的分离取代了自然法理论的法律和道德的分离,并成为其后法学理论发展的基础和前提。在黄涛先生的大作《论历史与法权——谢林〈先验唯心论体系〉中有关法权演绎的学说》中,作者将审视的目光投向了德国古典哲学发展史上长期被忽视的思想家谢林。作者以谢林的相互承认学说以及建立在此基础上的法权演绎学说为主线,分析他在《先验唯心论体系》中提出的法哲学学说,对谢林法哲学思想进行了初步建构。作者试图论证,谢林发展了费希特以来有关相互承认的看法,将历史引入了对于自由的论证之中,从而导致了德国古典哲学发展史上的自由观的一次重要转变。并且在此基础上,为新的法权演绎,也为历史法学派的诞生提供了哲学的基础。作者同时发现,在谢林的整个法权演绎的过程中存在着内在矛盾,这也造成了他在主张废除国家和强调绝对的伦理国家之间的立场摇摆。在《费希特的正义思想》一文中,作者张东辉教授结合费希特知识学的演变过程,尝试从法权、伦理和宗教三个维度概述其正义思想,并试图阐明这三种正义思想的内在关联和本质内涵。作者认为费希特在外在的规范层面引领了法权的启蒙,其意识到社会正义的彰显仅凭道德法则的命令和良心的自我发现见效甚微,必须诉诸外在的法律制度和国家的强制力量加以规范和衡量。因而认为其三种正义思想在本质上都倾向于法权正义,即一种注重外在的法权秩序的正义。由此,

作者认为费希特的正义思想的重要启示在于,正义不能仅仅停留于内在的道德层面,而是必须客观化为公民社会的法权秩序。但同时也注意到,其正义思想的法律化有矫枉过正的倾向,对强制的强调多于自由。吴彦老师的大作《康德法哲学:框架、特征及其精神》一文通过追溯《法权学说》构思、遗忘和重新提及的历史以及在此书中表达的基本框架和精神来阐述康德法哲学的基本要义。人们通常把自由看作康德法哲学唯一的核心理念,从而把原子式个体的观念强加给康德。而正如吴彦老师在文中指出的,康德在《法权学说》中强调了法则以及交互影响的观念,从另一个角度说明,这种仅只依凭自由来阐释康德法哲学的努力是有偏差的。我们必须从法则之下的自由或自由的法则,以及从中所体现出来的交互关系的观念来解释康德的法哲学。这种在保持个体独立性的同时又强调对于他者的开放性的观念才是康德法哲学的基本精神。

“论文”栏目选取了基础法学、刑法、经济法、民商法、诉讼法、国际法领域的佳作6篇。

在基础法学领域,王玉薇博士《智能互联网时代网络犯罪治理的伦理构造研究》一文以卢曼的“系统功能分化”理论为视角,指出互联网时代网络犯罪伦理治理的问题可被归咎于“自治”功能的不足。作者认为网络伦理子系统对网络犯罪的治理呈现出封闭化、提前化和工具化等新特征。但是随着网络犯罪风险的增多与伦理治理进程的演进,“自治”功能却产生了诸多网络负外部性,其后果直接影响到网络犯罪治理的实效性和合理性,也将从根基上消解伦理自治的合法性基础。最后,作者得出结论,其认为高效治理网络犯罪的伦理制度路径有三:一是提升网络伦理的自治能力,加快自我合理性进程的推进;二是严格拿捏网络伦理自治的内部限度,避免向权力主义寻租;三是积极探索“准则、市场、代码、法律”各自作用的法治边界,以利于多系统治理格局的形成。

在刑法领域,闫召华先生的《论认罪认罚自愿性及其保障》一文探讨了当下认罪认罚从宽制度运行中的“自愿性”要件的若干问题。作者首通过与真实性、明知性、合法性等概念作比较,界定了“自愿性”的概念。然后从程序正义、实体正义、诉讼效率等角度论证了“自愿性”的重要意义;接下来,作者从规范角度和实证角度检讨了司法实践中“自愿性”保障的若干不足。之后,作者分析了现有制度框架下“自愿性”保障的有利因素和不利因素。最后,作者指出了“权利抗衡”和“权力保障”这两种保障“自愿性”的制度构造方法,并指出长远来看“权

利抗衡”是大势所趋。

在经济法领域,张世明教授在《经济法作为社会法的属性讨论》一文中对经济法是否具有社会法属性作了细致入微的讨论。首先,作者从民国时期开始梳理,他发现这一时期学者大多继受了德日学说,将经济法作为社会法的组成部分,并由此廓清民法、行政法与经济法之间的关系,证成了经济法作为部门法存在的合法性。其次,作者认为社会法所谓的“社会”,自始就有“部分社会说”和“全体社会说”两种认知取向。时至今日,学界关于经济法属性的争论仍然与这种社会观有关。最后,在实现社会实质公平方面,作者认为经济法的积极平等观与社会法的消极平等观相互协调。所谓社会本位的法律,不过是权利本位法律的调整。其基础还是权利,仅是有目的的予以限制而已。法律的目的虽转向增进社会大众的生活,但着手处仍是在保护个人权利。

在民商法领域,于明明女士在《不动产登记资料查询制度的规范化思考》一文中梳理了不动产登记资料的性质、查询主体、查询方式和查询范围、查询与共享的区别。作者通过分析政府信息和个人信息的范围和本质属性,认为不动产登记资料在性质上属于特定自然人的财务或者社会信息,属于个人信息的范畴,不属于政府信息。基于不动产登记资料的性质,应当对登记资料的查询主体进行必要限缩,包括权利人、利害关系人和有关国家机关。权利人仅指不动产登记簿上记载的不动产登记物权人,不含隐性共有人;利害关系人范围的界定应该利用目的解释的方法界定申请人与所查询不动产登记资料的关系。不动产登记资料的查询制度应在维护交易安全和保护权利人隐私之间寻求平衡,严格限制“以人查房”。此外,国家部门间的共享和登记资料的查询也有必要予以廓清,二者的内涵外延不同,在主体、性质、方式和作用等方面均有显著差异。

在诉讼法领域,樊传明先生在《证据排除规则的陪审制基础》一文中通过研究普通法系证据法/证据排除规则系统及其陪审制基础,指出二者在观念、历史和证成上存在关联。首先,在观念上,证据法被视为规制法庭证据评价的体系,目的在于实施法庭认识论原则;其次,在历史上,陪审制的发展与证据法的演进存在关联性;最后,从功能证成的角度也可以看到陪审制与证据法之间的联系。陪审员的一些非理性认知倾向被一些实证研究确证,通过排除规则予以管控,尽管有其潜在成本,但是也会带来高于成本的制度收益。这解释了排除规则立法的必要性。陪审制所造就的二元式法庭结构,能够使排除规则这种管控方式

有效地运行。这解释了排除规则立法的可行性。因此,作为一种观念演绎和历史发展结果的排除规则体系,在当代适用陪审制的司法制度中,仍有其正当性。

在国际法领域,杨宽先生在《论国际人道法在外空武装冲突中的适用》一文中首先描述了外空武器化不断加剧的趋势,进而论证了外空武装冲突已具备现实可能性。在此背景下,他提出了外空武装冲突对现行国际人道法的三大挑战:第一,国际人道法能否适用于外空存在一定的法律模糊性;第二,外空的军民两用性质为国际人道法的适用带来挑战;第三,新型外空武器的发展为国际人道法的适用带来挑战。而后,他从国际人道法公约、国际法院的相关裁决或咨询意见以及外空国际条约等三个方面阐释了国际人道法适用于外空的法律基础,又详细论述了区分原则、比例原则等国际人道法原则在外空的具体适用。作者对于我国关于外空武装冲突法律规制的立场和对策建议是:第一,推动外空安全国际立法,坚持不得在外空使用武力的原则;第二,积极参与阐释适用于外空武装冲突的国际人道法规则的国际进程;第三,制定关于外空武装冲突的作战指导手册或规则。

“评论”栏目选登了 2 篇文章。在《略论汉唐之际的法典编纂者》一文中,作者王宏治先生梳理了自汉代以降,魏晋南北朝直至隋唐的法典编纂者,其中既有经学大师、儒学名家,也有深谙狱讼的法官,而这些法官也都具有儒学背景。文章以法律儒家化为线索,从汉朝经义决狱,到礼法合一的《唐律疏议》,虽跨越千年,其间不乏社会动荡,法治隳突,国土分裂,政权林立,但正是因为每朝每代,都有着一批代表其文化特色的精英,以学士或法官的身份参与制定法典的活动。他们既能坚持把儒家思想融入法典,同时又能坚持法理的独立性,正是因为这些一流学者参与法典编纂,才使以儒家学说为核心的中华法典能够远播中外,成为当时世界法学的顶峰之作。在《齐奄猫论:耿定向法哲学批判》一文中,作者屠凯先生凭借生动的文笔、翔实的资料对耿定向的法哲学思想进行了极为详尽的介绍,尤其通过对《耿定向文集》的精彩解读完整揭示出耿定向思想之全貌。针对近年来学界对李贽的思想给予负面评价,而对耿定向的思想则倾向于重视其正面价值的研究趋势,屠凯先生对李贽与耿定向之争的背景、内容、二人的思想异同进行了介绍。在此基础上,他全面地评价了二人思想的进步性和不足,并最终得出结论:耿定向的思想最终是为了维护政权,具有明显的落后性。对耿定向的思想,学界应当回归过往以批判为主的定调。

卷首语	(1)
-----------	-------

【专题研讨一】

“春秋决狱”新论

——一种法文化的视角	武树臣(3)
------------------	----------

西汉的批判反思对理论构建与法制文明发展的影响	郭成伟(18)
------------------------------	-----------

古代司法中的实践智慧

——以兼及法作为实践智慧的基本立场	武建敏(38)
-------------------------	-----------

亲情与公义的共赢

——中国传统家族法视野下的隐亲、告亲与救亲	景风华(59)
-----------------------------	-----------

【专题研讨二】

黑格尔对西方近代自然法理论的批判与改造	朱学平(77)
---------------------------	-----------

论历史与法权

——谢林《先验唯心论体系》中有关法权演绎的学说	黄 涛(93)
-------------------------------	-----------

费希特的正义思想	张东辉(120)
----------------	------------

康德法哲学:框架、特征及其精神	吴 彦(132)
-----------------------	------------

【论文】

智能互联网时代网络犯罪治理的伦理构造研究	王玉薇(151)
----------------------------	------------

论认罪认罚自愿性及其保障	闫召华(169)
--------------------	------------

经济法作为社会法的属性讨论	张世明(199)
---------------------	------------

不动产登记资料查询制度的规范化思考	于明明(263)
证据排除规则的陪审制基础	樊传明(278)
论国际人道法在外空武装冲突中的适用	杨 宽(321)

【评论】

略论汉唐之际的法典编纂者	王宏治(347)
齐奄猫论:耿定向法哲学批判	屠 凯(371)
《人大法律评论》稿约	(390)
《人大法律评论》注释体例	(391)

专题研讨一



“春秋决狱”新论*

——一种法文化的视角

武树臣**

内容摘要:

“春秋决狱”作为中国古代刑法史的重大事件,是汉代一系列社会条件下的特殊产物。“春秋决狱”的价值方向是既维护集权君主制度又维护父系家庭秩序。“春秋决狱”所取得的成果不仅标志着古代刑法理论的进步,更重要的是开拓了成文法与适用判例相结合的中国混合法的雏形。

关键词:

春秋决狱 客观归罪 原心论罪 判例

一、“春秋决狱”的生成

西汉以后,儒学进居统治地位并发挥了实际作用,皇帝下诏、大臣奏章无不据引儒家经典,以儒家经义为最高指导思想。儒生不断涌入官吏队伍,经过长期的施政实践,他们逐渐熟习政事与法律,自然以儒学精神来改造现行法律。完成这一历史使命的首先是经义决狱,由于多援引春秋之义,故称“春秋决狱”。

“春秋决狱”是儒学在法律领域构筑的第一座桥头堡,由汉武帝时治公羊学的名儒董仲舒开其端。所谓引经决狱(或春秋决狱),是指遇到义关伦常而法律无明文律定,或虽有明文却有碍纲常情理的疑难事件,则引用儒家经典中所记载的古老判例故事,或从判例故事中引申出某项原则来,用以对该疑难事件作

* 本文在写作中参考了笔者的学生林丛的博士学位论文:《两汉经义法律化研究》,特此致谢。

** 山东大学法学院人文社科一级教授,法学博士。

出裁决。这实际上等于确认儒家经义具有高于现行法律的特殊地位,从而为儒学向司法领域的渗透打开一条通道。从法律样式的角度来看,西汉开始的引经决狱(或春秋决狱)是对西周春秋“议事以制”审判方式的一次历史重温。

“春秋决狱”是汉武帝时集中出现的重大刑事司法事件或方式,它不仅对古代刑事法律的价值取向——维护集权王朝和宗法家庭秩序,而且对古代刑事司法的样式——成文法与“判例”^{〔1〕}制度相结合——的形成,均具有重大的开创性和可持续性的影响。

“春秋决狱”产生的原因有六:第一,被奉为正宗的儒家思想特别是其中的伦理之礼和“以德服人”的精神,与当时汉承秦制之严酷刑律尚处于不协调、两张皮的状态,需要被调整完善。第二,由于法律实践经验积累之不足,当时的刑律在维护集权王朝和家庭秩序两方面都显得很不充分,在立法条件尚不成熟之际,亟须通过司法渠道率先加以强化。第三,当时刑事司法制度本身就存在缺欠,司法中又往往失之于严酷,加之法官的业务素质有限,在司法中常常机械地照章办案,不注意区别对待,甚至实行简单化的“客观归罪”,^{〔2〕}这种情况需要及时修正。第四,儒家经典特别是其中的《春秋》,虽然是一部史书,但是蕴含了丰富的治国经验和教训,记录了众多的先例、故事、格言、遗训,涵盖了君臣父子不可违犯的行为准则。《春秋》以记事之方法,批评暴乱之君父,鞭笞叛逆之臣

〔1〕“判例”一词是舶来品,是清末才出现的。在此之前古代法律中没有“判例”这一法定用语。中国历史上从未形成现代西方那样的判例制度。作者使用“判例”一词并不是认为中国古代曾经有过英美国家那样的“判例法”。今人法史著述中所说的“判例”,是对古代司法审判中可援引经过朝廷批准可以作为判决依据的这类案例的现代表述。先秦判例法即以“议事以制”、遵从先例为特征。秦汉以后,这种审判方式在缺乏成文法或成文法不完善的情况下起着临时补救的作用,并被成文立法或法令所吸收。秦汉以后历代均实行以法典和法令为主体的成文法制度,严格来说在中国历史上只有宋元两朝把断例确认为国家的重要的法律形式。在更多时期,由于皇权的强化及对全国司法的集中控制,绝大多数朝代都严禁法官在司法审判中直接援引成案。基于一种主流见解,即认为适用判例必然会破坏国家法制的统一。因此,大量成案在上升为判例之前就被搁置了。但是成案对法官裁判案件特别是疑难案件时无疑具有重要参考价值。参见杨一凡、刘笃才:《历代例考》,社会科学文献出版社 2009 年版。

〔2〕武树臣等:《中国传统法律文化》,北京大学出版社 1994 年版,第 415 页。