

王利民 著

STUDY ON THE STATUE OF PERSON IN PRIVATE LAW



 法律出版社
LAW PRESS·CHINA

论人的私法地位
——从一个制度的分析

3

THE

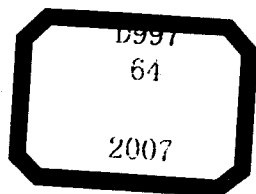
STUDY

STATUE OF PERSON
IN PRIVATE LAW

THE

论人的私法地位

——兼论人格权



论人的私法地位

——从一个制度的分析

王利民 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

论人的私法地位:从一个制度的分析/王利民著. —北京:

法律出版社,2007.2

ISBN 978-7-5036-7050-3

I. 论… II. 王… III. ①国际法:民法—研究②国际私

法—研究 IV. D997

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第015037号

© 法律出版社·中国

论人的私法地位——从一个制度的分析

责任编辑 刘文科

刘伟俊

装帧设计 乔智炜

开本 787×960 毫米 1/16

版本 2007年2月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 32 字数 375 千

印次 2007年2月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-7050-3

定价:56.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

法治的根本是精神——代序

英国学者霍布豪斯在论社会调查的目的时指出：“人们发现社会生活中有不正常的情况时，自然就会开始考虑社会的问题。在身体方面，会引起我们注意的，是病痛，健康的时刻则会不知不觉地过去，同样，一个社会在一切顺利进行，符合公认的正常和恰当的标准时，也不会引起它的成员的怀疑。有了消化不良的感觉，我们才会开始想到消化力，觉得法律使人感到受压制或者发现政府在犯错误时，我们才会开始考虑法律和政府。”^①一个人的身体总会生有某种病痛，因此世上不能没有医生和医院——治病救人的事情是经常发生的；一个社会也不能正常得没有任何问题，所以社会调查与研究及其所采用的基本手段——学术与社会批判也就不能休止。

从事法学和法律工作以来，一直有许多的困惑伴随着自己——法律到底在多大程度上决定了人的生活？法学研究的目的和意义到底是什么？法学工作者如何担负自己的历史使命？……对这些问题的回答，起码涉及自己的工作目标和对自己工作的评价与态度。或者是肯定的，或者是否定的，或者是难以肯定或否定的……但我都需要一种回答，并且是自己发自内心体悟

^① [英] L. T. 霍布豪斯著：《形而上学的国家论》，汪淑钧译，商务印书馆 1997 年版，第 5 页。

的回答——即使是别人已经回答过的,^①那也是我真正的收获,并且也才是敢说于别人的。我应当知道或者判断,自己的工作到底有什么社会意义和贡献,或者根本就是在谋生中浪费着自己的生命资源。然而,在对这些问题的不断思考中,却让我逐步认识到,对这些问题的回答看似简单与浅显,但实际上涉及法或法学的基本价值观与方法论,事实上难以做出回答或回答清楚。

然而,我仍然不能不去思考并试图回答这些问题,而且这已经成了自己的思维习惯。我的一切思考是从现实生活开始的,最早影响我思考的,是儿时的生活,那是特殊年代穷苦农村的贫寒而艰难的一种生活,正是这一生活塑造了我一生的平民情结与自卑心理。当我幼年因痛失亲人而绝望的一刻,^②我深深地感受到了那种人的无助和人又离不开人的人生命运。从此,一个意识逐渐形成并根植于我的内心——人既是人的唯一敌人,又是人的最好朋友——人应当爱人,人应当为人。可以说,命运不仅让我感悟了人生的艰辛与坎坷,而且永远让我从人的生活现实状态中去思考人生的问题,这深深地影响了我的灵魂,^③当我从事法学和法律工作以后,它总是自觉或者不自觉地对我发挥着作用。

法律科学作为社会科学,是一种行为科学。行为科学研究的规定性,一是价值认识,二是逻辑判断。价值认识解决研究结论的合理性,逻辑判断解决研究方法的周延性,缺一不可成为科学。其中价值认识,既是法学研究的出发点,又是它的归宿。法学作为行为科学,其价值认识的基础是认识作为行为主体的人。一方面是观察人,观察人的社会行为及其与法律的关系,另一方面是从法律实践中观察法律的社会实现过程与效果。这两个方面观察的最终结论,使我越来越感受到或者看到了法律制度与法律实践的矛盾与冲突。法律实践并不统一于法律制度,法律制度本身对人的生活事实的影响是非常有限的,人们从来都不是根据法律去生活的,法律制度本身也并没有它所宣示的那种社会意义。

那么,法律的社会价值与作用又到底是什么呢?法律作为人类社会的现象,是客观存在的,它是社会的需要并作用于社会,必然具有它的社

① 事实上,所有的法学工作者都在思考和回答着这样的问题,而且古今中外的法学家们对此已经有了许多经典的思想,但我不能因为自己的渺小和浅薄而没有自己的思考与回答。

② 2007年是母亲辞世38周年、父亲辞世36周年、祖母辞世31周年,我谨以此文纪念他们……

③ 这并不意味着我对人生是一个悲观与消极主义者,相反我认为,人只要活着或正常地活着,不论处于何种生存地位与状态、面对何种人生逆境和痛苦,都应当乐观地享受生活并以此为生活目的。生活的本质人人相同,不同的只是生活的态度。

会意义。但是,在根本上,人的行为并非规范于行为规范,而是由利益驱动决定的,^①在利益取舍面前,人宁愿听从自己,而不愿服从法律——人所听从的自己才是根本的法律。当然,这也并不是说,人们根本就不服从法律,不过人在多大程度上服从法律,取决于在利益取舍面前他对有没有破坏法律的必要性判断,或者是他有没有通过违法而获得利益的机会。^②因此,这让我确信,人们遵守法律,靠的并不是法律的强制,而根本是对利益取舍的态度。显然,在同样的利益面前,人们的态度选择并不完全一样。这是因为,一方面每个人所处的生存地位和实际的利益需求各不相同,另一方面每个人处理利益关系的理性水平与道德标准存在差别。前者是物质与客观的规定性,后者是精神与主观的规定性,任何人都不可能逃脱这两个规定性而有单纯的法律态度。

可见,一个社会法治的根本问题,一方面是要在物质与客观上创造人们守法的条件与保障,另一方面是要在精神与主观上塑造人们守法的思想与灵魂。前者是社会的经济发展过程,是一种物质运动;后者是社会的道德养成过程,是一种精神运动。然而,人类面对的现实是,物质既不能无限丰富,利益也没有最终的满足,因此人类只能为法治实现创造更好的物质条件,而不能以物质条件的创造消灭社会违法或者法律本身。^③同样,人类社会也永远没有一种可以代替法律的道德和道德的作用。有句法谚说,法律是道德的最低标准,其实更确切地讲,法律是社会道德不能自足的需要与补充。法律不仅是上升为法律的道德,道德是法律的价值与标准,而且在实际生活或法律实践中,人们从来都是也只能是把法律作为或者内化为道德去遵守或者才能自觉遵守的。“如果道德对于人类的情感和行为不是自然地具有影响,那么我们那样地费了辛苦来以此谆谆教人,就是徒劳无益了,而且没有事情再比一切道德学者所拥有的大量规则和教条那样无益了。”^④如果人是自觉地遵守法律,就是道德型守法,这种守法就是道德的作用;如果人是被迫地遵守法律,就是强制型守法,这种守法之所以接受法律的强制,同样需要道德的作用。违法之人就违法行为,既无视法律强制,也无道德约束可言。所以,只有道德之人和道德行为,才能

① “人类在很大程度上是被利益所支配的,并且甚至当他们把关切扩展到自身以外时,也不会扩展得很远。”([英]休谟著:《人性论》(下册),关文运译,商务印书馆1980年版,第574页)

② 观察社会的法治现实,那些守法者或者违法者,他们的实践与结果都在证明这一点。

③ 衣食不周者并不都去窃掠钱财,性饥饿者也并不都去实施强奸,而那些腰缠万贯者却贪贿无数也不知足,由此可见,决定一个人是否违法犯罪的,根本不是物质条件,而是精神条件。

④ [英]休谟著:《人性论》(下册),关文运译,商务印书馆1980年版,第497页。

合乎法律。

凯尔森就法与道德的关系指出：“法、道德和宗教三者都禁止杀人。但法之完成这一任务是通过规定：如果一个人犯杀人罪，那么由法律秩序所选定的另一个人就应对杀人者适用由法律秩序所规定的某种强制措施。道德则使自己限于要求：你勿杀人。如果一个杀人者受到同伴们的道德上的抵制；如果许多人之所以不去杀人，与其说是想逃避法律惩罚，倒不如说是由于逃避同伴们的道德谴责。”^①法律固然在于设范立制，固然对违法者可以实施强制措施，但是法律本身并不能禁止人们违反法律——这就是法律的不足与无助——法律禁止违法，但又禁止不了违法，那么法律禁止的到底是什么又是靠什么实现的禁止呢？——法律禁止的只是也只能是违法者不承担法律后果即逃避法律强制——但法律本身并不能靠自己的强制来实行自己。那么，法律怎么实行或者才能实行自己呢？——它必须借助于人的守法——这本身并不是法律的力量，而是道德的作用。“法不能独立，类不能自行，得其人则存，失其人则亡。”^②这里的“其人”，当然是“守法”的人，而守法是一种道德要求。法律只能要求人守法，但不能强迫人守法，法律强迫的只是违法的后果，而强迫守法的是法律之外的道德作用。^③“徒善不能以为政，徒法不能以自行。”^④人们守法，与其说是遵守法律，不如说是道德约束——道德是法律的修养——只有道德的禁令，才是真正的禁令。

一种批判实证主义的自然法理论是：“最好把法律理解成道德或正义的‘分支’，法律的‘本质’在于它同道德或正义原则的一致，而不在于它是命令与威胁的结合。”^⑤把法律与道德混淆，表现出自然法理论的一种法

① [奥]凯尔森著：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第20页。

② 《荀子·君道》。

③ 社会主义荣辱观——“八荣八耻”教育，实际上就是强化道德的这一作用。胡锦涛同志2006年3月4日看望出席全国政协十届四次会议的委员时提出：“八荣八耻”涵盖了爱国主义、集体主义和社会主义思想的丰富内容，是中国传统美德和时代精神的完美结合，是以爱国主义为核心的民族精神和以改革创新为核心的时代精神的鲜明表达，为公民道德建设树起了新的标杆。”（搜狐网2006年3月20日）

④ 《孟子·离娄上》。对孟子“徒法不能以自行”一语，因后世对“德法并治”思想的讨论而被广泛引用，以此阐释“德法并治”的重要性并说明治国既不能没有法治，又不能没有德治的思想古已有之。对此语学者也有不同释义。（参见王心竹著：《“徒法不能以自行”到底何意——与林桂榛先生商榷兼及经典文本诠释问题》，载《华中科技大学学报》（社会科学版）2003年第5期）不论对此语作何种诠释，分歧或区别的只是什么与法“并行”或者“并治”的问题，而都不是否定“徒法不能以自行”这一观点本身。

⑤ [英]哈特著：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社1996年版，第8页。

律虚无主义。法律不同于道德,法律是一种实证规范,而道德并没有法的实证形式与强制效力,同时道德或正义只是检验法律的一种价值标准,它不能代替或完全代替对法律规范的实证分析与评价。但是,法律与道德之间确实存在着一种不可否认的内在联系。^① 法律与道德同为人们共同生活及其行为的规范,必有“本质”上的一致性,并且基于这种一致性法律必然受一定道德的影响而成为反映道德的形式。但是,这并不等于说:“一个法律制度必须展示出与道德或正义的某些具体的一致性,或必须依靠我们有服从法律制度的道德义务这种广为流传的信念。”^②我的意思是,一个好的法律制度,必须反映道德并具有与道德的一致性,只有这样的法律才能在价值上被人们接受认可并在现实中被人们切实遵守。从这个意义上,法律应当是道德的,它反映社会道德并应当是社会的一种道德。然而,法律制度并不都是或者永远是一项好的法律制度,法律也未必都反映社会道德,这是法律的另一个问题。法律反映或符合道德,虽然不是一个必然真理,但它应当是一个应然真理,^③因为我们不能允许法律的道德堕落。

作为法律的社会道德或道德精神,是人们正确处理人际关系的一种理性水平。这就是作为法律基本价值的正义问题。^④ 法律既代表着社会正义的追求,也反映着社会正义的缺失。“人类若非借着普遍而不变地遵守正义规则,便不能那样有效地达到这种利益,因为他们只有借这些规则才能保存社会,才能不至于堕入人们通常所谓的自然状态的那种可怜的野蛮状态中。”^⑤社会离不开正义,而社会又从来都远离或缺少正义。不言而喻,解决社会法治问题,根本不是法律制度建设问题,而是要解决正义

① 不论是自然法理论,还是法律实证主义,都不可能否定法律与道德之间的联系,这一点从不论对法律与道德的关系持何种观点的个人或学说都不能回避并需要说明法律与道德之间的关系这一事实本身已经得到了证明。

② [英]哈特著:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第181页。

③ 新分析实证主义法学认为:“法律反映或符合一定道德要求,尽管事实上往往如此,然而不是一个必然的真理。”([英]哈特著:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第182页)

④ 关于道德、理性与正义这些概念之间的关系,学者各有论述,观点也各有不同。它们既是不同的范畴,又具有相同的本质与内涵,我在本文中是将三者作为具有共同价值的社会存在或者是就三者共同的价值关系进行判断的。事实上,它们在很多情况下或者在很大程度上,是结合起来或者只有结合起来作用于人的行为才能产生一种社会功能。

⑤ [英]休谟著:《人性论》(下册),关文译,商务印书馆1980年版,第574页。

即社会人的道德与精神问题。^① 对于能够自律的理性的人或者人自律的理性行为,并不需要法律或者法律并不能对他起实际作用,同样,法律对于违法者或违法行为也不构成任何现实约束。就这样的道德或者不道德而言,法律都永远是一个多余的存在。法治的社会,前提是一个道德的社会并以道德约束为基础。

然而,社会既没有普遍的道德,也没有普遍遵守道德的人。这在根本上是由人性的局限所决定的。所以,社会一方面需要普遍的法律以强制或规范人的行为,另一方面却没有普遍接受的法律强制或规范从而并不能在法律的强制或规范下统一人们的行为或行为的结果。这样,一方面法律的作用必须以道德为基础并借助于道德的作用,另一方面道德的作用永远不能满足法律作用的需要。法律不仅由于道德的不能自足而存在,而且由于道德的不能自足而同样不能自足。因此的结论是,对法律本质的认识,必须以人性为根据并具有人性的观点。人性决定于生命自然,产生于兽性基础,既有善恶,也有美丑;既有感性的冲动,也有理性的约束;既有自然的本质,也有社会的属性——永远存在于一种完美与缺陷之间。这样,代表人性并以人性为目的的法律或法治,就永远不能至善,而作为法律基本价值的正义也就永远与非正义相伴,成为一个恒久的问题。

当然,这并不是说,一个社会不能或者不需要制定良好的法律,也不是说,一个国家或民族不能养成良好的法律习惯。只是说,仅有好的法律,不一定有好的法治,虽然好的法治一般需要好的法律,但法治的根本是人的法治精神,即一种符合现代法治的道德意识、理性水平和正义理念。^② 一个人可以不信奉某种法律,但却不能不崇尚法的精神。法的精神不仅决定着法的制定,而且也决定着法的效果。当然,法的精神应当用科学的知识武装,尤其是作为法律制定的精神。“当极为偏颇而浅薄的知识形态因绝对权威而泥固不化时,则重大危险必然逼近;这一危险之重大,将与制定法典的巨大规模,及其与觉醒着的民族精神(spirit of nationality)的沟通恰成比例。”^③ 如果没有科学知识的运用,同样不可能制定科学的法律并养成科学的精神。

① 法律制度建设仅仅解决的是“立法上的道德或正义”问题,但“法治”本身则是要解决人们“守法上的道德或正义”即法的理念与精神问题。“守法上的道德或正义”既是解决“立法上的道德或正义”的基础,又是决定“道德或正义立法”得以遵守和执行及其水平与结果的条件。

② 一个好的法治社会,有时也可以存在不好的法律,或者可以没有预设的法律,但却时刻不能没有法治的精神。

③ [德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼著:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第38页。

好的科学的法律,就是符合人性的法律。法律是人制定的,应当符合人性,但法律是个别人或者代表多数人的个别人制定的,个别人的意志可能违背普遍的人性。这就是说,法律作为上层建筑与意识形态,是由统治者制定并代表统治者利益的,统治者的人性需要并不一定能代表普遍的人性需要,因为他们的集团利益往往并不能代表普遍的人性利益。柏拉图指出:“假如全国都是好人,大家会争着不当官,像现在大家争着要当官一样热烈。那时候才会看得出来,一个真正的治国者追求的不是他自己的利益,而是老百姓的利益。”^①然而,统治作为一种支配利益,本身就是统治者的特殊利益,而不追求统治利益的统治者是不存在的,所以柏拉图的假设也就永远不会存在。但是,人类能够做到的是,建立或选择一个相对合理的社会体制并以此最大限度地保障他们的利益。因此,法律的好与坏及其与人或人性的关系,首先是一个国家社会体制问题,需要这个国家的社会体制结构能够代表和实现普遍的人性目的。回顾人类社会发展史,几千年的封建专制政体,它们距离法律的人性需要就比较远。这样,好的法律的制定,同样必须以人性为根据并需要具有人性的观点。以人性为根据,就是顺从普遍的人性,以人性的合理满足为目的,而不能背离人性或人性的需要。可以说,法律的人性的问题,就是民心民意问题,顺之者昌,逆之者亡!

人性的法律,就是以理性和正义为标准的法律。法律承认普遍的人性,也就是承认人类的一般理性与正义。“真正的法律是与本性(nature)相合的正确的理性;它是普遍适用的、不变的和永恒的;它以其指令提出义务,并以其禁令来避免做坏事。”^②理性与正义是代表和反映人性的一种社会价值。只有承认法律的一般理性与正义,人类的法律才可能在最大程度上摆脱人性的弱点、狭隘和偏私,从而寻求一种基本价值与合理性,并以此作为实现基本人权的条件。“对于存在一种自然之法或理性之法,一种适合于所有时代和情形、我们仅仅只得去发现而借由促使实在之法臻达永恒完善境地的理想的立法的确信,常常裨益于二者的契合无间。”^③实在法应当契合于一般理性,因为人类的法律在国家、民族和统治者这些社会结构或利益集团等因素的作用与影响下,已经变得非常任意了,如果再没有一般理性与正义的支配与约束,其发展后果是不堪设想的,也是在

① [古希腊]柏拉图著:《理想国》,郭斌和、张竹明译,商务印书馆1986年版,第31页。

② [古罗马]西塞罗著:《国家篇·法律篇》,沈叔平、苏力译,商务印书馆1999年版,第104页。

③ [德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼著:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第5页。

现代社会条件下无法接受的。虽然人类的历史始终伴随着关于理性与正义的纷争,但人类的实践同样证明,人类的进步与发展始终不能没有也不能离开理性与正义的指引。“由此可见,是有一个根本理性存在着的。法就是这个根本理性和各种存在物之间的关系,同时也是存在物彼此之间的关系。”^①理性与正义的法律,符合人性,是人的内在的道德需要,能够最大范围内外化为人的自然的行为,从而使普遍的守法变得可能和容易起来。

与良好的法律相比,人的法律精神更重要,更具有法治价值。人类一直在法的精神指引下为了法的精神而奋斗。“造就罗马之伟大的,乃是那种明快敏锐、充满活力的政治精神,这一精神使得她可以随时更革自己的宪制形式(the forms of her constitution),而为旧有形式的更新发展提供新兴形式,——一种对于连续性与进步性原理原则的审慎而明智的混合。这一精神亦同样应用于宪制和罗马的法律中。”^②整个人类的法制史,就是一个不断探索法的精神并为了实践法的精神的历史,特别是文艺复兴和启蒙运动以来,法的精神成为实现社会变革与进步的根本动力。倡导法的精神,以法的精神塑造人,让法的精神深入人,用法的精神指导人,这是西方法律实践的一贯文化传统,并实现了法的精神与法的制度的契合与统一的发展。

法的精神是什么?就是一种法的理念。这种法的理念,不是单纯头脑中的理念,而是一种法治的或实践的理念;法的精神,不是一般的精神,而是一种理性的精神,道德的精神,正义的精神;法的精神,也不是某个人的精神,而是人类的并转化为民族或国家的群体精神,是深入民众内心的法治灵魂。一个民族的法的精神的培养,正如一个民族的法律发展一样,既要坚持民族因素,又必须从非民族决定的根源中吸取营养。“萨维尼认为,法的‘民族因素’在其封闭性中是‘不完善的和局限的’,其必须通过‘承认无所不在的、完全一致的人类的道德尊严和自由’加以填补和续写。”^③在当代世界法律一体化的发展进程中,更需要一个民族和国家必须接受人类一般的法的精神与理念并在此基础上发展普遍的法的精神。在此,我们应当敢于承认,中国社会缺乏与现代法治相适应的法的精神,我们应当虚心在人类一般法的精神中吸取自己的精神营养。“中国不会仅

① [法]孟德斯鸠著:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1959年版,第1页。

② [德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼著:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第25页。

③ [德]罗尔夫·克尼佩尔著:《法律与历史》,朱岩译,法律出版社2003年版,第24页。

仅由于西方人先想到了权利理论就拒绝对它的利用。”^①法的精神正如权利理论一样,是属于全人类的法律遗产,中国人应当并且有权利享受这份人类遗产,^②并在此基础上走出自己的法治发展之路。

法的精神,作为一种实践的法治理念,一方面必须养成这一理念,另一方面这一理念必须内化为人们的一种信仰。换言之,法的精神,不能仅作为一种思想或意识的存在,而且应当成为指导和约束人们的行为规范,只有这样的法的精神,才能切实内化为人们的现实的法律追求并坚定地去作为。“法律首先产生于习俗和人民的信仰(popular faith),其次乃假于法学——职是之故,法律完全是由沉潜于内、默无言声而孜孜矻矻的伟力,而非法律制定者(a law-giver)的专断意志所孕就的。”^③虽然这一表达有它的局限性,但起码的事实是,不论是法律的制定还是法律的实施,最终都需要并决定于人民的法律信仰。然而,当人们谈到公平、正义等这些法的一般理念时,不论法学专家或者法律工作者,也不论其他专业人员或者普通的老百姓,每个人都会声称他知道并认可这些理念,但是他们真的都从内心中信仰这些理念吗?显然,这就未必了,即便是一些满腹法律经纶的法学家和司法者们,也是如此。这就是法治问题之所在。

这就为中国的法治建设和法律教育提出了问题。中国的法治建设,主要或根本的问题,不是法制的建设,^④而是法的精神建设;中国的法律教育,主要或根本的问题不是法律知识的教育,而是法的精神教育。^⑤现在,中国的法治建设,主要或集中在制度建设上,虽然并不否定理念建设工作并也有大量的法治理念的宣传,但法治理念的建设仅仅处于制度建设的附属地位,至于法治信仰的建设,则可谓根本尚未启动。同样,法律教育亦然。法律教育有三个层次:一是知识教育,二是能力教育,三是精神即理念和信仰教育。没有法律知识当然不会有法律能力,但是仅有法律能力而没有法律精神,这样的能力也会失去发挥作用的方向和目标。目前,

① [美]罗纳德·德沃金著:《认真对待权利》(中文版序言),信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,第14页。

② 我们是不是应当承认这样一个事实,即在某种意义上,西方社会法治的过去,就是中国社会法治的现实,我们应当从西方法治的历史中认识和发现中国的法治发展问题。也就是说,中国对西方法治的学习和借鉴,不仅要重视西方法治的现实,而且更应当重视西方法治的历史。

③ [德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼著:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第11页。

④ 这里的“法制”,是指法律制度或法律的制定而言。

⑤ 尤其是在我国社会主义市场经济法律体系已经初步确立的条件下,这一工作的系统和有组织地开展就变得更为迫切和重要。

我们的法律教育,主要还是一般的知识教育与传播,既没有形成能力教育的完整教学模式并缺乏能力教育的有效方法和手段,也还根本不是法治理念的教育,更谈不上法治信仰的教育。这样的教育仅仅是一种工具教育,而不是一种方法和目的教育。我们培养的学生,既缺乏能力,又缺乏思想。特别是作为应试教育中的法律教育,更不可能将法的理念、信仰与精神的教育作为教育的目标并实现之。“因为应试教育,使许许多多优秀人才,被培养、造就成了没有个性、没有思想、没有创造性的中等之才,就像工业生产线上产生出的同一规格、同一型号、同一品质的物质产品。”^①因此,我们应当检讨和反思的是,我们以往的法律工作到底奠定了什么样的法治基础?又到底造就了什么样的法律人才?如果我们的执法者和我们培养的法律人才他们本身都不信仰我们的法律!那么我们的法治建设又可能是什么结果呢?这就不能不令人堪忧了!世界上没有人能够掌握或掌握全部的法律,更不用说是非专业人员和普通百姓了,但人人可以具有相同的法律信念;法律知识会随着时间的推移而淘汰过时,人们不能在过去的教育中拥有一辈子需要的法律知识,但却可以获得一生的法治信仰并指导一生的法治实践。

中国普法工作已经进行了“四五”并且还将进行“几五”。“比较而言,由政府直接组织的普法活动,一是机关、单位的接收者相对较多,一般民众接触就比较少;二是随着社会的流动性增强,成本越来越高。”^②我国的普法工作何止这些问题?普法的效果又怎么样?不能说没有效果,但很难说效果理想。这大概应当是一个事实吧。我们的普法工作,作为一项法律常识的宣传教育活动,它怎么能让老百姓掌握那么多的法律知识呢?或言之,我们有什么理由让他们掌握那些知识呢?就连一些领导干部都在普法工作中走形式,我们又能对普通老百姓提出什么过高的要求呢?尤其是由于我们工作的原因和我们的法治现实,已经让一些老百姓丧失了对法律的信心,这又怎么能让它们认同我们所宣传的法律呢?

改革开放以来,我国一直重视社会主义市场经济法律体系的建立与完善,目前这一法律体系已经初步形成,从而奠定了我国社会主义法治的制度基础。不容否认,在我国市场经济法律体系的建立与完善过程中,我国的法治建设也取得了重大成就。但是,我们也应当承认,我们的法治建设与对现代国家的法治要求还有较大距离;我们还应当反思,这些成就的

① 梁慧星:“我对中国高等教育的忧思”,载《法制日报》2007年1月14日第2版。

② 应松年:“发挥媒体对民众法治信念的促进作用”,载《法制日报》2007年1月6日第4版。

取得又在多大程度上是取决于我们的制度建设与作用?对此虽然很难定性或定量分析,不过以我个人之观察,主导我国法治建设进步的根本因素,还是在各种社会条件作用下的中国人法的精神的进步。制度事实不等于法治现实,制度只有转化为人们的法治理念才能变成现实的法治。所以,法治问题,根本还是人的法的精神即法治理念与信仰问题。^① 如果我们有意和有组织地进行系统的社会主义法治理念与信仰的培养建设,或者把这一培养建设作为一项具体的教育要求和规范贯彻到教学大纲与内容中去,那么这不仅是在奠定我国法治建设的必要条件,而且必将使我国的法治建设牢固建立在坚实的民族精神的基石之上。现在,随着中央“科学发展观”的提出,我国的社会主义法律思想观与价值观开始形成并日趋成熟,因此已经具备了在全国开展社会主义法治理念与信仰培养建设的基本条件。^② 法治理念与信仰的培养建设,主要通过教育的方式进行,这一教育,应当是有组织和有系统的专门教育,并且这种教育应当纳入我国各种教育序列和干部培养的课程体系之中去具体落实。

根据以上分析,法学家的历史地位与使命也就清楚了。在一个国家的法治建设中,法学家无疑担负着重要的社会责任。法学家应当关心和参与国家的法律制度建设。可是,在任何一种社会条件下,虽然制度都是必要的,但它从来都不是那么重要的。我的结论是,制度是根据事实和为了事实设计的,但它本身从来都不是事实的。也就是说,制度事实与制度实施即实践结果或生活事实从来都是两码事。我们评价一个国家的法治,无非是生活事实多大程度上接近于制度事实或者制度事实多大程度上决定了生活事实。对于法治状态良好的国家,只能是生活事实更多更自愿地体现制度事实,而不可能是等同于制度事实。因此,法学家不仅要关心法的制度设计,而且更重要的是应当关心法的社会实现。关心法的社会实现,就是关心人的生活命运,关心人的法律地位的实际状态,这才

① 一个人一旦丧失了法的精神,就没有守法的意识并不再自觉地受法律约束,而一个具备法的精神的人,则必然将守法作为自觉的要求并会避免违法结果的发生。因此,一个人不会因为懂法而守法,也不会因为不懂法而违法,但是如果一个人没有法的精神,即无法做到守法,则必然违法。

② 社会主义法治理念与信仰的教育,是社会主义先进文化教育的一部分。胡锦涛同志 2006 年 3 月 4 日看望出席全国政协十届四次会议的委员时提出:“要把发展社会主义先进文化放到十分突出的位置,充分发挥文化启迪思想、陶冶情操、传授知识、鼓舞人心的积极作用,努力培育有理想、有道德、有文化、有纪律的社会主义公民。要在全社会大力弘扬爱国主义、集体主义、社会主义思想,倡导社会主义基本道德规范,促进良好社会风气的形成和发展。”(搜狐网 2006 年 3 月 20 日)

是真正的人本主义。法学家的的工作应当是发现和研究制度事实与生活事实之间的对立与统一关系,并在这一关系中去认识并发展制度事实,从而以制度事实的完善与落实去改变人的生活事实,即在改善人的生存地位中提高人的法律地位。

法学家应当研究具体的法律制度,这是法学研究的基础。“对于法律的科学的研究——法律的维护和改进均绝然仰赖于此——在已有法典的国家和尚无法典的国家,在此两类国家中,其情形必定一般无二。”^①但是,这同样不是法学家学术研究的目的与根本。一切法学研究的重点,仍然在于阐释法的理念,倡导法的信仰,弘扬法的精神。制度研究,法学上谓之实证,大概相当于中国传统文化的“考据”之学。近些年来,制度研究无疑为我国的法制建设作出了自己的贡献。不过,一方面,我们应当审视我们的制度研究所具有的学术价值与实践意义,另一方面,我们更应当考察我们的制度研究对法律实践结果所具有的或可能发挥的实际作用。这也许并不能让人乐观。因此,法学家们应当重视法的精神与理念的研究并为此更多地回到课堂上来,以课堂为自己的学术与思想阵地,在传授法律知识的同时,以有意识的学术思考,宣传法的精神,灌输法治的理念与信仰,用法的精神与信仰培养人、武装人、塑造人。尤其是部门法的学者,过于注重实证分析的结果往往是,看似针对某种实践课题的研究而实际上是最脱离具体实践的无用的东西。部门法的学者们,是否应当适当调整一下自己的学术思路,这大概是一个值得思考的问题吧。

法学研究的对象是什么?这是法学研究必须首先回答的问题。法学研究的对象是法律吗?——法学研究的形式对象是法律,而实质对象是人。一方面,法律现象是关于人的事实,法律的本质以人的本质为对象并应当反映人的本质。另一方面,法律的本质从来不能完全代表人的本质,而人的生活事实也并不等于法律事实,法律在代表人的本质的同时又是人的本质的异化。因此,法学研究的真正对象是人而不是法律,人是法学研究的根本对象,也是法学研究的唯一目的。这就是法律“人本主义”与法律“规范主义”的一个根本区别。法学家应当以生活中的人或人的真实为研究对象并服务于人的生活,而不应当简单地以文字表示的抽象规范或形式法律为研究对象并以此为目的;法学家应当关注人的命运,忠实于人的生活,从对人的研究中发现法律,并从法律的发现中提高人的地位,

① [德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼著:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第112页。

从人的地位提高中促进人的发展和实现人的价值。这是实证主义与法律实证研究的应然选择。当然,法学家并不是不要实证分析与规范研究,这是法律科学的基本学术内容与方法。但是,法学家的一切实证分析与规范研究都应当以人为目的并为此追求一定的价值实现,而不是为了单纯的实证,更不能是在单纯的实证解析中去体验法的完美并以此为终极结果。

中国人常常讨厌某种说教,事实上就是我们太缺少某种说教,反对说教者似乎是要证明他比说教者更明白说教的道理,但其实这种道理就是没有深入他的人心,他就是不真正信仰并愿意遵从这种说教。

一个社会或民族不能没有自己的说教,说教会变成思想,思想会变成精神,精神会变成信仰,信仰会变成追求……

——中国法治的历史发展决定并赋予了我们的历史使命!

王利民
2007年1月17日