

'2007

法学新问题探论

FAXUE XINWENTI TANLUN

华东政法大学法律学院 编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

法学新问题探索系列丛书之十一

D90-53/37

:2007

2007

'2007

法学新问题探论

' 2007 FAXUE XINWENTI TANLUN

华东政法大学法律学院 编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

'2007 法学新问题探论/华东政法大学法律学院编. —北京:北京大学出版社,
2007.8

(法学新问题探索系列丛书)

ISBN 978 - 7 - 301 - 12511 - 3

I. 2… II. 华… III. 法学 - 中国 - 文集 IV. D920.0 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 102312 号

书 名: '2007 法学新问题探论

著作责任者: 华东政法大学法律学院 编

责任编辑: 张兴群 朱 彦 王业龙

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 12511 - 3/D · 1816

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 北京飞达印刷有限责任公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米 × 980 毫米 16 开本 23.5 印张 443 千字

2007 年 8 月第 1 版 2007 年 8 月第 1 次印刷

定 价: 45.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

序

2007年是华政发展历史上具有里程碑意义的一年。今年3月,经全国高等学校设置评议委员会五届一次会议的专家评议,教育部正式批准华东政法学院更名为“华东政法大学”。经过几代华政人的努力,我校在各项工作得到空前发展的同时,又获得了崭新的发展空间,迈出了更为坚实的一步。如今的华政,已在办学条件、办学规模、办学层次、队伍建设、学科建设、科学研究等方面均取得了质的飞跃,已发展成为一所以法学学科为主,经济、管理、金融、外语、理工等专业相互支撑、协调发展的多科性大学。

身为华政人,我们为学校的发展壮大而欣喜。作为工作在教学一线的教师,我们教书育人,在学术研究的园地里辛勤工作。今年,我们推出华东政法大学法律学院“法学新问题探索系列丛书”的第十一部,它集合学院教师最新的研究成果,也是向学校更名大学的庆贺献礼。

多年来,法律学院始终坚持推进法学理论研究的深入发展,积极推动教师致力于法学新问题的探索与研究。学院教师秉持严谨治学的理念,站在学科发展的前沿,拓展视野,了解学科发展的最新动态,以敏锐的视角关注我国法治化建设进程中的社会热点、难点问题,积极投身于理论研究,理论联系实际,潜心钻研,取得了丰硕的成果。《'2007法学新问题探论》一书沿袭了“法学新问题探索系列丛书”的编写理念,汇集了学院教师最新的法学研究成果。“法学新问题探索系列丛书”自面市以来,在社会各方面都得到了很好的反响。尤其是法学理论界及司法实践部门均对本系列丛书给予了极高的评价。希望“法学新问题探索系列丛书”第十部的出版,能够继续得到社会各界的支持,为我国的法治建设贡献绵薄之力。

《'2007法学新问题探论》共收录了35篇万字论文,涉及法理、法制史、宪法、行政法、刑法、民法、刑事诉讼法、民事诉讼法及立法等学科的最新研究成果,在编排上继续沿用以往的体例,对文章按学科进行分类。

“法学新问题探索系列丛书”的出版,一直得到了学校领导和有关部门的大力支持。在论文的审定和编辑过程中,北京大学出版社王业龙先生不辞辛劳,鼎力促成了本书出版。在此,我谨代表法律学院向他们表示衷心的感谢!

需要说明的是,论文集中的观点和看法,均是作者个人的见解,是“一家之言”,如果有观点与现行法律规定和政策不一致的,均应以现行法律规定和政策为准。作为“一家之言”,文中难免有不妥、不周之处,欢迎广大同仁、专家和读者不吝赐教。

刘宪权*

2007年6月

* 系中国刑法学研究会副会长,华东政法大学法律学院院长、教授、博士生导师。

目 录

法 理

- 法律价值之分析 顾亚潞/1
善待程序
——一个以立法听证为个案的思考 汤琳俊/11
司法公信力论纲 王永杰/22

法制史

- 南京国民政府训政前期立法程序综述(1928—1937) 卞琳/32
清代民事纠纷解决机制研究 李琴/45
民国时期婚约制度研究 许莉/56
意大利现行刑事诉讼法观察 陈颐/68

宪 法

- 构建和谐社会 完善社会保障法律体制 刁振娇/78
“八荣八耻”观的宪法解读 朱应平/87
行政解释的功能探析 曾刚/97

行政法

- 行政诚信与和谐社会之构建 姚岳绒/108
高校学生申诉制度的法律分析及重构 孙帅梅/117

刑 法

- 单位金融犯罪若干疑难问题刑法分析 刘宪权/127
评我国台湾地区的反洗钱立法及其运作 何萍/137
假冒注册商标犯罪若干问题探析 王玉珏/146
情节犯之立法完善初论 李翔/156
公司法人人格否认制度与单位犯罪主体资格否认规则之比较 翁小川/164
浅论多重法律责任
——兼论先刑后民原则 王恩海/174

民 法

民法法典化运动的最新动向和发展趋势

韩 强/186

析我国道路交通事故的损害赔偿责任主体

崔吉子/197

给集体建设用地使用权松绑

——兼评《广东省集体建设用地使用权流转管理办法》

陈康华/207

论继父母与继子女的关系

——对现行相关制度的检讨与建议

李红玲/221

“给我最后的尊严”

——死者生后利益保护体系化研究

陆利平/232

我国公司资本制度之评价

——以《公司法》修改为主线

王跃龙/245

刑 诉

完善我国刑事自诉制度的法律思考

杨可中/256

论公益诉讼

周雪祥/268

刑事程序基本权的宪法化:对司法人权的特殊保护

王 戡/277

论我国审判监督程序中的提审制

尹华蓉/287

历史视野下辩诉交易制度移植的可行性思考

孙剑明/296

论证人证言中事实与意见的界定

王俊民/310

全球化视野下的中国死刑适用程序的重大变革

叶 青/319

民 诉

论民事保全制度

姚 远/329

公司合并无效之诉的实体和程序问题探讨

谢文哲/342

传统与现实的选择

——论马锡五审判方式

洪冬英/353

立 法

科学设定罚款的主要观点及其评述

郭清梅/362

法 理

法律价值之分析

□ 顾亚路

“价值”是社会科学研究中广泛使用的一个概念。在哲学领域,许多学者从不同的视角对价值的概念进行了不同的阐释,作出了很多关于价值不同含义的表述。^①在哲学层面上,可以从三个不同角度理解价值的含义。

首先是“事物属性说”。该学说认为:“价值是事物本身所具有的属性,指有价值的事物能够满足人类和社会需要的属性,也是指客观事物的有用性或者对人类社会的发展具有的积极作用。”^②“事物属性说”虽然有多种不同的表述方式,但它们的共同之处都是强调价值的客观性、客体性,强调价值对主体的自在性、独立性。

其次是“主客体关系说”。该学说认为:“价值是任何客体存在、属性、作用等对于主体(人类或具体的人)的意义。也就是说价值是指客体能够满足主体需要的关系。”^③价值反映了人类在实践活动中表现出来的与客观外界的关系。外界物不仅仅是被感知、被反映、被作用的对象,更是满足人类活动需要的对象。人类之所以要认识客观世界及其事物,就是为了对客观世界进行改造;而人类之所以要对客观世界进行改造,又以满足自身需要为最终目的。人类与客观世界表现为一种需要与满足的对应关系。在价值关系中,人类是价值的主体,客观世界是价值的客体。

最后是“主体兴趣说”。该学说认为,价值的存在出于主体的兴趣。“关于‘价值’的问题完全是在知识的范围之外,那就是说,当我们断言这个或那个具有‘价值’时,我们是在表述自己的感情,而不是在表达一个即使我们个人的感

① 参见李德顺主编:《价值学大词典》,中国人民大学出版社1995年版,第8—9页。

② 杜齐才:《价值与价值观念》,广东人民出版社1987年版,第9页。

③ 李德顺:《“价值”与“人的价值”辨析》,载《天津社会科学》1994年第6期,第29页。

情各不相同但却仍然是可靠的事实。”^①“主体兴趣说”在国外学者中比较流行,美国学者培里就认为:“一切价值的最初根源和不变特征是兴趣;而兴趣则属于本能、欲望、和意志等感情生活方面的东西。”^②

其实,任何客观事物的功能和属性对人的满足程度均依赖于价值这一评价标准。在人类的社会实践活动中,凡是对人有用的、有利的、有益的,能够满足人的某种需求的,有助于实现人的目标的,都可认为是有价值的,也会得到正面的、积极的评价,反之亦然。例如,人类追求的自由、正义、民主、平等、美德、幸福、权利、安全、秩序等,正因为它们能够满足人类社会的需求,因而被视为价值的表现形式。

在我国,对法律价值进行研究是近二十年来法理学领域出现的现象之一。^③法律价值是从“法律应该是怎样的”的角度探讨法律的终极性,是法律具有合法性、合理性的根本基础,因而成为法律存在的核心理由,它指导着现实法律的发展,并为理想的法律建构提供理论依据和思想基础。

法律价值的概念就像一张“普罗修斯的脸”,具有多变性。法理学家从不同的角度阐述法律价值的含义,因而形成了各不相同的概念,其中影响比较大的表述有以下几种:

沈宗灵主编的《法理学》认为:“单从字面上讲,法律价值一词可以有不同的含义。例如,第一,它指的是法促进哪些价值;第二,指法本身有哪些价值;第三,在不同类价值之间或者同类价值之间发生矛盾时,法根据什么标准来对它们进行评价。”^④由于该教材没有进一步对法律价值作出明确定义,也没有进行深入进行清晰的分析和解释,使人不大容易理解这三种法律价值含义之间的区别和联系,以及它们之间的相互关系。

张文显主编的《法理学》则认为:“在法学研究中,法律价值这一术语的含义可以有因如下三种不同的使用方式而有所不同。第一种使用方式是用‘法律价值’来指称法律在发挥其社会作用的过程中能够保护和增加哪些价值。第二种使用方式是用‘法律价值’来指称法律所包含的价值评价标准。第三种使用方式是用‘法律价值’来指称法律自身所具有的价值因素。”^⑤这里,第一种法律价

① [英]罗素:《宗教与科学》,徐奕春、林国夫译,商务印书馆1982年版,第123页。

② 转引自王吉胜主编:《中西著名思想命题要览》,辽宁教育出版社1996年版,第1126页。

③ 北京大学法理学教授沈宗灵指出:就当代中国法学理论而论,法律价值是20世纪80年代从有些西方法学作品中引进的一个概念。参见沈宗灵主编:《法理学》,北京大学出版社2001年版,第49页。

④ 沈宗灵主编:《法理学》,北京大学出版社2001年版,第49页。

⑤ 张文显主编:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社1999年版,第209页。

值被称为“目的价值”,第二种法律价值被称为“法律的评价标准价值”,第三种法律价值被称为“形式价值”。因此,法律价值相应分为法的目的价值系统、法的评价标准价值系统、法的形式价值系统三种。

孙国华主编的《马克思主义法理学研究》认为:“法律价值就是法这个客体对满足个人、群体、阶级、社会需要的积极意义。一种法律制度有无价值、价值大小,既取决于这种法律制度的性能,又取决于一定主体对这种法律制度的需要,取决于这种法律制度能否满足一定主体的需要以及满足的程度。”^①法律价值被划分为三种:(1)法的工具性价值(包括法的确认性价值、法的分配性价值、法的衡量性价值、法的保护性价值、法的认识性价值);(2)法本身的价值(法律价值);(3)法所中介的价值(利益、自由、正义、秩序、文化等)。

吕世伦、文正邦主编的《法哲学论》则认为:“法价值是法律的内在机制在实践中对人的法律需要的某种适合、接近或一致。”^②这一定义有三个特点:(1)法律的内在机制,包括法律的内在要素、结构、功能、属性、作用等,是法价值形成的前途;(2)人对法律的需要是法律价值形成的主体要件,没有人对法律的要求,就不会存在法律,也就没有法律价值;(3)强调在法律实践中,应使法律与人的需要保持一致,这是法律的核心所在。法律价值被划分为两种:一是法的手段性价值(其二级分类是法的分配价值和矫正价值),二是法的目的性价值(其二级分类是法的一般目的价值和法的最高目的价值)。

卓泽渊在《法律价值》中对法律价值作了更加精细的分类,他认为:“法律价值中包含着法律对个人、对群体、对国家、对社会、对人类的价值。包含着法律对人的物质价值和精神价值,规范价值和社会价值,表面价值、潜在价值、现实价值、未来价值和预期价值,正价值、零价值(无价值)和负价值,等等。”^③

张恒山的《法理要论》在对国内各种法理学教材或专著中的法律价值的不同观点作了详尽的评析后,认为:“法理学同仁在相互对话的基础上所研究的‘法律价值’应当是指社会全体成员根据自己的需要而认为,希望法所应当具有的最基本的性状、属性。”^④同时,在讨论“法律价值”的含义时应当有一定的限制:(1)法律价值主体的普遍性;(2)法律价值载体——法——的特定性;(3)法律价值对法的附从性;(4)法律价值的应有性;(5)法律价值名目的原初性;第六,法律价值的理性。

① 孙国华主编:《马克思主义法理学研究》,群众出版社1996年版,第283页。

② 吕世伦、文正邦主编:《法哲学论》,中国人民大学出版社1999年版,第363页。

③ 卓泽渊:《法律价值》,重庆大学出版社1994年版,第46页。

④ 张恒山:《法理要论》,北京大学出版社2002年版,第214页。

上述林林总总的法律价值概念都具有一定的可取性与合理性,都从某一方面反映了法律价值的基本含义。但是,作为法理学的基本概念,对法律价值应该有一个比较一致的概括。具体而言,可从以下三个方面概括法律价值的含义:

第一,“法律价值”是指法律在发挥其社会作用的过程中,能够促进哪些价值的实现。例如,安全、秩序、自由、平等、公正、效率等,从来都是人类孜孜以求的基本价值。法律发挥社会作用的目的就在于对这些价值予以保护并促进其实现,它们构成了法律所追求的理想和目的,因此可以称之为法的“目的价值”。

第二,“法律价值”可以指在各种价值产生冲突和矛盾时,法所能借以进行评价的标准。也就是说,法律价值是指它的评价标准,正如美国法学家庞德所指出的:“在法律史的各个经典时期,无论在古代或近代世界里,对价值准则的论证、批判或合乎逻辑的适用,都曾为法学家的主要活动。”^①在许多法学著作中,法律价值问题就是指法律评价的标准问题。

第三,“法律价值”也是指法自身所体现的价值。此种意义上的法律价值是指法的“形式价值”,它与法的目的价值不同,并不是指法律所追求的社会目的和社会理想,而仅仅是指法律在形式上应当具备哪些值得肯定的或良好的品质。在一个理性的人看来,法律都应当逻辑严谨,而不应当自相矛盾;应当简明扼要,而不应当含糊不清;应当明确无误,而不应当神秘莫测;等等。两种品质相较,前者是有价值的和良好的,后者则是无价值的和不良的。法律本身就应该体现出上述这些有价值的或良好的特征。正如美国学者富勒所认为的,任何法律制度都必须具备一般性、明确性、不矛盾性等八项“内在的道德”属性,否则就根本不宜被称为法律制度。此处所提及的法律所应具备的各种品质,指的就是法的形式价值。这种价值虽然有助于目的价值的实现,但却不能将其等同于目的价值。

此外,还应着重从法律价值的性质上分析,从而真正揭示法律价值的实质。

法律价值由于是以人类社会为主体的价值关系,因此具有社会性。同时,法律价值又具有一定的倾向性,代表了人类对理想法律的向往和追求。因此,法律价值是社会性和倾向性的统一。首先,法律价值主体是社会发展的产物,并且始终处于与社会同时发展之中。无论是作为个体还是群体,法律价值主体都是社会的一部分,参与社会活动。然而,在现代社会中,主体又分别属于不同的阶层,它们代表着不同的利益。主体的双重身份,决定了主体评价标准的两重性:一方面,要从法对整个社会的角度评价法律,作为法律价值的客体体现了一

^① [美]庞德:《通过法律的社会控制》,沈宗灵译,商务印书馆1984年版,第55页。

定社会的基本要求和一定社会关系的制度化;另一方面,法律要执行有利于一定阶层的利益要求,即建立和维护符合一定阶层根本利益的经济秩序、政治秩序和意识形态秩序。

法律价值属于主观范畴还是客观范畴?这是法学家们经常争论的焦点。主观论把法律价值归结于纯粹个人的意志,客观论则把法律价值归结于客观外界。其实,法律价值既有主观的性质,又有客观的性质。从主观性上分析,法律价值是以主体的需要为标准的。如果没有主体的需要,法律的任何属性和功能都不能产生价值。从这一点看,法律价值是以主体需要为转移的,具有主观的性质。但是,主体需要并不是凭空或者自发产生的,而是由主体在社会关系中的地位以及主体的社会实践所决定的,主体的需要只有通过法律的客观存在价值才能得到满足。从这一点看,法律价值又是客观的。社会实践决定了法律价值的主观性质和客观性质的统一。

另外,法律价值的客体既是相对的,又是绝对的。法律价值的相对性是指法律价值的条件性,它表现为法律价值随着不同的时代、阶层、社会、群体而呈现出差别性与多样性。法律价值的绝对性是指法律价值的普遍性与共同性,人类社会中的某一个时代总有某种共同的法律价值理念和法律价值追求,有时不同时代也会存在某种共同的法律价值标准。否则,法律文化就没有历史的连续性,法学思想就没有继承性,法学也就不能成为一门历史悠久的学科。

三

法律价值的不同客体使得法律价值呈现出多样化,这就形成了法律价值体系。与法律有关的哪些价值属于法律价值体系,其种类和内容包括哪些?它们之间的相互关系如何?何者处在比较高的层次?这些都是法律价值体系所要研究和解决的主要问题。

法律价值体系是一种客观存在,并可根据主体的需要有意识地创建,它可以蕴涵在法律制度之中。作为法律制度应包含或者应有价值,其自身也有一定的结构和内在关系。法律价值体系作为相对独立的价值系统存在于人类的法律观念之中。评价法律善恶是法律产生以后的社会现象。评价法律的准则很多,虽然不是所有的价值都可以成为评价法律的准则,但是一定的价值准则必须包括在其中。对于现有的价值评价系统,我们仅仅是去认识和把握,而无法臆造。在研究和完善法律价值评价体系时,必须懂得尊重这些价值自身的客观规律,至少要了解这些价值体系中的每一价值都是法律可能具有的价值。法律价值体系要具备社会大众认可的可能性,各价值之间应保持和谐的态势。这说明,法律价值体系的形成必须经过循序渐进的历史过程,不可能一蹴而就。

法律价值系统在法学理论界并无定论。有人认为:“法律的价值即法律所追求的目标和所要达到的是非常多的,如有安全、和平、秩序、自由、平等、文明、公共福利和正义等。而这些价值之间并不是截然割裂的,是互相联系、互相渗透甚至是互相包容和互相从属的。因此,我们可以把它们联结起来,构成一个价值的体系。”在此基础上又列出了法律价值体系表。该体系表认为,法的总的价值为:正义、公共幸福、人类进步,其下又包括法对个人的价值和法对社会的价值。^①也有人认为:“从价值体系的结构上看,法律价值体系是由法的目的价值、评价标准和形式价值三种成分所组成的价值系统。由于法律价值这一概念具有三种基本的含义和使用方式,因此法律价值体系又包含着目的价值系统、评价标准系统和形式价值系统三个子系统。”^②而就法律价值体系而言,法律价值体系所包含的各种价值通过其内在的联系,表现为既有层次差异、各自独立,又交互作用、相辅相成,完整统一的法律价值体系。这些价值内容客观上存在一定差异,但并没有必然的、绝对的等级高低之分。有人企图寻找一种严格的法律价值等级体系,这种努力最终被社会实践证明是不可能的。原因在于:法律价值内容本身很难量化,这也导致了对各种法律价值内容排序的困难,同时更缺乏一个比较客观的标准。社会总是在不断地处在发展变化之中,主体的需要也会随之不断变化,这就决定了法律各种价值的重要性也必然会发生变化,建立一劳永逸的法律价值体系是不可能的。法律价值内容体系从不同角度、在不同时代将会有不同表现。

一般认为,法律价值内容第一层次是自由、正义、秩序,其他层次有平等、安全、利益、效率等。以下将主要针对第一层次法律价值内容进行分析。

对“自由”概念的理解和把握是一个令人非常困惑的难题,吸引了很多思想家对其进行分析和探究。在西方,影响比较大的观点是把自由分为“积极自由”和“消极自由”。这种自由分类得到了西方理论界的广泛采纳。

消极自由观是一种古老的自由。在拉丁语中,“自由”意味着从被束缚中解放出来。在罗马法中,“自由(权)”被定义为凡得以实现其意志之权力而不为法律所禁止者。消极自由即源于这个传统。它包括三层基本含义:(1)一个人的自由就是他可以从事某些行为,而这些行为是不受他人干预的。如果某人可以从事某些行为,但是他人可以干预或者强制他不得去做,那就不存在自由。(2)自由必须有限制。这是因为,存在与自由的价值同等或者比自由的价值更高的价值。人类社会有正义、安全、幸福和平等等价值,这些价值一旦与自由相冲突,就有必要限制自由。限制自由的最好办法是由法律作出相关规定,没有

① 参见严存生:《法律的价值》,陕西人民出版社1991年版,第151—152页。

② 张文显主编:《法理学》,法律出版社1997年版,第285页。

法律也就没有自由。(3) 必须保留人类最低限度的自由。所以,限制自由的范围不能过大。概言之,人类不能没有自由,自由不能不受限制。法律要分清公共权力范围和私人自由的界限,通过公法限制、规范和控制国家公共权力的自由度,通过私法保护、鼓励和允许私人的自由和权利。

积极自由观如同古希腊斯多葛学派的观点,声称社会底层的奴隶和宝座上的皇帝一样,在精神上都是自由的,否认客观外界的不自由状态。它表现为两种形式:“精神避难”和“自我实现”。“精神避难”是指每个人在精神上都是自由的,是自己精神的主人,外部强制因素对其是毫无作用的。“自我实现”强调个人自我实现,认为个人获得自由唯一真正的办法,就是运用普遍的理性,认识什么是必然的、什么是偶然的,以根据对必然性的认识支配自己,使自己在客观规律下获得自由。斯宾诺莎、黑格尔都是“自我实现”自由观的拥护者。

法律上,主要是从消极的意义上界定自由。强调个人的自由就是免于他人的非法干预,这种自由与法律紧密联系。自由的本质就是法律规定之下的自由,每个人都享有法律赋予的自由,同时也负有不损害社会 and 他人权利的义务。自由并不是个人喜欢做什么就做什么,而是人们可以这样做、应该这样做。自由并不是放纵,人的行为自由应当是在法律的允许范围内的自由。

良好的法律应该体现自由。法律作为规定人们如何行为的规则体系,提供着调整人们行为和进行社会合作的基本框架,确定了人们进行活动、交往的基本模式,从而为人的自由提供了范围。美国学者富勒提出了良好法律应该具备的几个要素,即:法律具有一般性或普遍性;法律必须公布;法律具有可预测性;法律本身应该明确、不矛盾;法律可为人们所遵守;法律具有稳定性;官员的行为与已公布的规则保持一致;等等。这就是一般的良法所必须具备的条件。所以,法律所确认的自由及限制,法律所规定的权利,以及法律所要求或禁止的行为,必须遵循现实性和可行性的准则;否则,人们就无法根据法律规范调整自己的行为,自由的界限就会模糊不清,并会因此遭到践踏。

其实,自由的实现并不完全取决于法律的规定,它更多地受到法律实施的影响。公民的自由以法律形式存在,但法律并不能对公民自由实现自动保障。公民自由权必须在实际权利行使以及具体权利冲突中,通过对权利及其冲突的公正、合理的安排和调整实现。这就需要通过法律的实施机关判断和衡量,亦需要在社会生活中将法律规则转化为人们的行为,即通过社会主体普遍守法实现。法律有时也要限制自由,其目的是保障更多人的自由和利益。法律限制自由在理论上必须有一定的说服力,只有伤害别人的行为才是法律监督和干涉的对象。国家干预个人行动自由的唯一目的是实现社会的自我保护,防止对他人和社会公共安全的造成伤害,法律对社会成员自由的限制是合理和必需的。

一般认为,正义即公平、公正。正义是法的来源,更是法的追求与归宿。美

国学者罗尔斯认为,正义是社会体制的第一美德,他提出了两个著名的正义原则。“第一个正义原则:每个人对与所有人所拥有的最广泛平等的基本自由体系相容的类似自由体系都应有一种平等的权利(平等自由原则)。第二个正义原则:社会的和经济的不平等应这样安排,使它们:(1)在与正义的储存原则一致的情况下,适合于最少受惠者的最大利益(差别原则);(2)依系于在机会公平平等的条件下职务和地位向所有人开放(机会的公平平等原则)。”^①

亚里士多德认为,法律应当是良法,良法也是符合自然正义之法。人在达到完美境界时是最优秀的,然而一旦脱离了法律和正义,也会成为最恶劣的。在我国,“法”的古体字是“灋”。东汉许慎所著《说文解字》载:“灋,刑也。平之如水,从水;廌,所以触不直者;去之,从去。”“法”以水作偏旁,比喻“平之如水”,代表公平,衡量人们的行为是否符合“公平”这个准绳。“廌”,传说是头长独角、秉性公正的神兽,故而“古者决讼,令触不直”。这反映了古人相信法是正直、正义的准则。因此,就词义而言,“法”就是“公平”判断是非曲折、制裁违法行为的依据。西方国家关于“法”的词语中都兼有权利、公平、正义等内涵,可见法本身就包含正义的含义。虽然学者对正义的观察和评价都不同,但是应该看到正义观具有极大的差异性和流变性。每个时期,每个地方的人,因为不同的条件差异,对正义的要求也不一样,而在这差异之中又存在某一共性。

关于正义的本质问题,也有不同的论述。一是客观说,认为正义就是人类社会客观规律的反映,正义理论应建立在人类社会发展的客观规律基础上,由人类社会共同生活需要决定。凡是符合人类社会共同生活需要的理论、思想、学说和制度都是正义的。因此,评价正义的标准就是人类社会的共同生活需要。二是主观说,认为正义是个人对客观事物的主观评价,由于每个人的社会角色、教育背景、经济地位不同,即使对相同事物的看法也可能不同或是截然相反。因此,人类社会不存在共同的、普遍的正义。三是法定说,认为正义存在于法律之中,法律反映了国家意志,国家意志就体现了正义;古代法律体现了神的意志,神意就代表了正义;社会主义反映了人民的共同意志,人民的共同意志代表了最大多数人公认的正义。四是理性说,认为正义是人类理性的体现。人类理性就是人类社会发展的客观规律。凡是符合人类社会自然法则的学说、理论、思想和制度都是正义的,正义存在于人类理性之中。

其实,法与正义是彼此联系、相互渗透的。在自然法学理论中,自然法的实质是自然权利,正义是法律永恒的追求。实践中,法与正义的关系主要表现为:首先,正义是实在法的基本原则和依据,表现为以正义的要求作为其追求目标,并将其确定为一套可操作的行为准则,给人们提供行为模式和标准。任何立法

^① [美]罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第56页。

总是或多或少包含了正义的思想或者以正义为基础。因此,国家立法可以说是形式正义和程序正义的集中体现。其次,法律通过文明、和平和公正解决冲突的规定和程序保障正义原则的实现。一方面,正义对法律进化起了极大的推动作用。正义作为法律的最高目的、区别良法与恶法的标准,始终是推动法律进化的精神力量。任何实在法律制度都或多或少在形式上承认正义是其追求的目标。不管人们认识不认识、愿意不愿意接受,正义总是作为人类社会的重要价值,始终是衡量法律良恶的重要标准。另一方面,法律又是实现正义的重要手段。正义的最低要求是限制任意使用暴力,正义的实现离不开法律规范,尤其离不开国家强制力保障。

美国学者博登海默指出:“秩序的概念,意指在自然界与社会进程运转中存在着某种程度的一致性、连续性和确定性。”^①庞德也指出,法律秩序即通过有系统地、有程序地使用政治上组织起来的社会的强力调整关系和安排行为的制度。而哈耶克则认为,秩序是事物的一种状态。在这种状态里,多种多样的要素相互联系。因此,我们可以依自己所熟悉的整体之空间部分或时间部分形成关于其他部分的正确期望,或至少有充分的机会证明这一期望是正确的。个人作为社会成员而存在,需要的满足依赖于与其他人进行各种形式的合作。显然,人在计划和期望间的适应性是秩序在社会生活中的表现形式。秩序分为两种,那种人们在使自己的行为相互适应的过程中产生的秩序属于内部秩序或称“自主秩序”,而为某一目的设计和创造的秩序属于外部秩序。哈耶克非常重视内部秩序,认为它是建立在纯粹抽象关系(关系模式)上的,而这种关系模式主要由惯例和规则组成,行为规则对秩序的存在十分重要。通常,人们要先行动,而后才思想。人们在行动过程中面对大量无法了解的特殊事实和复杂环境,只能依据常常表现为习俗和惯例的抽象知识建立假想的模型,以理解和适应外在环境。构成模式的要素,显然就是那些反复出现的、有一定规律的东西,即习俗和惯例,后来表现为规则。指导人类行为的习俗和规则构成人类文化遗产的一部分。因此,人类行为规则在最初都有这样一些特征:它们在行为中被遵守,但行为人并没有以语言对其进行明确陈述;它们之所以能逐步被人遵守,是由于采纳了它们的群体足够强大,有更多的生存机会。

法律与秩序是紧密联系的,秩序是法律最基本的价值,是其他价值存在的基础。亚里士多德认为:“今天法律者,秩序之谓也,良好的法律即良好的秩序也。”^②法国大革命时期的思想家罗伯斯比尔就充满激情地表达了这种秩序观:

① [美]博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,华夏出版社1987年版,第207页。

② [古希腊]亚里士多德:《政治论》,商务印书馆1935年版,第328页。

“我们希望有这样的秩序,在这种秩序下,一切卑鄙的和残酷的私欲被抑制下去,而一切良好的和高尚的热情会受到法律的鼓励。”^①他们都把法律等同于秩序,而法律之所以会产生秩序,是因为秩序包含了人们行为的统一和合乎规则。法律是国家创制的行为规则,其目的是规范和统一人的行为,尽量减少社会冲突,建立理想的社会关系。法律建立秩序的途径可以是为人们树立统一的行为准则,也可以是协调人与人之间的和谐关系,或者是规范行为和制约权力。这些都涉及了人类基本生活的方方面面,通过法律调整,使整个社会的秩序更加有效。在政治上,法律是协调各主体之间关系的最权威手段,将大部分可能引起冲突或者引起社会不稳定的因素纳入其调整的范围内。法律权威的理想是实行法治。法治优越于人治的地方,主要在于法律限制、禁止和控制人的行为,在形式上对所有的社会成员都平等。法治使公权力在法律上得到制衡,使弱势群体在社会中和其他群体处于平等地位。因此,法律的统一性和客观性容易为社会成员所接受与遵循,从而减少社会的冲突。而社会矛盾的缓和,也更有利于建立和谐的社会秩序。在经济上,法律保护主体的财产所有权,通过对社会经济秩序的调整,影响人们的经济生活,保证市场交易安全。法律对影响市场经济发展的行为进行限制、禁止甚至处罚,从而达到调整经济活动的目的。市场经济本身也存在某些不稳定因素,对于其中的盲目性和自发性也可以通过法律进行宏观调控。在社会生活中,法律同样扮演着重要的角色,它具有“定分止争”的功能,只有明确主体各自的权利义务,才能最大限度地减少和避免纠纷。法律、法规以及各种权威的法律解释和准则都给人们的行为指明了方向,也为社会稳定提供了准则。因此,秩序是法律价值的重要基础。

自法律形成以来,人们从来没有停止过对法律价值内容的探讨。法理学研究重点曾经不断转移,但是对法律价值基本问题的研究热情一直持续到今天,而自由、正义和秩序无疑是其内容中最基本的。人们渴望有一个良好秩序的社会、期望有一个充满自由的未来、呼唤正义公平的世界的美好愿望是无法改变的。

① [法]罗伯斯比尔:《革命法制和审判》,商务印书馆1979年版,第138页。