

法
学
阶
梯
INSTITUTIONES

普通高等教育法学精品教材

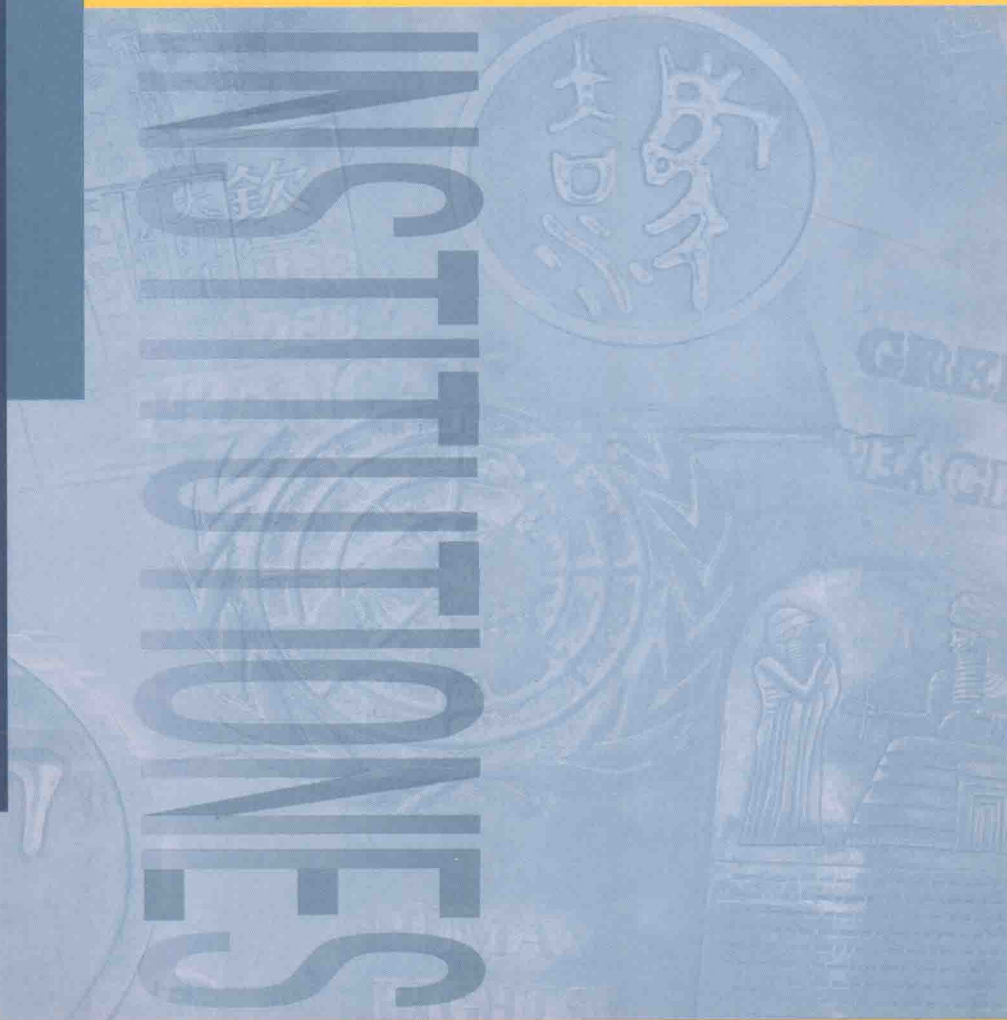
| 第四版 |

法理学

——全球视野

JURISPRUDENCE:
GLOBAL PERSPECTIVE

周永坤 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法 学 阶 梯
INSTITUTIONES

普通高等教育法学精品教材

| 第四版 |

法理学

—— 全球视野

JURISPRUDENCE:
GLOBAL PERSPECTIVE

周永坤 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法理学:全球视野 / 周永坤著. —4 版. —北京:
法律出版社, 2016. 7
ISBN 978 - 7 - 5118 - 9746 - 6

I. ①法… II. ①周… III. ①法理学—高等学校—教材 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 165822 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/中煤(北京)印务有限公司

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/沙 磊

开本/787 毫米×1092 毫米 1/16
版本/2016 年 8 月第 4 版

印张/26.5 字数/580 千
印次/2016 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 - 9746 - 6

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

周永坤

苏州大学二级教授,博士生导师,苏州大学人权研究中心主任,全国精品课程“法理学”负责人。1995年破格晋升为教授,1999年担任博士生导师,2010年被评为二级教授。曾被“中国人文社会科学学术论文影响力评价课题组”评为“中国法学研究的顶尖学者”,并获得全国优秀法律硕士教学奖、全国法律硕士专业学位教育指导委员会(2006)等奖项。代表性著作有:《公民权利:有尊严的活着》、《规范权力——权力的法理研究》、《解禁中的人权——中国大陆人权研究》等,并在《法学研究》、《中国法学》等期刊发表论文一百四十余篇,代表性文章“论宪法权利的直接效力”为全国他引率最高的五十篇论文之一,著作的总他引频次在法理、法史领域名列第二。

在形式中追求正义

——第四版序

司法的最高目标是追求正义,这个正义是作为公平、公道的正义,是个案中的正义,这样的正义唯有在形式中才有可能达致。让我们来看一个“法呆子”判决。

2010年8月,美国马萨诸塞州一男子在地铁上偷拍、偷录穿短裙的女性,手机摄像头直接对准女性两腿之间。2014年3月5日,马州最高法院法官巴茨福德(Margot Botsford)判被告无罪。理由是马州的偷窥法只针对“全裸”和“半裸”影片或照片,而身着短裙不属于裸体范畴。判决说,女性当然享有不被偷拍裙底的隐私权,然而“目前这部法律没有触及这个问题”。^[1]这是一个形式主义的判决:尽管事实上被告已经侵犯了被偷拍女性的隐私权,但是因法律没有涉及,法官拒绝作出有罪判决。形式主义可以分为两种:一是“拘泥于事实的外在特征或履行某种具有固定意涵的象征行为”的形式主义,二是罗马法确立的、建立在法律规则逻辑推理之上的形式理性。作为现代司法原则的形式主义,是后者而非前者,它不是机械的、罔顾法律精神的形式主义,而是一种以法律规范、正当程序为导向的司法方法与原则,其核心内容是强调法律规范的权威,强调法官遵守法律的义务。具体来说包括六个层面的内容:

第一,奉法律为排他性的最高权威。即法律推理中排斥任何个人与机构的权威,只认规则的权威;在规则体系中,尊崇法律的权威,其他的规则体系与法律冲突无效;在法律体系中,强调宪法的至上性,与宪法冲突的法律无效。

第二,司法目标的规则导向。形式主义司法排除规则以外的任何工具主义、功利主义、现实主义考量,排斥道德与政策性考量,原则上排斥结果的考量,更排斥任何基于法官自身利益、利益群体利益的机会主义考量。

第三,法律解释的规则化。法律解释应当遵守文字解释规则、黄金规则和纠错规则,而其中文字解释又具有优先性。

第四,遵守正当程序。它不仅要求程序必须是正当的,而且将正当程序视为司法必须遵守的规则,而不仅仅是工具。

第五,遵守逻辑规则。法律判决的形成与论证,必须在逻辑形式中展开,逻辑规则对于法

[1] 这个判决引发了轩然大波,有人称这是历史的倒退。州议会立即着手制定新的法案,不仅在1天之内快速获得一致通过,且加大了惩罚力度。根据新法,任何人未经允许,使用照相机、摄像头或者其他电子设备偷拍他人私处或隐秘部位,不管是否为衣服下方或周围,都属于犯罪,将面临最高2年半的监禁和5000美元罚款。如果偷拍的是18岁以下儿童,处罚加倍。该法立即生效。“偷拍‘裙下风光’合法引众怒美立新法补漏严惩偷窥狂”,载新加坡《联合早报》2014年3月9日。本案遵循的原则是,公正判决考虑的是依据法律当如何下判,而不是其实质内容——应当处罚这个“事实上”的色狼。

律人来说就是“法律”。

第六,价值评价(衡量)应当遵守法律精神并规则化。司法离不开价值衡量,当法律规定缺失或法律规定不一致或法律规定违反法律精神时,尤其需要价值评价。诚如拉伦兹所言:“法学及司法裁判的特色正在于:它们‘几乎完全是在处理评价的事’。”^[2]但是,与司法实质主义的价值评价不同,司法形式主义下的价值评价要求价值衡量建立的基础不是伦理原则,不是功利主义,不是社会效果,而是现行法秩序,同时评价必须遵守一定的规则。法官应当避免把自己当作立法者,防止将自己的价值偏好作为评价标准。

司法为什么必须遵守形式主义原则呢?择其要者有:

其一,司法形式主义是司法的生命。如果立法的根本属性是设制立规,行政的属性是依据规范和现实作出决断,它们都离不开实质性判断;那么,司法的属性则是依据法律正当地处理个案,这一过程是解释法律并在法律与个案事实、判决间建立逻辑联系的过程,这必须是一系列推理过程,而推理在形式逻辑中才有可能。不仅如此,司法因形式主义而获得正当性——离开形式主义从而远离法律的司法就不是司法,它要么是立法、行政行为,要么是法官任性,不具有正当性;司法因形式主义获得与权威——司法的权威来自法律而不是任何实体,抛弃形式就是抛弃了法律。

其二,司法形式主义是同案同判的要求。同案同判是司法公正的最低要求,诚如伯尔曼所言:“如果狗的主人对同样一件事一会儿赏一会儿罚,连狗也苦恼。”^[3]“同样行为同样待遇”是人从动物祖先那里获得的基本公正观。^[4]同案同判要求将个案归类,对相类似的案件适用同样的法律。归类过程和从相同法律推出相同结论的过程,都是一个将案件形式化,再进行以法律为前提的推理过程,它必须是形式主义的。如果把法律及其精神放到一边去追求其他的实体目标,判决将异化为政治决断甚至权力任意,同案同判就失去了方法基础。

其三,司法形式主义是有效实现法的作用的需要。法律的作用就是规则治理,规则治理对于司法来说就是将法律贯彻于个案,而这必须将政治意志、民意和“大局”之类的不确定的因素排除在外,否则,规则治理将徒有其名。

其四,司法形式主义也是维护制度稳定性的需要。制度的载体是法律,如果法官可以用自己的意志对法律作“实质性”处理,则必然会导致法律在时间与空间上的一致,结果受到伤害的是制度的统一性与稳定性。

其五,司法形式主义是控制权力的需要。形式主义司法对抗司法外权力干预司法的意义是一目了然的,它提供对抗司法外权力的法律基础。司法形式主义也是防止司法权滥用、减少司法腐败的需要,因为法官裁量权与司法寻租空间成正比,而司法形式主义是限制司法裁量的方法工具。

其六,司法形式主义是保障权利的要求。法官如果不恪守司法形式主义,就极易产生正

[2] 参见 Karl Larenz:《法学方法论》,陈爱娥译,五南图书出版公司1996年版,第105页以下。

[3] [美]伯尔曼:《信仰与秩序》,姚剑波译,中央编译出版社2011年版,第10页。

[4] 美国埃默里大学动物心理学博士研究生布鲁斯南在与一群猴子的游戏中发现,如果完成相同的工作而给予不同的奖励,猴子会拒绝接受奖励。例如猴子可能不吃拿到手的黄瓜,甚至将黄瓜扔向不平等对待它的主人,原因是它看到同伴得到的是更可口的葡萄。参见“猴子也有平等观念”,载《中国青年报》2003年9月19日。

义名义下的司法专横,权利必成为权力刀俎下的鱼肉。

通观人类司法史,司法形式主义总是同人的自由、民主共命运,而极权主义都偏爱不同名目的实质主义司法:卡迪司法、父爱司法、政治司法等等。例如,希特勒时代的德国贯彻纳粹意志的主要手段不是通过立法,而是通过在司法中寻找“领袖意志”、纳粹的政党纲领、由种族决定的新的“来自血统与国籍的自然法”这种反形式主义的司法来完成的。^[5] 其所以如此,是因为司法形式主义是权力滥用的克星,是自由的铠甲,欲褫夺公民权利,必先拿形式主义开刀。

不过,尽管权力具有反对司法形式主义的天性,只要存在司法的地方,却都会存在一定程度上的司法形式主义,中国古代也不例外。^[6] 原因在于彻底抛弃司法形式主义,就不仅抛弃了司法,也抛弃了法律,对社会的规范性管理就将退化为纯粹的“个案处理”,人们将回归丛林世界。

司法形式主义如此重要,那么,它在法思想史上的地位如何? 可以这样说,在西方法史上司法形式主义都执法学之牛耳,尤其是法治成为共识的现代。且不说所有的规范法学派的司法思想都可以归入形式主义,就是新自然派中也不乏司法形式主义思想。富勒的“法律内在道德”的思想、德沃金“认真对待权利”的法哲学贯彻的都是明确的司法形式主义,新自由主义学派的哈耶克认为,法官“只能考虑这个有争议的行动是否符合公认的规则。法官所能关注的唯一的公益,就是要求人们对个人能够合理依赖的规则予以遵循”。^[7] 这是实实在在的司法形式主义。

社会法学派通常被认为是具有反形式主义倾向的,其实不然。让我们举几个社会法学派代表人物对该当司法的论述。耶林说:“形式乃是反复无常之行为的不共戴天之敌——亦即自由的孪生姐妹。……确定的形式乃是有关纪律和秩序(的)基础,据此也是自由本身的基础。它们是抵御外部进攻的堡垒,因为它们只会断裂,而不会弯曲;而且在一个民族真正理解自由的作用的情况下,他们也将从本能上发现形式的价值并且从直觉上认识到,就其形式而言,他们所拥有的和所坚持的并不是某种纯粹外部性的东西,而是其自由的保障。”^[8] 鼎鼎大名的社会法学家韦伯说:“在真正的法律领域里,都因其相对的简明与实事求是形式而著名。”^[9] 美国社会法学派的领军人物庞德指出形式具有两大优点:“形式可以避免争议”,形式乃是一种防止司法执政官“专断行动的保障措施”。^[10]

也许被中国法学界视为反形式主义的代表人物的观点对于证成司法形式主义是最有说服力的。现实主义的卡多佐常常被纳入反形式主义阵营,但是连他也明确地说,他“并不轻视对

[5] 参见[德]魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,第214页。

[6] 例如,《晋书·刑法志》规定:“又律法断罪,皆当以法律令正文,若无正文,依名例断之,其正文名例所不及,皆勿论。法吏以上,所执不同,得为异议。如律之文,守法之官,唯当奉用律令。至于法律之内,所见不同,乃得为异议也。今限法曹郎令史,意有不同为驳,唯得论释法律,以正所断,不得援求诸外,论随时之宜,以明法官守局之分。”

[7] [英]弗里德利希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》,邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第134页。

[8] 转引自[美]罗斯科·庞德:《法理学》(第一卷),邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第400页。

[9] [德]韦伯:《中国的宗教:宗教与世界》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2004年版,第158页。

[10] [美]罗斯科·庞德:《法理学》(第一卷),邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第398、400页。

机械而形式化的标准的向往”。^[11] 在中国学界被看作反形式主义旗手的波斯纳坦言,“一个形式主义者就是法律推理的模范,他仅仅根据法律而不添附任何东西通过演绎得出合法的结论。一个如此演绎推理的法官不会远离法律,也不可能堕入政治的领域”。^[12] 判例教学的开创者、哈佛大学法学院首任院长兰德尔(1826—1906)说:法律作为一门科学,如果离开了逻辑的支撑,它在大学教育中就没有位置,只是由工匠传授的一门技艺性职业。^[13] 需要说明的是,形式主义的司法哲学始终执法学教育之牛耳:“虽说美国法律界的少数派,在一些美国法学院里,长期以来一直在法理上反对形式主义……但这无关大局。”^[14]

那么,这些形式主义的司法哲学对审判的实际影响又如何呢?它们仅仅是法学家们的孤芳自赏吗?不。

有学者认为,自从20世纪上半叶以法律现实主义为代表的反叛形式主义运动对法律形式主义批判以后,“法律形式主义作为一种理论和方法都已经名声扫地了……法律形式主义已经成了法律理论中一个确定无疑的贬义词。”这无疑夸大了法律现实主义的社会影响力。其实起码从近代法治主义兴起以来,法律形式主义就始终左右着西方司法实践,法律现实主义对司法实践影响甚微。依据现实主义代表人物卡多佐的观点,需要“发现法律”的案件极少,只需要按照法律(先例)办事的案件“构成了法院的大部分事务”。^[15] 理查德·戴纳德教授对20世纪美国300个涉及宪法解释的案件进行了研究,结论是,有289个案件的法官受先例或案件事实或法律约束,只有11个案件的法官采“宏大的作风”,他们或求助于先例中的“精神”,或求助于“社会政策”,但是没有一个案件仅以“社会政策”为根据。“显露出来的这些法院的图像是保守的。总的来说,这种作风在19世纪也不会不合适。”^[16] 需要进一步指出的是,旧现实主义已经被21世纪所兴起的“新法律现实主义”所超越,新法律现实主义是现实主义内部的反思派,它“更加警惕过分强调政策对法治的影响所可能导致的法律与政治混淆以及法律独特性的消失”。^[17] 与此相应,在司法实践中那种被称为“宏大风格”的“宽松”的形式主义在20世纪90年代的美国也已经衰退,回到了严格的形式主义。^[18]

但是令人遗憾的是,长期以来中国的司法呈现出明显的反形式主义特色,它的核心是消解法律的权威与确定性,突出机构、个人、社会组织、政治决断的权威,法院被工具化。这一反形

[11] 请注意卡多佐说的是“机械的”形式,对“机械的”形式如此看重,可知他对司法形式主义的态度。参见[美]本杰明·内森·卡多佐:《法律的生长》,刘培峰、刘骁军译,贵族人民出版社2003年版,第38页。

[12] Richard A. Posner, *Law and Legal Theory in England and American*, Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 11. 转引自“渐行渐远的英美两国法律——‘接着’并‘对着’波斯纳的挑战讲”,载《中国图书评论》2015年第7期。

[13] 转引自周祯祥:“实用主义法学和法律中的逻辑——兼论中国文化背景下的法律逻辑”,载《华南师范大学学报》(社会科学版)2008年第5期。

[14] [美]朱迪·N. 施克莱:《守法主义——法、道德和政治审判》,彭亚楠译,中国政法大学出版社2005年版,第17页。

[15] [美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,朱苏力译,商务印书馆1998年版,第104页。

[16] 需要注意的是,这300个案件都涉及宪法解释,而此类案件只占有所有案件的极少数,且即使这11个案件也不能称为“反形式主义”的,可见反形式主义在美国微乎其微。参见[美]弗里德曼:《法律制度》,李琼英、林欣译,中国政法大学出版社1994年版,第208页。

[17] 邓玲婷:“新法律现实主义的最新发展与启示”,载《法学家》2014年第4期。

[18] 参见[美]A. L. 考夫曼:《卡多佐》,张守东译,法律出版社2001年版,第208页。

式主义的最高峰是文化大革命,极端反形式主义的结果是公检法被砸烂。改革开放以后,这一局面得到一定改善,但是总的来说,无论在司法理论上还是在司法实践中,反形式主义仍然占据主流,其主要表现有:司法工具主义、结果导向的司法、功利主义司法、轻程序的司法、司法能动主义、民意司法、大局至上的司法等等司法思潮迭出,各领风骚三五年。不过令人欣慰的是,近年来出现了一些转向的苗头。例如,出现了一些强调法律权威的司法政策。^[19] 最高人民法院副院长江必新在2013年发表的一篇文章中明显表达了“经由形式正义的实质法治”的司法形式主义思路。^[20] 一些学者则更明确提出法条主义的方法主张。^[21]

在法治、人权入宪的今天,我们有理由期待司法形式主义在中国站稳脚跟,但是实事求是地说,难以毕其功于一役。然而,法官不能因此而放弃自己的社会担当,法官应当忠实于法律,不畏权势,在审判中拒绝任何法律以外的价值或指令,依法、独立、依据自己的司法良知作出裁判。

《法理学——全球视野》初版于2000年,加上副标题“全球视野”的初旨在于秉承思想解放的时代精神,超越国家性、阶级性的法理学,探求规范性的、普适性的法理学,将追求正义、规范权力、保障权利作为法理学的核心内容。^[22] 本书第一版(2000年版)多次重印;第二版(2004年版)纳入“高等学校法学通用教材”系列,第三版(2010年版)作为教育部国家精品课程教材,同时作为研究生教材。这几年无论立法、司法还是法学理论研究都有了很大改观,需要作出回应与评价,因此推出第四版。

这次修订的主要内容是进一步增强了司法理论,删除了一些学术性不足的部分,例如法的正当性、法律监督等,进一步压缩了一些已经过时的但是作为中国教材又不能少的内容,例如法与经济、法的历史类型理论、法的阶级性等等。在体系方面,根据教学需要,将“法治”章充实并调整到第一部分,以为一年级学生强化法治意识打下基础,与此相应,原来的四编改为上、下两编。其他的主要修订包括:注释体例上统一增加了译者,引用的法条按新法作了修改,引用的著作有新版的,尽量改用新版以便于读者查找并进一步延伸阅读,每章后增加了延伸阅读书目,对讨论题、延伸思考部分进行调整与充实,调整参考文献,对立论、概念、文字作了进一步的增删、润色与推敲等等。

本书是我从事法理学研究与教学三十多年的心得,她凝聚了我的心力与人生追求。本书得以顺利面世立言,当感谢者众。首先要感谢法律出版社的见容与抬爱,这在当下的中国尤其值得敬仰与感谢!要感谢苏州大学王健法学院法理教研室亲爱的同事们。在一定意义上,本书是一个集体成果,同事们不断将教学过程中发现的问题反馈给我,以便完善,每次的修订都以私下交流及会议的形式反复商讨其结构与内容。还要感谢历届的同学们及尚未谋面的读者

[19] 例如,最高人民法院发布的《关于切实履行司法为民大力加强公正司法不断提高司法公信力的若干意见》(法发[2013]9号)规定:全体法官要“始终坚持‘以事实为根据,以法律为准绳’的原则,不得以任何理由突破法律底线,杜绝任何超越法律、歪曲法律以及其他违法枉法裁判现象的发生”。

[20] 江必新:“严格依法办事:经由形式正义的实质法治观”,载《法学研究》2013年第6期。

[21] 代表性的论著有陈兴良:《罪刑法定主义》,中国法制出版社2010年版,第34页;孙海波:“‘后果考量’与‘法条主义’的较量——穿行于法律方法的噩梦与美梦之间”,载《法制与社会发展》2015年第2期;陈金钊:“被社会效果所异化的法律效果及其克服——对两个效果统一论的反思”,载《东方法学》2012年第6期。

[22] 有兴趣的朋友可以参见拙著《法理学——全球视野》,法律出版社2000年版,“自序”。

们,他们是本书的读者,也是本书的“校阅”者,他们热情地通过种种方式给本书“挑刺”,使其更少瑕疵。本次修订中焦宝乾教授准备了法学方法论、法教义学的相关资料,许小亮副教授则提供了世界法的最新研究成果,并准备了延伸阅读的书目,在此特别谢过!当然,本书的一切错误或不当均由本人负责。

是为序。

周永坤

2016年5月于苏州高尔夫花园

为了正义,哪怕天崩地裂

——第三版序

公平正义正成为当代中国的稀罕之物,代之而起的是社会的日益暴力化:强制拆迁几成常态,群体性事件一波接一波,花样年华的生命绝望地选择了自杀,犯罪分子甚至向童稚举起了屠刀,连作为“正义生产者的法官”也惨遭暴力。这一切已经引起了有识之士的普遍担忧,以至于国家总理都疾呼:“公平正义比太阳还要有光辉!”

公平正义的缺失当然首先表现在分配领域,这主要是个立法问题。不过在我看来,近年的立法已经有了很大改观,更为严重的问题发生在法律的执行与司法领域,特别是在司法领域。近年来司法出现了远离公平正义的倾向。这主要表现在几个方面:一是在制度上司法正在失去它的特质——中立与被动。一方面宪法规定的司法独立原则遭到忽略甚至质疑;另一方面司法权又向行政领域扩展,与行政权联盟(诉调对接、大调解),司法不仅堕落为行政的工具,而且司法本身也在行政化,它的结果是正义的生产失去了制度依托。二是司法的非程序化。放下法槌、脱下法袍、走向田间地头、蔑视程序正在成为时尚,这降低了对司法的程序规制。三是远离法律。“强化调解”、“听众民意”、“案结事了”、“社会效果”等等司法政治化口号及其相关的“内部管理措施”都告诉法官,法律并不重要,“摆平就是水平”。四是强大的信访正在从司法外消解司法的正义取向。强化信访使信访机构及当地的集权者成为事实上的“超级法院”,强化信访使信访者(涉诉)通过“信访行为政治化”赢得了对法官的某种优势。结果是,权力偏好、信访压力大小及“缠访”者的韧性如何往往决定了纠纷的最终结果,正义成为牺牲品。

司法本来应当是社会正义的最后一道防线,司法就其本义来讲就是“依法审理并作出判决”,但是现在对大多数想在法院追求正义的人来说,进入“审理”并得到一纸“依法的判决”似乎已经高不可攀。许多纠纷不能进入法院——立案前就“被自愿”调解了,进入法院后又有远超过80%的案子“被自愿”调解,好不容易盼到判决,判决的依据又是“民意”。民意是什么?是法官说了算,更是法官后面的“影子”说了算。这种状态使公民对社会提供公平正义失去了起码的期待。结果是弱者忍气吞声,强者肆无忌惮。司法正义是高度个案性的,对于社会仅仅是一个个案的不正义,对于当事人却是百分之百的不正义,这关乎他一辈子的幸福,甚至事关他的生命。因此,失去司法正义就难免引发极端事件。

于是人们又想起“严打”这一人治社会的常用武器。但是历史早已告诉我们,即使从“治标”的角度来看,以暴制暴亦不能解决问题。如果严打而没有司法正义,则结果只会越来越糟。事实上严打本身就以牺牲正义为代价——起码是程序正义,而没有程序正义,实体正义焉存?因此,解决社会乱象的根本之策是重建社会正义。

重建社会正义当从司法正义开始,应当提出“重建司法正义”的口号,恢复老百姓对司法

正义的期待。司法正义是形式化的,它是依据法律的正义;司法正义是高度程序化的,它是程序内的正义;司法正义是高度职业化的,它是建立在职业法官判决权威之上的正义。这些特点使司法正义较容易为人所认同,重建司法正义容易在短期内见效,重建它的社会阻力也要小得多。

重建司法正义首先应当体现在重塑审判的目的上:审判就是为了正义,这个正义就是当事人间权利的厘清与保障,就是法律的严格执行,其他附加到司法目标上的负担应当一律“剃去”,使司法轻装上阵。为了实现司法正义,执政党及所有的法官应当有这样的气量与胆识:为了正义,哪怕天崩地裂!

如果说改革开放之初法理学的任务在于清除“阶级斗争为纲”的压迫性法律意识形态,其后法理学的任务在于建构自由的法律理想的话,那么,时下法理学的根本任务就在于为重建公平正义的司法而建言立功。后者正是本次修订的目标之所在。

为达这一目标,这次修订的主要内容一是增加了“法理学”一章,从知识论的角度论证法学追求公平正义的本性;二是压缩显得过时的知识,增加近年来的新成果,特别是增加与人的尊严相关的内容;三是大力扩充与司法相关的内容,将“法律解释”章扩充为“法律方法”,“法律程序”章里增加正当程序的内容,同时增设了“法律职业”章。

修订时碰到一个难以两全的问题:知识体系的内在逻辑性与教学需要之间的协调问题,结果只能在两者间作出平衡。因为现在许多学校的法理学分为两门课,一年级解决法学“入门”问题,高年级研究一般法理问题。为适应这一教学需要,本书在内容上作了调整,导论和第一编为第一学期所用,第二、三、四编为高年级所用。另外,为了便于教学,增加了“讨论题”,供本科生用。鉴于有的学校将它作为研究生教材用,修订时增加了“延伸思考”和“参考文献”,为延伸阅读及有志于研究的朋友提供便利。常言道,十年磨一剑,《法理学——全球视野》诞生至今正好十年,期待它与法治社会和平民的幸福同在!

第三版的修订是苏州大学法学院法理学全体老师和同学共同努力的成果,当然责任由我一人承担。我特别要感谢经常与我商谈切磋的挚友:擅长哲理思维的孙莉教授、嗜书如命的胡玉鸿教授、思维缜密的庞凌副教授和于晓琪副教授,他们为本次修订无私地贡献了智慧,庞凌副教授还为本书提供了参考文献及讨论题。我要感谢张林、朱寅浩、孙北等同学,他们为本书的修订尽心尽力。我还要感谢关心此书修订的所有朋友,特别是那些陌生的热心人,他们通过E-mail和博客无私地奉献了许多有益的批评建议,使本书增色不少,也更加贴近学生的需要。为了不断从新老朋友那里汲取智慧,我将电邮地址布于此:llfreedom@sina.com,同时欢迎朋友们光临“平民法理”博客,讨论令人着迷的法理问题!

周永坤
2010年7月5日

寻求法律的精神家园

——第二版序

我是谁？我从哪里来？到哪里去？思考这些“无用”的问题似乎是人的专利。但是千万不可小觑它们。追问它们是人所特有的对自己精神家园的追求，正是这一追求显示出人这个物类的特质。这一追求寄托着人类的理想，它从灵魂深处规约着人类的行为，制约着人类社会与人类的未来。这些问题大多是无法“实证”地回答的，回答这些问题是哲学与伦理学的任务。法律作为规范人类行为的“该当”的规范，它的良恶与精神家园的有无息息相关。法理学的首要任务就在于通过对法律的精神家园的追求而促进法律走向公平与正义。

西方法理学从古希腊开始就以孜孜追求法律的精神家园为己任。古希腊的自然法学思潮将法律的精神归于自然，这个“自然”是自然赋予人类的理性。通过这一逻辑转换，将法律与人的精神相连接。不过这一理性毕竟过于抽象和不确定，它的权威性令人怀疑。中世纪法学对这一问题的回答与古希腊罗马没有根本的区别，他们只是为这一精神（理性）寻找到一个远离尘世的、纯净的、高于人的权威的家园：天国的上帝，使理性更具神圣性。如果像康德那样，将上帝理解为一个不被人的意志所左右的、客观的、精神的存在，这一存在作为最高的、最终的合法性依据，那么上帝应该是人类一个伟大的造物。正是他成为人的精神的载体与家园，正是他使人的精神具备了神圣性与至上性。正是在上帝之光的照耀下、借助上帝的权威，西方的法律取得了至上的地位，为现代法治社会的建立奠定了基础。但是，上帝是容易被滥用的，由于上帝和理性一样是可以装进完全不同的东西的，而且一旦有人垄断了与上帝沟通的渠道，上帝将成为作恶的工具。中世纪的宗教裁判所就是这样的例子。17、18世纪的启蒙运动对这一弊端进行了清理，再次将法律的精神与人的理性相沟通。与古希腊不同的是，他们力图为理性找到“科学”的根据，因为这时科学取代上帝成为最终、最高的精神权威。这一努力的代表首推久负盛名的鸿篇巨制《论法的精神》。正是在这一精神引导下，法发生了巨大的变革，人们称这一变革为法律现代化，其实质是一次法律精神的历史性跃进。但是老的问题仍然存在：科学为人类带来福音，同样，有多少恶行借科学之名行之！

康德从方法论的视角对科学证明理性的能力提出了质疑。他认为价值是不可证明的，只有形式意义的存在才可以证明。他确立了形式理性对于法律的精神引导作用，但是康德并没有把价值交给魔鬼，而是为法律找到比理性更为具体的精神：自由。在康德那里，法律是一个人的自由与他人的自由共存的条件之总和，这一条件的表现就是人的权利。所以康德的法哲学是以权利开篇，以权利终结的。他的权利是世界公民的权利。但是康德的睿智并没有得到足够的重视。当希特勒的恶法以自然法之名大行其道的时候，法理学几乎进入了进退维谷的境地。人们再次想到法律有一些不可违背的原则，必须无条件地遵守。对这一精神的追求就

形成了 20 世纪下半叶轰轰烈烈的人权运动。至此,人们终于认识到,法律的精神蕴于人权,岂有他哉!接下来的努力便是对人权这一维纳斯之像进行精雕细刻。

中国古代社会的法理思想将法律的精神家园归于一个字:理。中国历史上第一个大法官称为“理官”,中国历代的法律家都试图将法律与“理”相沟通。但是由于中国的理中包含了“天尊地卑”的等级主义与王权主义,它的核心不是人,不是自主的人,更不是人的权利,而是统治人的权力。人是为权力而存在的,对权力的服从被解释为根本的“理”。所以这个“理”与实在法的张力便不足,在事涉王权的问题上,“理”更是与法律合一,与权力合一,结果导致法律精神的迷失与法律工具主义的泛滥。这是中国法律劣于西方法律甚至印度法律、伊斯兰法律的一个根本原因。与这一法律相匹配的法理学当然是与法律同构的。基于这一理由,从 20 世纪 30 年代开始就有学者主张中国古代没有法学。如果说这一立论有失偏颇的话,有一点是可以肯定的:秦以后的正统法学是没有精神脊梁的。^[1]

20 世纪初的法律现代化运动的真谛是实现中国法律精神的根本转换:从巩固统治到保障人权。这从清末、民国的一系列法律变革中可以清楚地看到:禁革人口买卖,消灭奴隶制;废除刑讯逼供制度,废除非人的酷刑;制定民法典,加强财产权的保护;制定民刑诉讼法,从诉讼程序上加强人权的保护;建立单列的司法机关,成为中立的解决纠纷与保护人权的机构;建立西式的律师制度等等。与此同时,在法理学方面也开始学习西方,努力追求法律的精神家园。当然,这一切都带有初创的痕迹。

20 世纪下半叶,似乎人类的目标已经确定,剩下的只是践行的问题。人们把自己的一切都交给了权力,相信权力会给芸芸众生带来幸福。法律被作为权力意志改造社会的、可有可无的工具。在前期,法律为阶级斗争的工具,甚至阶级镇压的工具,并将法律朝这一方向推进。其结果几乎导致法律的毁灭,它的顶点就是人所共知的无产阶级“文化大革命”。在这一过程中,法理学为法律的阶级性与法律的暴力性寻找必然性的根基——经济基础,在论证阶级性法律的必然性的同时证明了现实的阶级特权立法的正当性。其结果是导致自身的毁灭——一个权力意志工具的法律不需要精神,当然更不需要寻找法律精神的真正的法理学。改革开放大潮中人们对阶级斗争为纲的法律与法学进行了深刻反省。但是由于法的阶级性这一法宗教学的教条没有改变,法律由阶级斗争的工具变成了发展经济的工具,这无疑是一大进步。但是,法律仍然是没有精神的存在物,它仍然是权力的创造物与实现权力意志的工具。在经过了近 20 年的徘徊以后,中国的法律与法学迎来了精神上的新生。在 20 世纪 90 年代后期,我国签署了一系列的人权国际公约,同时在立法中也出现了明显的人权导向,中国法律获得了精神的再生。与此同时,一些法理学研究者开始关注人权。

法律的发展过程是一个不断追求自己的精神家园的过程,在这个意义上说,法律的历史刚刚开始,法律绝对没有到消亡之时,法律也永远不会消亡。如果法理学是追求法律的精神家园的学问,那么,法理学正处于青春期;至于中国的法理学则几乎仍处于襁褓之中。

[1] 先秦的儒家思想与汉以后的正统思想存在很大差异。一个重要的差异是理论“范式”的转换。先秦儒家思想的理论结构是“规范性”的,而秦以后的正统儒家思想是“证明性”的。先秦儒家思想通过对以“仁”为核心的理念的陈述,来规范人包括统治者的言行甚至思想。秦以后的正统儒家思想则是以儒家的思想体系来证明现存统治的合理性 with 永恒性。当然,在少数正直之士那里,儒家思想仍然是规劝帝王的思想工具。

并不是所有自称为法理学的理论都可以称为法理学的。只有寻求法律精神家园的学问才配得上它。追求法的精神家园的法理学的基本认识前提就是对权力的不信任,对权力作恶可能的警醒与担忧。在此基础上,将人法定置于价值的天平之上。这是法理学的基本认识框架。这个价值是承认多元的,以此防止价值独断;这个价值又是相对统一的,这里的统一是指存在某些价值共识,它是法律的精神所在,是不可违背的。违背了它,就是迷失了法律的本真。特别重要的是,这里的价值是建立在所有的人都具有平等的人格这一基础之上的,任何人格不平等的假设不是特权就是歧视,为现代法律所不容。也就是说,你所言说的价值可能只为部分人所认同,这并不奇怪;但是,你言说的价值必须将所有的人同样看待,否则你就不是在言说价值,而是在宣传特权或宣扬歧视,而这为法律所不容。希特勒的雅利安人优越论、种族主义的白人优越论、某一阶级的优越论等等都是适例。诚如当代散文大家唐德刚先生所言:人总是人,正如狗总是狗,猫总是猫。猫种虽有不同,但所有的猫都捉老鼠,狗种虽有不同,但所有的狗都摇尾巴。“人种虽有不同,人类的行为却有其相通之处;其社会组织,因而也有其类似之处。”〔2〕同理,法理学可以有不同的,但是法理学有一些基本的原则是不能放弃的,那就是对人的尊重,对所有的人的人格平等的声张。法理学应当拒绝以任何标准将人分成“自己人”和“外人”。法律没有敌人,否则就不配称为现代法律;法理学不承认敌我,否则就不配称为法理学。

对于我们置身于其中的法理学,我想借用新康德主义者拉德布鲁赫反思德国法理学所讲的一句话:“难道还没有从我们身上,从我们经历的灾难,从可悲可叹的自傲、刚愎自用——自以为是,从世界史的巨大变迁中学会点什么吗?”〔3〕同样,德国当代法理学教科书上的一句话也是不无教益的:“科学认知的可靠性及其成果对社会的有用性在很大程度上取决于科学自身是否有能力并准备着认识并纠正自身的弱点和缺点。”〔4〕只有经历过巨大的历史创痛的民族、只有具有自我反省能力的民族、只有对科学与正义充满敬畏的民族才会发此振聋发聩之论。

那么,我国法理学的弱点是什么?可以用一句话来概括:缺乏对法律精神的追求。

首先,我国法理学的定位是科学,它的目标是寻找规律而不是正义,它的基本理论框架是描述法的实在而不是寻找应然的规范。这样的法理学使人成为法律史长河中的泡沫,成为体现规律的客体。其次,这一法理学缺乏作为类的、一般的“人”这一概念,它只承认阶级的人、对立为你死我活的两个阵营的人。这一理论作为批判那些行尸走肉式的法律是有意义的,但是如果将它作为建构法律的理论基础就会使法律误入歧途。这在历史上是不乏其例的。当以空间为畛域把人分成自己人和野蛮人的时候,对野蛮人不用法律,中国古代的夷夏之辩是其例;当以人种为标准区分自己人和外人的时候,对非我族类的人不用法律,希特勒是其典型;当以意识形态为标准将人分成自己人和外人的时候,对不信“我主”的人不用法律,中世纪的十字军东征是其适例;当以阶级为标准把人分成人民和敌人的时候,对敌人不用法律,中国的

〔2〕 唐德刚译注:《胡适口述自传》,华东师范大学出版社1993年版,第274页。

〔3〕 拉德布鲁赫语,转引自〔德〕阿图尔·考夫曼:《古斯塔夫·拉德布鲁赫传——法律思想家、哲学家和社会民主主义者》,舒国滢译,法律出版社2004年版,第23页。

〔4〕 参见〔德〕伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春等译,法律出版社2003年版,第360页。

“文化大革命”是其典型。更为严重的是,其结果不仅仅是对“异己的人”不用法律,而是最终对所有的人不用法律。因为你是“自己人”还是“外人”是由权力说了算的。

在鄙视理论的今天,拙著出版以后得到读者的厚爱,四次印刷均告售罄,这是始料未及的。这也许表明了读者对本书从一般人出发的平民精神的首肯;也许表明了阶级性法理学将最终淡出中国的法理学;也许表明中国的法理学正悄悄地发生着质的变革,这一变革的核心是放弃将人等级化的法律模式而最终将法律的正当性建立在所有人的平等的人格之上。这次的修改是围绕法律的精神家园——正义、人权而展开的。主要表现在三个方面:一是以人权为精神对理论进一步完善,增加了人权与主权一章;二是增加了一些内容,特别是增加了一些注,以便于阅读,同时深化认识本身;三是纠正了初版的一些失误包括笔误。

是为序。

周永坤

2004年2月6日于苏城乐思斋

自序

20世纪90年代冷战结束以来,全球化运动加速,在全球化的客观背景下,20世纪90年代初我国确立了市场经济方向,1997年中共十五大又为法治正名,1999年3月15日的宪法修正案更将法治载入宪法。至此,我国社会在全球化的宏观背景下正式迈入由农业社会向工业社会、由计划经济向市场经济、由人治向法治的亘古未有的社会转型期。在这种转型过程中,我国社会将不可避免地进一步对外开放、融入国际社会、参与国际竞争,否则只有被日益边缘化。全球化必将带来法律和法治观念产生相应的变革。

改革开放以来,法理学研究虽然取得了前所未有的成就。但是从整体上来说,主流法理学特别是“讲坛法理学”却仍然是在冷战的时代背景下形成的,反映计划经济和人治实践的理论体系。因此,新世纪法理学必须作出相应调整,以全球化眼光来重新审视法律问题,审视自身。笔者提出全球视野中的法理学正缘于此。

本书本着解放思想、实事求是的思想路线,在对传统法理学作系统梳理的基础上,进行学科的自我反思,寻找与全球化趋势相契合的、为市场经济和法治建设服务的科学、理性的法理学。本书力图实现几个转换:(1)从“国家法理学”到一般法理学。传统法理学的分析对象仅限于国家法,是片面的国家法理学。本书的分析对象及于各种形式的法律,除国家法以外还有社会法、超国家的法、原始法律和产生中的世界法。(2)从“斗争法理学”到“合作法理学”。传统法理学与阶级斗争为纲路线存在亲缘关系,以主客体思维——把法律看成“作为主体的人”治理“作为客体的人”的工具——的产物,这是片面的。法律,起码是现代法律,是主体际关系的产物与调整工具,需要贯彻“主体际思维”、合作思维及其方法。(3)从单纯认知性法理学到认知与伦理统一的法理学。法理学属于精神科学,它需要对法律的认识成分,但不止于此。传统的法理学几乎只有法律认知的成分,以研究“法律规律”为目的,这就显得片面(近几年有所好转),法理学需要在认识的基础上对法律作出评价,需要为法律寻找正当性的基础,所以应当有公平、正义的讨论,应当有一般法律规则、原则的设定。(4)从“解释性法理学”到“解释性、规定性法理学”。传统法理学以解释政策、法律为目的,缺乏规范意义,是不完整的法理学。法理学应当具有为立法提供指导与限制、填补法律空白、解决疑难案件、阐述法律方法与技术的规范意义和实用意义。为达此目的,本书大量压缩法史、法社会学和宣传性内容,增加法律方法和技术方面的内容。

为初学者计,本书在体例上作了新的尝试。放弃从抽象的法概念开始的体例,采用先形而下后形而上、先静后动的体例,从法存在论到法本体论,再到法的运作,最后讨论法律的宏观发展。

本书内容涵盖了国家教委《法理学教学指导纲要》规定的知识点,同时增加了近年我国法