

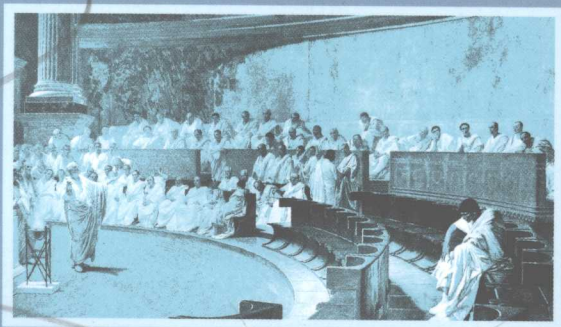


The Analyse of Ethical
Justification to Legislation

刘爱龙
著

立法的伦理分析

The Analyse of Ethical Justification to Legislation



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

B82-051/7

2008

The Analyse of Ethical Justification to Legislation

立法的伦理分析

刘爱龙
著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

立法的伦理分析 / 刘爱龙著. —北京:法律出版社,
2008.7

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8629 - 0

I. 立… II. 刘… III. 立法—伦理学—研究 IV. D901

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 098393 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/易明群

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/永恒印刷有限公司

编辑统筹/对外合作出版分社
经销/新华书店
责任印制/吕亚莉

开本/A5
版本/2008年8月第1版

印张/11.875 字数/253千
印次/2008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 - 5036 - 8629 - 0

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

欣闻刘爱龙博士的学位论文《立法的伦理分析》即将由法律出版社出版发行,甚是欣慰,特致以学术上的热烈祝贺!现利用作者要我为本书写序之际,将初步研读书稿的体会与读者共享。

—

法律与道德的关系问题是法学理论中一个古老而又常新的经典课题。说它古老,是因为自西方古希腊时期亚里士多德提出“良法”的两个标准和中国西周“周公制礼”起,法律与道德的关系问题就进入了理论与实践的双重考量视域;说它常新,是因为法律与道德的关系问题具有鲜明的时代和民族特质,其关系的紧密度和具体内容在不同时代和不同的民族各不相同;说它经典,

是因为道德与法律作为人类两种最主要的社会调整方式和手段,两者之间的关系确乎具有十分丰富和深刻的法哲学和伦理哲学的内涵,对它的回答几乎涉及人性和人类社会关系全部问题的本质。因此,历代哲学家、伦理学家和法学家都将对两者之关系的研究作为最重要的理论任务之一。

但是,研究法律与道德的关系,具有两个基本的理论前提:一是设定法律与道德是两种相互分离、相对独立的社会控制手段,没有两者的相互分离、相对独立、彼此差异,就没有道德与法律关系的理性把握。但是,人类社会调整体系的发展过程经历了宗教、道德、风俗习惯和法律混合的时期,随着人类文明的发展和进步、社会关系和社会调整的日益复杂,社会调整的方法和手段才逐渐分化,相对独立。西方古典自然法学无视法律与道德的内在本质和深刻差异,常常将两者予以混淆,也就无法真正理解和把握两者之关系。二是道德与法律存在着内在的复杂多样的相互联结关系,没有这种联结关系,法律与道德关系的研究也就失去了理论的意义和和实践的价值。分析实证主义法学基于道德与法律相互分离的基本洞见,否定两者之间的内在必然关系,进而试图将价值判断驱逐出法律和法学视野,同样无法科学把握两者之关系,无法对社会调整进行全面深刻的阐释,更无法实现其对法律的道德批判与检讨,难怪其无法做出“良法”与“恶法”的区分,得出“恶法亦法”的判断,否定了法律进行伦理价值判断的必要性和重要性。但是,道德与法律的关系在不同的时代和不同民族由于其所面临的时代课题不同,不同民族的历史文化传统的差异,人们有不同的理解,具有不同的特点,需要研究者在深刻揭示法律与道德关系的道德哲学、法哲学和法律伦理学基础的同时,关注本民族时代的伦理精神和伦理文化、法律文化的传统,做出具有时代特点和民族特色的学理阐释。

二

对立法现象进行伦理分析,是一件十分困难而颇费心力的事情。这种困难首先在于,在我国,法律伦理学的研究还处于初始阶段,立法伦理学的研究成果很少,系统研究成果更是阙如,从这个意义来说,立法的伦理分析是一个开拓性的课题。其次,立法的本质是对社会利益关系的制度性安排活动,立法的伦理价值目标乃是实现制度正义,即通过立法活动实现多元社会利益的有机整合、协调平衡,构建一个民族在一定历史时期理想的社会利益关系结构,型构特定社会利益关系的制度整合模式。立法伦理学的重要使命乃是通过系统的学理分析,论证立法的伦理正当性,确定一个民族法制的合理性和正当性基础,推动制度正义的实现。而什么是制度正义?在多元利益的博弈过程中,如何达致社会多元利益的协调与平衡?不同的社会主体由于所处的社会地位不同、道德观和法律价值观不同,具有不同的评价尺度,如何对这些不同主体的利益需求和道德观、法律价值观进行有机协调和系统整合?这些都是实践理性领域的理论和实践难题。再次,立法关涉立法权的归属和配置、立法权限的划分、立法的程序和立法的技术等多方面的问题,而如何从法律伦理学的独特视角揭示这些现象背后的伦理价值基础,把握其伦理价值标准、揭示其运作的伦理机理?这些都需要艰苦的理论探索。最后,当代中国正处于持续的社会变迁过程之中。随着社会经济基础、政治体制和文化观念的深刻变革,社会伦理文化和社会主体的道德观念都正在发生前所未有的变局,而这种伦理精神和道德观念的变革必然对法律的伦理价值目标、法律的伦理价值评判标准、法律的正当性基础、法律运作过程的伦理机制产生深刻的影响。立法如何适应这种变化,与多元变易的社会伦理道德之间形成耦合和互动关

系,进而得到社会的普遍认同,便于法律的高效益实现则不仅是一个理论难题,更是一个实践的难题。综上所述,作者选择立法的伦理分析作为自己的研究课题无疑具有相当的学术勇气,也体现了作者较为深厚的学术积累和内在的学术自信。

实践证明,作者的学术努力是成功的。在本书中,作者确立了如下基本立论:立法的目的在于创制优良法律,而优良法律的关键在于其伦理正当性。在此基础上,作者主要关注两个彼此紧密关联的问题:一是重点考察何种道德理想与价值观念能够成为法律的内在精神并如何逐步实体化为法律的立法原则与法规范的内容;二是从宏观上考察了作为支配整个立法过程的各个层面与方面的立法技术的伦理正当性,重点对立法权、立法主体、立法程序、立法技术(狭义的)的各个层面与方面进行伦理分析与道德解读。进而,在以下几个方面对立法现象展开了系统而深刻的伦理价值分析:

第一,立法权的伦理分析。作为考察立法权的先在环节,作者认为,政治统治的合法性基础必须被纳入考量的视野,必须分析立法权和其他国家权力之间配置的伦理正当性问题,从而对立法权分配的伦理机制问题进行了较为深入的探讨,提出了诸多具有重要启发意义的创新观点。

第二,立法主体的伦理分析。作者认为,只有在构成上具备伦理正当性的立法主体,才能确保其对立法权的运作、对法律的制定具有正当性,这也是公民之所以守法、法律之所以被信仰的根本原因。为此,作者分析了具有正当性与合法性的立法权如何运作的问题。其中围绕作为立法决策机制之伦理成因的“合意”,作为制约立法过程、影响立法者立法行为的伦理素质进行了重点探讨,提出了立法者良好的伦理素质构成了立基于统治合法性和合意立法决策机制向正当性立法决策结果的转变的中介和重要

保障维度。

第三,立法内容的伦理分析。任何立法都要遵循一定的立法原则,是立法原则指导下的产物,因而法律规范的内容受制于立法原则,而立法原则又直接导源于法的正义理想,是法的各种价值的综合体现。因之,作者将理性思考的焦点集中在以下几个重要方面,取得了重要的学术创新观点:一是法的正义理想问题,通过探究从法的价值演化为立法原则的成因明晰了法律的伦理基地。二是通过考量立法原则如何具体化为法律规范明晰了良法的实体内容。认为一切法规范都以权利与义务的分配为具体内容,是法律权利与义务的复合体,法律权利与义务及其相互关系具有伦理正当性,揭示了道德权利上升为法律权利的原因与途径、道德义务与法律义务的双向互动机理,展示了法规范内容的伦理正当性。三是通过分析不同立法原则的差异,以及如何在迥然有别的立法原则的指引下,立法者构造法规范内容的基本方法准则。

第四,立法程序和立法技术的伦理分析。作者认为,立法程序的好坏立法技术水平的高低不仅是一个法律技术问题,在伦理学视野中它更是一个程序正当性问题和法律伦理的问题。基于此,本书考察了立法程序的价值使命和伦理本性;从实证的历史分析和形上的学理分析的双重视角出发,探究了立法程序生成的伦理机理;探讨了正当立法程序的形式要件和实质要件,法律规范生成之表达技术的伦理,并在对立法技术的伦理分析之必要性与可行性进行深入分析的基础上,对立法语言的表述、法律体系的建构和法之续造等三项立法技术做出了较为深入的伦理探究。

三

纵观全书,我认为,本书以下几个方面创新之处值得读者予

以特别的关注:

第一,作者运用基于历史唯物论基础上的价值分析方法,对立法正当性进行了深入的伦理分析与论证,有效地弥补了当下国内立法学界较为普遍地采用的经由规范分析方法而获得的实证研究成果的不足。

第二,作者运用德国著名法哲学家考夫曼的“真理一致论”之程序正义分析模式对立法程序进行了深入研究,指出了正当立法程序与人类生活目的之间所具有的内在一致性,并具体分析了实现正当立法程序这一伦理正当性的相关方法,在学理上为立法程序的探讨提供了全新的分析视角。

第三,作者对富勒在回应批评者对其“法律的内在道德”质疑时所陷入的困境之成因进行具体分析的基础上,对诸如立法语言的表述、法律体系的建构以及法之续造等狭义上的立法技术进行了伦理正当性分析,为法律语言学和司法立法等伦理问题研究提供了重要的智识贡献。

第四,作者在深刻揭示了道德权利与义务和法律权利与义务间的相互关联和区别的基础上,对道德权利和义务上升为法律权利和义务的种类、途径及其正当性进行了分析,为法律规范的正当性、合法性提供了论证。

第五,作者对不同立法原则指导下的法规范内容进行了比较,进一步深化了我们对法之价值理念的预设与具体法规范内容之间的相互关联的理解。

同时,基于法与道德关系问题的错综复杂性,本书的论述也为这一问题的进一步研究开放出了诸多的值得进一步探究的理论空间。譬如,在关于立法原则的伦理分析中,作者尽管探讨了功利原则、“作为公平的正义原则”这两大立法原则及其批判意见,但对于究竟应当采取何种立法原则作为最优立法原则的问题

并没有做出明确的交代,也面临着无法化解的理论困境。再如,关于立法的伦理正当性问题,还可以在道德哲学和法哲学的高度进一步探讨立法的“善”与立法的“真”与“美”的相互关联问题,从而将“立法美学”的相关问题引入研究视野,以进一步揭示立法的客观规定性(立法材料、立法技术之“真”)与立法主体对立法之善的价值需求之间如何勾连、实体法与程序法、国内法与国际法中该种勾连的表达方式的区别、不同法的理想与价值追求如何处理这种相互结合,从而凸显由立法之真与立法之善的有机融合达致立法之美等。

以上是我对本书的初步解读,希望对读者有所帮助。是为序!

刘旺洪
2008年7月12日

中文摘要

法律是人类实践理性的产物,立法的目的在于创制优良法律。而优良法律的关键之处在于其伦理正当性,这就要求我们在立法时应特别注重对立法的伦理分析。本文主要关注两个彼此紧密关联的问题:其一是考察何种道德理想与价值观念能够成为法律的内在精神,并如何逐步实体化为法律的立法原则与法规范的内容;其二是从宏观上考察作为支配整个立法过程的各个层面与方面的立法技术的伦理正当性,重点对立法权、立法主体、立法程序、立法技术(狭义的)的各个层面与方面进行伦理分析与道德解读。依此,基于历史唯物论基础上的价值分析方法,从法律与道德之相互关联性的法律伦理学视角出发,文章对立法的伦理分析专注于以下几个方面:

首先是对立法权的伦理分析。作为考察立法权的先在环节,政治统治的合法性基础必须被纳入考量的视野;接着分析立法权和其他国家权力之间配置的伦理正当性问题;基于前述两种分析,最后的环节是探究立法权分配的伦理机制问题。

其次是对立法主体的伦理分析。唯有在构成上具备伦理正当性的立法主体,才能确保其对立法权的运作、对法律的制定具有正当性,这也是公民之所以守法、法律之所以被信仰的根本原因。接下来要解决的是该种具有正当性与合法性的立法权如何运作的问题。在此,作为立法决策机制之伦理成因的“合意”就成为分析重点。与此同时,作为制约立法过程、影响立法者立法行为的伦理素质,自然要被纳入到立法主体的伦理分析视域。原因在于,立法者良好的伦理素质,为基于统治合法性和合意立法决策机制而形成的具有正当性的立法决策结果的现实化,提供了一个重要的保障维度。

再次是对立法内容的伦理分析。任何立法都要遵循一定的立法原则,是在立法原则指导下的产物,因而法律规范的内容受制于立法原则,而立法原则又直接导源于法的正义理想,是法的各种价值的综合体现。因之,第一,应聚焦于法的正义理想,探究从法的价值演化为立法原则的成因以明晰法律的伦理基地。第二,应考量从立法原则如何具体化为法律规范以明晰良法的实体内容。有鉴于一切法规范都以权利与义务的分配为具体内容,是法律权利与义务的复合体,因而,在此应着力分析法律权利与义务及其相互关系的正当性,以及道德权利上升为法律权利的原因与途径,道德义务与法律义务的双向互动,藉此以明晰法规范内容的伦理正当性。第三,应分析不同立法原则的差异,以及在迥然有别的立法原则的指引下,立法者是如何构造法规范内容的。

又次是对立法程序的伦理分析。立法程序的好坏不仅是一

个技术问题,在伦理学视野中从学理层面来考察,更是一个程序之正当性问题。基于此,第一,应考察立法程序的价值使命和伦理本性以明晰其伦理性质。第二,应在实证的历史分析维度和形上的学理分析维度,探究立法程序生成的伦理机理。然后重点剖析正当程序的形式要件和实质要件。

最后是对立法技术的伦理分析。从狭义上来看,立法技术的伦理其实质是法律规范生成之表达技术的伦理。在对立法技术的伦理分析之必要性与可行性作出分析后,文章对立法语言的表述、法律体系的建构和法之续造等三项立法技术作出了较为深入的伦理探究。

Abstract

Law is the product of human beings' practical reason, and the goal of legislation is to institute good law which the key point is its ethical justification. So it is important to analyze the legislative ethic. The paper has analyzed two correlative themes: (1) which moral ideal should be translated into legal spirit, and how it is to be embodied the content of legal principles and legal norms. (2) the ethical justification of legislative technology which dominate all layers and aspects of legislative process. The key points are the ethic of legislator, legislative procedure and legislative technology in narrow sense. Then, the ethical analyzing of legislation may focus on following aspects about the

ethnics of law.

Firstly, we analyzed the power of legislator. Laws should be created by legislator who contains power of legislative, and the analyzing to legislative power in justification and legitimacy is the logistic start. So the legitimate foundation of political dominion must be discussed at first. Then, it is necessary to analyse the ethical justification in distribute between the power of legislator and other national power. Basing on analyse above - mentioned, the ethical mechanism in distribute about the power of legislator must be discussed also.

Secondly, we analyzed the legislator. It is said only since the legislator is constructed legitimately, that the laws be obeyed by people. So the justification of legislator in construction must be discussed. Then, the operation mechanism of legislative power basing on the justification and legitimacy will be discussed. The acceptability, which is the ethical cause of formation in mechanism of legislative decision - making, is the key point. The ethical diathesis, which restrict legislation process and influence legislative actions, must be analyzed, because good ethical diathesis will offer an important guarantee to realize the results from legislative decision - making, which emanated from legitimacy of dominion and acceptability of legislative decision - making.

Thirdly, we analyzed the content of legislation. Legislation must abide some special principles of legislation, and the content of legal norm is restricted to legislative principles. Furthermore, legislative principles origin from the idea of justice directly, which is the synthetically embodiment of all kinds of value. At first, it is necessary

to focus on the idea of justice of law and to explore the process from value of law for the ethnics. It is necessary to analyze how the legislative principles embody legal norms and catch on the content of good law. Considering all legal norms which are the compounds of right and obligation, it is necessary to analyze the justification of legal right and duty and interrelation between right and duty, it is also necessary to analyze the cause and approach from moral right to legal right and interaction between moral duty and legal duty for ethical analyzing of the content of legal norms. Furthermore, analyzing the difference of legislative principles and how legislator constructs the content of legal norms under different sharply legislative principles, is also necessary.

Fourthly, we analyzed the procedure of legislation. The legislative procedure is not only a technical subject, but also a legitimate subject in field of ethical vision. So it is necessary to nail down the ethical nature of procedure according to review the value mission and ethical essence of legislative procedure. Then, it is necessary to probe the building mechanism of legislative procedure in the two dimension of positivism and metaphysics, and the due process in formal element and essential element will be discussed.

Lastly, we analyzed the technology of legislation in narrow sense. After the analyzing of feasibility and inevitability of legislative technology in ethnics, we probe these themes: the ethical expression of legislative language, the ethical construction of legal system and ethical argumentation of law judge - made.



刘爱龙 1970年9月生，湖南双峰人，南京审计学院法学院副教授，法学博士，主要研究法学理论、宪法与行政法学。在《法学》、《现代法学》等学术刊物上发表论文近20篇，参著2部。