

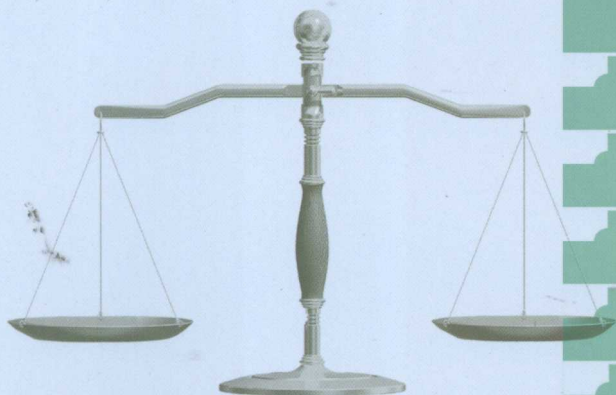
西部政法论丛

(二)

West Politics and Law Series

主编 刘志坚 任海涛

兰州大学出版社



西部政法论丛

(二)

主编 刘志坚 任海涛

兰州大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

西部政法论丛 / 刘志坚, 任海涛主编. — 兰州: 兰州大学出版社, 2008.3

ISBN 978-7-311-03053-7

I. 西... II. ①刘...②任... III. 法学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 015121 号

书 名 西部政法论丛(二)
主 编 刘志坚 任海涛
出版发行 兰州大学出版社 (地址: 兰州市天水南路 222 号 730000)
电 话 0931-8912613(总编办公室) 0931-8617156(营销中心)
0931-8914298(读者服务部)
网 址 <http://www.onbook.com.cn>
电子信箱 press@onbook.com.cn
印 刷 兰州德辉印刷有限责任公司
开 本 880×1230 1/16
印 张 20
字 数 835 千字
版 次 2008 年 3 月第 1 版
印 次 2008 年 3 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-311-03053-7
总 定 价 180.00 元(共五册)

(图书若有破损、缺页、掉页可随时与本社联系)

西部政法论丛

West Law and Politics Series

主办单位 兰州大学法学院

学术委员会 (以姓氏拼音为序)

主任 刘志坚(兰州大学法学院院长、教授、博士生导师;日本大学法学部特聘教授)
副主任 贾登勋 俞树毅
委员 黄锡生(重庆大学法学院副院长、教授、博士生导师、法学博士)
霍存福(吉林大学法学院教授、博士生导师、法学博士)
江 怡(中国社会科学院哲学研究所研究员、博士生导师)
李长健(华中农业大学文法学院法学系主任、教授、硕士生导师)
倪国良(兰州大学政治与行政学院教授、博士生导师、博士)

编辑委员会

主 编 刘志坚 任海涛
常务副主编 李爱然 冯思涵
副 主 编 高 兴 王学军 许亚辉 王 鹏 郭晓冬
编 委 刘星宇 王巧艳 雷 发 吴 宏 刘冉冉
刘 魁 何文苑 沙 露

编辑部主任 任海涛

邮 箱 politicslaw@sina.com

目 录

法学基础理论

“神”本法律观的价值重估	刘吉春(1)
传统留给了我们什么	
——家长权在伦理法中的价值及其现代意义	马巧彬 彭 亮(3)
论“春秋决狱”及其现实意义	肖江海(5)
从实用主义的视角看霍姆斯的法律道德观	苏 楠 王 硕(7)
二律背反	
——成文法局限性研究	陈 栋(9)
法律是否须被信仰	赵丽洁 李建成(11)
浅议法治国家中公民的法律信仰	马一滕 赵丽娜(13)
西方法律文化对依法治国的影响	贾丽娜(15)
古代直诉制度影响当今之浅析	蒋蓓妮(17)
论司法人员守法观念的树立	袁吉和(19)
论洛克《政府论》中的财产权理论	林如俊(21)
洛克的理性主义对现代法律的影响	王 硕 林 波(23)
明代官员在职与退休的利益落差导致的腐败及治理问题研究	齐 惠(25)
浅谈唐朝法制中蕴涵的儒家思想	张年朗(27)
浅析英美法系因果关系理论	张宇奇 苏 楠(29)
浅议中国古代监察制度	张 昱(31)
我国法律解释的现状与建议	张立鑫 张宇奇(33)

公法研究

“民工短缺”现象的法律思考	张 智(35)
从银行卡的视角探讨利益、权利对公平性的影响	梁鑫军 徐艳辉(37)
短信息的法律治理与手机实名制	代 玉(41)
对我国刑事司法实务中人文精神缺憾的文化思考	吴其银(43)
法的可诉性及相关问题研究	倪艳芳(46)
房产高价现象与地方政府的行政垄断	何尼娜(48)
共犯本质概说	孙 羽(50)
和谐社会建设呼唤引入恢复性司法	马金利(52)
环境法伦理初探	余江涛(54)
环境行政执法问题研究	卫 霞(56)
婚内强奸定性的路径选择	王先彪(58)
加强妇女保障 促进和谐社会建设	闫晓彦 张 倜(61)
假释制度研究	梁 爽(63)
建筑行业农民工工资拖欠的成因及法律对策研究	杨铁生 杨 浩(65)
教育平等权探析	高 锴(67)
经济刑法扩张与市场经济价值取向	彭华为(69)
宽严相济刑事视野下的假释制度	张华强 徐国聪(72)
略论城乡规划中的建筑相邻关系	陈羿汀(74)

论环境法的修改与完善	郭韦利(76)
论依法行政中“法”的渊源	张 雯(78)
内外在视角探寻经济法性质之比较	叶一颖(80)
农村青少年犯罪预防之浅析	叶 毅(82)
农村社会保障制度问题研究	李 多(84)
浅谈超期羁押的危害	王 芳(86)
浅谈我国行政程序立法存在的缺陷	徐静丽(88)
浅谈行政事实行为	白 晶 张 博(90)
浅谈正当防卫制度利弊	倪 华(92)
浅析经济法的基本价值	胡 逊(94)
浅析流动人口犯罪的社会诱因和预防	丁菊梅(96)
浅议“小产权房”合法化	徐露苗(99)
浅议村民选举制度	林 波 谭辉杰(101)
浅议我国走私犯罪	李延刚 贾晓东(103)
商业银行合规经营法律制度初探	文聪聪(105)
试论我国单位犯罪立法的不足与完善	高承才(107)
试析我国新闻立法的必要性和可行性	张 洁(109)
探析违法性认识的几个问题	孙桂霞(111)
拖延是最可怕的拒绝	
——论行政不作为违法	孙 皎(113)
论我国罪犯权利的保障	孙 爽(115)
未成年人违法犯罪原因探析	李建成 赵丽洁(117)
对经济法与社会法关系的理解	王欣堂(120)
浅析“预防为主,防治结合”原则	闫明伟(122)
我国失业保险制度存在的主要问题及对策	董雨凌(124)
我国大陆与台湾地区行政法比较研究	周小妮(126)
我国循环经济的法律思考	夏文中(128)
无被害人犯罪的探讨	何文苑(130)
宪法本质之透视	
——从奥斯丁的“法律命令说”谈起	马 晓(132)
陷害教唆探析	袁晓磊 马一滕(134)
刑法修正案(六)第 17 条之立法评析	
——对组织残疾人、儿童乞讨行为入罪的立法评析	朱圆圆(137)
刑法之谦抑	张金丽(139)
行政处罚的体制问题	张 薇(141)
行政合意在行政法上的意义	
——除行政合同之外的行政行为的内涵解读	李旭莹(143)
行政裁决的可诉性	张 薇(145)
股指期货的监管	张 薇(147)
职务犯罪的法经济学分析	向长胜(149)
中国经济法研究成果综述	邓小梅(152)
宪政视野中的政党问题初探	周芬芳(154)

私法研究

动产用益物权初论	魏钰邦(156)
对股东出资瑕疵的法律问题思考	黄力为(158)
死者名誉的法律保护问题浅析	丁佳玉(160)

论公司法人人格否认的适用	张海霞(163)
公司资本制度法律问题研究	董雨凌(165)
公序良俗原则的比较研究	王学军(168)
我国集体建设用地使用权流转制度的构建	
——以各地经验为基础	钱 慧(170)
论典权适用的现实意义	张志强(172)
论股东的质询权	张亚杰(174)
试论商法的独立性	刘勇泽 黄 涛(176)
论同时履行抗辩权	黄克界(178)
论我国民商立法模式的选择	朱晓婷(181)
谈我国新《公司法》的公司人格否认制度	赵海丰(185)
论意思不自由	李加文(187)
论有限责任公司的股权转让	张玲云(189)
我国破产重整中债权人保护制度的法律思考	陈 利(191)
黔东南地区民族知识产权保护问题研究	
——以苗族和侗族为例	高翩翩 杨灵芝 王 利(193)
浅论合同履行中的附随义务	吴贞远(196)
浅论一人公司产生的客观社会根基及其弊端	陈尚英(198)
浅谈胎儿利益的民法保护	郑晓勇(200)
浅析让与担保制度	刘魁萍(202)
浅议我国“一人公司”制度的完善	佟向杰(204)
让与担保与我国商品房按揭制度之比较研究	何 瑾(206)
如何防范电视法制节目中的新闻侵权	刘 溢(208)
事实婚姻法律问题探析	哈 山(210)
论我国股东代表诉讼制度的完善	李发科 宋雪民(213)
适当在债的履行标的中的外化	张月芝(215)
胎儿利益的民法保护	曾 曼(218)
新闻报道侵犯隐私权原因初探	周海波(220)
由一则案例看合同漏洞的填补	邓正亮(222)
行使赠与合同任意撤销权若干问题探讨	刘兰英(225)

程序法研究

法律援助与人权保护	李 杉(227)
简易程序与普通程序简化审程序的完善	吕瑞琴 方东晖 贾桂海(229)
建立刑事诉讼中法院整体回避制度之构想	杨 燕(235)
困扰人民法院执行工作的主客观因素及其对策	李 茜(237)
浅议律师的诉讼地位对实体公正的影响	刘 潺(239)
从公益诉讼谈判例法在中国的引入	尹 素(241)
浅议法官助理制度	陶 然(243)
仲裁中是否应引入第三人制度分析	刘 庆(246)
银行业金融机构协助执行若干法律问题的思考	李 铭(249)
公益诉讼制度探析	贺洪亮(252)
对我国新《企业破产法》破产重整制度的评析	罗华亮(254)

国际法研究

中国对美国试图运用反补贴的对策	曹 曦(256)
依法院地法识别新论	张 芳 宋文珂(258)
我国外资并购的若干法律问题	方美玲(260)

浅析国际服务贸易合同的法律问题	陈方雄(262)
浅析 WTO 与中国—东盟自由贸易区的关系	阮 芳(264)
浅析 TRIPs 协议与公共健康问题	
——以多哈回合谈判为基础	齐 维(266)
欧盟环境法中的自治模式	
——环境协议制度探讨	祝汉楚(268)
论国际私法中的法律适用问题	邓晓文(270)
经济全球化与国家主权的新发展	胡 珺(272)
互联网时代国际民事司法管辖权及中国应对策略	王如姣(274)
国际商事仲裁协议有效性的准据法问题研究	慕 晗(277)
国际旅游服务贸易新法律规则的简述与适用	
——以旅游饭店服务为例	张 娟(279)
《反不正当竞争法》法律责任的国际比较	熊 愈(282)
当代人权之发展权与环境保护的国际协作	王广宇(284)
刍议国际法的法律性质	崔 扬(287)
市场经济地位问题解决的另一思路	
——选择公正的替代国	蒋志伟(289)

政治学、哲学研究

对中国共产党执政问题的探析	
——新时期党群关系的思考	许益华 岳青栓(291)
关于台湾问题的思考	陈玉国(293)
坚持以人为本,构建高校和谐校园	赵海丰(295)
论自由主义民主理论及其对我国民主政治建设的启示	徐 锐(297)
怎样加大中等职业学校学生的德育力度	熊 云 刘爱荣(301)
高校学生考试作弊成因分析及对策思考	冀松娅(303)

民族学、社会学研究

关于民族情感的浅谈	劳丽琴(305)
人际交往的文化背景	
——以贵州省黔东南州黎平县肇兴侗寨为例	刘妮娜 刘 魁(307)
论政府干预规范法的均衡干预	王几高(309)

“神”本法律观的价值重估

刘吉春*

(贵州大学 人文学院, 贵州 贵阳 550025)

摘要:在现代社会,由于人本主义的提出,一切强调“以人为本”,从而导致了人们对“神”的怀疑甚至是对神的尊敬失落。事实上,强调以人为本的人本主义法律其本身是没有错误的,而且应为我们大多数人或学者所接受或推崇。以人本位为视角,进行“神”本位的法律价值重估,殊为必要。

关键词:神本法律观;价值

一、作为伦理的法律观的演变

法律观的变迁过程为人的道德生活留下了广阔的空间。作为调整社会关系基本规范体系的法律,实际上就是人与人之间关系的调整,这与作为关于人与人之间关系的价值取向、行为规范和道德评价的伦理精神具有内在一致性。法律观就是人们对于法律的观念、意识和心理的总和,说到底法律观还是属于伦理范畴。作为伦理的法律观的嬗变和发展源于社会现实的变化,与社会形态与法律史实相对应。在现代研究视野下,法律观经历了从“神”本法律观到物本法律观再到社本法律观最后到人本法律观的过程。但这里的人本法律观中的人是一个大写的“人”,它所关注的是全体人们,正如“法律面前人人平等”。而事实上,由于多种因素的局限,要实现真正的“法律面前人人平等”是少不了“神”本法律观念的存在。法律之所以从“神”本法律开始是有其永久性的根源的,这种根源是无论随社会如何变迁,其古老的因子仍无法摆脱的。就如文化无论如何发展与演变,其根源仍然有着旺盛的生命力,仍在支撑着它所相应的文化扩大与发展。

现代研究视野下的“神”本法律观认为神是法律的本源和目的,法律以神为本,成为神统治人的工具。如远在古希腊,亚里士多德就在其名著《政治学》中,将法律的威力与作用最终归结为神,认为法律是神启和人类习惯的混合物,认为古希腊“是一个按照人们共知的模式运作的社会,其中超自然的神扮演了重要角色,美德得享赞誉,恶行受到惩戒。”当然,这个“神”只是类似亚里士多德的人所抽象出来的,还无法真正理解它的实质。而到古罗马则进了一步,认为法的来源是神,是自然神,他们把作为法的本元的自然、神、理性等同起来,西赛罗说:“法律乃是自然中固有的最高理性……当这种理性确立于人的心智并得到实现便是法律。”他认为:“人同神明之间有新族或世系或根源的联系。”因此,他强调理性既存在于人,也存在于神,整个世界应该被视为神和人的一个共同体。

在这里,需要提出的是,这种“神”本法律事实上是与人类狭窄的生存空间相适应的。由于当时的科学不发达,人们认识水平的低下以及对自然界及其活动的畏惧,人们只能借助于神来维护社会的稳定和自己的生存,依托于神树立起自己的精神信仰,同时将这种信仰普遍化、神圣化。认为法律是神颁布的,是神赐予人类的礼物,因此,如果人违背法律就是违反神意,必将受到严厉的制裁。这种思想维护了人类的生存稳定,促进了人类文明的发展,为文明社会的建立做出了巨大的贡献。但到了中世纪,随着阶级的形成,人类等级的划分,一些聪明的“操纵者”开始向权力、向利益倾斜。一些神学家们和封建统治者开始有意建立一整套神学理论,对非神学的一切科学采用极端野蛮和恐怖的手段,使其带上神学的色彩,受神学的支配,成为神学的附庸。使法律神本化发生了变异,上帝成为一切价值的终极源泉。不仅法律产生于上帝,而且,上帝之法具有最高效力,服从上帝就是服从正义,违背法律就是违背上帝,上帝成了法律的起源和归宿。中国古代也有“天人合一”的言论,企图论证君权的合法性以及君权神授性。在法律观上,更是极力歪曲。阿奎那公然提出所谓法的分类:永恒法、自然法、神法和人法,把反映所谓神的意志的永恒法看作最高的法律,支配整个法律领域。阿奎那认为,世俗国家的法律,应“从作为其根源的永恒法吸取使内心感到满意的力量”。这样做的目的是不言自明的,“神”本法律观念被如此的变异也并不是偶然的,其用意有二,一是用“神”本法律观念来麻痹人民的意志,使其服从“神”的代言人的意志,顺从地接受统治阶级的统治与压迫。二是在这种貌似神授的法律观念支配下,维护统治阶级自己的“神权”统治地位,维护封建社会的秩序。而事实上这违背了当初人们以“神”为本的神本法律观念,而转变成为一种为“利益或权力”而争夺的工具,变为奴役人的工具,束缚人的枷锁。“神”本法律从因畏惧而被信仰转化为“神”的代言人的因利益而强制,因普遍大众的习惯而规范转化为因统治阶级需要而意志!这完全违背了亚里士多德提出的“一个按照人们共知的模式运作的社会”、“美德得享赞誉,恶行受到惩戒”的法律观念。

* 作者简介:刘吉春(1982—),男,湖南隆回人,贵州大学人文学院2006级伦理学硕士研究生,研究方向为发展伦理学。

二、重新认识“神”本法律观的伦理蕴含

(一)重新认识“神”本法律观念中的“神”

最先提出的“神”本法律观念中的“神”与现代视野下研究的“神”本法律观念中的“神”是不相同的。最初所提到的神是人们因认识能力的不够,无法对各种自然现象或活动作出合理的解释,而这些自然现象与活动又对人们的生活与生产甚至生存有着密切的联系,因此人们出于感激或畏惧抽象出了一位“神”,使之成为当下人类生存与发展的规范来源。这种抽象是全体人民共同的意愿,符合全体人们的心声,合乎上帝爱人、人爱上帝的伦理规范,符合普世伦理的基本要求。因此,久而久之,这一抽象出的神就成了人们普遍接受的“祖先”,成了规范人类生活的普遍规则的来源。这是值得尊敬的,是人类文明发展史上的一大进步,为人类生存的精神生活寻找到了精神家园,为人类文明社会的建立创造了条件。而现代视野下所研究的神本法律中的“神”虽也是人们当初抽象出来的角色,但其作用已发生变化,角色也随之发生转换,成了一个“傀儡”,成了统治阶级手中的工具。统治阶级利用人们对上帝、“神”的敬畏,依据自己的意志、根据自己的利益需要,以神的名义创立各种条约与制度来压迫广大人民群众,施展对人民的残暴统治与剥削。这是一种自私自利主义、一种极端的物权主义,根本就不符合伦理道德要求,不符合旧约中的“上帝爱人,人爱上帝”的伦理规范。而且,由此严重削弱了神、上帝在人们心目中的地位,严重削弱了人们对上帝的敬畏之情,由此也影响了今天的法律在人们心目中的地位。使得人们不得不借助强制的手段来维护今天的社会秩序与稳定。

(二)最初的“神”本法律观也是一种着眼于人的伦理视角

不同的法律认识理念,决定着对法律知识不同的观察方式与理论视野。“神”本法律观起源于“神”但仍着眼于人。人们敬畏于神,因而在“神”的“约束”下行使自己的“权力”并规范自己的行为,以适合整个部落或群体的生活与生存的需要,保证全体大家庭和整个自然的和谐生存。人们祈求、感激于“神”,因“神”给了其生存的资源,给了其生存的力量,人们只是行使着应有的“美德得享赞誉,恶行受到惩戒”的基本伦理原则而已,而且也期望这是一个相互的过程,祈求所得到的恩赐再次降临,祈求得到更多的权力与机会或资源。即便是这样,他们也都是站在整个部落或氏族的基础上去行使他们的自由的心灵的祈祷。由此而形成的习惯与制度便成了人们普遍自觉遵守的法律规范,这便是最初的“神”本法律观念,由此我们可以鲜明的看出,这种“神”本法律观念也是一种着眼于人的伦理视角。在西方世界的旧约伦理中,不但涉及一般伦理都涉及的“人”和“世界”概念,还涉及一个“神”的概念,它确立的是一种感恩于“神”的他律的伦理体系,神是伦理的基础,神是价值的来源,神也是行为规范的来源,神更是规范执行的监督者。因此在神的“爱”的感召下,法律就是为了让上帝之爱延续下去,法律就是为了让人们普遍共荣,法律就是能够继续生存的原则,法律就代表了普通大众的心声,就代表了正义,法律就成了人们心目中的“神”。旧约伦理正是以此为根本,在尘世间建立了一个系统的“人人爱上帝,上帝爱人人”的规范体系。爱的本质就是为了让入获得生存与发展,关注的重点是使人作为主体能够永恒的生存下去,由人所构成的社会能够和谐稳定的繁荣下去。

(三)赋予“神”本法律观以新的价值蕴含

法学要研究法律,但首先要研究法的理念。法的理念是以某种对法的形而上的价值目的性反思为核心的,纯粹的法律是没有灵魂的。法学研究规范性的获得是以法的理念的确立及由此决定的研究范式的构建为前提的。“神”本法律作为一种法的理念,其存在已有相当的历史根源,在此笔者关注的是:“神”本法律观作为法律理念赋予其新的存在价值蕴含所具有的现实积极意义。

当代最伟大的法学家提出:“法律必须被信仰”,从而把法律重新推到了“神”的位置,笔者在这里只是要强调神被信仰的价值,而并非其它任何意义!从而使法律具有了神圣不可侵犯的地位,违者必受到类似“上帝对我们的惩罚”的惩罚。而且通过前面对“神”本法律理念的伦理分析,我们已充分认识到这种被信仰的意义,人们自觉从整体利益出发为整个人类的生存祈祷,遵守适合于人们普遍生存的法律规范,无需任何人为的强制,这便是被信仰的意义,这便是“神”本法律的应然价值。

综上,“神”本法律观的理念告诉我们,其存在的价值仍然是巨大的,只是被我们部分的忽略,离开法律的“神”本位,其执行的难度将被大大加大,其力量却被大大削弱,赋予“神”本法律以新的价值定位,现代以人为本的人本法律所具有的约束力量将被大大提高,人们的普遍自觉能动性也将会大大加强!因此,在这个意义上,我们有必要加强对“神”本法律的价值评估,以达其真正的法律目的!

参考文献

- [1] 李龙.人本法律观研究.中国社会科学出版社,2006.
- [2] 章海山.人力资本的伦理意义.道德与文明,2004(6).
- [3] [德]康德.判断力批判(下).商务印书馆,1964.
- [4] [德]黑格尔.法哲学原理.商务印书馆,1996.
- [5] [古希腊]亚里士多德.政治学.商务印书馆,1981.
- [6] [美]伯尔曼.法律与宗教.三联书店,1991.

传统留给了我们什么

——家长权在伦理法中的价值及其现代意义

马巧彬 彭亮*

(辽宁大学 法学院,辽宁 沈阳 110036)

摘要:伦理法是中国封建社会法制体系的基础。宗法制一直是伦理法中的重要制度,它也是中国数千年来封建统治的基础。而作为宗法制基础的家长权更是在中国伦理法中占据重要的地位。这一制度的存在,对于维护中国封建社会的稳定和发展起着重要的作用。本文旨在通过对宗法制,特别是对其中家长权的探析,来研究家长权存在的历史合理性及其在伦理法中发挥的价值,并且简要阐明其在现代社会中发挥的作用。

关键词:伦理法;宗法制;家长权

在中国,从孩提时起,“家长”一词就在每个人的耳边萦绕。每个人早已对“家长”这一称呼习以为常,在这种文化氛围的熏陶之下,我们早已认定家长就是父母亲的代名词。贝卡利亚在《论犯罪与刑罚》一书的引言中曾经写道:“平庸的头脑不习惯于分析事物,而习惯于根据传统而不是根据考察来接受强烈的印象。”^[1]我们也是仅仅凭借着心理上的惯性沿袭这种称呼,而不去过多地研究其来源。下面就让我们来探究一下这一制度的由来,及其存在的历史价值。

研究宗法制和家长权,我们不能脱离中国封建社会这个前提,正是在这种封建制度中,在伦理法在封建法律中占主导地位的情况下,才有了宗法制和家长权存在的土壤。因此,在试图探讨家长权这个问题前,让我们先来了解一下什么是伦理法。

一、中国古代伦理法的含义

“伦理”是我国固有的范畴,与由古希腊的“伊苏”(Ethics)一词演化而来的“伦理”截然不同。前者是指古代宗法社会中以血缘家族为基础的人伦尊卑等级秩序,亦称“伦常”,即人伦之常道。后者则主要指风俗、习尚,而不是家族人伦秩序。^[2]因而,中国古代的伦理法就是以儒家经典道德为基础而形成的一整套法律体系。儒家伦理法包括三个层面的含义:“第一,儒家伦理法是把宗法家族伦理作为大经大法的法文化体系;因此,第二,在这个体系中,宗法家族伦理被视为法的渊源、法的最高价值,伦理凌驾于法律之上,伦理价值代替法律价值,伦理评价统率法律评价,立法、司法悉以伦理为转移,由伦理决定其取舍;第三,在现实的社会生活和政治生活中,以伦理代替法律,伦理与法律之间没有明确的界限,宗法伦理道德被直接赋予法的性质,具有法的效力,从而形成法律伦理化和伦理法律化的双向强化运动”。^[3]

从伦理法的特征可以看出,中国古代的伦理法的基础是宗法制。宗法制是以血缘远近来区分亲疏的制度。而对于宗法制的维护,主要是通过借助家长的权威对一个家族的管辖来实现的,从而进一步达到实现封建统治的目的。因此,在宗法制中,对于家长权的维护至关重要,家长权构成了宗法制的基础,是宗法制乃至伦理法的核心组成部分。

二、家长权的产生及其发展的社会基础

(一)家长权的产生

“家长”身份的出现,与原始社会的时代背景是分不开的。在原始社会条件下,个人的能力很微弱。面对强大、恶劣的自然环境,单靠个人力量不足以维持自己的生存和发展。依靠一个团体生存,对于原始人来说不仅是生存的必需而且更是生活的必须。但是,任何一个团体的维系都需要一个纽带,原始社会中各个团体的生存同样需要一个连接点。但是,由于原始社会的社会关系相对简单,血缘就成为了维系这一纽带的最佳选择。在这个纽带中,还需要有一个连接点——有一个人可以统领其他人进行各种生产和劳动、抵御自然灾害,将可能给集体的损失降到最低。这个统领、这个连接点就是每个家族中的“家长”。

(二)家长权的社会基础

进入到封建社会以后,虽然人和自然的抗争能力明显加强,但是个人对于家庭的依附关系并没有弱化,反而得到加强。究其原因,主要有以下几个方面:

1. 自给自足的小农经济的存在。小农经济在我国数千年的封建经济中一直占据着统治地位,是中国封建社会主导性的经济形态,其根本特征是个体小农男耕女织自给自足的小规模简单再生产不断重复。但是,在社会生产力水平

* 作者简介:马巧彬(1984—),女,辽宁沈阳人,辽宁大学法学院法学理论专业硕士研究生;

彭亮(1978—),男,辽宁沈阳人,辽宁大学法学院法学理论专业硕士研究生。

较低的封建中国,即便是这种简单重复的劳动,单凭个人的力量也无法完成,因而家庭成员之间的协作生产就至关重要。类似于原始社会中家族首领的统治地位,封建社会中一个家族的生产同样需要有人来进行统一的管理和支配。因而,家族成员对家长的依赖并未因社会形态的改变而削弱,反而得到加强。

2. 宗法制原则同封建制国家在治国方略上的相似性。纵观中国古代社会,“礼”是长期存在于社会生活的各个方面的。“礼”最初只是作为祭祀祖先神灵的仪式,但经过长期的发展和变异,已经演变成为一种治家和治国的工具。“礼是父系家长制时代的产物。它的社会价值在于维护父系家长特权和宗法制度。”^[4]礼的精神内涵在于“亲亲,尊尊”。“亲亲”要求家族内部成员之间要互相爱护团结,“尊尊”不仅要求家庭中晚辈对长辈的服从,更要求贵族之间、贵族与平民之间、君臣之间讲求尊卑关系。“礼”不仅是治家的手段,更是治国的重要方略。“亲亲、尊尊”的融合,对于封建统治者的统治起到了加强的作用。统治者对这种“礼”的宣扬,为宗法制和家长权的深化奠定了思想基础。

3. 封建制度的长期存在。中国曾经是一个地域广大的封建国家。由于封建统治阶级治理国家能力的有限性,不可能将统治的触角深入到社会生活的各个方面。而“作为封建政府深知在社会上家族的观念和实际约束力量是相当强固的”^[5],国家便将自己的统治权下放到各个家庭中,以家长对家庭的治理进而实现封建君主对社会统治的目的。“因此宗法血缘关系对于社会的许多方面都有着强烈的影响,尤其是宗法与政治的高度结合,造成了家国一体、亲贵合一的特有体制。家是国的微缩,国是家的放大。”^[6]这种封建国家的治国手段,也使家庭中家长地位被极大的抬高——家长不仅仅是一个家族管辖与治理的首领,更是国家与家族中的个人联结的纽带。封建统治者可以通过对家长的集中管辖来达到控制社会大多数成员的目的。这样,统治者不仅可以实现对国家有效的治理,同时也节约了统治的成本。

4. 制定法对于家长权力的肯定。“家法”顾名思义,就是规范家族中家庭成员行为的规则。“家法”一般由家族中的家长制定,并世代的传承下去,指导着家族成员的活动。在中国的封建社会时期,制定法与家族中的“家法”相类似——它们都以“礼”作为基础和指导。家法与制定法在某种程度上甚至是相通的。“凡属违反国法的行为必为家法所严禁,而违反家法的行为也必为国法所不容。家法同国法一样,承载着教化与处罚的双重功能,如果说国法侧重于治国平天下,家法则侧重于修身齐家。对家的伦常义务与对国的法律义务之间,缺乏一条明晰的界限。”^[7]比如说,中国历代封建法典中都规定有“不孝”的罪名,这就是将子女对家长在伦常中的义务上升到了法律的层面,用法律来保证家族中卑幼对尊长的服从,否则将被国家施以刑罚。

(三)家长制的弊端

家长制对于家庭中的成员不仅是一种身份上和财产上的压制,而且随着社会的进一步发展,家长制的弊端也愈发明显,其主要体现在:

1. “家长制”已经越来越不适应经济发展的需要。商品经济的发展所带来的现代社会民事经济活动数量上的增加,使个人作为民事主体参与经济活动的情况越来越多,活动的内容也越来越复杂。由家长代替家庭中的每个成员进行各种民事活动已不太可能。

2. 文化的传播对“家长权”的存续提出了挑战。随着人文科学的发展,人的作用不断突出,家族中个人的力量和智慧也在一步步地突显出来。正如梅因在《古代法》中所阐述的那样,家长的年长体衰,有时候不足以保全家族的利益,那么最后,年轻而有力的下一代就应该出来接班。这样发展的结果,使得家长的特征也不复存在,家长在家族中的地位随着时间的推移而逐渐衰落。最后,家长便至多做为一个家族的象征而存在,而失去了原本具有的家长在一个家族中对其他家庭成员人身、财产上的统治地位和支配地位。

三、家长权在现代社会中臧取舍

当我们看到家长权及宗法制对于个人权利和欲望的压抑所体现的弊端时,不能忽略它在历史上曾发挥过的作用。一项制度,能维持一种社会形态在历史长河中存在数千年,不能不说它在某个方面是存在着闪光点的。而家长权、宗法制的闪光点就在于它用“礼”的观念,用“道德”的力量对人们的内心世界进行教化和熏陶。使人们能真正的、发自内心的唤起对父母的尊重以及对于家庭的责任,从而由对家的“孝”逐渐发展成为对国的“忠”。维护着封建社会的运行和发展。

而在当今这个极大地追求个人独立与个性的时代,人们对于家庭的责任感日益减少。夫妻间的暴力事件、父母遗弃子女、年迈老人遭子女虐待而露宿街头等新闻不时见诸于各新闻媒体。这难道是我们这个号称“礼仪之邦”的国度以及生活于其中的国民所能够漠视的事情么?当我们在盲目的跟随西方工业化进程的脚步,学习西方社会所宣扬的个性张扬和自由的同时,是不是也因该暂时放慢脚步,回头反思一下我们的传统文化,并从其中吸取一些精华,使其成为我们未来前行的动力和助推器中的积极动因。

注释

[1][意]贝卡里亚.论犯罪与刑罚.黄风译.中国法制出版社,2005.6.

[2][3]俞荣根.儒家法思想通论.广西人民出版社,1992.132、133、134.

[4]武树臣,等.中国传统法律文化.北京大学出版社,1994.173.

[5][6][7]张晋藩.中国法律的传统与近代转型.法律出版社,2005.117、116、118.

论“春秋决狱”及其现实意义

肖江海*

(兰州大学 法学院,甘肃 兰州 730000)

摘要:汉武帝曾向董仲舒求解一个能解决国家现实问题,从而保证汉朝强盛的长久治安之道。董仲舒连上三篇策论作答,史称“天人三策”。董仲舒在给汉武帝的“天人三策”上书中提出:“春秋大一统者,天地之常经,古今之通宜也。”“春秋决狱”以儒家经典《春秋》里记载的事迹和体现的原则作为断狱指导思想,“春秋决狱”实质是“引经决狱”或“经义决狱”。“春秋决狱”修正了法家法典中不符合儒家伦理道德思想的条文,根本目的仍然是为了缓和阶级矛盾,维护统治。尽管以“春秋大义”决狱赋予了官员审理案件时自由裁量的权力,为法官“擅断”和奸吏作弊提供出了法律上的依据,但是其合理部分对构建我国自己的现代司法理念仍有一定的可借鉴意义。

关键词:春秋决狱;春秋大义;原心定罪;法律儒家化

一、春秋决狱之历史背景

汉代初期,承袭秦制。至武帝时期,社会经济逐步恢复,统治形势渐趋稳定,选择一种适于政治稳定、生产力发展的法制指导思想是最为基本的问题。

汉武帝曾向董仲舒强调:“朕欲闻大道之要,至论之极。”可以看出:汉武帝求解的是一个保证汉朝强盛的长治久安之道。针对汉武帝的征问,董仲舒连上三篇策论作答,史称“天人三策”。董仲舒在给汉武帝的“天人三策”上书中提出:“春秋大一统者,天地之常经,古今之通宜也。今师异道,人异论,百家殊方,指意不同。是以上亡以持一统,法制数变,下不知所守,臣愚以为,诸不在六艺之科、孔子之术者,皆绝其道,勿使并进,邪辟之说灭息,然后统计可一,而法度可明,民知所从矣。”这里的“六艺”,是指《易》、《诗》、《书》、《礼》、《乐》、《春秋》等这些儒学经典。

经董仲舒的提倡和汉武帝刘彻的大力支持,“春秋之道,奉天而法古”被确立为统治人民之思想原则,把“春秋大义”运用到社会的各个领域;董仲舒不但“以春秋灾异之变,推阴阳所以错行”,即用《春秋》经义评议政治上的重大问题,而且强调用“春秋之道”、“春秋大义”附会汉律,指导司法实践和封建刑罚的具体运用。

二、春秋决狱的本质和内容

“春秋决狱”以儒家经典《春秋》里记载的事迹和体现的原则作为断狱指导思想,要求司法官吏在审理案件的过程中,直接引用儒家的经典、特别是《春秋》的伦理道德标准和事例,作为分析案情、认定犯罪的重要依据,并按经义的原则与精神解读和适用法律。又因为在实践中也经常援引其他儒家经典作品如:《诗》、《书》、《礼》、《易》、《论语》中的微言大义等作为断案的依据,所以“春秋决狱”实质是“引经决狱”或“经义决狱”。儒家经义具有等同于现行法律的价值,具有明显的法源性质。

“春秋之所狱也,必本其事而原其志。志邪者不待成,首恶者罪特重,本直者其论轻。”这就是“春秋之义,原心定罪”。就是说,应该根据犯罪的动机、心理的善恶定罪量刑,而将犯罪的行为、效果放在次要的地位。他这里虽然也说“本其事”,即从犯罪的行为、事实出发,但强调的重点却是“原其志”,即在于判断行为者的主观动机是否合乎“三纲五常”。如果一个人“志邪”,即动机是“恶”的,那就应该立即予以惩罚,对其中的“首恶”者,处罚更要加重。相反,如动机是“善”的,那就应该从轻发落。“本其事而原其志”,就是“原心论罪”,二者是完全一致的。

“春秋决狱”修正了法家法典中不符合儒家伦理道德的条文,根本目的仍是为了缓和矛盾,维护统治,在这点上,它与汉朝原有的律令可谓殊路同归。故汉武帝和汉人对春秋决狱多持包容肯定态度,认为它与汉人家法是互通的。

三、春秋决狱的司法实践

董仲舒有关的断狱案例曾被汇编成《春秋决事比》十卷,在两汉的司法实践中被经常引用,在此仅举一个典型案例:甲无子,拾道旁弃儿乙养之以为子。及乙长,有罪杀人,以状语甲,甲藏匿乙,甲当何论?仲舒断曰:“甲无子,振活养乙,虽非所生,谁与易之?《诗》云:螟蛉有子,蜾蠃负之。《春秋》之义,父为子隐,甲当匿乙,乙当坐。”

如果按照当时法律,藏匿犯人是受重刑的。但《春秋》上提倡父子一方犯罪后可以互相隐藏。董仲舒认为他们是父子关系,所以甲不能判罪。董仲舒先引用《诗经》中的螟蛉有子,蜾蠃负之,来说明养父等同于亲父,继以《春秋》之义中的父为子隐,为甲藏匿乙的窝藏犯罪行为开脱,从而用亲情伦理化解了法律。

* 作者简介:肖江海(1976—),男,河南省安阳市人,兰州大学法学院2006级法律硕士。

汉武帝时期,春秋决狱蔚然成风,时人争效之,汉武帝甚至让他的儿子学习《公羊春秋》。《汉书·五行志》记载:“武帝使仲舒弟子吕步舒持斧钺,治淮南狱,以《春秋》谊专断。”这些最高的司法官吏是如此重视法律之外的《春秋》经义,可以证明当时儒家经典的地位之高和儒家刑罚思想的影响之深。

四、春秋决狱的作用及现实意义

因为以“春秋大义”决狱,赋予了官员审理案件时自由裁量的权力,适用时难以把握。因而传统观点常常认为这容易造成专制统治者破坏法制、加强专制、滥施刑罚、任意出入人罪,为法官“擅断”和奸吏作弊提供出了法律上的依据。

其实,对于任何一种社会现象或者说制度,都必然地存在着有利的一面与不利的一面。“春秋决狱”固然强调审断时应重视行为人在案情中的主观动机,但就其总的要求看来,并非唯动机论,而是在着重考察动机的同时,首先依据事实,还要分别首犯、从犯和已遂、未遂。完全凭行为人的主观动机“心”、“志”定罪,这是对“春秋决狱”的误解。这一论断显然与董仲舒的原意不符。一项制度、举措,总有其历史的局限性,随后也难免发生这样那样的流弊,至于因强调行为人为动机而流为法官不顾事实,主观擅断,则非“春秋决狱”的初衷和原旨。

实际上,“春秋决狱”不但对中国古代法律文化的发展做出了巨大贡献,而且还蕴含了许多现代司法理念与价值。

(一)春秋决狱有利于解决法律与道德的矛盾

秦律苛严,残暴无情,如:陈胜吴广等人因雨误期,本无恶意,可是依照秦律就得处死。沃尔德认为:对于裁判是否公正的,其实正是在于是否与人们道德的理念相符合。对于在适用法律上很牵强或者根本就有悖人情、有悖伦常的案件,“春秋决狱”能起到一定的纠正作用,避免机械适用法律而造成法律与伦理价值的背离。在“春秋大义”作为国家统治所依据的主要的法制根源、同时还是社会主流的文化及价值观的情况之下,通过审理案件的官员在个案之中对于“春秋大义”的理解而作出阐释性的解释并作为裁判的依据,不仅可以很好地将作为统治依据的“春秋大义”具体地变成社会的存在;同时,还可以与社会的主流的价值观念与道德观念相适应,使其裁判结果得到社会的认可从而为构建起司法机构应有的权威奠定坚实的基础。虽然现在法律与法制的基础不再是“春秋大义”了,但现在的法律仍然具有其法理的基础即立法的本意与法律的精髓,同样需要法官在审理案件之中将之具体到个案中去。

(二)“春秋决狱”有利于缓和社会矛盾

“春秋决狱”在形成之初曾起过否定和改良繁法严刑局面的历史作用。“春秋决狱”从整体上有利地减轻了刑罚,纠正了很多机械适用法律而有悖人情之处,缓和了整个社会矛盾,维护并巩固了历朝统治,取得了良好的社会效应。“以宽和为政,举冤狱,以《春秋》义断之,是以郡中无怨声。”就原心定罪而言,古人认为“原心定罪,探意立情,故死者不抱恨而入地,生者不衔怨而受罪。”

(三)“春秋决狱”完善了古代的归责原则和犯罪构成理论

“春秋决狱”的基本精神是“原心定罪”,其实质是强调根据犯罪动机、目的、心态等主观方面的因素来定罪和量刑。也就是说,在审案时不能只看当事人的行为结果,更重要的是主观动机,分清故意和过失,颇似现代法律中的过错责任原则,改进了秦法只注重客观方面,而忽视主观要件的局面,促进了中国古代关于犯罪构成理论的日趋完善。在当时的历史条件下,无疑是一个巨大的进步。

(四)“春秋决狱”弥补了成文法的不足

立法者不可能穷尽所有社会现象而使成文法滴水不漏。同时,法律的使命是调整社会关系,而社会关系则处于不断发展之中。法律的本性决定了它不能朝令夕改,因此,成文法律常常落后于社会生活。对于成文法的这种局限,现代法治国家常常将自然正义原理或国家政策、风俗习惯等不成文规范作为它的补充。“春秋决狱”正是利用儒家的“春秋大义”思想来弥补法律的漏洞,在法律规定缺失、比较模糊或者出现价值冲突时,不至于使社会关系得不到调整或者得到错误的调整。

五、结束语

中国古代法制留下了极为丰富的历史资料,通过我们对其辨证分析,必将为新时期的法务活动提供有益的借鉴,为中国特色的法制建设提供宝贵经验。在构建我国现代司法理念的进程中,应当从中国古代司法制度与理念之中挖掘及继承其合理的内核,“春秋决狱”制度就是将法律的精髓变成具体地社会存在的一种非常值得借鉴与继承的制度之一。

参考文献

- [1]汉书·董仲舒传.
- [2]汉书·何武王嘉师丹传第五十六.
- [3]董仲舒·春秋繁露·精华第五.
- [4]通典·卷六九.
- [5]史记·于定国传.
- [6]后汉书·何敞传.
- [7]曾宪义·中国法制史·中国人民大学出版社,2000.

从实用主义的视角看霍姆斯的法律道德观

苏楠 王硕*

(辽宁大学 法学院,辽宁 沈阳 110036)

摘要:法律和道德的关系问题是法学领域中的基本问题。本文将通过一个崭新的角度(即实用主义的角度)理解霍姆斯的法律道德观,以期丰富对法律道德关系的认知。

关键词:法律道德观;法学流派;实用主义

美国已故联邦最高法院法官霍姆斯(1841—1935)被法学界认为是美国现实主义法学的先驱,他于1897年1月8日在美国波士顿大学法学院所作的演讲《法律的道路》一度在美国法学界占据支配地位,至今仍具有重要影响。霍姆斯在他的这篇演讲中主要论及了三个方面的问题:其一,法律是什么及其限度问题;其二,法律的内容及其发展动力问题;其三,法律的当前状态及其向往的理想问题。由于霍姆斯在多年的法官职业中所培养的缜密的逻辑思维能力和广博的学识,使对于一个初入法学神圣殿堂的笔者来说,要完全领会他以上三方面的思想的奥妙所在几乎是不可能的。所以,下面笔者将主要分析霍氏关于法律与道德关系的思想。法律与道德的关系问题是法哲学领域中的一个古老而基本的问题。最早可以追溯到古罗马甚至古希腊时代。笔者拟以主要法学流派的观点为切入点讨论此问题并与霍氏的观点作以比较,最后得出笔者的结论。

我们先看看古典自然法学派的观点。英国法学家布莱克斯通总结这一法学派时说:“这种与人类同时产生的并由上帝亲自支配的自然法,其效力当然高于任何其他法,它在整个地球上,在所有国家,在任何时候,都具有约束力。任何人类法如果同它相抵触,都是无效的;而人类法中那些被认为是有效的法律则是从这个原始法中直接或间接地汲取力量和全部权威的。”古典自然法理论家所主张的自然法不是上帝的命令或神的意志,而是人类理性本身,是自由、平等、博爱、人权、法治等。当我们思索这些概念时,我们首先是从道德意义上理解它们的。照此推论古典自然法学理论是将法律和道德等同的。

再听听分析法学派是怎么说的吧。奥斯丁认为法律是主权者的一种命令,他提出“实在道德”这一概念。他说:“实在道德,或称实在道德的规则,是指非由政治优势者建立,但具有法律能力和特点的法。这种法律不是严格意义上的法律,它仅仅由观念建立或实施。”他同时指出,实在道德因其实在而区别于上帝法,因其道德性而区别于实在法。如果我们不过分注重奥氏与我们所做的语言游戏的话,我们或许会得出这样的结论,即道德是有别于法律的。

我们看到古典自然法学派与分析法学派在法律与道德关系上的看法是有分歧的,甚至可以说是根本对立的。但果真如此吗?霍姆斯为我们提供了答案。值得特别注意的有这样一个问题,那就是霍氏在《法律的道路》中反复强调弄清法律与道德关系的意义——理论上的意义和实践中的意义。为什么呢?仔细阅读后我们不难发现霍氏的法哲学思想本身就是实践的。法律是什么?预测。预测什么?法官的判决结果。由于霍氏是从坏人立场主张这样看待法律的,因此,如果完全将法律与道德混淆就不能证明为什么偏偏要选择坏人理论了。霍氏强调的是法律是使坏人产生服从的动机,而道德则没有使坏人产生服从的义务,在坏人眼中,法律义务与道德义务的区分是显而易见的。此外,道德是源于个体内心的,如果它和法律一致的话,那么法律是无论如何不能从外部形态加以预测的,不能遵循先例,也不能综合各种因素加以考量。倘使如此,法律预测说是站不住脚的。霍氏又为什么没有像奥斯丁那样将法律与道德的界限像领土一样划分得精确无比呢?这也正是霍姆斯的高明之处。他知道:“法律如果不是道德的一部分,它也要受到道德的限制,但这种对权力的限制并不与任何道德体系同延。对于大部分限制而言,它落在任何这种道德体系范围界限内,在某些情况下,可能伸出界限外,因为根据取决于特点时间特点人们的习惯。”因此,我们可以看出,霍姆斯的法律与道德是相互融合的。

《法律的道路》一文发表于1897年,产生影响应该是在20世纪中前期。回顾20世纪中前期的法学流派,我们就知道霍氏的影响之大了。新自然法学派的代表人物之一的富勒出生于1902年,新分析法学派的领军人哈特出生于1907年。如果时间上的契合并不必然使笔者的观点成立的话,那就请随笔者追忆那场发生在新自然法学派和新分析法学派之间关于法律与道德关系问题的大论战吧。富勒认为法律是一种有目的的事业,他划分了“道德理想”和“道德义

* 作者简介:苏楠(1982—),男,辽宁省大连市人,辽宁大学法学理论专业2005级研究生;
王硕(1981—),男,吉林省长春市人,辽宁大学法学理论专业2005级研究生。

务”,认为义务的道德与法律最为接近,向往的道德和法律没有直接的联系,但与法律目的的实现有关。哈特不否认法律和道德的关系,他认为法律体现着道德或者原来就是道德规范,不否认存在评价法律的道德标准和对法律进行道德评价的重要性,甚至赞成在宪法和法律解释中使用超法律的道德标准。从富勒和哈特的争论中,我们说 20 世纪中前期关于法律与道德关系的分歧已不再是两者同一还是毫不相干的问题了,而是在承认法律和道德之间有着必然联系的前提下进行的。新自然法学派强调法律和道德内在的联系,而新分析法学派则强调两者在形式上或者说是语义上的联系,主张实质上的区分。尽管两派争议仍在,但是他们都或多或少地采纳了霍姆斯关于法律和道德关系的观点,再也不偏执于要么对要么错的极端了。

如果我们从一个实用主义者的视角理解霍姆斯的法律道德观或许会更轻松一些。当我们说一个人是实用主义的,我们的意思是指这个人太执着于他要得到的结果而不考虑他的行为是否道德。实用主义大师詹姆斯在其《道德哲学家和道德生活》中把道德研究分为三种:第一种是心理学的,即推动人们行为观念的心理状态;第二种是形而上学的,即确定道德词汇应该如何使用;第三种是决疑的,即确定社会应该如何安排各种事务策略。霍姆斯对法律与道德关系的研究进程与詹姆斯道德研究的分类有着相似的结构。

霍姆斯的法律道德观的心理学特征在于他断言各种社会因素都是通过法官的个性起作用的,坏人的预测本身也说明了法律只不过是心理对于判决的某种感应;它的形而上学特征在于他对形而上的思辩的非议,主张道德词汇不应在法律领域中使用;他的决疑体现在重视法与历史经验的联系上,并把历史学的研究方法纳入到法学研究中。霍姆斯主张将法律和传统道德加以区分建基于这样一个前提下,即私人道德世界与公共道德空间的矛盾。一个人按他自己的道德准则行事的后果可能是遭到公共的道德批判。这些批判外在于这个人的道德世界。因此,不如内部的批判来得有效。对他人作出批判时,他们可以关注也可以忽视这些批判,但如果诉诸法律的制裁,他们就不会那样恣意了。

霍姆斯在公共道德领域的无助表现出了强烈的实用主义倾向。他看重的是道德在公共空间到底有多大的实际意义。如果有的话,笔者敢说霍氏是绝对会站在自然法学派一边的。推动人们行为的观念不是道德而是法律,是对法律畏惧的心理状态,道德在公共领域行不通,不能依靠道德来安排社会事务,这再一次表明了他的实用主义的法哲学观念。

参考资料

- [1]张文显.法理学.法律出版社,1997.
- [2]张文显.当代西方法哲学.吉林出版社,1987.
- [3]张文显.当代西方法学思潮.辽宁人民出版社,1998.

二律背反

——成文法局限性研究

陈 栋*

(苏州大学 法学院,江苏 苏州 215021)

摘要:成文法的局限性,是指成文法由于其技术上的特点而无法避免的使法律文本不能完全实现其目的情况。由于成文法局限性的存在,造成了法治运行过程中必须防范人而又不得不依靠人的两难境地。本文分析了法律局限性产生的原因,并初步谈及了克服法律局限性的方法。

关键词:成文法;局限性;二律背反

一、成文法及其特质

成文法即以文字形式出现的法律。公元前7世纪,古希腊各城邦普遍进入成文法阶段。在中国,公元前536年,郑国执政子产“铸刑书于鼎”,“以为国之常法”,使得“临时制刑”为“事断于法”所取代。

成文法的公布使得统治者的任性受到约束,形成了某种程度的法治。但一经公布成文法便揭开了法律局限性问题的序幕,“就根本作用而言,成文法不过是防范人性弱点的工具”。^[1]法治要求一种形式化的管理,尽可能排除由于人的参与而导致的任意与不确定。基于此,法律必须具备以下两个技术特点,即普遍性、确定性。所谓普遍性,是指法律应当从纷繁复杂的社会关系中高度抽象出来,只对社会关系作类似的调整或规范调整,而不作个别调整,只有在去掉受规范客体独有的特征而实现普遍化之后,才有可能对公民平等地适用一体的法律,防止立法者和司法者任意地偏惠或苛待某一社会阶层或个人,实现法律上的平等。所谓确定性,是指法律规定了一定行为与一定后果之间的稳定的因果关系,将一定的行为模式类型化、固定化、法律化。法律因此具有可预见性,人们在行为之前即可预料法律对自己行为的态度,从而根据法律趋利避害地选择自己的行为。法律若失去确定性,人们将因为不能预见自己行为的法律后果而无所适从。从技术上看,普遍性和确定性使法律成为不加区别地规范一切人的一切行为的规矩,成为一种无私无欲的客观尺度从而使人们获得了效率、安全等价值。然而,事物从来不是尽善尽美的,选择的同时就意味着丧失。现代法治要求法律的制定与实施必须优先考虑安全与效率,必须防范人性弱点对法治的破坏。与此同时,法律也就相应地失去了一些价值,法律的局限性也由此产生。

二、成文法局限性之产生

法律的局限性,“指法律基于其防范人性弱点工具的特质在取得其积极价值之同时不可避免地要付出的代价,是法律由于其技术上的特点不能完善地实现其目的的情况。”^[2]造成法律种种局限性的原因,有的是因为价值取舍,比如,法律的普遍性和个别化各有其合理性,但二者只能取其一,而任何一种偏废都有可能导致非正义;有的则是因为法律的载体——文字本身的特性,造成公布出来的法律不能准确、完整地表达其目的。徐国栋教授将法律的局限性概括为不合目的性、不周延性、模糊性和滞后性,^[3]对此笔者深表赞同,以下分述之:

(一)价值取舍

1. 普遍性与个别化的矛盾。法律的普遍性特征使法律只注意其适用对象的一般性而忽视其特殊性,然而,适用于一般情况能实现正义的法律在适用于个别情况时却可能导致不公正的结果,在抹杀了适用对象在职业、教育、心理、财产状况等现代生活的基本构成要素上的差别之后,法律常常在获得一般正义的同时丧失了个别正义。或者说,一味地追求形式正义,最终有可能仅仅取得形式上的整齐归一,却恰恰忽视了正义本身。

2. 安定性与灵活性的矛盾。法律必须保持一定程度的稳定,这是维护法律自身的权威和国民对法律的预测可能性的需要。但是,法律调整的社会生活却是开放的、变动不居的。保守的法律时常与飞速发展的社会生活脱节,即法律的滞后性。庞大而成熟的法典本身就具有惯性,使其在社会发展面前裹足不前。因此,法律必须具备一定的弹性,为社会的发展与变化留下必要的空间。但是,寄希望于法律的及时修改来解决其滞后性问题,也同样不现实。

(二)成文法的载体——文字本身的特性

立法者的意图通过文字向全社会表达,因此法律在文字上务求明确,一方面使民众准确无误地理解法律的含义,一方面也是限制司法者解释法律的空间,防止司法者以解释的名义损害立法权威、侵害公民权利。最理想的状态是:

* 作者简介:陈栋(1983—),男,江苏盐城人,苏州大学法学院2006级法学硕士研究生,主要研究方向为刑法学。