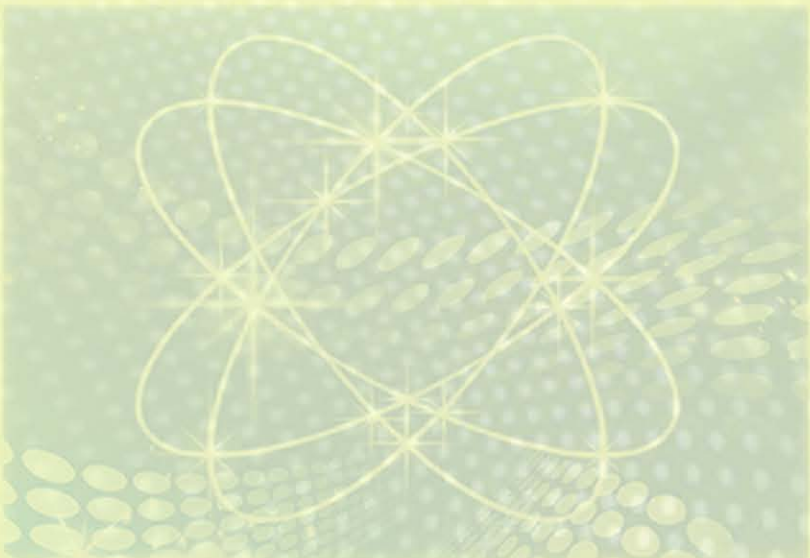
西部政法论丛

（一）

刘志坚　任海涛　主编



兰州大学出版社

西部政法论丛

（一）

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. 2010 /刘志坚,任海涛主编 . — 兰州: 兰州大学出版社,2010. 3

ISBN 978-7-311-03542-6

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010) 第 032368 号

责任编辑 高燕平
封面设计 张芳芳

书　　名 西部政法论丛(一)
作　　者 刘志坚　任海涛　主编
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 兰州残联福利印刷厂
开　　本 880 ×1230　1/16
印　　张 13. 25
字　　数 543 千
版　　次 2010 年 3 月第 1 版
印　　次 2010 年 3 月第 1 次印刷
书　　号 ISBN 978-7-311-03542-6
总 定 价 105. 00 元(共三册)

(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 Lawand 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

副 主 编 付　厅　马　晨　赵振华　黄皓翔

编　　委 张　婕　赵　聪　宋立文　王珊珊　周光旭　张桂艳　殷　欣

编辑部主任 任海涛

邮　　箱 politicslaw@ sina. com

目　　录

法理学研究

从教育差距想到中国户籍制度
——从正义与秩序视角 …… 谈其竞(1)
法律硕士教育在法治进程中的发展 …… 吴静静(3)
论语境论的法学方法 …… 刘永灿(5)
道德义务不应成为不作为犯罪的义务来源 …… 孔德伟(7)
增设醉酒驾驶罪的合理性研究 …… 宋麦囤　王　玲(9)
论中国法制现代化 …… 王　飞(11)
世界的理念
——我看环境法的价值理念 …… 陈　浩(13)
论法官造法的必要性 …… 谢荷树(15)
先用权抗辩的法律问题研究 …… 费津红　龚贵寒(17)
这样理解《司法和国家权力的多种面孔》…… 张　伟　张　成(19)
论法律理性和婚姻伦理性的冲突与融合 …… 王雅琦(21)
对中国古代的刑罚制度的民族心理分析
——以古代中国统治者为视角 …… 何俊辉(23)
浅析罗马共和国前期的执政官制度 …… 张　倩(25)

公法研究

评析“电子警察”执法的利弊 …… 陈东博(27)
TRIPS 协议与我国规制专利权滥用之规则比较研究
——以反垄断规制为视角 …… 聂　生(29)
反垄断法的域外适用的国际冲突与协调 …… 江红霞(31)
经济法价值在反垄断法中的体现 …… 蔡海燕(33)
重视量刑建议,完善量刑检察监督…… 张　威　夏佩佩(35)
劳动合同试用期制度研究 …… 孙卓钧(37)
全面构建民族区域自治地方利益补偿机制的新思路 …… 吴多美(39)
我国网络立法现状初探与建议 …… 王　威(42)
解析理性行政法 …… 王　伟　黄　涛(44)
重罪案件中的刑事和解制度 …… 陈吟绮(46)
论刑事被害人诉讼权利的保护 …… 者丽琼(48)

为试读,需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com

价格歧视与反垄断规制的一般分析 …… 王雯茜(51)
浅析责任保险 …… 唐旭田(53)
论环境影响评价制度的法律功能 …… 冯佳斌(55)
外资并购中的反垄断问题研究 …… 韦振东(57)
食品安全信息披露制度初探 …… 朱素琴(59)
论当代监狱制度对刑罚基本目的的背离 …… 彭艳林(61)
被害人承诺问题研究与司法适用
——以强奸案为例对“事后承诺”之概念重新审视与修正 …… 王学文　刘　勇(63)

私法研究

金融控股母子公司治理制度之考量 …… 朱　潇(66)
从姓名侵权到人格混淆 …… 张璟洋(68)
股票期权的企业所得税税收处理问题浅析 …… 刘晓晓(71)
商誉权趣谈 …… 赵振华(73)
试论驰名商标淡化的认定
——兼评福建泰格诉曾广龙案 …… 朱颖艳(75)
浅析我国商事登记法律制度 …… 董晓娜(77)
论上海世博会场馆的著作权保护 …… 张如怡(79)
中国数据库路在何方
——探究中国数据库的版权立法模式 …… 张如怡(81)
商号(商业名称)权性质及其法律保护问题 …… 赵振华(83)
论公民姓名权的正确行使
——基于赵C改名案的研究 …… 张元军(85)
浅析我国探望权的性质与法律思考 …… 李月太(87)
我国有限责任公司股权转让登记制度比较研究 …… 黄扬杰(89)
对完善我国证券交易税收制度的一些思考 …… 严婷婷(91)
票据权利善意取得制度评析 …… 任培君(93)
房屋承租人有益费用返还请求权实质 …… 张占平(96)
论商标侵权中“相似性”与“混淆”相结合的认定标准 …… 刘　鹏(98)
集体林权改革的《物权法》解读 …… 马振华(100)
简论基因的可专利性 …… 于施文(102)
建筑作品的法律保护 …… 屈灵玲(104)
证券法虚假陈述民事责任探析 …… 彭思琪(106)
合伙的民事主体资格研究 …… 束永军　张　静(108)

程序法研究

量刑的程序控制
——以实现量刑公正为目的的探讨 …… 张　威(110)
论司法改革中程序保障制度的完善 …… 孔　杨(112)

浅析民事诉权与民事请求权的关系…… 杨　扬(114)
诉权滥用的规制…… 张　伟　张　威(116)
论提高司法鉴定结论证明力的途径与方式…… 姜　伟　陈　婷(118)

国际法研究

论“对一切”义务对现代国际法体系的影响 …… 王潇溪(120)
跨国腐败行为的经济学分析及其借鉴意义
——以《联合国反腐败公约》为切入点 …… 丁　涛(122)
论否定法律规避行为效力的不合理性…… 恽艳茹(124)
论信用证欺诈和银行风险防范…… 赵　镭(126)

哲学社会学研究

教育目标如何契合社会需要…… 赵艳霞(128)
对马山县里当瑶族乡教师培训问题的研究及思考…… 周　颖(130)
个体户成长过程中的社会资本分析…… 陈伟斌(132)
从教育的区域结构看当代农民工子女的教育问题…… 王　成(134)
多元文化差异下的双语教学
——以西南民族大学彝英双语教学为例…… 代启福(136)
西安回坊回族的民族认同现状研究…… 李景梅　阎　蕾(138)
浅析台湾原住民族识别标准及管理措施…… 梁西宁(140)
赈灾捐赠:一种全面呈现形式
——以汶川地震捐赠为例…… 刘东旭　王　路(142)
浅析红色高棉灭亡的原因及所带来的启示…… 董天宇(145)
精神之能动及其现代意义
——解读马克斯·韦伯《新教伦理与资本主义精神》的思想精华 …… 刘天骄(147)
中哈两国哈萨克语言文字的发展现状及比较…… 马依努·沙那提别克(149)

政治学新闻学研究

从伊拉克战争看冷战后美欧的国际政治理念…… 王　敏(151)
“瓮安事件”对领导者处理突发性事件的启示 …… 石　萍(153)
浅论新中国成立以来中国共产党对执政规律的探索…… 赵红伟(156)
浅述20世纪30年代美国的中立政策…… 殷　欣(159)
完善农产品收购加工企业增值税制度
——以堵截农产品加工企业抵扣漏洞为基础的构造…… 陈　娟(162)
中国农村的政治参与
——评《Political Participation in Rural China》…… 司开玲(165)
简论幸福…… 王小红(167)
论“体验阅读”与报纸发行中的客户关系管理 …… 李雅菲(170)

《熊图腾》的文学人类学释读 …… 聂　晶(172)
邓小平的党群关系思想研究…… 秦德波(174)

经济学历史学研究

浅论当代金融衍生工具的金融监管制度…… 翁　臻(177)
18 世纪下半叶德意志文化民族主义的兴起 …… 谢小琴(179)
对银行不良资产证券化的思考…… 耿荣国(182)
世界金融危机对中国经济的影响及对策…… 赵晓宁(184)
新形势下如何应对国际项目贷款的风险…… 贺　磊(186)
次贷危机中资产证券化的作用
——资产证券化中风险揭示及美国金融监管…… 盛　晨(188)
我国发展绿色经济的对策研究…… 陈　屹(190)
浅析社会主义政治经济学论述体系中各种概念…… 李　睿(193)
循环经济发展与我国对策研究…… 刘颖颖(195)
改革开放以来新自由主义思潮对我国经济政策的影响…… 岳晓方(198)
俄对蒙独立问题的外交决策过程
——关于蒙古代表团…… 裴霏霏(200)
试论清代致仕制度…… 白莉娜(202)

从教育差距想到中国户籍制度

——从正义与秩序视角

谈其竞*

(华东政法大学　研究生教育院,上海　200042)

摘要:本文从农民工子女的教育问题入手,从法理学的正义与秩序角度来分析我国的户籍制度。同时,对我国的户籍制度改革也提出了自己的一些想法。

关键词:农民工子女教育;户籍制度;正义;秩序;迁徙自由

一、我国农民工子女教育现状

长久以来,农民工子女的义务教育被排斥在城市教育体制之外。农民工始终伴随着我国改革开放的进程,已经有近30年的历史,也就是说,很多农民工的第二代已经在城市立足生根,农民工子女的教育问题已成为一个重大社会问题。农民工子女受教育问题不仅是关乎社会可持续发展的教育问题,而且也是关系我国社会稳定的重大社会问题。

我国现行宪法明确规定:中华人民共和国公民在法律面前一律平等。农民工构成了我国庞大的流动人口群,而流动人口是与常住人口相对而言的。但作为公民,流动人口和常住人口一样,享有宪法规定的法律上的平等地位,或者说平等的基本权利义务。[1] 之所以出现以上情况,我国的城乡二元的户籍制度是主要原因。

二、户籍制度

(一)我国古代的户籍制度。中国的户籍制度源远流长。户籍即登记居民户口的册籍,现通称户口簿,是人口普查的重要工具。历代统治者总是将户口多寡作为国力盛衰与社会治乱的标志,对户口的增减极为重视。但是,建立在自然分散的个体小农经济基础之上的封建政权,其户口统计只是出于征调赋役的需要,并非着眼于考察人口。

(二)国外的户籍管理制度。户籍管理是世界各国最根本的社会管理制度之一,不光中国有此制度,国外也同样有。外国的户籍管理多叫"民事登记"或"生命登记",其内容多包括人口出生登记、死亡登记、婚姻登记,与我国的户口登记几乎相同。但像法国、荷兰等国家的出生登记,内容十分详尽,不仅有公民出生年月、性别、单双胞胎等内容,而且还有其父母的职业、经济收入、国籍、宗教信仰等内容,比我们的户口登记要详细得多。国外对公民的迁移和移居多采取的是市场加法治的管理手段,这样可以保持整个社会的稳定。[2]

(三)我国现行的户籍制度。作为计划经济的产物,我国的户籍制度在特定的历史时期曾有效地推动了我国传统工业的起步与发展。1958年1月全国人大常委会通过了《中华人民共和国户口登记条例》,从此宣告了新中国户籍制度的诞生,其在实践中有一个基本特点,即户口的不可迁移性。[3]

(四)由户籍带来的歧视问题。就中国农民来说,假如有人因为农民文化素质低而鄙视他们,那也是一种不得不承认的社会现实。20世纪80年代末,"民工潮"一浪高过一浪,数千万农民涌向城镇"打工",然而"城乡差别"并没有因为农民大量进城而消失,社会上把进城"打工"的农民称之为"盲流",城中最脏、最累、最苦的工作几乎都是进城谋生的农民去做。而他们子女的教育问题,因为没有城市户口,大部分孩子也只能"寄人篱下"。

三、法理学的正义与秩序

(一)正义

1. 何为正义?(1)柏拉图和亚里士多德的正义观。柏拉图在其《理想国》中提出,天生不同阶级的人各有其物,各尽其职,互不僭越,就是正义。亚里士多德认为,法是"不受主观愿望影响的理性",这种合乎理性的法,是衡量正义与否的准绳。正义就是合法,不正义就是非法。他还将正义分为"一般意义的正义"和"特定意义的正义"。(2)自然法学的正义观。17—18世纪的自然法学家的正义观,同他们所主张的自然权利是一致的。所谓自然权利,即是人类的理性和正义。"自然法高于人定法"这一原则,实质是把合乎人类正义作为衡量人定法的合法性的标准。当人定法是侵害人权的恶法时,就要诉诸自然法即自然正义。(3)罗尔斯的正义观。罗尔斯认为正义的问题应当优先于幸福和功利,即"正当"对"善"的优先。一个人可以为了取得个人更大的目标而自己作出暂时的牺牲,但社会却不能为了某些人的利益而牺牲另一些人的利益。(4)唯物史观的正义观。马克思的正义观,认为正义的标准不是永恒不变的,而是随社会物质生活条件而变迁的。是否正义在于能否适应进步生产方式的要求和符合政治文明的要求。[4]

2. 从法理学的正义角度来看看我们的户籍制度。(1)户口:身份不平等。根据户籍制度规定,个人在出生之始就

---

* 作者简介:谈其竞(1979—),男,安徽肥东人,华东政法大学研究生教育院2007级硕士研究生。

有了户口身份。中国户口登记制度的“独特性”在于户籍有建构不平等身份的“功能”,违背了公平的正义原则。首先,法律必须使其规定的主体的权利与义务相对等。然而,中国非农业人口与农业人口的待遇差别非常之多。其次,户口登记制度本身要分清楚身份,是显然的不平等。最后,城市有私利心的人是这一制度的坚守者。(2) 户口地:籍地特权。户籍制度规定按照地域确定个人权利和配置资源,与公平的正义和分配的正义原则相去甚远。户口地是不能选择的,依此来确立权利、利益分配显然是不合公平和正义的。户口所承载的权利与利益分配原则,导致了籍地特权和地域间的歧视,形成了籍地权利高于公民权利的状况。(3) 迁徙限制:户口迁移审批制度等使政府某些机关的权力过分膨胀,在一定程度上为腐败的滋生提供了土壤。各机构设置的城市增容费、子女借读费及各种名目的“管理费”已使行政权力成为侵犯公民人权的尖刀,扎在了本来就身处劣势的农民工身上。这显然违背法律的正义原则。(4) 迁徙自由:符合法的正义要求。我们研究法,其中一项重要的价值就是对正义的追求。迁徙自由是否是善的,是否符合正义的要求呢?迁徙自由是作为人的一种自然和初始的权利,是应该受到保护的。

(二) 秩序

1. 良好的法律即良好的秩序。秩序是指“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”。法律秩序将社会秩序规范化、法定化,以及法律本身的运作程序化,它是防止社会无序的重要手段之一。秩序毕竟只是一种控制社会的形式,它的价值决定于其所要维护的实质内容:是民主自由的秩序,还是专制统治的秩序;是维护人权正义的秩序,还是奴役压迫的秩序。[5]

2. 从法理学秩序角度来看看我们的户籍制度。(1) 秩序的建构需要合理。户籍制度的一项重要功能目标就是维持社会秩序,是为了通过对公民户口的管理,来掌握他们的活动信息,控制他们的行动范围,从而达到建构或重建社会秩序的目标。而我国的户籍制度也确实建构了一种秩序,在这一秩序结构中,人们是以户口身份来分层的,社会是按照城市和农村来分治的,国家是根据地域来治理的。户籍制度所构建的秩序可以说是一种人工维持的秩序,这样的秩序对于公民的社会生活来说,不是很理想。公民的私人生活领域,并不需要太多的公共权力的介入,所以,通过人为的强制力来治理生活领域的秩序,可能会影响和阻碍生活领域中的自治秩序的发展。户籍制度通过管制措施限制了人们行动的范围,虽然实现了静态秩序的稳定,但这种管制也削弱了公民的自治能力和交流理性的发展,抑制了合理制度和自治组织的形成。[6] (2) 迁徙自由:体现法所追求的秩序。对于人类社会来讲,随着人类文明的进步与发展,生产力水平的不断提高,资源的稀缺可通过摄取资源的手段的拓展而得到一定程度的解决,而迁徙又不可避免,这就需要构建起一种新秩序。这种秩序中,迁徙是被允许的,甚至是自由,并对原有秩序中的利益主体不致构成威胁,这就需要对迁徙自由做出一个界定:它只是迁徙中的自由,并在迁徙中对公共产品和资源享有的自由。这就形成了一种新型的有利规则,这种规则被确立并被沿用,直到形成一种新的习惯。

四、对我国目前的户籍制度改革的思考

从户籍制度的现实弊端来看,户籍改革关键要解决的问题,是剥离附加在居民户口上的医疗社保、教育、就业、交通事故赔偿“同命不同价”等方面的不平等权利和保障因素,恢复户籍应承当的居民户口登记和身份识别功能。

首先,要让进城务工的农民工逐步获得“市民待遇”。一方面,农民工用自己的劳动为城市经济社会发展作出了贡献,另一方面,如果相关法律法规和制度许可,农民工还可以将他们在农村的土地使用权的价值转化为社会保障,这意味着他们带着社会保障金从农村来到城市,城市并不需要为“安置”他们而支付额外的成本。所以,城市没有理由拒绝给农民工落实市民待遇。

其次,要让留守在农村的农民也享有与城市居民大致等同的基本权利和社会保障。中央已经确立了“工业反哺农业”、“城市反哺农村”的方针,新农村建设的一个重要内容,就是中央和省级政府要加大对农村的财政投入。医疗卫生、劳动和社会保障等部门也要积极履行职责,为农村社会的医疗卫生、社会保障、基础设施建设和经济发展提供强有力的支持,创造良好的条件。

五、结语

19 世纪法国著名思想家皮埃尔·勒鲁说 “平等是一项原则,一种信条;而平等这个词的革命象征就意味着:平等是一项神圣的法律,一项先于其他一切法律的法律,一项派生其他法律的法律。”要改革我们的户籍制度,就是实现我们心中的正义,重构有利于每个人的秩序。这样才能改变农民工子女在教育上受到的不公正待遇,解决一切与户籍制度有关的不平等问题。

注释

[1]王新华. 中国户籍法律制度研究. 中国人民公安大学出版社,2001.

[2]田炳信. 中国第一证件——中国户籍制度调查手稿. 广东人民出版社,2003.

[3]杨云善,时明德. 中国农民工问题分析. 中国经济出版社,2005.

[4] [5]郭道晖. 法理学精义. 湖南人民出版社,2005.

[6]陆益龙. 超越户口——解读中国户籍制度. 中国社会科学出版社,2004.

法律硕士教育在法治进程中的发展

吴静静*

(南京大学　法学院,江苏　南京　210093)

摘要:中国的法治发展经历了漫漫道路,本土化的思想启蒙在整个法治建设中都起着高瞻远瞩的地位。法律硕士的培养在中国法治建设道路中是一面鲜红的旗帜,制度的合理性以及从国外汲取的先进理念无疑不为我国法律硕士教育的发展提供了更广阔的天空。

关键词:法治发展;法律硕士

一、基点:中国与世界

(一)中外法治理念的融合与冲突

中国作为发展中国家,其法律制度以西方文明发达国家的法律制度作为模范,当然是无可厚非的。甚至可以说,借鉴西方的法律制度对于发展中国家的中国来说,是势在必行,理所当然。

然而应该承认,西方资本主义国家历史发展过程中积累的经验教训中既有"糟粕"也有"精华"。前者如西欧各国资本原始积累过程中剥夺农民土地的"羊吃人"的圈地运动、工业化时期的血汗工厂制度、童工制度、19 世纪 70 年代以前对劳动者结社自由的普遍压制以及直至第二次世界大战前在西方各国尤其在美国社会显著存在的弱肉强食的社会达尔文主义,等等。后者如限制政府权力、司法独立、人权保障、民主选举制度,等等。令人遗憾的是,综观近年来的社会百态,中国仍然存在着很多不公正的社会现象,如三聚氰胺奶粉事件中,众多受害婴儿的家长们难以及时地寻求司法救济;在类似山西泥石流等人为因素造成的重大伤亡事件中,一些真正有责任的党政官员难以被追究司法责任,等等。这些现象的产生,是因为中国法治尚不健全,法治建设中的法治理念与实践还存在着脱节现象。

(二)法治发展道路中新型培养模式的产生

制度一向是人创造的主观能动活动。培养人才,普及法律思想一直是冲破制度枷锁的利剑。中国是发展中国家,经济的发达必定带来不安定,这就急需健全的司法方法和手段。但是,中国所面临的则是法律人才远不能满足需求,法学教育不够普及。

根据《中国人权事业的进展》报告记载,从 2000 年开始中国的律师人数从整体上就没有变化,维持在 11 万余人的基础上,始终没有超过 12 万人。另据统计,中国目前还有 206 个县没有律师。我国与发达国家每一万人的律师比例的比较,美国:85 万、31.7/10000;英国:9 万、15.4/10000;法国:3.6 万、6.2/10000;德国:6.2 万、8/10000;日本:1.5 万、6.2/10000。而中国就是以 12 万计算才达到 0.8/10000。从以上一系列数字不难看出,我国法律人才极其匮乏,离党的十七大提出的法治国家的标准也很遥远。中国法律硕士的诞生其实是为法律人才的培养摇篮中注入新鲜的血液,也更是一种机遇和挑战。我们的法律硕士培养模式是新时代的产物,是吸收国外法学人才培养模式的精华,但真正的发扬光大并为中国所用还有一段距离。

二、区域:本土化发展与契机

(一)中国法律硕士的发展概略

我国法律硕士教育于 1995 年批准设置,1996 年正式试办,迄今已走过整整 14 个春秋。这 14 个春秋是中国极富挑战性的改革与创新的时期:加入 WTO,北京申奥成功,上海世博会的即将召开等等都将中国推进世界人民的目光中,推到绚烂的世界大舞台上。中国与世界交往日益增多,并且由于各种因素的作用,也使得国际事务愈加复杂,因此中外的摩擦和冲突也剧增,法律知识在和平处理安全、贸易、经济、政治、文化等等领域中显得尤为重要。

据近年来的统计显示,法律硕士专业一直居全国几百个研究生招生专业中最热门的十个专业之一(居第三位)。这些广泛分布在全国广大区域的法律硕士培养单位培养了大批高素质的法律人才。特别是在职法律硕士,绝大多数是各地各级司法机关、党政和社会管理机关的领导或骨干,他们为促进当地经济、政治和社会的发展,为维护社会和边疆的稳定,为构建和谐社会做出了不可或缺的贡献。但是,我们也要清楚地认识到:目前和下个世纪前半期,我国整个法律职业团体将始终存在两大矛盾,一是我国经济社会发展对于大批法律人才的需求同我国法律人才十分缺乏的现状之间的矛盾,二是我国大批既懂法律又懂其他学科知识的高层次的复合型的法律人才之间的矛盾。

---

* 作者简介:吴静静(1986—),女,江苏盐城人,南京大学法学院 2008 级硕士研究生,主要研究方向为公司法。

为试读,需要完整PDF请访问:www.ertongbook.com

(二) 法律硕士教育对法治理念的吸收

党的十七大报告中鲜明地提出了中国的法治发展道路和法治方针。法治发展是一个以建设作为动力的渐进过程。法治制度的建构、体制的完善、机制的完备都不是短期可以完成的,它需要的是一个历史的过程。而且这一过程是随着时间的推演而不断推演的,更是随着体制、制度、措施的科学累加而完备的。在某一个时期相对完备的法治,随着时代的发展也会变得不那么完备而需要进一步的发展。法治本身的渐进性质,决定了法治发展是一个渐进的过程。

法治建设的发展与法律硕士的培养在中国的蓬勃兴起是密不可分的,一种制度的存在总是有它存在的价值和优点的,法治发展是一种以牺牲少数人利益和个人公平的动态发展,法律硕士的成长在中国法治道路上也是一种从卑微到茁壮的渐进过程。因此,只要制度制定完善和良好,前进道路上的荆棘也阻拦不了发展的步伐。我们要把握传统法律资源中的本土性特色,别开生面,走出一条与西方殊途同归的现代法治建构路径,培养出现代法治理念的法律人才。

三、展望: 突破和涅槃

(一) 模式培养的突破

法律硕士的培养模式是在美国以司法为中心的教学环境中引进的,然而我们却使她在以立法为中心的法学教育环境中培养,这使作为法律硕士核心竞争力的应用性、复合性的能力得不到锤炼,结果是,法律硕士失去核心竞争力,又没有得到像法学硕士一样的学术训练,这导致法律硕士在实践中只是接受了 3 年本科生一样的法律理论教育,这样的理论教育远离实践,有论者甚至称之为"屠龙之术"(固然精妙,然而世间却无龙可屠) 。法律硕士培养的预期目标远远没有实现,最终使得法律硕士社会认可度低,出现就业难等等一系列的问题。要改变这一现状,制度的改革势在必行,培养模式的创新也有必要,比如必须大量增加实践性的法律文书写作,展开最切合法律硕士培养目标的法律诊所教学,创造条件使学生得到更多的锻炼。

当今世界瞬息万变,人才辈出,对于广大法律硕士来说,担负的压力尤为沉重。我们要想在法律世界中找到个人的一席之地,其实更需要不断的积累和学习。因为和广大的法学硕士相比,我们法律硕士的理论功底是普遍不足的。诚然,实务性是当初开创此专业的初衷,但离开了法学理论的积淀,空谈法律实践和实务无疑是无本之木、无源之水,也是与设置法律硕士学位的初衷相悖的。其实,如果把法律知识与自己原本的专业完美结合,当不失为一种更好的途径。

(二) 法治发展与法律硕士发展的结合

法治建设离不开法学教育。法律教育是国家民主法制建设的基础, 是实现法治国家的先导性工程。党的十一届三中全会以来的改革开放是以解放思想为思想基础的,这为我们期待已久的思想启蒙带来了很好的社会氛围,民主政治、自由经济、平等、自由、人权等观念在中国大地上又一次得到了广泛的传播。当我们看见人们知道如何用法律维护自己的权利时,看见普通百姓敢与政府对簿公堂时,我们可以说我们的思想启蒙在今天的中国已经取得了很大的成绩。但我们所期待的思想启蒙还远未达到法治社会所需要的程度。

对于复合型法律人才的培养,灌输思想启蒙,灌输良法意识,是极其重要的。法治思想的发展与法学教育的相结合,对于中国的法治发展将会起到承前启后的重要作用。中国法律硕士无论其毕业后选择何种职业,具有坚定的法治理念都应当成为他们独特的"遗传基因"。仅仅将法治作为一种精神信仰是不可指望的,法治的维系必须以其恰切地反映一定社会的利益关系为前提,法治的进步其实也只意味着它及时地顺应了社会利益关系的变迁。因此我们的法学教育不应当忽略这一基本原理,应当完整、透彻地向学生揭示法治与社会的关系,在社会情境中展开法学教育,告诉学生: 法治只是一种理智的选择,而不可能是一种理想的选择。选择法治既意味着对社会成员共同利益、长远利益的维护,也意味着对社会成员个体利益、短期利益的舍弃; 养成法治理念不仅需要理论上的"真悟",更需要实践中的"力行"。只有这样,我们在法治的道路上才能越走越远,越走越好。

参考文献

[1] 黄文艺. 论中国特色社会主义法律发展道路[J]. 法制与社会发展. 2007,(10) .

[2]龚刃韧. 法治的正本清源——评《社会主义法治理念与资本主义法治思想的比较》[J]. 法学,2009,(6) .

[3]张文显. 法治宣言,法学文献——十七大报告的法学解读[J]. 法制与社会发展,2007,(6) .

[4]卓泽渊. 中国现代法治的反思[J]. 政法论坛. 2007,(5) .

[5]王健. 中国法律硕士教育的创办、发展与成就: 1996—2006[J]. 法制与社会发展,2007,(5) .

[6]王保树,王振民. 略论复合型法律人才的培养[J]. 清华大学教育研究,2001,(1) .

[7]陈彬. 法学教育重法治理念传承[J]. 瞭望,2009,(4) .

[8]裘斌,林小燕. 关于中国传统法治本土资源现代价值的若干思考[J]. 云南行政学院学报,2005,(6) .

论语境论的法学方法

刘永灿*

(沈阳师范大学　法学院,辽宁　沈阳　110034)

摘要: 随着哲学领域中语境论研究的越来越深入,产生的影响越来越重要,如何将语境论的方法引入法学领域,通过对一种相对长期存在的法律制度或法律规则的语境化理解,面向中国法学的未来,语境论在方法论上有明显独到的见解,值得借鉴。

关键词: 相对长期的制度; 法学方法; 语境论

自现代法学引进并传播于新中国以来,相比较于立法的繁荣,法学理论的兴盛,部门法的争奇斗艳,在法学研究方法的关注和研究成果上显得很是苍白。法学的历史反复表明,用于研究工作的方法是否正确和有效,对于科学研究是至关重要的。在法学史上,法学领域的变革或革命往往是由方法的更新或革命引起的。大凡一种新的法学理论或学说的兴起都是从研究方法的突破开始的,至少是与方法的更新分不开的。[1] 在当代科学哲学的发展中,语境论(Contextualism) 作为一种方法论与世界观,正在越来越受到人们的普遍关注。对于当下语境论的方法在法学的研究上能发挥多大的作用,如何将语境的方法引进法学的方法论体系,如何回应构建中国的法学这些问题,朱苏力先生的《语境论——一种法律制度研究进路和方法的建构》[2] 在批判既有的常用法学研究方法的同时,着重对语境论的法学研究方法在可能性和程序性上进行了建构。

语境是多向度的,它是构成某种事物特质的文化台面(包括社会政治、意识形态、价值观念、时代精神);它是设置和深藏于该事物后面的根据和意义;它还指一种我们观察事物所持的角度、立场和文化视角,是附属于我们观察者身上的一种无形的文化积淀物或者说是我们分析事物时所能调动的一切文化资源和复杂材料。[3] 在本文中,对一种相对长期存在的,据此可以认定获得了特定时代人们之认可的法律制度或法律规则,作者力图语境化的理解(任何一种相对长期存在的) 其历史正当性和合理性。制度及制度下的规则都是具体语境的产物。研究者不能陷入以研究者自我主体所形成的想当然的推测和臆想中,一定要深入具体语境,在尊重话语历史的真相前提下去选择组合事实、拆解梳理材料并得出自己的解释和看法。作为方法的探路者,作者也希望后辈学人能更好地开创法学研究方法。

作者开篇在问题的提出及界定上指出对长期存在的、特定时期的法律制度或法律规则进行理解和研究的必要性,这一问题在当下处于转型期的中国法学研究中是一个具有重要理论意义和实践意义的一般性问题。但是当前学界中采用的法条主义方法并不能承担这一历史任务。作者对语境论的研究方法的界定是: 坚持以法律制度和法律规则为中心关注,力求语境的(设身处地地、历史地) 理解任何一种相对长期存在的法律制度、法律规则的历史正当性和合理性。这种进路相较于其他的研究方法优点就在于避免政治大词,在尊重过去的基础上理解过去、分析历史上存在过的制度。当然,这并不是否定通过这种方法会达至仁者见仁,智者见智的境地。作者并以中国传统婚姻家庭制度的研究为例,对语境论的研究方法进行全方位的展示。在这样一个进程中,不管是父母之命,媒妁之言的结婚还是和离、休妻的离婚,作者更多的是从社会背景,社会经济条件,社会的效益选择上进行了论证分析,这一进路内涵着对任何制度强烈的批判精神。当既有的一个制度所赖以存在的基础条件发生了变化,就要有新的、具有更多正当性的制度予以取代,这种语境论的方法反对用一种自我中心的、上帝似的态度来考察和评价任何制度,而主张并力求进入这种制度所得以产生的语境,移情地、体贴地、具体地予以考察和评价制度。作为能动的分析者要进行聆听,要以一种充满博爱之心的理解,要细致的调查以及对大量相关细节的辨识和把握,要分析事实和问题,而不是语词和概念。

通过中国婚姻家庭的例子我们认识了语境论分析方法的可能性,那么在所举例子之外是否有更为公式化的语境论分析方法呢? 作者通过五步骤的列举,对语境论的分析方法进行了可行性的研究。首先,在当前"善意的"重构以前的制度所针对的及所要解决的社会常规问题。这种重构是研究之初所要坚定的信念,当强有力的证据出现时研究者还要有放弃这一重构的坚定性。重构了问题之后,研究者要通过尽量翔实的材料考察当时人们的自然禀赋、自然环境、社会生产力、科技发展水平以及资源等相对稳定的因素,以及这些因素对于旨在解决这一常规社会问题的制度和规则选择的制约。从最主要的制约条件上去理解和发掘制度或规则的正当性。这种正当性的构建不能简单的固化,应当以一种非决定论的态度检寻其他适当规则或方法。虽然着眼点在过去,但是研究的重点仍在当前,第四步就是以

* 作者简介: 刘永灿(1986—),男,江苏徐州人,沈阳师范大学法学院2008级法理学硕士研究生。

类似的方式考察与该法律制度或规则相关的当代社会问题，考察支撑先前某法律制度或规则的诸多社会制约条件是否有重大到必须改变这一制度或规则的变化，基于当下已经发生的或有根据预期其即将发生的社会条件变化来说明新制度或规则的正当性，并进而推动新制度、新规则的建设和施行。语境论的研究方法以社会的接续性发展为认识基础，它的目的不仅仅是对过去的同情性理解，不仅仅是归纳和总结，更为重要的是针对现在，面向未来，面向发展的。

从历史的发展来看，浓厚的历史文化积淀使我们的法律生成和法律运作本来就有自己独特的语境，而且我们的法律语境完全有别于西方。唐宋时期我们贡献了一个令人骄傲的“中华法系”，为何近现代以来我们逐渐失去了我们固有的法律语境？而一旦失去了自己的语境，我们是否能搞好中国的法治呢？如李贵连先生所说“我们的先人以其丰富的创造力，构筑了一整套古代法学概念，从而使中华法系成为世界主要法系之一。但是，进入近代以来，我们的近代先辈由于受各种条件的限制，在法言法语的创造上没有留下多少东西。”[4]“中国法学在而立之年，仍然没有独立的自我意识，没有独立的风格；其内容和实质仍然不出翻译文化、抄袭文化；现实法学被讲义文化、教科书文化、解释法学文化所充斥。”邓正来在其著述《中国法学向何处去》中通过对中国法学 1978—2004 年这 26 年总体上的检讨，认为中国法学总体上“未能为评价、批判和指引中国法制或法律发展提供作为理论判断和方向的‘中国法律理想图景’”，[5] 出现了中国法学总体性“失范”的危机。近 30 年来的实践使我们越来越清晰地看到，中国实行法治的主要难题在于：引进的西方传统法治理论以及既往法治模式中所形成的，被认为具有普适意义的某些理念、原则以及制度遭遇到中国具体国情的挑战。语境论的研究进路因其固有的特性在解决这些问题方面会发挥得天独厚的优势。

从法的生成语境讲，我们在用产生于西方具体语境的具有普适性的理论和话语来阐述并且评判中国特定语境下的法律问题时，我们会不会搞错？或者说，不加区别地融入、渗透到西方特定的法律语境世界里，生成语境的不同，其结果有可能为一种“虚拟”的“外来”的世界观所颠倒、所陶醉，以为自己也处在谙熟的语境中，实质上它已经与中国的现实相距太远，充满了不属于中国本身的东西。以这样一种出发点及错误的进路来建构和发展中国的法治，根本无法回应中国法学向何处去这样一个问题。苏力老师说“不能仅满足于以西方的理论框架、概念、范畴和命题来研究中国，因为这样弄不好只会把中国人的经验装进西方的概念体系中。从而把对中国问题的研究变成一种文化殖民的工具”。[6] 通过语境论的方法认识我们的过去和现在，将现代化的理论融入固有的社会语境中，在密切关注中国固有传统的同时建设现代化的法治，达至社会的和谐。

当然，对语境论的研究方法也要语境的去认识，它不是亘古恒有的，它的产生和适用也是有其语境的。当下在中国社会处于转型期这样一个历史阶段，语境论的研究方法在引进西方的理论以及将这些理论中国化的过程中或许是比较合适的。虽然就理论研究来说，真正出色的、有深刻见解的成果从来不可能仅仅或主要来自方法或进路。语境论的研究方法只是法律制度研究中的一种，也正因为这一点，从语境论的进路得出的观点将同从其他进路获得的观点在一个思想和学术的市场中竞争，最终的裁判者将是社会和历史。

注释

[1]张文显. 二十世纪西方法哲学思潮研究. 法律出版社，2006.

[2]苏力. 语境论——一种法律制度研究的进路和方法. 中外法学，2000，(1).

[3] [4]田成有. 歧义与沟通——法律语境论法律与科学. 2001，(2).

[5]邓正来. 中国法学向何处去. 商务印书馆，2006.

[6]苏力. 从法学著述引证看中国法学——中国法学研究现状考察之二. 中国法学，2003，(2).

参考文献

[1]张文显. 二十世纪西方法哲学思潮研究[M]. 北京：法律出版社，2006.

[2]邓正来. 中国法学向何处去[J]. 政法论坛，2005，(1) ~ (4).

[3]张文显. 法理学(第二版[M]. 北京：高等教育出版社，2003.

[4]杨仁寿. 法学方法论[M]. 北京：中国政法大学出版社，1999.

[5]公丕祥. 法制现代化的理论逻辑[M]. 北京：中国政法大学出版社，1999.

[6]苏力. 法治及其本土资源[M]. 北京：中国政法大学出版社，1996.

道德义务不应成为不作为犯罪的义务来源

孔德伟*

(南京大学　法学院,江苏　南京　210093)

摘要:目前,不作为犯罪的作为义务范围有扩大的趋势,对于道德义务能否成为义务的来源更是争论不休。本文结合相关法学理论和国内外立法情况,从四个方面论述道德义务不应当成为不作为犯罪的义务来源,并对"重大义务"可以作为不作为犯罪的义务来源的观点提出了自己的看法。

关键词:道德义务;不作为犯罪;作为义务

作为义务是不作为犯罪成立的核心要素,因此对它的研究显得尤为重要。而作为义务的来源即作为义务的根据,对于不作为犯的认定来说,更是重中之重。它是指作为义务的产生条件,也即行为人在什么情况下具有防止结果或犯罪事实发生的义务。

一、不作为犯罪作为义务的来源理论学说

大陆法系中,将作为义务的来源分为形式作为义务来源和实质作为义务来源。形式作为义务发生的根据,一般都是列举法令、法律行为以及先行行为。虽然外在的形式上具有相对确定性和明确性,但并未从实质上阐明为什么这些人必须保证特定结果不发生,从而不能说明处罚不纯正不作为犯的实质根据,导致处罚不明确,为此开始了对作为义务来源进行实质化探讨。包括密切的社会关系说、功能说、依赖关系和信赖关系说和公共福社和社会角色说。[1] 其中在日本,关于不作为实质义务来源的观点主要有日高义博教授的"先行行为说"、掘内捷三教授的"事实上的承担说"和西田典之教授的"具体的事实支配关系说"。在英美法系中,虽不存在不真正不作为犯的概念,他们也一般不对真正不作为犯和不真正不作为犯加以区别,但是不真正不作为行为在英美法系国家仍然可以构成犯罪。英国学者认为不作为犯的义务来源有五个方面:基于合同的义务、基于自愿承担的照顾义务、由较近家庭亲属关系产生的义务、由所造成危险产生的义务和法律规定的义务。美国学者则倡导六分法,即:基于相互关系的义务、基于制定法帮助他人的义务、基于合同关系、基于自愿承担的照顾义务、基于所造成危险的义务和控制他人的义务。

在中国,关于不作为犯作为义务的来源,一般有"三来源说"、"四来源说"和"五来源说",其中在"五来源说"中将"在特殊场合下,公共秩序和社会公德要求履行的特定义务"即道德义务包括在内。[2] 这几个来源说是在形式的层面论述的,都具有形式作为义务的缺陷。笔者认为,作为义务应该从形式要素和实质要素两个角度进行分析,只有具备了特定法益保护的实质要素,形式来源上的作为义务才能转化为刑法意义上的不作为犯的作为义务。

二、将道德义务作为不作为犯罪作为义务来源的立法情况

在古代西方的《优士丁尼法典》中,对于违反危难救助义务的,往往也以杀人罪论。古巴比伦《汉谟拉比法典》第107条规定"倘犯人在卖酒妇之家聚议,而卖酒妇不报捕此等犯人,送之宫廷,则此卖酒妇应处死。"

古代的中华法系最大的特点体现在伦理道德精神上,在其最有代表性的唐律中表露充分。它规定"诸邻里被强盗及杀人,告而不救助者,杖一百;闻而不救助者,减一等。力势不能赴救者,速告随近官司,若不告者,亦以不救助论。"若"追捕罪人而力不能制,告道路行人,其行人力能之而不助者,杖八十;势不得助者,勿论。势不得助者,谓隔险难及驰驿之类","诸见火起,应告不告,应救不救,减失火罪二等。其守卫宫殿仓库及掌囚者,皆不得离守救火,违者杖一百。"将救火、帮助逮捕犯罪人这些见义勇为、助人为乐的道德义务上升为社会的法定义务,不论何人违反都要以不作为犯罪处罚。[3]

目前,西方一些国家也将道德义务纳入法律的视野,作为不作为犯作为义务的来源。《德国刑法典》第330条规定"意外事故或公共危险或遇难时有救助之必要,依当时情形又有可能,尤其对自己并无重大危险而且不违反其他重要义务而不救助者,处一年以下自由刑或并科罚金。"《法国刑法典》第223-6条第2款也规定"任何人对处于危险之中的他人,能够个人采取行动,或者能够唤起救助行动,且对其本人或第三人无危险,而故意放弃给予救助的,处五年监禁并科五十万法郎罚金。"俄罗斯、加拿大等国刑法典也有类似规定。

对此问题,目前我国一般采取否定态度,在立法上尚未明确地把道德义务纳入不作为犯作为义务的来源。

三、道德义务不应成为我国不作为犯罪中作为义务的来源

刑法理论的通说认为:道德义务不能成为不作为犯罪作为义务的来源。道德义务分为纯粹的道德义务和上升为

* 作者简介:孔德伟(1985—),男,山东滕州人,南京大学法学院2008级硕士研究生。

法律义务的道德义务。此处的道德义务是指纯粹的道德义务。道德规范不可能全部法律化,刑法的任务是保护合法权益,只有“重大”道德义务才能成为不作为的义务来源。但是“重大”在界定犯罪时成为一个量化的难题。虽然近几年有学者建议中国应该设立“见危不助罪”,但是笔者认为不应将道德义务纳入不作为犯罪的义务来源。

1. 义务是社会成员们为了防止侵害而通过表现着自己的预约性意见的行为规则,向实践中的行为主体提出的、以预设的条件得到实现为前提的、关于做或不做某种行为的要求。当我们说某人负有某项义务时,意思是说,该主体处于被社会群体要求(做或不做某行为) 的状态中。[4] 义务根据内容的不同有法律义务、道德义务、宗教义务和习惯义务等等。它们之间的不同在于产生的依据不同,法律义务的依据是法律规范,道德义务的依据是道德规范,并且它们在违反义务后的结果也是不同的。违反法律义务要承担法律责任,违反道德义务要承担道德责任和舆论的谴责。在不同形式的法律义务中,也对应着不同的法律责任,法律义务和法律责任之间的联系是严格的,不容混淆。即违犯民事法律义务就要承担民事法律责任,违犯刑事法律义务就要承担刑事法律责任。因此,如果这时没有履行道德上的义务,就要承当刑事上的责任,无疑就扩大了刑法的打击面,这和刑法保障人权的机能与刑法的谦抑性是不相吻合的。[5]

2. 人生活在社会之中,人人都享有权利,也有履行义务的要求。没有无权利的义务,也没有无义务的权利。在作为犯罪中,作为的义务中的义务是一种消极义务,要求行为人不去违反禁止性义务规范,如果不当为而为,就要承担一定法律后果。在不作为犯罪中,不作为的义务中的义务是一种积极的义务,要求行为人在具备履行能力和履行可能的情况下履行义务,去履行命令性规范中的义务,如果当为而不为,又没有免责事由,就要承担一定法律责任。并且不作为的义务中的义务是一种特定的义务,是公民在特定的社会关系领域内,基于特定的事实和条件而产生的具体法律义务,即在特定情况下的特定场合的特定人的适用。[6]

3. 道德义务所具有的评价标准的不确定性和多样性决定了其不能作为不作为犯作为义务的来源。道德的形成是一个历史过程,在不同的时段里,有不同的内容: 过去被认为属于道德范畴的,现在已经被排除在道德之外了; 过去认为是道德义务的,现在却纳入道德的体系之中。同时,在同一国的不同区域,由于各地的发展情况各异,风土人情和文明程度也会产生差异,人们内心的道德的内容也不同。如果将道德义务纳入不作为的义务来源,就使法律义务具有多重标准,与一般的道德义务也难以划清界限,并且容易导致不作为犯罪的范围无限扩大。

4. 道德价值的等级体系中,第一类包括社会有序化的基本要求; 第二类包括极有助于提高生活质量和增进人与人之间紧密联系的原则。[7] 而法律正是社会有序化的基本要求,属于第一类道德,是最低限度的道德,人人能做到。而对于第二类的道德,要求比较高,只有很少一部分人能够做到。可见,法是道德的最低要求。对于道德水平不一的公民来说,最低的要求是可以接受的; 如果将道德水平线提高并纳入法的范围,在一定程度上加大了公民的守法成本,也加大了国家的执法成本。

有的学者认为,道德规范既然不可能全部法律化(因为国家的财力无法支撑道德全部法律化之后所需的执法成本) ,那么我们可以将重大的道德义务成为不作为犯罪作为的义务来源,其“重大义务”标准如下: 一是履行义务的必要性。包括有特定危险状态的存在,所谓特定危险状态,是指行为自身所蕴涵的使刑法所保护的合法权益遭受实际损害的一种现实可能性。这种特定的危险状态必须是现实的、可能的、正在发生的,危险程度具体的紧迫性。所谓具体的迫切的危险,是指危险状态导致危害结果的发生的趋势是无疑的,而非可能的、或然的。二是履行义务的可能性。首先,义务主体必须是有刑事责任能力的人。其次,必须在当时的情况下有能力履行义务,这就要结合当时的具体条件认定。再次,要求只有行为人才能排除危险状态,即主体的特定性。履行义务人或者第三人没有显著危险且不违反其他重要义务。[8] 根据上述对重大义务的描述,似乎可以将此概念包含的意思得以量化,具有实际的可操作性。但是由于立法技术本身就有一定的局限性,并且加上道德义务标准的不确定性,尽管可以提出一些标准将其具体化,但仍然显得有些牵强。因为,一是刑法应该具有内缩性,不是具有扩张性,毕竟它是最严厉的处罚,对于违反所谓的重大义务也可以采取纳入诸如行政法之类的部门法中。二是刑法的价值在于维持社会的秩序,使得公民的合法权益不受侵害,而不是僭越道德的边界去插手管理社会的伦理秩序。

注释

[1]陈青松. 不作为义务来源研究. 四川大学硕士学位论文,2007. 4 ~ 7.

[2]马克昌主编. 犯罪通论. 武汉大学出版社,1991.

[3]唐亮亮. 论唐律中的不作为犯罪. 吉林大学硕士学位论文,2008. 21.

[4]张恒山. 法理要论. 北京大学出版社,2002. 318 ~ 329.

[5][英]米尔恩. 人的权利与人的多样性——人权哲学. 夏勇,张志铭译. 中国大百科全书出版社,1995. 3.

[6]李卫红,任勇. 论不作为犯罪中的作为义务. 烟台大学学报, 2002. 168.

[7]杨娟. 关于不作为犯罪作为义务来源的几点争议. 理论观察,2005,(5) : 85.

[8]彭磊. “重大”道德义务应当成为不作为犯罪作为义务的来源. 中国刑事杂志,2003,(3) : 33 ~ 35.

增设醉酒驾驶罪的合理性研究

宋麦囤　王　玲*

(南京大学　法学院,江苏　南京　210093;青岛大学　国际管理学院,山东　青岛　266061)

摘要:近来,震惊全国的醉酒驾驶导致严重后果的事件层出不穷。如成都孙伟铭案、南京张明宝案等,这些事件产生了极其恶劣的社会影响。笔者认为,我国目前的法律对酒后驾驶行为的处罚较国外对酒后驾驶行为的处罚相比明显缺乏应有的威慑力,因此酒后驾驶行为屡禁不止。要从根本上解决这一问题,如果我们不能适时在法律上制定出对策,那么,更多的悲剧还将重演。醉酒驾车的现象及犯罪仍将得不到根本性的改观。

关键词:酒后驾驶;谦抑性;一般预防

一、我国法律对醉酒驾驶行为的界说及处罚

所谓醉酒,是指饮酒者一次饮用大量的酒类饮料后,所处的精神紊乱状态。[1] 根据现行《中华人民共和国道路交通安全法》的规定可知,酒后驾驶分为两种情形:一是指车辆驾驶人员血液中的酒精含量大于或者等于20mg/100ml,小于80mg/100ml属于饮酒后驾车行为;二是指车辆驾驶人员血液中的酒精含量大于或者等于80mg/100ml的驾驶行为属于醉酒驾车行为。在本文中,笔者主要以醉酒后驾驶行为为主要的研究对象。酒后驾驶行为可以分为一般的酒后驾驶和醉酒驾驶两种情形,由于这两种情形造成危害的可能性不相同,因此法律对二者的处罚也有所区别。根据《中华人民共和国道路交通安全法》第91条规定"饮酒后驾驶机动车的,处暂扣一个月以上三个月以下机动车驾驶证,并处二百元以上五百元以下罚款;醉酒后驾驶机动车的,由公安机关交通管理部门约束至酒醒,处十五日以下拘留和暂扣三个月以上六个月以下机动车驾驶证,并处五百元以上两千元以下罚款。饮酒后驾驶营运机动车的,处暂扣三个月机动车驾驶证,并处五百元罚款;醉酒后驾驶营运机动车的,由公安机关交通管理部门约束至酒醒,处十五日以下拘留和暂扣六个月机动车驾驶证,并处两千元罚款。一年内有前两款规定醉酒后驾驶机动车的行为,被处罚两次以上的,吊销机动车驾驶证,五年内不得驾驶营运机动车。"根据现行的法律规定可知,酒后驾驶也只能"扣证、罚款、拘留"。而事实是,这样的处罚对目前的酒后驾驶违法行为几乎没有什么实质性的威慑作用,尽管我国《刑法》第18条第四款规定:"醉酒人犯罪,应当负刑事责任。"由此可知,如果醉酒人没有犯罪,就无法追究其刑事责任。但是目前的醉酒驾驶尚未构成犯罪的行为对社会的危害性与日俱增,数量和危害都是令人震惊的。据统计,2007年,全国由于酒后驾车所导致的交通事故共11959起,死亡4658人,受伤12854人;据北京市交管局通报的数据显示,2009年初至4月11日,北京共有243人死于交通事故,其中由酒驾引发的死亡事故占总量的1/4。[2] 按此计算,2009年前三月,北京酒驾致死率约达25%。笔者认为现有的行政处罚手段已经不足以对醉酒驾驶行为形成威慑力,已经到了立法者应该通过刑事立法的方式对醉酒驾驶行为加以规制的时候。

二、国外对酒后驾驶行为的处罚

澳大利亚对醉酒驾驶重犯者,判刑10年。美国交通法规规定酒后驾车是故意犯罪,有醉酒记录者,汽车保险费用将上升近10倍;醉酒驾驶当场吊销执照和入狱一年,对造成生命伤害的酒后驾驶员可以以二级谋杀罪起诉,最高可适用死刑。在日本,当驾驶员血液中的酒精浓度超过0.05%时要判两年以下劳役,罚款5万日元,吊销驾驶执照,同时追究向其供酒者的责任。[3]

反观我国的处罚方式(如前所述),我国刑法目前尚没有"醉酒驾驶罪"的罪名,交通事故出现后也只能在"交通肇事罪"与"危害公共安全罪"之间做出选择,而较轻的交通肇事罪也要求行为人的主观上是过失的罪过形式。对于"危害公共安全罪"而言,根据最高法院2009年9月8日举行的新闻发布会,对近来频发的醉酒驾车犯罪案件统一裁判标准:醉酒驾车,肇事后继续驾车冲撞,放任危害后果的发生,造成重大伤亡,构成以危险方法危害公共安全罪的,应当依照《刑法》第115条第一款的规定定罪处罚。实践中,醉酒驾驶行为人对其饮酒行为及由该行为可能引起的侵犯法益的后果大多是有放任态度的。而现行刑法没有对"醉酒驾车,肇事后继续驾车冲撞,放任危害后果的发生,造成重大伤亡"的情形的醉酒驾驶行为做出评价。由此导致大量的醉酒驾驶行为无法得以有效的控制。因此,笔者认为,应该增设一个主观方面表现为故意的犯罪。同时与汽车交通发达的国家相比(如上分析),我国酒后驾车者违法成本太低,所

* 作者简介:宋麦囤(1980—),男,河南开封人,南京大学法学院2008级硕士研究生,主要研究方向为经济刑法学;
王玲(1984—),女,河南信阳人,青岛大学国际管理学院。

为试读,需要完整PDF请访问:www.ertongbook.com