

西部政法论丛 2010

刘志坚 任海涛 主编



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

策划编辑 高燕平
责任编辑 高燕平
封面设计 张芳芳

书 名 西部政法论丛(二)
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 13.5
字 数 556 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 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
副 主 编 杨万国 陈彬贤 杨金良 张晓慧
编 委 吴昊辰 王志勇 朱 静
张 博 王 更 安国幸
张瑞婷

编辑部主任 任海涛
邮 箱 politicslaw@sina.com

目 录

法学理论

论儒学思想与法治的融合和碰撞	陈志刚(1)
法律移植的基本问题	白 凯(3)
南京临时政府时期人权立法研究	董 津(5)
诚信法治化:大学生诚信重塑的必然路径	董磊磊(7)
奥古斯丁的自然法思想	姜 宁(9)
法治与构建和谐社会关系	李 云(11)
温情陷阱	
——浅析中国古代国家对于个人权利的善意侵犯	马茂青(13)
宪法解释	张 辉(15)
试论我国地方立法的冲突	章雯雯(17)
法治下政府权力限制和个人自由保护	
——兼论中国“依法治国”制度的实效	周茹洁(19)
论法治及其实现的实体条件	周 煜(22)

公法研究

谈对滥用相对经济优势地位行为进行立法规制的必要性	
——由“12点退房”引发的思考	邓秋霞(24)
地方政府对一般经营者和一般商品的强制探析	
——由福州市“电动车禁售令”引发的思考	冯永强(26)
关于我国行政问责的现状及其法制化的几点思考	韩雪扬(28)
未成年人实施轻微暴力劫取其他未成年人少量财物行为处罚的法律盲点	何建营(30)
关于目的犯的一点思考	
——以目的犯“概念”及“构成要件”为中心的展开	金园园(32)
道德义务能否成为不作为犯罪的特定义务	
——我国是否能够设立见危不救罪探析	林鹏飞(34)
判例制度中国化的思考	马 晨(36)
救市的法律思考	苏 力(38)
浅论我国商业银行的法律监管	谢辉灵(40)
道德义务不应成为不作为犯罪的义务	杨显强 赵振华(42)
谁来拯救全球化的受害者	
——层次化的全球治理及其法律保障	张 博(44)
关于犯罪本质问题的理论浅析	张 静 束永军(46)

犯罪的法律防控的局限性

——从犯罪一般预防的角度出发	张 威(48)
浅析公然盗窃	赵叶茜(50)
对当前工程建设领域职务犯罪案件的调查与分析	周 萍 江金荷(52)
论道德义务能否成为不作为犯罪的作为义务	朱亚江(54)
我国旅游开发中的环境保护制度构想	安国幸(56)
重大环境污染事故罪构成要件分析	李慧芳(59)
浅析我国的行政信赖保护机制	王 雯(62)
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(65)
法律信仰的构建及其意义	杨朝飞(68)

私法研究

略论非典型性担保物权	白 浩(70)
浅析司法鉴定人的民事责任	曹 璇(72)
金融商业方法专利化的法律规制探讨	曹艳芬(74)
医疗损害赔偿的理论与比较法研究	程 名(76)
情谊行为者承担侵权法律责任的法理分析	丁 浩(78)
法律规避问题初探	顾 奕(80)
有限合伙与有限责任合伙	胡 玥(82)
浅析贸易条约中国家主权的弱化	李 婷(84)
相邻关系	李 云(86)
网络游戏虚拟财产的法律问题探析	刘知娟(88)
对我国确立情势变更原则重要性之研究	马雅琦(90)
对“宋庄案”的分析及思考	梅 虹(92)
浅析国企改革中的公司法人治理结构	孟令国 陈 磊(94)
论“竞价排名”行为的社会效应	宋晓萍(96)
对农村土地租赁制度的思考	孙昌庭(98)
浅析善意取得制度	涂丽萍(100)
略论我国《商标法》第三次修改的若干问题	王 更(102)
商事营业场所租赁制度困境解析	王天斌(104)
比较各国对艾滋病病人的法律保护	王 琰(106)
对见义勇为的法律思考	吴晓倩 姜 昱(108)
论中国证券私募制度的现状与完善	谢辉灵 徐国栋(110)
高空抛物侵权责任类推适用问题探究	徐 菲(112)
论城市房屋拆迁中被拆迁人权益的保护	杨宝伟(114)
浅谈股份有限公司股份回购的相关法律规定	杨春黎(116)
论我国公民的自由迁徙权	张 俊(118)
目标公司反收购权的价值判断	张瑞婷(120)
对流动摊贩登记为个体工商户的商法学思考	周光旭(122)

浅谈商事人格权·····	周 莎(124)
知识产权证券化研究初探·····	高嘉澍(126)
死亡赔偿金的理论思考·····	李东阳(129)
谁应为“彩王”身份公开买单 ·····	练彬彬(132)
民事责任的归责原则浅探·····	赵晓花(134)
论银行消费者隐私权的内涵·····	涂庚龙(137)

程序法研究

儿童作证问题研究·····	方亦琼 张 威(139)
抽样调查证据的准入	
——读《法律中的社会科学》第三章 ·····	纪红梅(141)
打开法院之门	
——浅析诉权·····	唐怡雯 方亦琼(143)
我国不宜确立传闻证据规则	
——以我国证人出庭作证难为背景·····	王 丹 唐怡雯(145)
从孙伟铭案看最高人民法院职能冲突·····	王智勇(147)
民事判决中已决事实之效力	
——从美国争点排除规则看我国相关制度建设·····	夏沛沛 王 丹(149)
我国监狱执行的现状及改革	
——以监狱刑罚执行的目的为视角·····	邢晓娟(151)
论刑事诉讼单位被告人的诉讼代表人·····	张海霞(153)
降低民事调解案件申请执行率之我见·····	丁 扬 姜 伟(155)
对我国监视居住制度的思考·····	倪 华(157)
规范检察量刑建议之我见·····	喜双庆 张 瑜(159)
浅谈农村青少年犯罪的预防·····	赵艳华(161)

国际法研究

论跨国破产管辖权确定标准中的“主要利益中心”(COMI) ·····	刘 玥(163)
国际货物买卖中知识产权侵权责任归责原则探析	
——以 CISG 第 42 条为视角 ·····	詹 筠(165)

哲学社会学研究

论阶级斗争理论·····	苏婷婷(167)
从马克思、恩格斯原著中发现现代化思想	
——全球化思想及金融危机的孕育和对策·····	田周鹏(169)
大学生村官计划实施的对策建议·····	王 静(171)
试论商业组织行为中的科层性·····	孙蓬阳(173)

政治学新闻学研

美国共产党全国主席谈走出危机之道·····	邢彩霞(175)
政府公开性	
——从官僚制的封闭性谈起·····	石凯庆(177)

论印支难民的思想政治教育..... 孙松松(179)

民本思想对中国政治体制改革的影响..... 汤武庆(181)

论邓小平的党章建设思想..... 周雷闯(183)

改革开放三十年农村社会发展状况调查报告

——以河南巩义市农村为调查对象..... 朱亚江(185)

浅析法西斯极权主义对国民党“一党专政”的影响 陈 卓(187)

从扩大政治参与对加强党内民主发展的一点思考..... 邓嫣嫣(190)

新时期构建和谐党群关系的探索..... 宫 微(193)

建设学习型政党的现实路径..... 刘 晔(196)

经济管理

数据挖掘在教育领域的应用..... 汪 庆(198)

移动商务研究概述..... 汪 庆(200)

论科学发展观与中国民主财政构建..... 赵玮玮(202)

历史文化

复兴社的组织及其改组..... 李红梅(204)

秦汉时期山东出相的原因..... 李向民(206)

南北朝“以水代兵”战例概述 卢玉洁(208)

论儒学思想与法治的融合和碰撞

陈志刚*

(兰州大学 法学院,甘肃 兰州 730000)

摘要: 中国的法治进程特别艰难,其中遇到的儒学思想尤其难以应对。因为儒学思想是中华民族的精粹与精神支柱,而在创建法治社会的今天,遇到儒学思想与法治的融合过程中的碰撞与矛盾,特别令人困惑。本文将试图对儒学思想与法治思想融合与碰撞问题做一梳理。

关键词: 儒学思想;法治;融合;碰撞

一、儒学思想与法治理念的统一性

当代中国社会主义法伴随着改革开放的进程,以中国经济全面发展为背景,日趋成熟。体现中华民族特有的价值观和法律观,追求完备的中国特色社会主义法律体系,追求“人与社会”、“人与自然”的和谐,实现“人”成为法律的主体的新理念。而在法的内容和形式方面,除了表现出中国法与世界法的融合之外,还表现为中国法与大陆法系和英美法系(普通法法系)的融合,国家法律观与世界法律观的融合,特别是儒学思想的融合。

例如,中国法官判处损害赔偿的款项,除了不会超过损害行为人的负担能力外,还要顾及其家属的基本生活,考虑不致因法官的判决而使他们陷入绝境。所以中国当代法官不会作出立即驱逐欠缴房租的房客的判决,或者判决以后也不会立即执行。房客不付房租,是因为他没有钱,穷困不是过错,而房东却有多余的房子。这就是儒学仁爱思想在中国司法中的典型反映。在这样一种理念支配下,欠债不还,延期还债,农民工讨债难,“法律白条”等,也就可以理解了。

此外诸如对弱势群体的从轻判处,少年法庭的建立,刑事审判的宽严相济,诉讼和非诉讼调解制度的适用,民间调解组织的普遍建立,以及仲裁等多元调解纠纷机制,检察院和法院走群众路线,就地办案,巡回审判,能动司法,司法为民,公、检、法三家分工协作又互相制约等,都可以说是渗透着儒学思想,体现了儒学理念。

二、儒学思想与法治思想的矛盾性

但在儒学思想与法治的融合过程中,也暴露出其矛盾和不协调的一面。因为儒学思想仁爱为本,以和为贵,而法治则要求个人为权利而争斗。

法治是当代世界潮流,势不可挡。法治社会以依法治国为前提,不过依法治国是依法统治(Rule by law),法是工具。法治社会是法的统治(Rule of law),法的统治才是真正的法治社会,它由法支配社会,由法支配国家,法既治民又治官。所以法治社会是民主社会,排斥专制特权,必然是一种宪法原则,法律面前,人人平等,体现自由、平等、民主和人权,一切权力受到法律的约束。

法治又是一种治国方略,它以权力制衡为手段,以强有力的司法为保障,以全体公民的权利观为基础。每一个公民具有完整的法律人格,从而保证个人在争取自身权利的同时,履行对社会的义务。实现个人行为和社会秩序的完美结合,这是实现法治社会的基础细胞。在法治进程中,关键是提高人们的权利观。历史的经验证明,如果全体国民的权利意识不能相应提高,要依法治国、建设法治社会将是一句空话。

然而儒学所熏陶的恰恰就是服从和忍让,不以个人权利争斗为美德,很多儒学之道与法治理念格格不入。何况中国当代儒学已融入佛教和道教思想,融儒、释、道于一体。几千年来,在这样一种思想熏陶下,形成中国人入世时信奉的是“儒”,主张中庸之道和明哲保身;遇到痛苦时信奉的是“佛”,祈求苍天保佑,来世幸福;遇到困难时信奉的是“道”,忍辱求生,避祸离世,祈求神仙保佑。简言之,也就是儒学倡导的“服从之德”,佛教倡导的“忍让之德”,道教倡导的“不争之德”。

儒学对于弘扬中华民族优秀传统文化和古典文学以及教育思想和教育方法的改进确有好处,孔子的确实是一位伟大的教育家、思想家和哲学家,他的思想已经融化于中华民族的血脉,熔铸入中华民族的灵魂。作为儒学体系中的核心著作——《论语》,确实是一本修身养性和教你如何做人的好书,《论语》中的立身处世的学问,做人做事的基本道理,有它独特的魅力。但儒学核心之点是宣扬专制统治礼教的等级制,强调“服从”、“存天理、灭人欲”等,在这样一种思想熏陶下,就很难萌发出法治的正义观和权利观。所以儒学之德,远离法治思想,就其本质考察,属于养成中国人权利

* 作者简介:陈志刚,男,兰州大学法学院原系主任、教授、研究生导师。

意识淡薄,不以权利争高低之“美德”;就是排斥法治,轻视法律,宣扬人治,强调义务,否定权利;并将导致发明思维能力的缺失,形成软弱的民族性格。如果任其片面发展,则无益于创造,无益于进取,无益于社会发展,无益于中华民族独立人格的发展,何谈中华复兴。

中国社会主义法主张法治,并辅之以德,法德并举。不过法治之德,与儒学之德有本质区别。儒学之德的表现形式是人治,它是农耕社会自然经济的产物,与中国现代社会的市场经济相距甚远。市场经济运行需要法律,也需要德。但这是在法治前提下的道德标准,与儒学以人治为前提的道德标准是两回事。

当然我们在这里无意贬低儒家思想,也不是否定孔子和《论语》,更无意贬低中国的国学大师。关键之点是要弘扬儒家真正的精华,批判其糟粕,避免片面性,应作正确的全面的恰如其分的儒家思想宣传。

三、探索儒学思想与法治思想的融合之路

儒家思想确实是中华民族的精神财富,几千年来熠熠生辉,至今仍然照耀四海。不过如果遵照儒家思想去熏陶中国,绝不可能熏陶出现代中国人,也不可能“感悟”出一个法治社会。

西欧中世纪自公元 470 年西罗马帝国的灭亡到 17 世纪中叶为止,共持续了 1200 多年。在这期间有一个西欧既痛苦又辉煌的时期,也就是西欧黑暗的中世纪走向文艺复兴时期,走向资本主义社会。其中有一段宗教统治西欧世界的年代,表现为宗教至上,神权高于皇权的时代。在宗教统治的年代里,上帝是至高无上的权威,且又具永恒性,导致西欧中世纪的世界观,本质上是“神学”的世界观。这种“神学”世界观束缚人们的思想,阻碍社会进步,它的发展趋势是文艺复兴运动,祈求“人性”的解放,树立人本位主义,创建法治思想,并为资本主义发展开辟了广阔的道路。从此西方社会步入了一个崭新的时代,也为全人类的进步作出了卓越的贡献。

与西欧社会相比,这一时期的中国,儒学经典之孔孟之道成了正统思想,法律儒学化,其间经过汉武帝的大提升,以儒学世界观代替法律世界观;又从独尊儒术的大提升至宋明理学,历经各朝各代,不断强化,至明清时代更把儒学思想连同专制等级制推崇到了登峰造极的地步,严重阻碍了中国人的思想发展。

我们必须全面考察这样一种事实,中国法从它产生开始,就由生活在多灾多难母亲河的人们,以血缘为纽带,以农耕为基础,以土地为依托,依靠部落首领和部落联盟首领团结一致以谋生存。并由首领意志统领部落,规范氏族人们的行为。在此基础上形成的国家,必然是王权至上。不论是向大自然界索取,还是向其他部落争斗,人们习惯于服从,才有可能生存。不愿服从王权,离开部落,就意味着死亡。随着奴隶制国家的诞生,封建社会和中央集权专制制度的建立,这样一种体制和观念一直延续。王权至上的思想体系,影响中国几千年,深深地扎根于中华大地。在这期间,孔孟之道之儒学思想起着非常重要的作用。

数千年来,以王权统治为特征的中央集权专制社会的中国,形成垂直的儒学思想体系和垂直的法律观并且并被奉为正统的思想,从而形成了强大的行政权和脆弱的司法权的局面。法律是由君主自上而下垂直起作用,一级一级往下传,直到最下一级,最后作用到个人。法律不直接在两个人之间的水平方向起作用,所以中国法从它的源头考察,与公平、正义、平等、权利等因素无缘。由此决定了中国古代法的传统是典型的官本位之法,是王权统治者自上而下垂直的统治者之法,是强化王权统治之法,它与人与人之间的个人权益调节无关。也就是说中国数千年的古代法不调节平行的人际关系,而是垂直的人际关系,而且主要由“礼”来规范。而“礼”又不是对所有的人,礼出于内心,凡礼不到之地,就必须以外力制约,这个外力就是暴力。暴力之法就是刑,刑即是法,形成中国人视法为畏途,最怕被绳之以法。法律由掌权者垂直施行,故而在中国人的心目中,法是不得已而为之,这也就是儒学的法律观,它与当代社会的法治理念很难兼容。

不过话又要说回来,中国社会需要法治,也需要儒学思想,两者都不可丢。但事实上儒学思想与法治在融合过程中的碰撞和冲突却难以克服。如何协调两者之间的关系,路在何方?我想出路只有一条,那就是儒学宗教化,把业已融儒、释、道于一体的儒学上升为儒教。儒教与法治并行发展,儒教也像佛教、道教、天主教、基督教、伊斯兰教等宗教一样,遵照宗教法则发展;法治制度则按照法治规律建设。儒教净化人们的心灵,法治规范人们的社会行为,两者相反相成,相辅相成,共同发展。

法律移植的基本问题

白 凯^{*}

(华东政法大学,上海 200042)

摘要: 随着经济全球化的不断深入,各国间合作和交流愈加频繁,法律的全球化势在必行。就我国的法制领域而言,法律的现代化建设正处于发展与完善的阶段,在这个过程中需要学习与借鉴其他国家以实现从传统社会向现代社会的转变。在此过程中,法律移植成为重要的方法和途径,是法律国际化的必然要求。本文对法律移植的概念、必要性、可行性以及应该注意的问题进行分析和论述,初步勾勒出法律移植的基本理论框架。

关键词: 移植; 法律移植; 必要性; 可行性

要研究法律移植,首先要了解什么是法律移植。通常,一看到“移植”一词,我们会立刻想到日常生活中常见的植物的移植以及非常专业的人体器官移植,如眼角膜移植、肾脏移植、心脏移植等,很少想到“法律移植”。的确,就“移植”一词而言,它原来并非法律词汇,而是植物学和医学中的词汇,而在不同的学科内它的含义有所不同。如果在植物学的意义上运用这一概念,它所带来的简单化的倾向是明显的,而后者则不会令人产生这种印象和误解。^[1]由此可见,法律的移植是在医学意义上来借用“移植”一词的。它指的是“特定国家(或地区)的某种法律规则或制度移植到其他国家(或地区)”。^[2]详言之,法律移植是指一个国家或地区,将其他国家或者地区的法律(体系或内容或形式或理论)吸纳到自己的法律体系之中,并予以贯彻实施的活动。^[3]在国内众多学者的诸多定义中,我比较赞同下面的定义,即法律移植所表达的基本意思是“在鉴别、认同、调适、整合的基础上,引进、吸收、采纳、摄取、同化外国的法律(包括法律概念、技术、规范、原则、制度和法律观念等),使之成为本国法律体系的有机组成部分,为本国所用。”^[4]

一、法律移植的内容

第一,法律制度的移植。这是法律移植最基本的内容,也是法律移植最常见的形式。如唐朝时,东方各国对集封建刑法制度之大成的《唐律疏议》的移植。第二,法律观念的移植。为了确保法律移植的成功,在移植外国法律制度或者法律条文的同时,必须同时进行法律观念的移植。托克维尔曾经谈道“墨西哥人希望实行联邦制,于是把他们的邻居美国人的联邦宪法作为蓝本,并几乎全部照抄过来。但是,他们只抄来了宪法的条文,而无法同时把给予宪法以生命的精神移植过来。因此,他们的双重政府的车轮便时停时转。各州的主权和联邦的主权时常超越宪法为它们规定的范围,所以双方总是冲突。”^[5]第三,法学理论的移植。在总结日本移植外国法的经验和教训时,申政武先生指出法律移植必须以法学理论的移植为先导。他说“日本人缺乏最基本的近代法常识,加之法典的翻译是在‘误译无妨,唯求速译’的原则指导下进行的。因此,在有法典无理论的前提下,日本人始终无法提出成型的法律草案,最后不得不从法德两国聘请学者来完成起草工作。第一期的六个草案之所以都成了废案,由不了解日本国情的外国人提出草案是直接的原因。此史实说明,如果没有深入的理论研究做先导,法律的移植不可能成功。”^[6]第四,法律体系的移植。历史上进行整个法律体系移植的例子较少,美国法对英国法的移植是典型一例。其重要前提在于北美大陆除极少部分的土著居民外,都是欧洲大陆的移民,所以能做到连人带制度的整体移植。相同的民族心理、习惯,使得美国前身的英属殖民地所移植的英国法,在美国独立后,除具有殖民色彩的一部分法律外,均保留了下来。^[7]

二、法律移植的必要性

第一,国家间发展的不平衡决定了法律移植的必要性。当今世界,各个国家的发展是不平衡的,他们或处于不同的社会形态,或处于同一社会形态的不同发展阶段。这种不平衡,不仅仅是经济上的,同时也是政治和文化上的。后发展国家要追赶先进国家,努力发展自己,闭门造车是不可行的。在信息时代,除了靠自己的努力外,更要借助外国先进的理论,通过吸收发达国家的先进制度才能缩短差距。在这种情况下,要大胆吸收。对发达国家几百年积累的法制文明置之不理,那只能拉大与发达国家之间的差距,延缓本国法制现代化的进程。

第二,市场经济的基本规律和原则决定了法律移植的必要性。虽然当今世界存在着不同的社会制度,但市场经济的基本原则和基本规律是相同的,它们发挥作用的机制是一致的。如价值规律、供求规律是相同的,资源配置的效率原则也是相同的。同时法律移植有助于减少不同国家之间的法律抵触和冲突,降低法律适用上的成本,可为长期、稳定、高效的经济技术合作创造良好的法律环境。伴随着国际贸易的日益频繁,越来越多来自不同文化传统,实行不同

^{*} 作者简介:白凯(1983—),男,山西太原人,华东政法大学2009级法律硕士(法学)研究生。

法律制度国家的人们都加入到国际经济交往的游戏中来,这就必然要求在游戏规则上的统一,而这种规则的统一不仅是法律全球化的重要组成部分,也决定了法律移植的必要性。^[8]

第三,法律移植是对外开放的应有之义。历史的经验告诉我们,社会要取得发展,必须对外开放,以吸纳不同的文化。有学者曾言:人类的历史证明,一个社会集团,其文化的进步往往取决它是否有机会吸取邻近社会集团的经验。一个社会集团所有的种种发现可以传给其他社会集团,彼此之间的交流愈多样化,相互学习的机会也就愈多。^[9]现代意义的开放,是全方位的开放,不仅仅是经济上的开放,政治上、文化上都要开放,法律也一样。只有引进外国先进的法律制度,才能与外国的法律制度接轨,在尽可能短的时间内追赶发达国家的脚步,实现法制的现代化。

三、法律移植的可行性

第一,法律的技术性决定了法律移植的可行性。法律的技术性,即不同的国家在解决某一相同社会问题时,总是要采取某些类似的法律措施。在同一时期,不同的国家发展水平不同,它们或处于不同的社会形态,或处于同一形态的不同阶段,在此情况下,后发展的国家在发展过程中会遇到发达国家曾经遇到过的问题,而后者已解决这些问题,积累了丰富的经验,并形成一些行之有效,高度技术化的法律制度。如民事责任、专利、商标、票券、房地产开发、金融等法律规范。这就为后发展国家移植发达国家的法律制度创造了前提,使后发展国家可大大加快现代法治建设的步伐。

第二,经济因素决定了法律移植的可行性。经济基础决定上层建筑,上层建筑反作用于经济基础,在全球化的浪潮高涨,世界各国经贸往来日益频繁的情形下,各国法律之间通过法律移植相互借鉴、吸收、融合乃至趋同。对外开放是发展市场经济的基本原则和要求,反映了世界经济、政治和文化发展的客观规律。因此,在开放的过程中不可避免地使法律越来越带有跨国的性质,从而本国的法律越来越多地接受了外国法、国际条约和惯例,国际化趋势不断得到强化。而这种国际化的趋势进一步加深了法律的趋同化,有利于减少国际贸易中的冲突,提高交易效率。^[10]

第三,社会因素决定了法律移植的可行性。从社会学角度看,法律是社会发展到一定阶段的产物。从社会系统来看,法律是开放的,任何一国的法律都是整个社会的法,即社会系统的法。某个国家或民族所创造的法律成果,不仅是该国的文化财富,更是整个人类社会的财富,理应为全社会各个成员所共享。

四、法律移植中应该注意的问题

第一,要注意外国法律与本国法律之间的兼容性,做到有选择地移植。法律移植,就我国现状而言,是我国法律迅速赶上发达国家,建成社会主义法治国家的一条重要途径。就其范围而言,包括了外国的法律及国际公约和惯例。就其内容而言,也相当庞杂,包括法律制度、法律理论、法律体系以及法律实践中的制度和原则等等。随着社会的发展,法律移植的范围和内容必然还会更加广泛和深入。但是,在移植过程中并非是全盘照搬,而是有选择地吸收和借鉴。也就是说,在移植之前有必要对输出国及输入国(本国)的法律进行研究。首先要研究本国的法律在该领域的现状,是否需要移植,以及应该移植何种类型的法律;其次是研究输出国的法律形成过程及其社会效果;接着还要对输出国与输入国的社会土壤进行比较,看某法律规则的原产地与移植地、输出国与输入国的社会土壤是否相似;最后才决定是否进行移植。第二,移植过来的法律还有一个面临“本土化”的过程。所谓“本土化”,就是指外来的法律规则和运行方式等在本国被理解、消化、掌握和运用的内化过程。我们知道,一项法律制度在形成及发展的过程中,必然要与本国的政治、经济、文化等因素相结合,使其符合社会的需要。因此,任何一个法律移植,它并不仅仅是外国法律的直译或再现,而是在研究其法律理念及规则基础上的“再创造”,从而移植成功并在本国发挥效能。当今世界各国在发展的过程中,求同存异是一个趋势。一方面要在各个领域能多方位地接轨,以便更好地交流;另一方面又要充分保持自己的特色。就我国而言,许多本土的传统的东西是根深蒂固的,如果原封不动地移植外来法律,不但不能在我国立足,推动法制现代化,反而会引起外来法律文化与中国传统的激烈冲突。事实上,现代的移植法律“本土化”的过程,恰恰也是让本国的法律国际化的过程。^[11]

注释

- [1] 王晨光. 不同国家法律间的相互借鉴与吸收——比较法研究中的一重要课题. 中国法学, 1992, (4): 42.
- [2] 沈宗灵. 论法律移植与比较法学. 外国法译评, 1995, (1): 1.
- [3] 何勤华. 关于法律移植的几个基本问题. 法的移植与法的本土化. 法律出版社, 2001, (1): 537.
- [4] 张文显. 继承·移植·改革: 法律发展的必由之路. 社会科学战线, 1995, (2).
- [5] [法] 托克维尔. 论美国的民主(上). 董国良, 译. 商务出版社, 1991: 186.
- [6] 申政武. 日本对外国法的移植及其对我国的启示. 中国法学, 1993, (5).
- [7] 孙静. 论法律移植. 科教文汇, 2007, (7): 116.
- [8] 赵静莉, 张丽丽. 法律移植与我国法制现代化建设探析. 中国集体经济, 2008, (1): 109.
- [9] [美] 斯塔夫里阿诺斯. 全球通史——1500年以后的世界. 吴象婴, 梁赤民, 译. 上海社会科学出版社, 1996.
- [10] 唐芳. 论法律移植. 华商, 2007, (22): 52.
- [11] 李蕾. 论中国的法律移植问题. 南都学坛, 2002, (2): 58.

南京临时政府时期人权立法研究

董津*

(山东大学 法学院, 山东 济南 250001)

摘要:人权作为一个经久不衰的话题,是在鸦片战争之后随着列强的入侵,传入中国的。而在当今社会,人权更是成为衡量一个国家现代化的标准。人权的发展并不是一蹴而就的,而是经历了一个艰难漫长的发展阶段,中国的人权建设也不例外。南京临时政府统治时期,制定颁布了一些人权立法,对于我们今天进行人权建设有很大的借鉴作用。因此,对此阶段的人权立法进行研究是很有必要的。通过本文的写作,希望可以对我国人权建设提供经验和教训。

关键词:南京临时政府;临时约法;法律限制主义

一、南京临时政府时期人权立法的背景

辛亥革命之后,民主共和思想得到传播,而西方的人权思想也在新文化运动和五四运动的推动下得到进一步的传播。在此时建立的南京临时政府推出了一系列的人权立法,是符合当时的历史背景的。

1840年是中国历史上的一个耻辱年份。鸦片战争的惨败,使得中国开始沦为半殖民地半封建社会。甲午中日战争之后,帝国主义列强又掀起了瓜分中国的狂潮。在帝国主义和封建主义的双重压迫之下,人们没有生存的空间,更谈不上享受权利。于是,许多仁人志士带领人民起来反抗,争取生存的权利。洪秀全等领导的太平天国举起了农民反抗压迫的大旗,试图建立一个平等的理想国家;随后维新派掀起维新变法,试图通过学习西方的制度来救亡图存,但是由于寄希望于“一个没有实权的皇帝”,最后只能以失败而告终;义和团运动在被利用后,也被慈禧太后残酷镇压……这一个个的失败,为之后的辛亥革命、五四运动等提供了经验和教训,中国人民正是通过一次次的反抗,才有了今天。

1911年,武昌起义打响了辛亥革命的“第一枪”。辛亥革命胜利后,推翻了清政府的腐朽统治,结束了中国两千多年的封建统治,结束了中国“家天下”的时代。并且在辛亥革命胜利后,建立了中国历史上第一个资产阶级政权——南京临时政府。南京临时政府的成立标志着中国跨入一个新的纪年。而通过辛亥革命,西方人权思想得到进一步的传播,为之后成立的南京临时政府进行人权立法提供了思想条件。

二、南京临时政府时期人权立法的内容

(一)《中华民国临时约法》中的人权立法。南京临时政府成立后,革命的胜利果实被袁世凯窃取。孙中山为了限制袁世凯的权力,制定并颁布了《中华民国临时约法》。该约法专章对人民权利进行了列举,是首次以根本法的形式肯定了人民权利,具有划时代的意义。

该约法在总纲第一条和第二条规定“中华民国由中华人民组织之;中华民国之主权,属于国民全体。”充分体现了主权在民的原则,与之前的主权在君有了根本性的差别。人民不再是被君主奴役的对象,而是成为国家的主人。约法第二章“人民”,对人民的权利义务进行了详尽的列举。其规定,中华民国人民,一律平等,无种族、阶级、宗教之区别;人民之身体,非依法律,不得逮捕、拘禁、审问、处罚;人民之家宅,非依法律,不得侵入或搜索;人民有保有财产及营业之自由;人民有言论、著作、刊行及集会、结社之自由;人民有书信秘密之自由;人民有居住迁徙之自由;人民有信教之自由;人民有请愿于议会之权;人民有陈诉于行政官署之权;人民有陈诉于法院,受其审判之权,等等。《临时约法》第一次以根本大法的形式确立了“主权在民”的原则,给予了人民广泛的权利和自由,结束了君主至上的时代。在中国人权立法史上占有重要地位,为以后中国的人权立法奠定了坚实的基础。^[1]但是由于受到阶级和历史条件的局限,临时约法存在很多缺点。而且在之后辛亥革命的胜利果实被袁世凯窃取,《临时约法》成为一纸空文。

(二)其他人权立法。南京临时政府除了通过《中华民国临时约法》对人民的权利进行规定外,还通过其他一些立法对人民的权利进行保护。由于中国长期处于封建专制统治下,社会中存在许多不良风气,都是违背人权的。比如说买卖人口、限制妇女权利、贩卖奴婢等等。南京临时政府成立后,为了进一步贯彻保障人权的原则,通过了一系列的人权立法。1912年3月,内政部先后发布《禁止买卖人口文》和《大总统通令开放蛋户惰民等许其一体享有公权私权事》,正式废除一切等级特权和人格歧视的不公正法律。^[2]孙中山在《禁止买卖人口文》中指出“凡属人类一律平等”;在上述“大总统通令”中,指出“天赋人权,胥属平等……为此特申令示,凡以上所述各种人民,对于国家社会之一切权利,公权若选举、参政等,私权若居住、言论、出版、集会、信教之自由等,均许一体享用,勿稍歧异,以重人权而彰公

* 作者简介:董津(1986—),女,山东潍坊人,山东大学法学院2007级宪法学与行政法学专业法学硕士。

理。”^[3]同年还下达了“禁止贩卖华工及保护华侨令”。这一系列命令的公布废除了许多封建的落后思想,使得平等思想深入人心,也使得《临时约法》中的平等人权思想得以贯彻。

三、南京临时政府时期人权立法的评价

南京临时政府存在的实践虽然很短暂,但是在此时期政府所通过的人权立法意义是十分深远的。在中国人权史上占有重要地位,对于我国现在进行人权立法有很大的借鉴作用。南京临时政府通过颁布《临时约法》和其他一系列保障人权的法令,废除了封建社会的许多陋习,使广大人民从社会的最底层成为拥有人权的人,使君临天下的局面一去不返,使中国人民迎来了权利至上的时代。

1. 进步性。对于刚刚结束封建统治的中国,南京临时政府的一系列举措具有跨时代的意义。对于人权思想在中国的传播起到了很大的作用。《临时约法》虽然也存在一定的缺陷,但是在当时已经具有很大的进步意义。

首先,确立了人人平等的原则。中国长期以来处于封建统治之下,两千多年的封建统治造就了人民的奴性,也使得人民不知道权利为何物。人民一直以来只知道义务,甚至连生命似乎都不属于自己。南京临时政府成立后,致力于人权保障工作,通过《临时约法》确定了人人平等的原则,规定了中华民国人民一律平等,无种族、阶级、宗教之区别。并通过一系列的人权法令,废除了许多封建陋习,使得人人平等得到广泛宣传。

其次,保障人民的自由经营权。在封建社会实行的是自给自足的自然经济,而南京临时政府推翻清朝统治之后,实行的是商品经济。因此,保障人民的自由经营权,减少各方面的限制对于人民有重大的意义。如果人民的财产不能得到保障,就丧失了通过经营增加财产的动力,不利于社会经济的发展,也不利于社会的进步。南京临时政府通过规定人民有保有财产及营业之自由,为人民的财产安全和营业自由提供了法律上的保障。对于人民而言,有了法律上的承诺,减少了他们的后顾之忧,为专心的从事经营活动提供了方便。

通过南京临时政府的一系列立法,使得人权思想得到进一步的传播。极大地调动了人民的积极性,稳定了因战乱造成的混乱局面,并且促进了社会经济的发展,对于人民生活水平的提高具有重要的作用。

2. 缺陷。不可否认,南京临时政府的一系列举措,使得人权在法律中得到实现,也起到了积极的作用。但同时应该看到,由于历史和阶级的局限性,南京临时政府的人权立法也存在许多缺陷,从而使得人权的落实存在很大的困难。

首先,未规定性别无差别。《临时约法》规定,中华民国人民,一律平等,无种族、阶级、宗教之区别。但是并没有提到人民没有性别的差别。这说明南京临时政府的人权立法是不彻底、不完善的。中国作为一个古老的封建大国,在传统礼教的影响下,女子要遵从“三从”、“四德”,是没有自己的权利和自由的。推翻封建统治之后,不但要解放人民,更要解放妇女,使得她们可以受到与男子同等的待遇。而南京临时政府在立法的过程中,并没有明确提出男女之间的平等。这在西方人权思想中是不被接受的,是存在很大的漏洞。因为男女之间不应该存在差别,法律中应明确进行规定,使封建歧视女性的思想彻底根除。

其次,未提及土地方面的权利。南京临时政府颁布的人权立法的理论依据主要是孙中山的三民主义。虽然在其思想中提到平均地权,但是政府颁布的人权立法并没有提及农民土地方面的权利。在一个以农民为主体的社会中,人的生存问题实际上主要是农民的生存权问题。解决农民生存权问题最迫切、最有效的途径是解决农民的土地问题。然而,由于中国资产阶级先天的软弱性和革命的不彻底性。南京临时政府成立后不仅未能颁行法令,改革土地所有制,满足农民对土地的要求,相反却三令五申保护地主阶级的土地所有权,甚至武力镇压农民群众分田分地、抗捐抗税的斗争。^[4]这对于依靠土地生存的农民而言,等于剥夺了他们生存的权利,也使得三民主义的土地思想难以贯彻。

最后,人权立法采取法律限制主义。各国宪法关于人民自由权利的规定,不是采取宪法直接保障主义,便是采取法律限制主义。前者的意图在于保障宪法规定的权威性而不使宪法中规定的基本自由流于空谈;后者则意味着对人民的自由权利,可以用一般法律来限制或停止之。两相比较,宪法直接保障有利于对人民基本自由的保障,而法律限制主义则极易被野心家和独裁者所利用,从而成为奴役人民的工具。^[5]由此可见,采用法律限制主义并不能真正确保人民的权利。《临时约法》第二章专门对人民的权利进行规定,按说这是一大进步。但南京临时政府的人权立法采取的是法律限制主义。约法第二章最后一条规定“本章所载人民之权力,有认为增进公益,维持治安,或非常紧急必要时,得以法律限制之。”此兜底条款赋予了政府太多的权力,使得人民的权利毫无保障。增进公益、维持治安都是比较抽象的词,没有一个可以界定的标准,这必然导致政府滥用此条规定。

南京临时政府虽然存在了极为短暂的时间,但是它所通过的一些人权立法对于我们现在的人权建设具有一定的借鉴作用。虽然由于各种原因,其存在着一些局限性,但是这并不能阻碍其所发出的光芒。

注释

[1] 殷耀德. 中华民国南京临时政府人权保障探析. 黄冈师专学报(社会科学版), 1996, (1).

[2] 贾孔会. 试论南京临时政府的宪政革新. 学术论坛, 2004, (5).

[3] 李艳君. 中国近代的人权立法. 渤海大学学报(哲学社会科学版), 2006, (6).

[4] 翟洪峰, 王英梅. 论南京临时政府人权保障失败的原因. 广西社会科学, 2003, (1).

[5] 石毕凡. 近代中国自由主义宪政思潮研究. 山东人民出版社, 2004: 280.

诚信法治化:大学生诚信重塑的必然路径

董磊磊*

(河海大学 法学院,江苏 南京 210098)

摘要:当今大学生诚信缺失现象严重决非偶然,其产生具有深刻的法制原因。要重塑大学生的诚信状况,必须实现诚信的法治化。由于诚信法治化有利于道德规则的明确化和具体化、有助于道德和法律双重作用的发挥、有益于法律制度的构建,所以它成为大学生诚信重塑的必然选择。而建立个人信用体系、构建诚信惩戒机制、健全社会诚信法治体系成为实现大学生诚信法治化的主要路径。

关键词:大学生诚信;法治

诚信是中华民族的传统美德,是社会健康发展的重要保证。大学生是热血方刚的一代青年,是祖国的未来和希望,大学生诚信问题显得至关重要。然而随着经济改革浪潮的冲击,大学生诚信缺失问题已经很严重。在现实社会生活中,诚信受到了极大的挑战,违背诚信原则的做法屡见不鲜。大学生要树立正确的社会主义荣辱观,做一名新型市民,首先要坚持诚实守信,实现诚信的法治化。

一、大学生诚信现状的简要分析

了解现状是解决问题的前提,那么,目前,大学生诚信现状到底是怎样呢?这种状况又是怎样造成的?这是我们首先需要关注的重要课题。

(一) 诚信缺失现象的主要表现。高校学生中的“诚信缺失”现象主要指大学生在校期间在学习、生活和社会实践中并在校内外表现出来的不诚实的欺骗言行。据调查,其具体表现为:(1) 学习不诚。有些大学生不认真学习,抄袭别人的作业,在考场上作弊,并呈现作弊队伍壮大、心态坦然、手段翻新等特点。(2) 经济无信。有些大学生穿名牌、打手机,将从家中带来的钱用于吃喝玩乐,就是不交学费;还有的学生不按时返还国家的助学贷款。(3) 失约严重。不如实向用人单位介绍自己,推荐书和证书虚假,就业合同不履约,择业时不正当竞争等。(4) 行为失范。借物到期不还,弄虚作假骗取困难补助,在教室的课桌和椅子上乱写乱画,在班干部的选拔和奖学金的评选中弄虚作假等等。所有这些都反映了当前大学生令人担忧的道德状况,同时也折射了当前在高校思想道德教育中所存在的问题。

(二) 诚信缺失现象的法制原因。针对以上问题,不少专家学者仅仅从道德方面来找原因,但却忽视了大学生的失信行为背后也隐藏着法律和制度层面的因素。大学生的缺失诚信问题,从法学的角度上看,主要有以下原因:

1. 个人信用制度不完善——大学生诚信缺失的内在根据。法律、法规等制度具有分配资源或要素的功能,而在制度缺乏的领域,由于人的自利倾向,加上信息不对称,这就为不诚信的产生提供了前提条件。在高校校园,由于大学生的个人档案信用制度不完善,在信用评价机制上以分取人,由此造成了信息不对称,所以大学生在诸多方面表现出诚信缺失的现象也就不足为奇。如对于大学毕业生在大学期间的表现,用人单位获取的信息是不全面、非对称的。为了找个好工作,大学生就有可能造出假的证书、捏造出无中生有的履历。因此,如果没有建立较为完善的个人信用制度,就不可能铲除产生大学生诚信缺失现象的内在根据。

2. 诚信惩罚机制不完备——大学生诚信缺失的催促因素。应该说,每个大学生都知道诚信的重要性,也都希望生活在一个充满诚信的环境中,但为什么还会有那么多人去违背诚信呢?这主要是由于诚信惩罚机制不完备而导致失信的收益远远高于失信的成本。现今因为没有建立完备大学生的信用体系和奖惩制度,大学生所承担的处罚责任与其所获得的经济利益不对称,造成法律责任和制裁缺乏约束力,失信行为屡禁不止。甚至在某些情况下,当失信所招致的惩罚小于诚信所带来的收益时,失信会被认为是理性的。这使得违反诚实信用者不必为其失信行为付出应有代价。如果根据成本与收益原则,使个人失信成本大大高于失信收益,那么任何理性行为人都将通过成本与收益的比较,在短期的违约收益和长期的个人信用损失之间做出明智选择,规范自身行为,向守约诚信和长期化发展。^[1]而失信的人得不到应有的惩罚,又带来一系列不良的连锁反应,个别大学生就会寻找法律的空子,通过失信来获取利益。

3. 社会诚信法治不健全——大学生诚信缺失的外部原因。高校大学生的诚信状况,与整个国家的诚信法治状况息息相关。目前我国大学生诚信缺失现象,固然需要从大学生、从高校自身找原因,但整个社会的诚信法治状况也是影响大学生诚信状况的一个不可或缺的重要因素。改革开放以来,我国虽然在立法和法制保障诚信规范方面做了大

* 作者简介:董磊磊(1977—),男,江苏南京人,河海大学法学院2007级法学硕士研究生,主要研究方向为宪法与行政法。

量工作,《合同法》、《反不正当竞争法》及《民法通则》中都有诚实守信的法律原则,《刑法》中也有对诈骗的行为处以刑罚的规定,但这些并不足以对社会的各种失信行为形成强有力的法律规范和约束,针对信用方面的立法仍然滞后。

二、法治化:大学生诚信重塑的必然路径

大学生诚信重塑光靠宣传和教育是不够的,应当将诚信制度化,进行诚信立法,实现诚信建设的法治化。

(一) 诚信与法治的分立与融合关系

诚信即指诚实信用,就是在人与人的交往中必须遵循互不欺骗、互相信守承诺、诚实守信的行为规范。而法治,诚如亚里士多德所说“法治应包含两重意义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制定的良好的法律。”两者在行为规范、约束机制、适用范围、约束效力等方面都大相径庭,这已经成为学界共识。这里重点关注的是诚信与法治的互动关系:(1) 诚信是法治不可或缺的道德基础。(2) 法治除了对人们具有行为规范作用之外,还必然具有一定的道德推进作用,但并非所有的道德都可以通过法律来推进。美国学者富勒在其名著《法律的道德性》中将道德区分为“义务的道德”(社会生存的最基本的要求,是社会生活本身要求人们必须履行的义务)和“愿望的道德”(关于善行、美德以及使人类能力得到最充分实现的道德),^[2]并认为只有义务的道德才能够为法治所推进。

(二) 诚信法治化的路径选择

那么,为什么要选择诚信法治化的路径呢?除了上述原因外,笔者认为它具有以下优点:

1. 有利于道德规则的明确化和具体化。诚信作为一种道德规则不可避免地具有一定的模糊性和笼统性。而当它被吸纳为法律规范,在立法过程中就必须加以明确化和具体化,不仅概括规定诚实信用的基本要求,而且还要根据不同领域对诚信的具体要求,将其落实为相应的实体和程序的规则,明确人们相应的权利和义务,这就使得诚信的道德要求更加明确和具有可操作性。而且法律固有的刚性克服了道德的弹性,使诚信成为一视同仁的道德规则,对任何人均有一致和清晰的道德评价标准。

2. 有益于法律制度的构建。制度经济学认为人类在与他人的交往中受制于两种知识的不足,一是关于未来,人们只有不确定的知识;二是人们在了解资源、潜在交易伙伴及他们的精确特征上具有“横向不确定性”。因此,“为了保护正常的社会秩序,人们必须采取措施消除无序状态或预防其发生。在文明的社会中,法律是消除无序状态或预防无序状态的首要的、经常起作用的手段”。^[3]

三、重塑大学生诚信的法治设想

如前所述,法治化是大学生诚信重塑的必然路径,而如何实现诚信法治化,则需要社会多方的努力。

(一) 建立个人信用体系,实现大学生诚信行为的制度化

要建立大学生个人信用制度,把大学生在校的诚信表现用制度加以规范。其中最重要的是建立大学生诚信档案和信用评价体系。由于大学校园中的人员组成相对简单,人员之间的相互关系也并不复杂,且大学校园在管理上有一定的封闭性,完全有条件建立一种初步的大学生信用评估体系,为每一位在校大学生建立一份诚信档案。在大学生诚信档案中,不仅要记录学生的各科成绩、在校获奖情况、参与社会实践情况,还应包含学生在校期间的品行情况;对于申请助学贷款的学生,还要将其需要还款的时间和金额一一列明,供其将来就业的单位监督。通过一系列有效的数据、事实和行为来标明大学生的诚信度,使个人信用档案成为大学生的第二张身份证和进入社会的通行证。^[4]此外还采取相应的制度措施以保障这种诚信评价体系,如对于诚信度低的大学生不得担任学生会、班、团级干部,不能接受奖学金等。这样才能切实保障大学生诚信评估体系的不断完善,并发挥其对大学生的道德教化和制度约束的双重作用。

(二) 构建诚信惩戒机制,加大对失信大学生的惩罚力度

欲重塑大学生的诚信,首先必须依赖于法律、法规和其他规范性法律文件。在构建诚信制度的过程中,其他规范性法律文件的作用主要可以从以下两个方面中体现出来:(1) 对于破坏诚信者给予严厉的惩罚。(2) 通过规范性法律文件的威慑防止失信的发生。必须加大规范性法律文件对于失信者的事前阻吓作用,让所有当事者都意识到只要违背了诚信,就一定会受到严厉的惩罚,从而促使人们诚信行事。

(三) 健全社会诚信法治体系,形成良好的诚信环境

在诚信法治体系中,法律建设处于核心地位。目前我国已初步形成了现代法律体系,但从实践方面来看,我国的信用法律体系还很不完善,法律规定还比较笼统,有的甚至还存在相互矛盾和冲突,必须根据具体情况进行制定、修改、废除,从而把诚信建设纳入法制化轨道。首先,加强社会信用管理立法。其次,完善大学生专门信用立法。最后,加大信用法律、法规和其他规范性法律文件的执法力度。用法律手段促使学生养成诚实善良的品质,严格履行合同的义务,维护就业协议、贷款协议的效力等,从而建立起大学生对法律的诚信乃至法律的信仰。

注释

[1] 洪跃雄. 法制视野中的大学生诚信问题. 西北农林科技大学学报(社会科学版), 2004, (6).

[2] [美] 富勒. 法律的道德性. 耶鲁大学出版社, 1977. 5.

[3] 张文显. 法理学. 法律出版社, 1997. 293.

[4] 林燕. 论大学生的诚信教育. 高教探索, 2005, (3).

奥古斯丁的自然法思想

姜宁*

(南京大学 法学院,江苏 南京 210093)

摘要: 中世纪,由于对上帝的信仰,自然法与世俗法的二元格局被打破,上帝的理性取代了自然法的地位,成为至高无上的永恒法则。本文要集中探讨的,就是这众多基督教思想家中最杰出的一位——奥古斯丁——的自然法思想。本文试图通过对他的三分法理论的探究,确定三法之间的内在关系,以及神学理论对他三分法的影响,从而从整体上鉴定神学自然法在神学世界中的位置以及神学自然法的历史功绩。

关键词: 自然法;三位一体说;光照说;双城说

中世纪,几乎所有的基督徒都共享一种世界观,即《圣经》和基督教教义确定的对天与人的关系的理念。与其他的科学和思想一样,法律哲学也在某种程度上不可避免地受到基督教及其教义的影响甚至支配。但是古代哲学的传统并未因此而丧失,柏拉图、亚里士多德以及斯多葛学派的思想对基督教的思想家产生了极为深远的影响,尽管基督徒们按神学和基督教教义对古代哲学提出的观点和理念进行了重新的诠释和修正。^[1]

奥古斯丁,作为基督教早期著名的神学家,在改造古典理论时,在自然法与世俗法二分法的格局之上,又引入了永恒法的概念,形成了一个“三位一体”的稳定的法的内部结构。

一、自然法与“三位一体说”

(一) 法的三分。首先,奥古斯丁的神学自然法思想是一个由三重法组成的有机整体,包括永恒法、自然法和人法三个各自独立而又相互联系的部分。永恒法是奥古斯丁从斯多葛学派那里借鉴来的概念,但他只是借用了这个概念的形式。在斯多葛学派那里,“永恒法”与“自然法”是等同的。斯多葛学派的普遍理性原则认为,理性编辑所有的自然之物,主宰和统治着它们的运作。斯多葛学派的创始人芝诺认为,自然法是正义、理性和上帝标志的体现,自然法是普遍理性,优先于人定法,人定法要服从自然法。^[2] 其次,奥古斯丁用上帝的理性取代斯多葛学派的普遍理性,赋予永恒法以新的含义,认为上帝的理性和意志是统治宇宙秩序的永恒法。永恒法与上帝自身一样,“至高、至美、至能、至所不能、至仁、至义、至隐、至无往而不在、至美、至坚、至定但又无从执持。”^[3] 它先于万物而产生,是万物的最高法则。万物的其他法则都在它之下,必须遵循它的规定。违背上帝的意志就是恶,必然受到上帝的惩罚。人类社会和自然万物会更迭变迁,但永恒法是恒定不变的,因为它是上帝的意志。第三,永恒法是规定着万物秩序的上帝的理性。而人类在良知状态下对永恒法的领悟便是自然法。古罗马思想家西塞罗认为,自然法是人类理性的产物。奥古斯丁认为,自然法是上帝赋予人的本性,是人类未染原罪时对真理本体的荣福直观。^[4] 自然法来自上帝的无限智能,内在于上帝的一切造物。人作为上帝最有灵性的造物,当然拥有自然法。对人来说,自然法即植根于人类灵魂深处的永恒法则,它表现为人的理性和良知。自然法是人法的完全状态,人法是对自然法的竭力效仿。只有当人法符合永恒法和自然法时,它才可能是正当和有效力的。正是基于这点,奥古斯丁认为政治国家的世俗法必须符合自然法,而自然法又是从永恒法那里获得的效力,所以违背永恒法和自然法的世俗法是无效力的。^[5]

由此,我们可以大致勾勒出三法之间的效力关系。永恒法是上帝的理性,自然法是上帝理性在一切世俗之物中的临在,人法是上帝理性在人类心灵中的间接临在。三法是同质且平等的。三法体现上帝的理性的程度虽然不同,但并不等于说后者是前者的欠缺或缩微状态。永恒法虽然是最高理性,但它并不直接规定万物的秩序,维持万物秩序是自然法的特有使命;同样,自然法也并不直接规定人类社会的秩序,维持人类在尘世的秩序是人类特有的使命。

(二) “三位一体说”。作为基督教基本教义的三位一体说认为,上帝是独一的真神,同时具有三个位格,即圣父、圣子、圣灵。而在奥古斯丁看来,圣父、圣子、圣灵首先是一个神,在此基础上,才存在所谓三个位格的关系问题。并且三者的关系也只是彼此相对而言的:圣父是对圣子而言,圣子是对圣父而言,而源自这二者的圣灵则是对圣父和圣子而言,三位中的每一位从来都不是单独存在或行动的。^[6] 以此“三位一体说”为出发点,奥古斯丁又发展出了诸多三位一体类比学说,而其中犹以心灵三位一体说为著名。奥古斯丁认为在人的心灵中存在着一个类似上帝的三位一体结构:记忆、理智和意愿。意志可以理解为圣灵,因为圣灵的角色就是联系人类;理解可以认为是圣子,因为圣子的角色是让真理向人显示;记忆是圣父,是因为圣父的角色就是创造并维持存在。^[7]

* 作者简介:姜宁(1985—),女,江苏镇江人,南京大学法学院2008级硕士研究生。

二、自然法与“光照说”

(一) 光照说。通过以上论述我们知道,人法必须努力与自然法相符合并最终向着永恒法的方向趋近。随之而来的一个问题便是,究竟通过怎样的途径和方法才能使人法摆脱堕落的命运,向着自然法和永恒法趋近呢?为了解决这个问题,我们不得不引入奥古斯丁另一个著名的理论——光照说。

与对人类思想的确定性的意识相比,奥古斯丁并不十分关心思想的起源问题。事实上,奥古斯丁认为当我们的眼睛看到一个客体时,我们是形成了一个太阳光照下的影像。类似的,我们的意识能“看到”在它们自己的恰当的光的照耀下的客体。正如奥古斯丁所说,我们应该相信“思想趋向于无形现实的本性来自造物主的安排,它能通过一种独特的光发现真理的所在,正如眼睛通过光看到周围所有的事物一样。在《〈创世记〉字解》中,奥古斯丁写到“因为光就是上帝本身,而灵魂是被造的,因此,由于灵魂是理性和理智的,因而便是照着上帝的形象创造的。当灵魂试图凝视光之本体时,会因为软弱而颤抖,发现自己不能这么做。不过,当他走出这光源,便能获得一切理解力。所以,当它被带走,并与身体的感官相脱离,以一种更完善的方式面对光时,它便能看到光本身。正是在光的照耀下,它才能看到它所理解的万物。”^[8]

(二) 神圣光照下对自然法的认识。按照光照理论的说法,人之所以能认识法律,是因为上帝已经将这些关于法律的记忆安置在了人的心灵中。当心灵受到神的光照时,记忆就会因被照亮而显现出来。然而,并不是每个人都能洞察到自己的心灵受到了光照。人为了看清自己心灵中关于上帝的记忆,除了光照这一必要的内在条件外,还需要信仰的外在提醒。这种外在提醒只能来自圣经和教会,这样教会在世俗法的制定和适用问题上就具有权威地位。^[9]

在奥古斯丁看来,应然不仅是实然所要努力达到的理想状态,而且还是实然产生和存在的原因。因此,只有当实然的法(世俗法)与应然的法(永恒法、自然法)相符合时,才可能是正当和有效的。

三、自然法与“双城说”

奥古斯丁把对上帝的爱作为道德的核心原则,认为邪恶来自那种非正常的爱。以此为基础,他进一步认为,人类可以分为两类,分别是爱上帝的人和爱自己与世俗世界的人。这两种从本质上不同的爱产生了两个相对的社会群体。爱上帝的人组成了上帝之城,而那些爱自己和世俗世界的人则组成了世俗之城。

由于存在上帝之城与世俗之城的区分,为了规范双城,奥古斯丁相应的把法律也分为了两类:神法(永恒法)和人法(世俗法)。神法一成不变,主宰世间一切。奥古斯丁认为,上帝的法律即真理,真理即上帝的法律。上帝是真理的化身,而法律则是上帝意志的体现。因此神法即是真理,即是正义。正如在光照说中所说,人法的产生是人类原罪的产物。在人类黄金时代,人们生活在神圣、纯洁的国度里,按照上帝的计划和安排,人人平等和自由。所有的人共享财产和利益,并在理性的指引下像亲兄弟一样生活在一起。但是,由于人类本质的堕落,人们爱自己而轻视上帝,重物质生活而轻精神生活,因而便产生了暴力。人不可能不犯罪,因此人法的作用主要在于对人类邪恶本性的约束和惩罚。^[10]自然法来自上帝,内在于上帝的一切造物。人作为上帝最有灵性的造物,当然的拥有自然法。对人来说,自然法即植根于人类灵魂深处的永恒法则,它表现为人类的理性和良知。人法和自然法本是同源,都来自于体现上帝理性的永恒法。自然法是人法的完全状态,人法是对自然法的竭力效仿。自然法在神法(永恒法)与人法(世俗法)之间扮演了一个纽带的角色。^[11]

四、结语

虽然从现代实证主义思想的角度来看,奥古斯丁的自然法学说存在着致命的历史局限性——将先验的上帝的理性作为逻辑的起点和最终归宿,但不可否认的是,奥古斯丁建立在基督教哲学基础上的神学自然法思想对后世仍产生了深远的影响。它不仅为反对国家权力拥有者不人道的独裁统治,甚至是革命权提供了法律理论上的依据,而且从思想上迫使权力拥有者对其制定的法律规范进行道德上的反省和说明。反观奥古斯丁的神学自然法思想,我们还可以发现,建立在神学基础上的自然法使人们明白:法和道德不可分割,国家的立法者负有尊重一切人的平等尊严的职责。

注释

[1] [美]E·博登海默.法理学:法律哲学与法律方法.邓正来,译.中国政法大学出版,2004.27.

[2] [4] 饶鑫贤.北大法学百科全书·外国法律思想史卷.北京大学出版社,2000.1032、67.

[3] [古罗马]奥古斯丁.忏悔录(卷一).周士良译.商务印书馆,1981.5.

[5] 韦恩·莫里森.法理学:从古希腊到后现代.李桂林,李清伟,侯健,郑云端,译.武汉大学出版社,2003.62.

[6] [美]G. F. 穆尔.基督教简史.郭舜平,译.商务印书馆,2000.103.

[7] [美]保罗·汤姆森.奥古斯丁.周伟弛,译.中华书局,2002.62.

[8] 李国山,王建军.欧美哲学通史·古代哲学卷.南开大学出版社,2006.223.

[9] 翟运松.奥古斯丁法哲学思想初探.信仰网刊,2004,(7).

[10] 徐爱国,李桂林,郭义贵.西方法律思想史.北京大学出版社,2002.67.

[11] [德]伯恩·魏德士.法理学.丁小春,吴越,译.法律出版社,2003.194.