

华东师范大学 跨世纪学术著作出版基金资助

伦理文明， 还是法治文明？

蒋德海 著



Kuashiji

华东师范大学出版社

伦理文明， 还是法治文明？

蒋德海 著

华东师范大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

伦理文明, 还是法治文明? / 蒋德海著. — 上海:
华东师范大学出版社, 2001

ISBN 7-5617-2478-0

I. 伦... II. 蒋... III. 法理学-理论研究
IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 82746 号

责任编辑 周 洁

责任校对 邱红穗

封面设计 陆震伟

伦理文明, 还是法治文明?

蒋德海 著

华东师范大学出版社出版发行

(上海中山北路 3663 号 邮政编码 200062)

新华书店上海发行所经销

上海新文印刷厂印刷

开本 890×1240 1/32 印张 11 75 插页 4 字数 305 千字

2001 年 4 月第 1 版 2001 年 4 月第 1 次印刷

印数 001—, 3500 本

ISBN 7-5617-2478-0/D·088

定价 23.00 元

法理学应当贡献些什么？（代序）

一门科学能够贡献什么，大抵由学科的概念、范围及研究方法所规定的。因此，由科学作用的大小而审视学科概念、范围及研究方法等的合理性，无疑也是推进科学的一种途径。比如，法学在我国长期被当作阶级斗争的工具，这导致甚至连“法律面前人人平等”这样起码的原则都无法确立。这与人们对法的理解有关。法理学也是如此。习惯上把法理学理解为法的哲学，这当然是对的。但究竟什么是哲学，今天的法理学恐怕还没有超越 80 年代初的哲学水平。而当时及以后的一段时间里，哲学恰恰被称为“贫困的”。对我国法理学作整体评价不是本书的任务，但中国法理学在整个法学中的滞后性却是不争的事实。为此，我们不得不对法理学的概念、法理学的范围及法理学的作用等进行一系列的反思。

本书就是笔者在近年对法理学反思的一种结果。

以已经习惯的法理观点来看，本书所探讨的一些问题可能不属于法理学。比如，关于司法独立的讨论，关于管辖权和司法公正，关于侵权赔偿等。应当说，这些问题都有相关的法学部门来研究，司法独立属于司法体制，管辖权属于诉讼法学，侵权赔偿属于民法学。但问题是，当部门法学在探讨、研究这些问题时，法理学有没有资格或有没有探讨的必要？笔者的观点是肯定的。其一，从我国法理学的现状看，否认这种必要性的倾向已经严重影响我国法理学的学科发展。它导致法理学和法学的割离，并使法理学成为一种高高在上的脱离法学实践的抽象的东西，成为一种法学外的理论。中国法理学界对法理学的基本界定是法学基础理论，但这种基础理论目前只是法理学界一厢情愿的事。法学的其他部门不承认也不接受这种“基础”。一个典型事例就是我们有些法律

专业院校,多年来几乎不开法理学课,而其法律专业学生照样一届一届毕业;而在许多法律院校,法理学只是一种陪衬,往往是匆匆过场。其次,法理学的研究和讨论只限于法理学界,由于与法律实践相脱离,法理学讨论和研究的问题严重落后于部门法。如1992年法理学界讨论权利本位还是权利义务本位时,就受到了民法学家的批评,因为权利本位是民法所有权的基本原则之一。一个本来应当走在法学前列的部门不但不能为法学其他部门提供思想和营养,而且远远落在它们的后面,这不能不说是法理学的悲剧。

但是,如果法理学也要过问其他法学部门,它与其他法学部门又是一种什么样的关系呢?笔者认为它们的界线在于:法理学研究所有的法律,而部门法只研究其特殊法律。其次,就某一个具体法律而言,法理学是从大法学的宏观角度研究,而部门法是从实体法的微观角度进行研究。再次,就研究的目的而言,法理学倾向于挖掘和揭示其应有的法律精神和法律原则,而部门法只涉及一般的法律技巧、技术或比较特殊的法律原则等。这三个特点,使法理学在研究具体法律的时候与部门法相区别,并成为部门法研究的基础和指南。

当然,这种基础和指南不是法理学自封的,而需要法理学界通过不懈地努力使法学界得到认可。当法学界普遍认为法理学是法学的一种基础和指南的时候,法理学才能真正成为法学基础理论,并为社会作出应有的贡献。

为此,法理学的概念、范围及研究方法不能不发生一些根本的变化。诚然,法理学应当研究法的本质、法的历史、法的特点、法的实施等一些抽象的法律问题,但这种研究不是从抽象到抽象,而是从具体到抽象,而且还要归结于具体。正如康德所说:“关于一般对象的思想,只有当纯粹知性的概念属于感觉对象的时候,才能借

助这种概念转化为我们的知识。”^① 比如,诉讼法上的管辖权,本来就是出于司法公正的要求,为了防止滥用诉讼权,对管辖权进行合理的限制不仅是必要的,而且是必须的。那么,什么样的管辖权才是合理的和公平的呢?这显然不仅涉及到诉讼法学,而且也涉及到法理学,涉及到法理学对于合理和公平的法学界定。另一方面,当法理学这种对于合理和公平的法学界定运用到管辖权后,导致一种公平和合理的司法结果时,包含在管辖权内的法理学的司法公正才能真正实现。

从这样的理解出发,法理学的内涵、范围和研究方法应当扩大。在内涵、范围和研究方法上,扩大了的法理学应当具备三个特征:

第一,法理学是批判的法学。这里所称批判法学,仅仅是指一种研究或学术的方法,它不同于美国楚贝克、阿贝尔及图什内特等发起和推动的所谓批判法律研究运动。法理学的使命之一是对现存的法学现象进行批判,通过这种批判,摧毁影响和阻碍我国法制建设的种种旧的法律心态、法律习惯,树立现代法理的基本精神和思想。这包含三层含义:1. 中国现代法理学的发展取决于这种批判的深度和广度;2. 中国社会现代法律意识的确立,取决于这种批判的普遍化;3. 传统法律思想中消极影响的消除取决于这种批判的彻底。

第二,法理学是创造的法学。批判是为了创造,或者说批判正是为了创造。一切真正彻底的批判都必然包含着创造。法律的批判也是如此。法理学通过对法律现象的批判,正是要建立一种更加合理和公平的法制环境。当然,批判和创造密切相关,没有深刻的批判就没有深刻的创造,深刻的创造取决于批判的广度和深度。但是,也不能把两者等同起来。因为历史上确有过深刻的批判而

^① 转引自柯普宁:《作为认识论和逻辑的辩证法》华东师大出版社 1994 年版第 122 页。

无结果的先例。因此,发展法理学,要注意从批判向创造的转换。

第三,法理学是启蒙的法学。法理学对现存法律现象的批判本身就是一种启蒙。换言之,没有启蒙的批判不是真正的批判。法理启蒙应当具有普遍性、持久性。这里所谓普遍性,即使当代法理学的基本精神和原则成为人们不可或缺的空气般的存在。比如,封建社会中的官本位思想,已经受到了不少学者的批判,但在我们的社会生活中,官本位不但没有丧失存在的合理性,而且有愈演愈烈之势。这里的原因就在于虽然官本位作为一种思想受到了批判,但官本位的制度和机制并没有受到批判,这是其普遍存在的主要原因。

这样一来,法理学就不仅是研究关于法的本质、法的历史、法的规律等的学问。从字面上看,法理学是“法理”和“学问”的结合。那么法理是什么呢?恐怕不只是我们通常所理解的法的本质、法的规律及法的历史等。法理是法的理论或法的理性,它应当涉及一切法,是关于一切法的理性之学,即通过法的表象揭示法的理性或法的真理的科学。而一切法律现象,只有当它深入到法理的层次时,才具有本质的意义。比如,社会上广为人知的“王海打假”,最近战绩不佳,多次“战败”,法院和民法学界的解释是“王海不是消费者”。我国《消费者权益保护法》规定:消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务,其权益受法律保护。当王海为打假购物索赔时,他确实不是消费者。但王海打假是事实,王海购买的假货也是事实,王海打假的社会积极性也是不争的事实。我们的法律保护购买假货的消费者,却不保护购买假货的打假公民,岂不矛盾?诚然,《消费者权益保护法》没有对打假者的规定,但《消费者权益保护法》的立法宗旨和打假英雄的打假宗旨是一致的,即都是维护社会经济秩序,促进社会主义市场经济的健康发展。显然,法院因王海打假不是消费者而不予支持,合法却不合理。这里的理,就是法理。

从历史上看,法的本质、法的规律的讨论永远不会结束。正如

张文显教授在其著作《法学基本范畴研究》中引用奥古斯都关于时间解释的困难性时谈到的,法的本质是一个永恒的题目。其次,法理学的概念、范围、方法等也不是一成不变的。在古希腊罗马时代,虽然没有独立的法理学,但在其丰富多彩的伦理学、政治学、法学甚至包括文学等的讨论中,都包含着深刻的法理思想。近代以后,法理学逐渐独立,但康德、黑格尔的法理学无论在概念、范围还是在研究方法上都与奥斯丁、庞德及波斯纳、贝勒斯有所不同。我想说,法理学不是一个成形的“物”,或者说,即使法理学是一个已经成形的“物”,而其形状和作用都因创造它的人不同而有所不同。

本书可以看作是我对法理学的“形”所作的探索。当然,肯定会有不少缺点。但正如黑格尔所说,一个人如果总是躺在坑里,就永远看不到灿烂的苍穹。

本书的内容分为三个部分,第一部分属于比较公认的法理学问题,我称之为狭义法理学。第二部分按习惯的法理学理解,属于其他法律部门,我从法理学的角度进行了分析,我称之为广义法理学;第三部分是案例分析,我的动机是显示法理学探讨案例的特点。这三个方面的划分未必合理,也未必准确。但我相信,它对于法理学的范围及研究方法的探讨是有益的。

本书的书名采用《伦理文明,还是法治文明?》有两层含义:其一,整个法理学的工作就是要确立法律的信仰,为建设法治文明服务,它体现了本书所包含的法理学研究的宗旨;其次,它又是本书中一篇论文的题目。本书的大多数论文均已发表。《伦理文明,还是法治文明?》在1996年获美国九十学社和上海社会科学院的征文二等奖,后发表于美国《issue paper》杂志,是我十多年来法理学研究的结晶,特意奉献给读者。

蒋德海 1999年8月记于华东师大

目 录

法理学应当贡献些什么? (代序)	1
------------------------	---

第一编 狭义法理学

原始社会和原始法辨	3
试析马克思、恩格斯对法的本质的理解	22
伦理文明, 还是法治文明? ——谈法制建设在精神文明建设中的地位	38
科普和法普	57
社会主义法治和平民意识	76
官本位在中国的法律基础	95
法律尊严的成本	110
从中国法律传统看传统和现代化之争	123
近代以后中日法制进程的比较及启示	138
制约中国法理学发展的若干因素分析	153
新世纪的中国面临法观念的突破	163

第二编 广义法理学

论裁判公正	177
硬裁判制度和我国法制建设	198
“腐败不可避免”论的实质是“腐败合理”	214
中国反腐败的道德化倾向	225

论《国家赔偿法》的反腐败功能·····	237
《国家赔偿法》应引入精神赔偿原则·····	253
再谈我国《国家赔偿法》的精神赔偿原则——答张海斌先生 ·····	257
社会主义法治和第二国家控制力·····	260
司法独立, 放权还是收权? ·····	271
卢梭, 是不该误解的 ·····	280
基层民主和我国地方人大建设·····	290
中国法制现代化的民主基础·····	304

第三编 几个案例的法理学分析

被审判的科学尊严·····	327
管辖权和司法公正·····	335
侵权赔偿和人格尊严·····	345
法、制度和人道主义 ·····	353
后 记·····	359

第一编

狭义法理学

科学无疑是美好的东西，即使仅仅为了它本身也值得人们为之付出自己的全部劳动；但当它成为一种力量并孕育出德行时，它就更千百倍地美好了。

——基佐

原书空白

原始社会和原始法辨

原始社会的性质是晚年马克思的兴趣所在。在生命的最后10年里,马克思没有专心致志地投身于完成他的巨著《资本论》二、三卷,而把大量的时间放在原始社会的研究中,足以体现原始社会性质的重要性。原始社会的性质与对法的起源及法的本质的理解有密切的关系。在我国,由于传统理论的影响,我们对原始法的理解始终停留在原始规范上,而把阶级、国家的出现当作法的产生的前提。大量的考古发现证实,这个观点不能说明迄今为止的人类历史,也不符合历史唯物主义的基本原理。因此,对此问题进行探讨,具有重要的理论意义和实践意义。

一、原始“公有”值得商榷

对于史前社会性质的了解,现在确认有效的方法,是对原始墓葬的发掘和分析。马克思对此曾有过很好的说明:“为了判定在蒙昧人中什么东西是个人财产,必须考察哪几种财物在埋葬死者时必须加以销毁;在某些蒙昧人中,只销毁武器和衣服;在其他一些蒙昧人中,还要加上男女奴隶、死者的众妻或妻子;在另一些蒙昧人中,要销毁他栽培的果树和喂养的家畜。”^①

现在一般将原始社会分为旧石器时代和新石器时代,前者距今约200万年至公元前8000年左右。新石器时代又分为早、中、晚三个阶段。下面就新石器时代的三个阶段分别举出一些例证。

^① 马克思:《科瓦列夫斯基〈公社土地占有制及其解体的原因、进程和结果〉一书摘要》单行本,人民出版社1965年版,第3页

1. 新石器时代早期墓葬:甲,1983 年秋,在甘肃宁县董庄新石器时代遗址,发现前仰韶文化墓葬 26 座。随葬品差别不大,一般为二三件,个别的超过 10 件。此外,随葬品中发现不少生产工具。墓葬中还反映出女性地位高于男性,显示当时还处于母系社会。^①乙,1984 年在湖北宣城曹家楼新石器时代遗址,发现墓葬 8 座,多数无随葬品,有随葬品的只是几件生活用品。^②

2. 新石器时代中期墓葬:甲,汉阳西水坡仰韶文化遗址。其 45 号墓埋葬 4 人,墓室正中为墓主,其余 3 人埋于东、西、北三个小龕内,显然是为墓主人殉葬。在墓主人的左右两侧,有用蚌壳精心摆成的龙、虎图形,显示了墓主人生前地位之高。^③乙,1989 年 12 月,发掘江苏花厅村古墓葬区,发现人殉现象十分普遍,随葬品数量也明显增加,有的多达 60 多件。^④

3. 新石器时代晚期墓葬。甲,山东大汉口文化墓葬第三阶段,随葬品不但在量上有严重差别,而且表现出等级的不同。有的墓主不但随葬大量的生活用品与豪华的装饰品,而且采用大型的葬坑、木质葬具及二层台。相反,有的墓葬不但没有葬具等,甚至随葬品都极少,有的只有一个简单的小土坑。^⑤乙,山东诸城子发掘的 87 座龙山文化墓葬中,差别更大。整个墓区可以分为四类,一类墓大,有二层台、木椁和质高量多的随葬品。第四类墓除尸骨以外,葬品、葬具一无所有。^⑥

从以上三个阶段的墓葬的例证中,我们可以得出以下初步的结论:第一,无论从消费品还是从生产工具看,新石器时代的财产观念已十分明显。第一阶段的随葬品虽然差别不大,但也足以证

① 《史前研究》1987 年 4 月甘肃宁县董庄遗址发掘简报

② 《考古学报》1988 年 1 月湖北宣城曹家楼新石器时代遗址发掘报告

③ 《华夏考古》1988 年 1 月西水坡遗址发掘报告

④ 《文汇报》1989 年 12 月 20 日

⑤ 《山东史前文化论文集》,《齐鲁考古丛刊》编辑部编

⑥ 《山东史前文化论文集》,《齐鲁考古丛刊》编辑部编

明那时经济上的差别已经存在。其差距小的原因,在于当时生产力不发达,剩余产品有限,故限制了个人财产在量上的发展。其次,在三个阶段中,与财产观念相联系的个人财产的量体现出由少到多的过程。因此,我们可以大致否定新石器时代是财产公有向私有转化的说法。并可以确信,新石器时代已经有了私产观念。这样,我们已知的财产私有的确切年代将要上推 6000 年左右,远远超过我们的文明史(4000)年。第三,财产私有的基础是生产资料,历史唯物主义认为,生产资料的所有制决定人们的分配方式和社会地位。同样地,从分配方式和社会地位也可以反映出一定社会的所有制基础。上述三个阶段的墓葬材料表明,人们的分配方式和社会地位已有明显的差别,这至少可以表明,原始社会的所有制基础不是人们想象中的公有制,也不是平等的社会。新石器中期开始发现的大量人殉现象证明,至少在公元 5000 年以前,社会分化已十分剧烈,当时的社会不平等和经济不平等已十分严重。

对于考古中的这些发现,史学界有一个十分奇特的现象,人们一方面坚信以私有制为特征的阶级社会产生于 4000 年前,一方面又不得不面对地下发掘出的早得多的贫富悬殊和阶级分化的现象表现出相当的惊讶。面对这种矛盾,通常的解释是将史前这段历史称为阶级社会的发轫期。但是,当发轫期的历史进程远远超出非发轫期,而且发轫期的贫富悬殊相当惊人的时候,这就难以使人信服了。

不仅如此,甚至在旧石器时代,也有一些事实可以证明那时并没有出现过理想中的公有和平等的社会。其一,是原始艺术。现在已经知道,远在 46000 年前,原始人就开始了艺术活动。例如,按照 H·L 穆维斯用同位素测定的结论,原始莫斯特时期艺术存在于 46000 年~27000 年前;帕里果时期艺术存在于 43000~30000 年前;奥瑞纳勒时期原始艺术存在于 35000 年前左右,等等。艺术的前提是脱离生产劳动,只有在劳动产品有了剩余的条件下,才有

可能从事艺术。因此,哪里出现艺术,哪里就有产品的剩余;哪里有艺术的发展,哪里就有积累的扩大。而一个人从事艺术活动,必然意味着其他的原始人为他从事谋生活动。这就充分证明,至少在 40000 年前,某些地方的生产力就达到了相对过剩的程度,这种剩余是以某些人可以脱离生产活动为标志的。而产品的剩余则是财产私有的一个基本条件,“私有制是从积累的必然性中发展起来的”。^①同时,原始的简单贸易也广泛开始了。我们在许多山地原始人那里,都发现了海贝等装饰物,表明当时的原始人已能用剩余的产品来进行简单的交换。此外,当代文化人类学家有一种理论,认为原始采集狩猎民的生活很可能是十分富裕的。如有些人类学家通过对当代原始采集狩猎民生活的调查就得出了这样的结论。这样,我们所知道的原始私有制度的日程可能还要大大向前推进。

其二,是史前食人现象。考古发现已充分证明,早在 175 万年前的早期猿人阶段,便产生了食人之俗。本世纪 20 年代开始,在东非、南非、北非发现的大量南方古猿及早期猿人化石,其中大量的带有人工打击的痕迹。如 1924 年在南非托恩发现的小孩个体化石以及 1936 年在托恩以北的斯特克方丹发现的德兰斯瓦尔人等。1943 年,魏敦瑞出版的专著《中国猿人头骨》,以充分的事实证明了北京猿人也存在食人之俗。显然,食人者和被人食者不可能平等。上述考古发现,以有力的事实证明了原始人并不是生活在“自由”和“平等”之中。

二、民族学的启示

摩尔根曾指出:“有如在物质的构成上可以划分为连续的岩层一样,人类的诸部落,也可以按照它们的相对进步状况分为连续的发展阶段。当它们被如此划分以后,它们便以某种过程的确实性

^① 《马克思恩格斯全集》第 3 卷,第 74 页

显示人类从野蛮到文明的全部进步的历程。”^①

在今日世界上,留存有广泛的原始部落。在这些原始部落中,私有观念是一个十分普遍的现象。如散居在孟加拉湾东部高达曼群岛上的高达曼人,他们至今仍停留在狩猎采集阶段,但私有财产的观念已随处可见。如树木的私有,任何一个成员,如果选中一棵无主的树木,宣布它为自己所有,这棵树就被大家看作是私人财产。猎获物归第一箭射中者所有,鱼归捕获者所有等等^②。居住在印缅交界处的那加族人,处于刀耕火种的原始农业阶段,在那里,房舍、家畜和其他动产均归各家私有,可以继承。^③新几内亚的阿拉什佩人,虽然慷慨,但物品的归属仍然是明确的。比如打猎,谁先看到的猎物就归谁。与阿拉什佩人相邻的蒙杜古马原始部落,甚至连妻子、女儿都成了私有财产。

由于地区、历史民族等的不同,各个原始部落在财产上的私有程度并不相同。这与生产力发展一定程度上的原始氏族家庭内部的密切程度有关。一般来说,氏族和家庭结合密切的原始部落,氏族对某些财产的关系也就密切。如中国的鄂温克族人,氏族头领可以调整各个家庭间驯鹿的数量。但不能就此断定他们处于一种“公有制”的状况。几乎所有的原始部落,都是以血缘关系组合起来的群体。一个氏族,可能就是一个曾祖父,而氏族的成员,彼此都是堂兄妹、表兄妹等。出于氏族繁荣和生存的需要,氏族的首领,也是公认的家长。适当地利用家长的权力,调整一下各个家庭间财产的不平衡,是完全可能的。原始氏族内存在这样的习俗,表明在氏族之下的各个独立的家庭,还未形成像中国封建社会中分家相当明确的家庭组织。家虽分了,但由于生产力低下,氏族内的家庭,各有互相照顾和帮助的义务。因此,鄂温克族人的所有制实

① 摩尔根《古代社会》,三联书店,1957年版第586页

② 刘达成等编译《当代原始部落漫游》,天津人民出版社,第52页

③ 刘达成等编译《当代原始部落漫游》,天津人民出版社,第63页