

XIBEI FALU PINGLUN

西北法律评论

第四卷

主 编 贾 宇



陕西出版集团
陕西人民出版社

西北法律评论

第4卷

主 编 贾 宇 副主编 李永宁

陕 西 出 版 集 团
陕 西 人 民 出 版 社

图书在版编目 (CIP) 数据

西北法律评论. 第4卷/贾宇主编. —西安: 陕西
人民出版社, 2009
ISBN978-7-224-09152-6

I. ①西... II. ①贾... III. ①法律—文集 IV. ①D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第185782号

西北法律评论 (第4卷)

主 编 贾 宇

出版发行 陕西出版集团 陕西人民出版社
(西安北大街147号 邮编: 710003)

印 刷 西安西法大印刷厂

开 本 787mm × 1092mm 16开 17.75印张

字 数 403千字

版 次 2009年10月第1版 2009年10月第1次印刷

印 数 1-1000

书 号 ISBN 978-7-224-09152-6

定 价 23.00元

《西北法律评论》编委会

主 任 贾 宇

委 员（按姓氏笔画排列）

王 健	王 瀚	王周户	李永宁	杨宗科
汪世荣	贾 宇	郭 捷	高在敏	黄 河
强 力	韩 松	董和平		

分学科编辑

法理学	刘治斌
宪法、行政法学	王 麟
民商法学	张 翔
经济法学	李军波
刑法学	舒洪水
国际法学	刘亚军
法律史学	李 燕

主 办 西北政法大学

编 辑 西北政法大学法学研究所

目 录

【本卷专稿】

“三个至上”重要思想的解读及其对中国特色司法思维的型塑	李军波 (1)
西欧中世纪人格秩序与近代大陆法系伦理法律人格	张 翔 (8)

【理论法学】

以“耕者有其田”为核心的新民主主义革命的政治契约	袁 震 (22)
论纠纷的解决与社会主义法律权威维护	赵旭东 (32)
中国混合法律文化的三元范式	蒙振祥 张兰兰 (45)

【部门法学】

论《物权法》之质权善意取得	叶名怡 (54)
民事证据收集调查机制探究	董少谋 (63)
共同侵权之“共同性”考辨	李康宁 (77)
中国吸引外资方式中存在的主要法律问题	杜 莹 (88)
中国大陆与台湾刑法缓刑制度的比较研究	龙 洋 (96)
刑、诉一体化视野下的有利于被告原则	陈京春 (106)
台湾刑法中正当防卫成立要件研究	王耀忠 (113)
我国“别除权”立法及理论研究	杨春平 (126)
我国广告自律审查制度的立法完善	郭 琛 (135)
论破产债权的确认	费 煊 (144)
改革开放 30 年来环境法发展评述	黄 政 (157)
德国警察法类型研究	韩瑞芳 (169)
从法律意义上对公共危机概念的探析	严琦华 (181)
试析资产的追回与返还	徐乃斌 (189)
政府在推进劳动合同制度中的若干法律问题研究	谢德成 (196)
再论环境法的调整对象：对人与自然关系说的审视与理论分析	丁岩林 (214)

【国际法学】

- 中国服务贸易救济立法模式及措施选择 刘亚军 (231)
- 《非法干扰情况下航空器对第三方的损害赔偿公约》述评
..... 师 怡 (239)
- 论海洋划界中的等距离/特殊情况规则 王秀英 (247)
- 论跨界水资源纠纷及其解决机制 王兆平 (255)

【法学新探】

- 动物福利立法分类新探 孙 江 (263)
- 试论新中国农业立法的制度嬗变 黄 婧 (271)

【本卷专稿】

“三个至上”重要思想的解读及其 对中国特色司法思维的型塑

李军波^{*}

一、“三个至上”重要思想的政治解读

“三个至上”重要思想的基本内容是“始终坚持党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上”，它是胡锦涛总书记于2007年12月在全国政法工作会议代表和全国大法官、大检察官座谈会上正式提出的。在这次会议上，胡总书记指出“要始终坚持党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上，切实承担起带领广大法官、检察官和其他工作人员保障科学发展、促进社会和谐的历史使命和政治责任，为建设公正高效权威的社会主义司法制度而不懈努力”。

从胡总书记的讲话中不难看出，“三个至上”是执政党在当前形势下进行司法制度改革和构建、完善既存的司法运行机制的重要指导思想和基本原则，提出这一指导思想的根本目的有二：一是实现社会和谐的政治目的，二是树立社会主义司法制度的高度权威以及公正高效的法律目的。从根本上讲，社会和谐的政治目的的实现是高度权威以及公正高效的法律目的实现的前提和保障，因为如果社会主义司法制度不能实现合理协调社会各方利益冲突、切实约束各类主体行为于既定的政治和社会秩序框架内就不可能具备最基础的公正性，也就不可能具备高度的权威性。

从理论角度分析，“三个至上”重要思想是一个科学的体系，充分体现了中国特色社会主义法治与司法制度的本质内涵，即党的领导、人民当家做主和依法治国三者的有机统一。始终坚持党的事业至上意味着建设社会主义法治的各项实践必须置于党的领导之下，不能与党的基本宗旨、基本路线、基本纲领和基本理论产生冲突，亦即社会主义法治是中国共产党执政范围内的当然事项和绝对必要的事项，而不是独立于或超然于执政范围的“域外事项”；始终坚持人民利益至上则要求各项法律制度的构建及司法机关在实施法律的过程中必须要把人民的需要和满意程度作为最重要、最根本的评判标准，将保护最广大人民的根本利益作为社会主义法治和司法制度的核心内容；始终坚持宪法法律至上则意味着全社会必须要自觉遵守宪法和法律，努力维护宪法和法律的权威。

始终坚持党的事业至上其实就是在社会主义法治建设中始终要坚持党的领导，这是我国实现社会主义法治的坚强领导核心和政治保障；始终坚持人民利益至上则是人们当

^{*} 李军波，男，1980年出生，陕西眉县人，西北政法大学法学研究所研究人员。

家做主在社会主义法治领域的具体体现,这是实现我国法治化的最终目的和法理基础;始终坚持宪法法律至上则是依法治国的现实体现,这是实现社会主义法治的基本规则和方式、途径。根据中国共产党的性质及其根本宗旨,党的领导其实质就是最广大人民群众根本利益的抽象化和聚合化体现,离开了人民利益的党的领导也就失去了现实的力量之源和理论上的正当性,在法治理念下,为了保障人民利益以最公平的方式得以实现就必须要以宪法和法律的形式来具体彰显人民的利益内容及其保障方式,因此,可以说,人民利益或保障人民当家做主是社会主义法治的根本内涵,党的领导和依法治国则分别是实现这一根本内涵的政治和法律途径。其中,作为政治途径的党的领导是发现、整合和彰显人民在特定时期重大、共同而根本的利益类型及其内容的机制,作为法律途径的依法治国则是以法律形式认许、涵摄、实现、保护各类利益及其内容的机制,二者依据特定的通常也是习惯性的政治运行规则相互配合、各司其职,共同运作于人民利益这一主题统御之下,实践着中国特色的社会主义法治内涵。

如上述,“三个至上”重要思想作为新时期司法工作的指导思想和根本原则来源于中国特色社会主义法治的基本内涵,即党的领导、人民当家做主和依法治国的有机统一,这种法治理念与资产阶级法治理念比较有着非常鲜明的特色,因此也决定了其在司法制度设置及其运行机制方面的特色,主要表现为:

首先,中国特色社会主义法治主张中国共产党对法治实践的积极主动的领导,反对独立于政治的所谓“超然”的法治,因此,在司法制度构建及其运行过程中并不排斥执政党的领导,这是马克思列宁主义关于国家政权建设理论当中的应有之义,列宁曾明确指出:“我们的党是一个执政党,党的代表大会所通过的决议,对于整个共和国都是必须遵守的。”“我们共和国的任何国家机关未经党中央指示,都不能解决任何重大问题和组织问题。”^①那么,强调执政党对法治实践及司法的领导是否意味着社会主义法治不尊重“司法独立”呢?答案当然是否定的,从上述列宁的论述中可以很明显地看出,无产阶级政党对司法的领导绝不是深入具体司法实务运作过程的、事无巨细的干预,而仅是要解决“重大问题和组织问题”,具体而言就是要保证司法权力配置和司法体制构建与改革的政治方向。其实,对“司法独立”的强调一直是马克思列宁主义法学理论当中的主要内容,也曾经以实证法的形式普遍反映于苏联、东欧社会主义国家的宪法当中^②。

其次,中国特色社会主义法治主张以人民的满意程度及现实需要为制度构建与完善的评判标准,以最广大人民群众的根本利益为法律所保护的主要内容,因此,司法制度的构建及其运行时刻具有对人民群众司法需求的强烈回应性,所谓法律本体的逻辑自洽性或自然法及人的理性等均非我们检验司法制度及其运行实效的根本标准。这在根本上源自于马克思列宁主义关于“人民群众是历史的创造者”的基本原理和科学论断,列宁认

^① 《列宁全集》第41卷,人民出版社1985年版,第55页。

^② 主张司法独立一直是列宁司法思想当中首当其冲的核心内容,其具体内涵可参见王建国《列宁司法思想研究》,法律出版社2009年版,第167—184页。1977年的《苏联社会主义共和国联盟宪法》第155条明确了审判员独立和审判员只服从法律的基本原则,规定任何人无权干涉审判员及陪审员客观的查明案件事实,无权指示他们应当作出何种判决。参见〔苏〕B·H·库德里亚夫采夫等著《苏联宪法讲话(删节本)》,刘向文译,江平等审定,群众出版社1983年版,第218页。

为“民众在其他任何时期都不如革命时期这样能表现为新社会制度的积极创造者，在这样的时期，人民能够做出从市侩渐近主义狭小眼光看来是不可思议的奇迹”^①，“按照来自上面的命令不可能建成社会主义，官样文章是与社会主义的精神背道而驰的，生气勃勃的、创造性的社会主义是人民群众本身的创造物”^②；毛泽东同志也指出“人民，只有人民，才是创造历史的动力。”^③而其最直接的政治实践基础则是无产阶级政党所一贯倡导、秉持并实现着的群众路线，即深入群众、密切联系群众，倾听群众意见，向群众学习。列宁曾经号召“一切加入共产国际的政党，千万要实现深入群众、更密切的联系群众的口号”^④，斯大林认为“与群众联系，巩固这种联系，决心倾听群众意见，这就是布尔什维克领导力量之所在及其不可战胜的原因”^⑤，毛泽东同志也指出“只有代表群众才能教育群众，只有做群众的学生才能做群众的先生”^⑥。

最后，中国特色社会主义法治理念主张以宪法和法律作为最基本的社会治理模式但并不是唯一的社会治理模式，因此，在司法运行过程中追求法律治理社会的实效。这种实效绝不仅仅是从法律职业者阶层的视角出发的通过对法律规范精确的解释、适用而实现的对特定纠纷在程序上的解决，而是要更进一步的追求法律规范适用效果与社会大众评价效果的统一与协和。质言之，法律作为社会治理模式之一种，其最终目的并不在于自身理论或规范体系在纯粹逻辑上的“圆满”与“自娱自乐”，而在于通过法律这一具有特殊禀赋的规范体系依其特有的调整机制及适用方法，实现对社会中一定范围利益关系的彰显、维护、协调和纠纷化解，从而为社会、经济及文化的发展提供客观前提、减少阻力、节约成本，因此，法律和司法的理念及相关制度构建方面都不可能也不应该具有所谓终极的、亘古不变的、实证法绝对不能违背的伦理标准和基本规则，唯一永恒的恐怕仅是社会发展到不同阶段对法律这一治理模式的不同需求，如果相关理念和制度构建无视这些需求而仍执著于寻求体系内的永恒，那么这绝对不是社会主义法治理念及其指导下的司法所应有的。

二、“三个至上”重要思想的法律解读

“三个至上”作为新时期中国特色社会主义司法制度构建及其运行的指导思想和基本原则，它的提出不但有符合中国特色社会主义法治理念及其本质内涵这一政治合理性，而且在法理上也有其正当性基础，在法理层面的正当性决定着中国特色社会主义司法各项法律制度的类型设计和权力配置，也在根本上决定着既定的司法制度在裁决社会纠纷时的特殊的运行方式和规则。具体而言，“三个至上”重要思想的法理基础主要表

① 列宁《社会民主党在民主革命中的两个策略》，载《列宁文选（第一卷）》，人民出版社1953年版，第654页。

② 见《列宁全集（第26卷）》俄文四版，第255页，转引自《论群众路线》，工人出版社1956年版，第8页。

③ 毛泽东《论联合政府》，载《毛泽东选集（第三卷）》，人民出版社1953年版，第1031页。

④ 列宁《共产国际第二次代表大会基本任务纲领》，载《列宁文集（第六卷）》，人民出版社1954年版，第241页。

⑤ 斯大林《论党工作的缺点和消灭托洛斯基两面分子及其他两面分子的办法》，人民出版社1953年版，第60页。

⑥ 毛泽东“在延安文艺座谈会上的讲话”，载《毛泽东选集（第三卷）》，人民出版社1953年版，第866页。

现在以下三个方面:

(一) 合宪性

所谓“合宪性”主要是指“三个至上”思想和基本原则中所表现出来的对于现行宪政体制的极大尊重,基于此,所有为实现中国特色社会主义法治的一切司法实践行为都不得违背现行宪法中关于我国国体和政体的基本规则。我国作为共产党领导的工农联盟为基础的社会主义国家,其基本的国家体制设置和各体制内的国家权力配置都有着特定的理论基础和具体规则,这些理论基础基本上都来源于马克思列宁主义关于无产阶级专政国家的基本构建理论和我国社会主义革命及建国实践,宪法将这些理论和实践经验具体化为关于国家国体和政体的基本规则予以规定,并根据不断的社会主义实践进行补充和完善,至今已经形成比较健全的国家机构设置构架及其权力配置格局。这些宪法基本规则可以认为是我国法律体系中最具根本性和稳定性的指导性宪法规范,其对立法、司法、执法及守法等各类主体及其行为都具有最终的约束力。从法理上讲,立法权、司法权及行政权皆最终来源于宪法,并因具体实现宪法规则的内容而获得应当具有的权力实施效力,相反,如果这些权力违反宪法规则的规定或其精神在法理上都将不能获得任何实施效力,因此也不会对社会主体及其现实利益格局产生合法的约束效果。司法作为我国国家体制和基本权力的重要组成部分其制度构建和运行当然也得要以这些特定的理论基础及基于这些理论的宪法规则为主臬,在进行具体的制度完善和创新时务必要以是否符合这些基础理论和宪法规则为第一位的判断标准。“三个至上”重要思想将“始终坚持党的事业至上”作为首要要求其在法学上的本质含义即是要求司法制度构建及其运行必须要以现行宪法关于国体和政体的基本规则为其基础和前提,主张司法体制改革的合宪性。

(二) 公益性

所谓“公益性”就是指“三个至上”重要思想中所体现出的保护和实现公共利益的本质要求。公共利益是一个在各国的法学理论和实践中长期以来争议较大的范畴或基本概念,虽然长期的争论并未得出“放之四海而皆准”的公共利益概念,但也从反面证实了一个观点,即公共利益不可能有一个各国都通行的精准内涵,它根本上是与各国的政治体制、通行的意识形态、传统价值观念和既定法律文化传统密切关联的地域性法律范畴。在我国,公共利益既不能完全等同于政府利益,也更不可能是所谓“自然”或“理性”所衍生出的利益;既不是全体国民个人利益的简单总和,也不是任何管理者或裁判者凭自身感受所判断的利益。在现行条件下,公共利益往往是以客观的民意方式表现出来,这在司法实践中尤其明显,因此,就需要立法者和裁判者善于“发现”这些民意并准确的把握这些民意背后蕴含的公共利益。在司法实践中民意和公意主要有两种类型:一是与裁判案件所涉及的利益纠纷无直接关系,但出于一定范围内长期以来所公认的价值评判标准所表现出的公共意志或共同意志;二是与裁判案件所涉及的利益纠纷有实际上的直接关系,但这种关系未被法律明确规定在裁判中必须考虑,因此而产生公共意志或共同意志。第二种公意由于其直接所涉利益易受裁决影响,因此在司法实践中一般表现比较突出。

“三个至上”重要思想将“始终坚持人民利益至上”作为其主要内容即是要求一切

司法工作都要把维护公共利益、体现民意作为出发点和落脚点,尤其要求司法裁判者做到以下几点:首先,在立法不完善或者出现合法不合理、合理不合法问题的情况下,必须要认识到不仅仅是裁判结果能否让老百姓接受和认同的问题,更重要的是当事人利益是否能得到合理平衡的问题。其次,必须要认识到对于一些特殊案件,“依法”解决一种利益纠纷的同时,涉及一类与其密切关联的利益纠纷,而这些与其密切相关的利益纠纷又往往是一定范围内人民群众所共同关注的焦点,如果处理不当,就会严重影响社会和谐、稳定。再次,必须认识到,在当前,老百姓打官司的目的除了维护其合法权利、利益之外,还有很重要的一点,就是要“讨个说法”、“讨个公道”,这其中涉及对法律的认知问题,还涉及情理。情理一般是一类利益纠纷所涉及的若干群众所公认并在生活中普遍遵循着的公共意志,而这有时不是仅靠适用法律条文就能完全给予老百姓的。因此,审判人员面对一起案件,不能仅把它看成是一个纯粹的法律问题,而要把它看成是一个实实在在的社会问题;不仅要看到眼前的当事人,还要看到案件背后潜在的利益博弈,看到许多案件的处理实质上是广大人民群众以其公认和通行的价值规则 and 共同意志不断审视、评价司法工作的过程。

(三) 公正性

“公正性”是指“三个至上”重要思想中所体现的要求严格遵守现行法律秩序的本质内涵。公正也称公平、正义,也是各国法学界长期以来所关注的基本法律范畴,对其的不同认识很大程度上决定了不同法学理论流派的形成。“自然法学”曾将公平求诸于“各得其所”、“报应”、“上帝之爱”、“同等事件同等处理”等宗教理念或理性(人性)观念,而“实证法学”则将公平定位为一个不可知的形而上学的道德范畴,认为其并非法学研究的对象。在我国依法治国的理念和指导思想之下,公正性主要应当体现为对既定宪法和法律所规定的秩序的遵守。但在建设中国特色社会主义的进程中,基于中国特色的政治体制、经济发展水平和传统法律文化的影响,公正性不仅是指形式公正,更重要的是必须追求实质公正,即不应仅仅以纯粹法律规范对案件纠纷的适用为实现公正的唯一途径,更要追求人民司法工作所应具备的社会效应。公正性具体到司法实践中有两点要求:一是要求要坚持以事实为根据,以法律为准绳办案,防止法律虚无主义。司法作为解决纠纷、实现社会公平主义的最后一道防线,是人民法院赖以存在的理由。运用法律手段解决纠纷是法院工作的主要思维方式。无论以任何方法和手段结案,都必须合法的、合乎社会公平正义的,否则就会破坏法治、损害司法权威。二是要深刻认识到法律不是万能的,不能调整、规范所有社会现象和行为,所以审判工作中必须借助其他力量和手段实现定分止争、息诉罢访、案结事了,片面、单纯强调法律至上,就会出现一些所谓严格依法审判的结果却与普通群众最朴素的是非观念和价值判断大相径庭,甚至匪夷所思,导致缠诉、上访不断的现象。

三、“三个至上”重要思想对中国特色司法思维的型塑

如上所述,“三个至上”重要思想对新时期中国特色社会主义司法制度构建及其运行都具有重大的指导意义,但若从理论层面分析,其对既定司法制度运行的指导意义相对更大一些,尤其是对司法审判活动更具有创新性或甚至于重构性的指导意义,因为

“徒法不足以自行”，任何设计精良的司法制度只有在司法机关的具体适用过程中才可以对其实效进行检验。在理论上可以将“三个至上”重要思想的这种指导意义具体化为对特定司法思维的型塑作用，这种型塑作用主要可以从以下几点予以理解：首先，“三个至上”重要思想中所体现出的基本内涵对长期以来存在的传统司法思维方式提出了新的挑战；其次，“三个至上”重要思想中所体现出的基本内涵为塑造一种新型的司法思维方式提供了理论路径和实践方向；再次，所谓新司法思维的型塑主要是指基于“三个至上”重要思想对传统思维方式的扬弃或曰特色化，并不是对传统思维方式的根本性否定；最后，新的司法思维方式主要体现了“三个至上”重要思想的^①政治和法律内涵。

中国特色的司法思维不同于传统意义上的法律思维。传统意义上的法律思维是一种包括律师、法官、检察官和法律研究人员等“法律人”所共有的一种思维方式，其主要表现为以“大前提（指法律规范）—小前提（指法律关系与法律事实）—结论（指裁判结果）”这一古老的“三段论”式的思维运作方式，在各阶段依照当时通行的法律方法或既定的成文规则进行思维，最终得出符合当时法律上规定的裁判结果，以此来实现现实中所发生的纠纷在法律层面上的处理完结。具体而言，在形成“大前提”的阶段，主要根据法律规定，运用法律解释和法学理论找出特定案件所适用的法律构成要件，即所谓“适法”阶段；在形成“小前提”的阶段，主要运用既定的证据规则及举证责任分配规则对现实中发生的案件事实进行法律上的转化，形成所谓的“法律事实”；在形成“结论”的阶段将在“大前提”阶段所形成的“法律事实”与“小前提”阶段所形成的法律构成要件一一对照，最终严格的依法律规定形成法律上的结论。

中国特色的司法思维是以传统法律思维为基础，并通过对其所运用的思维方法和思维规则进行取舍、完善，追求一种法律效果与社会效果统一的思维方式。具体而言，与传统法律思维相比，中国特色的司法思维有三方面最主要的特征：一是强调法律事实与客观事实之间的区别，主张案件审判过程中在强调法律事实的同时，注重对客观事实的全面反映；二是在法律思维过程中，反对唯证据论、唯证据规则论、唯法律条文论，主张综合运用法律规范、立法目的、执政党和国家的特定政策、善良风俗和日常生活中的普通情理等来妥贴的处理纠纷；三是追求纠纷处理结果的法律效果和社会效果上的统一，更加注重“案结事了、胜败皆服”的社会效应。

在当前的司法审判工作中，运用中国特色的司法思维应注重以下三个方面：

第一，在查清案件事实中，要重视客观事实。这要求审判人员在审理案件查明事实时，不能只是消极地要求当事人举证，必要时要依法依职权调查取证，尽量多做调查研究工作，使法律事实接近客观事实，即尽可能使纠纷涉及的关系“回归”到该关系建立之前的原始状态。在“回归”过程中，有些案件可以依证据所反映的法律事实而返回到法律关系建立之初的状态，但有些案件可能依已有的证据“回归”不到法律关系建立之初的原始状态，因为某些关系是依风俗习惯建立的，而有些习惯是立法机关认可的，但还有相当一部分习惯并没有被立法机关所认可，在我国这样一个“五里不同风，十里不同俗”的国度里，对这些法律没有认可但在实践中却仍然规范人们行为的习惯，我们在审判过程中也应全面、综合考量。

第二，在依法裁判时，要创新法律思维。适应我国社会经济发展的客观要求创新法律思维，就是要求审判人员在将社会纠纷现实以特定的法律方法转化为形成裁判事实基础的法律事实，和将所应适用的法律规范依法律解释的方法形成特定的法律构成要件时，不能局限于对法律条文和既存的证据规则的教条理解，不顾及案件的具体情况和客观存在的外界政治、经济和社会现实，机械套用或照搬法学理论，而应当适当考虑到纠纷所据以产生的根源、纠纷各方当事人所处的客观环境、一定时期党和政府的相关政策及指导思想以及纠纷的社会影响力等因素，并将这些因素合理合法地“嵌入”特定案件的法律构成要件和事实认定中去，这种创新型的法律思维是最具中国特色的司法思维，也是所获裁判结果最为人民群众所欢迎的司法思维。

第三，注重调查研究、密切联系群众。社会主义的司法制度要求司法工作的专业性必须与群众路线结合起来。马锡五审判方式作为中国特色司法制度的优良传统之一，之所以受到人民群众的广泛赞同，就是因为这种处理纠纷的方式强调调查研究，查明事实，符合群众对案件“真相”的要求；重视群众意见，在裁判中充分考虑群众意见，群众乐于接受；使当事人处于群众舆论的环境之中，当事人就容易服判息诉。在新形势下的审判工作中，一要继承和发扬人民司法的优良传统。在审判、执行工作中充分运用群众工作的方法，使群众对司法工作具有充分的知情权、参与权、表达权、监督权。二要注重情理与法理协调的裁判方法。情理对于老百姓来说，既是一种行为模式，也是一种朴素的正义观念，直接影响到人民群众对司法裁判的履行和对司法活动的评价。司法公信力和司法权威来源于老百姓的评价，而不取决于纯粹学理上的评价。人民群众以普遍认同的情理对特定案件及其裁判所作的评价，往往代表着一定时期普遍的社会价值观。所以，我们必须对国情有进一步的深入认识，必须认识到社会转型期法与理冲突现象的复杂性，必须认识到仅仅靠法律的强制力让当事人服从和认同司法裁判的不妥当性。必须深究现实中法、理冲突的深刻原因，不能只停留在法律的层面，而要把法与理的冲突问题解决好，尽量使之沟通、融合，达到平衡，只有这样司法裁判才能得到群众的普遍认可和自觉履行。

西欧中世纪人格秩序与近代大陆法系伦理法律人格^{*}

张 翔^{**}

一、背景：世俗法人格与教会法人格的二元划分

北方“蛮族”对罗马帝国的征服过程，是一个对于大量土地的占领过程。这些土地，对于国王而言，最大的用处就在于其成为国王报酬臣属的手段。由此所直接引致的结果，就是“男爵、宫廷官吏和军队指挥……这些行政官员自然而然地就会成为地主阶级。”^①这种土地分封的作法，即为欧洲封建社会采邑制度的开端。封建社会的人格秩序，也就在这种采邑制度下，建立起来。

最初的邑地分封，乃是无条件的赠予。至墨洛温王朝倾覆后，法兰克王国的大臣查理·马特改革了原先无条件的邑地分封制度，规定受封者必须以服兵役并履行其他封臣义务作为获取邑地的对价^②。进而，这种“附条件赠予”模式被用于封臣向下属的再次封赐：下级封建主在获得土地的同时，也就负担了土地上所固有的下级封臣义务——其必须向上级领主效忠，履行兵役等臣属义务。在采邑制形成之初，臣属所得的封地在法律上属于授地领主所有，因而领主对于臣属的封地，享有直接的支配、管理权限——“领主有权力进入采邑、监督采邑管理和提取采邑产品，封臣方面没有任何转让采邑的权利。”^③其后，基于习俗上的“占有”观念（一个基于正当途径取得实际占有的人，无论其占有的对象是否“归属”于他，在违反他的意愿的情况下，任何人均不得对其占有实施剥夺，包括赋予他物之占有的人，即上级领主）^④，封臣对于土地的“现实支配”的地位得以加强：不仅领主不再有权直接干预采邑的管理，而且封臣可转让采邑或者向下一级领主再次分封。

由此所导致的结果就是，采邑制在造就了地主阶级的同时，也逐渐形成了封建社会的政治结构。一条以土地分封为内容的纽带开始形成，它从最上端——国王——那里向下延展，直至社会的最底层。在这里，是依附于封建地主的农奴，他们包括原先便没有土地的人，以及原先拥有少量土地的自由民。对于前者，由于国王对未被占据的土地的所有权要求，剥夺了他们向外寻求土地的机会，从而投靠地主庄园就成为唯一的生存途径；对于后者，在社会不稳定的战乱时期，其所拥有的少量土地，难以维持生活所需。

* 本文受司法部“国家法治与法学理论研究”项目资助，项目编号06SFB3019。

** 张翔，男，法学博士，西北政法大学民商法学院副院长，西北政法大学副教授。

① （美）汤普逊《中世纪经济社会史》（上册），耿淡如译，商务印书馆1961年版，第257页。

② 参见（法）马克·布洛赫《封建社会》（上卷），张绪山译，商务印书馆2004年版，第276—277页。

③ （美）哈罗德·J·伯尔曼《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方等译，中国大百科全书出版社1993年版，第372页。

④ 同上。

同时当来自国家的安全保障事实上已经消失的时候,获得有势力的官员以及富裕地主的庇护也已成为当务之急。于是,大量的(经常是以整个自由村庄为单位)小土地所有制便把自己的土地“让与”邻近的地主,再通过“请求”,从地主那里获取土地,从而成为农奴^①。由此所形成的地主与农奴的关系,其并不仅仅是简单的、以土地用益为目的的“耕作—地租”关系,其还包括基于土地所生的人身依附关系。

由此可见,封建社会中人与人之间的关系,即人格秩序,乃是一个竖直的、多层次的、以“土地授予—宣誓效忠”为内容的等级结构。这个结构自国王始,向下层层递延,直至社会底层。基于此,国王与封臣、上级领主与下级臣属、地主与农奴之间的权利义务关系,就是通过土地的授受连接起来的。在这种因土地授受所引起的人格秩序中,“社会等级的最低和最高层之间有着惊人的相似之处”^②。换言之,西欧中世纪封建制国家人格秩序的特点就在于,其是将个体的人纳入到一个个封建组织(封邑)当中,再将各个组织通过等级结构排列起来,最终实现社会的整合。“国王对于其芸芸子民的权力,被中间的领主所阻隔。而在事实上,正是领主在行使对于领地的控制权。”^③在这种割裂的社会结构之下,个人的法律地位与其可享有的权利和义务,早已通过土地的授受关系,在高低不等的封建组织内部安排就绪。在封建采邑人格制度当中,土地乃是上将上、下等级的个人连接起来,并确定彼此权利义务关系的人格纽带。

在西欧中世纪时期,如果说“土地”作为一种人格纽带,将人固定在彼此割裂的封建组织内部的话,那么“宗教”则作为另一条人格纽带,而赋予人更为广泛的法律上的联系。^④换言之,对于个人而言,在他的区域人格被固定在世俗的采邑等级序列之中的时候,他始终同时属于另一个的世界,一个“信徒世界”。

基督教产生于罗马帝国时期,在罗马帝国覆没后,基督教延续到了封建社会。最初,在世俗国家内部,教会被纳入到封建等级的体系之中,领有封邑并进行管辖,是一个“国中之国”。其与世俗权力结合在一起,并受到后者的控制和支配。随着教会影响力的逐步扩大,1075年由教皇格列高利七世所发动了旨在摆脱王权对于教会的控制并试图将前者置于教权的支配之下的“教皇革命”,历经几代人的努力,最终从国王手中接过了各地高级神职人员的任命权,形成了以罗马教廷为核心的整个西欧教会的单一组织系统。由此,在整个欧洲基督教国家的范围中,基督教成为一个跨越国家领域的“超国家”。与欧洲的小国林立以及各国国内的诸侯割据形成鲜明对照的是基督教这样一个统一的信徒世界——“对基督教世界的认同是超民族的。它不是基于人们实际所能感受到的领土或区域,而是基于某种更广阔、更抽象和超越性的东西。”^⑤

① 参见〔美〕汤普逊《中世纪经济社会史》(上册),耿淡如译,商务印书馆1961年版,第259页。

② 〔英〕M·M·波斯坦主编《剑桥经济史》(第一卷),郎立华等译,经济科学出版社2002年版,第235页。

③ Graeme Gill, *The Nature and Development of the Modern State*, New York: Palgrave Macmillan, 2003. p. 75.

④ 英国学者迈克尔·曼在他新近出版的《社会权力的来源》一书中,设想了一个有趣的角度,即他假设自己回到1150前后的英国,来做一次询问“人们属于何种社会集团”的抽样调查,其所得到的“调查结果”将显示,在所“采访”的领主、商人、高级教士、教区牧师、农民以及自由人中,他们家族和民族渊源不同,社会地位各异,其政治观点和所关心的事务也千差万别,但唯一相同的是,每个人均表示“自己是基督徒”。参见〔英〕迈克尔·曼《社会权力的来源》,刘北成等译,上海人民出版社2002年版,第514—515页。

⑤ 〔英〕迈克尔·曼《社会权力的来源》,刘北成等译,上海人民出版社2002年版,第514页。

统一的宗教组织体系,使得教会具备了有效抗衡国王世俗权威的组织力量。这种力量,推动着教会的职能由原先宗教事务之管理的基础上,衍生出对于世俗事务的管辖。在11世纪末至12世纪,罗马教会正式确立了“圣职权”和“管辖权”两种教会权力的划分。其中前者是教士们参加、主持宗教仪式并担任教职的权利,而后者则是“每一位主教在他的管区之内具有从属于教皇的最高立法、行政和司法权威,正如教皇通过管辖权而在整个教会内部拥有最高的立法、行政和司法权威一样。”^①由于教会对于世俗事务的管理,是通过宣布法律(jus dicere)并主持其实施为手段的,因此这种管辖权进而催生了西方近代第一个系统的成文法体系——教会法。从教会法的管辖范围来看,其由两个方面来予以确定:一是“对特定人的管辖权”,包括(1)神职人员及其随从和家庭成员;(2)学生;(3)十字军参加者;(4)“不幸的人”(personae misrabiles),包括穷人、寡妇、孤儿;(5)在与基督徒发生纠纷的案件中的犹太人;以及(6)旅行者,包括商人和水手(当为着他们的和平和安全而必要的时候)。二是“对事的管辖权”,其则包括了(1)家庭;(2)继承;(3)财产;(4)契约;(5)刑事及侵权责任等方面^②。

由教会法的广泛的管辖范围可知,“信徒世界”绝不仅仅是一个非现实的精神世界,相反,其涉及世俗等级社会的每一个地域和等级层次。“教会提供的规范调节所能支配的地区,大于领主的刀剑所能保卫的地区,大于他的法律所能统治的地区,大于市场和生产关系所能自发覆盖的地区。”^③因而,“信徒世界”的人,他们一方面在世俗的等级秩序中,有着各自的地域性人格,然而与此同时,他们基于信徒的身份,又享有并承担着来自于教会法上的权利与义务。

二、萌芽:世俗社会中的契约与宗教世界中的平等

从根本上讲,西欧封建社会的人格秩序,是建立在身份的基础之上的——在世俗的采邑制度下,人的地位决定于其在封建等级结构中所处的位置;在教会法制度下,人的地位则有赖于其“信徒”的身份。然而,在这种身份人格秩序中,却蕴藏着引人注目的契约思想与平等观念。这种思想观念,应当是近代伦理法律人格在中世纪最初的源头。

如上文所述,采邑制是以土地的授受作为封建等级人格秩序基础的。然而,土地授受的双方权利义务确定,却又是通过“契约”来实现的。在这里,契约观念是附着于土地这一纽带之上,成为界定上、下等级之间权利义务关系的法律手段。就领主与臣属而言,其上、下等级关系的确立,是以双方的同意为前提的——其被具体化为“效忠契约(contract of homage)”与“忠诚契约(contract of fealty)”^④,这种契约乃是双务性的:臣属的效忠保证包括忠实地经营采邑以及履行兵役等义务;领主的忠诚保证则包

① 参见〔美〕哈罗德·J·伯尔曼《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社,1993年版,第252页。

② 同上注,第268—269页。

③ 〔英〕迈克尔·曼《社会权力的来源》,刘北成等译,上海人民出版社2002年版,第456页。

④ 〔美〕哈罗德·J·伯尔曼《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第373页。

括不逾越法律权限并在许多特定的方面帮助臣属的义务。这种双务契约观念在当时政治领域的适用范围，并不局限于特定的领主与臣属之间的采邑契约，封建国家最大的领主——国王的权力，也仍然是按照这个双务契约的模式构建的。“那些国王必须要尊重的权利，在国王的加冕誓约中被明确列举，而且1215年的‘大宪章’本身就是国王的一项特别的允诺。”^① 基于这种附着于土地上的契约的“双务性”，在契约的履行过程中，双务契约所蕴涵的双方义务之间的“对待性”，于是构成了封建政治关系中的一个重要因素：在君主违背忠诚义务的情况下，臣属的相应义务则可以免除，“撤回忠诚”乃是中世纪西方法律制度中的重要特征——“他的臣民是有权撤销这契约的。按照封建法律，一个附庸有权对他的宗主开战，如果后者拒绝了正义。”^② 与此同时，这种契约观念，也随着土地的授受而一直延续到社会的最底层。“普通的个人只有向权贵者履行了义务与责任之后，他们才能够期待一定的（类似契约的）回报：从教会那里获得灵魂的救赎；从地方领主那里获得一小块耕地或者分享收成；以及从君主那里获得军事保护。”^③

值得一提的是，采邑制下的契约观念，同时还决定了这种等级身份人格的相对性特征。在封建等级体系中，个人等级的高低取决于在土地授受关系中的地位。因此，唯有处于结构顶端的国王与底端的农奴，是绝对的土地授予者与土地接受者之外，中间的所有阶层，均同时具有土地接受者与授予者的身份。这种封建等级体系内部中间阶层人格的相对性，决定了在整个封建等级体系中，不同等级的个人之间，总可以寻求到人格上的同质性——就附庸地位而言，上级贵族与下级无异、甚至与农奴有共同之处；就领主地位而言，贵族又与国王无异。这就意味着，如果一个人作为封臣为自己弄到某种利益，而作为领主却可以拒绝受他约束的他人以类似的形式获得这种利益，那么这是不会有人愿意承认的。上、下等级之间人格上同质性要素的存在，进一步导致了封建社会特权基础上的平等观念的产生。“从古老的加洛林王朝的教会法令集到作为英国人自由的古典基础的《大宪章》，这种特权上的平等性从最高等级平稳地降至最低等级，它应当仍然是封建习惯最丰富的渊源之一。”^④ 在1215年的大宪章中，对于国王在收取代役税和贡金、征用封臣领地财物、司法权、赏罚权等限制^⑤，均表明了国王不过是贵族中的一个，并无更多的权力，而这恰恰就是封建人格相对性的同义表述，即在领主意义上，国王与封臣是同质的——“迫使约翰国王认可他们所主张的自由的男爵们，已经习惯于认可他们领权内的城市或其他团体的相似的自由。”^⑥ 以此为观察点，我们也就不难发现，这个宪章第39条所规定的“凡自由民除经其贵族依法判决或遵照国内法律之规

① Colin RoMunro, *Studies in Constitutional Law*, London: Butterworths. 1987. p. 161.

② (美) 汤普逊 《中世纪经济社会史》(上册)，耿淡如译，商务印书馆1961年版，第331页。

③ Ben Saul, "In the Shadow of Human Right: Human Duties, Obligations, and Responsibilities", *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 32 (Summer 2001), p. 565

④ (美) 哈罗德·J·伯尔曼 《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方等译，中国大百科全书出版社1993年版，第373页。

⑤ 《大宪章》第12、15、31、32、40条，见法学教材编辑部 《外国法制史》编写组 《外国法制史资料选编》(上册)，北京大学出版社1982年版，第251—254页。

⑥ Magnus Ryan, "Freedom, Law and Medieval State", in *State and Citizens*, Quentin Skinner and, Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 53.