

多维时空下的 理论法学研究

复旦大学法学院 编



DUOWEI
SHIKONG XIA DE
LILUN FAXUE YANJIU

学林出版社

多维时空下的 理论法学研究

复旦大学法学院 编



DUOWEI
SHIKONG XIA DE
LILUN FAXUE YANJIU

学林出版社

图书在版编目(CIP)数据

多维时空下的理论法学研究/复旦大学法学院编. —上海:学林出版社, 2005. 3

ISBN 7-80668-901-X

I. 多... II. 复... III. 法学-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 013974 号

多维时空下的理论法学研究



编 者——复旦大学法学院

特约编辑——蔡才宝

责任编辑——张建一

封面设计——周剑峰

出 版——上海世纪出版集团

学林出版社(上海钦州南路 81 号 3 楼)

电话:64515005 传真:64515005

发 行——新华书店上海发行所

学林图书发行部(钦州南路 81 号 1 楼)

电话:64515012 传真:64844088

照 排——南京理工出版信息技术有限公司

印 刷——上海译文印刷厂印刷

开 本——890×1240 1/32

印 张——11

字 数——28.9 万

版 次——2005 年 3 月第 1 版

2005 年 3 月第 1 次印刷

印 数——3000 册

书 号——ISBN 7-80668-901-X/D·39

定 价——24.00 元

前 言

理论法学研究的基本使命,不在于、不可能在于而且也不应该在于建立一个客观中立的超越具体历史社会语境的抽象理论。实际上,理论法学研究的基本使命正在于在具体社会的历史语境中建立一个适时适势的表达当下普遍较为有益的价值姿态的法律理论模式。这种法律理论模式具有实践性,而且是法律实践的话语推动器,其目的应该在于建立一个具体社会语境中为绝大多数社会成员所希望的法律秩序提供理论论证。这一具体的社会历史语境就是中国在人类文明体系中寻求法治国家的建设,因此理论法学的研究进程不仅是解决中国问题的过程,同时也是通过中国问题的探析和对人类文明成果的分析为包括理论创新在内的世界文明发展作出贡献的过程。理论法学的研究能否在这一特殊社会历史语境中进行理论上的创新,不仅关系到中国法学本身的生命力与前途,而且维系着中国建设现代法治国家和政治文明的进程与前景。

复旦大学法学院在理论法学研究领域有着深厚的基础和长期的积累。20世纪80年代初复旦大学恢复法学专业和法律系建制以后,理论法学的研究和教学长期居于领先地位。1980年开始招收法律史专业硕士研究生,1995和1997年分别设立宪法学与行政法学专业、法学理论专业硕士学位点。这三个专业的教师们非常注重基础理论的研究,发表了许多论文和著作。在当前我国社会转型时期,他们不仅继续进行着艰苦的史料发掘、考证和思想理论的探索与思考,而且还将新鲜的社会生活纳入自己的学术视野,不断关注新的法律关系的产生与发展及其对法治的需求,在法学理论回应社会发展与挑战方面积极尝试继承和移植人类文明的共同成果,争取突破传统理论的羁绊,拓宽研究视野,提高思想境界,实现理论创新。在理论法学领域,他们多次承担国家和省部级科

研项目,曾获教育部高等学校人文社会科学研究优秀成果奖、上海市哲学社会科学优秀成果奖、上海市法制建设优秀成果奖、司法部法学教材与法学优秀科研成果奖和霍英东高等学校优秀青年教师奖(研究类)等多项省部级奖励,在国内具有较高的知名度和广泛的影响力。

这一文集的出版即反映了复旦大学法学院理论法学学科对中国理论法学发展方向的理解和中国法治实践要求的体悟。

本论文集旨在集中展现复旦大学理论法学专业同仁近年来的研究成果,分为“法律本体和方法”、“国家宪政与行政”和“法律文化与传统”三个专题,对理论法学领域中法理学、宪政理论、法律文化中的若干进行了多角度的探讨。其中,“法律本体和方法”涉及法律思想史、法律与道德、法律与社会以及人权等法学基础理论问题,“国家宪政与行政”集中探讨中外宪政建设、宪政基本理论和行政法发展动向等问题,“法律文化与传统”则重点关注中国法律传统、特别是民事法律文化以及文化与制度的关系等问题。

“法律本体与方法”这一专题的论文,着眼于深入研究人类文明体系发展过程中现代法治实践的历史过程和内在规律,尤其是解读社会主义法的现代性的产生及其本质特征。在人类法治文明发展的平台上,从社会主义社会的本质要求和历史逻辑出发,全面认识社会主义法治国家的价值关怀、理念基础以及制度安排,从而系统地整理出能够为中国建设现代法治国家所需要的理论资源。这是“法律本体与方法”这组论文所体现出来的学术努力。

“国家宪政与行政”这一组论文,着眼于科学把握人类文明体系发展过程中现代法治实践所提出的历史命题,尤其是把握社会主义宪政建设过程中出现的重大理论命题。紧扣中国法律制度发展的基本趋势,并为这种趋势提供理论支持。对于宪政建设的理解和关注,充分表现我们对中国法律发展方向和路径的价值关怀。

“法律文化与传统”这一组论文,着眼于阐述中国法律制度变革背后的法律文化及其传统意义。对一个国家所奉行的法律制度的文化基础和传统积淀的阐述能力反映了这一法律制度被社会成

员所接受并予以实践的广度和深度,关系着一个民族国家的法学理论在社会生活和学术生活能否成为经典理论的可能性。

总体上说,理论法学研究应该着眼于敏锐探索中国法律发展的战略定位、价值选择与体制建构。在推崇人治的文化氛围里推行法治的制度创新,这样的法治实践本身就是一场根本性的社会变革,置于这一特定的具体社会历史语境中的法学理论创新就不能拘泥于“目的—手段”这样简单的功利主义和功能主义的公式,更不能以单线进化的决定论的思路来寻求中国法治建设的战略定位、价值选择以及体制建构,而是要把一个民族国家在历史变迁过程中所积淀下来的制度和法外制度间相互作用中存在的偶然性、文化意蕴以及宏观层面的法与社会的相互进化一道纳入法学理论创新的视野,从而在保持法与社会在结构上的可选择性和反思性的基础上探索中国法律发展的战略定位、价值选择与体制建构。理论法学的研究不仅在于不能忽视不同法律文化之间的差异及其这种差异对建设现代法治文明的影响,而且在于不能忽视不同法律文化基于人类共性的相通及其互补性。进而言之,我们理应以一种积极宽容的态度,努力从历史文化的联系中寻求哪怕是间接的、零碎以至点点滴滴的资源,切不可轻易放弃从自己的文化传统中寻求推动现代中国法治建设的各种因素的努力。如果我们放弃了这样一种努力,我们就要失去对自我文化的解释权,理论上中国将成为一个没有自己法律传统和文化之根的法治国家。当然这一努力并不是在人类文明体系之外进行的。

这些成果,大部分已经公开发表,也有一些是首次公开发表,在一定程度上代表了复旦大学理论法学目前的研究水平和对相关问题的思考程度。有不当和错讹之处,期待方家指正。

本书编委会

2004年11月5日

目 录

前 言	本书编委会
-----------	-------

· 法律本体与方法 ·

古典自然法学与马克思的法律观

——论马克思的自然法倾向	张光杰(3)
--------------------	--------

论民主与法治社会中的德治	侯 健(13)
--------------------	---------

人权是什么?

——三种阐释与一个回答	张光杰 徐品飞(27)
-------------------	-------------

三种权力制约机制及其比较	侯 健(50)
--------------------	---------

法官良知对于司法过程的意义

——兼论法官良知与现代宪政体制及理念的关系	
-----------------------	--

.....	董茂云 徐吉平(63)
-------	-------------

大陆法系法典法与普通法系判例法的社会适应力比较

.....	董茂云(77)
-------	---------

论苏维埃法概念之理论迁演	杨心宇(94)
--------------------	---------

· 国家宪政与行政 ·

从宪法规定谈以德治国	王 蔚(139)
------------------	----------

强化宪法统一国内市场的作用

..... 朱淑娣 王颖敏 郭 畅(147)

“入世”与中国宪法..... 王 蔚(155)

美国平权措施的宪法争议

——析联邦最高法院的两项判决..... 李昌道(163)

全球化、主权国家与宪政秩序 潘伟杰(171)

论宪法诉讼的目的..... 刘志刚(185)

政治冲突的司法解决与宪法裁判的政治化倾向

——谈宪法诉讼的性质..... 刘志刚(208)

入世后我国行政立法的新动向..... 朱淑娣 张 洁(231)

· 法律文化与传统 ·

中国古代民事法律文化基本特征概述..... 郭 建(245)

秦汉以来封建财产继承制度的历史考察..... 姚荣涛(263)

清代的丧娶、收继和法律实践 王志强(288)

早期俄罗斯法哲学评述..... 杨心宇(315)

习俗与法治：制度创新的限度 潘伟杰(330)

· 法律本体与方法 ·

古典自然法学与马克思 的法律观

——论马克思的自然法倾向

张光杰

自然法的观念,发端于遥远的古希腊罗马。法学史上,如同诗人和作家笔下的爱情主题,自然法成为政治学家、法学家们钟爱的课题。但在古希腊罗马时期及至欧洲的中世纪,自然法的发展犹如交响曲中一段漫长的行板,主题虽有些变奏,却无强烈急剧的起伏。

历史进入了18世纪,自然法这个老生常谈的主题,突然间竟成了“粉碎了一个古老君主政体且震撼欧洲大陆的一堆炸药”。这个“精神炸药”的制造者是谁呢?他们是格老修斯、洛克、卢梭、孟德斯鸠、伏尔泰、普芬道夫。在西方法律思想史上,把上述思想家的自然法理论称为“古典自然法学”,以区别于古代自然法学和现代自然法学。

众所周知,马克思主义的国家和法的理论也是一种武器,它在俄国、中国及其他国家的社会主义革命运动中担当了精神武器的作用。今天,波澜壮阔、激荡人心的世界范围的社会主义革命暂告一段落。然而,我们平静下来反思人类精神的历史进程,会颇有趣味地感悟到思想家们观点的某些相似性。我在以下要探讨的是,古典自然法学与马克思法律观的共同特点及两者的联系脉络。

—

在国家或君主制定和认可的法律之外是否还存在着一种规范人们行为的法?自然法学的回答是肯定的。他们给这种制定法以

外的法冠以“自然法”的美名。这一学说的称谓也由此而来。

把法的现象分为制定法和自然法,乃是自然法理论的基石。关于这种分类,我们至少可以追溯到人类早期的思想家如柏拉图、亚里士多德的著述中。17、18世纪的古典自然法学家们,继承了先人的这一传统,他们也主张:人类社会,在国家的制定法之上,还有一种更高的自然法在调整着我们的行为。

让我们先看看古典自然法学也是近代国际法学的创始人格老修斯的观点。格老修斯赞同亚里士多德的法的分类,他把法分为自然法和人类法(在亚里士多德那儿称特定法)。他说:“自然法是正当的理性准则,它指示任何与我们理性和社会性相一致的行为就是道义上公正的行为,反之,就是道义上罪恶的行为”,“关于人类法,众所周知,人类法首先既是民法,又是范围不等的地域法”。^①古典自然法杰出的代表孟德斯鸠在奠定他后世声名的《论法的精神》一书中,开篇就对法作了区分。明确指出在人类的制定法以外有自然法的存在。“个别的知能的存在物可以有自己的法律。但是也有一些法律不是他们创造的。在法律制定之先,就已经有了公道关系的可能性。如果说除了人为法所要求或禁止的东西之外,就无所谓公道不公道的話,那就等于说,在人们还没有画圆圈之前一切半径都是长短不齐的。”^②孟德斯鸠所说的公道关系,就是自然法的具体表现。

显而易见,上述古典自然法学家的观点,是一种法的二元论的观点。即把法的现象分为两个不同质的具有一定独立性又相互联系的部分。可以说,这是所有自然法学家的基本特征。实际上,法学史上除了自然法学,还有许多学派持法的二元论的观点,尽管所用名称和内容各有差异。为我们所熟悉的马克思主义法学,也具有此种倾向。

青年时代的马克思曾经针对普鲁士腐败的政治社会制度写过

① 《西方法律思想史资料选编》,北京大学出版社1983年版,第143页。

② 孟德斯鸠《论法的精神》(上册),商务印书馆1982年版,第2页。

不少激进的文章。从那些文章中,我们可以发现,马克思除了使用“法律”的概念,还使用“法”的概念。在《关于出版自由和公布等级会议记录》一文中,马克思指出:“法是自由的肯定的存在”,它“具有普遍的、理性的、不取决于个别人任性的性质”。与此不同,法律则是“法的表现”,是一种“肯定的、明确的、普遍的规范”。^①他在另一篇论文中这样说:“事物的法的本质不应该去迁就法律,恰恰相反,法律倒应该去适应事物的法的本质”。^②以上马克思所说的法律,是指国家的制定法,具体来讲,是普鲁士国家的立法。而法则另外的,也是更高的一个存在物。毋庸说,这正是一种法的二元论观点。

如果说,青年马克思关于法和法律的分类如同其当时的整个学说,尚不甚“成熟”,显得有些模糊含混,那么,“成熟”的马克思是不是放弃了法的二元论倾向呢?的确,马克思在其后期的作品中,较少使用法和法律的分类。但应该承认,他所坚持的仍然是一种二元论的法律观,即:国家的实在法并不是惟一和至上的,客观世界还存在着另一种必然的、决定性的东西在支配着它。这个东西是什么呢?规律!“宗教、家庭、国家、法权、科学、艺术等等,只不过是生产的特殊方式,服从于生产的一般规律”。^③“立法者应该把自己看作自然科学家,他们不是在制造法律,不是在发明法律,而仅仅在表述法律,把精神关系的内在规律表现在有意识的现行法律之中”。^④不难看出,规律和法律的一对范畴,已取代了先前的法和法律的范畴。当然,法的概念尽管在马克思所使用的语言上往往同名,但其实质上迥然相异,后者充实了历史唯物主义的内容。

综观马克思关于法律现象的有关论述,我们还能从马克思常谈到的、决定着法律的诸如“社会存在”、“物质生活条件”、“生产

① 《马克思恩格斯全集》(第一卷),第71~72页。

② 同上,第139页。

③ 《经济学-哲学手稿》,人民出版社1957年版,第82页。

④ 《马克思恩格斯全集》(第一卷),第183页。

方式”、“社会关系”、“交往方式”等一系列概念中,窥见其法的二元论的思想色彩,其原因到底为何?我认为,从哲学上讲,这大概是把世界分为主观和客观、精神与物质两极的结果。实在法是由人制定的,归之于主观的方面;反之,自然法或规律等是支配人类的那部分事物的本质联系,属客观的范畴。由此说来,法的二元论思想其实是哲学上千百年来一直难以克服的二元观在法学上的延伸。也许人们会说,辩证法不是已解决了这一难题吗?不过至少就我本人而言,当我读完波普尔《猜想与反驳》中关于辩证法的论述后,深感问题恐怕没有这么简单。

二

关于古典自然法和马克思法律观中的二元论思想或倾向,如果我们的考察仅仅停留在哲学分析的领域,或单纯着眼于他们对法的分类的阐释方面,那不足以使我们触及问题的本质,也难得出完满的结论。在此,引述一段值得我们在研究中遵循的马克思的法学方法论:“这里有一个非常重要的要求,就是任何社会需要、法律等等都应当从政治上来考察,即从整个国家的观点,从该问题的社会意义上来考察。”^①马克思和古典自然法的思想家们,所以提出在国家的实在法之外还存在着起决定性作用的自然法或规律,是由其特定的政治意图和社会历史原因的。

先谈谈古典自然法学。

法分为自然法和实在法,自然法高于实在法,为实在法的制定提供依据、模式和标准。这几乎是所有自然法学的共同观点。由于自然法规范的抽象和不确定,这样,历史上在解释实在法即国家的制定法是否符合自然法时,往往会导致两种截然相反的倾向:一是保守的态度,即立法者垄断自然法的解释权,运用自然法为现有法律制度进行辩护,镇压反抗者;另一是激进的倾向,借助自然法

^① 《马克思恩格斯全集》(第一卷),第395页。

抨击陈旧、不合理的实在法,进而提出改造甚至推翻这种法律制度。人们通常形容自然法如双刃之剑,就是这个意思。古典自然法学便是在后一种意义上使用自然法的。

在英、法革命以前的欧洲,资本主义的生产方式已在封建统治的躯壳中迅速成长起来。然而,整个腐朽、黑暗的封建生产关系及上层建筑仍严重地阻碍着资本主义的发展。例如大革命前的法国,政治上,封建等级极为森严,社会被划分为三个等级,即第一等级的僧侣贵族,第二等级的世袭贵族和第三等级的资产阶级、农民和手工业者。经济上,农民、手工业者和不少有产者受到地主贵族贪得无厌的盘剥和欺诈。一方面,国王穷兵黩武、纵情挥霍;另一方面人民却饥寒交迫,怨声载道。思想文化方面,天主教垄断知识的各个领域。鼓吹“君权神授”为封建王权的绝对权威进行辩护;与此同时,还严厉地禁锢人们的思想。而上述所有这一切,都被纳入封建的法律制度,是在披着“合法”外衣下进行的。因此,人们必然面临这样一个问题,在原有的政治法律制度内或者说用实证的方法,是不可能推论出封建体制的不合理,以及人民有权反抗的结论的。所以,时代需要这样一种理论,它不为现有的政治法律制度所束缚,相反,能凌驾其上,作为评判一切现存制度好坏的标准。古典自然法就在这种背景下应运而生。

古典自然法学所起的历史作用,便是为即将到来的革命提供了理论依据。1789年开始爆发的法国大革命,正是高举“天赋人权”的自然法的旗帜,摧毁法国的旧制度,把路易十六送上断头台的。

资本主义制度一方面促进了当时生产力的空前发展,为人类生产出巨大的物质财富;另一方面,在政治、经济、法律等领域,也暴露出许多的弊端。社会两极分化严重,占社会成员极大多数的劳动者处于饥寒交迫的境地,作为无产阶级革命思想指导的马克思主义就是在这种背景下诞生的。

显然,19世纪中叶的马克思所面临的,是一个世纪前在古典自然法理论家面前曾出现过的同样问题,即,在自称合理的政治法律制度内是不可能引发出革命的结论的,而需要在现存的制度外,

提供一个可借批判的参照系。

“资产阶级用来推翻封建制度的武器,现在却对准资产阶级自己了”——“自然法”的武器为马克思的“客观规律”所替代。

马克思通过对资本主义的考察和研究,指出资本主义的生产关系已经阻碍了生产力的进一步发展,资本主义社会的国家与法律已成为广大人民全面和自由发展的桎梏,这是有悖于社会规律的。因此,无产者联合起来打碎身上的枷锁,解放自己,同样合乎自然,顺乎规律。

回首近几百年来世界史,某种意义上人们似乎可能这样说:没有古典自然法,就不会导致法国革命和美国革命;没有马克思昭示人们社会法则,恐怕也不会有以后的俄国和中国的社会革命。古典自然法学和马克思所设定或曰揭示的自然法和规律,竟产生出如此之大的社会功效,人们不禁要问:那个超越实在法之上的冥冥“实在”到底是什么?

三

何谓自然法?这或许是政治法律学说中争议最大的概念。在此,我不想复述古典自然法学家们各异其趣的定义,也不想引述由休谟挑起的实证主义法学对它的各种诘难。我要指出的是:不论自然法的倡导者还是攻击者至少都承认如下的看法:自然法代表一种价值,蕴含着人的自由、平等、正义等自然权利的价值。

有一点需作补充,古典自然法学者所使用的“自然法”一词,其原拉丁文为 *ius naturale*。*Ius* 含行为权利和行为规则的双重意思。在德、法、俄语中能找到相对应的词,但在英文中需要两个词,即 *Law* 和 *Right* 来表示。我们中文中的“法”亦无权利之义。因此,演变成英文的 *Law of nature* 或译成中文的“自然法”,实际上难以确切地表达 *ius naturale* 一词。而在古典自然法学中,所偏重和强调的恰恰在于权利方面。对他们来说,自然法理论与其说是一套关于法的理论,不如说是一套关于权利的理论。正如同时代的

德国哲学家渥尔夫(Christan Wolf)所理解的:“无论什么时候,当我们说到自然法时,我们从来不曾指自然的法律而言,而毋宁是指凭借自然法之力量而自然地属于人的权利。”^①

自然赋予人的权利,就是 17、18 世纪的人们所呼吁和力争的“自然人权”或“天赋人权”,它包括人享有追求生命、自由、平等和幸福的不可让渡的一系列权利。这些权利即是建立国家的正当的政治和法律制度的最终目的,同时也是人们推翻不正当的政治法律制度的全部理由。它们是“自明的真理”,是“简单与无可争论的原理”。伴随着革命产生的 1776 年美国的《独立宣言》和 1789 年法国的《人权宣言》,是古典自然法学呼唤人的自然权利的果实。

可见,近代自然法学所以有如此之大的威力与活力,在于他们所主张的自然法所代表的一系列权利的价值。它表明了这样一个真理,人类对自由、平等、幸福的追求的激情是永不会枯竭的!

那么,在马克思那儿,用以评判资产阶级国家制定法,也就是说相当于“自然法”概念的“法”或“规律”,是否也有类似的内容呢?关于这一点,有必要先弄清楚马克思主义的精神实质。

人在马克思主义学说中的地位如何?这是几年前发生在中国学术界的一场论战的焦点,争论虽因非学术的原因未能深入展开,但迄至今日,把人理解为马克思主义出发点和归宿的人,已越来越普遍。笔者亦赞同这一主张。既然马克思主义把人视为目的,那么,关心人的权利自然是该学说的题中应有之义。

如前所述,青年马克思曾借助于“法”抨击普鲁士专制国家的实在法,他说的“法”其实往往就是自由、平等的代名词。“出版法就是出版自由在立法上的认可,它是法的表现,因为它就是自由的肯定存在,……而书报本检查制度正如奴隶制一样,即使它千百次地具有法律形式,也永远不能成为合法。”“哪里的法律成为真正的法律,即实现了自由,哪里的法律就真正地实现了人的自由”。^②

① 转引自 d'Entrevies, *Natural Law: An Introduction to legal Philosophy*.

② 《马克思恩格斯全集》(第一卷),第 71~72 页