

您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

 [使用大字体察看本文](#)
阅读次数: 239

“新埃尔利希式的法形成模式”的“正统性问题” ——兼评苏力等人的学说

[日] 今井弘道著(北海道大学) 朱晔译

1. 首先让我们来思考一下法治以及如何接近法治的问题。通过这个问题,我想同中国的学者以及学习法律的同学进行一些沟通与对话。为此,我准备将我的一些不成熟的观点在这里展开,并十分愿意接受各位的指正。这个问题并不仅仅属于中国的,而是与现在世界紧密相关的。具体而言,对EU而言这个问题十分紧要,而对以中日韩为中心的东亚而言,这个问题与该地区的将来密切相关,也就是说,这与创设AU的可能性紧密关联。

2. 首先,我想以上海大学(现在为华东理工大学)的法社会学着李瑜清教授在日本的报告为基础,对此作出整理作为今天讨论的出发点。

事例:

福建省有一位村妇,她的先生因患精神病而自杀,此后这名村妇决定与其他村庄的某农民结婚。然而,亡夫的亲属不仅要求村妇偿还所有的债务,而且有求她带走除了一名四岁女儿以外的所有子女。同时,村政府也提出,只有在偿还债务后才能出具婚姻状况的证明书。在此情形下,该村妇向行政机关的乡政府提出办理结婚登记,但未能获得处理。因此,村妇以乡政府拒绝履行办理结婚登记这项法定义务为由,向县人民法院提起诉讼。

县人民法院的法官对此进行了调解,结果是,村妇提交了按时偿还债务的保证书,而所有的子女均由孩子的祖父母抚养,在此基础上,乡政府办理了结婚登记,案件得到了解决。

这本来属于一起行政诉讼,但法官作为一名有威望的调解人,从民事案件的角度出发,以非裁判解决(ADR Alternative Dispute Resolution)的方式处理了这起案件。这种纠纷处理方式在中国的农村十分普遍,而且具有一定的效果。

从某种意义上讲,这种处理纠纷的形式是近代裁判制度未得到健全的结果。但是,在李教授的报告 中,她并未参照近代制度的规则对现状进行批判,也就是说她并不认为应该立刻完善国家的近代司法制度,反而应该从这些现实状态中寻找、抽取出某些积极的意义。当今,在日本与美国,ADR这种纠纷解决方式备受瞩目,从这个意义来说,

3. 这不仅仅是中国地区内的议论

4. 鉴于上述问题,我们进行以下的讨论,李教授认为这种纠纷解决的方式可以成为国家法与乡土正义结合的司法模式。我们大致可以按照这种意义进行理解,但是具体情况究竟如何呢。根据李教授的报告

A. 这种方式无视法的发展阶段,而含有批判滥用国家法一元论的意义

B. 这种方式可以使国家法和乡土的正义结合

更多▲

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十周年
周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

C. 因此随着这种方式的纠纷解决逐步积累, 不断追求国家法和乡土的正义结合, 可逐步得到国民对于法的赞同与认可。作为一种含有上述可能性的纠纷解决方式, 其本身具有合理性, 问题: 这种合理性究竟是具有怎样意义的合理性? 抱着这样的问题我们进行进一步的讨论。

5. 现今的中国农村

1) 已经超越了以前的风俗所支配的国家法的阶段

2) 法律已从风俗中分离, 并逐步进入获得独立存在的时代

3) 但是还没有到达立法者制定明确法典的时代

4) 在这之中第2阶段到第3阶段的转型期内, 现今的农村正在体验着一种城市化的过程, 但可以预测到这个转型期是非常漫长的, 在这个转型期中, 根据李教授的报告可以说现今的农村正处于动态的状态

6. 在处于转型期的现今中国农村并存以下三种规范(或许不仅仅局限于农村)

1) 大传统 等于由中国古代延伸而来的行为方式和价值观念

2) 小传统 等于社会主义国家计划经济下的"行为方式"和"价值观念"

3) 国家法 等于随着改革开放的深入以及市场经济体制的发展而被逐步完善的法律

7. 这个转型期就相当于三种规范的选择性统一的过程。上述中呈现出的动态状态其实也就是这种选择性统合的过程, 也就是说在这个过程中

1) 上述三种具有差异并对立的规范逐步统合,

2) 因此所谓合理性问题需要从两个层面做出考虑

A. 运用非裁判的纠纷处理方式解决各类司法纠纷中的合理性问题.

譬如, 最初所提到的事例的个别解决可以说具有一定的合理性.

B. 三种规范选择性统合的过程本身需要有一定的合理性. 这种两个层面中的合理性才是问题的焦点

C. 这种合理性必须具有接近法治的可能性

8. 李教授报告中法哲学的焦点在于上述2)的ABC的合理性问题, 当然这仅仅是我自己的整理, 李教授的报道中并未做出这样的问题设定. 关于这点也没有做出任何讨论. 这个问题用传统的法哲学的语言来说是一个纠纷解决的正统性问题, 也是一个纠纷解决的积累过程中的法支配的问题。

9. 这个问题称为新爱里稀的法形成模式的合理性问题, 为什么呢? 爱里稀以"活法"与法律家通过时间和理论整理而成的法, 也就是"法律人之法"这两个概念为基础讨论了法的形成, 上述的问题的设定可以看作将爱里稀的这个问题融入了中国现状中进行现代化. 这样的问题就是新爱里稀的法形成模式中的合理性问题也就是正统性(LEGITIMACY)问题。

10. 然而李教授报告中的法形成论, 从表面上来看与北大的朱苏力教授具有相似点也有不同点, 我在李教授的法形成论中感受到了不少可能性. 为什么会有这样的感觉呢, 我在此做一个简单的介绍. 去年苏力受邀去日本访问, 在名古屋大学与北海道大学做了演讲, 在此按照演讲的主旨展开一些讨论.

11. 苏力从功能主义的立场考虑了国家法与民间法之间的关系, 之后列举了两者之间存在的各类关系, 包括在某中场合下出现的矛盾关系, 苏力所考虑的一个重要问题是, 国家法与民间法相互弥补的问题. 比如说谈到老人问题时, 日本已经进入了老龄化社会, 老人的福利问题非常重要, 但根据苏力教授的认识现今中国立刻将老人福利问题融入国家制度中是十分困难的, 在此苏力利用孝顺这种传统进行了思考. 强调孝顺理念促使子女赡养父母可使得农村建立有高效的老人社会福利制度. 苏力教授认为上述形式的传统与现代的国家政策也就是国家法是相互弥补的. 苏力教授的这种观点的确具有现实意义, 但是国家法与民间法之间

是对立的,因而很难把它理解成相互弥补的关系.因此,包含国家法与民间法的现有法体制应向何种方向发展,从这里并不能得出一个结论.从这里仅仅可以得出以下结论,即各种情形下必须做出适当的政策性判断,而根据这种判断选择相互弥补的可能.最合适的国家法与民间法的组合方式需要在各种情况下做出具体考虑.以下所提出的思考方式或许与苏力教授的法律思维具有一定的共性.

12. 苏力从这个动态的视角考察得出国家法与民间法的关系是连动的或者应该是连动的,关于这点苏力教授提出了几个相互矛盾的讨论,但在讨论中苏力做出了一些以下值得关注的发言.纠纷解决的过程中国家法与民间法相互混合.纠纷的结果造成了国家法与民间法的再构,接着苏力教授又做出以下分析,从整体来看,再构是中国法治形成中是必不可少的,从现代法治的立场来看这是现代法治渗入民间法的基本形式同时也是最有效的形式,其中蕴涵了创造制度的可能性,但是苏力认为在此过程中法官或纠纷的解决者应该起到积极作用,这些人应利用民间法实现国家法.

13. 我认为如果将苏力教授的议论为焦点可以抽取出法形成论.从这里整理出功能主义的考察以及其他混乱的原因后将此讨论作为法形成论进行考虑的话,从结果来看我将李教授报告整理后提取出来的讨论之间并不存在过多的差异.在李教授的理念中可以抽取出基层裁判的非裁判纠纷处理(ADR)方式积累后国家法与乡土正义结合的可能性.这种思考方式的意义在于可以使我们重新理解苏力教授多视角且缜密的但又较为混乱的思考.从这个意义上来说李教授报告中具有不少魅力但是我切实感受到如果作进一步思考李教授报告中的讨论并不充分.包括非裁判的纠纷解决方式(ADR)在内的广义的司法纠纷解决的积累过程中,可以看国家法与乡土的正义具有结合的可能性但具体的应该按照怎样的途径与法形成进行联系呢?这种法形成是否具有正统性呢?换言之,这种法形成是否是一种正确的法形成,相关问题并未得到回答.不仅如此相关讨论中根本没有设定这样的问题.

14. 但如果要将这个问题继续深入,我们必须考虑民间法和习惯法究竟为何物?也就是说我们必须从原理的层面对法和法治的原理应该如何联系这个问题做出思考.然后必须对国家法含有怎样的意义做出思考.相关问题是法哲学的问题而法社会学家李教授的报告并未做出回答,即便是法哲学家苏力也并未对这个问题做出思考.

15. 为了思考这个问题我们有必要进入法存在论的讨论.作为法存在理论,爱里稀的法理论可以重新整理后得到的解决.苏力教授在论文中指出,由于缺乏现代科学的理论指导,多数的研究人员依据数十年前的习惯法和"活法"理论,因而并不存在理论上的概括和升华,认为仅仅依据爱里稀的法理论是不足的.不得不说做出上述思考的苏力教授虽然与中国数十年前的研究者有所不同,但或许可以他仍然并未深入理解习惯法或"活法"的理论.

16. 那么法存在论也就是法究竟应该以怎样的状态存在.强盗处境:强盗A拿出手枪顶住对方并命令B交出钱来的状况下,是否成立B应把钱交付对方的义务,交钱之后B的法定义务是否履行,答案是否.关于国家也是一样的,仅仅以国家的权威性和强大的国家权力为背景法律是不成立的,也就是说仅仅依靠强盗处境,法律不成立,法的存在也根本无从谈起.那么法的存在究竟是怎么回事呢?

17. 爱里系认为在种种社会关系中存在着"活法"以及与此相关的民众的法的确信,那么通过司法纠纷的解决,这种"活法"以及民众的法的确信被定型化、条文化后,"法律人之法"逐步成立(罗马法与英美法的深厚造诣).这个问题利用格奥尔格·耶利内克(GEORG JELINEK)的话说是属于事实规范力规范化的问题.这种事实规范例的规范化观点与刚才我们整理的李教授的报告与苏力论文中的讨论具有共通的部分.然而究竟是什么让司法纠纷解决的方式使得"活法"与"法律人之法"逐步成立呢.这个问题我想通过日常生活中的事例做出简要的说明.

18. 在结婚纪念日,妻子准备好饭菜,买回蛋糕等在家里,但是丈夫和朋友喝过酒后很晚回家,所以夫妻开始吵架.妻子抱怨说,你本应该早点回来的,为什么没有早点回来呢.丈夫,因为有事情要和朋友商量,被朋友邀请,就去喝酒了.如果妻子早点提醒他的话,就回来了.

在争吵过程中两个人做出以下约定,从明年的结婚纪念日开始一定要早些回家,两个人做饭,庆祝纪念日.

此时,通过纠纷的解决,一个规则产生了,并被定型.但是这个规则被确定之前,妻子的心里是清晰的存在着"活法"的,丈夫也认为妻子生气是有道理的,所以丈夫也意识到自己心里也存在着上述的"活法".也就是说,在两个人的事实关系之间,存在着某种规范的力量,也就是"事实的规范力"在发挥作用.

通过纠纷的解决，产生了明确的规范，第二年开始，在结婚纪念日，这种规范将支配两人。在下次结婚纪念日，妻子也不能做出任性的行为。

像这样的，从夫妻间的争吵中，产生了规范夫妻关系的规则。其实，在很多情况下，各种各样的规范共同状态的规则，就是像上述例子一样产生的。在纠纷的解决中，可以发现“活法”，并借此解决纠纷。然后在这个过程中，这个规则被重新定型化。在“民间法”中，就存在着这种情况。

由此我们可以得知，苏力所说的“民间法”，在现代的社会生活中也是经常会出现的。

然后，就是这种动态，通过一个又一个的纠纷解决，规则和法被重新被制定出来，使既有的法律富有了更深的意义。

这个过程，可以描述成“纠纷的解决过程使得法律形成和再次形成”。作为一种符合新出现的纠纷的解决方式，有可能使得既有的实例和法做出重新解释。从更广的意义上讲，可以认为纠纷的解决过程包含在法的产生过程当中。

19. 但是、为了使这种过程更有效的发挥作用。司法必须从国家权力中独立出来。

因为，为了使这个过程，真正根植于社会，作为法被定型并扎根于社会，达到“同样的事例应该按照同样的方式来解决”的目的，需要依靠法的内在正义来支配司法解决过程。

同样的事例按照做出同样的解决，司法过程将使法得到明确和稳定。

同样的事例按照同样的方式解决这个要求，可以看成是“同等事务同等处理”这个正义的根本原理的司法版本。

而且像这样的正义的要求，和所有人的朴素的正义感是一致的。同样的事情的不同样的解决方式，会招到人们的抵抗。通过这样的抵抗，司法的过程被社会控制。

现在，回过头来说，根据这个“同样的事例用同样的解决方式”这个要求，法的实践不断积累，意味着产生出相关事例的公正基准。在积累的过程中，不恰当的判断被逐步排除。

像这样，在变化的社会中，通过法的实践积累，国家法或者对国家法的恰当解释发生变化，反映了变动的法律意识。而这种积累同样也是使与法律意识所对应的法律规则以及既存规则的新解释产生的重要力量。

纠纷解决过程中产生的法律，在起到公正支配作用的时候，可以说是具有了“正统性”，由此产生了“法的支配”。

关于这一点，有必要进行进一步讨论，有机会的话可作进一步的讨论。

埃里希，已经认识到这一点，并且把它作为前提，来观察司法的过程。而且他从这个角度来对罗马法和英美法的发展做出了解释。

20. 埃里希批判国家法中心主义，但是并不否定国家法本身。

批判的要点在于，他抱着忧虑认为，不能完全无视活法和社会的基础，而拘泥于国家法。

根据埃里希的观点，1) 需要存在活法以及相关的民众的确信。2) 需要一个通过司法纠纷的解决，成立被定型化，条文化的法律人之法的过程，3) 这样才可以说法律存在4) 此外，依照这种定型化，习惯变为与之有所区别的习惯法和民间法。也就是法。5) 可以说，国家之法只有在这个构造关联中确立，才能够说国家法作为法存在。6) 因此，根据这个构造关联而出现的国家法才不会转变为强盗模式，在此构造中，法律形成时，才是具有合理性的法律形成，由此产生的法律才具有正统性。

21. 李教授报告的实例中，很难判断是否具有制定法外的合理性，正统性

但，如果说事例中的纠纷解决，包含了上述的构造关联，那么，可以认为具有了合理性和正统性。

这种合理性和正统性的本质中包含着活法以及民众的法的确信。

或许我们可以认为，这种纠纷解决的方式，在当事人之间得到承认，并获得自发的接受。

22. 以前，在与苏力同去日本的张琪教授的讨论中发现，他认为应承认判例具有法源性质， 1) 他首先承认判例具有法源性，论述了判例法的法形成理论，将它看作是非正式的法源体系

2) 通过判例法的形成分析了中国法制建设的可能性

然而，判例法形成的议论，可以与刚才所述的李教授报告中的基本观点结合起来进行考虑。

而按照这种思路进行考察，张琪的分析，同样可以纳入我所说的法律形成模式中。

或许，苏力与张琪之间有一种默认的共识。他们的理论的出发点相互影响，并内含着某种共性。如果是这样的话，需要将这种共识展开分析。或许这与我的分析也具有一定共性，但如果是这样的话，需要针对我的分析做更为深入的讨论，这也是一个迫在眉睫的课题。这个课题，对在座各位来说也十分重要。

来源：新法学Law-Frontier.com

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

[RSS](#)