

历史的深渊----浅谈大陆法系的弱点 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E5_8E_86_E5_8F_B2_E7_9A_84_E6_c122_484677.htm 【关键词】大陆法系

中国法律 弱点 历史就像一个深渊，当世人不自觉地陷入了这个深渊后却又执迷不悟时，一些人应该去揭示那些简单的道理：“任何一种思想，任何一种制度，我们都不能期待它们会是一劳永逸的，我们都应该‘与时俱进’”。这些道理是显而易见的，不言而喻的。『历史篇』古希腊是欧洲文明的发源地，她的文明波及了整个世界，许多学科都在古希腊的土地上寻根溯源，大有言必称希腊的庞大的文明依赖性。但是于当前社会中后现代主义思潮如火如荼的语境之中，我们是否应该对古希腊的文明有丝丝的怀疑，难道古希腊的文明会是长盛不衰，历久弥珍的吗？这是一种猜测，但并不是没有丝毫的可能性。于某个没有时空定位的历史情景，人类开始了文明的历程。不久，古希腊的先哲就选择了理性这条路，当然非理性的思潮并不是没有，但走上理性这条路仿佛是一种必然。试想，对于古希腊人来说，他们毕竟是古人类，面对纷繁的世界，他们宁愿放弃那怕非常之重要的差异性，宁愿去容忍那被忽视的个性，从而渴望给这个世界寻求一种一劳永逸的知识架构，于是古希腊人开始了这种知识架构的探索，事实也仿佛证明了这样一种企图的合理性。比如：人是用两条腿走路的没有羽毛的动物。许多人依这句所做出的描述去想，发现其“非常”的正确……于是古希腊人开始运用理性来分析世界，一厢情愿地企图认识世界的宏大体系，而那些些许的成果却令古希腊人无比的自信，甚至达到狂妄

。显然这是一种相对简单的模式，一种当时的人类容易接受的模式。相比之下，非理性的思潮倡导的那种与世界同样的纷繁复杂的知识架构确实会让古希腊人望而却步。于是人类试图战胜自然，试图凌驾于整个自然的狂妄驱使着人类走上了理性这样一条不归之路。这种企图表现在法学的领域就是：“人类深信自己可以为人类的和谐共存来制定一套完整的法律体系”。古罗马继承了这种法律文明及这种企图，并将这种企图在法学领域发挥得淋漓尽致，让后世叹为观止。古罗马人尊崇古希腊贤哲的伟大思想，对这些思想也无比赞同，但是他们忽视了柏拉图的一句话：“任何一种制度，我们都不能期待它会一劳永逸。”这句话是什么意思呢？是建立在理性的基础之上呢？还是“理性本身”也就包含于“制度”的范围之内呢？不得而知，但有一点是可以确定的，古希腊，古罗马及后世之人都一致默认这句话是建立在理性的基础之上，从而对法律本身只是在不得已时做出修改，但这种对法律的修改并没有让他们承认人类预见能力的局限性，他们依旧坚持着：人类有能力为人类的下一刻制定出完美的法律体系，从而指导复杂的人类活动，实现社会的和谐。人类在历史的长河中一直走，一直走，那种企图的局限性潜于法律体系的背后，一直得不到法学家的重视，也得不到哲学家的重视。但我们可以原谅这种历史的事实，因为那段历史中，毕竟是人类步入文明后不久，启蒙的程度相对较低，世界充满了愚昧和杀戮，法律为统治者所利用或者为了维护统治者的利益，或者是为了实现某一部分社会的和平与和谐，由此那种个人之间的差异性，个体的个性于那个时代实在不是最重要的东西。而且，社会发展得尤其缓慢，百年前同百

年之后的区别也许仅仅只在于新人换旧人，仅此而已，不同于我们此刻的社会，十年前的电脑还是一种奢侈品，十年后的电脑却“泛滥成灾”，在促进科学进步的同时，也把我们的地球搞得不得安宁。由此观之，在古希腊、古罗马，人们崇尚那种简单的企图，试图为人类的下一刻制定一种人人都应该遵守的法律的史实，实为合情合理，不是吗？这就是大陆法系的源头。于是人类怀着这样一种理念，跨越了宗教统治着的中世纪，经过了文艺复兴的洗礼之后，进入了近代社会。法国和德国又不折不扣地继承了罗马法??那种简单的企图，那种大一统的模式，具体说来：《拿破伦民法典》以罗马私法为基础，恪守着优士丁尼《法学阶梯》的结构而制定；德国民商法典也以优士丁尼的《法学阶梯》为蓝本，总而言之大陆法系在欧洲大陆发展开来，许多国家竞相仿效，包括东方的日本。清末，当西方的坚船利炮摇醒沉睡的中国，1902年5月13日，清朝最高统治者发布谕旨：“现在通商交涉事益繁多，著派沈家本、伍廷芳将一切现行律例，按照交涉情形，参酌各国法律，悉习考订，妥为拟议，务期中外通行，有裨治理”。于是于1904年5月15日设立修订法律馆。而后国人竞相学习西学，以求变法救国，以雪国耻，以图富强。自1904年起，清朝政府组织学人翻译研究上百部法典、法律、法规及学人的著作，也派人出洋实地考察一些国家的政治法律状况。最后确立变法修律和立宪的基本原则：以大陆法系国家的法律为蓝本，尤以日本法律为模式的宗旨。1911年1月25日，清朝政府正式公布《大清新刑律》，也就正式宣布中国走上了大陆法系的这条不归之路。而民国的“六法全书”，也就表明了大陆法系

化的深入。西学东渐之路开始了，国人一直走，一直走，直至今日，我们依然在大陆法系的路上“畏首畏尾”，那怕这条路的危险性已经日益凸显。【怀疑篇】怀疑不是为了使之变得混乱，而是为了指引人们走出混乱。也许一个真正的法学家应该关心哲学，也应该关心科学，因为哲学可以告诉我们如何更为准确地认识这个世界，而科学中的一些进展也可以给予我们一些很有价值的启示。先说哲学。1844年，弗里德利希·威尔海姆·尼采（Friedrich Wilhelm Nietzsche）来到了这个被理性统治的世界。尼采提出了“重新估价一切价值”作为其全部理论的出发点，他对旧有价值 and 真理的冷嘲热讽，他对理性主义支配的传统形而上学的予以无情地批判，他批判苏格拉底抛弃了他以前的希腊文化??重视直觉和本能的传统，而开辟了理性主义传统。而且他还认为理性主义支配的传统形而上学的主要的错误是限制和扼杀了个人独特的非理性生命和本能。由此尼采成为后现代主义哲学的开山鼻祖。而稍后的维特根斯坦提出的“家族相似性”，也是反对本质，突出个体性和差异性。再看看后现代主义哲学的代表人物利奥塔，他断言：“宏大叙事已经失去了它的可靠性，无论它采用什么样的统一方式，无论他是否是思辨的叙述还是解放的叙述”。利奥塔在反对哈贝马斯的共识概念时说：“共识已经变成一种过时的和可疑的价值。但是正义作为一种价值既不过时也不可疑。”换句话说，当前盛行的后现代主义思潮（以利奥塔为例）是强调不可预见性、不确实性、灾变性、混沌、差异或悖谬推论，从而要批判西方一直以来的以总体化的统一性为特征的主体形而上学、认识论和历史哲学。再说科学。1879年，也就是在尼采病重，辞去了巴塞尔

大学的教席的那年，阿尔伯特·爱因斯坦（Albert Einstein）来到了这个被经典力学统治的世界，1901年到1905年，爱因斯坦发表了改变整个经典力学的五篇论文，创立了量子力学。以前，经典力学统治整个世界两百多年，牛顿等人一直致力于宇宙统一体系的追求之中，他们坚信，整个宇宙是有一种统一的规律的。爱因斯坦的理论却向世界宣布，宇宙中有些事物是没有规律可言的。1942年，爱因斯坦在纪念牛顿诞生300周年写的文章中，对牛顿的一生做如下的评价：“只有把他的一生看作是为永恒真理而斗争的舞台上的一幕，才能真正理解他。” 综上所述，哲学界有了很大的变化，表现在后现代主义哲学的颠覆性理论，而科学，具体是物理学也发生了巨大的变化，这些都表明了人类认识能力的有限性，理性的局限性，我们试图用知识来认识一切的企图是一种不自量力的狂妄。那么，这些能给我们的法学研究以怎样的启示呢？对于我们大陆法系的充满危机的大一统理论体系，法学研究者应该有怎样的具体行动呢？『批判篇』大陆法系的运作是符合这样的一种模式：立法者努力预见国人的行为，而后制定一部法律，强制整个社会接受，在社会发展之后的某一天，立法者发现有些规定无力有效的调整社会时，就会对原先的法律进行不同程度的修改，以适应社会的需要，就这样，修改后适用，适用后修改，年复一年，日复一日，这就是我们中国的法律运作模式。在人类以往的社会中，由于社会发展变化缓慢，大陆法系的这种模式在总体上可以良好地调整人类社会、维持社会的各谐。然而，当今社会日新月异，立法者修改法律的频律不断加快，但是万物都有一个限度，修改法律频律加快的极限值（数学术语）就相当于中国古

代法官的自由裁量。试想，修改法律就意味着法律已经无法满足社会的需要，由于法律不可以溯及既往也就不可避免的使一些案件得不到合理的审判。倘若这些案件中有一个案件极其重要我们必须不囿于已有的法律而作出审判时，我们是否依然倔强。其实我们是虚伪的，我认为用梅因在《古代法》中对使法律同社会相协调的媒介“法律拟制”、“衡平”及“立法”做出的经典的论述，来描述中国当前现实生活中活生生的法律现象是再合适不过的了：我们在不自觉地、不公开的改变着甚至是创造着法律，然而我们却又竭力的予以掩盖，我们不希望人们发现、甚至是不希望人们怀疑我们已经改变了法律。这就是我们的现实，然而为什么我们没有去承认这种现实呢？我们有没有必要去承认这种现实呢？『尾声篇』对理性的批判并不是说理性一文不值，对大陆法系法律的大一统的批判也不是说法律的一统性本身一无是处，那种一劳永逸的企图并不是完全没有可取之处，尼采的那种完全否定理性而只倡导酒神精神的观点是太过偏极的，而维特根斯坦的“家族相似”理论，更值得关注，更值得我们现代人借鉴。我们社会是需要一种理性与非理性并重的，并适时的调整他们之间的相对比例的法律运作模式。近些年，大陆法系同英美法系之间呈现相融合的趋势，对英美法系来说，渗入制定法（成文法）制度仿佛是历史发展的顺势情形，但是对于大陆法系来说，其以理性为基础的大一统的运作模式，注定了其在相融合的过程中相对于英美法系来说比较矜持，这无疑是大陆法系顺应社会发展的致命的弱点。法律学人应该为大陆法系跳出历史的深渊寻求出路，也就是说去寻求大陆法系新的生命力的所在。张骐老师倡导中国应该引入判

例法，但是他所讲的那种从整体上从社会的各个领域来用判例法弥补制定法的不足的思路确实值得商榷，本人认为应该对制定法调整困难的领域，比如说网络、知识产权等变幻不定的领域，可以考虑引入判例法制度，由此从局部渐渐地发展到整体。不过有时候我也在想，仿佛当前中国这种“虚伪”的法律模式，也更符合人类发自内心的需要。正如H·科殷所说的：“人总是想使他的生存免于长久的变幻莫测，把它引上固定的和井然有序的轨道上，使之免遭总是不断出现的新东西的袭击，法应该为他提供这种把握性和可预计性”。也许我们的确定的法律所给国人的只是一种心理上的“安全感”，至于我们在确定的法律的面纱背后，如何去追求正义，那就是另一个方面的事了。纪晓岚说的好：刑为盛世所不能废，而亦盛世所不尚。说的应该就是这个道理吧。也许我们中国人早参透了这其中的玄妙：法律依旧明确规定各个方面，主要的目的就是给国人以一种可心预见的安全感，不过适用法律的时候却可以“任意地改变法律”，大家“心照不宣”。或许这种想法是大陆法系新的生命力之所在。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com