

朱苏力:社会变迁中的法理学问题 PDF转换可能丢失图片或格式, 建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E6_9C_B1_E8_8B_8F_E5_8A_9B__c122_485767.htm

一、为什么要有规则
社会变迁使得我们的预期不确定, 没有预期, 我们的生活是没有意义的。为什么许多人谈恋爱, 谈得好的, 到最后, 都想结婚; 因为如果不结婚, 没有那一纸证书, “产权”就得不到社会保证, 未来的生活不确定。预期单凭人的智力还不行, 因为人的智力不足。我们可以举一个简单的例子, 我们在公路上开车, 大家为什么都要靠右行驶, 而不是像在农村山路上走路, 我们对面出现一个人, 无论靠左还是靠右, 我们稍微侧一下身就可以了。在公路上开车就不能这样, 否则我们开车时就要注意力高度集中, 始终关注行人会靠左还是靠右走。最新的交通法规76条规定司机出了事故负全责, 司机始终看着行人靠左、靠右行驶, 那样开车也太累了。人的智力是不足以应付这种复杂的生活, 包括最聪明的人。像在911发生之前, 美国整个机构运作, 都不知道911会发生; 这次布什和克里竞选, 人们没法预料谁会获胜, 因而人的智力是不足的。还有另一方面, 规则的生活为什么非常需要? 也因为人存在着机会主义的特点。我们讲人虽然有一个基本的行为格局, 但人很多时候会有机会主义的。比方我前面讲的谈恋爱, 他一直爱你, 但经过一段时间, 他可能会爱上另一个人。而规则可以防止机会主义。社会将形成规则。

二、熟人社会中的规则
传统社会是一个熟人社会, 比较小的社会, 生产力不发达, 像村庄, 会形成一些规则, 如果不守规矩, 会受到别人的贬斥, 背后说悄悄话。像一个男同学在班上

同时追好几个女同学，马上所有的女同学都传遍了：这个男同学很花心；男同学也会嫉妒他，在其他一些事情上报复他。在这个社会中，比方说我说话不讲信用，干了很多事情，别人会疏远我，用现代学术上的话叫做“放逐”，不让我加入这个群体，今后不和你合作，你今后有事也不帮你。这种惩罚让我不敢做坏事，因为某甲会跟他的同事说，会跟我的同事议论我，让他们都疏远我。第二种方式，你侵犯我太多，我自己教训你一顿。比方晚上，你们宿舍都休息了，隔壁宿舍高歌一曲，你会跟他吵一架，这是一种制裁。这种规则，不仅是实体性的还是程序性的。比方说隔壁宿舍在吵，第一次不会吵架，你会和他说：“某甲，我们休息了，你不能再吵了。”他们还是吵，你第二次会说：“人家都休息了，吵什么吵！”，第三次你会直接冲进去，和他抱在一起(笑声)。可以看到规则是首先告知，然后警告，第三次采取暴力的方式。都有一个程序，不会上来就发生冲突。在社会生活中更普遍的是报复，这种报复有时比较残酷，报复他人，比较专断，权力放在我手中。比方说某甲侵犯了我，我来惩罚某甲，某甲借了我200块钱不还，我就把某甲的手剁下来，非常残酷的。我为了防备某甲报复我，我把他的手砍了，甚至把他打死。但由于对后果没法预期，因此传统社会种种解决纠纷的方式显示出一些不足。那么怎样解决这种不足？把报复慢慢形成制度。其实，传统社会存在严格的制度，也就是无论你喜欢不喜欢都得复仇，复仇是一种义务，整个社会提倡复仇。在没有国家和现代司法、法律的情况下提倡复仇，这是为什么呢？因为这是一种责任，别人打你，你不敢反击，人家就说你没种，你要是有种，就去把他给揍了。因此，

虽然我个子比较小，身体也比较弱，打不过某甲，便自己去喝点酒，去找某甲(笑声)，去了社会就会鼓励、赞扬。我们古代社会，先秦时期，赞扬歌颂一些惊心动魄的复仇故事。当时复仇是无条件的，“杀父之仇不共戴天”，只讲生物性，不讲道德上的对错。后来慢慢的，公权力出现后，复仇就变成有条件了，忠臣可以对奸臣报复，普通老百姓在一定程度上也可以对贪官污吏复仇，但杀的是贪官污吏，其家人是不可以复仇的。复仇会非常残酷。因为我个小，身体弱，遇到一个很厉害的侵犯者，我要复仇怎么办？我打不过他，就要用计谋，因此理智介入了，复仇会变得很残酷。或者是针对其亲属的复仇。由此可能产生世世代代的血族复仇，这在人类历史中有很多。大家不要以为今天没有复仇了，今天仍然有复仇，布什为什么要打阿富汗，起因就是本·拉登炸了世贸大厦。今天为什么法院仍然存在，很大程度上因为仍然受伤害的人都有复仇的本能，只是如今主要是，而且也不能不借助司法来排泄这一（复仇）本能。复仇很残酷，也还会有其他很多麻烦，于是逐渐会产生一些限制复仇的办法，如以眼还眼，以牙还牙，强调对等的同态复仇。现代社会科学发现这是最重要的防止纠纷、防止不公的方法。一定要以眼还眼，以牙还牙，这条原则具体讲对方伤害你多深，你就要伤害他多深。大家可能会说“同态复仇”很野蛮，但是它其实并不是“同态”，而只是“罪刑法定”、“一罪不二罚”、“罪刑相适应”原则的形象说法。而这一原则（同态复仇）存在于古今各种文明中，经典的原则如从《圣经》、《古兰经》中的“以牙还牙”、“以眼还眼”，到中国孔子所说的“以直报怨”，即适度的惩罚，但不能“以怨报怨”，因为

“以怨报怨”容易使惩罚超过原来受伤害的程度。举个例子，某个人打了我一个耳光，根据“以怨报怨”的说法，我因为心中积怨而去报复，必然不止打他一耳光，严重时可能会把他杀了。因此应当提倡“以直报怨”。在古代传统的社会，大家生活在紧密地集体中，如果允许采取“以直报怨”的原则来进行报复，这种社会的犯罪率会比较低，盗窃、打杀、婚外恋等情况也不会很多，因为害怕报复（而报复又是允许的）。农村来的同学可能会比较清楚，一般农村里面的刑事案件比较少，真的是“路不拾遗”、“夜不闭户”。

三、法律规则的出现 那么法律又是怎么产生的呢？答案是社会的变迁。随着生产力、科技的发展，人们可以在一个较大的环境中活动，“陌生人”越来越多。如我从北京来到福州，从熟人社会来到一个以陌生人为为主的社会，很多以前不敢做的事情现在就可能去做了（做了以后也没人会在意或发现），犯罪行为也可能会产生了。1840年以来，特别是近几十年来，中国社会出现了重大的转变，那就是流动人口越来越多，许多传统的规则也就不太起作用了。机会主义也开始抬头。例如，在宿舍捡到钱包，跟在校园、马路上、国外捡到钱包时的心态就可能不一样，陌生人越多的环境中，机会主义就越为明显。你在美国捡到钱包，心里可能会想，反正美国人有的是钱，丢了一点也算不了什么。然后你就很可能把它揣在怀里（全场笑）。在日本的列车上捡到钱包就更有可能揣在怀里了，你会想，日本鬼子当年把我们国家害得这么惨，现在捡你一点钱算是便宜你们了（全场大笑）。机会主义对社会也会带来一些好处，但它会滋生各种不讲仁义、不讲道德的行为。因此，法律就变得越来越重要了。法律可以在其

管辖的区域内对违法行为加以惩罚（也就是普遍性），另外还有专门的警察、军队等暴力机关实行制裁（强制性）。但要产生这种意义的法律，得有条件。首先是要有专门的司法和执法人员。其前提条件是社会财富有所盈余，用来供给上述专门人员。这就是为什么穷国从来都法制不发达，而司法、执法人员收入较高的都是在发达国家。从奴隶社会开始才有了少量的司法人员，但当时司法的功能也只是由行政机构附带地行使。那时，也不会产生律师这一个行业。因此，法治不是召开什么会议、提高什么意识就能顺利产生的。现在科学技术、商业贸易促使了社会财富增加，因此现在就有了更多的剩余财富用于养活专门的司法、执法人员、律师、警察等等。从前的司法人员，既解决纠纷的人，都是老人，除了老人有经验等因素外，原因之一就是社会财富有限，年轻人都得去劳动或打仗了，只剩下老人干这种“司法工作”（笑声）。法律产生的另外一个条件是集权，而不是民主。理由很简单，如果每个人都有权对别人的侵害行为进行“执法”，那么社会就不可能安定。因此必须用集权去剥夺个人的“复仇”权利，即“私力救济”的权利。秦始皇统一中国后，下令收缴民间的兵器，理由也正是如此。

四、法律在熟人社会与陌生人社会所起的作用并不相同

但在一个社会中，国家不可能把所有的一切都控制起来，要受到人力财力的影响，必须留下一部分到民间解决。民间解决是怎么解决，边际在哪里，就是各留下多少权力，这个边际要随国力、社会的变化来发展。20多年来，调解的兴衰就是一个迹象。90年代以来中国也有过法理学上的争议。我较早时候写的文章提到的秋菊打官司。许多人都说那是秋菊拿起了法律武器，其实她最

终还是要回到家乡去捡起自己解决纠纷的方式。为什么，除了成本的问题外，还有一个问题，现代司法提供的工具往往不足以解决熟人社会的矛盾。法律是解决陌生人社会比较有效的工具，熟人之间则不大容易诉诸法律。一旦诉诸法律，意味着熟人间的关系开始疏远，或者准备中断，准备成为“陌生人”。可想见，我现在向陈院长借一千块钱陈院长不让我写借条就可能把钱借给我，但我要借较多的钱，或陈院长不了解我的话，她自觉不自觉地就会让我写借条，她也许会说不用写借条了，但我写的时候她不会阻拦我（笑声）。这是人之常情，你会借钱给同学，但不会借钱给陌生人，另外一个系或另外一个大学的人找你借钱，就算你善心，你也会让写个借条。但熟人之间，比如我问我哥哥，或其他同事借钱就不会出现这种现象。因此，关系、距离越远，合同一定就越多。大家讲农村没有法，实际上农村不需要这个东西。农民没钱没米，为50斤米写个借条，立个合同还要公证一下，这是不行的。夫妻之间闹矛盾，一旦要上法庭，一定是他们夫妻关系要中断了。当然也可能有象征性威胁的，做丈夫的成天在外喝酒、打麻将，晚上也不大回家，做妻子的威胁说我要跟你离婚，那是威胁(笑声)，但这也表明关系开始疏远。一旦需要找法庭，找其他解决，一定意味着关系开始破裂，关系在拉远。传统社会当中不大需要法律，只有在陌生人社会中才会需要法律。因此《秋菊打官司》可以说是讲了农民要保留什么样的解决纠纷的能力？国家提供的解决纠纷的方式是不是对农民合适？这是现代社会中的一个问题，还有很多问题，比如说法院设在哪？电影中，秋菊一趟趟往城里跑；并且每次进城的时候，都要把家中的干辣椒拿一些到

集市上换了钱做路费，这都表明诉讼是需要成本的。成本一方面是货币的形式，要卖了辣椒换钱去打官司；时间也是成本的一个方面。秋菊是在冬天，而不是夏天，去打官司的，这也是实际降低诉讼成本，机会成本，的一种办法。由于这个成本的因素，国家，即使是现代法制也不可能把所有纠纷垄断在手里。作为一个法律人需要时时刻刻注意，如果把所有案件纠纷都放到法官手上来解决，社会就会有其他一些问题，不仅国家要花很多钱，成本很高，而且有些纠纷解决老百姓也未必喜欢，产品不对路，效率不高，更重要是，纠纷解决没有了竞争，国家垄断了，还容易产生腐败。因此国家和民间解决纠纷的边际定在何处？这个问题很大。从根本上看，与经济发展以及相应的社会结构关系密切。因此，在司法中立案标准的问题，什么样的纠纷应当由国家来管，什么样的纠纷国家不管或少管，让民间自己去解决，这不是一个理论问题，是一个社会长期实践试错之后逐渐形成的。

五、中国社会的司法独立的问题 现在许多人讲司法独立，很好。但还有些重要的东西没有讲到。其实，“横加干涉”之类的影响司法独立的事，还比较容易解决，因为大多摆在那，写了纸条；而且大家也都知道那是“横加干涉”。但有些干涉不那么“横”。比方说，你只要好好干活，我提拔你；因此，我不用写纸条，你也会照我的意思去办案，甚至琢磨着我的心思去干。我总觉得，现在司法最不独立很可能是一些比较年轻的法官，也是那些有学历、文凭的法官，而不是老法官，那些没有学历、文凭的。为什么？想提拔。法院为什么一个新院长上来，常常搞年轻化，过了50岁的老法官就不能当庭长，不能当审委会委员了？而且，从上到下都基本如此

，尽管一刀切的年龄不一样。老法官知道自己没有提拔的希望，你说的话我不一定听，院长说的我也不一定听，我凭良心干活。这就是“无欲则刚”的道理。注意，我不是说老法官的道德水平高，司法独立意识强，而是说，这个制度环境使得他们不愿接受各种形式的干预。因此，司法独立并不是说要让法官的权力更大，而是说要尽量减少那些可能影响司法公正的因素对法官办案的影响。既不能有大棒，也不能有胡萝卜，至少不能有太多的胡萝卜。因此，我们现在讨论的一些司法独立的解决办法好像不大沾边。比方说，说司法独立就是要有独立的财权、用人权，这当然有一定作用，但这肯定不是司法独立最重要的因素。世界上有哪个法院的财权不受控于行政或立法机关，受制于“地方”，在这个意义上，中央也是地方？香港的财权就是地方管的，但它没有讲它的司法不独立。用人权如果真放到法院里去，那不就在院长手上吗？如果用谁不用谁都他说了算，那法官能独立吗？现在有些药方开得很糊涂，似乎只要将用人权、财权放到法院，司法就能独立。大家注意，这都是法院院长讲的，如果我们学者听了这些话就信以为真了，那就太没有脑子了，我们还得问问下面法官，他们可能就不一定那么想了。法院院长当然希望用人权、财权都在自己手上了。但这不是司法独立，这只是另一种行政化的思维。

六、法律规则及其统一

所以说，下面一个问题就是随分工到来的分权问题。社会分工一旦多了以后，行政也出来，立法也出来了，司法也出来了。司法之间内部也有个公、检、法，或者还有法医等技术性的工作。大家不要以为分权问题从来都存在，它一定是社会分工产生的问题，有社会分工当然就要互相配合。这个问题也

涉及到规则的来源，传统社会我们的规则是老规矩，天不变道义不变，人们在长期社会生活当中形成规矩，不能去偷鸡摸狗、不能干点坏事、说话要讲信用、借钱要还、不能杀人、不能伤人、不能去调戏姑娘等等。这个规则你一违反就要受到村里的处罚。可是现在，社会的规则从哪来？很大一部分来自立法机构。一个社会发展很快，就必须有一些新的规则。新产品出来了，但这个产品到底符合不符合健康要求，有没有危险等等，因此就要有新的规则。这都是原来社会当中没有的。立法机关有的时候不可能完全完成立法工作，行政机关也会制定规则。而且法官在司法过程当中也会解释法律，也就是创造法律，因为需要解释的案件一定是疑难案件，一定是法律好像有什么地方不太清楚，因此对法律的解释实际上创造一个新的规则。法律规则来源于不同立法机构，这需要统一、协调。并且这一问题并不是能够通过位阶来完全解决的。一般说法律要服从宪法，法规要服从法律。但事情没有这么简单，法官在处理问题的时候并不是这么说的，实际上他不能那么去做，在实际的司法过程当中法官一定要考虑也会考虑解决纠纷是不是合理，而不只是服从哪个更高的法律的问题。此外，还会出现在实际运用中的规则是不是统一的问题。在传统社会中，由于是小社区，解决纠纷的时候规则统一不统一的问题不是个大问题，因为这个事情可能就发生一次。某甲去把某乙家拔了根葱，偷了个萝卜，偷了人家红薯，这样一个事情处罚某甲以后，把某甲的手给剁了，今后村子里再也没人敢偷。因此它就是一次性的，谈不上规则统一的问题。但是如果在一个很大的社会当中，某甲在福州偷了萝卜，另外，某乙在北京偷了萝卜，结果某甲的

手被剁了，某乙只被打了一个耳光，某甲就会觉得这不公平。因为原来在传统社会我们只知道地方性的事件，现在由于通讯发达，我们就觉得对某甲处罚太重。因为这里可以比了。其实有些时候，如果都重也就都不重，都轻也就都不轻，所以伊斯兰人他们不会认为偷东西被剁手处罚太重了，因为所有人都这样。只有当他同美国人比，美国人可能只是罚款或者只是监禁15天，或者是半个月，或者是半年，这样的時候他会觉得处罚重。注意，我不是说处罚轻重任何时候都不重要。而是说，法律面前人人平等有时是比法律奖惩本身更重要的一个价值。这个问题好像很简单，大家都知道，但在中国这个政治、经济各地发展不平衡的大国，就会变成一个很现实的问题。各地方处罚就不太一样。你比如说在深圳可能贪污个50万不算个怎么个大贪污，甚至你只要退赔以后基本上形式给以很轻的处罚，甚至就党内警告一下开除公职算了，不给刑事处分。可是50万到一个贫困县里面，要是把县里的那个救济款贪污了50万，在这个贫穷的县可能就是非常大的一个问题，一个县的财政可能一年就是千把万，二十分之一被你贪污去了，当地老百姓一定要求严惩。大家要注意这个规则统一的问题。如何保证法律面前人人平等，这是很复杂的问题，不容易实现。如何在像中国这么广阔领域里面保持法律的多样性和统一性，承认规则和例外很重要。七、社会共识的分化对法律的影响 还有一个社会变迁引出的法律问题，我也超过时间了，再讲几分钟。就是社会共识的形成和破碎。传统的小社区当中大家有共识，不能偷鸡摸狗，不能拈花惹草。而现在，中国社会已经多样化后，大家对许多问题的看法不一样了。共识一旦没有了，惩罚就很难，法律

适用也就很难。20多年前，就不可能提出二奶继承的问题。当时道德观念是这样，因此这个法官判案子就很容易；但是今天就变成有点难了。20年前，一个18、9岁女大学生怀孕了，不用等到学校处分，自己就会回家，父母也感到丢人，还会责骂女儿，但今天被学校开除，就会打官司，而且父母也许也支持女儿打官司。我也不是说这里面谁一定对谁一定错；我只是说，社会一旦出现缺乏共识或共识破碎的时候，许多不是法律问题的就变成了法律问题，而且如何适用法律也会变成个问题。这也就是为什么今天的法律纠纷越来越多，而且法律适用越来越难的原因。而这一点与我上面讲的，任何时候，国家与社会在纠纷解决问题上都一定要有个边际的问题，也有关。不可能所有问题都进法院解决；在这个意义上，司法并不总是正义的最后一道防线。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