

## 二 一年中国法学研究回顾

### 法理学研究述评

陈欣新\* 刘翠霄

21世纪初始,法理学的研究虽整体上仍处于蓄势待发的休整状态,但也不乏颇有见地的可读之作。现综述如下:

#### 一、学科研究概况

##### (一)法理学基本范畴

##### 1. 关于权利与权力的关系

有学者提出,在公法的建构和运行过程中,为了实现平衡私权利与公权力关系的理想目标,总是有其价值偏向,这种偏向就是控权总是处于主导地位。所谓以控权为公法的基本价值取向,是指在私权利方面,以确认保障为主,在国家权力方面以规范和限制为主。在权力与权力的关系领域,不仅存在职权与职责谁为本位的问题,而且现代法律必须坚持以职责为本位,这是权利本位理论的内在应有之义。在权利与义务的法律关系中,同样存在着权利本位或义务本位的问题,而且,权利本位或义务本位是法的本位理论体系中的重要内容,是权利与权力分析中权利本位或义务本位不可替代的。

有学者认为,权力与权利关系的合法解决,是关系宪政兴衰的核心。是国家权力决定公民权利,还是公民权利决定国家权力,乃是有无宪政的根本区别,也是义务本位法与权利本位法的分水岭。按照义务本位法,是国家权力决定公民权利,公民权利要绝对服从国家权力,公民以服从国家权力为义务,国家权力是权利的来源。而按照权利本位法,国家权力源于人们的自然权利并服从和服务于公民权利。

也有学者主张,权力本源于权利和利益,并且离不开权力;无权力的权利只是一种利益;而无权利作为基础,权力也无由产生。权力是经社会确定的,但是权力存在异化和背离权利的腐败问题。随着人类的文明进步,权力逐渐向权利回归,逐渐社会化和国际化。

还有学者提出,监督权力的权利之发展大致可以分为几个阶段:第一阶段,个体完全匍匐

\* 中国社会科学院法学研究所助理研究员。

刘旺洪:《权利本位的理论逻辑——与童之伟教授商榷》,《中国法学》2001年第2期。

范进学:《法学核心范畴关系论——一种比较法的分析》,《法律科学》2001年第1期。

漆多俊:《论权力》,《法学研究》2001年第1期。

于国家权力之下,无所谓监督公权力之权利的存在;第二阶段,受某种国家权力直接影响的个体有利用国家的另一种权力予以抗衡的权利,是一种特定个体可介入其所涉之公权力关系的权利;第三阶段,与公权力具体行使无涉的个体可以依法对公权力的行使过程或结果予以质疑,并有程序上之保障,这种质疑仍需借助另一种国家权力的力量,但与第二阶段不同的是个体的广泛性与不特定性。

### 2. 关于法律秩序

有学者认为,法律秩序就是法律在调整社会关系时在人们间产生的动态化、条理化、规范化、模式化和权威化的社会生活方式。法律秩序形成于法律的调整,是法律调节下的社会关系,是社会关系的法定化或规范化,是人类本质状态的形式化、模式化和条理化。法律秩序是人类生存的一种方式。法律秩序的适时性、文化性、稳定性和公共性,是法律秩序正当性的基本标志,是法律秩序正当性的外在特征。它们均是由法律秩序的内在特征决定的。法律秩序的五个内在特征是:法律秩序的法律规范性,法律秩序的社会动态性,法律秩序的实践条理性,法律秩序的模式性,法律秩序的权威性。

### 3. 关于法律规范

有学者认为,对任意规范与强制规范的二分法需要做更深层次的检讨。在私法领域,表面上和任意规范对立的强制规范,实际上只是在强制性上有显著不同。就其功能而言,则并不管制人民的私法行为,而毋宁是提供一套自治的游戏规则,其唯一不变的精神就是公平。和同样具有强制性的公法规范相比,私法中的强制规范较少含有禁止和强制内涵。当技术性的私法规范和政策性的公法规范同时使用“不得”时,前者在绝大多数情况下,仅具有“权限”的规范内涵,是法律上有权无权或做不做得到的问题,完全没有禁止或强制一定行为的意思。而后者则是法律上允不允许做的问题。

还有学者主张,授权性规范的功能是选择(或任意),即权利总是在法律秩序的边线内和经纬网内。在一定意义上讲,设定禁止性规范就是为了防止人们的权利冲破禁区,从而变成“非权利”,导致失序。而设定义务性规范可进一步使权利的行使合理化、有序化,同时也防止人们行使权利的行为越网篡位,改变义务性规范的运行向位,造成法律秩序内部的紊乱。由此可见,禁止性规范是授权性规范的第一限界;义务性规范是授权性规范的第二限界。这两种限界,使法律秩序的网织得更结实。但是,这并非表明两者的目的是扼制授权性规范,相反,是为给授权性规范的任意性提供安全可靠的运行空间。授权性规范的基本特征就是任意,因此,如果说前两种规范具有规则性的话,授权性规范(尤其权利规范)在实践中具有放任性,行使权利、放弃权利、如何行使等完全取决于权利人的自由。授权性规范的这种放任性,其实质是规范的实践形态的不规则性或不确定性。正是授权规范(尤其权利)的这种实践不规则,才决定了权利与人们自由间的必然联系。

### 4. 关于法学方法论

有学者认为,法学的方法论与自然科学的方法论有很大的区别。法学属于人文学科,有许多的特殊性,即它的对象都是围绕着人的精神世界来进行的,由法律控制和调整的行为是一种意志行为。这就要求法学不能完全采用自然科学的方法。在法学研究中,自然科学的方

林莉红、龚雄艳:《一个神圣的字眼——监督权力的权利》,《法学评论》2001年第3期。  
谢晖:《论法律秩序》,《山东大学学报(哲学社会科学版)》2001年第4期。  
苏永钦:《私法自治中的国家强制》,《中外法学》2001年第1期。  
前引,谢晖文。

法虽然可以为法学所采用,且卓然有效,但科学不能成为取得所有知识的方法。法学的知识主要是关于人的行为的知识,要求主要用解释学来作方法论。解释学的特征表现为它是理解的艺术,它是部分与整体、主观与客观、前见与创见的不断循环,而不是以因果关系进行解释和理解。法学研究实际上是人自身在研究人,法律是人自己在不断约束和控制自己,这是法学的主要方法论取向。“这种方法的缺憾主要是不可避免地卷入理解个人的精神活动、情绪、愿望,由理解而出现的知识、意义、价值都不可能排除主观的成份。”从法律解释学的这一方法论取向来看,我们更难说法律解释学是科学理论。首先,对法律的理解不需要像自然科学那样,由个别推出一般规律。理解的方式要尊重个人特殊性和生活经验的具体性,它可以在个人经验上产生意义。法律的意义总是要在个案的具体境况中通过理解而发生。其次,研究法律的起点不应是规律、规则,而必须从部分或个案开始,然后逐步形成对法律、对法学的整体性认识。但对整体获得认识后,还得循环往复地从整体到部分,从部分到整体地反复进行。解释的循环性正是法学等人文社会学科致知的特征之一。

有学者将目前中国的法学研究大体分为三种类型:政法法学,诠释法学,社科法学。他认为,政法法学的基本问题是要把法学的一些有某种政治禁忌的题目从极左政治或僵化政治中解脱出来,使之能够成为一个公众的、学术的话题。其方法大致是用新的、在当代具有政治合法性的话语抨击一些极左的信条,呼吁法学界的共同努力。但是,这种话语注定了仍然强调政治话语的合法性。因此其规则基本是政治的,而不是技术的或狭义的学术的。它的规则和评价标准是“政治正确”。诠释法学的核心问题是构建一个概念系统基本完整、自治且能够有效传达和便于运用的法律规则体系。它是技术导向的,尽管它的实际功用并不仅限于技术。必须指出,它同样具有政治性,它是化解、颠覆极左政治、空头政治的有效武器。其主要方法是概念分析,规则分析。其基本规则是法律实务的实际接受、巨大的社会实践效用以及概念逻辑上的严谨自治。社科法学的核心问题则是试图发现法律或具体规则与社会生活诸多因素的相互影响和制约,它不大关心提法的正确与否,甚至不满足于是否当下有用,而是试图发现“背后”或“内在”的道理。它无需象政法法学那样以高调的或先验正确的政治态度强调法律。尽管同样强调法律是一个独立的学科。它与诠释法学也有所不同,诠释法学大致认为法律基本是一个自给自足的学科,而社科法学派认为法学和法律的发展必须不断从各个学科汲取新的知识。同样发现现实与规则的冲突,诠释法学派可能优先假定规则的优越,因此更多强调现实对于规则的服从;而社科法学派则力求不假定现实或规则任何之一具有天然的优先性,更多强调首先要理解现实与规则之间冲突的机理,在研究和发现现实的基础上作出调整规则或改变现实的判断。尽管都强调知识的重要性,诠释法学可能更重视对已有的法学知识的尊重,更多承继过去,而后者更强调对新的知识的发现和知识的发展,更多面向未来。

## (二)关于法律职业共同体

有学者认为,我们实际上没有把法律作为一种知识而是作为统治策略看待,法学者习惯

陈金钊:《哲学解释学与法律解释学——真理与方法对法学的启示》,《现代法学》2001年第1期。  
苏力:《也许正在发生——中国当代法学发展的一个概览》,《比较法研究》2001年第3期。

于把自己定位于法律知识的传播者,而没有把法律作为知识的或研究的对象。法律家不愿意成为知识分子,他们的知识结构则越来越单一,法律家则往往被视为缺乏“人情味”的官僚群体,学者们则以注释现行法律为责。知识分子法律家的第一品质是捍卫社会良知,法律知识分子的第二品质则是把法律作为思考的对象而非前提。客观上使教授能够以知识分子的批判精神和独立人格阐释法律和法律制度,进而培养法律职业者的职业能力和职业伦理。<sup>⑩</sup>法律家同时也应该努力成为知识分子。拒绝理论、拒绝知识、拒绝知识分子,也就是拒绝良知。良知的泯灭,意味着法律职业群体的堕落。

也有学者指出,形成一个以法官为中心的“职业法律家集团”,并将之提升到至高的地位,通过资格任用制把掌握法律知识和技能的程度作为录用官吏标准,使法的精神渗透到传统的家产式科层制中使之现代化,是西方国家的成功经验所在。职业法律家集团的形成,并不是因为组成这个集团的成员出身的一致,而是由于他们知识背景、训练方法以及职业利益的一致。司法的特征决定了只有职业法律家的学识化、精英化与专门化,才能在纷繁多变的现代社会里实现司法独立与公正。而法律职业在法治中的关键作用与人的能动性特征,则使职业法律家在法治秩序建构中起到一种决定性的作用,这恰是职业法律家显出与贵要这一趋势在现代社会的本质意义所在。<sup>⑪</sup>

### (三) 关于司法改革

有学者指出,以相对合理主义的态度看待司法改革,存在两个问题。其一,合理主义隐含一种宽容司法操作中“适度违法”想象的主张,在我国司法实践中大量存在远远超出“适度”范围的违法操作的情况下,有可能被用作为司法中的各种不规范行为辩护的理论依据。其二,相对合理主义给予不完全理性的实践者“低调哲学”的理论武器,是否会成为保护落后甚至辩护腐败的理论避风港,值得忧虑。<sup>⑫</sup>

还有学者强调,审判监督关系之所以可以独立存在,也在于下级法院的人事、财政、物资不受制于上级法院,因而可以在不受行政旨意的约束下自主依法裁判案件。如果法院系统都可以按照一般行政机构的改革模式来进行改革,法院就不再成其为法院,即独立公正的裁判机构,而成为贯彻国家政策、指令行政的机构了。这种改革的结果必将极大程度上助长上下级法院之间已经长期存在的案件请示汇报制度。从中国法院管理体制的现代化,司法内部独立的国际趋势和现代司法独立的法治理念,以及根本上全面保证法院审判独立的角度的上看,“垂直领导”这种改革方案,已经把我国法院体制改革引入了重大误区。<sup>⑬</sup>

也有学者针对目前法庭审判进行电视直播的改革措施指出,电视直播虽然有利于监督司法活动,防止司法腐败,但也存在严重干扰正常的审判活动的问题。法官、检察官、律师及当事人面对巨大的舆论和心理压力,其正常的思维活动及表达能力也会受到一定程度的影响,证人出庭难的问题将更加突出。<sup>⑭</sup>

### (四) 关于法治

有学者认为,法治的存在、发展与运行总是在一既定的公共话语或者语言环境之中展开,同时它也需要并产生着支持它自身的存在、发展与运作的公共话语体系。公共话语的形成以人的私人生活与公共生活领域的相对独立与区分为前提,以社会活动主体广泛的对话与交往

<sup>⑩</sup> 亚杰:《法律家与知识分子的良知》,《法律科学》2001年第3期。

<sup>⑪</sup> 李学尧:《法治与艺术:论职业法律家显贵的理由》,《法学》2001年第1期。

<sup>⑫</sup> 翁晓斌:《追求司法改革理想目标的现实思路》,《法学》2001年第2期。

<sup>⑬</sup> 廖中洪:《“垂直领导”:法院体制改革的重大误区》,《现代法学》2001年第1期。

<sup>⑭</sup> 唐炳洪、王艳:《论审判公开与庭审直播》,《当代法学》2001年第6期。

为条件。中国法治实践所面对的社会公共话语所展示的社会心态、情感、价值与思维逻辑,在本质上是与法治的目的追求与意义旨趣相悖的。中国法治建设旨在确立法的至上性与权威性观念,培养并巩固社会活动主体对法的真诚的制度性信任与信仰,则必须建构和培育充分表达法治的旨趣与原则的公共话语。在尽可能地消解与法治的旨趣和原则相矛盾的公共话语对法治的观念对抗与消极影响、改造这些与法治的旨趣和原则相悖的公共话语的基础上,建构和培育充分表达法治的旨趣与原则的公共话语,从而使广泛的社会活动主体在其思想和行动中逐步接受法治的公共话语及其所体现的观念、意识、精神和思维逻辑,确立法的至上性与权威性观念,培养并巩固其对法的真诚的制度性信任与信仰,乃是中国进行社会主义法治建设所无法回避、也不容忽视的关键问题之一。<sup>⑮</sup>

还有学者指出,中国现行法的价值表现出多质性、冲突性和失衡性。在国家与社会的关系上,重国家价值,轻社会价值。在集中与民主的关系上,重集中价值,轻民主价值。在义务与权利的关系上,重义务价值,轻权利价值。在实体法与程序法的关系上,重实体法价值,轻程序法价值。在自由与秩序的关系上,重秩序价值,轻自由价值。在公平与效益的关系上,重效益价值,轻公平价值。中国社会主义法治之法的定位座标就应该是价值中立。强调法律价值的中立首先应该是宪法价值的中立。法治之法的价值是一个建立在价值中立的座标基础上的价值体系,这个价值体系应该是以正义为轴心、以秩序为外化、以平等为基础、以利益为归属的法治价值体系,并通过如下几个方面法律制度的建立和完善得以实现:构造权力制约型政府体制,促进权力资源的优化组合,实现权力配置的平等竞争。建立权力配置与经济市场相互分离的两套管理体制,实行经济市场运行的独立性和自主性,杜绝权力在经济市场中的参与,完善国家的经济管理职能。明确国家权力的范围,规范国家权力的运行。实行违宪审查的司法化,完善宪法监督体制。<sup>⑯</sup>

有学者认为,中国传统的“性善论”导致了中国人长期以来崇拜权力而忽视了对最高权力进行制度化、法制化的约束,极不利于以控制国家公共权力运行、防止国家公共权力滥用的现代公法的建立或健全,使以防止国家公共权力滥用为宗旨的现代公法无以健全;性善论导致中国人重视内心体验和直觉感悟,性善论导致了中国深入开掘内心资源的内倾文化的产生,法官的审判活动不是依照法定程序层层展开,而是依照法官的神秘的内心体验和直觉感悟而进行,从而不利于现代程序法、证据法的建立与健全,性善论把人视为义务人而非权利人,获取利益的途径不是争取权利,而是期求人人无私奉献,“人人为我,我为人人”。这样的价值观念着力培育的是圣人,是超功利的崇高的道德精神。虽有合理的一面,但强调过度,则会与权利神圣、为权利而斗争的现代民法精神相抵触,进而压抑了现代民法在中国的培育。<sup>⑰</sup>

还有学者将法家的“任法而治”简要概括为“治民”;将亚里士多德的“法律的统治”简要概括为“治事”;将资本主义国家所实行的“法治原则”、“法治国家”、“法治政府”等简要概括为“治权”。强调法家的“任法而治”主张确实提出了一些进步的观点,如法律要统一、“法不阿贵”、立法“不法古、不循今”、“信赏必罚”、“任法去私”等等,都有一定的合理性。但同时亦有很大的历史局限性,这主要包括:高度集权的专制政体。法律是一种规范性的社会控制,在内在属性上是与权力的专横和恣意相对立的。虽然法家要求君主“任法去私”,但由于君主的权力高度集中而没有制度上的制约,法律必然会首先遭到君主权力的专横和恣意的破坏,“专任

<sup>⑮</sup> 姚建宗:《法治与公共话语》,《吉林大学社会科学学报》2001年第1期。

<sup>⑯</sup> 汪进元:《法治的价值选择与价值的法制建构》,《法商研究》2001年第1期。

<sup>⑰</sup> 郝铁川:《“性善论”对中国法治的若干消极影响》,《法学评论》2001年第2期。

刑罚”、“以刑去刑”、忽视道德教化。刑律烦苛严酷、漠视民权。<sup>⑮</sup>

有学者指出,综观近代以来,以英国为首的西方国家逐渐确立了法律至上,并以法制约政党、政府权力而保障个人自由权利的法治传统,就不难发现,这一传统的形成与西方古代社会以人为中心的人文思想和文艺复兴以来所确立的以自由、平等、人权、博爱和民主为内容的人文主义具有一种内在的、必然的联系。理性主义对西方法治主义的影响最为深远,不仅表现在理性是西方法治的固有内涵,而且还表现在理性追求是西方法治始终如一的关怀。然而,支持法治形成的理性精神却不是偶然自生的,它是西方人文精神在长期积淀中派生的精神分支,是人文精神的核心内容之一。没有人们对法的普遍尊重和信仰,再完善的法治原则和制度都将无法支撑法治大厦。然而,对法的信仰并不是人的一种先天存在,它的后天形成也不具有自发性这一特征,而必须经历对法治的认知——信赖——笃信的心理过程。在这一过程中,人文精神在很大程度上起到催化和支撑作用。自由主义是西方法治的基石。而以自由主义为思想底蕴的西方法治又总是把人置于中心位置,以个人的自由和社会的平等作为崇高的价值目标。然而,法治的这一理想目标是与西方人文精神极力张杨的自由、平等和人权思想是完全一致的。如果仔细考察西方法治这一价值目标的确立过程和西方人文精神的形成过程,我们就会发现西方法治的价值取向——个人的自由和社会的公平,与西方人文精神的基本内容——自由、平等和人权的契合不是偶然,而是必然。它表明了西方以自由、平等为基本价值的法治传统的形成有赖于西方人文精神的支持。<sup>⑯</sup>

#### (五) 法律与道德的关系

有学者指出,中国传统即“出礼则入刑”,道德与法律不分、重道德而轻法律、道德和法律统统由国家和政府包揽规制,轻视道德的学术价值构建和宗教组织规制及法律在实现社会正义方面的重要功效。人们在冀望于以吸收西方文化解救中国之危难境遇的同时,开始对中国传统文化产生质疑,并且开展对中国传统文化的兴师问罪,其最终结果便是“守旧”者及“中体西用”论者被击败,传统伦理道德的解劝功能亦遭遇否定。我们不难发现,中国的每一次文化启蒙运动,均以制造文化断层而告终。在这场角斗中,政府起初是作为传统文化的守护神而存在的,并且力争取西人之长补己之短,以建构中西合璧的法律制度及中体西用的伦理基础,实现社会近代化的合理整合;但随着政权的易手和政府的更迭,其所维护的传统伦理价值及文化因素也随同其命运。在西方,道德危机抑或信仰危机是作为一种社会异化态势而存在的,其主流文化并未参与到这种危机的鼓噪当中去,相反,西方科学主义、人文主义及其法治理念等主流文化将对人和社会的关怀始终置于首位,而其作为制度存在的固定化的法治模式亦配合社会主流文化实现矫正偏枯的社会正义、不断改良社会公序的功能,以防可能发生或已经发生的道德危机波及整个社会领域、造成整个社会行为的失范。资本主义世界在文化和制度振兴、经济和社会繁荣的同时,一方面将道德的管辖权交付人文科学和宗教界,以资建立其永恒持久的精神领地;另一方面则立宪民主的制度建设将法律的管辖权交付国家、政府和法院,以资实现社会持续稳定和社会良好正义。<sup>⑰</sup>

有学者认为,“以德治国”思想的提出,也不可能意味着要回到传统德治模式中去。德治模式是以伦理道德为主要统治手段的社会管理模式。这种模式是以血缘关系为纽带的宗法制度的必然产物。在今天社会主义市场经济建设中,一方面没有宗法制度的社会必然基础,

<sup>⑮</sup> 冉井富:《三种法治观辨析》,《现代法学》2001年第1期。

<sup>⑯</sup> 汪太贤:《人文精神与西方法治传统》,《政法论坛》2001年第3期。

<sup>⑰</sup> 郭成伟、马志刚:《近代中西文化启蒙及法制建设之比较》,《比较法研究》2001年第2期。

另一方面德治思想的提出并不意味着要构成一种国家治理模式。在强调依法治国的同时,充分发挥道德调控治理社会的作用,和使伦理道德手段作为主要国家治理模式是完全不同的。我们可以吸收传统社会优良的德治思想和道德调控方面好的经验,但决不是要恢复到传统的德治模式上去。<sup>⑲</sup>

也有学者指出,作为指导、规范人们相互关系的社会价值规范,道德贯穿于人类社会的发展进程之中。尽管道德与法律存在诸多差异,如德国学者拉德布鲁赫用法律的外在性与道德的内在性来界定两者区别,但也有相似与相逐之处。从历史上看,任何法律制度都会受到一定社会集团道德观念的深刻影响,哈特提出、论证的最低限度之自然法内容就包含关注一定方面的道德标准,如有限的利他主义导向。在传统社会中,这种道德规范,同样在特定情况下成为裁判依据。这既可能是直接以道德来衡量评判一个人的行为并作出处理,也可能是用道德来影响法律的建构。就世界来看,以道德规范作为裁判依据在宗教色彩相对较多的国家更为常见。<sup>⑳</sup>

#### (六)法与人权

有学者认为,加入“两个人权公约”使我国面临着人权宪政体制与“两个人权公约”的整合问题。在人权宪政理念上,需要对关于人权的传统主流观念重新审视;在人权宪政规范上,以加入“两个人权公约”为契机,修正我国宪法公民基本权利的某些条款,重构我国的人权宪政体制;在人权宪政的运作上,对两个人权公约采取保留、克减措施,发挥我国宪法解释机制的功能,同时,以宪法的司法化为前提,以“两个人权公约”作为我国司法审判的直接依据并建立宪法判例制度。可以预见,21世纪经济全球化趋势必将促进我国宪政人权制度国际化的进一步发展。<sup>㉑</sup>

## 二、简评

2001年度法理学的研究总体上呈现稳定调整的局面。许多“实力型”的学者本年度的成果不多。这与当前的外部环境的状况不无关系。在学界就“法理学应多些知识、专业的成分,少些意识形态的色彩”达成共识的情况下,法理学研究的转型已是大势所趋。许多学者以其他学科的方法论结合法学研究的常用方法,对法理学的基本问题进行了多角度的探索,取得了一定的成果。但在如何看待跨学科的“理论、概念移植”及“方法论借用”的“适用范围”问题上,学者的分歧较大,相关的学术成果也较少,客观上不利于法理学研究的进一步深入。需要强调的是,目前中国法理学的发展速度无法适应法治发展和社会进步的需要。很多部门法理论及法律实务中出现的问题和困惑,其根源在法理学研究的缺陷。法理学研究应在关注“纯粹学术问题”的同时,更多关注客观现实中存在和发生的法律困惑背后的法理问题,及时给出理论解释或研究方法的建议。

近年来,一些学者针对学界流行的,以革命导师经典话语或西方近现代法学理论机械套用于中国法治建设现实,并以之为批评和指导制度设计及法律实践依据的教条主义做法(两者看似对立,其实同出一辙,犹如硬币的两面),提出了加强“法学研究本土化”(并非法治本土化)进程的呼吁,并采取了相应的行动。他们在大量实际调查研究的基础上,对中国法制建设过程中存在的,轻视主权者和权利主体——普通民众的法律意识和法律主张的现实合理性的

<sup>⑲</sup> 葛晨虹:《关于“以德治国”的思考》,《南京社会科学》2001年第6期。

<sup>⑳</sup> 左卫民:《裁判依据:传统型与现代型司法之比较》,《比较法研究》2001年第3期。

<sup>㉑</sup> 韩大元、王世涛:《“两个人权公约”与我国人权宪政体制的整合》,《法律科学》2001年第2期。

现象,提出尖锐的质疑。同时,强调应重视和发挥基层司法制度和民间法律工作者在法治进程中的作用(如,苏力:《乡土社会中的法律人》,《法制与社会发展》2001年第2期)。这无疑提出了中国法治建设的一个重要课题。值得注意的是,在法学研究中进行实证分析及应用经验主义方法论的关键在于准确地了解、揭示和描述社会现实。在国人普遍存在“说一套、做一套、想一套”的“三面派”甚至“多面派”的行为方式的情况下,表面现象所反映的现存并不一定就是客观存在的现实,而据此提出的某些问题很可能是伪问题。错误信息所导致的伪问题与信息缺失所造成的重复研究,一直是中国法学研究的两大祸害,消耗了原本不多的人力和智力及财力资源。学界同仁应尽量避免因此而耗费宝贵的精力甚至生命。

在今后的法理学研究中,现实社会发展所带来的新问题或老问题的新表象,诸如死刑犯及其妻子的生育权问题,高科技发展与体现传统道德观念的法律制度之间的冲突及协调问题,中国加入WTO和人权两公约以后人权保护的国际化问题,以及法学研究中多种方法论融会应用问题等,将有可能成为学界关注的焦点。与此同时,部门法的发展和其他学科成果的渗透,将迫使中国现存法理学的体系和内容作出重大改变甚至结构重建,以适应与时俱进的要求。

## 宪法学研究述评

张少瑜 莫纪宏\*

2001年度,我国宪法学出现了近年来少有的活跃局面。基础理论方面推出了一批高质量的学术论著,研究内容具有创新精神;另一方面,以最高人民法院“8月13日批复”为契机,学界对宪法在司法中的适用等问题展开了深入的探讨,实证研究的气氛越来越浓,注重回应司法实践的要求。

### 一、基础理论方面

2001年是我国宪法学基础理论有所发展的一年。在该年度,一些中青年学者推出了多年来精心研究的成果,如徐秀义、韩大元主编:《现代宪法学基本原理》、林来梵著:《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》、莫纪宏著:《现代宪法的逻辑基础》以及童之伟:《法权与宪政》等著作。一些学者还在期刊上撰文对宪法学的基础理论问题进行了探讨。中国法学会宪法学研究会2001年也将宪法学的理论创新作为年会的主题之一,引起了全国宪法学者的广泛关注和热情参与。

#### (一) 学科体系

有学者以专著对宪法的一些最基本的范畴作了多角度的探讨和研究,深化了宪法学的学科体系。该著作分为上下两编,上编是“宪法学基础概念”,包括宪法概念、宪法制定权、立宪

\* 中国社会科学院法学研究所研究员。  
参见陆永胜、朱中一、莫纪宏:《中国宪法学未来研究之走向》,《法制日报》2001年12月9日。