

# 二 年中国法学研究回顾

## 法理学研究述评

刘翠霄

### 本学科研究概况

#### 一、关于法哲学、法理学的含义问题

有学者认为,法哲学与法理学可以作为等价值概念使用。因为,普通法系国家的学者常使用法理学一词,而欧洲大陆法系国家的学者常使用法哲学一词,我国大多数学者也认为两者之间没有严格区别。在这一前提下,可以把法哲学的属性归纳为五个方面:总体性,即法哲学是从整体角度来研究法律世界;求实性,即法哲学要面向现实,从现实出发提出和解决法哲学问题;批判性,即法哲学对法律实践要进行反思和批判;分析性,即分析是法哲学的内在要求和重要功能;思想性,即法哲学追求的是法律的抽象思想。<sup>[1]</sup>

有学者认为,可以通过区分解释法律和法律解释这两个不同概念来理解法哲学和法理学之间的关系。解释法律是要探求法律这一社会现象的根本性问题,是需要用哲学方法来说明法律的过程,因而是一个哲学命题;法律解释所针对的是法律的具体规定或与法律相关的具体事实,因而是一个法学命题。<sup>[2]</sup>

有学者认为,法理学和法哲学有广狭二义。广义的法哲学指法的一般理论,包括法律的一般理论和法的形而上学,狭义的法哲学仅指后者。广义法理学也指法的一般理论,与广义的法哲学基本相同,狭义法理学仅指法律的一般理论。因此,法理学和法哲学的区别仅存在于其狭义上,主要是:1. 学科的性质不同。法理学属于法学,法哲学是法理学和哲学的交叉学科;2. 研究的主体不同。从事法理学研究的只是法学家,而从事法哲学研究的主要是哲学家;3. 研究的对象不同。法理学研究的主要是实在法,而法哲学研究的主要是应然法;4. 研究的主要方法不同。法理学研究主要使用经验主义方法,而法哲学研究主要使用理性主义的方法;5. 研究的主要目的不同。法理学研究是为了指导一国的法制建设,而法哲学要探索的是法的本质、发展规律和发展趋势,从而给法理学研究以理论指导。在理论体系的建构上,法理学的理论框架可参照西方分析法学家所编写的“法理学”著作设计,法哲学体系可以按哲学体系设

[1] 黄文艺:《法哲学解说》,《法学研究》2000年第5期。

[2] 谢晖:《解释法律与法律解释》,《法学研究》2000年第5期。

计。<sup>[3]</sup>

有学者认为,法理学名称的演变,大致经历了部门哲学、法哲学、法律哲学、法理学和哲学的法理学这样几个阶段。在第一和第二阶段,对法律一般问题研究的学者主要是哲学家,在后几个阶段,研究主体才是法学家。法理学研究对象是最一般最基本的法问题,可以概括为三类,即描述性问题、规范性问题和既不是描述性问题也不是规范性问题的哲学问题。前两者为工具性问题,后者为价值性问题。理论法理学主要是研究价值性的哲学问题,其中最重要的是“法律是什么的问题”。<sup>[4]</sup>

## 二、关于法学中心范畴问题

有学者指出,在我国 80 年代末期出现的以权利为法学核心范畴的主张,促进了法治必然性的讨论,而在技术层面,除了对法治的目的、原则有所帮助外,不起太大的作用。近年有学者主张以社会权利概念为核心建构法学体系,然而不仅社会权利的概念不能成立,而且社会权利所建构的法学也不能解决法治国家所需要的技术问题。法律规则应是法学的核心概念,因为规则在法律中扮演着重要的角色:它是法律的主要构成要素、它是法律秩序的构建要素、法律规则对法律思维方式产生重要影响、法律规则与法制的五个环节存在着密切联系、法律是逻辑自足的规则体系。西方几个重要法学流派的形成都与对法律规则的看法有关:自然法学只研究法学的理念和价值,因而它不是真正的法学,分析法学认为规则是法律的主要成分,而法律社会学虽然否定或怀疑法律规则存在确定性,但是法律规则仍然是它的研究重点,因而也是真正的法学。<sup>[5]</sup>

## 三、关于法学研究方法问题

有学者认为,在中国,法学研究尚未全面引入实证分析的研究方法。法学之所以要应用实证分析的研究方法,是因为:立法、司法、守法活动实际上是一种价值实践,法律的价值实践离不开科学认识的指导,而实证分析是获得科学认识的重要方法之一;法律影响的过程中充满着双向互动,而法律运作的实际效果需要运用实证分析的方法加以阐述和论证;在法的价值取向、制度规范和经验事实三种存在形态中,对经验事实的研究离不开实证分析的办法;法律的经验信息是质和量的统一,而实证分析是处理此类信息的工具。<sup>[6]</sup>

有学者认为,当代中国的法律制度研究必须在一定程度上超越法条主义,这并不是学术本身的逻辑要求,而是学术所附着的生活世界使然。语境论可以成为进行法律制度的创新和改革以及理解外国的法律制度的一种新的进路和方法。这一进路坚持以法律制度和规则为中心关注,力求语境化地理解任何一种相对长期存在的法律制度、规则的历史正当性和合理性。它反对以抽象的、所谓代表永恒价值的词语来评价法律制度和规则,而是注重特定社会中人的生物秉性以及生产力发展水平的限制,把法律制度和规则看作在诸多相对稳定制约条件下对于常规社会问题作出的一种比较经济且常规化的回应。在这个意义上,语境论与历史唯物主义的方法论是一致的;它有哲学的因素,强调细致、具体地考察和发现社会生产方式以及受社会生产方式制约的社会生活各个方面对法律制度的塑造和制约。语境论不否认其他法律的研究

[3] 严存生:《法理学、法哲学关系辨析》,《法律科学》2000年第5期。

[4] 曹义孙:《论哲学化的法理学》,《政法论坛》2000年第3期。

[5] 陈金钊:《认真地对待规则》,《法学研究》2000年第6期。

[6] 白建军:《论法律实证分析》,《中国法学》2000年第4期。

方法,因为语境论作为法学研究方法也有它一定的局限性。〔7〕

#### 四、关于人权问题

有学者指出,人权的道德应然性与制度应然性并不总是一致的。法律所保障的人权是人权应然性与实然性的结合,因而法律上的人权是现实的人权。法律所确立的人权观具有主导道德人权观的作用,但不能代替道德人权观。法律上的人权不同于道德上的人权的根本点在于,公民可以对法律上所确认的人权寻求法律保护,而且法律必须为人权保护提供可能的手段。诉权成为现代法治社会中第一制度性人权,如果不允许公民将自己拥有人权的真实状况表述出来以获得必要的法律保障,那么任何性质的人权都不具有实质意义。由于行政权力容易疏忽对宪法所保障的人权的保护,因此依据宪法对宪法和法律所规定的人权加以保护就成为法律上人权保护的最有效手段。只有在宪法诉讼制度下,法律上的人权应然性才能彻底地向实然性转化。人权司法救济的最终性,主要是扩展诉权的内涵和外延,使诉权与国家权力在宪法面前具有平等的法律地位。〔8〕

#### 五、关于法治和法治现代化问题

有学者认为,处于全球化进程中的当代中国法制现代化,是在特定的时间和空间条件下所发生的法制创新运动,具有独特的历史传统和社会条件。绝对夸大西方法律文化对中国法制现代化进程的影响,而忽视或否认中国社会条件自身变化的主导性作用,是有失偏颇的,把中国社会变革和法治现代化运动归之于外域法律文化激荡的产物,是西方中心主义的历史独断论。在全球化时代的挑战面前,中国应保持自身独特的个性。文化全球化,有可能建立一个更具国际性的有关法律改革的知识体系,在这种情况下,捍卫民族国家的法律主权,谨防全球化名义下的新的法律殖民主义,防止和避免法律发展的边缘化趋势和依附性,走出一条符合本国国情和条件的自主性法治现代化道路,对于中国来说,仍然是一项艰巨的历史任务。在中国,日益成长的现代市民社会能为现代法制的形成提供可靠的社会基础,但仅此还不能满足现代法制成长的需要,拥有强有力的国家能力和现代政府系统,乃是推动中国法治现代化进程的题中应有之义。在当代中国法治现代化进程中,在移植国际规则和外域法律制度时要充分考虑本国国情,还要将整个国际规则与弘扬固有传统结合起来,充分注意传统的价值意义。总之,中国要走的是一条既与全球法律文明大道相通又具有浓郁的民族法律文化特色的中国法治现代化道路。〔9〕

有学者指出,西方学者例如韦伯认为理性法律具有“工具理性”和“价值理性”两种理想类型,这种理论与中国人对法律的思考方式十分契合,即对法律作了“价值层面”与“制度层面”的区分,认为一种完善的制度背后,必然需要某种特定的价值观念来支撑。由于中国缺乏宗教传统,因而现代化法治得不到价值理念支撑,因此即使将西方法律制度移植过来,也无法开花结果,中国的现代化法治必须从本土资源中创造。也就是说,中国法治现代化的前提条件是人们在价值观念上的现代化。要使一种符合人类理性和良知的法律在它的“非出生地”扎下根来,超前立法便是必要的,其成功性取决于它对人类普遍性知识的涵盖和兼容上。现代法律的价值观念,能够使人们坚定地维护法律规则的运作,而现代法律规则的强行实施,又可以革新人

〔7〕 苏力:《语境论——一种法律制度研究的进路和方法》,《中外法学》2000年第1期。

〔8〕 莫纪宏:《论人权的司法救济》,《法商研究》2000年第5期。

〔9〕 公丕祥:《全球化与中国法治现代化》,《法学研究》2000年第6期。

们的价值观念。因此,中国法治现代化的实现,取决于工具理性和价值理性在文化整体意义上的关联性构建。中国法治现代化还取决于个人自由与政府权力之间的张力对社会空间的互动性拓展。西方现代意义上的法治的形成与特定的社会结构有关,于此相关的有影响的事件,是西方的市民社会作为一个独立社会机体的存在。而中国法治现代化的实现,尚需为个人以及以保护个人自由权益为目的而组成的群体的活动提供更大的社会空间,在个人自由与政府权力之间建立良好的互动关系,只有这样才能实现现代国家的法治。<sup>[10]</sup>

#### 六、关于司法改革问题

有人指出,中国司法改革是为了解决中国司法所面临的深层现实矛盾,这些矛盾主要是:传统的社会治理方式和社会治理结构发生了重要变化,社会治理过程对司法仰赖空前加重,而司法难以承载这样的社会使命;中国社会资源配置及经济运行方式已发生重要变化,市场经济的快速形成与发展要求司法创立并维护与之相应的经济秩序,而司法对此显示出一定的滞后性;在社会变革过程中,社会各阶层以及各个不同的社会主体之间的利益矛盾和冲突错综复杂,而这些矛盾和冲突直接或间接交给司法机关,司法机关对矛盾诸方面的顾及,使其在处理这些矛盾和冲突过程中处于尴尬地位;中国司法的内生资源严重不足,同时又缺乏足够又稳定的外部资源供给保障,司法机构自治机制不能形成,由此不可避免地导致司法行为的偏差。然而,当前中国司法改革进程缓慢,这主要是由于中国特定社会环境派生出一些对司法改革推进产生实际影响的制约因素,主要有:1. 现行法律的规制。司法改革的 principle 是“在现行法律范围内进行改革”,然而,完全以现行法律为基础,司法改革的全面、深层次推进是不可想象的;2. 意识形态的影响。中国的法律不仅是主流意识形态的反映,而且也承载着社会各阶层的某种社会理想,司法改革会或多或少触及人们既往形成的理念,而对这种理念的信守又会影响到改革的进程;3. 权力调整中的位势失衡。司法改革的趋向是适当扩大司法机构的权力,然而司法机构所对应的权力主体在政治架构中处于强势地位,而司法机关在权力调整中处于弱势,由此形成位势失衡;4. 改革成本匮乏。司法改革必须以相应的物质条件为支撑,然而由于受财政实力的限制,司法改革受到约束。<sup>[11]</sup>

在司法改革的话题中,检察机关对于民事行政诉讼的检察监督也是学界及实际部门讨论的热门问题之一,尤其是法院的一些法官和检察院的一些检察官对此持完全相反的态度。法院的同志认为,审判独立是一项为现代法治国家普遍承认和确立的基本法律准则,排除外在的监督和干预是其独立的内在要求。而现行检察监督制度在一定程度上损害了法院对审判权的独立行使,而且在外国民事、行政诉讼中没有类似的监督制度。<sup>[12]</sup>而检察院的同志认为,外国检察机关对民事和行政诉讼的监督权有四种模式,即苏俄模式、法国模式、德日模式、英美模式,我国在建国初期确立的民事行政诉讼检察监督的抗诉制度借鉴于苏联的制度,它虽然有许多不完善之处,但是它的确发挥了它维护社会公正、保障公民合法权益的功能。理论和实践都证明,对审判活动进行监督,并不损害审判独立,因为权力的行使需要监督,对权力行使进行监督也是国家权力制衡的原因之所在。检察监督坚持违法必纠,直接体现了公平正义的法治理念。<sup>[13]</sup>

[10] 任强:《现代理论视域中的中国法治》,《中外法学》2000年第5期。

[11] 顾培东:《中国司法改革的宏观思考》,《法学研究》2000年第3期。

[12] 黄松有:《检察监督与司法独立》,《法学研究》2000年第4期。

[13] 杨立新:《论民事行政诉讼检察监督与司法公正》,《法学研究》2000年第4期。

有学者指出,在现代司法制度下,诉权是独立于司法权的一种人权,并且具有高于司法权的法律效力。如果存在着不能成为诉的对象的领域,法律就缺少终极意义上的权威性。所以,现代司法允许一切普通司法制度解决不了的法律问题都应当在宪法审判制度中找到最终的法律救济途径。目前,在我国三大普通司法审判制度下,存在着大量无法由它们加以解决的案件。结果在实践中出现了国家权力机关以普通司法手段监督审判机关的情况。由于目前国家权力机关对审判活动的监督没有从宪法审查的角度入手,因而严重地影响了司法独立。对此,我们应参照国外宪法审查制度的特点,在我国建立宪法审查制度,使人大对人民法院所进行的个案监督从全面介入向合法性和合宪性监督过度。<sup>[14]</sup>

### 七、革命导师的法律思想

有学者在对毛泽东与邓小平的治国方略与法制思想进行比较以后指出,毛泽东的法律观仅停留在工具论的水平上,法在有用时作为参考,在束缚自己时就弃之不用。毛泽东的人治与中国古代人治的不同之处在于,领袖的绝对权威与群众运动的大民主相结合,实质上是人治底下的群治或群众形式的人治,这与他一贯倡导的群众路线是相互关联的,有某些民主因素。然而,这种人治加群治的治国方略,收效甚微,负面作用为主,乃至某种程度上造成国无宁日,最后导致文化大革命的一场浩劫。邓小平在法价值观上,改变了毛泽东时代阶级斗争的法律观和单纯以意识形态和道德教条来判定国家决策与人们行为是非得失的标准。提出了以是否有利于发展社会生产力和提高人民生活水平为最终评价标准的现实主义的法功利观。他还提出了以法制反对特权、克服权力过分集中的现象,摆正权与法、党权与政权的关系,树立正确的法权力观。这些都为他使人治过渡到法治开辟了道路。然而由于一些主客观原因,邓小平也未能完全摆脱人治的痕迹,这就给他的后继者留下了继续革故鼎新的空间。<sup>[15]</sup>

有学者指出,马克思的法律观是历史唯物主义思想体系的一个重要组成部分。他一生致力于对现实社会、特别是资本主义社会的批判。他的批判武器是从黑格尔那里继承来的辩证法思想。马克思关于法律制度的观点是从他的社会理论中引申出来的。他在《黑格尔法哲学批判》一书中,把被黑格尔颠倒了关于市民社会与国家之间关系再颠倒了过来,确立了历史唯物主义法律观,主要有:法律是社会上层建筑的组成部分,是由一定社会物质生活条件决定的;法律对经济和其他社会因素具有积极的反作用。但是,《黑格尔法哲学批判》仍然是马克思社会理论的组成部分,因而,把马克思作为社会理论家比作为法学家更为贴切。<sup>[16]</sup>

## 简 评

以上综述所涉及到的论文及其观点远不能涵盖去年一年学者们讨论的全部情况,尽管如此,我们仍能从中看出法理学界讨论的基本情况。在纯法理学研究方面,学者们主要对该领域最基本的、近几年讨论比较薄弱的问题进行了讨论。法哲学与法理学是我们的学科确立与发展的前提,它们到底是一码事还是两码事,或者说这两个概念是等价值的还是有各自含义的,如果是同义的,那么在这一概念下的理论框架应怎样设计;如果它们是不同的,那么它们各自的理论框架又应怎样设计。这些基本问题的解决,不仅关涉到一个学科的研究领域,而且关

[14] 李小明:《论司法改革的理论基础和方向》,《法律科学》2000年第5期。

[15] 郭道晖:《毛泽东邓小平治国方略与法制思想比较研究》,《法学研究》2000年第2期。

[16] 葛洪义:《法律与社会理论的批判意识》,《法律科学》2000年第2期。

涉到高校法学学科设置。这个问题不解决,对于法哲学、法理学学科内容的系统和全面发展,对于向学生系统传授结构科学合理的法哲学、法理学知识,都会造成不同程度的影响。去年发表的几篇论文,明显呈现出两种完全不同的观点,多数学者倾向于法哲学与法理学是两个不同概念,认为前者研究法学的本体问题,后者研究法律的应用问题,并对此进行了深入的论证。由于存在着分歧意见,所以学界还会继续讨论下去。法学的中心范畴问题是法学界较为关注、近 20 年来一直在探讨的问题,到目前为止基本上有三种观点,这三种观点的形成,可以说有各自当时的社会背景和理论根据。形成于 80 年代初的权利是法学核心范畴的观点为法学界普遍接受,并成为学者们研究法理学的其他理论问题和部门法学问题的出发点和基础,极大地推地了我国的法制进程和提高了人们的权利意识。时隔十余年之后,有学者提出社会权利是法学核心范畴的观点,并作了较深入的论证。学界对这一观点有不同看法,但是没有对此展开讨论。去年年底我们刊发了《认真对待规则》一文,作者通过对规则与法律的关系、规则与法学的关系的论证以及对三大主要法学流派对于规则的看法的描述,来说明自己主张的规则是法学核心范畴的观点,有一定的说服力。显然,在法学核心范畴问题上出现的几种不同观点,为学界进一步讨论提供了更多的可能,也为法学的进一步繁荣和发展提供了可能。法哲学的本体问题包括法的定义、本质、特征、法的价值、法律关系等问题,我们觉得不仅是去年、而且近几年法理学界对于本体问题的研究不够全面,在有些问题上讨论热烈些,而有些问题很少甚至没有涉及。一门学科作为一个完整的体系,它所包含的所有问题在学科中的地位虽然不能说具有同样的分量,但是应尽可能使它们通过学术探讨得到平衡发展。

对于法理学问题的研究,学者们关注较多的是我国在依法治国,建设社会主义法治国家中的现实问题,这是学者们强烈的历史使命感使然。学者们就经济全球化背景下的法律全球化问题、全球化与本土化问题、价值观与法律发展问题、法律与权力问题、人权和法制问题、司法改革问题等都进行了热烈的讨论。学者们的观点对于推动我国法治现代化的进程、深化司法改革发挥了积极的作用,体现了学者们对我国法制变革实践的深切关怀和积极参与。此外,法律解释、法律推理、法律的有效性等问题,也与依法治国有着密切关系,也需要深入加以探讨。

去年在南京召开的“21 世纪亚洲法律和发展问题”学术研讨会上,学者们提出,法理学对人权研究要转变途径,过去以国际法上的人权研究为主,而现在要实现:从国际人权研究向国内人权研究转变;从人权主体的特殊性向人权主体的一般性转变;从封闭性向开放性转变,向老百姓转变;从道德领域向法律实践领域转变;从东西方对抗向融合方向转变。<sup>[17]</sup> 我们希望通过我们的研究成果,能为我国人权事业的进一步发展作出些许贡献。

在肯定我国法理学研究取得可喜成果的同时,有相当一部分学者对于法理学目前的研究现状感到不满。有人指出,法理学研究中的哲学思维变更严重滞后,是造成法理学研究不理想状况的主要原因。对法理学本体论的研究必须打破理性绝对至上的观念,把理性分析与对现实的非理性体验结合起来,才能把握住法理学作为实证科学的特征。<sup>[18]</sup> 也有学者指出,人们对法理学研究现状不满,在法理学界内部的原因主要是方法论问题,具体讲有三个问题:一是抽象与具体相结合问题。我国部门法学者有越来越多的人热衷于其中的法理学问题,而很少有法理学者对部门法问题进行有见地地分析研究,这种远离部门法的法理学不可能对法律现

[17] 根据刘瀚教授 2000 年 11 月 24 日在中国社会科学院法学所作关于“第三次亚洲法哲学大会”学术报告记录。

[18] 温晓莉:《变革时代的中国法理学态势与问题》,《法学研究》2000 年第 3 期。

实产生指导作用;二是跨学科研究问题。跨学科研究包括法学学科内部的跨学科研究和法学与其他社会科学、自然科学知识的结合。跨学科研究目前在世界各国已成为一种趋势,这也是时代对我国法理学研究者的要求;三是社会科学共同研究方法问题。社会科学的基本研究方法是实证方法,我国法学是建立在合法性的基础上,这虽然也是一种实证方法,但其标准不是实践而是法律。法学家不仅要关心合法性问题,更要关心法律本身的真理性问题,把法学作为一门科学,走所有社会科学共同的发展道路。<sup>[19]</sup>

有学者在对中国法理学危机的学科内原因和学科外原因进行分析之后指出,中国法理学要度过青春期危机,应当在新方法论的指引下实现理论创新的同时进行结构重组,这需要在8个方面实行变革,即从规律学走向规则学,即解决法理学的学科定位问题;调整同意识形态的关系,中国法理学的许多内容至今仍是高度意识形态化而非法理学的;从解释性、证成性法理学到解释性、评价性法理学;从中国的国家法理学到一般法理学,一般法理学应尽量关注外国法律和国家法以外的法律;从封闭的法理学到开放的法理学;从主客体思维到主体际思维;从法学方法论到法律方法论;从一元法学到多元法学。总之,中国法理学的角色定位应是规则学;法理学的方法包括研究方法和法律方法两部分,而从主客体思维到主体际思维的变革则是法理学方法首先要解决的问题。<sup>[20]</sup>

以上所有对于法理学存在问题、改革方向的见解,将会对我们产生一定的启迪作用,使法理学研究在学科体系上、思维方法和研究方法上、研究领域上将更符合法理学自身的规律和要求。我们相信,经过我们的共同努力,一个法理学界、部门法学界以及法律实践部门都比较满意的法哲学、法理学一定会呈现在我们面前。

## 宪法学研究述评

张少瑜

2000年是我国宪法学在相对平静中发展的一年。报刊上发表的有关宪法方面的文章数量不多,除少数热点以外,学界探讨的问题多属近年来一直在研究的老问题。现对报刊文章讨论的主要问题和观点作一简要述评。述评仍以介绍性内容为主,间参己见。

### 一、宪法学一般理论问题

#### 1. 宪政

这是近年来学者讨论得较多的问题,认为它是依法治国的核心。有学者考察了宪政的内涵和意义、起源和特征,认为宪政是宪法逻辑运动的状态,是法治存在的核心要素。宪政运作的过程本身就是法治的体现,可以说,讲法治离开了宪法是一事无成的。<sup>[1]</sup>有学者提出,实行宪政必须对权力进行三个层次的制约,即规范制约、权力制约和权利制约。宪政就是一种政府权力受到约束,公民权利受到保障的政治制度。为了实现权利对权力的制约,就要实行国家与

[19] 朱景文:《关于法理学向何处去的一点看法》,《法学》2000年第2期。

[20] 周永坤:《理论创新与结构重组》,《法学》2000年第3期。

[1] 莫纪宏:《宪政是宪法逻辑运动的状态》,《法律科学》2000年第5期。