

一九九七年中国法学研究回顾

法理学研究述评

刘翠霄

1996年以来,随着党和国家把“依法治国”确定为我国的治国方略,学界围绕“依法治国”的问题展开了热烈讨论。与80年代初期进行的“人治与法治”问题的讨论相比,无论在广度与深度,还是在方法与角度上,都有很大进展。在这里,我们根据1997年国内发行的主要法学期刊上刊登的学术论文,将法理学研究的主要观点作如下述评。

一、对“依法治国,建设社会主义法治国家”的研究进一步深入

“依法治国”问题是1996年法理学研究的热门课题。1997年以来,人们对法治的基本含义、法制现代化、依法治国与精神文明建设、依法治国与“一国两制”等问题进入了深入研究。

1. 关于法治的基本含义

在1996年的讨论中,有人认为普遍守法和良法是法治的基本含义,前者是法治的形式要件,后者是法治的实质要件。^[1]在我国实行法治,建设社会主义法治国家的起步阶段,如何看待和处理法治的形式要件和实质要件二者的关系是个非常重要的问题。法治是立法、执法、司法、守法的完整过程,在这一过程的各个环节中形式要件与实质要件是兼而顾之,还是在不同的环节有所侧重。学者们对此有不同看法。

有人指出,在我国,目前有不少人片面认为法就是一种规范或规则体系,这种规则法观念明显落后于时代。与此相联系的是大部分人对“法治”的理解:严格地遵照已有的法律规则办事,而不问这些法律规则是否合乎实际和情理,只要这些法律规则是立法机关制定出来的。这种法治观念也是落后的规则法的产物和表现。所以,我们要研究和借鉴西方的三种法观念(自然法、实在法和活的法),丰富和更新我们的法观念,并以之指导我国的法制建议。^[2]

有人针对对严格规则主义的批评指出,规则从它诞生之日起,模糊、不确定甚至恶意的歪曲就伴随着它。但这不能成为轻视乃至蔑视规则的理由。从一定意义上说,法治是一种理想。法律规则饱含着理想主义的期待,同时也可以是理性主义的载体。严格规则主义对我们的启示是:法治首先意味着规则的合理性及其所包含的理性选择,尤其是规则形成程序的合理性。其次,规则应受到普遍尊重。而严格规则主义所面临的困境则提示我们:法治需要一支高素质的法律职业队伍和富有灵活创新性的法律实施机制。这两者有时会发生冲突,但不是根本对立

[1] 徐显明:《论“法治”的构成要件——兼及法治的某些原则及观念》,《法学研究》1996年第3期。

[2] 严存生、郭军明:《自然法·规则法·活的法》,《法律科学》1997年第5期。

的。法治的未来取决于这两者的协调,而在当前,奉行严格规则主义应是法治建设的首要任务。^[3]

有人指出,提倡依法治国,必须强调“法治”之法内容或精神的正义性与合理性。法治除“治国方略”之外,还具有办事原则、法制模式、法律精神和社会秩序几层含义,法治的理性精神就体现在这些含义之中。针对否定法律的形式合理性的观点(严存生:《要确立正确的“法治”观念》,《法律科学》1996年第3期),指出法治是这样一种制度模式:在法律创新问题上强调法的实质合理性——体现自然法观念;在法律执行问题上强调法的形式合理性——反映实证法观念。尽管两种合理性在当代社会处于矛盾冲突状态,但在法治问题上特别是法治建设的起步阶段,法律的形式合理性要比法律的实质合理性更重要。过于追求实质合理性,必然使人为因素、道德因素、政治因素以及时势因素无限制地膨胀。真正的法治是在优先考虑形式正义的前提下才去考虑实质正义的问题。^[4]

有人针对构成法治基础的法律的普遍性、确定性、合理性提出的质疑,^[5]进一步指出法的普遍性是法治的一个基本要素,从表层上看,在一定的国家或区域范围内,法应该是普遍有效的,从深层看,被普遍遵守的法律要么是具有某些普适的道德性,从而获得了被尊重的内在根据;要么是与一定的公共权力相联系,分享着权力的神圣性。法律的确定性是现代法治的重要基础之一。法的确定性和非确定性是相对的,其中既有可变因素,又有不可变因素,对此法律要促进可变因素向积极的方面发展和完善,以减少不确定性。法治化的进程一定意义上说也是理性化的过程。法制的价值就在于在推动社会生活的合理性的同时,还能维系多元价值的共存。其中制定法起着至关重要的作用。在一个寻求变革的社会中,树立法律的权威是至关重要的。^[6]

有人在分析“错案追究制”设置的合理性的问题时,对法律运行中的不确定性提出自己的看法,认为不同的法官和律师对同一案件的正确判决显然不会完全一致。大多数疑难案件,其在法律适用和事实认定上都存在相当大的模糊性,即法律上的不确定性。这种不确定性源于语言的不确定性、立法者认识上的局限性、立法者有意使用含意模糊的语言;社会生活的变迁使法律条文实体内容过时;法官等适用法律者基于其不同的知识水平和个人因素而对法律产生的不同理解;政策、意识形态、社会地位、权利结构和利益冲突等社会因素对法律解释的影响。由于法律的不确定性,因此具体案件的解决就难得到唯一正确的答案,根据法律规定来衡量一项判决是否正确很难做到。^[7]

2. 关于法治与观念更新

法治观念被有些学者称作实现法治的内驱力,^[8]这是对法治观念在法治建设中重要作用的具体形象的表述。1997年,学者们对观念更新与实现法治的关系作了进一步深入地探讨。

有人指出,中国特殊的国情决定了中国走向法治只能始于转变法理念。国家优位理念是当

[3] 葛洪义:《严格规则主义是法治建设的首要任务》,《政治与法律》1997年第3期。

[4] 孙笑侠:《法治、合理性及其代价》,《法治与社会发展》1997年第1期。

[5] 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第6页;第23页以下。苏力:《后现代思潮与中国法学和法制》,《法学》1993年第3期。

[6] 葛洪义:《法的普遍性、确定性、合理性辨析》,《法学研究》1997年第5期。

[7] 王晨光:《法律运行中的不确定性与“错案追究制”的误区》,《法学》1997年第3期。

[8] 马长山:《公民意识:中国法治进程的内驱力》,《法学研究》1996年第6期。

代中国走向法治的最大障碍。所谓国家优位理念是以国家为根本立足点和基本价值取向的法理念。国家优位理念是建立在国家意志必然代表社会利益这样一个虚拟的前提之上的,这一论断使社会失去了独立存在的价值,使社会成为一个需要国家监护的人格贬损者。能取代国家优位理念的是社会优位理念。社会优位理念以社会为根本立足点和价值取向。社会优位理念包括以下重要观念:法本体的国家意志是社会理性的复合体理念、国家与法律关系的社会控权论、法律渊源的国家社会两元论、法类型的公私法两元论和私法优先论、立法政策的社会利益至上论、治理社会观念的法律至上论。我们只有确立社会优位理念,才能建设法治国家。^[9]

有人认为,由于诸多因素的影响,使传统主人意识出现了超政治化、高度泛化及庸俗化、情性化倾向,并与公民意识发生分离与对立,严重制约着我国民主与法制建设。随着政治民主的进一步发展和法制的日益健全,以公民意识来取代主人意识已成大势所趋。因为把主人意识统一于公民意识,是社会主义制度本质属性决定的;由主人意识转向公民意识,是市民社会与政治国家并列存在的客观要求;以公民意识取代主人意识,是社会主义民主制度化、法律化的必然要求。^[10]

有人认为,在法治社会,人们对法律的接受不应建筑在法律有强制性这一基础上。法律信仰是由于人们对法律接受而出现的一种意识现象,人们之所以接受法律是因为法律的价值能促使人们主动认同所造成的。只有“好”的法律才能得到认同,才能最终形成人们关于法律的信仰。但法律认同和接受同法律信仰还不是同一层次的概念,法律信仰是层次较高的一种意识形态。法律信仰是实现真正法治社会的精神条件,是现代法律有效运行的心理基础。没有这种信仰,法治社会各个环节均难达到预期的目的。^[11]

还有人对如何构筑全社会普遍的法治理念提出自己的看法。他们认为法治现实是法治理念在社会实践中的体现。在一个大社会中,同时存在个体、群体、普遍等多种法治理念。普遍性法治理念既可以因自然整合而成,但需要时间较长;也可以依政府力量在优位的群体性法治理念的基础上予以构筑而成。首先要选择合意的法治理念。法治有很大的政治属性,但更多的是文化属性。新中国几千年也没有令人满意的法治实践,因此我们要大胆地“移植”西方可行的法治理念。其次,政府参与的主要方式是定向启蒙,即为了普及某种法治理念,政府有意识地对社会成员进行灌输和教化。再次,政府在构筑普遍性法治理念的过程中要随时准备吸收新出现的法治理念的合理成份,对所支持的优位的法治理念作出有效的修正,以保证普遍性法治理念能具有持续增长的生命力。^[12]

3. 关于法治现代化

法治现代化是我国人民为之努力奋斗并且要实现的目标。如何才能实现法治现代化,怎样才算实现了法治现代化,是学者们热心讨论的问题。以下对与法治现代化有关的法律的国际化与本土化、法治现代化的核心等问题的研究作简要介绍。

有人认为,法律现代化不是孤立封闭的法律现象,也不是某一个国家或某一个地区的个别态势,而是一个开放式的国际性的法律发展过程。法律发展国际化的特征是:法律文明的共同

[9] 周永坤:《社会优位理念与法治国家》,《法学研究》1997年第1期。

[10] 马长山:《从主人意识走向公民意识》,《法律科学》1997年第5期。

[11] 陈金钊:《论法律信仰》,《法律与社会发展》1997年第3期。

[12] 李国海:《论普遍法治理念及其构筑》,《法律科学》1997年第3期。

性因素是法律发展国际化的基础和前提。2. 法律文明的交流与传播是法律发展国际化的主要媒介机制。3. 法律制度一定意义上的趋同性是法律发展国际化的时代走向。法律发展的国际化走向具有深刻的历史必然性。从内容方面看, 法律发展的国际化体现了人类社会对法律自身价值的普遍认同与信仰; 从外在方面看, 法律发展的国际化进程的社会根源则来自于社会交往规则特别是现代市场经济运行秩序的共同的法权要求。但是, 非西方的国家应从本国传统、国情、需要和条件出发在法律国际化的过程中, 使它既蕴含着西方法律文化的合理性因素, 也凝结着非西方国家长期积累传承下来的优良法律传统, 是二者的有机融汇。而经济条件归根到底是唯一能使人们理解法律发展进程的红线。只有在此基础上, 我们才能揭示制约各种特殊的法律发展进程的特殊规律, 并从中加深对支配法制现代化历史运动一般规律的把握。^[14]

有人认为, 利益多元化是厉行法治的根本推动力。经济利益多元化会直接引起政治参与的多样化, 造就多元的政治利益主体, 这是扩大政治民主化的基本前提, 多元利益集团是法律秩序即法治出现的一个基本要素。政治利益多元化会引起公民社会组织化程度提高, 并促进参与政治过程的利益主体组织化程度提高。文化多元化是法治的道德根基, 它对法治的意义表现在: 一是使法律超越特定意识形态而独立, 二是使法律具有价值中立性。但是利益多元化有破坏规则及法律至上性的自发倾向, 法治化过程要在一定程度上限制利益多元化的负面作用。^[15]

有人指出, 对于什么是法治现代化的问题, 或从其外部特征的角度, 或从其基本精神和价值目标角度进行探讨都是不够的。法制现代化过程中更深层次的东西是法律制度的合理化。因为现代化是一个发展问题, 而人类发展从根本上说是理性增长过程, 是一个不断合理化的过程。从东方国家和法制现代化的过程看, 合理化主要表现在: 成文法迅速发展和日益法典化、系统化; 司法机关专门化和中立化; 法律工作者特别是执法者的职业化。^[16]

中国在实现法治现代化的过程中, 受到各种因素地阻碍, 除观念、体制、经济、文化等方面的历史沉淀制约着这个过程外, 还受到以下几方面因素的影响。

(1) 以政策代替法律对依法治国的干扰

有人指出, 由于政策具有灵活性, 而法律则具有稳定性, 在政策变动时, 很多法律条文不可能做到及时修改。这种现象使人们产生一种心理, 即法律在一定时间和程度上是可以被忽视甚至被突破的。私营企业的出现和土地使用权的转让等现象都是在一定时间和空间内突破现行法律规范的典型例证。这一方面反映了改革的步伐和成功, 另一方面也助长了法律可以被忽视甚至突破的意识。这种现象也存在于刑法领域, 例如, 邓小平南巡讲话以后, 许多法院和检察院的负责人指出根据“三个有利于”的标准, 以实事求是的态度正确地区分罪与非罪, 合法与非法的界限。不少学者运用新政策解释刑法中的贪污罪、投机倒把罪等条文的适用问题。可见, 宏观目标和政策的变动给法律带来的变化, 以及由此而生的法律运行中的不确定性和混乱性。^[17]

[14] 公丕祥:《国际化与本土化: 法制现代化的时代挑战》,《法学研究》1997年第1期。

[15] 叶传星:《利益多元化与法治秩序》,《法律科学》1997年第4期。

[16] 严存生:《法制现代化的核心是合理化》,《法学》1997年第1期。

[17] 王晨光:《法律运行中的不确定性与“错案追究制”的误区》,《法学》1997年第3期。

(2) 习惯法在少数民族地区发生着重要的规范作用

我国是一个多民族的统一大国,要想依靠统一立法就能一蹴而就地完成每一民族法文化的让位,是很困难的。众多的少数民族的历史习俗和传统具有特殊性,旧有的习惯法文化与其现实生活的联系甚至可以说比国家制定法与其生活的联系更紧密、更贴切。羌族习惯法贴近羌民的实际,其规范内容具有浓厚的神的色彩,羌民出于对神的虔诚和敬仰把习惯法看作高于一切的行为准则。羌民尚处于原始宗教阶段,在民事财产方面羌民愿意接受习惯法的约束,对于违法行为依法惩处无效,但是按习惯法规范效果很明显。羌民族习惯法的存在及其对当代羌族的影响是不能忽视的,应从当地的法制教育尤其是文化教育入手,加速由遵循习惯法向遵循国家制定法的过渡。^[18]如何看待少数民族习惯法在我国法治现代化进程中的地位和作用,把它视为法文化的合理自然存在,还是法治进步的障碍,尚有待深入探究。

(3) 人权理论研究与人权现实相脱节

有人指出,在错综复杂的现实矛盾面前,当代人权理论已开始显的无能为力,暴露出自身致命的缺陷。主要是:第一,人权理论被意识形态化。当代人权理论的复杂、混乱和争执,在很大程度上是由各国掌权者奉行的意识形态间的冲突所造成的,反映的往往只是这些国家中强者的呼声;第二,人权问题的综合性和人权理论研究视野的狭隘性、方法的单一性之间不相适应,使人权学说显得片面、抽象、空洞、脱离实际。人权理论是为人们的利益服务的,而且也应当在帮助人类认识他们的共同利益、协调各种特殊利益的冲突中发挥作用。但是由于以上人权理论上的危机导致人权实践中的困境,因此,只有推动人权理论的发展,才能使人权实践走出困境,促进人权状况的根本改善。^[19]中国法治现代化需要人权理论与人权实践协调发展,形成互动的良性发展状态。

4. 依法治国与精神文明建设

1997 年 4 月,中国社会科学院法学研究所和中国社会科学院建设有中国特色社会主义研究中心在北京联合召开了“依法治国与精神文明建设”学术研讨会。来自全国各地的近百名学者就依法治国与精神文明的关系,道德与法律的关系,法治与制度文明、部门法与精神文明等四个方面的问题展开了热烈讨论。学者们在许多重大问题上达成了共识,但在一些问题上也还存在分歧。会后,本刊编辑部将学者们的发言和提交论文中的主要观点进行了整理,并以“研讨会纪要”的形式刊登在本刊 1997 年第 3 期上。

有人着重研究了精神文明建设对法制的需要与依赖,指出,在社会主义条件下,精神文明依赖法制是因为:法制是时代精神的体现,良好的精神文明只能在良好的法制环境中生成和发展。精神文明领域的许多问题需要靠法制来解决,物质文明建设与精神文明建设的需要法制协调。在精神文明建设中,法制运用着不同的调整机制对精神文明建设中的思想、文化、道德以不同的方式和在不同程度上起着保障和促进作用。在理论建设上,借助于法律的肯定、保护和传播,马列主义、毛泽东思想、邓小平理论的合法地位,是任何人都不敢否定和放弃的。在理想建设上,宪法序言对爱国主义作了明确宣布,成为全国人民团结胜利的精神纽带;我国法律通过确立人在法律上的主体地位和人的合法权利,充分体现了现代人文精神。社会主义法制是

[18] 龙大轩:《羌族习惯法的神法文化特征》,《现代法学》1997 年第 2 期。

[19] 赵世义:《关于人权理论问题的几点思考》,《法学评论》1997 年第 5 期。

批判旧道德,传播新道德的思想武器和物质力量,法律把遵守某些道德确认为公民的法律义务。在市场经济条件下,人们的权利观念和关系发生了根本变化,使得思想政治工作和道德教育不能产生出计划经济体制下的有效结果,在这种情况下,用法律的硬性规定引导、约束行为,比用道德的格言要重要、有效。我国宪法和有关文化的法律、法规对文学艺术、人文社会科学、新闻出版、文化市场管理都作了明确的规定,这就为这些文化事业的健康发展和繁荣提供了制度保障。^[20]

5. “一国两制”与依法治国

在香港回归之后,由于我国法制更加复杂,因而对法制建设的要求更高。有人指出,在英国殖民统治下,为了适应市场经济的需要,港督用法律手段对香港实行统治。多年来,香港的机构和居民已形成了依法办事的传统。香港回归之后,国家虽授权香港特别行政区实行高度自治,但作为统一国家的一个部分,它必然会越来越多地在政治、经济、法律和文化等方面同中央与内地各省市自治区发生联系,这就要求相互尊重各自的法律,认真解决不同性质、不同法系和不同法域形成的法律冲突,搞好司法互助。这不仅对依法治国提出了更迫切的要求,而且势必给依法治国以新的动力。^[21]

有人指出,“一国两制”对我国社会主义民主和法制建设的影响和促进主要体现在以下几个方面:1.“一国两制”拓展和促进了我国社会主义民主建设。首先,为我国的国体和政体建设增添了新内容;其次,引起了我国国家结构的新变化,是对国家高度集权的重大突破;再次,扩大了我国爱国统一战线,进一步发展了多党合作制度。2.“一国两制”促进、丰富、深化和拓展了我国社会主义法制建设以及法学理论。首先,在法的性质和规律性方面,充分体现出发法的阶级性与社会性的统一;其次,在法的体系方面,大大丰富了我国法律体系;再次,在立法体制以及法律解释和法的渊源方面,都出现了多样性、复杂性和特殊性;复次,在司法体制和法律适用方面,更出现了许多引人注目的新情况、新特点。^[22]

6. 法学现代化

有人认为我国虽然号称有注释传统,但实际上没有科学意义上的注释法学。我国学者曾倡导法学研究中的语义分析方法,对于注释法学的现代化就具有十分重要的意义,应把它作为实在法的分析研究工具。同时,应当研究与实然法(实在法)相对应的应然法(自然法:法的价值探求);研究条文法(死法)相对应的社会中的法(活法),研究与规范法相对应的行动中的法(法行为:行为法学)以及其他法哲学。没有法哲学的深入研究,也就没有科学意义上的法学理论。^[23]

有人指出,法学研究中的价值消解行为,属法学学的研究范畴。中国20世纪法制变革的艰辛历程表明,中国法学理论的发展不仅受到界外诸多客观因素的制约,也承受着来自研究群体内部无意识的非理性行为的阻却。1.经典著作运用上的教条化,表现为对富有理性的新观点、新思想在用词及表述技巧与经典作家不一致时则大加笔伐;2.法理问题的政治化,表现为对主张在坚持马克思主义立场的前提下借鉴西方法学的研究方法以及重视对契约自由、权利本

[20] 张文显:《精神文明建设需要并依赖法制》,《法制与社会发展》1997年第2期。

[21] 刘海年:《依法治国与精神文明建设》,《法学研究》1997年第5期。

[22] 文正邦:《关于“一国两制”的法哲学思考》,《现代法学》1997年第3期。

[23] 陈兴良:《法的解释与解释的法》,《法律科学》1997年第4期。

位等的研究, 认为是淡化以马克思主义为指导、淡化意识形态的倾向; 3. 评判标准的单一化, 这就是阶级分析的方法; 4. 视域的固定化; 5. 意义的宽泛化; 6. 理论抽象的极端化; 7. 说明体系的程式化; 8. 学术品格的超然化。由于法学研究中的价值消解行为是出于善意而非恶意、是出于无意而非故意, 因而具有极大的隐蔽性和欺骗性, 这就要求人们要以理性的精神、科学的原则、宽阔的理论视野、博大的理论胸怀去从事法学理论研究。^[24]

有人在同意中国法学幼稚说法的同时, 指出, 法学幼稚并不只是哪一个人或少数人的责任。在法学幼稚面前进行反思应该考虑以下几个问题: 1. 我们是不是随着时代的发展, 把马克思主义法学向前推进了? 2. 马克思主义法学有没有前人囿于历史条件而仍然带有空想因素的个别论断? 3. 有没有后人对马克思主义法学作教条式的理解? 4. 我们有没有附加到马克思主义法学名义下的错误观点? 由于我国法学幼稚这一公认事实, 直到今天, 我国法学界还没有发育形成不同学派。今后出现不同学派, 只能是在弘扬马克思主义这个主旋律下, 提倡多样化意义上的不同学派, 而不会是“多元意识形态”意义上的不同学派。我国法学界在一些比较具体的理论问题上认识有分歧, 这是由于人们对“什么叫做法学研究以马克思主义为指导”还没有形成统一看法。这种分歧是由于每个人从自己的经验和水平出发去认识问题而形成的。尽管如此, 法学界对法学研究要以马克思主义为指导是没有争议的, 是持肯定态度的。^[25]

近年来, 一种被称为后现代的思潮在我国也初露端倪。对于这种后现代思潮, 有学者指出, 后现代不是一个时间概念, 而是指近代以来某些学者大致共享的一种思维方式和对待世界的态度。后现代思潮可以使人们理解社会的复杂性和人的理性的有限性。它不仅是一种人生感悟, 而且存在于社会实践中。研究后现代法学思潮对我们法学的发展和法制建设有用, 可以帮助我们意识到我们以前没有意识到的问题, 例如, 对于没有权利意识这种本能人就不能存在这一观点, 我们就应研究是什么东西压制或掩盖了中国公民权利意识的显示。后现代法学不可能阻碍中国法制现代化的进程, 因为法制不是法学家的产物, 而是人民的社会生活的产物, 所有的法律工作者在这一过程中都起作用, 一个民族的生活创造它的法制, 而法学家只创造法制的理论。^[26]

二、对法理学基本理论问题的研究有所推进

1997 年法理学研究中对法的起源、法的本质、法的解释等法理学基本理论问题都有涉及, 尤其是法解释问题, 学者们从解释体制、解释方法、解释的价值、“一国两制”下的法律解释等多角度、多方位地对法律解释问题进行了论证。这些观点将会对我国法律解释制度的改革和完善提供较充分的理论准备。下面对今年研究中涉及到的问题作概要介绍。

1. 关于法律解释问题

有人指出, 1981 年全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》所确立的把法律解释单列为相对独立于法律制定权和法律实施权的一种权力, 并在不同的国家机关之间对这种权力进行分配的极具本土特色的当代中国法律解释体制具有以下三个基本特点: 1. 部门领域内

[24] 齐延平:《试析法学研究中的价值消解行为》,《法律科学》1997 年第 2 期。

[25] 陈桢:《1995—1996 年中国法理学界的理论是非》,《法学》1997 年第 4 期。

[26] 朱苏力:《后现代思潮与中国法学和法制》,《法学》1997 年第 3 期。

的集中垄断; 2. 部门领域间的分工负责; 3. 立法部门(全国人大常委会)主导。但是, 法律解释的实践并没有按照决议的规定执行, 这就使人们对法律解释体制在设计上的合理性表示怀疑。决议设计的法律解释体制的这种多元格局, 严重损害法律统一适用的基础, 妨碍形成健全的司法功能。由于政府部门拥有对法律的解释权, 这就在总体上侵消了司法审判解释权, 使司法裁判在很大程度上面临一种不能不接受既存的行政解释的状况, 从而在功能上形成某种残缺。在这种情况下, 行政解释权就有可能在事实上演化为一种行政法律割据或行政主管部门法律割据的局面。在司法审判领域实行法律解释垄断权, 可以保证法律的统一实施, 维护国家法制的统一, 这对于行政区域广大, 管理层次众多的单一制国家来说, 具有重大的意义。司法解释是一种有司法性质的活动, 其所具有的抽象性质, 只有与具体的审判过程结合起来, 才能显示合理性, 也才能具有正当性。^[27]

有人指出, 法律解释活动是法官和律师日常法律实践工作中的重要环节, 律师和法官必须掌握和熟悉法律解释的方法和技巧。代表当事人进行诉讼的律师在法庭进行辩论时, 会就有关法律规范的解释问题, 提出论据。法官在作出判决、书写判词时, 也须决定和说明有关法律应如何解释、如何应用到案件上。适用法律和解释法律这两种活动或过程是关系密切、不可分割的, 甚至可理解为同一件事情。中国实行人民代表大会制度和民主集中制, 在法律上有立法解释、司法解释、行政解释的制度, 司法解释活动的范围远较西方法院只在判决具体案件中解释法律的范围为广, 低级法院可向高级法院寻求指示、批复, 法院没有审查立法和行政法规的权力, 这使中国法制的运作一时难于被外国人了解和接受。近年来起草的《立法法》关于立法解释制度的存废问题还有待形成共识。^[28]

有人认为, 审判解释可能导致滥用解释权力, 激化司法腐败, 最终毁损社会公平、正义和法制目标, 这可称之为解释异化。解释异化的原因有二: 一是由于解释者的主观缺陷, 二是制度、技术原因。阻却审判解释异化的机制主要有: 1. 更新审判解释观念, 重新认识审判解释的价值; 2. 塑造理性法官文化; 3. 明确解释权限, 建立监督制约机制; 4. 加强审判解释技术研究, 规范解释技术的运作。^[29]

有人对传统的文义解释、法意解释、语境解释、司法解释等解释方法提出批评, 指出这些方法不能为人们提供可靠的、众口称是的发现法律“真理”的方法。主要原因是, 司法中的解释根本不是解释, 司法的根本目的并不在于搞清楚文字的含义是什么, 而在于判定什么样的决定是比较好的, 是社会可以接受的。法律解释的问题不在于发现对文本的正确理解, 而在于为某种具体的司法作法提出有根据的且有说服力的法律理由。这并不是要否定作为一种思维活动的法律解释的可能性、意义和作用, 而只是表明了人们无法在逻辑层面或分析层面上提出一种完美的法律文本的解释方法, 无法用一种没有内在矛盾和冲突的语言文字表达出来。一般说来不需对法律文本作出言说性解释, 例外情况是对疑难案件需要给予法律解释, 正是由于解释使它变得“疑难”起来。对司法中长期存在的法律解释考察其长期存在的制度性功能和政治性功能, 以及由此而来的正当性, 应该成为对法律解释的新方向。^[30]

[27] 张志铭:《关于中国法律解释体制的思考》,《中国社会科学》1997年第2期。

[28] 陈弘毅:《当代西方法律解释学初探》,《中国法学》1997年第3期。

[29] 蒋大兴:《审判解释的价值目标、解释异化及其阻却机制的法理思考》,《法商研究》1997年第4期。

[30] 苏力:《解释的难题:对几种法律文本解释方法的追问》,《中国社会科学》1997年第4期。

有人指出,从法解释的本体论考察,法不仅是一种以条文表现出来的法,而且是理解者内在化了的法。对于具有不同社会、文化背景的理解者,法是具有不同意蕴的。法不仅仅是一种客观存在,由于它是在理解中而存在,因而打上了理解者的主观烙印。法不再是简单的文本,每个人都有自己的法,每个人都参与法的创制和发展。只有在个别性基础上形成的普遍性才是真正的法治的基础。在法律的文本解释方法中,主观解释论认为法律解释的目标是探讨立法者在制定法律时的事实上的意思,这种理论的误区是对于立法与司法者的理性能力作了过高的期待,因而不能提供正确的解释理论。客观解释理论认为,它所探询的不是立法者的意图,而是法在现实中的合理含义,这就导致了法律的自由解释。但是法律自由解释的前提是法治十分完善。在中国从传统的人治型统治体系向现代法治型体系更替的过程中,法律解释既不采用严格解释,也不采用自由解释,而应以探寻立法意蕴为己任。这里的立法意蕴是客观的、开放的、流动的、是一种“活着的意义”,以区别于主观的、是一种“已死去的意义”的立法原意,由此使法在理解中获得新生。^[31]

有人指出,香港回归,香港基本法随之全面生效,从而使基本法的解释成为具有现实意义的研究课题。基本法是由全国人大正式通过的,它既反映了普通法的一些作法和原则,又体现了大陆法系的立法习惯和传统,对基本法的解释亦应兼顾大陆法系和普通法系关于宪法解释的原则,即对基本法的解释应遵循宪法解释的一贯性、渐进性和前瞻性的原则。在审查某一事实或行为是否违反基本法时,应考虑其是否符合“一国两制”的政策,是否有利于保持香港的原有制度不变,是否符合社会发展的需要。^[32]

2. 关于法的起源和本质问题

有人认为法律的起源史实际上可以简化为习惯→不成文的习惯法→成文的习惯法→国家法,其中,原始的“习惯”乃是孕育法律的母体。由于原始习惯所肩负的职能完全是道德的,其精神价值的本质也是道德的,因此“法律渊于习惯”的命题,可以直接转为“法律渊于道德”。习惯法的形式是“法律”的,内容是“习惯”的,而精神则是伦理的。现实中具体的法律规则几乎都是伦理规则的产物。法律中体现的伦理道德,一方面来自立法者自身的伦理储备,另一方面来自人类公共的道德资源。法律天然地具有一种道德属性,法律是道德的产物。^[33]

有人认为,法律规则是由人的理性思维和相互协议形成的。法学意义上的人的理性是以认知理性为基础的行为理性。它是一种复杂的认知、预测、比较、选择的思维过程。人们依据同样的理性认识,依据同样的理性评定的价值重轻次序体系,通过同样的对相互冲突的欲望、需要的价值重轻比较,根据同样的对最重要的需要给予先行满足的理性行为选择原则,形成关于什么行为是应当的、什么行为是不应当的共识,最后在相互协议承诺不作不应当行为的基础上,就形成统一的行为规则。当社会公共权力机关来惩罚违反这些行为规则的行为人时,这些行为规则就成为真正的法律。^[34]

有人认为,持权利决定权力论者是假定国家之前人们受自然法支配,享受着“自然权利”,人与人之间是平等的。所以,人们制定社会契约,这就是法律,再依法律建立政府,人们的权利

[31] 陈兴良:《法的解释与解释的法》,《法律科学》1997年第4期。

[32] 王贵国:《香港基本法的解释与临时立法会的法律依据》,《中外法学》1997年第4期。

[33] 胡旭晟:《论法律源于道德》,《法制与社会发展》1997年第4期。

[34] 张恒山:《人类理性协议与法律规则的来源》,《现代法学》1997年第1期。

就获得保障,这就得出“法律至上”的结论。实际上是权力决定权利,只有获得了国家权力,然后才能由国家制定法律并赋予人们权利。^[35]

法的起源是法理学的基本理论问题。法理学教科书以及多数学术论著对法的起源问题都持“国家制定或认可”论。以上两种观点各有新见解,学者们对自己的主张也进行了充分的论证。法起源问题的“国家制定”说、“源于道德”说、“人类理性协议”说三种不同见解(由于我们收集资料有限,因此有可能还有其他主张),是由于研究的方法和角度不同,还是由于对“法”本身含义的不同理解,这还有待于我们作进一步研究和探讨。

与法的起源密切相关的是法的本质问题。有人从马克思主义关于人的本质论述出发论证法的本质,指出,人是社会关系中的人,法是确定和规定人们社会关系的行为规范,所以从根本上来讲人的社会本质决定着法的社会存在,只要人的社会本质不变,则法的社会存在就不会变。法的功能在于把实现人的社会本质的各种社会关系制度化,法的本质是由一种社会力量保障实现的社会利益或意志,而这种社会力量和社会意志在一定历史阶段上体现为统治阶级的力量 and 意志。就人的本质和法的本质间的必然联系看,任何人类社会的法都具有基本的共性,法也将与人类社会共始终。^[36]

在法的本质问题上,传统的观点是“统治阶级意志论”。在新的历史条件下,由于作为阶级的被统治阶级已不存在了,因而法的本质又被说成是“掌握政权者意志的体现”。随着社会的发展,社会关系日益复杂,社会结构也在发生变化;科学技术的发展使法律规范内容专业性越来越强。在这种情况下,如何认识法的本质,也是我们今后应该认真思考研究的问题。

三、简 评

法理学的命运是同国家经济、政治、文化、社会发展紧密相连的。社会主义市场经济体制的建立和依法治国方略的确立,为法理学在中国的发展提供了大好契机。法理学在1996年抓住机遇,取得斐然成绩的基础上,1997年又获得丰收。丰收的标志主要体现在以下三个方面:

1. 推进“依法治国,建设社会主义法治国家”的事业,日益成为法理学具有使命意义的主流目标。在过去的一年,尽管大家对于依法治国的一些根本问题,如法治的基本含义、要素、功能、价值、存在方式等的看法见仁见智,对于中国法治现代化的过程、模式、构思、设计及其障碍等的认识不尽相同,但是,对坚持和实行依法治国予以了几乎一致的认同,这是非常难能可贵的。从依法治国的角度切入研究法理学的理论和实践问题,是一个很有意义的现实的选择。它在理论上可以拓展研究的空间,深化对问题的认识,使法理学研究增添一个有力的支撑点;在实践中,可以直接或者间接地观察、求证、指导、服务于中国依法治国的现实,并从现实中获取自己理论的资源 and 生命力。无论是“依法治国与精神文明建设”,还是“一国两制”与依法治国,或者是法治与法学的现代化,等等,都可以也应当融入依法治国的时代大潮,在由人治向法治国家嬗变的过程中体现、发挥并充实法理学自身的价值。

2. “喜新不厌旧”,对法理学传统问题的研究有所推进和深化。一些学者用批判的精神对传统的法理学问题进行思考和梳理,取得了可喜成果。多年来,学者们对法律解释的研究主要局

[35] 张光博:《关于法学中“29个多”问题的理论是非》,《当代法学》1997年第4期。

[36] 米健:《从人的本质看法的本质》,《法律科学》1997年第1期。

限于解释主体和解释方法的阐释,而没有结合我国法律解释实践对解释制度的合理性以及解释方法的科学性进行分析论证。去年发表的几篇有关法律解释问题的论文,对此问题作了深入研究,提出了一些有见地的看法。此外,关于法的起源和本质的研究,也有新进展。站在时代的前列,以发展变化的社会条件为背景,以新的知识为依托,重新审视、反思法理学的一些传统问题,将有助于法理学“内涵式”地发展。

3. 搁置争论,抓住机遇,完善和发展法理学,学术争论是理论发展必不可少的方式和途径,但是,对一些不甚紧迫问题或者不可能在短期内形成共识和理解的问题作无休止地争论,只会延误法理学发展的机遇。1997 年,法理学在开展了一些有益的学术批评和论争的同时,也非常理智地搁置了那些可以在将来进行讨论的问题,抓住党的十五大前后提供的大好机遇,把焦点集聚在一些法治发展的重大理论与实践问题上,为中国法理学的完善和发展创造了积极的条件和环境。

1997 年的法理学是一个丰收年。可以预计,在新的一年里,法理学将会随着实践的发展而不断得到丰富、发展和完善。

党的十五大明确提出“依法治国”的治国方略和“建设社会主义法治国家”奋斗目标,同时提出了一系列与民主政治建设和法治发展有关的重要内容,涉及法理学的许多基本理论问题,包括:法治与法制,法治国家的内涵、模式,依法治国的发展战略,依法治国与政治体制改革,依法治国与经济体制改革,法治现代化的道路和资源,尊重和保障人权,法制建设与精神文明建设要紧密结合、同步推进,立法科学化,依法行政,司法改革,法律监督等等。对这些问题的研究需要深厚的法学理论的支持和参与,反映在法理学领域,势必会要求法理学在内容上,继续深入研究法学、法律和法治的一系列基本原理、原则和范畴,研究有关的理论观点、精神和现象;要求在方法上,运用文化的、经济的、行为的以及比较的、实证的各种方法,既着眼于世界法理学发展的大趋势和全球一体化的过程,又从中国国情出发,立足于现实,从多角度、全方位地开展研究;要求在研究主体上,学者们以独立的学术品格、科学的研究态度、负责的探索精神、超前的思维意识、有效的研究手段,去发掘法理学传统问题的新内涵、新价值,去研究解决改革开放中出现的新情况、新问题。

行政法学研究述评

刘翠霄 汪建荣*

1996 年底,在杭州召开了以“行政法治的理论和实践”为主题的行政法学年会,与会者就“依法行政”问题进行了热烈讨论,并一致认为在我国,依法行政是依法治国的核心、重点和难点,也进一步认识到行政法学工作者在“依法治国,建设社会主义法治国家”中肩负的责任和面临的繁重任务。1997 年行政法学研究呈现出较前更加繁荣的形势,这是学界同仁对 1996 年年会共识的积极回应,也是 1996 年年会讨论的延续。在这里,我们把 1997 年行政法学研究的情

* 卫生部政策法规司副处长,《中国卫生法制》杂志副主编。