

# 一九九六年中国法学研究回顾

## 编者按:

自1995年第1期始,本刊即由各学科责任编辑分别撰写自己所负责学科的上一年度研究状况的述评。两年来,在受到读者普遍给予的积极评价的同时,也收到一些批评性建议。在此,谨向给予本栏目关心与支持的广大读者表示衷心的感谢。

经过检讨,我们认为,本栏目的宗旨应当是:重点反映我国上一年度法学各学科研究的新思想、新方法、新水平,而不作无一遗漏的资料性整理;依各学科责任编辑的资料掌握和评判力,对各该学科研究的总体发展状况以及若干重要观点作出评论;表达对今后来稿的某些希望。坚持此一宗旨,本栏目才能现出《法学研究》的特色。当然,这是一项较难把握但却是必需的工作。

我们热诚地欢迎本刊读者审视和评判各个学科的述评,并提出宝贵意见。

## 法理学研究述评

谢鹏程\* 刘翠霄

1996年,法理学界借着江泽民圈定“依法治国,建设社会主义法制国家”的东风,迎来了法治理论发展的春天。1月23—25日,中国法学会在北京召开了邓小平民主法制思想研讨会;2月份,《求是》杂志社两次召开了在京法理学理论工作者座谈会,对我国近年来法学研究中出现的一些重大理论问题进行了探讨;4月13—15日,中国社会科学院法学研究所在北京举行了依法治国,建设社会主义法治国家学术研讨会;11月4—8日,中国法学会法理学研究会在深圳召开年会,讨论“依法治国,建设社会主义法制国家”的理论与实践问题。这些会议的主题共同构成了该年度法理学研究的主旋律。

\* 最高人民检察院理论研究所研究人员、法学博士。

## 一、法治的理论与实践成为研究的热点

1996年是我国法理学史上研究法治问题取得成果最为丰富的一年,在各种刊物上发表相关论文数十篇,主要涉及到以下几个问题:

### (一) 法治的意义

#### 1. 法治和法制的含义

法治与法制的概念之争由来已久。有学者认为,法治就是指法律至上。法制应体现法治精神,法治应具体表现为法制。法治与法制,互相融合,互为表里。<sup>[1]</sup>

有学者认为,在现代世界上,“依法治国”与“法治”是一个被公认的极端重要的原则,但它的名称在不同民族语言中却有不同的表达法。就我国的情况来说,“解放初,‘法制’与‘法治’仿佛是通用的,但很快,‘法治’一词就罕见或失踪了,通常用的词是‘革命法制’和‘人民民主法制’。直到粉碎‘四人帮’后,法学界才展开了有关‘法治’与‘人治’的讨论。”<sup>[2]</sup>

#### 2. 法治在当代中国的意义

法治是先进的政治文明和进步的治国方式。有学者说:“依法治国,实行法治,是当今世界各国几乎普遍选择的一种治国形式。作为一种历史现象,并非偶然,因为现代法治,是对人治和专制的否定,体现一种高层次的政治文明,是一种进步的治国方式。”<sup>[3]</sup>虽然由于社会制度不同,法治的内容和它所反映的时代精神以及维护的利益不同,但作为一种现代治国的形式,如同市场经济一样,既可以为资本主义服务,也可以为社会主义服务,绝非资本主义社会所仅有,它是社会历史发展进程中人类共同创造的一种文明成果。在我国实行依法治国,建设社会主义法制国家,这绝非某个人的主观意志,而是中国社会历史发展的必然。这种选择,关系到中国社会的发展和进步,关系到中国人民的根本利益和幸福,关系到中国的前途和命运。

市场经济是法治经济。有学者对亚里士多德的“法治”概念进行了现代诠释,并在此基础上有学者指出:“中国法制的变革是在市场经济体制改革的冲击下引发的;同时,市场经济的改革又为法治社会提供了生长点。法制的改革就是要把法制的根基,以及在此根基上生长的法律制度和法领,从计划经济的土壤上移植到市场经济的土壤上,实现由‘人治’向‘法治’的转变,实现中国法制现代化。”<sup>[4]</sup>

现代化国家必定是法治国家。有学者指出:“完备的社会主义法制既是中国社会主义现代化建设的内在要求,也是中国改革开放事业顺利进行的保障。一个现代化的国家必定是一个法治国家,离开法治追求国家的现代化,只能是侈谈。”<sup>[5]</sup>我国法制建设所面临的主要问题是权与法的关系问题。要解决这个问题就要使法律支配权力、控制权力,而要使权力服从法律就要改革政治体制,扩大政治民主。

### (二) 法治的实现

[1] 吴德星:《法治的理论形态与实现过程》,《法学研究》1996年第5期。

[2] 沈宗灵:《再谈“法制”与“法治”二词的词义》,《法学》1996年第1期。

[3] 刘升平:《实行法治是历史发展的必然》,《法学》1996年第10期。

[4] 蔡定剑:《法制的进化与中国法制的变革》,《中国法学》1996年第5期。

[5] 张晋藩:《完善社会主义法制的点滴思考》,《法律科学》1996年第3期。

肃清封建主义、官僚主义专制传统习惯,提高领导干部的现代法治意识是建设社会主义法治国家的首要任务。在年初举行的邓小平民主法制思想研讨会上,许多学者认为,要建立社会主义法治国家,首先要从提高全民、特别是全党领导干部的法治意识入手。当前建设法治国家的一大障碍仍然是封建主义。在批判资本主义自由化思潮的同时,更须十分重视肃清封建主义、官僚主义专制传统、特权思想、人事制度上的任人唯亲等等弊端和腐败现象,否则,就不可能调动人民的政治积极性和生产积极性。<sup>[6]</sup>

掌握要领,有效推动法治进程。有学者认为,当代中国实现法治有四个要领:(1)既要民主法制化,更要法制民主化;(2)既要掌握与监控国家权力,又要培育和发展社会权力;(3)既要建立法治国家,又要建立法治社会;(4)共产党既是执政党,更是领导党。<sup>[7]</sup>有学者认为,当代中国实现法治的过程也就是从官本位转变为民本位的过程。这既是邓小平法治思想的核心,也是有中国特色的法治进程。<sup>[8]</sup>

中国实现法治实际上是建立一个新传统。有学者认为,现实法律体系的建设必须要注意到两个问题:第一,西方的法治毕竟产生于其特定的历史传统与文化环境中,不可能放之四海而皆准。第二,现实的法治建设必须充分体现民族优秀传统。现实法治建设若过于背离传统将会被传统的情性力所粉碎,最终难免形成清末法律体系变革流于形式的局面。<sup>[9]</sup>

法律权威是法治的首要内容和基本标志。本着历史的与逻辑的相统一的原则,有学者指出,新中国成立以来,我国政治形态发生过两次变迁:先是从“准宪政”到“大民主”;再是从“大民主”到常规政治,现在正处在由常规政治向现代法治转变的阶段。法律的地位也相应地经历了两次重大变迁,现在正处在树立法律权威的进程之中。历史的必然性证明了我们推动法治进程的合理性和进步性;但如何实现法治和在多长时间里实现法治,则取决于我们的主观努力。他认为,应以积极与稳妥为原则,适当选择突破口:实现法治应以树立法律权威为先;树立法律权威应以实现司法独立为先;实现司法独立应以实行分权与制衡为先;实行分权与制衡应以发展社会自治力量(使市民社会与政治国家相分离)为先;发展社会自治力量应以将党的领导纳入人民代表大会为先。<sup>[10]</sup>

法律的形式合理性比法律的实质合理性更为重要。有学者认为,法治实际上是这样一种制度模式:在法律创制问题上强调法的实质合理性,在法律执行问题上强调法的形式合理性。在我国法治建设的起步阶段,法律的形式合理比法律的实质合理性更为重要。对于法治而言,首要条件并不是法律外部所追求的合理与正义,而是“形式法律”的合理与健全。<sup>[11]</sup>

分权是中国法治的战略突破口。有学者认为:“法治的核心是人民通过理性的法律规范政府——人民的仆人,然而法律只是一纸规范,欲使仆人‘不能违法’唯有设计结构合理、科学的政府,使政府因其内部结构本身不能不依法办事,这就是分权。”<sup>[12]</sup>有学者指出,司法独立有助于法治建设。法官不要参与行政机关的决策和行动,但要保留对行政机关的任何一项政策或

[6] 《中国法学会召开邓小平民主法制思想研讨会》,《中国法学》1996年第2期。

[7] 郭道晖:《实现法治的“四要”》,《法律科学》1996年第3期。

[8] 郝铁川:《法治思想的一个重大转变——学习邓小平关于变官本位为民本位的论述》,《中国法学》1996年第3期。

[9] 马小红,参见《依法治国,建设社会主义法治国家学术研讨会纪要》,《法学研究》1996年第3期。

[10] 谢鹏程:《论当代中国的法律权威——对新中国法治进程的反思和探索》,《中国法学》1996年第6期。

[11] 孙笑侠:《中国法治的现实目标》,《法律科学》1996年第3期。

[12] 周永坤:《分权——中国法治的战略突破口》,《法律科学》1996年第3期。

行动的司法审查权。只有当人们对法律的信仰归属法院,法治才是可能实现的。“法治不是靠政府,而是靠这样独立自主的法院逐步建立起来的。”<sup>[13]</sup>有学者则进一步提出了“法官至上”的原则,并认为,法官在技术处理上既不能规则至上,也不能以法律无明确规定而拒绝处理某些案件,而应把社会正义人微言轻作为处理种种疑难案件的标准。“在法治社会中,法官应是凌驾于各种政治势力之上的中立力量。”<sup>[14]</sup>

在完善形式法治的同时,自觉地从价值导向上把形式法治转化为实质法治。有学者认为,法治发展的一般规律是,从形式法治到实质法治。但是,当今中国的全球一体化压力和内部建立高效公平市场经济的需要,决定了中国法治的发展面临双重任务:一方面需要进一步完善形式法治;另一方面需要从价值导向上把形式法治转化为实质法治。具体而言,重点要抓四个方面的工作:一是确保法律至上,二是确保法律自治,三是加强权利保护,四是建立和完善中国的社会保障制度。<sup>[15]</sup>

有学者认为,我国目前存在着监督权力设置不当的问题,现行的监督机关都是系统内部的监督,是各自封闭的监督机制,造成有些监督机关形同虚设。<sup>[16]</sup>有学者严正指出:“权力不受监督和制约,必然导致腐败,依法治国就无从谈起。”<sup>[17]</sup>

### (三) 依法治国与党的领导

有学者指出:“依法治国也是在新时期加强并改善党的领导、提高执政党的领导水平的必然要求。”<sup>[18]</sup>他还从加强党的领导的角度论证了实行依法治国的意义。首先,实行‘依法治国’有利于克服在特定历史条件下形成的以党代政的倾向。共产党作为执政党不是代替人民执政,而是领导人民组成国家,通过国家机关,实现人民当家作主。其次,依法治国也是提高执政党的领导水平的正确措施。多年的经验已经证明,要提高党的领导水平就必须克服以党代政,不使领导陷入日常的行政事务。再次,依法治国对在新时期加强党自身的建设也有重大意义。实行依法治国不仅能保障、促进社会主义市场经济,社会主义民主政治和社会主义精神文明的建设,而且也是防止国家干部滥用权力,反腐倡廉,保证他们特别是领导干部廉洁自律、奉公守法的重要措施。

### (四) 法治理论的体系

法治既是一种治国方式或方法,一种立国的原则,一种法律制度和法律秩序,也是一种治国的理论和思想体系。

法治具有一定的理论基础。有学者认为,法治国的理论基础有四个方面:(1)个体自然独立、平等观——法治国的主体论基础;(2)理性自律观——法治国的立法论基础;(3)性恶观——法治国的人性论基础;(4)众人智慧优越观——法治国的认识论基础。<sup>[19]</sup>

法治既有其精神要件,又有其实质要件和形式要件。有学者认为,法治的精神要件有四个方面:善法、恶法价值标准的确立,法律至上地位的认同,法的统治观念的养成和权利文化人文

[13] 李静冰:《司法独立有助于法治建设》,《法律科学》1996年第3期。

[14] 陈金钊:《法治之路的技术选择》,《法律科学》1996年第3期。

[15] 高鸿钧,参见《依法治国,建设社会主义法治国家学术研讨会纪要》,《法学研究》1996年第3期。

[16] 胡云腾,参见《依法治国,建设社会主义法治国家学术研讨会纪要》,《法学研究》1996年第3期。

[17] 刘海洋:《依法治国:中国社会主义法制建设新的里程碑》,《法学研究》1996年第3期。

[18] 孙国华:《依法治国是改进和加强党的领导的需要》,《法学》1996年第10期。

[19] 张恒山,参见《依法治国,建设社会主义法治国家学术研讨会纪要》,《法学研究》1996年第3期。

基础的建立;法治的实质要件有三个方面:控权制度的存在和权力制衡原则被遵守,国家责任的有效追究机制和权力与责任相统一原则的确立,公民义务的法律化和相对化;法治的形式要件有法治的统一性、法律的一般性、规范的有效性、司法的中立性、法律工作的职业性等方面构成。<sup>[20]</sup>

法治有形式法治与实质法治之分。有学者认为,法治的共性是旨在建立一种理性的法律秩序,这是法治区别于人治和神治的主要特点。在此基础上,可以把法治分为形式法治与实质法治。相对实质法治而言,形式法治具有四个特点:(1)强调依法而治——对法治的工具性使用,(2)强调秩序——偏重于自上而下的管理,(3)重视法律的普遍性、稳定性和逻辑一致性等形式要件,(4)关注的重点是效率——以形式合理性为宗旨。法治发展的一般进程是,先有形式法治得到充分发展,然后才由形式法治上升为实质法治。<sup>[21]</sup>

法治的动力来自社会而非国家。有学者认为,法治的逻辑起点是,社会需要法去治理国家,依法治国的对象是国家,法治的动力来自于社会而不是国家,法治是社会强加于国家的而不是相反;法律至上要求法具有超越国家的品格和价值中立。<sup>[22]</sup>有学者则认为,中国的法治应当走政府推进型与社会推进型相结合的道路,以政府推进法制的改革为主导,辅之以社会、民间自然生成的具有现代法治精神的制度、规范和力量。<sup>[23]</sup>

## 二、一些基本理论问题的研究存在较大分歧

近年来我国法理学研究取得了巨大的成就,但这些成就到底是什么呢?在下列几个方面,法学界存在着较大的分歧。<sup>[24]</sup>

### (一) 市民社会的要求、理性、规律是否属于法律本质的范畴

《法学》发表评论员文章,一方面号召加强利益主体多元化对法律影响的研究,一方面提出了关于法律本质的见解:法是不同利益主体共同意志的体现,法的阶级性虽然还存在,但其形式和内容有了较大的变化,需要我们运用历史唯物论重新分析研究。<sup>[25]</sup>

有的学者则反对意志论,主张规律论。他说:“法律应当首先体现市场经济的规律,而不只是体现立法者的意志。背离经济规律而片面强调立法者愿望和意志所制订出的法律,只能给经济带来破坏性的恶果,这一点已经有不少历史教训。”体现规律性的法律规范具有长期稳定性,而单纯体现立法者意志的法律规范则往往是极易变动的,通常随着立法者的改变或立法者意志的改变而经常改变。他说:“市场经济推动了意志论与规律论之争,并给予规律论以很有力的

[20] 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。

[21] 高鸿钧,参见《依法治国,建设社会主义法治国家学术研讨会纪要》,《法学研究》1996年第3期。

[22] 石泰峰,参见《依法治国,建设社会主义法治国家学术研讨会纪要》,《法学研究》1996年第3期。

[23] 舒国滢,参见《依法治国,建设社会主义法治国家学术研讨会纪要》,《法学研究》1996年第3期。

[24] 1996年法理学界连续发表了几篇文章,对近几年提出的私法优先、权利本位、法律移植等观点进行了批评。这些文章主要有晓南:《当前我国法学研究中的若干问题》,载于《求是》1996年第5期;孙国华:《当前我国法理学研究中的几个问题》,载于《法学》1996年第4期;张光博:《学习邓小平建设有中国特色社会主义理论,引导法学沿着正确道路向前发展》,载于《中国法学》1996年第4期;张光博、李冬梅:《制度、体制和法》,载于《当代法学》1996年第2期,以及下文中将要引用的几篇论文。

[25] 《加强利益主体多元化对法律影响的研究》,《法学》1996年第7期。

支持。就其本质而言,意志论和规律论之争就是近年来中国法学界有关法的阶级性和社会性之争的继续和发展。”<sup>[26]</sup>

有学者指出,有四种观点试图否定马克思主义关于法的本质的原理:其一是关于法市民社会的要求的观点;其二是关于法是理性的体现的观点;其三是关于法与法律严格区别开来的观点;其四是关于法是被奉为法律的统治阶级的意志只适用于阶级对抗社会的观点。<sup>[27]</sup>

## (二)现代法律精神之研究的是与非

有学者认为,中国法制正全速迈向现代化,他试图从八个方面勾划出现代法的精神:自主性原则、法治原则、产权原则、人权原则、与开放社会相适应原则、沟通理性原则、继承传统原则、世界和平原则。<sup>[28]</sup>

有的学者指出,研究现代法律精神具有一种危险的理论倾向,这就是不区分社会主义法与资本主义法,使我国法制现代化脱离社会主义方向,脱离我国国情,为法律西化开道。<sup>[29]</sup>

## (三)私法优先的是与非

私法优先是以公法与私法的划分为前提的。有的学者不仅反对私法优先,而且反对公法与私法的划分。他认为,关于私法与公法的划分问题,列宁早有定论,我们不宜简单否定。私法优先是私有制占主导地位的社会的法律原则,而我国是公有制占主导地位的社会主义国家,当然不应搞私法优先。<sup>[30]</sup>简言之,私法优先就是私有制优先。

有的学者则认为:“市场经济理论出现后,人们论证私法存在的基础是市民社会,而公法存在的基础是政治国家。只要承认国家和社会职能的分开,就要承认公法和私法的分开。”<sup>[31]</sup>有的学者具体论证道:“市场经济承认主体人格平等、尊重主体意思自治、保护主体利益独立,从而造就了一个平等市民组成的市民社会。市民社会从政治国家的束缚中分离出来,国家不再是凌驾于市民社会之上的力量,于是,就有必要对权力行为和权利行为实行不同的法律调整。”<sup>[32]</sup>公法与私法的关系实际上是权力和权利的关系。在市场经济下,必须树立“权力受制于权利”和“权力服务于权利”的观念。私法优先不等于私有制优先,正如搞市场经济不等于搞私有制。

## (四)权利本位的是与非

有的学者认为,在发展社会主义市场经济、建设社会主义民主政治、社会主义精神文明的过程中,重视对社会成员权利的确认和保护,是必要的。但重视权利问题,不要用“权利本位”来表述,因为这是资产阶级在自由资本主义时期提出的、与“个人本位”相适应的主张,讲权利本位不利于人们树立正确的权利义务观念。<sup>[33]</sup>

[26] 江平:《国家与社会——论中国现今法律观念之转变》,载于《南京大学法律评论》1996年春季号总第5期。

[27] 孙国华:《当前我国法理学研究中的几个问题》,《法学》1996年第4期。

[28] 陈弘毅:《西方人文思想与现代法的精神》,《中国法学》1995年第6期。他自称,这项研究是继有的学者发表《市场经济与现代法的精神》之后的另外一种探索,即别人是从市场经济的角度建构现代法的精神的概念,而他自己是当代西方人文及社会科学思想的角度对现代法的精神进行了探讨。

[29] 参阅孙国华:《当前我国法理学研究中的几个问题》,《法学》1996年第4期。

[30] 同上。

[31] 江平:《国家与社会——论中国现今法律观念之转变》,载于《南京大学法律评论》1996年春季号总第5期。

[32] 丁以升:《要警惕右,但主要是防止“左”——评当前法学界的一种新动向》,《法学》1996年第6期。

[33] 参阅孙国华:《当前我国法理学研究中的几个问题》,《法学》1996年第4期。

权利本位,实质上针对的不是权利与义务的关系问题,而是公民权利与国家权力的关系问题。有的学者同意权利本位的主张,并说:“权利是基础,权利是动力,权利是目标,权利是利益机制,没有权利的自主有享有、行使和保护,便没有市场经济。”<sup>[34]</sup>有的学者针对权利本位有碍正确的权利义务观念的形成的观点,指出:“权利本位仅仅是强调立法者在设定权利和义务时,应以保护主体利益为出发点,首先确认主体的权利,为保障权利的行使,才强加给主体以义务。……权利本位并没有割裂权利与义务的辩证关系。”<sup>[35]</sup>

上述四个方面的认识分歧,不仅关系到如何评价近年来我国法理学研究的业绩,而且关系到一些重大的理论是非问题,关系到未来的法理学研究站在什么样的起点上的问题,意义确实重大。我们认为,把学术问题上升为政治问题往往会产生极大的负面效应。如果用统一的标准去衡量或裁剪每一种观点,就会窒息和阻碍学术发展。只有对学术讨论持宽容和尊重的态度,才能引来百家争鸣,才能促进学术发展和进步。

### 三、对一些问题的研究取得了新的进展

1996年度法理学界对近几年讨论过的一些重大问题作了进一步的研究,取得了不可忽视的成就。

#### (一)关于法律观念的转变

##### 1. 重新认识国家与社会的关系

有学者提出,中国现今从计划经济向市场经济转变的核心问题是解决好国家与社会关系问题。计划经济的本质是承认国家权力至上,而市场经济的本质是承认社会权力为本位,是动力。改革的内容不仅指从过度的中央集权到适当的地方分权——一定程度的地方自治,也包括从高度的国家集权到社会分权——一定程度的社会自治。后者对今天中国尤为重要。以前是国家权力从社会权力中分化出来;今天社会权力从国家权力中解放出来。具体而言,国家与社会关系的转变集中体现在下面六个方面:(1)从意志本位到规律本位,(2)从管理本位到权利本位,(3)从国家控制企业到企业自治,(4)从产权高度国有化到产权社会化,(5)从完全国家意志到意思自治,(6)从人治到法治。<sup>[36]</sup>

有的学者则从法社会学的角度指出,当代中国的法学理论应当实现这样几个转变:(1)从规则到行为。法律由可观察的行为构成,而不是由规则构成。(2)从抽象正义到具体正义。具体正义是指一种使人们尽可能在最少阻碍和耗费的条件下得到最大满足的社会结构。(3)从国家到社会。中国法制现代化的实质就是市民社会在中国的孕育与生成,就是罗马法在中国的复兴。<sup>[37]</sup>

##### 2. 儒家义利观与市场经济的关系

现实生活中人们的观念,包括义利观,是从传统中不断延伸过来的,受传统的影响很大,但传统的影响只是构成现实中人们义利观的一部分,当代中国人的义利观结构实际上是一个多

[34] 江平:《国家与社会——论中国现今法律观念之转变》,载于《南京大学法律评论》1996年春季号总第5期。

[35] 丁以升:《要警惕右,但主要是防止“左”——评当前法学界的一种新动向》,《法学》1996年第6期。

[36] 江平:《国家与社会——论中国现今法律观念之转变》,载于《南京大学法律评论》1996年春季号总第5期。

[37] 王涌:《社会法学与当代中国法的理念与实践》,《中外法学》1996年第1期。

元化的、多层面的、多内容的混合物。儒家义利观经过现代诠释和整体性转化创新,可能对我国民法文化的现代化产生积极作用:(1)在原则层面上,儒家义利观的社会优先、互尊互利等道德原则与现代民法的公共秩序、善良风俗、诚实信用、禁止权利滥用等原则是相契合的;(2)在文化层面上,中国伦理可充当中国人法律生活的价值本体;(3)在人的素质层面上,儒家的义利观大大提升了中华民族的道德情操,提升了法律人的人格素质,这种在执行公务和法律时必须“重义轻利”的精神至今仍应保持和提倡。<sup>[38]</sup>

### 3. 摒弃对法律的实用主义、机会主义和工具主义态度

有的学者认为,中国人对待法律的态度是实用主义的,功利性很强。一方面法律通常被视为一种手段或工具,不属于信仰的范围;另一方面,即使把法律视为“经”,也要辅之以“权”。在改革开放初期,绕过或放弃宪法和法律的修改程序,先搞“试点”的作法,取得了很大的成功,但是如果不能摒弃这种作法,这种成功也难以长期维持下去。要搞法治,既要以为法律为“经”,又要摒弃“权变”。<sup>[39]</sup>有的学者则指出,作为现代法治精神的形式合理性不同于法律工具主义,形式合理性的弘扬必然大降低政府行为的灵活性和自由度,也难免牺牲某些个案中的实体正义,但是要以法治取代人治,就必须付出此种代价,政府和公众应当对这一点有足够的心理准备。<sup>[40]</sup>

## (二) 法学方法论

1996年法学方法论的研究主要有两个方面,一方面是专门探讨法学研究的方法问题,另一方面是在研究工作中尝试运用新方法。这两个方面都取得了一定的进展。

对经济决定论的反思。有的学者指出,绝对化了的经济决定论对法理学、部门法学及立法实践都造成了严重的误导。一方面,要相对地理解“经济”、“决定”的概念以及其适用的范围;另一方面,在承认经济决定论的同时,我们还应当承认历史环境的决定作用,主体选择的决定作用,以及法律自身的发展逻辑。<sup>[41]</sup>

规范注释方法、社会实证分析方法和价值分析方法是现代法学的三大基本方法。对这些方法的态度和应用程度是形成现代法学流派的基础。我国法理学目前还没有形成法学流派,原因是多方面的,没有一种方法得到充分开发也是原因之一。我国法理学的发展应当是先分而后合,即首先要向多元化方向发展,然后实现以规范注释学为学术基础,以社会实证法学为理论视野,以价值分析为精神向导的“综合”。<sup>[42]</sup>

案例的法理学研究方兴未艾。对案例进行法理学研究是推动法理学发展的一条重要途径。近年来,我国法理学界有些青年学者开始进行这种尝试,这是十分可喜的现象。刘作翔撰写的《神圣的宪法权利与“社会公德”的冲突——对浙江医大一则决定的法律思考》和《法治社会中的权力和权利定位》,前者对一起有争议的案件进行了法理学分析,并由此引伸出一系列法律观念的更新问题。后者则用五个事例分别从不同的角度提出了两个问题:权力的定位问题和私

[38] 俞荣根:《儒家义利观与中国民法文化》,《政治与法律》1996年第3期;徐永康:《儒家义利观与市场经济》,《法律科学》1996年第1期。

[39] 沈国明,参见《依法治国,建设社会主义法治国家学术研讨会纪要》,《法学研究》1996年第3期。

[40] 郑成良,参见《依法治国,建设社会主义法治国家学术研讨会纪要》,《法学研究》1996年第3期。

[41] 周永坤:《法律经济决定论评析》,《法学》1996年第2期。

[42] 谈义:《中国法理学的流派与方法刍议》,《法学》1996年第2期。

权利的保护问题,并结合个体事例对这些问题进行了深入的研究。<sup>[43]</sup>苏力借鉴西方法理学中的案例研究方法,形成了一种比较好的案例研究体例,即先介绍案情并从法理学的角度提出问题,然后一一剖析和解决,层层递进,最后通过综合分析并得出结论。<sup>[44]</sup>对案例的法理学研究与对案例的部门法研究,无论在研究目的和意义上,还是在研究方法上都存在一定的差别。这种研究方法的运用,在我国还处于起步阶段,有待于我们进一步开发和利用。

### (三)立法问题

#### 1. 法律移植问题

有的学者指出,世界法律的发展史已经表明法律移植是落后国家加速发展的必由之路,是中国对外开放的应有内容,也是中国法制现代化的必然需要。一切能够与时代精神融为一体的富有生命力的积极因素都在移植之列。法律移植必须突破姓“资”、姓“社”政治意识形态的束缚,必须破除“中体西用”的陈腐信条。<sup>[45]</sup>如果说1995年沈宗灵先生撰写《论法律移植与比较法学》一文为肯定法律移植作了理论准备的话,那么有的学者的这篇文章就是旗帜鲜明地倡导法律移植,这是我国法理学发展中的一大突破。

有的学者对法律移植所面临的价值合理性与工具合理性的冲突及其化解的途径作了初步的研究。<sup>[46]</sup>同时,有的学者从另一角度分析了在法律移植时应当注意的问题。在立法时,尤其在经济立法时,不仅应吸收社会主义国家的法律,而且也应借鉴资本主义国家的法律。借鉴的内容,至少应包括立法成果、立法经验、立法技术、立法理念。借鉴的难点是如何通过研究、比较、分析,借鉴对我国社会主义建设有用的东西。选择方向,审度国情以及吸收改造这三点特别值得我们注意。<sup>[47]</sup>

有的学者认为,一定意义上的法律移植是必要的,但“必须注意两点:一是要有自己的理论指导和基本立场。我们建立的是社会主义市场经济,如果光讲‘市场经济’而忽视了社会主义的根本方向,那就会导致全盘西化。我们要把吸收借鉴外国的先进经验和做法同意识形态西化区别开来,有些同志恰恰忽视了这一点;二是要根据中国的国情和自身的发展需要来完善法学。全面移植、照搬照抄从来行不通。这在我国历史上有过经验教训。”<sup>[48]</sup>有的学者认为:“在借鉴和移植历史上或其他民族的法律时,关于姓资姓社的问题,正确的态度应当是:首先要分,其次是不分。”他还认为,笼统地讲法律移植,不仅具有片面性,而且具有一种非政治化、非意识形态化的倾向。<sup>[49]</sup>有的学者则认为,法律移植并非不加选择地照搬外国法律,把法律移植归结为全盘西化是故意歪曲,是“左”倾思想的反映。<sup>[50]</sup>

#### 2. 法律解释

有的学者从解释学的角度对法律解释问题进行了探讨。他认为,就解释与文本的一致性而

[43] 刘作翔:《法治社会中的权力和权利定位》,载于《法学研究》1996年第4期;《神圣的宪法权利与“社会公德”的冲突——对浙江医大一则决定的法律思考》,载于《法学》1996年第3期。

[44] 苏力:《秋菊打官司案、邱氏鼠药案和言论自由》,《法学研究》1996年第3期。

[45] 张文显:《论立法中的法律移植》,《法学》1996年第1期。

[46] 王凡:《浅论地方性法规》,《中山大学学报》(法学论文集)1996年增刊。

[47] 曹建明:《研究国际经济法,促进改革开放》,《政治与法律》1996年第1期。

[48] 晓南:《当前我国法学研究中的若干问题》,《求是》1996年第5期。

[49] 孙国华:《当前我国法理学研究中的几个问题》,《法学》1996年第4期。

[50] 丁以升:《要警惕右,但主要是防止“左”——评当前法学界的一种新动向》,《法学》1996年第6期。

言,法律文本具有如下特点:(1)文本特质对解释相同性的强烈倾向,(2)法律文本使用的语词是明确的,(3)解释者目的的认同性。另一方面,出现不同解释的可能性无法从根本上消除,因为(1)法律规范的相对有限性与调整对象的相对多样性之间存在着矛盾,(2)一般语言与专门语言之间存在着矛盾,(3)解释者自身认识背景与角度的不同使其对法律的解释产生差异,(4)历史条件的变化对符号指代内容的影响,(5)法律规范表述的模糊性给解释活动留下了较大的空间。<sup>[51]</sup>

#### (四)法理学基本范畴的讨论

有学者对义务范畴进行了深入的研究,并提出了这样一个理论假设:在不存在国家权威的情况下,人们自发地将在一定历史条件下人们共同生产、生活所必须遵循的必然性要求确定为社会共同的义务规则(正当义务或原初义务);在承诺并履行这种义务的前提下,个人的权利才得以确立。义务内涵的“应当”是由“正当”+“必须”构成的,是自立、自成、自证的。因此,义务本身就是个人行为正当性的标准,对义务这种正当性标准不存在另外一个评价标准。法律义务是由“正当”+“必然”+“国家强制力”构成的,如果国家立法增设新的义务而失去了正当性,那就是专横和任性的表现。<sup>[53]</sup>这一理论从义务的角度提出了一套批判现实的国家和法律的标准。

法是理与力的结合。理是法的内容,主要包括对法所反映的社会关系的科学认识,社会中占主导地位的价值观念和道德观念,人们利用法反作用于社会关系的经验和技术手段。在现代社会,理还包括满足一定的民主、自由、人权、法治和正义的要求。力是法的形式,主要包括以国家权力为核心的国家意志性和国家强制力。理与力两方面正好反映了法对人的行为产生影响“自律性”与“他律性”特征。从理与力的关系可推演出整个法理学。它们确实是一对具有方法论意义的法理学范畴。<sup>[54]</sup>

#### (五)法社会学探索

有学者指出,法社会学作为两个不同的层面同当代中国立法密切联系在一起:一是作为立法哲学的法社会学,为立法提供了社会实证主义精神及其创造的普遍法理;二是作为立法技术的法社会学,不仅可以以其独特的经验化概念营造逼真的现实社会环境,摹拟法律运作对立法后果进行形象的预测和检验;而且可以为法律移植提供必要的认识工具。<sup>[55]</sup>

当代中国处在社会转型时期,权对法的抵抗,钱对法的引诱,情对法的消融,等等构成了树立法律权威的严重障碍;另一方面,市场经济的发育和发展又迫切需要健全的、具有权威的现代法律制度。如何解决这一矛盾,已经成为当代中国法理学面临的历史性课题。<sup>[56]</sup>

## 四、简评与展望

1996年的法理学研究成绩斐然,概而言之,有如下几个特点:

[51] 欧阳春:《试析法律解释》,《法律科学》1996年第1期。

[53] 北岳:《法律义务的合理性依据》,《法学研究》1996年第5期。

[54] 孙国华:《法是“理”与“力”的结合》,《法学》1996年第1期。

[55] 王涌:《社会法学与当代中国法的理论与实践》,《中外法学》1996年第1期。

[56] 文正邦:《世纪之交法理学面临的双重历史性任务》,《政治与法律》1996年第5期。

1. 研究课题涉及面广,同时重点突出。该年度法理学方面的论文不仅比往年的数量多,质量相对较高,而且涉及的领域相当广泛,从法理学中的一些基本概念到对法理学自身的反思,从立法、执法到法律监督,从政治体制改革、依法治国到人权,等等,几乎涉及法理学的各个主要方面。不仅研究的领域广泛,而且研究重点突出,这就是依法治国,建设社会主义法制国家的理论与实践问题。

2. 在讨论法治的热潮之下潜藏着巨大的理论分歧。关于依法治国,建设社会主义法制国家的讨论,吸引了大批学者,发表了大量高质量的论文,可以说掀起了一次法治讨论的热潮。与此同时,有一些学者试图对过去几年的法理学研究进行一次清理,总结过去,找准立足点。他们大致分为两派,肯定派对过去几年提出的一些重大的新观点几乎作全面的肯定;否定派在抽象地肯定成绩的同时对过去几年里提出的一些重大的新观点进行了尖锐的批判。这种讨论是必要的,但是,如果在讨论中缺乏应有的宽容,将不利于正常的学术交流和学科的健康发展。

3. 非法理学专业的学者在法理学研究上具有卓越表现。在这次法治问题的大讨论中,研究部门法的一些学者积极投身于法理学的研究并提出了不少卓越的见解。他们的文章往往直逼主题,一语道破法理学界的某些“禁区”,读来令人畅快淋漓。诚如人们所说,真正的法学家同时也是法哲学家。法学的分科本来是相对的,正如德沃金所说:“在法理学与判案或法律实践的任何其他方面之间,不能划出一条固定不变的界线。”<sup>[57]</sup>法理学从来都不仅仅是法理学家自己的事业,而是整个法学界的事业。

回首过去,展望未来,我们对法理学的发展充满信心和希望:

1. 社会主义法治论,特别是有中国特色的社会主义法治之路,尚有待于进一步研究。法理学界对于选择法治(摒弃人治)已基本达成共识,但是,对于法治的内容、当代中国实现法治的具体途径等问题,还需进一步研究。

2. 进一步加强对法理学基本问题的研究。法理学界对现代市场经济条件下的法理学问题、法治化进程中的法律价值问题、法学研究方法与法学流派、法律解释问题、法律渊源多元化问题,等等,已作过探讨。在新的历史时期,还需立足于我国的现实,吸收国外的新的研究成果,使我国法理学体系不断得到完善。

3. 案例的法理学研究将是未来中国法理学的一个重要的生长点。新中国的法理学一向把历史唯物主义作为出发点和理论前提,在过去,这是十分必要的;在未来,这也是不能抛弃的。但是,如果只有这种研究方法,肯定是不够的。法理学必须找到自己同司法实践的结合部位——司法判决,因为案例既是社会矛盾的焦点,也是法律问题的焦点。

4. 部门法学家涉足法理学的同时,法理学家也要涉足部门法学。近年来,有些部门法学家开始研究部门法哲学问题,有的学者把这种现象称为“部门法理学的崛起”<sup>[58]</sup>。从另一个角度来看,这也是“法理学的贫困”,因为这说明法理学在一定程度上还没有适应部门法学发展的需要和及时提供科学的理论基础,才出现的这种现象。作为一个法理学者,如果不研究部门法学,而死守现有的法理学框架,不仅会被部门法学所抛弃,而且会被未来的法理学所抛弃。

[57] (美)德沃金:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,第83页。

[58] 刘作翔:《法理学研究的一般特点及其功能》,《法律科学》1996年第6期。