



您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

使用大字体察看本文  
阅读次数: 1769

## 2004年法理学研究回顾

朱景文 叶传星

### 一、概况

2004年的法理学研究有了新的进展, 出现了一些新的研究热点和亮点, 原来所关注的某些问题也有更进一步的深入讨论。本年度召开的研讨会主要有: 在日本北海道大学举办的第4届亚洲法哲学大会, 《法学研究》杂志社和黑龙江大学法学院主办的“俄罗斯法学理论的转变”研讨会, 中国政法大学中德法学院和比较法研究所主办的“中德日法学研讨会--法律全球化与共同法德发现”, 由北京大学法学院和《中国社会科学》杂志社主办的“法律移植与中国法制”研讨会, 由中国人民大学法学院主办的“有中国特色社会主义法律体系研讨会”, 吉林大学法学理论研究中心举办的“全球化时代的中国法学学术探讨会”, 吉林大学法律理论研究中心和湖南大学法学院共同举办的“法治、人权与宪政”的学术研讨会等。

本年度出版的比较重要的法理学术著作据粗略统计大致有: 孙国华主编的《马克思主义法学与当代》、《邓小平理论、“三个代表”重要思想民主法制导论》、吕世伦主编《法的真善美》、朱景文主编《法律与全球化--实践背后的理论》、朱力宇主编《依法治国论》、高鸿钧著《现代法治的出路》、郝铁川著《秩序与渐进: 中国社会主义初级阶段依法治国研究报告》、汪公文著《“道”“术”谱系中的法律精神》(许章润著《立法 说法 活法》、夏勇著《中国民权哲学》、夏勇等主编的《中国法治发展报告》(2003)、朱苏力的文集(《也许正在发生》、《通往城市的道路》等。译著主要有: 庞德著、邓正来译《法理学(第一卷)》(政法大学出版社)、爱波斯坦著、刘星译《简约法律的力量》(政法大学出版社), 波斯纳著、沈明译《法律与社会规范》(政法大学出版社), 沃尔夫著、黄金荣译《司法能动性》(政法大学出版社), 恩吉施著、郑永流译《法律思维导论》(法律出版社)等。新近出版的法理学教材包括孙国华、朱景文主编《法理学(第二版)》、朱景文主编《法理学教学参考资料》、张文显主编《马克思主义法理学》(高教出版社)、卓泽渊主编《法理学(第四版)》等。

### 二、热点问题与学术创新

#### 1. 关于坚持和发展马克思主义法学

中央十分重视马克思主义对哲学社会科学, 包括法学的指导作用。2004年初中央发布3号文件《关于进一步繁荣发展哲学社会科学的意见》, 提出实施马克思主义理论研究和建设工程, 4月中央专门召开实施马克思主义理论研究和建设工程工作会议, 胡锦涛总书记强调, 这是关系党和国家事业发展的战略任务, 是中央加强党的理论建设的重大举措。这次会议决定编写包括法学教材在内的反映当代中国马克思主义最新成果的哲学、政治经济学和科学社会主义理论教材。现在编写法学教材的工程已经启动。但是, 也应注意斗争的长期性, 加强马克思主义对法学研究的指导作用, 将是一个长期的任务, 将会伴随我国社会主义法学研究的全过程, 不可能一蹴而就。同时, 如何正确处理坚持和发展马克思主义法学的关系, 正确处理坚持马克思主义的指导地位和学术自由的关系, 这些老问题仍然值得认真考虑。

更多▲

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十年周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

党的十六大召开之后,大多数法理学者都认为,十六大所树立的理论创新的榜样、所倡导的理论创新精神、所确立的科学发展方针,将对中国法学理论创新产生巨大的政治推动作用。当代中国法学必须自觉地以理论创新为第一要务,推动法学理论研究在新世纪的跨越式发展。

中共十六大报告指出,发展社会主义民主政治,最根本的是坚持党的领导、人民当家作主和依法治国的统一。实现三者的协调统一,必然要求执政党依法执政。有学者认为,依法执政是中国共产党对党的执政条件、任务和环境的深刻变化,适应建设法治国家的要求,党的领导方式和执政方式的新发展。坚持依法执政,首先是依宪执政。必须在制度和法律上坚持和保证党的执政地位,改革和完善党的领导方式、执政方式和领导体制,根据宪法的规定和人民代表大会制度的要求,理顺党组织和国家政权组织的关系,实现党对国家和社会领导的制度化、法治化。

有学者探讨了我国依法治国进程中的党的领导问题。作者认为中国共产党执政之后既要从事行使国家权力处理国家事务的执政活动,又要从事非执政意义上的对人民群众的领导工作。党的领导与执政在价值目标上相同,从而有本质上的共同性,但在活动内容、活动方式上有许多的区别。辨析和区分党的领导和执政的概念本义,对于改革和完善党的领导方式和执政方式具有重要意义。[1]

## 2. 关于“以人为本”的法理学问题

有学者探讨了马克思的以人为本的法哲学问题。作者认为人们以往对马克思主义哲学思想的研究主要注重于经基础决定上层建筑的主体论方面,而忽视了马克思主义哲学思想中的另一重要内容即法的价值论方面的内容。“以人为本”是马克思主义哲学价值论中的核心思想,法律的发展要以人的本性、人的自由、人的权利和人的个体为本。马克思的这些法哲学思想对我们今天的法治建设有重要的理论启示意义。[2]

有学者比较了中国传统政治哲学中的“以人为本”和西方哲学中的“以人为本”的差异,并在此基础上探讨了“以人为本”的发展观对中国法哲学的影响,提出人应当是社会主义民主和法制建设的首要前提、根本依据和最终归宿。[3]

有学者探讨了认为人文主义法学是指崇尚人的价值、尊重人的本性、以人为目的的法学思想体系。这种法学思想的基本原则以及对法律思想的影响表现在:尊重人的需要和利益原则促进了权利、人权、自由的产生和发展;防范人的恶性原则促进了法治概念、民主政府、分权、法律程序、法律监督的产生和发展;宽容人的弱点原则主张法律对人的行为不宜提出过高的要求;鼓励人的优点原则则主张法律允许人们参与法律实践活动、鼓励人的奉献行为等。[4]

## 3. 关于法理学的基本问题

有学者从法理学知识谱系的角度考察了法理学基本问题的形成和演变,指出当今法理学的基本问题包括三个,即法律是什么,法律应该是什么,如何认识法律。法理学也经历了一个与哲学类似的从本体论到认识论,再到语言哲学的转变过程,其中的主线就是对上述三个问题的回答。[5]

有学者认为将法学知识视为“科学知识”的主张存在着学理上的困境。从法学知识学术运作的前提、过程、分析前见、资源支持、学术权力等角度看,法学科学主义的努力视无法成功的。法律实践中的法律这个语词的争议性使用,尤其是探讨性使用,更凸显这种科学主义的困境。揭示法学科学主义困境的目的,不在于否定法学知识本身,而是为了呈现其原有的实践品格,将法学知识视为法律实践的组成部分,提示法学知识生产者的重要实践责任。[6]

有学者在关注俄罗斯转型时期的法学理论的根本性变化。这种变化就是从马克思主义国家与法的基本理论由占统治地位的意识形态和理论指导,转变为与其他学说并立。对马克思主义的法学理论也有不同的评价,有的认为其是一种乌托邦,或者一种假说,其理论预测与实际不符合,有的认为它已经过时,需要用适合社会现实的妥协与协商的理论取代之。俄罗斯的法学界在苏联时期存在对马克思主义的简单化和教条化的问题,现在则存在歪曲马克思主义法的理论的问题。[7]

有学者从多个角度讨论了法的保守性以及为什么法具有保守性。作者指出法的保守性意味着,法律不轻易破坏自发秩序,甚至认可自发秩序;重视法律实践中的经验而不是理论的预先设计,否定全能的理性,将法律看作是人类不断积累的生活经验的表达;赞同渐进的法律变革等。作者还评论了当代中国的法的保守性观念。[8]另有学者讨论了法律和理性的关系。[9]

## 4. 关于权利的一般理论研究

有学者探讨了权利哲学的基本问题。围绕对权利的概念、要件、类别和根据等问题的回答，形成了权利的分析理论、价值理论和社会理论。权利的分析理论主要包括霍菲尔德德学说以及要求论与资格论、利益论与意志论之间的论辩。权利的价值理论主要包括关于权利的重要性、权利限制以及权利衡量等问题的若干学说。[10]

有学者讨论了中国权利话语的历史基础问题。作者通过识别和阐述传统民本观念的权利成分及其流变，试图在继承和重述古代民本思想的基础上，把以民为本的民本论转变为民之所本的民本论，把他本的民本论转变为自本的民本论，把以民为手段的民本论转变为以民为目的的民本论。同时通过清理现代中国的民本思想和民权理论以及评析政治浪漫主义和文化怀疑主义，试图借助权利概念来完成民之本体的建构，从而支持当代中国关于民权的价值理论和政治实践，倡导一种同以人为本的观念相呼应的新的民本学说。[11]

有学者认为权利冲突是指两个或者两个以上的同样有法律上之依据的权利，因法律未对它们之间关系作出明确界定所导致的权利边界的不确定性、模糊性，而引起的它们之间的不和谐状态、矛盾状态。权利的属性如权利的自因性、权利的涉他性、权利的排他性和权利边界的模糊性等是造成权利冲突的原因。可以从立法和司法两个角度着手解决权利冲突。权利冲突的实质是利益冲突，因而解决权利冲突、重新确定和明晰权利边界的过程就是一个对冲突着的利益进行衡量和取舍的过程，同时也是一个价值选择的过程。[12]

有学者提出权利冲突问题实际上是一个伪问题，是把权利本位绝对化导致的后果。任何权利都有特定的边界，权利边界通过立法技术、司法解释、法律原则、公序良俗等是可以划分的。守望权利边界就不会发生权利冲突，各种权利相辅相成，互不隶属，试图通过划分权利位阶来化解权利冲突，是徒劳无意义的举动，应该从权利本位转向权利边界的研究。[13]

有学者从行乞权的有无的角度探讨了关于“法无明文禁止之处即可做权利的推定”的命题，认为不论从逻辑上还是实践中都不能从法无明文禁止之处必然的推导出权利。[14]

有学者探讨了人权的本原问题，认为人权源于人的本性，这种本性包括自然属性和社会属性两个方面。自然属性即人性，它由人的天性、德性与理性三个要素所构成。这是人权存在的目的和意义，是人权产生的内因。人的社会性对于人权的意义在于。一是人权存在于人与人的关系中；二是社会制度尤其是经济制度的文明程度，影响与制约着人权的发展，这是人权产生与发展的外因。[15]

有学者认为人权的制度表达实为一套逻辑化和实证化的权利运作机制贯彻和推行的一定的人权观念和理论。实证化的人权形态主要包括：作为自由主义人权制度化表达的公民权利和政治权利；作为社群主义人权观制度化表达的经济、社会和文化权利；以及作为人权制度新进展的发展权和环境权。[16]

有学者讨论了人权全球化的有关问题。人权全球化作为当代国际社会的重要现象之一，它不仅仅意味着人权制度的跨国作用，而且也意味着人权思想、学说、意识的跨国交流。在人权国际化的过程中，应当以人道主义和权利本位为出发点，以文明间的共存和可持续性发展为准则，在其发展过程中，应当以国际合作为主导方式，不能包罗万象的建构人权体系。另外应当重视人权谱系的全面性。在此前提下，构筑共同的人权高标准不仅是必要的，而且是可能的。[17]

## 5. 关于法治的研究

有学者提出，自从法治概念提出以来，古今中外的法学家们总是把它与一种具有一系列新特点的特殊法律类型相联系并赋予它许多优秀的品格：它是自治、自主、自足的，而不是依赖于法律之外的因素的；它是整个社会，不管是统治者还是老百姓追求的崇高目标，而不是统治者手中任意摆布的的工具；它是具有普遍适用性的规则，而不是个别处理的、因人因事而易的；它是中性的，无论是谁，在法律面前都是平等的，而不是偏私的。但面对现实，这些品格都存在它们的反面，法治中存在着悖论。这种悖论表现为法治的自治性与非自治性，目的性与工具性、普遍性与特殊性、中性与偏私等一系列矛盾中。这些矛盾在某种意义上具有永恒性，不存在所谓从一极向另一极的历史性的、永恒性的转变。[18]

有学者讨论了作为法治社会基本前提的法律统一问题，认为法律统一是法律统一性和法律统一化的内外结合，具有理念性、专业性和动态性。法律的不统一是当今中国法治社会建构的巨型瓶颈。作者指出法律统一的基本路径和具体方式，即要实现法律价值的统一、法律规范的统一、法律实施的统一，法律要统一于仪式、统一于文化，要发展判例制度和准法的可诉机制，尊重学理解释，塑造法律共同体。[19]

有学者讨论了法律信仰在当代中国的所面临的诸多特殊遭遇和困境。中国法制在试图逐步确立法律信

仰的过程中面临着几组悖论性的问题，即法律信仰对于人和对于法的内在性、法律信仰的理性世俗化与其神圣性、合理性和非理性、功利性和超功利性守法的无知性和批判反思的自觉性等。这些问题展示了法律信仰的复杂性及其确立过程中的内在矛盾运动。[20]

有学者从国家回归社会的角度探讨了在长期具有专制主义传统的中国，法在促进国家不断回归社会中的作用，指出法是国家回归社会的桥梁，法必须也能够成为制约国家、特别是政府行政权力的重要力量。通过权力的制约，可以使国家权力逐步向社会回归，并最终实现国家溶于社会的伟大目标。[21]

有学者讨论了当代中国法治进程中的中央与地方分权问题。作者指出影响当代中国高度集权的关键因素可能有两个：国家统一与建国，以及革命政权的转型；进一步指出“两个积极性”作为一种非制度化的宪政策略在协调这一特定时空中的中央与地方关系上的政制意义；随着社会经济和政治的发展，当代中国有必要基于中国政制的成功经验和基本格局进一步制度化中央与地方的关系。作者努力追求一种广义的政制研究，发现转型时期中国政制的问题和实践中本身蕴含的逻辑，试图分辨出在前相关研究中被错失甚或被过滤了的变量，从而探求中国政制发展的经验教训和可能的途径。[22]

有学者通过对法律职业共同体自治的一般条件和特殊形态或历史机遇的考察，论证了“法律职业是法治第三种推动力”这一观点的逻辑可能。作者认为，日本的经验显示，在富有科举考试传统、重视人的因素的中国，法律职业作为法治的第三种推动力不仅具有可能性，而且也是效益考量的需要。[23]

有学者讨论了权力资源的法律调控的动因问题。权力资源对于社会历史有重大的积极作用，但是也容易滋生弊病。对于权力资源的法律调控，可以抑制权力往往表现出来的侵略性、扩张性，从而阻止压制性权力结构的出现。权力和法律都是强力的象征，法律对权力资源实行调控是强强碰撞和强力之间的抑制和平衡。[24]

有学者讨论了我国法律位阶划分的标准问题。作者认为可以从三个准则来对法律位阶进行上、下位的确定：一是权力的等级性，是指法律位阶的高低以权力的不同等级为确立基准。二是事项的包容性，是指法律位阶关系以立法事项的包容性为标准，由此形成法律与法律之间的层层递进关系。三是权力的同质性，是指法律位阶的划分以权力的同质性为基础，这一标准本身也是对“权力的等级性”标准的限制。作者以此标准为据认为，在行政法规和地方性法规之间并不存在上下级的位阶关系，而是属于法律之下同等的规范性法律文件。[25]

## 6. 关于法律移植研究

有学者批评了法律移植研究中的历史主义倾向，这种倾向希图借助历史事例或历史经验教训，建立法律移植的可能性、条件、过程等普遍理论。作者认为为了更好的开展法律移植实践，深入理解法律移植的实质也即廓清“法律移植与广义立法活动是同质的”，非常必要。应当从“法律与政治”的应然关系入手，在有关接受法律移植的“当下”社会共识的建立过程中积极寻找和追求，这才是解决法律移植问题的一个新的路径。[26]

有学者研究了国内私法中运用外国法的情况，这种情况在英美法系、大陆法系都曾经出现过，最近一些年在我国的司法实践中，在没有本国法律或案例可援引的情况下，运用外国法作为法律解释的手段。如何看待这种情况，它是否意味着外国法在内国生效，是否涉及到国家主权问题，在法律渊源理论中是否意味着“有法律从法律，无法律从习惯，无习惯从法理”进一步推导为“无本国法从外国法”？作者认为，这种情况并不意味着外国法在内国生效，而是把外国法作为法律解释的手段，实际上还是“从法理”，只不过这种法理具有共同性，是国家主权这认可这些法理在内国生效，但是在司法中运用外国法一定要小心谨慎。[27]

## 7. 关于法律解释问题

有学者立足于中国的法律实践和社会现实，讨论了立法解释的意义和作用，肯定立法解释的合理性和现实意义，提出我国的司法解释包括最高司法机关制定的规范性的司法解释（文件）和法官（审判组织）在适用法律时所作的具体司法解释。各级地方法院不应该层层制定地方性的司法解释文件，以避免行政管理对于审判权的侵蚀。最高司法机关的规范性司法解释具有授权立法性质和统一司法适用的功能，其功能难以被判例所取代。[28]

有学者认为，由于法律解释元规则的缺位，法律解释学很难具有方法论的意义。疑难案件的判决结果并不来自于法律内部，对不同判决方案预测其社会效果并权衡其利弊得失是隐含于法律解释中的思维过程，正是这个隐含的思维过程决定了疑难案件应当如何判决、法律应当如何解释。[29]

有学者讨论了目的解释的方法及其意义。法律解释的目的方法是为了克服严格法治的机械性，它确实也能够一定程度上缓解法律文本与法律价值的紧张关系。但是法律的权威性及其意义的固定性则可能在解释中受到威胁，因而，为了达到既维护严格法治，又使法律呈现灵活的价值选择，就必须有条件的应用目的解释方法。[30]

有学者关注了诠释法律的意义整合问题，诠释法律的整体性意义的原因可以从正义的目的性、法治的统一性、学理教化、社会动员、实践应用等方面来认识。诠释法律的整合是在多样性诠释结果中寻求共识性内容的活动，所运用的方法大致有：强制整合、自然淘汰、权威教化对话沟通等。[31]

有学者探讨了法律判断的形成的模式。法律判断是应用法律的结果。法律应用包括法律适用和法律发现，且主要是法律发现。在法律适用中，事实与规范相适应，判断可以直接通过推论得出，这个可称为推论模式；而法律发现中，由于事实与规范不对称，在通过推论得出判断之前，先要对规范和事实进行等置，使事实一般化，将个案向规范具体化，使规范向个案下延，并在两者之间来回审视，螺旋式向上发展，这就是等置模式。相应地，法律判断形成模式包括推论模式和等置模式。等置模式能让判断者在徘徊、顾盼之中整合事实与规范，沟通着实然和应然。[32]

\* 中国人民大学法学院教授、博士生导师。

\*\* 中国人民大学法学院副教授、法学博士。

[1] 张恒山：《中国共产党的领导与执政辨析》，载《中国社会科学》2004年第1期。

[2] 吕世伦、蔡宝刚：《“以人为本”的法哲学思考--马克思的理论阐释》，载《法学家》2004年第6期。

[3] 徐亚文：《“以人为本”的法哲学思考》，载《中国法学》2004年第4期。

[4] 刘国利、吴镡飞：《人文主义法学引论》，载《中国法学》2004年第6期。

[5] 葛洪义：《法理学基本问题的形成和演变》，载《法制与社会发展》2004年第2期。

[6] 刘星：《法学“科学主义”的困境--法学知识如何成为法律实践的组成部分》，载《法学研究》2004年第3期。

[7] 张俊杰：《俄罗斯转型时期法学理论的根本转向》，载《法学家》2004年第3期。

[8] 郭忠：《论法的保守性》，载《法制与社会发展》2004年第4期。

[9] 王申：《论法律与理性》，载《法制与社会发展》2004年第6期。

[10] 夏勇：《权利哲学的基本问题》，载《法学研究》2004年第3期。

[11] 夏勇：《民本与民权》，载《中国社会科学》2004年第5期。

[12] 王克金：《权利冲突论》，载《法制与社会发展》2004年第2期。

[13] 郝铁川：《权利冲突：一个不成问题的问题》，载《法学》2004年第9期。

[14] 林喆：《“行乞权”之争的法理误区》，载《北京行政学院学报》2004年第3期。

[15] 李步云：《论人权的本原》，载《政法论坛》2004年第2期。

[16] 刘红臻：《人权的制度表达》，载《法制与社会发展》2004年第1期。

[17] 何志鹏：《人权的全球化：概念和维度》，载《法制与社会发展》2004年第4期。

[18] 朱景文：“法治中的悖论”，在夏勇等主编《法治与21世纪》，社会科学文献出版社，2004。

- [19] 汪习根、廖弈：《论法治社会的法律统一》，载《法制与社会发展》2004年第5期。
- [20] 叶传星：《法律信仰的内在悖论》，载《国家检察官学院学报》2004年第3期。
- [21] 吕世伦、薄振峰：《社会、国家与法--从法的角度思考国家回归社会问题》，载《法制与社会发展》2004年第3期。
- [22] 苏力：《当代中国的中央与地方关系》，载《中国社会科学》2004年第2期。
- [23] 孙笑侠、李学尧：《论法律职业共同体自治的条件》，载《法学》2004年第4期。
- [24] 周旺生：《论权力资源的法律调控动因》，载《现代法学》2004年第4期。
- [25] 胡玉鸿：《试论法律位阶划分的标准》，载《中国法学》2004年第3期。
- [26] 刘星：《重新理解法律移植》，载《中国社会科学》2004年第5期。
- [27] 朱景文：《国内私法中运用外国法的比较法思考》，《法学》2004年第1期。
- [28] 范愉：《法律解释的理论和实践》，载《金陵法律评论》2003年秋季卷。
- [29] 桑本谦：《法律解释的困境》，载《法学研究》2004年第5期。
- [30] 陈金钊：《目的解释方法及其意义》，载《法律科学》2004年第5期。
- [31] 谢晖：《论诠释法律的意义整合》，载《比较法研究》2004年第2期。
- [32] 郑永流：《法律判断形成的模式》，载《法学研究》2004年第1期。

来自：中国法理网

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720

[RSS](#)