

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

更多▲

使用大字体察看本文

阅读次数: 961

## 中国法律制度创新的法理基础

张文显

特聘专家

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

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

主持人朱景文教授:中国人民大学法理学论坛今天正式启动了。我首先介绍论坛的情况,因为今天是第一次。我们的论坛基本上由两部分组成,一部分是采取讲座的形式,邀请法理学的名家,国内的、国外的以及海外华人知名学者来做讲座、对话;第二种形式我们打算通过网络,我们正在筹建一个法理学的网站,叫做中国法理网,已经试运行成功。网址是www.jus.cn 希望大家点击浏览。今天我们非常荣幸地请到了吉林大学的党委书记,新当选的中国法学会副会长张文显教授和浙江大学法学院院长李龙教授到我们这里来讲。张文显教授和李龙教授都是法理学的名家,我无须多作介绍,他们的著作我想大家都读过,我也不肖作过多地介绍,还是把更多的时间留给他们。今天我们采取这样一种形式,由张文显教授来讲,然后由李龙教授进行评论。张文显教授今天讲座的题目是中国法律制度创新的法理基础,下面有请张教授。(掌声……)

主讲人张文显教授:尊敬的孙国华老师,朱景文教授,尊敬的各位老师和同学们,大家晚上好!非常荣幸能参加今天晚上的讲座,因为今年的9月27号我们人民大学举行了盛大的学术活动,庆祝国内外著名的法学家孙国华先生执教50周年,我当时已经撰写了文章并预订了机票,可是临时因公务无法脱身所以没能来参加这次盛会,特别是没能来亲自向孙老师表达我多年来的敬意,自己感到非常遗憾。昨天朱景文教授跟我说人民大学要搞一个法理学论坛,也是首次论坛,希望我来做一个讲座,开始的时候我非常的犹豫,因为中国人民大学法学院作为中国法律人才培养的最重要的基地,也是法学研究成果最显著的阵地,到人民大学法学院来做讲座没有充分的准备是没有这个胆量的。而且我刚刚从国外回来,参加中国法学会的会议,不知道要讲什么样的内容,不知道大家对什么样的主题感兴趣,什么样的内容合适,甚至不知道讲的内容是否会与其他学者类似的讲座雷同。但是后来想,参加这个讲座可以弥补我9月27号未能参加孙老师执教50周年的庆祝活动的遗憾,也是作为一种补救,我还是接受了朱景文教授的邀请。

今天我是怀着对孙国华老师的崇高敬意和对中国人民大学法学院师生的深厚诚意来到这里交流近期的一些研究体会,我也非常荣幸地得知李龙教授要对我的讲座进行评论,这样就使本来就胆怯的心更加的没有底了。开讲座我本人是喜欢做命题讲座的,也就是说别人给我出题我自己进行准备,这一次没有给我出题,我自己不知道怎样去做,昨天我跟朱景文教授商量了一下他说这个题目还行,也就是中国法律制度创新的法理基础,因为我们知道根据联合国工作人员的统计,21世纪的时候世界有10大时尚,10大时尚里面的第一大时尚是创新。所以全世界都在讲创新,我们中国创新已成为当前使用频率最高的词汇。以致我们本来是将法律变革、法制改革,现在都改为法制创新,又用创新来取代改革,创新成为使用频率很高的词汇。关于这个主题涉及的内容很多,我基本是提出一些问题,对其中一些问题发表自己的见解,多数是提出问题。我们都知道哲学领域里面最有成就的不是对于某个问题给出答案,而是提出一个问题有待人们给出答案。从近代的古典哲学到现代的后现代哲学恐怕都是这样一种学术传统。我不好说是继承了这一学术传统,但是对这一学术传统非常感兴趣。我很多地方是提出一系列问题供大家来思考,由于时间的限制我还要给李龙老师留出充分的时间进行评论,他今天要十点钟的火车赶回武汉,八点半离开这里。李老师走了以后我会继续留下来,给大家讲座。

我主要讲这样几个问题,一个是法律创新的理论解读。党的十六大提出“创新是一个民族进步的灵魂,国家兴旺发达的不竭动力,一个政党永葆生机的源泉。通过理论创新推动制度创新、科技创新、文化创新以及其他各方面的创新,不断在实践中探索前进,永不自满,永不懈怠。这是我们必须坚持的治党、治国之道。最近这段时间党和国家领导人在政治、经济、文化体制方面大量使用“创新”这个词,究竟应该怎样理解,“创新”究竟意味着什么,它与我们原来谈20年之久的改革、与我们提了多年的政治体制、

法律体制的完善是否是等值的概念？还是说比改革更富有时代精神？我个人认为现在提及的创新实际上和改革是等值的概念，那么为什么利用创新来取代改革的概念？我的理解是这样的：中国的政治体制、经济体制、法律制度发展到今天，可能在原来制度的这种进步方面有更新的中心转移。改革更注重的是破旧立新，兴利除弊，重心是革除旧的东西。创新重心是在首创，旧的东西革除的差不多了，在建立新的东西的过程当中我们又没有新的东西可以利用，所以现在强调的是首创，这也就是为什么大面积的用创新这个词来取代改革。那么法律制度的创新我个人认为有三个方面的意义。首先意味着法律体系的重构，也就是说建立适应社会主义物质文明、政治文明、精神文明生态文明需要，并能够应引导和保障四大文明协调发展的法律体系。所以仅仅提与市场经济发展相适应的法律体系是不够的。仅仅提政治文明也是不够的，必须把物质文明、生态文明包容进来。其次意味着法律体系内部结构的调整。也就是说用权利本位的法律体系、法律结构来取代义务本位的法律结构，用民法本位的法律体系来取代刑法本位的法律体系，用程序优先的法律体系来改变我们现在很多方面的程序虚弱、程序虚无的这样一种状况。第三个方面法律的各项具体制度应该适应体系的重构、结构的调整 and 改革。无论是财产制度、契约制度还是诉讼的证明制度、审判制度等都要改革，总之把法律的制度创新就意味着法律的现代化，这是我讲的第一个问题。

第二个问题我想提出是中国法制创新的理论资源问题。实事求是地说我国的法制改革也包括我国的政治体制改革在内理论准备严重不足。与经济体制改革或者说经济改革比较，法制改革的创新理论准备更为滞后。我们都知道在经济改革的过程当中经济学贡献巨大，百家争鸣百花齐放。一九八四年提出了计划为主调节为辅的理论，一九八七年提出了有计划的社会主义商品经济的理论，一九九二年前后提出了市场经济和社会主义市场经济体制，到了2,000年的时候的进一步提出了经济全球化的理论，这样一些理论推动了我国经济体制的改革以及经济体制内部的金融制度、税收制度等方面的改革。那么类似的现象繁荣景象在法学界很少出现。我说得不对的孙老师可以批评批评。法学家与经济学家比较起来，这些方面百花齐放的繁荣景象形象没有那么鲜明。经济体制改革提出了许多目标模式，每一个目标模式都成为阶段性成果，我们的法制改革没有这样的现象。包括现在我所说的司法体制改革研究，体制内的人、体制外的人讨论得很热烈，但是司法体制改革的目标体制模式是什么？要建立一样什么样的司法体制改革？到现在没有提出来。我在最高人民法院咨询会上说你没有这样一个目标体制模式，向什么方向改？要改什么？都是一个问題。没准把好的东西改掉了，把坏东西仍然保留。那么理论准备不足决不等于说理论资源缺乏，这是两种不同的问题。实际上从近代启蒙思想家的民主法制理论到当代中国法学理论研究成果都构成了中国法制成新的理论资源。那么从党的十四大、十五大到十六大提出来的一系列的观点也是法制成新的重要理论资源，当然这些资源怎样进行整合？怎么样变成一种可以操作的发展创新的理论资源？还需要一个过程。这是第二个问题。

那么第三个问题就是法制创新的理论坐标问题。因为一个事物要建立一个新的事物，新旧事物相比较，才有一个创新的问题。我先说理论的坐标，理论的坐标我个人认为当代中国法制成新的理论坐标是“三个代表”重要思想。我个人理解“三个代表”是法制创新的理论动力，又是法制创新的理论坐标，还是法制创新的检验标准。我们的法律是否是实现了制度创新关键在于看法律的各项改革和建设能否代表中国先进生产力的要求，是不是有利于解放和发展生产力。而生产力的主体是人，代表和现实生产力就是而代表人类社会当中那一最近部分最进步的那部分人。譬如知识分子，譬如说企业家。代表他们就需要代表他们的知识权力、他们的财产权利。是不是代表先进生产力？是不是有利于解放和发展生产力？关键看一是否保护知识产权，也是创造的权利，创新的权利。二是不是保障财产权利。那么也要看我们的法律是不是代表了中国先进文化的前进方向。先进文化当然我个人觉得是优秀文化比先进文化更策略、更准确。因为文化的大文化的概念上不存在了先进与落后，文化是多元的，优秀的文化那么可以包容传统文化，也包括了一切的文明成果的文化。如果我们说先进文化就是优秀文化的角度，也可以将就说。但是是不是代表了一种优秀文化？是不是有利于优秀文化的生成、传播和对一切文化优秀因素的整合？现在法制领域里面什么是先进的法律文化？那么人权的观念、契约自由的观念、法律面前人人平等的观念等。这些年来包括司法优位等。近代以来从古代以来最优秀的文化是否是体现在我们的法律以及我们的法律制度当中来？代表先进文化并不是一个空的概念，而是你这个先进文化具体到我们一系列的法律精神上。再一个是否真正地代表了中国最广大人民的根本利益？是否有利于人民权利的确认为、保障和实现？以及权利的实现从而使人民群众的利益最大化和普遍化。孙国华老师提出法律的真谛就在于对权利的确认为和保护。这可以说是整个法律思想史上的经典。我想这一个说法完全不可以用来解读是否代表着广大人民的利益。因为利益在法律领域是通过权利来体现出来的。

第四个问题是法制创新的制度参照。在当代中国推动和实现法律的制度创新有什么作为参照系？或者说有什么作为衡量的标准呢？可以说整体上来讲，世界上没有任何一种法律制度或者说法律传统可以作为我们的参照系。无论是英美法系或是大陆法系，无论是发达国家或是发展中国家，都没有现成的参照系可以供我们使用。所以在这个意义上我们的法制创新是真正的制度创新。这是从整体上来讲，但是从具体的制度设计上讲具体的技术操作层面上我们可以发现和选择很多的参照系。正是从具体制度层面上一个又一个的参照系最后形成了我们整体上的吸纳了世界法制文明的并具有中国特色的新的法律制度。譬如在具体制度上讲，关于宪法监督的机制，从美国、法国、德国和当代俄罗斯等国的宪法中得到有启发的东西。比如说人权保护，我们就可以从西方的人权法案中，从世界人权宣言、公民权利和政治权利国际公约和文化权利公约提取各种现成的制度参考。比如说司法体制和诉讼机制的改革我们可以借鉴两大法系的诉讼机

制和他们的审判机制比在这方面我们还有很多要参照。

第五个问题是目标，我这里讲的目标是讲的法制创新的价值目标。总的来讲可不可以这么在当代我们法律价值体系里面，大家普遍认为秩序、自由、正义与效率这四个方面构成了法律价值的存在形态。这些也可以说是法制创新的最终价值目标，法制创新说到底就是为了实现更加良好的社会秩序，使人民群众按安居乐业，实现更加充分的自由，拓展人民群众的意志自由、行动自由的空间和无限的可能，实现全社会的正义与公平，人民群众在利益均衡、权力对等、同舟共济的体系体制中得以健康生存，实现资源价值的极大化，生产力的最大化、让人民群众在充满活力和生机的社会主义尽享生活的乐趣。但是作为社会主义初级阶段法制创新应当有自己的阶段性目标。那么我感觉到我们现在缺乏的是阶段性目标，我们笼统的可以提出一系列的价值目标，终极的价值目标，理想的法治社会的模式是什么样的？但是阶段性的目标没有，那么在阶段性目标这个问题上我认为不但是部门法特别是法理学家应当探索的问题。如果这些阶段性目标提不出来，恐怕整个法治改革目标也难以实现。有一个说法，重要的不是方案而是在于方案的实现。从微观层面上来讲那就有更多的目标需要实现。比如说现在正在修宪，修宪本身是宪政建设的阶段性任务，在这样一个阶段性要达到一个什么样的目标？在哪一些方面实现宪政建设新的形象，恐怕都要需要进行一些研究和探索。

第六个法制创新的动力问题。法制创新的动力是多元的。经济全球化、环境全球化、公共事务全球化形成的极大压力构成了我国法制创新的外部动力。这是一种不改不行的推动，如果说前20年我们是改革开放，那么现在是开放改革。我们已经开放了，外部的我们形成了一种改革的极大的压力，形成了我们改革的动力。那么人民群众对人权保护的时代呼唤，要求摆脱市场经济无序状况的强烈愿望，以及对执法不公和司法不公、司法腐败等弊端的强烈不满和要求司法改革的强烈愿望构成了中国法制创新的内部动力。这些外部动力与内部动力的整合构成了新一轮的法制创新的巨大的推动力量。在这几个过程中有人提出了党和政府是主导、建构主体的说法。当然我想有一点，人民群众是推动改革和创新的真正动力也是最强的动力。因为我们都知道改革开放以来中国发生了三次标志性的法制改革和创新。

第一次20世纪70年代末80年代初，1982年宪法修订为标志。我们都知道从78年11届三中全会建立社会主义民主和法制以来，中国法制起步了，第一的阶段最具有标志性的是制定了刑法、刑事诉讼法，制定了法院、检察院组织法。特别是1982年制定的宪法，这一次法制改革最重要的标志是以恢复秩序、保障人权，推动民主法律化制度化为核心。这样一个人权荡然无存，被践踏的状况下，人民对于人权的要求，对于秩序的强烈要求构成了那次法制创新的极大动力。由于人民群众有切肤之痛，所以人民有强烈的呼唤，要求有刑法、刑事诉讼法，不允许随意侵犯人民的权利。今天看起来1979年的刑法以及刑事诉讼法很不完善，但是在当时制定出这样的法律，确实是很不简单的。

第二次法制变革也是在人民群众的推动下发生的。这就是一九九二年开始的建立社会主义市场经济法律体系为标志的改革。从80年代中期中国的经济体制朝着商品经济、市场经济的方向发展改革。1992年小平同志南巡南方谈话，提出了市场经济问题，14大提出了建立社会主义市场经济的战略方针。为了适应市场经济的需要，在观念更新、理论建设的推动下，比较快地抛弃了体现计划经济的那一套法律观念、法律政策。我们进行了三次宪法修改，修改中心都在经济问题上。突出了市场经济问题，突出了国有经济的实现形式多样化问题，私有经济、非国有制经济是社会主义经济重要组成部分等等这样一些问题。这样一些观念这样一些修改标志着市场经济发展铺平道路，建立良好的法律机制。宪法修改同时我们加快市场经济立法，特别是民商法的制定和修改。在短短几年之内就和全面修改了公司法、合同法、担保法、票据法、反不正当竞争法、专利法等一系列的体现市场经济，为市场经济服务的法律。

第三次发生的这次变革，就是为了适应经济全球化当然也包括环境全球化，简单说为了适应全球化的时代潮流，为了适应中国经济上，政治上，公共事务上全面融入国际社会这样一种客观需要而发生的。这样一次法学变革根本的动力也不是我们领导层的主观愿望也是整个社会的推动，融入全球化时代的中国人的，特别是企业家的推动。

第七个问题我想是提出法制创新的体系问题。对中国我们提出创新体系是从90年代中期提出来的。过去开始是知识创新体系，后来经济领域提出经济的创新，后来在法律里面也由一个法律创新体系问题。怎样描述这样一个体系？怎样来设计体系？创新的面与点如何策划？恐怕也是应该研究的问题。现在有各种各样的描述，比如说我看到的一些文章有这样一个路子。政治方面的法律制度创新、经济方面的法律制度创新、还有文化方面的法律制创新、生态方面的法律制度创新、国际关系方面的法律制度创新来描述方针体系。也有的是这样的表述立法方面的制度创新、执法方面的制度创新、司法方面的制度创新、法制监督方面的制度创新这也是有一些表述的。特别是在14大15大到16大的报告里将创新的时候讲这方面。特别是15大的法制创新，从立法执法司法法律监督来讲。16大里延续了15大关于法制创新体系的表述。当然我们也可以从其他一些方面来讲、来描述体系的创新问题，比如说从法律精神、法律机制上来讲，刚才我提的比如说民法本位的法律体系，比如说权利与权力的平衡，这样一种方针体系完全实现公共权力与公民权利之间的理性的平衡，也实现实体法与程序法、民商法与刑事法之间的理性的平衡。

第八个问题是法治创新的合理性与合法性问题。因为法制创新的根本原因在于现行的体制、制度不合理，所以要创新要改革。但是实际上问题是并不是这么简单。我们可以从两个方面来看分析合理性的问题。一方面我们可以说我们的法律制度本身就存在不合理性。所以需要从制度本身来进行改革和创新，可以表述成一种改革。另一方面从我们法律制度本身合理的，其合理性远远没有穷尽。但是由于认识具体的制度设计、体制，由于人员技术等当因素限制了合理性的发挥，法律制度预计的合理性没有体现出来。有

的同志讲我们的制度是合理的，我们的司法体制是合理的，但是它的合理性没有体现出来，现在是怎么解决机制问题，而不是解决体制问题。所以关于法制创新的合理性这种分歧都存在两方面。这是我们讨论司法体制改革比较大的问题。一方面认为体制本身是不合理的，或者说以前合力现在不合理。另一方面地我们将我们的是合理的，我们的机制这是不合理的。我们的技术和人员是不行的，有些东西不能改。这是“两高”之间围绕司法体制改革主要的争论。我也参加了他们的一些讨论，你们的分歧说来说去也就是这两方面的争论。我今天看中国法制报一篇关于法律改革的合法性问题，这个问题已经提了一年多了。创新应该符合法制的精神和法制的原则，现在的法院改革、检查改革是否符合我国宪法、组织法和程序法的规定，我想是值得反思的。如果我们的可以突破现行法律规定来进行自我的改革，那么就给社会树立了非常不好的影响。全都可以突破现行的体制，而不受现行法律系约束，将导致法治的衰败。这是第八个问题。关于法制创新还有其他的问题，比如说法律创新的历史任务，比如说法制创新当中的理论制度与机制的关系问题等，有很多问题都是值得探讨的。所以我上次提出司法改革应当进行充分的理论准备。法制创新也是应当这样的。理论创新在这方面我们的研究还是很不够的，所以我今天提出这样一些法制创新的法理问题供大家来讨论和思考，我就先说到这里，谢谢大家！（掌声……）

朱景文教授：下面请李龙教授点评。

李龙教授：我想讲这样三个问题，当然作为我们法学界特别是法学理论届的权威人士，他的报告内容显然是丰富的，这一点无可非议。但是我认为这样一个报告需要进一步研究。我没有做记录，我要讲三个问题。改革与创新，按照他的说法改革就是破，创新就是创，这个是误解。改革的本身既包括破又包括创，改革与创新是一致的。改革就是变法，中国历史上变法都是这样的。王安石变法、戊戌变法、商鞅变法都是这样的。包括法国的戴高乐改革、罗斯福新政都是这样的。破和立是不可分的。那么他们是否是完全一样的？我说也不完全一样，是有区别的。我讲了这个区别于你讲的是不一样的。我们现在讲的改革是什么？是体制改革，是邓小平同志的一个创造。以前讲社会主义制度就是好，是不能改的，但是改制度是不行的。这是邓小平理论的一个发明，体制改革严格来讲是具体制度说是可以改的，根本制度不能改，但是具体制度是能够改的。那么创新表示的是新度、广度，应该说更全面一些。从他的广度来讲它包括文化创新，理念创新，包括的范围要更广。关键是讲原创性。我们的法学特别是法理学同行任何一篇文章任何一个东西关键是他的原创性，没有原创性的东西我想都是次要的。

第二个问题是价值目标的问题。创新就要达到一个什么样的价值目标？有一个很重要的价值人权。人权是出发点和归宿，不管你讲什么，这样一个价值体系当中我们作为一个法学家特别是法理学家，我们要追求的是什么呢？人权始终是终极价值目标，在任何时候都必须要考虑到的。这是第二个问题

第三个问题是合理和合法的问题。这是我们法理学家所必须要明确的问题。任何一场改革必然牵扯这一问题。改革就是变法，是法律的立、改、废。如果是制度改革，改革就是违法。但是我们现在这个体制改革，是在社会主义制度的环境下，就不能违反法律了。所以前些年我到深圳人大作报告，他们向我介绍说深圳有2大突破的，一个是卖土地的突破。我说你这个突破千万搞不得，我们的宪法没有了权威。但我认为是不应该的。在改革过程中不能在全国范围内推开。在法律改革之前必须要依法，只不过在改革过程中，是在体制改革过程中的需要合法、合理。当合理与合法矛盾时要服从法律。非常遗憾由于时间关系我马上要走了。谢谢大家！（掌声……）

朱景文教授：我们这个论坛不是你说你的我说我的，而是由大家有相互交流。刚才李龙老师给我们作了一个很好的榜样，直言不讳。有什么问题提什么问题。现在由大家提问。

问：张老师是我们法理学界的权威，同时也是一个学校的领导。请问您知道我国此次修宪的内容是什么吗？如果不知道，那么请问全国人民对修宪的内容都不知道，那怎么能叫修宪呢？

问：张文显老师您好！我想请教这样一个问题。法理学最近几年出现了一个多元化的问题也就是出现了多样化的趋势。对百家争鸣、百花齐放的情况是怎样看的？他们是不是会从某些方面对您所提的权利与权力这样一种法律理论形成一种冲击？

问：张教授您好！我有这样一个问题。您说经济学家无论是在制度上还是在理论上都作出了重大贡献，然后说法学家没有作出巨大贡献。我听您说已经是第二次，想必您对这个问题一定是痛心疾首。但是我却一个很重要的问题，在我看来如果在具体制度上来说我们的部门法学家已经有很多参与，在这方面一点都不比经济学家小，不逊色，更重要的是为什么是张老师提出这样一个问题。因为是我们法理学的问题，对于法理学来说这个问题才更加成为一个问题，对部门法来说这个问题不是一个问题。我觉得在这个问题上我们应该考虑法理学的本身。您曾经说过法理学理论上上不去，在具体制度上下不来。是不是说法理学在深层次上对人类的思想的贡献是做不到，只能在具体制度上作出贡献？就是我长期以来在法理学的一个问题。我特别想听到张教授对法理这个学科来做一些辩护。

问：张老师您好！我提个问题。刚才您提到的关于法制创新的理论坐标问题，关于“三个代表”的思想对与中国法律创新的问题。我想问在当前法制创新的过程当中，我们是否面临法制意识形态重构的问题。由于“三个代表”的话语的宏大上升到无以复加的程度，是否为我们的法制意识形态创造一个宏大的理论空间和余地在里面，或者说“三个代表”思想对于中国法学的意识形态重构尤其是国家法哲学的重新构建有什么意义？

张文显教授回答：第一个问题大家都知道因为16届三中全会刚刚通过中共中央关于修宪的建议，这个还需要通过法定程序。前几次都是全国人大常委会向全国人大建议，常委会审议之后向社会公布来征求意见。在没有人大常委会审议之前，各种各样的说法都是主张愿望或者说是民间的建议。那么具体内容我也不很清楚，但是我想有一些内容这月二十几号全国人大常委会肯定会公布的，倒时大家可以进行进一步的评论。我前一段时间参加一些座谈会和官方的渠道中得到些内容，修宪的一些多少方面中央精神这些不能说。没有全国人大的批准不能说，即使我现在知道我也不能说。

关于法理学多元化的问题我认为这是中国法学家发展特别好的一个气象。因为从80年代中期以来，中国法理学的确实在变革中前进、在前进中提高、在提高中成熟。我认为这是10多年的发展。巨大的进步是每个人都能看到的。如果我们翻一番最初的法理学教科书和现在的教材的都是非常明显进步。特别是刚才那位同学提出的法理学多元化问题，我认为这是因为理论研究方法的多样化。研究方法的多元化曾在2000年我曾经在北京大学召开了一次法学研究范式的转化，研究范式转换里面但也只提出了各种各样的观点。我在一篇文章中也介绍了当时的会议提出的几种转换。刚才这位同学提到了形而上的趋势，是建立在法理学与法哲学二元化观念基础上。有些学者认为法理学法哲学是相区分的，不是一回事。现在的法理学的教材也好，包括论著都基本属于法理学范畴。现在的法理学是形而下的，顶多是形而中，而法哲学是更加的形而上的。我个人是不太同意法理学与法哲学二元化这个观点。我认为叫法理学的著作可以写得非常的深。我们可以看到美国的英国的法学家包括德沃金他们主编的法理学研究生教材写的是非常非常深的。可是有些法哲学的教材却显得非常通俗、简单。像朱景文教授翻译的法的一般理论其实也是非常深的。我想在西方和俄罗斯都是这样一种情况。法理学必须是贴近生活的，应当是人类能够体味到的，比较容易把握的。因为从西方哲学来说，法治是一个平民化的过程，是一个世俗化的过程，哲学只有深入到生活当中变成生活的哲学，这样的哲学才是有生命力的。我想我们的法学特别是当代中国的法学理论我们的法理学也是这样子的。对法理学不够重视，或者说缺乏热情的时候，像有些搞法理学的人说我写的法理学的书只希望使10个人能够读懂，我写的书50年以后的人能够看懂。我想这样一种崇高的学术精神也是值得高度评价的。但是我想更多地还是需要一些形而下的新的东西。我想说的是法理学应该是生活中的。我们几大法院的法理学研究中心，每周都有关于生活中的法理问题的讨论。用法理分析生活中的问题，如餐馆不准自带酒水，我们就可以上升到法理的高度来进行分析，比如刘涌案件的改判，又比如说考生的考分，江苏省招生办转让给163或者168信息台，考生只能到信息台来获取高考分数。像这样的问题我们都要进行每周一次的讨论。最近可能要出版一本书，叫做生活中的法理，同时让法理回到生活中去激发人们对法理的热情。苏力教授称自己为社科学派。所谓是社科学派，就是要懂社会科学各个领域的知识和方法。最近有一些潮流，比如说我的一个博士生的博士论文叫做《法律的人文主义》。不能总是推理的方法、演绎的方法，所以我对法理学的多元化这样一种研究方法的出现是感到由衷的高兴。尤其是方法的革命，能够引起理论的变革。

关于第三个问题，刚才那位同学提的我的法学界和经济学界比较来看，法学家的贡献比较的小。因为经济学上，我们80年代的改革主要是经济体制的改革，我们法学界当中很少有懂经济学的，包括到后来的对经济体制改革一整套东西是一种陌生的东西，另外一个经济学家参与政治生活的人来说比较多。比如国务院中国经济体制改革委员会等等一些机构吸收了一批人一批经济学家来参与。而法学在领导人的意识中，法还是一种专政的工具。对我们来说，法律保护人的权利但是总是把它同维护社会治安、惩罚犯罪联系起来。所以领导人那里关注的不是我们现在某项具体制度，而是一些传统的法律文化、传统的法律观念。这样的话，对一些新的法律文化的关注是不够的，也不是他们的注意力所在。还有一个很重要的原因是在法学领域里面，实事求是讲是从50年代反右开始，在西方文明里已经成为一些公理性的东西在这里却成了一些封、资、修的东西、成为一些政治禁区。所以我们改革开放以后法学研究的理论基点相当低，有些政治禁区。敢于突破的人怀着一种建设性的观念来突破这个政治禁区。有些可能或者少数是想从整个意识形态上来推翻以前的法律观念、法律理论。这样就造成了我们法学界内部这样一种讨论问题、研究问题的意识形态化。我们本来是想通过一个政治禁区，恰恰演变成了一种新的政治禁区。这与经济学界形成了极大的反差，在经济领域也有这种情况，特别是92年小平同志南巡讲话后，经济领域的禁区基本上扫清，剩下的是严肃的学术研究和认真的科学的实证的科学方法。这样说我们的理论研究影响法制进程。本来就比较慢，再加上内部的政治争论妨碍了法学的研究。另外法学领域对整个法律创新的贡献不够主要是从这两个方面来看。一是从宏观上来讲，整个的法制改革从80年代中国的法制改革问题到现在为止，没有1篇或只是没有1部完整的论述法制改革的论著。这样1本体系化的论著，没有一个人提出中国法制创新的目标模式。因为我检索过，没有发现。大家都是说这个问题在具体认识体上没有。因为党中央关注的是宏观上的一个东西。比如证据问题非常非常重要，但是总书记总理谁能关注一个证据问题。所以我觉得宏观理论尚不够没有建立一个法制改革的整体理论。

另一个从微观理论上讲，相对来说一些具体问题比如说民商法的领域里面，物权法民法典的制定法学界参与的很多。包括我们人民大学的王利明教授都是起草小组的专家重要成员，承担了这方面的课题，也担任了专家组的负责人。这些都是在具体的参与法制建设，但是我在一次会议上我跟全国人大法工委民法主任讨论这个问题。你现在制定的物权法的哲学问题没有彻底解决，目前的基础是人权，而这个问题恰恰是我们没有解决的。构筑的无论怎样完美，都不体现21世纪法律精神。还有民法典，民法典的制定大家非常热情地参与了很多，但是可以这么说我们现在还根本完全不具备民法典制定的理论基础、经济的前提条件。所以说大家可以做很多的无用的劳动，那么中国民法典前段时间我写了一个5,000字的征求意见

稿，我写一个5,000字的评论，有相当意见是釜底抽薪的批判。不是说法理学家的参与不够我认为是一个法学界参与不够。好像大家忙忙碌碌的，但很多事之后却发现是走错了。要真正地研究一下中国未来的法制创新的前景是什么？我们要建构一个什么样的中国民法典？然后这样一个中国民法典怎样能中国的私权领域的权利神圣化。我觉得这是我的一个评论。我不是否定部门法的贡献，改革开放以来最有成就的是法理学。比如民法、诉讼法领域，契约自由、程序正义都是由法理学家首先提出来的。从义务本位到权利本位的问题、程序正义的问题、法律面前人人平等是李步云先生首先提出来的。正是由于很多理念和理论作为先导才引导，才引发了我们部门法领域里面深深的思考和制度的创新。我最近有一个博士生写了一个关于程序的文章，大约20多万字。是在季卫东先生程序正义的理论上又前进了几大步。这篇论文正在修改中，准备中英文同时出版。像孙老师提出的法律的真谛在于对于权利的确认和保护，这样一个观点够民法的人用一辈子了，诉讼法还有其他部门法脱离了这样一个经典性的表述，他们的工作就不会受到人们的重视。无论是中国的法律思想史还是西方的法律思想史真正在人类的历史上给人们留下的是什么？具体的制度可以变迁，那种闪光的法学理念却是永恒的。从柏拉图到亚里士多德提出的法律理念是永恒的。有些人搞法理不行转到部门法，我同样可以举出很多人搞部门法感到深入不下转到了法理学。比如说富勒，搞合同法在美国是前三位的法学家，最后他转向法理学。像历史法学派的萨维尼是搞民法、私法、习惯法的研究，最后转化为一个伟大的法哲学家，这说明法理学和部门法从来都是不分彼此的、相互支持的。一个严肃的法理学家都必须认真对待部门法的研究成果和部门法的实践经验，同时能够把这些成果整合。把这种经验升华为一种法的一般理论。真正伟大的部门法学家一定能够把体现时代精神的法学理论融入到自己的研究当中来。所以最近几年来出现的民法、刑法、诉讼法哲学化的趋势。我想这体现了一种部门法和理论法学的逐步深入和拓展的趋势。

还有一个问题就是关于“三个代表”重要思想。作为一个理论的坐标，这个坐标是怎样提出来的？我们讲实践是检验真理的唯一标准，那么理论他在真理的面前起什么样的作用呢？我个人认为作为一种好的理论，它本身也是一种实践的成果，所以用实践的成果来检验当下的实践也应当是科学的，是一种简洁的检验方法。正像我们过去一直讨论的资本是不是劳动？资本是一种物化的劳动。资本家一开始是靠诚实劳动积累的，不是靠抢劫的，暴发的资本家的资本本身就是生产要素。是因为它是用自己的劳动来参与到新的劳动过程中，参与了新的利润的分配。新的实践的坐标完全可以成立，邓小平理论和三个代表重要思想可以作为改革的理论坐标，包括法制创新的理论坐标。刚才同学讲到三个代表，我确实感觉到庸俗化了。有些地方提出用三个代表指导养猪，这就不是指导思想的与时俱进了。三个代表可能成为一个流行的话语系统，如果我们不是去套用这句话，而是去具体地想一想。前几天我写了一篇《21世纪的中国大学精神》中提到，三个代表要体现先进生产力，在大学就是要高质量的教学、高质量的科学研究、高质量的管理、高效率的服务。这本身就是三个代表。先进文化在大学里面代表最广大人民的利益，首先是代表广大学生的利益。如果不是以学生为本位，不是以保障学生的权益为本位，特别是保障他们接受良好教育的权利，那就不能说代表了最广大人民的利益。因为在高校里面广大学生的利益都代表不了的话，何谈广大人民的利益？所以这绝对不是一个套话。大学的先进文化是什么？体现一种学术自由、学术民主，这就是先进文化，就是优秀文化。所以说三个代表确实是富有时代精神的指导思想，不是套话。至于说到话语系统，法学领域里面曾经出现过三次大的话语系统的转变。第一次开始的话语系统基本上是建国初期，是苏联维辛斯基法学理论的法律体系。后来改革开放以后的话语体系是在变化过程中。孙老师说好象我们的话语体系越来越西方化，马克思主义法学的原有话语体系不新鲜了，占垄断的支配地位的话语体系束缚了我们的思想解放。所以为了突破这样一种话语体系，我们大量采用了西方化的话语体系。西方法理学、法哲学的话语体系越来越成为一种流行的话语体系。我们搞法理学的研究生的论文中，有72%的引文是西方的学术著作，包括翻译。注释基本在60%以上，博士论文80%的引文是来自西方的。这意味着什么？意味着西方的话语系统正在取代我们原来的话语体系。我觉得是这样子的，我们应当有我们自己的一套话语系统，这个话语系统不是说我们不要西方的概念，我们可以用西方的词，但是概念的含义不一样。像人权、契约自由我们有这样一种词和原初的概念是西方的，可是我们赋予了我们的时代精神，注入了我们中国人的法律理念。最终我们确立了我们的话语系统。这样我们在国际法学界才有自己的地位，不是说三个代表就能代替的。话语体系总是在变化过程中，现在博士生研究生论文大量用西方话语体系，是因为我们的理论资源不够，所以他从西方的文库里边去找理论资源。如果在10年、20年之后，到了我们自己的法学理论资源非常丰富的时候，大家不需要完全从西方文库中找，我们完全可以在自己的法律资源里寻找一些概念、命题、理论。

问：我想问一个问题：刚才张老师讲的法制创新的动力问题。传统并不是你想废除就废除的。传统里面有制度和观念方面。比如中国这种传统的几千年的官本位造成了国家权力和私人权力之间的冲突，观念方面最明显的是实质正义和程序正义的冲突。法律是很形式化的东西，但是我们中国人讲的是实质正义，比如去年的黑哨案，刘涌的改判案件。我想听听您对实质正义和程序正义的观点？

问：张老师您好，你认为法学发展最大障碍是什么？最主要的障碍是什么？你认为当前的政党制度对法治发展有没有障碍？

问：我们一个问题，刚才你的报告提出现在法制改革只有终极目标，没有阶段目标，所以现在的法制改革进行得不太顺利。对你而言，现在的法制改革要提出怎样的阶段性目标？

问：你刚才谈到创新的问题，创新和改革的关系。我现在说不是很久以前，解放以后我们中国共产党

所提出的各种创新按说不少了，比如人民公社、57干校，过去的教训实在是太多了，但是我们还想创新，我们用什么保证我们不走老路？法律创新是一个大的制度问题。刚才你谈到那些东西，比如创新的一些内容、权利本位问题、程序正义问题，这些东西毕竟不是中国本土的、自己的文化当中产生的东西，而是从西方借鉴过来的。而且西方它在现代文明过程中有些东西也在改变的过程中。这里头有些问题我跟国外的一些学者谈过，他们都有这样一种感觉，中国这几年的变化是不是太快了？社会变迁和法律变化需要一个过程，法律要求社会生活环境相对稳定，否则法律制度怎样建立起来呢？我们这样强调创新我不反对，但是这么强调创新和法律本身的权威是不是有一种内在的冲突和矛盾？

张文显教授回答：刚才同学提的非常好，法治改革阻力来自很多方面，像传统文化肯定是一种阻力，传统文化本身也是一种资源。但是这种资源是非常有限的，我个人认为在法制现代化的过程中，我国的本土资源是极其有限的，所以说如果我们过分地强调我们的本土资源、我们过去的习惯、我们过去的判例，那么恐怕与我们快速变迁的社会对法律的需求越来越不适应了。那么这个过程传统文化更多形成了一种阻力，但是我觉得这种阻力还不是最主要的，因为这种阻力不是一种政治阻力，并不形成一种政治改革、法律改革的巨大的、不可挪动的阻力。真正的阻力是来自我们政府机构，包括一些党的机构里面一些人陈旧的观念和占有既得利益后的保守。

我可以举这样一个例子，在咱们前几年修改刑法和刑事诉讼法过程中，当时有官员这么提这个不能动，因为是彭真同志领导我们制定的。彭真同志制定的就不能修改了吗？还有我们的民事诉讼法、行政诉讼法、民法通则都这么规定了，与国际惯例、国际公约冲突时优先适用国际惯例和国际条约。我们一位中央领导同志提出，这一条严重损害我国主权。对法工委提出下一轮修改时要把这一条去掉。这是一些阻力，你加入国际条约就要承担国际义务。自己的法律与国际条约冲突该服从谁的义务是很清楚的事情，但是有些人把这个问题提到一些政治高度，法治就很难进行下去。对于程序正义和实体正义的关系，我比较同意罗尔斯的观点。罗尔斯他是说只有在基本上实现了社会公正的社会中，程序正义永远具有优先地位。这个话有一个前提，就是程序正义优先于实体正义是在社会基本上公正的前提下。如果我们大家认为我们的社会基本上是公正的，那么我们就可以承认程序正义。但如果我们的社会还没有完全实现社会公正，或者说我们在很多地方还存在强大的、庞大的社会弱势群体，这时我们就不能单纯地强调程序正义一定是居于第一位的，因为我们还有实体正义的问题没有解决。昨天晚上我浏览网站，江苏省数学第一道题案件引发了一场危机，十二名院士联名发表声明，要求教育部当局有错必改，把这个问题提到了科学精神、社会正义和学生公平接受教育，提高到社会正义的程度上来讲。如果现在再找专家说这个问题基本上不错那就不行了。因为数学里边只有对或错，不存在基本对和基本错。比如说刘涌案件，我要求我的博士生每一条评论哪怕只是两个字，你全部都要下载下来。为什么这样做呢？你可以看出有多少网民来参与讨论，在讨论中有多少人持反对意见，有的人赞成改判，有多少人是理性的分析，有多少人是带着一种义愤和情感，还有多少人是盲从的，没有什么判断。如果这样的话就成为一篇非常好的法律社会学的论文。按网络的统计搞一个论文我认为是一个非常高质量的博士论文，因为这里面涉及的问题太多了，几乎涉及到了整个司法体制问题。我在辽宁省高院专门搞了调查，他们讲我们是三次请示了最高人民法院，每次请示都有我们自己的记录。最高人民法院后来讲，所有人的答复都不是最高人民法院审判委员会的答复，都是工作人员的个人意见。我们国家是审判独立，每一级的审判都是独立的。辽宁省高院是完全按照这样一种审判独立的原则来做的。如果有问题你自己承担责任。我认为这个案件对中国法制建设有重大意义。相反的话，很多案件在案前就进行沟通。我们有个案例，一个中级法院的经济庭庭长向下级法院指示，这个案件你们改判原告败诉。败诉以后肯定要上诉，上诉以后我可以完成今年的诉讼指标。如果刘涌的案件能够实现这样一个突破，每级法院都能够实现独立审判，我想这很好。这里面涉及的问题太多了，我也向最高人民法院反馈了，你这个案件已引发了政治问题，至少我听到全国人大代表都讲如果最高人民法院不改判，我们在人代会期间将发动人大代表投最高人民法院工作报告的反对票。每一级审判不独立导致的问题是什么？如果每级审判独立，如果以后没有上下级之间的沟通，我觉得这样一些问题都涉及到程序正义与实质正义。我是很赞同罗尔斯的观点，这是我的一个看法。

至于说到法学研究中的最大障碍，我认为政党制度对法学研究没有直接的影响。不管说是共产党领导下的多党合作制也好，还是西方的多党制也好，学术研究还是有自己的独立精神的。我们中国法学理论界独立研究的精神还没有受政党制度的影响，我们是受党的指导思想的影响，因为共产党是执政党，整个社会的变迁和20年的改革开放全世界的人都看得很清楚，如果没有共产党的鲜明的指导思想不断地与时俱进，我们没有今天。德国图庭根大学汉学系有一个女博士生，她的论文是什么呢？“三个代表重要思想与中国社会”。她说三个代表思想对你们中国来说太伟大了，我们德国人就缺少这样一种思想。后来我就很有感触，外国人看东西看得很清楚，法制创新有终极目标和阶段性目标，我只想到这样一个问题。十四大已提出了一些阶段性目标，但是比较笼统，比如司法体制改革、提高司法质量、强化司法公正。这些东西就不像经济体制改革。经济体制改革的阶段性目标就非常明显，几年之内进行的现代企业制度建立、公司内部治理结构的完成、金融体制改革的完成、税收制度税收体系的完成都清清楚楚的，到了阶段基本上就完成了。法制改革、司法改革年底要拿出一个东西，但是后来认为拿与不拿没有实质性的推进作用，我想阶段性的目标能不能像经济体制改革、科技体制改革，像我们高校改革拿出一个可行的目标。哪些问题要改，怎样去改，阶段性的目标不明显。出现了什么问题？反映了一个什么问题？反映了我们理论研究不够。那么理论研究不够背后反映了领导人的关注不够。高等教育改革这几年高考、研究生教育制度每隔几

年都提出了一个改革的方案。刚才景文教授提出一个问题。创新与改革实际上涉及到到底什么是创新。创新总是与社会进步相联系的，我认为这才能够称之为创新。如果出歪点子或者说搞标新立异，或者说凭一种头脑发热想到大跃进、人民公社的一些东西，我个人认为那就不能叫做创新，应该叫做瞎折腾。比如锻炼身体一定要有科学的方法，健美体操训练是对身体的锻炼。如果不管多大的年龄都要翻跟头那肯定是瞎折腾。我们评价这些问题涉及到怎样理解创新。创新也好，改革也好，必须是与社会进步相联系的。它本身带有价值评价。最后一个问题，我们现在看到了很多西方人认为我们走了一些老路。西方100年前200年前提出的东西，现在我们拿出来当作自己的具有时代精神的东西提出来，这是不是不可思议？这个问题是在几年前沈宗灵教授提出来的，我当时跟他讨论了这个问题。我是这样看这个问题的，因为我们正处于现代化的过程当中，西方已经进入到了后现代，它完成了现代化的历史过程，我们没有。西方资本主义发展有一个成熟过程，但是我们没有。我们不是说要补资本主义的新课。资本主义的课补不了，我们也没法补。现在建立社会主义市场经济，不管是不是加社会主义，总的来说是讲市场经济。市场经济所派生出来的那一套理念和制度是你无法回避的。西方可以说契约死亡了，但是它并没有死，契约还是有生命力的。西方从来没有绝对自由的契约，契约要受限制。从来就没有自由的契约。我们是从没有契约的自由到有契约的自由。所以要强调契约自由。我们很多东西都是在补西方法制文明的课，所以说在这个过程中借鉴也好移植也好，我们都是可以理解的。这和那些拿西方几百年前的东西当作新的东西是两个不同的概念。我们的这一套法律理念、法律精神和法学理论也同样要经历这样一个过程。这个过程可能觉得是一种重复，我想这不是一种简单的重复。这是我的看法。

朱景文教授：张文显教授给我们作了一个非常有启发性的学术报告，同时李龙教授也作了点评，大家也提出了许多很好的问题。让我们再一次用热烈的掌声对张文显教授表示感谢！今天的法理学论坛是我们第一讲，我们以后这个论坛还要继续下去。最后再说一下，我们法理学论坛的讲座内容将在我们的法理学网站上[www.jus.cn](http://www.jus.cn)上全文公布。

注：以上文字根据录音整理，未经本人审阅。

来源：中国民商法律网

---

### 相关文章：

---

[部门法哲学引论——属性和方法](#)

[走向和谐法治](#)

[走向和谐法治](#)

[入世与法学教育改革](#)

[从义务本位到权利本位是法的发展规律](#)

[入世与法学教育改革](#)

[从义务本位到权利本位是法的发展规律](#)

[继承·移植·改革：法律发展的必由之路](#)

[中国法律制度创新的法理基础](#)

[改革开放新时期的中国法理学](#)

[改革开放新时期的中国法理学](#)

[再论建构有中国特色的社会主义法学](#)

---

[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

