

# 《法学研究》三十年：法理学

胡水君\*

在回顾新中国法学三十年时，学者陈守一曾经感叹，“三十年来，我国法学……经历了一段极其坎坷曲折的道路”，“法学的落后……尤为突出”，并且断言我国改革开放之后“必然会出现一个法学的繁荣时期”。〔1〕二十几年后，当历史的时距拉得更长，回顾改革开放以来中国法学的又一个三十年，我们应该会有不同于陈守一先生的新的感慨，感慨前三十年和后三十年中国法学发展变化之悬殊，感慨陈守一先生的断言在很大程度上确实是实现了。这三十年，尽管仍然不乏艰辛，但中国法学毕竟没有再经历头三十年那样的坎坷乃至中断，而是在一个虽有纷纭而主线不断的社会环境中，持续地走出了一条渐次向前发展的道路。作为这三十年中国法学发展的亲历者，作为中国法学界至为重要的专业期刊，《法学研究》第一现场地记载了改革开放以来中国法学成长道路的历史轨迹。1978年至2007年，175期《法学研究》，不仅为我们探察改革开放以来中国法学的基本发展状况提供了一条途径，也足以用来作为我们分析近三十年中国法理学演进的第一手素材。

三十年间，从论题、作者和内容综合考量，《法学研究》总共刊登了大约480篇法理学文稿，〔2〕占《法学研究》总篇数的五分之一强，在一定程度上凸显了法理学在法学中的基础学科地位，也为中国法理学积聚了不可替代的历史文本。整体来看，在内容上，这些篇章既有对法理学基本论题的一贯研究，也比较明显地表现出对于国际形势和国内政策的积极回应。1978年至80年代初，加强法制和繁荣法学是两个突出主题；80年代中后期，法律改革和政治体制改革以及法学更新受到关注，对于西方法理学的介绍也主要集中于此；1991年前后，人权研究兴盛一时；1994年前后，法律与市场经济备受瞩目；1997年前后，关于法治国家的研讨广泛而深入；世纪之交，后现代和全球化话语日渐进入法理学。可以说，三十年《法学研究》中的法理学研究比较契合地见证了时代的历史发展——十一届三中全会的召开，新宪法的颁布，经济和政治体制改革，“人权”、“市场经济”、“依法治国”入宪，“一国两制”，“冷战”结束，中国加入世界贸易组织等国际国内大的形势和事件，在法理学文稿中都得到了一定反映。在形式上，这些篇章的集合特征明显具有从短文演进为长篇大论，从注释缺无或者稀少演进为注释渐多而且规范，从注释以马克思主义经典作家和领导人著作为主演进为注释涵括更为丰富而专门的中外文献，从学习、介绍型文稿演进为研究型论文等特点。就作者群变迁而言，这些篇章对于造就中国的法理学人材也起到了一定推动作用。三十年来，约有90位专门从事法理学研究的学者在《法学研究》上发表过文章，其中有50多位发表

\* 中国社会科学院法学研究所副研究员。

〔1〕 陈守一：《新中国法学三十年一回顾》，《法学研究》1980年第1期。后文未注明出处的文章均出自《法学研究》，引用时只写明发表的年份和期数。

〔2〕 除了由法理学者撰写的明显属于法理学论题的典型法理学文章外，本文选用的480篇文稿也包含了少量由法律史、宪法、诉讼法等领域的学者撰写的具有较强法理学意义的文章以及由法理学者撰写的涉及部门法内容的文章，还包含了7篇法理学学科年度述评、近20篇与法理学相关的综述或笔谈稿，未包括“补白”短文。

两篇以上，这些作者大多已是或其后成为全国各教学和研究机构中法理学方面的知名学者。<sup>〔3〕</sup>对于成长中的法理学者来说，在《法学研究》上第一次发表论文往往成为其学术生涯的一个新起点。<sup>〔4〕</sup>总体上，480 篇文稿体现出三十年在开放中推进改革、在改革中扩大开放的时代特点，并且在对中国改革开放实践的回应中成就了一条具有典型性的中国法理学的《法学研究》之路。

对于这些具有历史意义的法理文本，本文无意事后置喙，品评文章之优劣，臧否人物之高下，也无意以此仅作一次纪念式的学术追述。本文的主旨是，沿着中国法理学的《法学研究》之路，探测近三十年中国法理学的基本发展状况，总结和厘清它在这三十年里研究了哪些主要问题，达到了何种深度、高度和广度，存在着怎样的不足，并尝试着把握中国法理学的可能走向。鉴于此，本文不准备基于对这三十年进一步的历史时段划分来逐一细述各个时期的法理学研究状况，而是以《法学研究》所承载的这些文本为切入点，在更为久远的历史背景中对这三十年中国法理学作一种整体的理论分析。换言之，本文更倾向于在这三十年之外打量这三十年，将《法学研究》近三十年的法理学文本放在建国以来的近六十年、晚清以来的近一百六十年乃至几千年的中国和世界文明历史进程中予以审视。法理学，时常被一些西方学者比拟为一座大厦，认为其间厅堂林立、各个角落明暗不一。<sup>〔5〕</sup>从 480 篇法理学文稿看，其所涉及的论题确实显得有些头绪纷繁、变化多端，让人时有“身在此山”、“不知东西”之感，因此，本文适当避开全部文本所展现的各种琐碎的角落和厅堂，而是基于一种整体把握，着重分析中国法理学这座大厦的根基、墙柱、脊梁和外观。具体来说，本文拟从道、政、法、学这四个基本方面，展开对中国法理学的《法学研究》之路的考察。如同古人从目的因、动力因、质料因、形式因把握事物一样，道理、政制、法律和学术这四个方面，正可以被视为用以构筑和支撑中国法理学这座大厦的四个基础性因素。事实上，从三十年的法理学文本看，这四个方面的确构成了中国法理学的《法学研究》之路的主干道。当中国法理学随着中国的经济增长和社会发展而逐渐成长起来时，对于中国据以发展的道统、政统、法统和学统的研究和思考，也理当成为中国法理学的历史任务。

## 一、道

法理学是关于法律及其道理的学问。理与道是难以分开的，正如古人所说，“道也者，治之经理也”，<sup>〔6〕</sup>“循天下之理之谓道”，<sup>〔7〕</sup>“道者，天下万世之公理”。<sup>〔8〕</sup>究竟何谓“道”？在汉语中，道，本义指“向着一定方向的路径”，作动词使用时有“引导而行”之义。<sup>〔9〕</sup>就此而言，道是一个蕴含着自然据以发育生成、人据以安身立命、政治据以建基铺展的自然或正当的普适因素的概念，正所谓“凡言道者，皆谓事物当然之理，人之所共由者也”。<sup>〔10〕</sup>不过，由于对普适道理的不同侧重，古今社会对于道理的追求也经历了变化，这在中西历史上主要表现为从宗教义务向自然权

〔3〕 作者中，数李步云和刘瀚两位学者发表的论文篇数最多，都在 15 篇以上。此外，陈春龙、陈世荣、陈守一、公丕祥、郭道晖、郭宇昭、郝铁川、何勤华、李林、刘作翔、马长山、沈宗灵、苏力、孙笑侠、童之伟、吴大英、信春鹰、张文显、赵震江等发表法理学文章皆在 4 篇以上。

〔4〕 法理学者第一次在《法学研究》上发表论文的年份例如：朱景文 1982 年，季卫东 1984 年，信春鹰 1986 年，张文显、公丕祥、舒国滢 1987 年，李林、刘作翔 1988 年，吴玉章 1990 年，林喆、贺卫方 1992 年，夏勇、王晨光 1993 年，孙笑侠 1994 年，马长山、张恒山、苏力、张志铭 1995 年，徐显明、谢晖 1996 年等。

〔5〕 参见 [美] 埃德加·博登海默：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来、姬敬武译，1987 年版，第 199 页；Dennis Lloyd and Michael Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 5th edition, London: Stevens & Sons, 1985, p. 13.

〔6〕 《荀子·正名》

〔7〕 张载：《正蒙·至当篇》。

〔8〕 陆象山：《陆九渊集·论语说》。

〔9〕 参见陈来：《中国近世思想史研究》，商务印书馆 2003 年版，第 26 页。

〔10〕 朱熹：《论语集注·学而》。

利、从道德伦理向天赋人权、从“人伦”向“物理”的转变。具体就中国来说，古人以“人伦”为“道之大原”，〔11〕认为“道即是良知”，〔12〕“仁义礼智，人之道也”；〔13〕而近人则强调“天民人权之理”，〔14〕认为“提倡人民的权利，便是公天下的道理”，〔15〕“侵人自由者，斯为逆天理，贼人道”。〔16〕古今社会价值基点不同，由此选择的政治和法律道路也不一样。大体上，人权和公民权利作为现代之道，构成了现代法律实践以及现代法学的主要价值取向。

建国以来，尽管历次宪法都辟有专章规定“公民的基本权利”，1982年宪法更是将其提到“国家机构”之前，但人权作为主导价值最终被确立下来却是在1991年之后。这一年，《中国的人权状况》白皮书发布，其中称人权为“伟大的名词”。2004年“人权”入宪，进一步巩固了人权在我国的政治和法律地位。就理论界而言，关于人权和公民权利的讨论主要集中在两个时期。一是1979年，这一年全国涌现了大量有关人权的争论文章，同期也出现了很多讨论人道主义、人性论的文章；二是1991年和1992年，这一时期的讨论与“冷战”结束以及我国在国际政治斗争中的人权问题上变被动为主动存在着一定联系。这两个时期，在《法学研究》上也有较为明显的反映。三十年间，《法学研究》共刊载关于人权和权利的法学文稿约55篇，范围涉及人权、公民权、集体人权、基本权利、结社权、发展权、性权利、环境权、权利理论等，其中，1979年刊登了4篇，有两篇是具有一定开创性的人权论文，而1991和1992年则集中发表了12篇。

这55篇文稿，如果以1979年和1991、1992年为两个研究波峰，那么与之相应地，也存在波峰过后的研究波谷和相对平缓时期。从这些文稿看，1979年之后近十年，《法学研究》关于人权的讨论一度趋于沉寂，这一时期关于权利的研究以公民权利与宪法和法律的关系为主，而且篇目较少；1991、1992年高峰过后，《法学研究》关于人权和权利的研究一方面沿着国际、国内的法律制度和实践平稳延伸，另一方面则着力于更有理论深度和高度的哲学探讨。由此，按照研究的波澜起伏，大致可以从人权与历史、权利与法制、人权与权利、权利与哲学这些具体内容，来分析人权和权利研究的《法学研究》之路。

### （一）人权与历史

在中国，“人权”并不是一个自古土生土长的语词。因此，近代以来，当“人权”作为一个西方概念进入中国时，它未能避免遭受一些文化隔膜乃至政治波折。尽管中国传统中包涵着各种形式的保护人的思想和制度，但在长期有关“义”与“利”、“天理”与“人欲”的道德论辩中，权利特别是以权利为基点的政治和法律制度并没有得到充分发展；而在建国以来的革命和建设实践中，由于“人权”在很长一段时期被视为“资产阶级的口号”，我国对于人权的接受也远不是一帆风顺的，以致直到20世纪90年代初，学者们仍在为疏通人权与中国传统、人权与马克思理论之间的障碍而努力。〔17〕

其实在此之前，文化大革命结束以及改革开放初期的思想解放运动，曾经为人权在理论界的正面提出带来过一次契机。一如1957年之后的二十年间，一些侵犯人权的现象与理论上对所谓“资产阶级的法权”、“资产阶级人道主义”的批判形成紧密对应关系一样，文化大革命结束后人们对于保障人权的关注，也与这一时期关于人性论、人道主义的讨论交织在一起。1979年，在全国关于人权的争论中，《法学研究》也刊登了两篇相关理论文章。一是刘海年和常兆儒撰写的《保障

〔11〕 张载：《张子语录下》。

〔12〕 王阳明：《传习录下》。

〔13〕 张载：《张子语录中》。孟子认为，“仁义礼智，非有外铄，我固有之也”，见《孟子·告子上》。

〔14〕 康有为：《大同书·戊部》。

〔15〕 孙中山：《孙中山选集》，人民出版社1981年版，第883页。

〔16〕 严复：《严复集·论世变之亟》。

〔17〕 参见夏勇：《人权概念起源》，中国政法大学出版社1992年版，有关“人权与中国传统”、“人权与马克思”的章节。

人民权利是革命法制的光荣传统》，二是吴大英和刘瀚撰写的《对人权要作历史的具体的分析》。尽管没有明确地将“人权是资产阶级的口号”作为批驳的靶子，但这两篇文章很明显地舍弃了此种认识。前一篇指出，“通过法律形式确认人民的民主权利、人身自由和经济利益，是革命法制的优良传统”，后一篇则提到“无产阶级也使用人权的口号”。不仅如此，这两篇文章都是主要通过历史分析方法来提出其人权观点的。前一篇利用了20世纪30至40年代的革命法制方面的历史材料，后一篇视野更为广阔，还涉及到人权在西方近代以来的发展及其历史作用。两篇文章最终无非是要说明，既然中国革命时期就在“争自由争人权”、“为人权自由而战”，进行社会主义现代化建设理当更应重视保障人权。

应该说，从历史的视角切入来倡导人权在当时不失为一种切实可行的方法。不过，对于人权的提出，历史的方法并不足以替代理论的论证。人权要能扎根现实，终究还需要更深层次的理论支撑。相对而言，后一篇文章在历史分析之外更多地触及了人权理论。只是，正如标题所示，它着重于对人权作历史的、具体的和阶级的分析，而避免了对人权的抽象理论讨论。在此分析中，人权具有很强的政治用途：资产阶级以之作为反封建主义的斗争工具，无产阶级也以之作为反封建主义和反资产阶级的思想武器。看上去，此时的人权理论明显处在一种政治对立结构之中，“人民权利”这样的措辞也体现了这一特点。就理论讲，对人民好与保障人权并不能完全划等号，因为，人权并不仅仅适用于人民和公民，它还可能适用于人民和公民之外的所有人。对人民好，对好人好，这在理论上是不难论证的，但是，当人权被普遍扩及于罪犯、坏人乃至敌人时，人权与政治对立之间的张力便会凸显出来。在这样一些问题上，学者们后来在理论上迈出了更远的步伐，也作了更为详细的论述。

## （二）公民权利与法制

1979年之后，直到1989年，《法学研究》才再度出现有关人权的理论文章。这期间，人权是一个政治上颇为敏感的话题，尤其是在20世纪80年代中后期国际政治领域人权斗争有所加剧后。不过，此期间在《法学研究》上仍然可以零星见到关于公民权利的文章。其中，有几篇涉及的是宪法上的公民权利，例如，1979年试刊上就有两篇有关公民的“人身权利”、“申诉权”的文章，1982年过后则又有谈论新宪法中公民的“人格尊严”的文章；另有两篇则专门探讨公民自由与法律的关系。

这些讨论，明显含有对文化大革命进一步的反思。建国头三十年，在大大小小的政治运动特别是文化大革命冲击下，宪法以及宪法所规定的公民权利实际上并没有显现其作为“根本法”或“基本权利”的巍然不动地位，而是一直面临着风雨飘摇的尴尬处境，以致到十一届三中全会仍不得不强调维护法律的“极大的权威”，“宪法规定的公民权利，必须坚决保障，任何人不得侵犯”。一个国家的宪法及其规定的基本权利在政治实践中长期处于一种严重失衡状态，促使人们在拨乱反正之后对此政治困境做出深入的理论思考。总体上，关于宪法权利的几篇文章虽然在理论上直面着这样的政治处境，但它们还只停留在对宪法规定的解释和论证以及主张保护公民权利的应然层面上。在现实举措方面，这些文章也提到了通过官员守法和严格执法来加强对权利的维护，但政治权力的规范运行尚未进入它们的视野，相关讨论终未能从理论上根本解决这样一个问题：为什么国家有了宪法，而且宪法明文规定了公民的基本权利，但宪法连同这些基本权利在政治实践中还是会遭受任意践踏？

同样，两篇讨论公民自由与法律之间关系的文章，也主要是在法律框架内展开的。一篇对“社会主义法与公民自由是根本对立的观点”提出了批评，主张“社会主义法是公民自由的保障”。〔18〕

〔18〕 张建华：《社会主义法是公民自由的保障》，1985年第1期。

另一篇也认为“公民的自由必须由法律保障”。〔19〕两篇文章的主题都是法律与自由的关系。在思想史上,关于这一问题人们并非毫无分歧,例如,边沁等人认为法律是对人的自由的限制,而洛克、康德等人则认为法律旨在保障自由,而不是为了限制自由。这两篇文章在主张法律保障公民自由的同时,显然并没有回避法律限制人的行为的一面。一篇认为自由权利以不违背人民根本利益和社会秩序为界限,另一篇则认为违背人民共同意志的行为并不构成自由。由此,与权利相对应的义务以及有关权利与义务之间关系的讨论也就自然地接引出来。这些关于自由权利以及权利与义务之间辩证统一关系的讨论,尽管看上去远没有当时有关“法的阶级性”的讨论那样广泛而热烈,但在一定程度上为以后把权利和义务作为法制基本要素以及法学核心范畴的学术热衷埋下了伏笔。另外,如同关于宪法权利的几篇文章一样,关于自由权利与法律的这两篇文章,也只是强调了宪法和法律应该规定和保护公民的权利和自由,而始终没有触及通过对政治权力的政治制约和法律规范来保障公民权利与自由这样一条权利保护路径。“以权利制衡权力”,使政治权力依照法定程序运行,〔20〕这到后来才成为学者们关注的重点。

### (三) 人权与公民权利

从《法学研究》的文本看,人权与公民权利构成了学界关于权利研究的两条主要线索。相比而言,虽然研究自20世纪80年代以来仍面临着意识形态障碍,并且都在80年代末和90年代初取得突破性进展,但公民权利研究更为平稳,而人权研究则显得大起大落、相对迟缓。这不仅体现在法学研究中,也表现在法律体系上。就研究而言,《法学研究》在1979年对人权和公民权利各刊载两篇文章,此后,人权研究一度中断,而关于公民权利的研究则沿着法学体系和法律体系的学理轨迹得以断断续续地向前延展,直至权利和义务被确立为法学的核心范畴,权利被确立为法律体系的本位。〔21〕就法律而言,公民权利自始至终就存在于我国宪法规定中,而“人权”直到2004年才成为宪法措辞。虽然人权与公民权利构成两条线索,但合在一起看,权利发展在中国也可以说包含了一个从“公民权利”到“人权”的过程。这一过程与改革开放进程是紧密联系在一起。

改革开放,并不仅仅是一个政治、经济和社会变迁过程,也是一个涉及价值观和正义观转变的过程。在正义论上,有学者区分了部分正义或群体正义(sectional justice)和整体正义或普遍正义(universal justice)。〔22〕群体正义是“封闭社会”的正义,适应于群体内部成员,具有部分性和选择性;普遍正义则是“开放社会”的正义,一体适应于所有人,具有兼容性和扩展性。按照此种区分,随着我国开放程度的加深,普遍正义在实践中必定被更多地吸纳,权利保护因此也相应地突破“以阶级斗争为纲”的束缚,从保护人民、公民扩展到对人的一体保护。这样一种观念转变,在1989年徐炳的《人权理论的产生和历史发展》一文中得到了充分体现。这篇观点鲜明并且理论勇气沛然的人权理论文章,以“同类相怜的人心”为“人权的根基”,视人权为人类文明发展的共同成果,把实现人权作为公民权的唯一目标。基于文化大革命的教训,该文特别涉及了对于罪大恶极的罪犯乃至阶级敌人的人权保护问题,并因此提出人权就其本身而言“是一个超阶级的概念”。该文还批评了“对阶级敌人不论多么狠,多么凶残,也不过分”的观念,指出“否认人权的超阶级性,一味强调人权的阶级性,主张只给人民以人权,不给敌人以人权,就会导致完全否定人权的谬误,就会导致践踏人权的后果”。这些当时让人耳目一新的观点和分析,在很大程度上特别是从普遍正义的视角,克服了先前人权理论中人权与阶级对立之间的内在紧张。只是就后来的讨论而言,在“为什么给坏人以人权保护”等问题上,〔23〕此类见解并没有能够完全避免进一步的道德追问。

〔19〕 李茂管:《公民的自由和法律》,1981年第2期。

〔20〕 郭道晖:《试论权利与权力的对立统一》,1990年第4期;刘作翔:《法治社会中的权力和权利定位》,1996年第4期。

〔21〕 张文显:《论法学的范畴意识、范畴体系与基石范畴》,1991年第3期。

〔22〕 Cf. F. A. von Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, Vol. 2, London: Routledge & Kegan Paul, 1976, pp. 143-150.

〔23〕 例见赵汀阳:《有偿人权和做人主义》,《哲学研究》1996年第9期。

1989年之后,《法学研究》于1991、1992年接连刊发了8篇人权文稿,其中包括李步云两篇较为系统的人权论文《论人权的三种存在形态》、《社会主义人权的基本理论和实践》,以及一篇较为全面的人权理论会议综述。<sup>[24]</sup>这些文稿适时地满足了我国在主动接纳人权话语之际对于人权理论的需求,也进一步巩固了我国法学和法律体系的人权价值取向。在此后的权利研究中,以人权和权利来引导政治、法律活动的理论倾向更为明显而确定。换言之,在理论上,人权和权利保护日渐从“通过法律规定人和公民的权利来保护权利”这种看上去相对消极的形式,转向“通过法律限制和规范政治权力来保护权利”这种相对积极的形式,直至人权和权利作为现代之道融入政治实践和法律制度之中,成就法治和宪政理想。这在后来关于公民权的研究中表现得尤为突出,例如,有学者分析指出,“公民权的核心是既参与又抗衡国家权力的政治干预权和政治防卫权”;<sup>[25]</sup>也有学者提到,“随着民主法治的不断发展,权利势必将会逐渐摆脱依附于行政权力的特点,而走向由立法机关规定而由司法机关保证的一种充分法律意义的权利”。<sup>[26]</sup>

#### (四) 权利与哲学

从历史上看,人权、自然权利构成了西方近代以来政治和法律实践的基本出发点。一如学者所说,“现代思想的出发点是个人的权利,并认为国家的存在是为了确保个人发展的条件,而希腊思想的出发点是国家的自治和自立的权利,个人则被认为要促进国家的那种存在状态。”<sup>[27]</sup>20世纪90年代以来,尽管中国法理学界在对人权和权利的普遍接受过程中不可避免地受到了西学的影响,但在中国语境中对人权和权利之根据的理论论证却并不能被当然省略,事实上也没有被忽视。学者们在努力理清人权和权利究竟是什么的同时,也对作为现代之道的人权和权利的根本理据及其现实的政治和社会处境,做出了哲学探讨、分析乃至反思。

人权的根据时常被人追溯至人性或人的自然本性。在西方的“自然权利”理论中,人不惜一切来保全自己的生命被认为是自然律法和人的本性;<sup>[28]</sup>在近代中国,也有人通过“同为天民,同隶于天”来论证“天赋人权”。<sup>[29]</sup>不过,这些理论自始就面临着挑战,特别是道德质问。问题不仅发生在人性概念的含糊上,也发生在“虽然‘同为天民’,但穷凶极恶的坏人是否也应享有人权”上。对此问题,1997年第6期张恒山的《论人权的道德基础》一文作了专门探讨。在《法学研究》的众多文稿中,这是少有的一篇让人感受到道德张力的论文。该文将人权的根基建立在人的“道德心”上,强调了人权的“无害性”,即人权的享有以“不得损害他人”这一道德规范为条件。该文的论证过程与结果,较为充分地显示出人权在现代社会中的道德处境:一方面,人权因为对邪恶暴行的道德憎恶而兴起,而另一方面,人权又在对包括坏人在内的所有人的一体保护中表现出“无善无恶”。历史地看,如果说人权是一种道,那么,自古以来的德性也是一种道,两种同样具有普世意义的价值在现代社会是否可以协调?如何协调?确实值得更深入地研究。在此方面,倚重丰厚的传统道德资源,我国的人权和权利理论其实有着广阔的开拓空间。

人权和权利不仅与道德哲学有着深层关联,也与政治哲学密切联系在一起。无论是在历史上,还是在现实中,人权、权利与现代政治都是休戚相关的。人权和权利,既是现代社会的基本价值,也是人们相互交往或交易的社会媒介和法律形式,还是人们争取政治地位、对抗政治权力的政治和法律手段。作为价值,人权和权利在正义论上对功利主义、市场逻辑、社会分配、行政控制等构成

[24] 李林等整理:《以马克思主义为指导深入研究人权理论——人权理论研讨会综述》,1991年第5期。

[25] 郭道晖:《公民权与公民社会》,2006年第1期。

[26] 吴玉章:《公民权利的实践——结社现象的法律意义》,2006年第5期。

[27] [英] 厄奈斯特·巴克:《希腊政治理论:柏拉图及其前人》,卢华萍译,吉林人民出版社2003年版,第36页以下。

[28] 参见[英] 霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1985年版,第97页;[荷兰] 斯宾诺莎:《神学政治论》,温锡增译,商务印书馆1963年版,第212页。

[29] 康有为:《大同书·戊部》。

一种批判性张力。<sup>[30]</sup>作为政治和法律形式,人权和权利不仅表现为在政治和法律实践中尊重和保护人这样一种道德要求,这在传统社会的治理中其实也一直存在,它们更在治道选择上具体表现为对政治体制和社会治理的一种形式化的、程序化的制度设计和法律安排。具体从《法学研究》的文本看,人权和权利研究也较为明显地日渐深入到政治层面。一方面,在国内政治领域发生了从对权利与义务之间关系的分析到对权利与权力之间关系的探讨的深化,<sup>[31]</sup>在国际政治领域经历了由个人权利到集体人权的发展;<sup>[32]</sup>另一方面,对于基于人权和权利的制度化、形式化路向开始出现批判性反思,这主要表现在关于形式法治的讨论中。<sup>[33]</sup>人权观念,自启蒙思想家结为概念并昭示世人以来,至今已历经近三百年。然而在这三百年间,人类的生存状态并未因为人权观念的提出与普及而当然改善,相反,奴隶贸易、鸦片战争、资本压榨、世界大战、种族屠杀等等均发生在这三百年里。就人权的理想与现实之间的这种反差而言,进一步构建支撑人权的道德根基和保护人权的政治和法律力量,避免现代权利道路上的“现代性”问题,诚可谓任重而道远。

## 二、政

法理学不仅是关于法理的学问,也是关于政道的学问。尽管“法理学”在字面上并不包含“政”,而且一些学者还倾向于将国家或政治从法理学的研究对象中驱逐出去,但事实上,法律,无论是宪法、公法还是私法,与政治都是无法完全分割开的,“政”对于法理学来说不仅是不可避免的,而且是至关重要的。

从历史上看,中国的法律实践长期以来都未能免除来自政治的影响。在古代,它受到皇权的支配,在司法上也表现出司法与行政不分的特点;近代以来,在政治运动的反复冲击下,它不断经历着变迁乃至动荡。在百年宪政历程中,立宪以及宪法实践在各个历史时期都明显是与政治势力联系在一起,以致无论是在所谓“预备立宪”时期,“党治”、“军政”、“训政”时期,还是在“无产阶级的革命专政”时期,“宪政”理想都被长期搁置。虽然从历史上如此并不能推导出理想上也应如此,但从法理上看,法律与国家或政治之间的联系在现代条件下也是难以割裂的。关于现代国家的建立,启蒙思想家们曾在理论上构造了一种“无政府”的自然状态,沿着这样的思路,现代其实也可以被认为处在一种民族国家林立的“无世界政府”状态。在此状态中,无论国家在理论上被认为是应当消灭的,还是被视为一种不得不容忍的“恶”,它终究构成现代法律实践的基本现实条件之一。而且,尽管宪法和法律至上、使政治服从法律等被一些人视为宪政的基本要求,但即使在现代民主体制下,宪法与民主、议会主权与法治、人民权力与法治之间也并不总是相互融洽的,不受政治影响的宪法和法律也远不是经常的现实。实际上,不避开政治,反倒创造了为法律实践构建政治理想的可能性。就中国来说,在从贵族政治向君主政治再向民主政治的久远历史发展中,在近代以来从君权向民权、从君主向民主的政治转变过程中,“民主”不仅迄今仍是我国宪法规定的国家目标之一,而且也是中国法理学长期以来以及今后研究的重要论题。

建国头三十年,法理学一直沿袭苏联的“国家与法的理论”这一名称,在内容上把国家理论放在核心地位,表现出使法律从属于政治的明显理论倾向。改革开放以来,关于法律的专门研究日渐加强,国家理论在法理学中也相应有所减弱,但这并不意味着法律与政治或国家的关系在研究中越

[30] 参见邱本:《从契约到人权》,1998年第6期;夏勇:《权利哲学的基本问题》,2004年第3期;胡水君:《民主政治下的为民之道——对政治、行政及其关系的一个分析》,2007年第3期。

[31] 参见郭道晖:《试论权利与权力的对立统一》,1990年第4期。

[32] 参见白桂梅:《论新一代人权》,1991年第5期;汪习根:《发展权法理探析》,1999年第4期。

[33] 参见高鸿钧:《现代法治的困境及其出路》,2003年第2期;张建伟:《认识相对主义与诉讼的竞技化》,2004年第4期;汪海蓝:《形式理性的误读、缺失与缺陷——以刑事诉讼为视角》,2006年第2期。

来越薄弱。其实从《法学研究》的讨论情况看，法理学界关于“政”的讨论与其说弱化或消失了，不如说增添了新的内容，更换了新的视角，采用了新的形式。具体而言，排除专门的宪法、行政法、诉讼法文章以及法治论文，三十年间，《法学研究》共刊载关于“政”的文稿约85篇，范围涉及人民民主及其制度化、法律化，依法行政，司法独立，党政分开，政治体制改革等。就主体内容而言，这些篇章体现了法律学者对于民主政权、行政权力、司法权力、政党活动这四个“政”在现代社会中的基本方面的长期研究和思考。以下主要从这四个方面来分析政制研究的《法学研究》之路。

### （一）民主政制

在历史上，尽管中国古代有“天聪明自我民聪明，天明畏自我民明威”、<sup>〔34〕</sup>“民为贵，社稷次之，君为轻”<sup>〔35〕</sup>之类近乎民主的政治话语，而且在漫长的君主专制时期也时常发生关于“三代”与“后世”<sup>〔36〕</sup>以及“三代以上”与“三代以下”<sup>〔37〕</sup>的争论，由此透显出君主政制与道德理想之间的张力，但作为政制的民主显然是中国古代所长期缺乏的。在很大程度上，中国传统社会对于“治”理的擅长和倚重，延缓乃至替代了对于民主“政”制的追求，这使得“政”对于现代中国来说尤其显得重要。直到最近一个半世纪，民主才成为中国努力争取的政治目标。

对于民主政制的探讨特别是对于“民主是什么”的追问，《法学研究》三十年间可谓贯穿始终。85篇关于“政”的文稿中，论题涉及民主的文章约有20篇。这些研究大多与当时的政治形势有着较为紧密的联系，并且表现出前后差异，反映了政治体制改革进程的深入。大体上，在1990年之前，关于民主的讨论比较多，而且大都涉及人民民主专政，将民主与专政、法制相提并论；之后，规范和制约政治权力的理论倾向更趋明显，研究也逐步扩展到对于民主与法治之关系的探讨。

人民民主专政，是《法学研究》1990年前关于民主讨论的思想主题。在1979至1984年6年间，民主与专政是法理学研究中的热门话题之一，相关专题文章达11篇之多，此后直到1989年才再度出现刘瀚的《论新时期人民民主专政的历史使命》一文，此后的《法学研究》再没有出现专门论述人民民主专政特别是专政的论文。就内容而言，这些讨论主要是围绕马克思主义经典作家和领导人的著作展开的，毛泽东的《论人民民主专政》是这些讨论中反复出现的一篇文献。人民民主专政是民主理论，更是基于中国革命实践产生的一种国家理论。《法学研究》在20世纪80年代关于这一理论的讨论，可以说是国家理论在法学基础理论中的进一步延伸。相比较而言，关于民主的较早讨论尤为强调其政治上的专政一面，因此也“强调运用法律武器进行斗争”；<sup>〔38〕</sup>后来的研究则更为注重民主的政治形式和实现民主的法律制度。例如1988年罗耀培的《社会主义民主政治建设初探》一文，主要从人民代表大会制度来探讨我国的民主政治，而此前诸如《坚持无产阶级专政的光辉思想》、《民主是一种国家制度——兼谈民主与法制的关系》等文稿，所讨论的其实大多是国家理论，并未提及人民代表大会制度。<sup>〔39〕</sup>

〔34〕《尚书·皋陶谟》

〔35〕《孟子·尽心下》

〔36〕例如，“三代之治，顺理者也。两汉以下，皆把持天下者也”（程颢、程颐：《河南程氏遗书》卷第十一）；“为治而不法三代，苟道也。虞舜不可及已，三代之治，其可复必也”（程颢、程颐：《河南程氏粹言·论政篇》）；“问：‘自秦始皇变法之后，后世君皆不能易之，何也？’曰：‘秦之法，尽是尊君卑臣之事，所以后世不肯变。且如三皇称皇，五帝称帝，三王称王，秦则兼皇帝之号，只此一事，后世如何肯变？’”（朱熹：《朱子语类》卷第一百三十四）；“唐虞以上之治，后世不可复也，略之可也；三代以下之治，后世不可法也，削之可也；惟三代之治可行”（王阳明：《传习录上》）。

〔37〕例如，“三代以上有法，三代以下无法。……三代以上之法也，固未尝为一己而立也。……三代之法，藏天下于天下者也……所谓无法之法也。后世之法，藏天下于筐篋者也……所谓非法之法也”（黄宗羲：《明夷待访录·原法》）。

〔38〕詹孝俊：《坚持和发展人民民主专政理论——学习〈邓小平文选〉的体会》，1984年第5期。

〔39〕从1979年至1989年，《法学研究》关于人民代表大会制度的文章有4篇，作者多是宪法学者，此后有关于政体、议行合一以及党与人大的关系的理论讨论，但没有再出现专门以人民代表大会制度为题目的论文。

民主的制度化、法律化,是《法学研究》有关民主研究的一贯思路。在较早的讨论中,所谓“民主的制度化、法律化”,通常被理解为以完善而有权威的法律和制度保障人民的民主权利。这既是对十一届三中全会强调“使民主制度化、法律化”的理论回应,也明显体现出对文化大革命侵犯公民权利的进一步理论反思。不过,以法保障民主权利虽是民主的制度化、法律化的重要方面,但并不足以概括其全部。实际上,民主的制度化、法律化也包含着使民主政治活动规范化,直至使政治权力沿着法治之道平稳运行,从而避免“大民主”或政治大动荡的意蕴。对此,《关于建国以来党的若干历史问题的决议》曾指出,“长期封建专制主义在思想政治方面的遗毒仍然不是很容易肃清的,种种历史原因又使我们没有能把党内民主和国家政治社会生活的民主加以制度化,法律化,或者虽然制定了法律,却没有应有的权威。这就提供了一种条件,使党的权力过分集中于个人,党内个人专断和个人崇拜现象滋长起来,也就使党和国家难于防止和制止‘文化大革命’的发动和发展。”在这段话中,使政治权力和国家民主政治生活沿着制度和法律的路径理性开展的意思是很明确的。后来,1982年宪法将1975、1978年宪法中有关“大鸣、大放、大辩论、大字报”的内容删除,也表明了这层意思。

就法律与民主政制的关系而言,一方面,人民民主长期以来决定乃至影响着我国法律制度和实践的特点;另一方面,民主的制度化、法律化为我国后来走上“法治国家”的道路作了很好的铺垫。理论界后来关于民主的探讨,也主要是结合法治或宪政展开的。1990年过后,《法学研究》专门研究民主的论文只有3篇,这些论文要么认为民主政治是“程序政治”、“法治政治”,由此强调法治对于民主的保障、引导和推动;<sup>[40]</sup>要么认为民主与法治不可分割,二者统合为“社会主义宪政”,由此强调法治对于民主的确认、引导乃至规制。<sup>[41]</sup>此外,自1989年起,《法学研究》共刊载了3篇专门论述宪政的论文,这些论文对中西宪政道路作了历史考察,并提出了包括人民主权、法律至上、分权制衡、选民选举、人权保障、违宪审查在内的宪政原则,<sup>[42]</sup>体现了把法律特别是宪法与民主政治结合起来的思路。无论是关于民主与法治的探讨,还是关于民主与宪政的研究,在很大程度上都把国家的民主政治生活与宪法和法律紧密地结合在了一起,由此使“人民国家”深入到“法治国家”、“民主”深入到“宪政”,从而也使得国家理论更趋丰富和完善。

## (二) 行政管理

与“民主的制度化、法律化”这一普遍认识相联系,也有一些学者提出“国家行政管理需要制度化法律化”,直至主张“依法行政”。有此主张的并不仅限于行政法学者,从《法学研究》的讨论情况看,一些法理学者也比较早地思考和分析了行政及其与法律的关系。排除专门的行政法方面的文章,《法学研究》关于政府或行政的论文约有9篇,其中有7篇集中在1984至1993年间,而这正是我国经济和政治体制改革的重要时期,在一定程度上反映出我国政企分开、简政放权、转变职能,“使行政管理走上法制化的道路”的行政体制改革进程。

大体上,“依法行政”构成了这些文稿的中心论题。尽管诸如“法治政府”、“依法行政”迄今广为人知,但当初这些主张在研究过程中并不是一下子被提出的,它们看上去经历了一个历史过程。1984年吴大英的《我国社会主义法律与国家管理》,是一篇较早讨论行政管理与法律之间关系的法理学文章,但它显然只是尝试性的,从中不难感受到当时相关研究的稀少。1984、1985年的3篇文稿在措辞上都使用“国家行政管理”或“国家管理”,虽然提到“学会运用法律武器管理国家”,法律形式对于国家管理具有重要作用,以及行政管理法律化等主张,但并未明确提出“依法

[40] 张文显:《建立社会主义民主政治的法律体系——政治法应是一个独立的法律部门》,1994年第5期。

[41] 李林:《当代中国语境下的民主与法治》,2007年第5期。

[42] 参见王德祥:《五四运动与民主宪政》,1989年第3期;王人博:《宪政的中国语境》,2001年第2期;钱福臣:《宪政基因概论》,2002年第5期。

行政”。联系实际看，这些讨论与当时的经济体制改革强调“正确发挥政府机构管理经济的职能”是一致的。不过，就理论层面讲，行政命令有别于法律，一如有学者所认为的，行政命令只有在可能影响公民权利的行使或私人自由的享有以及赋予公民义务时才进入法律范畴；<sup>〔43〕</sup>而且，行政也不同于司法，“司法判决是依法作出的，行政决定是依行政政策作出的。法院尽力从法律规则和原则中找出正确的答案。行政官尽力根据公共利益找出最有利、最理想的答案”。<sup>〔44〕</sup>就此而言，将法律置于行政之上，确立“依法行政”或行政法治原则是需要一定理论努力的，特别是要理清国家权力体系中立法、行政与司法之间的关系。

1990年之后4年内，《法学研究》接连发表了4篇以“依法行政”为题的论文。这与1989年行政诉讼法被通过无疑有着重要联系。在此期间，“依法行政”被扩大到“行政的各个方面、各个环节”，<sup>〔45〕</sup>以致有学者认为非常时期也得依法行政。<sup>〔46〕</sup>在较早的探讨中，出于对形式主义的担忧，有学者并不主张“把国家管理的全部活动都归结为法律形式”。<sup>〔47〕</sup>不过，主张依法行政的学者也大多强调了行政的效率。相对主要涉及政权的民主政制而言，行政管理主要涉及的是政权之下政府的治理能力，孙中山曾把二者之间这种“政”与“治”、“权”与“能”的关系，形象地比作阿斗与诸葛亮、工程师与机器的关系。<sup>〔48〕</sup>由此来看，“依法行政”原则在强调权利价值以及行政的法定权限和程序的同时，并不必定排斥构建一个管理得当的精干政府。沿着行政法治的方向，到后来，也有学者尝试着从理论上提出通过司法权来处理我国的中央与地方关系，<sup>〔49〕</sup>而这显然需要以足够大的司法权威为前提。政府权力成为法律乃至司法约束的对象，这在法理上不仅需要抬高立法的权威，也需要提升司法的权威。就此而言，司法究竟有多大权威，正从一个方面反映着依法行政乃至法治最终在多大程度上得到了实现。

### （三）司法改革

在我国改革进程中，司法体制改革与行政体制改革同为政治体制改革的重要组成部分。而在《法学研究》中，又尤以司法改革备受法理学者关注。三十年间，排除诉讼法方面的专论，《法学研究》共刊载讨论司法体制和司法改革的文章约25篇。司法独立和司法改革是这些文稿普遍涉及的两个相互联系的主题，而且在后来的讨论中，司法改革与司法独立交织在一起，突显出司法的政制意义。

这些文稿，大多分布在1981年之前和1998年之后，这两年之间则只有两期有文章涉及司法改革。具体而言，1981年前有4篇，除1篇涉及“公检法”互相配合和制约外，其他3篇都涉及“审判独立”。由于此时的人民法院组织法仍保留有“人民法院独立进行审判，只服从法律”的规定，这些文章重点不在于争论审判是否应该独立，而是有现实针对性地探讨了审判独立与人民民主、党的领导、审判监督的关系。1988年第6期有2篇，分别讨论检察和司法改革，这是对十三大关于政治体制改革内容的积极响应，司法体制由此也是作为政治体制的组成部分看待的；1995年第4期有3篇，集中讨论我国审判方式改革中的“对抗制”问题。其他篇章大都集中在1998年之后，内容涉及司法与传媒、司法权、司法职业化等，归根结底都未脱离司法改革和司法独立这两个主题。

就与现实的关系而言，这些文稿在时间分布上，与我国各个历史时期的司法体制状况以及司法

〔43〕 参见前引〔5〕，博登海默书，第349页。

〔44〕 [英]威廉·韦德：《行政法》，徐炳等译，中国大百科全书出版社1997年版，第50页以下。

〔45〕 刘瀚：《论依法行政》，1992年第5期。

〔46〕 陈春龙：《论非常时期的依法行政》，1993年第5期。

〔47〕 吴大英：《我国社会主义法律与国家管理》，1984年第5期。

〔48〕 前引〔15〕，孙中山书，第770、786页。

〔49〕 刘海波：《中央与地方政府间关系的司法调节》，2004年第5期。

改革进程是相适应的。从最高人民法院历年的工作报告看,1983年,对人民法院实行机构改革和工作改革已被提出。这一年,人民法院组织法作了修订,特别是按照1982年宪法修改了法院审判“只服从法律”的规定。此后近15年,我国法院系统的改革主要侧重于提高审判人员专业化和知识化水平、设立经济审判庭和行政审判庭、改进民事和经济审判方式等方面。1997年,十五大提出“推进司法改革”,最高人民法院随之于1999年后接连出台了两个人民法院“五年改革纲要”。这一时期的司法改革,总的来说还只是人民法院改革。2002年,十六大报告在“政治建设和政治体制改革”部分,首次提出“司法体制改革”,体现了把司法体制改革作为政治体制改革重要组成部分的政治思路。可以说,在经历了较长时期的人民法院改革之后,我国司法改革已处在作为政治体制改革一部分的历史阶段。在此阶段,仅仅将司法作为一种“治理”形式看待是不够的,仅由人民法院或最高人民法院来实行司法改革也是不够的,司法更需要从国家“政制”的高度来审视。

1998年之后,学者们关于司法改革的讨论大多触及司法独立和宪政,明显表现出从国家政治制度的角度思考司法改革的理论倾向。与1981年前的讨论不同的是,学者们对“司法何以需要独立”作了较为充分的回答和论证。1999年,在《论建立独立、开放与能动的司法制度》一文中,周汉华指出“司法独立是现代政治制度的基础”,其“根本依据在于保护基本人权”,而“司法独立保护人权的功​​能根植于司法权的性质”。2000年,在《司法权的性质》一文中,陈瑞华认为,“从宪政体制的角度来看,司法权是相对于立法权、行政权的第三种权力”,这种权力存在的目的,一是为个人提供权威的权利救济渠道,二是对具有侵犯性和扩张性的国家权力实施一种中立的审查和控制。这些观点和分析,在很大程度上从人权和法治等方面,阐明了司法独立在现代社会的重要性和必要性。通过司法,使行政权乃至立法权处在宪法和法律的规范和制约之下,以此保障人权和公民权利,可谓作为国家权力重要组成部分的司法权的现代政制意义之所在。或许当年正是在此意义上,沈家本才断言,“宪法精理以裁判独立为要义”,“司法独立,为异日宪政之始基”。<sup>[50]</sup> 在此之外,也有一些学者试图从维护司法公正和防止司法腐败来论证司法独立,而事实上,在“治理”层面实现这两点并非只有司法独立一途,而司法独立也如其他任何制度设计一样,未必能从根本上解决这两个问题,反倒可能在形式化以及职业化道路上加剧官僚主义。<sup>[51]</sup> 这或许也是司法独立在“治理”实践中屡遭阻力的一个原因吧。

#### (四) 政党政治

与各种国家权力形式与法律的关系比起来,政党与法律以及国家机关之间的关系显得更为复杂,因为它不仅涉及国家层面的权力配置,还涉及国家层面之下甚至之上的政治权力的法律对待。就此而言,法律与政治的关系比法律与国家的关系更为广泛,如果以宪法、法律制约和规范国家权力成就的是“法治国家”,那么,进一步使包括政党在内的各种政治权力在宪法和法律框架下规范运行带来的则是“宪政”。三十年间,对于政党及其与法律和国家机关之间的关系,《法学研究》并没有忽视,其中,在标题上直接有关党的文章有7篇,涉及政策与法、党与司法、党政分开、政党制度、党与人大等内容,时间集中在1994年前,此外也有其他一些论文提及了党与政、法的关系。

这些文章都具有较强的现实针对性,一些也与当时的政治事件有着直接联系。建国头三十年,在我国的政治和法律实践中,曾经出现“政策就是法”、“党委审批案件”、将审判独立视为“以法抗党”等情况。改革开放之初,学者们就已开始在《法学研究》上撰文纠正此类做法和看法,强调国家法律与党的政策的不同,强调“党对司法机关的领导,应该直接表现为切实保障司法机关行使国家宪法和法律规定的职权”。<sup>[52]</sup> 这一时期,董必武有关“党的组织不能代替国家机关”以及关

[50] 《清末筹备立宪档案史料》下册,中华书局1979年版,第827页。

[51] 参见何兵:《司法职业化与民主化》,2005年第4期。

[52] 张晋藩、谢邦宇:《独立审判与党的领导》,1980年第2期。

于党与国家政权之关系的话语，在《法学研究》中也时常可以看到。1987年，十三大报告在关于政治体制改革部分，首先强调“实行党政分开”、“党政职能分开”，提到划清党组织与国家政权的职能，理顺党组织与国家机关的关系，做到各司其职，并且逐步走向制度化。随之，1988年《法学研究》上的好几篇文章都论及党政分开，还出现了对党政分开的专论。1989年底，中央《关于坚持和完善共产党领导的多党合作和政治协商制度的意见》出台，随之1990、1991年《法学研究》上接连出现了两篇关于我国政党制度的专论。两篇文章都提到制定政党法，使政党关系法律化，“使我国政治生活的核心部分政党制度作到有法可依、有法必依”。<sup>[53]</sup>到1994年，郭道晖发表《权威、权力还是权利——对党和人大关系的法理思考》一文，尝试着对党的领导权作了法理探讨。该文特别提到，“党政不分最实质的问题是执政党的治权（执政权）与国家主权（统治权）不分；领导权威与权利同国家权力不分。党政分开，关键是‘权能分开’，而不只是‘职能分开’”，从理论上更深入地触及到党与国、党与人民主权的关系。

在这些讨论中，一些学者对于政党以及政治协商会议之类的政治组织形式，比较明显地表现出制定政党法、“政治法”的法律路向。对于法律在国家政治生活中基础乃至至上地位的这种强调，无疑是重要的。不过，如同作为政治概念的人民与作为法律概念的公民的不同一样，作为政治组织形式的政治协商会议与作为国家权力机关的人民代表大会、作为政治主体的政党与作为法律主体的国家机关以及法人，其实是存在一定差异的。所谓政策与法、党与政、党与司法、党与人大的区分，正突显出这些差异。这些差异使得政党以及政治协商会议等政治形式与法律的关系，也相应有别于国家机关与法律的关系，就如同人民与法律的关系和公民与法律的关系之间的差异那样。就此而言，对于政党以及其他政治组织形式，特别是现实人民、政党、国家、法律相互交融的复合政治和法律结构，单一的法律视角、法律理论以及法律规则也许是不够的，有时还需要引入包括民主在内的政治视角、政治逻辑和政治规则。事实上，现代政党不仅需要通过尊重和遵守国家宪法和法律来获得和巩固其法律合法性，也需要通过在政治活动中对政治道义的践行来获得和巩固其政治合法性。就对政治道义的违反也必然带来不利乃至严重的政治后果而言，现代政党不仅受着国家宪法和法律的规范，也受着体现政治道义的政治规则或宪政惯例的制约，在比较广泛的意义上，后者未尝不可以被视为一种不同于国家制定法的“法”。

### 三、法

法是法理学的核心概念。对于法律及其道理的分析和研究，是法理学最基本也是最主要的任务。就法与法理学的这种关系而言，法律在国家政治生活中的地位和处境及其对人们的思想观念和行为方式所起的实际作用，在很大程度上决定着法理学的气象规模。在一个忽视甚至肆意贬低和践踏法制的年代，昌明法治是困难的，发展和繁荣法学同样是难以想象的。对此，沈家本曾经指出，“法学之盛衰，与政之治忽，实息息相通。然当学之盛也，不能必政之皆盛，而当学之衰也，可决其政之必衰。”<sup>[54]</sup>

改革开放前后近三十年我国法制和法学的实存状态，鲜明地映衬出法制境遇与法学盛衰之间的必然联系。这三十年来，不仅法律数量与日俱增，各类法典渐趋完备，与建国头三十年连刑法等基本法律都告阙如的状况适成强烈对照，法律对于政治权力体系的基础性地位和作用也在提升。与此相应，法学的更新和发展也可谓快马加鞭、挥斥方遒，渐渐脱却了当初的“幼稚”。往更远看，此

[53] 参见王超之、张铭：《论共产党领导的多党合作制——兼评多党制》，1990年第5期；陈春龙：《坚持和完善多党合作的政党体制——兼论政协的法律地位和政党立法》，1991年第1期。

[54] 沈家本：《法学盛衰说》，《寄篋文存》卷三。

种变化甚至可以说是一种前所未有的历史性变化。在中国历史上,法律自古以来总是有着一副灰色面孔。在以道德伦理为根基和主导的传统文化结构中,法律长期遭受着道德贬抑,在性质上一般被视为一种不宜推崇的治理工具,正所谓“刑为盛世所不能废,而亦盛世所不尚”。<sup>[55]</sup>因此,法律的数量在传统社会中也受到限制,诸如“削繁去蠹”、“务存平简”之类的约法省禁话语,在历朝历代不绝如缕。<sup>[56]</sup>而在20世纪的社会革命时期以及建国初期,法律又通常是作为“刀把子”或阶级专政的工具看待的,这使得法律的作用主要流于政治斗争层面,而未能成为人们社会生活所普遍仰仗的理性形式,更遑论成为控制政治权力的一种力量。经历了文化大革命这样大的历史教训之后,法律作为安邦定国之重器,其对于政治和社会生活的基础性作用才越来越被深刻认知,人们关于法律的性质的认识也在不断调整和深化。在使国家政治生活日趋规范化和形式化的过程中,作为保障人权、制约和规范政治权力的现代方式,法律的理性色彩日渐呈现出来,直至“法治”作为治国方略在20世纪末终于被树立起来。这种历史变化,在《法学研究》中得到了较为明显的反映。

三十年间,排除涉及权利、政制以及法学的文章,《法学研究》上专论法律的法理文稿总共约达240篇,构成了法理学文稿的主体部分。文稿论题甚为广泛,覆盖了法理学中诸如法制、法的概念、法的性质、法治、法律价值、法律规范、法律效力、法律关系、法律行为、法律解释、法律适用、法律推理、法律责任、法律职业、法律文化等各方面内容。这些篇章,对于中国法理学的丰富和发展,无疑起到了积水推轮的作用。以下不求面面俱到,主要从法制、法的性质、法的概念、法治这四个最能反映这些年法律的历史变化的方面,来依次分析法律研究的《法学研究》之路,其他有些内容将在有关“学”的部分作进一步分析。

#### (一) 法制

法制、法的阶级性、“人治”与“法治”,是《法学研究》开办之初即骤然兴起的三个基本论题。三个论题相互联系,都延续了20世纪50年代的一些法学争论,也都以文化大革命为基本背景和针对对象。文化大革命,一方面看上去是所谓的“无产阶级专政下继续革命”,另一方面又是所谓的“大民主”,无论哪一方面,都对法制造成了极为严重的冲击和破坏。因此改革开放之始,“加强法制”就作为一项历史任务被提上了日程,也成为《法学研究》首先要讨论的热点。从标题和内容看,包含3篇会议综述在内,《法学研究》共刊载探讨法制的文稿约30篇,时间主要集中在1994年前,1994年之后只有零星5篇。总体上,这些讨论经历了从“加强法制”到“法制改革”再到“法制现代化”的发展,直至转入对“法治”的研究。

1978年试刊上发表的文稿基本上都是主张加强法制的。这些文稿在理论层面基于马克思理论和毛泽东思想来论证加强法制的必要性,在现实层面则结合对文化大革命的批判来提出加强法制的重要性。这样的论证是紧要而适时的,也是煞费苦心的,只是在一定程度上仍反映出历史条件的限制。例如,《学习毛主席的革命法制思想》一文通篇以毛泽东思想来论证需要加强法制,而其中轻视法律的话语显然被忽略了。次年的相关文稿延续了上一年的论证思路,由于是建国三十周年,这一年也出现了总结法制三十年的文章。在《我国法制建设三十年》一文中,陈守一等学者将我国法制发展划分为创建、发展、遭干扰而停滞、大破坏、恢复和进一步发展五个时期,并基于历史总结提炼了四条经验教训:依政策而不依法不行,讲人治而不讲法治不行,搞运动而不重视法制不行,法律虚无主义不行。这样的看法在当时可以说已经成为一种共识,后来关于法制的讨论大体上都遵循了这样的理论方向。十年后,当法律界再回过头来看我国法制建设的情况时,一些人认为,尽管十年的立法数量相当于前三十年的总和,但立法规划、法律实施等方面也存在不少问题,甚至不能

[55] 《四库全书总目提要·政书类》按语。

[56] 参见[日]浅井虎夫:《中国法典编纂沿革史》,陈重民译,中国政法大学出版社2007年版。

说十年在成绩上超过了前三十年。<sup>[57]</sup>这或许也是理论界兴起关于法制改革的研讨的一个动因。

法制改革是《法学研究》继十年前有关法治与人治、法的阶级性的讨论之后，再度推出研讨的一个主题。1989年2月，《法学研究》组织召开“中国法制改革学术讨论会”，在这次讨论中，法律至上、民主宪政、权力制衡、分权原则、保障人权、权利本位、司法独立、法治国家等理念均被提了出来。<sup>[58]</sup>在经历了十年的改革开放之后，理论界就法制改革展开研讨，从一个侧面衬托出我国深化改革在观念和体制上所面临的现实分歧和困难。改革开放的这十年，是从计划经济向商品经济乃至市场经济转轨的十年，与此相应，也是新旧体制和观念在社会转型过程中相互碰撞尤为激烈的十年。因此在《论法制改革》一文中，王家福等学者甚至是在“变法”意义上提出法制改革的。与十年前《我国法制建设三十年》一文归纳的经验教训相比，这篇文章提到的摈弃法是阶级斗争工具的观点，摈弃重义务轻权利、重官轻民、重国家轻个人的观念，摈弃党是凌驾于国家和法律之上的组织、党的政策高于法律之类的认识等，显得更进了一步。此后，随着经济体制改革的深化，1994年出现了多篇讨论法制与市场经济的文章。

如果说早期加强法制的讨论主要针对的是文化大革命对法制的破坏，那么，关于法制改革的探讨其实更为深层地涉及到受苏联影响的整个法律体制，<sup>[59]</sup>而后来的讨论则在更为广阔的现代史进程中触及了法制现代化问题，<sup>[60]</sup>而且，相关讨论也不再有着初的那份拘谨。现代化构成了近代以来中国变法、革命和改革的一个基本背景，学者们在理论上关于现代化的阐释，经历了从“现代化”到“世界体系”再到“全球化”的发展，西方中心论在这一过程中事实上逐渐被消解。<sup>[61]</sup>从1996年开始，《法学研究》约有6篇论文专门从现代化的理论视角，对法制或法治作了思考。在有关西化与本土化、内发与外发、中心与边缘的论辩中，这些论文大多表达了一种“和而不同”的立场，就是既学习借鉴世界法制或法治经验，又在法制现代化过程中走中国自己的法律发展道路。法理学界关于法制现代化的探讨，在一定程度上显示出中国改革开放进程乃至全球化进程的进一步加深。

## （二）法的性质

与法制比起来，法律的性质是一个更深层次的论题。建国头三十年，我国的法制表现出这样几个特征：一是法律少，甚至有些基本法律也是缺乏的；二是宪法和法律缺乏权威；三是法律主要作为阶级斗争工具被使用。如果关于法制的讨论主要与前两个特征相关，那么，第三个特征则主要与关于法律的性质的理论观点联系在一起。1957年之后，特别是在文化大革命期间，并不是没有宪法，也不是没有审判，关键是宪法没有得到尊重，审判是在机构不健全的情况下以阶级专政或群众运动的形式实施的。所谓“无法无天”，所描述的与其说是没有法律，不如说是有法而无视法、拿法根本不当法。就此而论，法律具有怎样的性质、法律实际起作用的方式，其实比是否有法律显得更为重要。三十年的改革史，不仅包含着法制从无到有、从少到多、不断完善的过程，也包含着关于法律的性质的理论看法发生转变的过程。

关于法律的性质的讨论主要集中于法的阶级性，这也是国家与法的理论以及法学基础理论的一个核心问题。除关于法的概念的论文外，《法学研究》上涉及这一问题的文稿约有20篇。其中，1982年前有14篇，可见当时争论之热烈；1986、1987年各2篇；1990年有2篇重申并强调了法

[57] 参见刘兆兴、李林：《社会主义初级阶段法制建设若干理论问题研究——1988年全国法学基础理论研究会年会综述》，1988年第5期；《十年法制建设理论讨论会在京举行》，1988年第6期。

[58] 《中国法制改革学术讨论会发言摘要》，1989年第2期。

[59] 孙光妍、于逸生：《苏联法影响中国法制发展进程之回顾》，2003年第1期。

[60] 公丕祥：《国际化与本土化：法制现代化的时代挑战》，1997年第1期；夏锦文：《论法制现代化的多样化模式》，1997年第6期；公丕祥：《全球化与中国法制现代化》，2000年第6期。

[61] 参见[德]贡德·弗兰克：《白银资本——重视经济全球化中的东方》，刘北成译，中央编译出版社2001年版。

的阶级性。1994、1995年,出现过在市场经济背景下专门讨论法的本质的论文,但主旨并不在于强调法的阶级性。此后,《法学研究》上再没有出现关于法的阶级性的专论。总起来看,关于法的阶级性讨论,主要涉及法的阶级性与法的继承性、社会性、人民性之间的关系,所谓法的客观性、规律性、超阶级性等,大致都可归入其中。

法的继承性是一个老问题。早在1957年的法学界,曾专就这一问题展开异乎寻常的广泛讨论。1979年,林榕年在《法学研究》上重起这一旧题,由此也开始了关于法律的性质的各种争论。专论法的继承性的文章随后出现了3篇,其中有2篇支持法的继承性,有1篇则基于法的阶级性提出了不同看法,认为“对旧法不能批判地继承只能借鉴”。在争论中,主张法的继承性的学者并没有回避法的阶级性问题,他们通过区分法律条文与法律规范以及相同的规范内容和不同的制定主体,来协调法的继承性与阶级性之间的矛盾。到1980年,一些学者在法的阶级性之外,又提出了法的社会性、客观性和规律性。<sup>[62]</sup>其基本观点是,法不单纯是阶级斗争的工具,而是承担着社会公共职能、有其客观的物质条件基础、反映着人类社会生活规律。这一讨论中经常被提到的一个例子是,诸如环境保护法之类的技术性法律到底有没有阶级性?在一些学者看来,它作为整个法的规范体系的一部分,同样体现着阶级性。多年后,一些教授在课堂上讲授法的性质时,仍然面临着来自实务界的学生诸如此类的提问:一起合同案件究竟是怎样体现法的阶级性的?再到1986年,出现了关于“法的超阶级性”的争论。所谓“法的超阶级性”,指的其实是法的“全民性”,<sup>[63]</sup>这也是苏联的国家与法的理论较早涉及的一个问题。问题的关键在于,在经历“无产阶级的革命专政”这一过渡时期后,社会主义社会不再是一个阶级对立的社会,法律因此就成为全体人民意志的体现,只具有人民性或全民性。就此,有学者这样写道:“在整个社会主义历史时期,人民性是一个扩展因素,而阶级性是一个消亡因素,它只存在于社会主义法律发展的一定历史阶段。所以,确认人民性作为社会主义法律的根本属性,或者说是属性的主导方面,更符合社会主义法律的真实内容及其发展规律。”<sup>[64]</sup>

总体上,关于法的阶级性的论争,既发生在理论层面,也发生在理论与现实之间,反映出改革进程中书本理论与社会实践之间的张力和互动。从《法学研究》的情况看,随着市场经济体制的建立以及改革开放实践的深入展开,理论界关于法律的性质的看法经历了明显变迁,法律在性质上由传统社会的治民之具、革命时期的阶级专政工具,转变成了用以保障人权和公民权利、制约和规范包括国家权力和社会权力在内的政治权力,并且为现代社会生活交往所不可缺少的理性形式,由此也涂改了笼罩在法律面孔之上的阴暗色调。

### (三) 法是什么

“法是什么?”这是与法的性质密不可分的问题,也是法理学最基本、最具争议的问题。关于这一问题的理论解答,尽管可能常论常新乃至终无定论,但的确可以用来作为衡量法理学研究高深程度的重要标准之一。当然,以此作为判断标准时,解答远不仅限于提供一个简单的答案或立场,更重要的还在于它所依凭的根本道理、所掌握的理论工具、所选择的分析路径、所采用的论证方式等等。在中国法理学的《法学研究》之路上,考察中国学者关于这一重要问题的理论解答是没有理由被忽略的。在关于法的性质的讨论中,很多文章其实已经论及法的概念,除此之外,《法学研究》约有15篇文稿专门就“法是什么”这一问题展开了探讨,贯穿三十年始终。从分析思路看,这些文稿大致经历了从国家与法的理论到马克思的原著再到法理本身这样一个发展路径。

[62] 参见周凤举:《法单纯是阶级斗争的工具吗?——兼论法的社会性》,1980年第1期;武步云:《试论社会主义法律的阶级性和客观性》,1980年第5期;严存生:《法律·意志·规律》,1980年第6期。

[63] 殷勇:《论法的超阶级性》,1986年第4期。

[64] 朱华泽、刘升平:《关于社会主义法律本质的几个问题》,1987年第1期。

早期关于“法是什么”的讨论，主要是从法与国家相伴随、法具有阶级性这两个基本方面展开的。<sup>〔65〕</sup>法因此通常被理解为由国家制定或认可，并由国家强制力保障实施的，反映统治阶级意志的规范总和。这一时期的讨论，无论是对于问题本身的分析，还是对于理论著作的解读，都明显受着建国初期从苏联引入的国家与法的理论的影响。后来，在关于法的阶级性的争论中，一些学者并不认为法是阶级社会独有的现象，而法的阶级性并非法的质的规定性，因此把法定义为“具有社会性、强制性和规范性的行为规则的总和”。<sup>〔66〕</sup>对于这些争议，沈宗灵在《研究法的概念的方法论问题》一文中，专门讨论了法的概念所涉及的一些方法论问题，从词义、分析的具体层面等角度，对一般的法、阶级社会的法、社会主义社会的法、法的现象和本质、法的不同层次的本质的本质等，逐一作了辨析。这对于理清关于法的概念的讨论中一些无谓争论是有帮助的。对于“法是什么”这一问题，国外有些法理学著作并不急于下定义，而是首先对语言形式、命名、可能影响认识和定义的因素等作出细致分析，有的甚至以这些分析来代替对于问题的回答，可见其对于方法论的重视。<sup>〔67〕</sup>

1987年，李肃、潘跃新《法与法律的概念应该严格区分——从马克思、恩格斯法学思想的演变看法与法律概念的内涵》一文，基于马克思、恩格斯的原著对于法的概念作了新的理解，由此为关于“法是什么”的理论探讨开拓了另外一片视野。该文认为，在马克思的理论中，存在着法与法律的区分，法是法律的内容，法律是法的形式，二者表现出客观内容与主观形式的不同。此种近乎自然法理论的观点一出，在同年就引来了两篇商榷文章。一篇文章认同法与法律在马克思的理论中是两个内涵不同的概念，但不同意二者是客观内容与主观形式的关系，而是基于马克思《资本论》中“法权关系是一种反映着经济关系的意志关系”的相关论断，强调法、法律同为社会经济关系这一内容的形式。<sup>〔68〕</sup>另一篇文章则认为“在马克思主义法学思想中，法与法律概念没有严格区分”。<sup>〔69〕</sup>到1994年，郭道晖在《论法与法律的区别——对法的本质的再认识》一文中，对这一论题做了更全面也更具条理的分析。这些争论在理论界长期有关法的阶级性的讨论之外，突显了马克思法律理论中以往少为人留意的一些哲理内容。十年后，就此仍有学者指出，“马克思的理论一直保留了西方自然法中的许多优秀成果。如，他批判把法（自然法）与法律相混淆的做法，提倡‘作为法的法律’，反对让法去迁就法律（恶法）……他甚至于说过自然法是不可取消的。一言以蔽之，马克思珍惜自然法遗产。”<sup>〔70〕</sup>

在关于法与法律的关系争论中，也有学者认为马克思的理论中法与法律是应然与实然的关系。后来到1997年，李步云在《法的应然与实然》一文中对此作了专门探讨。这篇论文既分析了马克思关于法的应然与实然的论述，也对西方的相关理论作了历史考察，并在此基础上提出了作者自己关于法的看法，显出更为广阔的理论视野。2005年，在《法学关于法律是什么的分歧》一文中，李琦围绕“法是什么”，分析了法的三种面相：作为规则的特定形态的法律；作为一种人类活动的法律；作为生命形态的法律。与二十多年前相关论题的文章比较起来，无论是在中外理论资源上，还是在思考、论述和表达方式上，这篇论文都显得更为自主。此外，中国传统法也得到了更为慎重的研究。例如，有学者运用训诂学的方法，对汉语中“灋”字的本义作了细致考察，<sup>〔71〕</sup>由此对“灋”字不体现公平、正义的看法，提出了批评，也丰富了“法是什么”的分析渠道。总起来看，三十年间关于“法是什么”的理论研究所经历的历史变迁，与其说仅仅发生在观点上，不如说更为

〔65〕 参见郭宇昭：《试论法的概念》，1981年第2期。

〔66〕 张宗厚：《略论法的概念和法的质的规定性》，1986年第6期。

〔67〕 例如前引〔5〕，Dennis Lloyd and Michael Freeman书，第2章。

〔68〕 公丕祥：《论法与法律的区别——与李肃、潘越新同志商榷》，1987年第4期。

〔69〕 汪永清：《在马克思主义法学思想中，法与法律概念没有严格区分——与李肃、潘越新同志商榷》，1987年第6期。

〔70〕 吕世伦、张学超：《西方自然法的几个基本问题》，2004年第1期。

〔71〕 张永和：《“灋”义探源》，2005年第3期。

深刻地发生在文献资源、理论视野、研究路径乃至思想生成的方式和自由程度上。

#### (四) 法治

理论界关于法制、法的性质和概念的争论和研究,从后来的发展看,在客观上都为法治理论的确立和完善造就了条件。法治,是理论界近三十年取得的最重要成果之一,也是《法学研究》中会议讨论最多、研究头绪最繁杂的一个论题。240篇专论法律的法理学文稿中,约有40篇在标题和内容上涉及法治,其中包含8篇相关综述。如同人权研究一样,法治探讨也经历两个明显的波峰。一是1982年之前关于人治与法治的争论,二是1996、1997年关于依法治国的研讨。在1983年至1995年间,法治讨论时有时无;1998年之后,法治研究则更趋广泛而深入。如果拟一条线索,那么大致可以说,贯穿《法学研究》始终的法治研讨,经历了从争论、到铺排、到确立、到研究、再到反思这样一个过程。

1979年至1981年,《法学研究》三次开辟“法治与人治”讨论专栏,有选择地刊登了8篇争论人治与法治的文章。尽管1979年中央《关于坚决保护刑法、刑事诉讼法切实实施的指示》明确提到了“实行社会主义法治”几个字,但从这8篇文章看,理论界关于法治的理解其实存在很多分歧,也存在一些模糊认识。例如,有学者认为,在历史上法治论比人治论更民主;有学者认为,法治与人治作为统治方法并无绝对界限,由此主张法治与人治并用;还有学者认为,应当摒弃“法治”、“人治”这样容易产生思想混乱的不科学概念。这些分歧和模糊认识,与学者们大多围绕古代儒家和法家的治国主张来谈人治和法治存在着一定联系。仅从“治”理的角度,而不从“政”制的角度审视“法治”,是难免会产生所谓的人治与法治“结合论”的。

1982年,针对有人所主张的“法治”提法片面、不科学的观点,李步云发表了《法治概念的科学性》一文,从立法完备、依法办事、司法平等三个方面把握法治,并且对“法制”与“法治”作了区分,在法理上澄清了一些概念和认识。此后八年间,只有1989年出现过一篇从词义上辨析“法制”、“法治”与“人治”的文章,而同期几乎每年都有讨论“法制”的文章,此种差异在一定程度上衬托出“法治”比“法制”更强的意识形态色彩。

到1991年,杨海坤发表《中国社会主义法治的理论与实践》一文,比较系统地提出了现代法治理论。该文把法治与商品经济、民主政治等联系起来,归纳了良法之治、法律至上、权力制约、权利保护、依法办事、完善程序等法治原则,是到此为止《法学研究》中对法治的理解尤为细致深入的一篇论文,而此时“冷战”即将结束、“人权”也开始不再成为禁区。1992年,“法治与社会经济发展国际学术讨论会”召开,《法学研究》发表了2篇相关会议论文,主旨是法治对于经济发展和政治稳定的促进作用。1994年则又出现了一篇论市场经济是法治经济的文章。这些论文从概念、原理、作用等方面,为“依法治国,建设社会主义法治国家”的提出作了理论准备。

1996年,可以说是法治理论确立的一年,也是法治理论影响政治决策的一年。这一年,王家福等学者发表《论依法治国》一文,对于依法治国的意义、条件、观念等,作了提纲挈领的阐述;中国社会科学院法学研究所也召开了“依法治国,建设社会主义法治国家”学术研讨会,学者们就“法制”与“法治”、“以依法治国”与“依法治国”、“形式法治”与“实质法治”等,作了进一步的广泛讨论。<sup>[72]</sup>从研讨情况看,尽管学界此时对于实行法治已大体达致共识,但关于“法治是什么”等基本理论问题,仍显出有深入研究的必要。此后,法治一直是《法学研究》的一个讨论重点,研究范围涉及法治的价值、原则、要件,法治的社会互动基础、政治和文化条件,法治与市民社会、法治与民主等各个方面,论题广泛,观点纷呈。

在这些讨论中,也夹杂着对于法治及其中国实践的理论反思。诸如形式与实质、确定与变革、普遍与特殊、中国与西方、传统与现代、国家与社会、司法与调解、诉讼与信访、民主与法治、职

[72] 《依法治国建设社会主义法治国家学术研讨会纪要》,1996年第3期。

业化与民主化、法律事实与客观真实等之间的矛盾等，都进入了学者们的分析视野。<sup>〔73〕</sup> 这些反思，一方面反映出法治作为一种与政治相联系的治理道路本身所具有的特点，另一方面也反映出中国现代化进程中法治实践与社会现实之间的交磨。就前一方面而言，如同作为“道”的人权一样，法治也意味着路径选择。作为一种以法律为基本方式的形式化治理道路，法治有别于以宗教、道德、政治运动等形式展开的治理路线，由此也存在着“路径依赖”以及路径局限，其他一些道路的优长可能是它无法兼顾的。就后一方面而言，法治作为一种现代治理方式，与源自中国社会自身的生存方式以及现实的信访、调解等治理形式，存在着一定的隔膜。协调这种隔膜乃至消减其间的磨擦，重要的或许不在于去此存彼或以此代彼，而在于首先在“政”制层面建立起正式的司法和法律体制，以使传统治理形式和生存方式得以涵容于现代政制之下。由此而论，在现代语境下，法治并非像以往在关于“人治”和“法治”的争论中所认识的那样，只是一种“治”理形式，它还相应地蕴涵着依法建立起并不断完善用以有效保障人权和公民权利的“政”制。

#### 四、学

法理学既是关于法的理学，也是关于法理的学科。尽管目前在各教育和研究机构中，法理学已被普遍设置为一门法学类的基础学科，但关于法理学的性质、对象、任务等，在学界并不能说已达成共识。犹如“法是什么”一样，法理学在作为一门学科被建立起来之后，仍然面临着“法理学是什么”、“法理学研究什么”这样的基本问题。而且自近代以来，特别是改革开放以来，随着中国日趋广泛地卷入世界历史进程，一些学者也提出了这样的问题：中国古代是否有法学？是否有法理学？与此相关，究竟是只存在无论古今、不分中西的“法学”、“法理学”，还是也存在所谓的“中国法学”、“中国法理学”？三十年间，越往后，《法学研究》越多越深地涉及到这些问题。对“学”本身的思考和分析，构成了中国法理学的《法学研究》之路的重要组成部分。

从学术史的角度看，可以说，这三十年《法学研究》所体现出的法理学总体上是“现代学术”。通过中西古今对比，可以更为具体地发现其大致特点。法理学，在西方主要呈现出自然法学、分析实证主义法学、法社会学三种历史形态，其中，自然法学侧重于对法的形而上学思考，而分析实证主义法学和法社会学则侧重于对法的科学分析。无论中西，形而上学思考和科学分析都构成两类基本的学术形式：一者在超验或超越的立体结构中对人和物作哲理思考，所谓“理学”、“自然法学”大体属于此类；一者在更为平面化的结构中对人和物作知识分析，近代以来基于学科分工而形成的各种“专门之学”大体属于此类。而中国传统学术，无论是所谓的“六艺之学”，还是所谓的“四部之学”，在性质上都受到了“德性之学”和“通人之学”的主导，因此明显表现出更为立体通透的道德体系结构，直到20世纪早期才逐渐为体现现代学术分类的所谓“七科之学”取代。<sup>〔74〕</sup> 沿着古今中西的这些学术脉络看，可以说，《法学研究》中的法理学研究整体上多是关于法律的知识分析。一方面，虽然兴起过关于法社会学的理论探讨，但社会科学方法在法理学研究中的运用显然是不够的，甚至是基本缺乏的；另一方面，虽然也有关于法律的哲理思考，并且表现出价值探讨，但这些思考和努力显然更多侧重于源自经验和感知的政治和社会层面，而很少再受到传统社会中那种超验或超越的道德体系结构的影响。从《法学研究》的法理学文稿中，这些特点是不难体察的。

在这种整体背景下，以下结合《法学研究》的法理学文稿，特别是其中关于“学”、“法学”的

〔73〕 参见苏力：《二十世纪中国的现代化和法治》，1998年第1期；马小红：《法治的历史考察与思考》，1999年第2期；应星：《作为特殊行政救济的信访救济》，2004年第3期；《纪念依法治国基本方略实施十周年笔谈》，2007年第4期；前引〔33〕，高鸿钧、张建伟、汪海蓝文；前引〔51〕，何兵文。

〔74〕 参见左玉河：《从四部之学到七科之学——学术分科与近代中国知识系统之创建》，上海书店出版社2004年版。

文稿,来更为细致地分析关于“法理学”的研究的《法学研究》之路。三十年间,《法学研究》共刊载讨论“法学”或“法理学”本身的文章约85篇,其中包括5篇会议研讨综述和7篇学科研究综述。按照这些文稿透显出的线索,以下的具体分析从历史沿革、法律科学、权利之学、中国法理学这四个主要方面展开。

### (一) 历史沿革

尽管近代史上有《法学盛衰说》(沈家本著)、《中国法理学发达史论》(梁启超著)之类的篇章,但在近三十年中却也出现过“中国古代无法学”的断语。1997年,何勤华在《法学形态考——“中国古代无法学论”质疑》一文中对此作了辨析。该文基于中外对照分析,指出“中国古代不仅存在法学,而且还是一种比较发达的法学形态”,在很大程度上对中西文化比较中“惟分新旧,惟分中西,惟中为旧,惟西为新”〔75〕甚至惟西为准的理论倾向作了矫正。这一时期,《法学研究》发出“回顾我国新法学发展的历史成果,吸取前辈治学的经验和教训,冷静思考未来法学发展的道路”的倡议,〔76〕随之出现了几篇关于中国近、现代法学的文章。这些文章表明,近代约有4500名可查的法学留学生,对中国法制近代化起到了重要作用,而另一方面,虽然仅民国时期就有约5500种法学著作,但“经典作品不多”,“大都是西方法学理论的翻版”,〔77〕显示出中国法学近代化道路上的受动处境和自主性不足。

对于建国后头三十年的法学状况,《法学研究》差不多每隔十年就有一次回顾。1989年,在《中国法学四十年》一文中,张友渔和刘瀚两位学者划分了法学经历的四个阶段:初步发展(1949—1957);受到挫折和在曲折中发展(1957—1966);遭受严重破坏(1966—1976);迅速恢复和蓬勃发展(1977—)。这与前述法制发展的几个时期是大体一致的,体现了法学与法制之间的紧密联系。关于这头三十年法学落后的原因,学者们大多提到了苏联法学的影响,认为照搬苏联法学导致了头三十年中法只被理解为阶级专政的工具,对法的阶级性过于强调以及法律理论中的国家主义倾向等。〔78〕而且,一批曾经留学西方的法学知识分子在头三十年提出的法律观点及其坎坷的人生遭遇,也受到了一些学者的关注。〔79〕两相比较,如果苏联模式在理论上也可以被视为一条现代化路径的话,那么可以说,在这头三十年的法学发展过程中,不仅源于苏联的现代化模式最终遭受挫败,源于西方的现代化模式也遭受到严重挫折。由此看,在一定意义上,随即而至的改革开放其实可以说是现代化道路的转向或新的开始。

对于改革开放以来的法学发展,《法学研究》也有经常的观察和反思。关于改革开放头十年的法理学,学者们在看到进步的同时,也注意到法理学研究中仍然存在保守、僵化的倾向,学科体系不够完善,未最终从“以阶级斗争为纲”的思想禁锢中解放出来等。〔80〕再一个十年后,学者们基本认同这些年法理学的进展是“令人瞩目的”,这在人权、权利、法治、学科体系等方面都有体现,但仍有不满意之处,主要表现为“泛政治化”、“教条主义”、与部门法联系不够紧密、社会科学方法运用不够等。〔81〕综合起来,大致可以两个角度来审视这三十年的法理学。从理论资源看,法理学

〔75〕 钱穆:《现代中国学术论衡》,三联书店2001年版,序。

〔76〕 郝铁川:《中国近代法学留学生与法制近代化》,1997年第6期,编者按。《法学研究》后来也强调了对法学学术发展史的梳理,并多次涉及对20世纪中国法学的历史回顾和总结。

〔77〕 参见前引〔76〕,郝铁川文;何勤华:《中国古代法学的死亡与再生——关于中国法学近代化的一点思考》,1998年第2期。

〔78〕 参见前引〔1〕,陈守一文;孔小红:《中国法学四十年略论》,1989年第2期;唐永春:《苏联法学对中国法学消极影响的深层原因——从马克思东方社会理论出发所作的分析》,2002年第2期。

〔79〕 参见陈景良:《新中国法学研究中的若干问题——立足于1957—1966年的考察》,1999年第3期;郝铁川:《中国近代法学留学生与新中国初期的法治建设》,2000年第2期。

〔80〕 前引〔78〕,孔小红文;《进一步解放思想,繁荣法学研究——法学所部分研究人员座谈邓小平南巡谈话》,1992年第5期;刘瀚、夏勇:《法理学面临的新课题》,1993年第1期。

〔81〕 《20世纪中国法学与法制研讨会发言摘要》,1999年第2期;《“法理学向何处去”专题研讨会纪要》,2000年第1期。

逐渐从苏联法学的影响中走出来，转而受到西方法学的更大影响，到 21 世纪则日益表现出立足中国文化和现实维护自身主体性的倾向。在 85 篇关于“法学”的文稿中，单纯介绍西方法学的就有 17 篇，集中在 1994 年前，在一定程度上体现出西方法学的进一步影响。从学科体系看，法理学逐渐从所谓“泛政治化”中走出来，开始形成一门专门而独立的法律科学，并在树立权利取向后成为一门权利之学，直至在新的世纪朝更加自主的方向发展。《法学研究》所体现出的这一变迁过程，与国内法理学教材从“国家与法的理论”到“法学基础理论”再到“法理学”的发展大体是一致的。

## （二）法律科学

《法学研究》开办之初，法学就是作为一门科学对待的，或者说，就存在着使法学成为一门科学的努力。1979 年发刊词这样写道，“法学是一门现实性很强的科学”。后来，一些文稿中也时常有这样的话：“法学是一门古老的社会科学”，“法学是以法律这一特定社会现象作为研究对象的科学”。<sup>〔82〕</sup>就法学中的法社会学、分析法学等而言，这些判断并不为错，但研究也表明，在自然科学、社会科学和人文学科三种知识形态分类中，法学其实是难以归入其中哪一类的。法学，在何种意义上是一门科学？

所谓科学，至少包含这样三层意思：以源自感官或经验的“闻见之知”为基础，对于感官所不及、不能以逻辑理性认知的事物通常予以否定或置之不论；追寻真实和可以被反复验证的客观规律；与此相应，认知和研究不从宗教、道德、政治等立场或意识形态出发，而是从客观实际出发。就这三点而言，将法学视为一门科学，其实标示着一种强调研究的科学性和独立性，使法学摆脱来自政治、功利等的不良干扰的学术立场。事实上，从《法学研究》看，这样一种学术努力在法学研究中是一直存在的。

1979 年，在《五四精神与法学研究》一文中，赵震江重提“五四”科学精神，专门谈到了法学的政治性与科学性之间的关系。这其实是近三十年间特别是 20 世纪 90 年代以前，长期粘附在法理学研究中的一对矛盾。同年，有文稿指出，“在研究问题的时候，科学以外的考虑是不必要的。科学研究是一种探讨真理的工作，从事这种工作……应该采取‘独立思考，只服从真理’的态度。”<sup>〔83〕</sup>次年，《论马克思主义法学的科学性》一文也特别强调了把法学建立在科学的基础上。不过，直到 20 世纪 90 年代初，学者们还是注意到，法理学研究中仍然大量存在着从书本出发，着力于对经典著作或领导人讲话的学习和解读的情况。尽管如此，在一种迈向法律科学的长期学术努力中，法理学的学科体系终究被建立了起来，学科内容也得到了极大丰富。

建立独立的学科体系，确定专门的研究对象，可以说是我国法理学朝法律科学方向迈进的一个起步。早在 20 世纪 60 年代，理论界就曾对法学体系展开讨论，但国家与法在当时仍没有被区分开。1983 年，陈春龙发表《法学体系初论》一文，对法律科学的学科体系以及法理学在其中的地位，做了初步而有益的探讨。到 20 世纪 90 年代初，张文显从本体、进化、运行、主体、客体、价值六个方面，对法学范畴体系作了归纳，提出了诸多法理学范畴；刘瀚和夏勇也从知识、价值和方法论三个方面，对法理学学科体系作了调整和充实，进一步明确了法理学的研究对象和任务。<sup>〔84〕</sup>这些论文，对于法理学的学科骨架的形成无疑是有好处的。在此骨架下，法理学的诸多概念和范畴在研究中得到了前所未有的丰富和发展。三十年间，除关于权利、法制、法治、法学等的论文外，《法学研究》专论法律的近 240 篇法理文稿中，涉及法律价值 4 篇、法律效力 4 篇、法律渊源 5 篇、法律体系 6 篇、法律关系 3 篇、法律规范 5 篇、法律行为 2 篇、法律责任 2 篇、法律制定 11 篇、法律实施 3 篇、法律适用 2 篇、司法裁判（含法律推理）11 篇、法律解释 8 篇、法律职业 3 篇、

〔82〕 余先予、夏吉先：《论马克思主义法学的科学性》，1980 年第 5 期；黎青：《论马克思主义法学》，1989 年第 6 期。

〔83〕 于光远：《对法学研究工作的一些意见——在全国法学规划会上的讲话（摘要）》，1979 年第 2 期。

〔84〕 参见前引〔21〕，张文显文；前引〔80〕，刘瀚、夏勇文。

法律意识 2 篇、法律文化 6 篇、方法论 5 篇。有了这些专论，法理学在体魄上才日渐丰满和壮大起来。

尽管法理学循着科学路径得以强筋健骨，但法理学其实并不只是法律科学。除对法律的科学观察外，法理学也包含着关于法律的哲学分析乃至理学思考。到 21 世纪，一些学者对法理学研究中的科学和理性取向，给予了批判式的审视。如果说法理学当年朝科学方向迈进旨在避免政治话语的过度影响，那么，“被科学话语遮蔽的‘法学范式’”在新的世纪最终也受到了反思。<sup>〔85〕</sup>科学研究中所倚凭的那些以往为人习以为常的语言形式、理性思维、认知方式、前在观念、科学话语等，变成了研究的对象。由此，学者们认为，纯粹的法律科学可能是困难的。在很大程度上，这些反思重新为道德哲学、政治哲学等进入法理学开通了渠道。

### （三）权利之学

中国近代法律学者在 20 世纪 40 年代曾经基于西学提出“法学为权利义务之学”，时隔近半个世纪，这一论断再次出现于我国法学界，<sup>〔86〕</sup>并且成为法学界的一股强音。这与其说是后人对前人的有意模仿，不如说是改革开放的时代发展使然。如果说，法律科学是法理学在形式 and 知识层面的一种发展，那么，权利之学则可谓法理学在价值和道理层面的一种发展。

广为人知的是，欧陆语词中的 jus、Recht、droit（“法”）通常兼有“权利”之义，以致在一些汉语译著中时而被译为“法”，时而被译为“权利”，还有时被译为“法权”。在此语境下，法学被称为权利之学不足为奇。但在汉语中，“法”与“权利”还是有明显区别的，法学何以成为权利之学？严几道有言，“法之立也，必以理为之原。……在中文，物有是非谓之理，国有禁令谓之法，而西文则通谓之法……西文‘法’字，于中文有理、礼、法、制四者之异译。”<sup>〔87〕</sup>由此来看，在汉语中，称法学为权利之学或权利义务之学，需从“理”上去把握。就“权利”为现代“法理”而言，法学或法理学在现代社会未尝不可被称为权利之学。

1991 年，在《论法学的范畴意识、范畴体系与基石范畴》一文中，张文显从五个方面对于以权利和义务为核心来构筑法学或法理学作了详细论证。按照该文的观点，法在本体上以权利和义务为机制调整人的行为和社会关系；立法、执法、司法在过程上表现为对权利和义务的分配、保护、确认；现代法在价值上以权利为本位配置权利和义务；权利和义务表现出人对法的主体性，而不是法对人的管制；权利和义务构成法律规范、法律关系、法律行为等的核心；法律现象导源于权利和义务的对立统一。总起来看，这些分析不外是从法律形式和法律价值两个方面展开的。实际上，从前面的分析也可以看到，权利在我国法理学中大体是循着公民权利和人权两条线索发展的，公民权利从一开始就与宪法和法律相联系，人权则有赖于价值观念上的意识形态突破。可以说，法律科学、以权利和义务重构法理学，分别从形式和价值层面，实现了法理学自 20 世纪 80 年代中后期以来的一次“更新”，法理学由此从所谓的“阶级斗争学”最终转变成为法律科学和权利之学。这样一种转变的意义并不仅限于这三十年或六十年，它也是更为久远的中国现代化进程的一部分。

从后来的讨论看，有学者认为“法律规则是法学的核心范畴”，“我国的法理学应以规则为核心构建体系”。<sup>〔88〕</sup>就形式层面而言，这样一种观点与价值层面的权利之学是可以并行不悖的，一如法治在一些国家既以个人权利为基础，也以规则典章（rule—book）为基础。从《法学研究》看，学者们对规则、原则等的研究实际上也是越来越多，越来越精深。还有学者对所谓“权利义务法理学”提出了批评，认为“权利和权力才是法律世界中最重要、最常见、最基本的法现象，法学应当

〔85〕 参见葛洪义：《法学研究中的认识论问题》，2001 年第 2 期；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》，2004 年第 3 期；舒国滢：《寻访法学的问题立场——兼谈“论题学法学”的思考方式》，2005 年第 3 期。

〔86〕 前引〔80〕，刘瀚、夏勇文，该文提到，“法学是权利义务之学”。另参见前引〔21〕，张文显文。

〔87〕 [法] 孟德斯鸠：《孟德斯鸠法意》，严复译，商务印书馆 1981 年版，第 2—3 页案语。

〔88〕 陈金钊：《认真对待规则——关于我国法理学研究方向的探索》，2000 年第 6 期。

以权利和权力为最基本研究对象和分析起点，从而形成新的范畴结构和新的法现象解释体系”。<sup>[89]</sup>就价值层面而言，这样一种观点并不必定与权利义务之学或权利之学两相对立。从现代性的角度看，权利之学可谓一种与道德哲学和政治哲学紧密联系的现代法理学，它在很大程度上不仅蕴含着义务源出于权利的观点，也蕴含着法律和政治权力也源出于权利的看法。权利之学所试图开辟的是以保障人权和公民权利为出发点的现代政治和法律道路，它不主张只从道德义务出发的治理路线，不支持以政治权力为中心的统治路线，也不赞同从上而下以刑杀为主的法律路线。就此而言，权利之学不仅相对“阶级斗争学”显出其现实意义，它也相对传统的统治和治理理论显出其现代意义。

#### （四）中国法理学

无论是法律科学，还是权利之学，在很大程度上都带着西方法学影响的痕迹，这反映了近三十年中国法理学发展的世界背景和历史处境。实际上，这样一种背景和处境还可以更往前地延伸到整个近代以来。自从中国在近代由“中国之中国”、“亚洲之中国”变为“世界之中国”，<sup>[90]</sup>处在近世学者所谓的“新战国时代”之后，世界就构成了影响中国发展的一个基本背景。在此背景下，与传统文化和制度遭受前所未有的批判、贬抑乃至毁损形成鲜明对照的是，外国的学说和制度成了学习、模仿乃至移植的主要对象。由此产生了中国近、现代史上的“古今中外”问题，以致很多人在认识上表现出这样一种明显倾向：凡外国的尤其是西方的，通常被视为是新的、进步的、值得追求的；凡中国的通常被认为是旧的、落后的、势必淘汰的，而中国发展的目标就在于向日本、欧美乃至苏联学习，与世界接轨。近世屈辱和百年动荡促成了这样一种向外国学习的心态和受外国影响的形势。从历史看，近代以来的法学同样未能幸免这样的状况。这是迄今仍然有所延续的中国近、现代法学的历史处境。

其实，学习借鉴并不为过，问题的关键在于学习借鉴过程中对于自身文化传统或传统文化的那种态度。从《法学研究》的法理学文稿看，相比西方理论资源，法理学界对于中国传统文化理论资源的重视和利用程度是相当薄弱的，而在为数不多的触及相关资源的文稿中，也多是在诸如民主法制传统缺乏的意义上提及文化传统，视之为现实挫败和失误的历史原因。看上去，缠绕在传统文化之上的那些自近代以来形成的根深蒂固的批判观念，远远多于人们对传统文化的细致、真切、同情的了解，而且，沿着既有理论乃至西方学者的眼光来作判断而不作实际深究的情况仍然存在。对此，一些法律史学者感触尤深。曾宪义和马小红两位学者这样写道，“当我们阅读百余年来，尤其是近二十年来关于中国传统法研究的著作时，我们感受不到传统的震撼，找不到可以给我们自信的传统。相反我们时时感到的是一种苦涩和失落。……在中国五千年的文明发展史中，历史与传统从未像百余年来这样暗淡，这样被国人所怀疑。”<sup>[91]</sup>此种状况多少也出现在三十年的法理学文稿中。时至今日，存留在研究中的那些对待中国传统文化的历史遗绪是值得深思的。无论如何，那种在纵向历史比较中惟破旧趋新、在横向空间比较中惟中不如西的扭曲比较观是需要校正的。实际上，“古今中外”都可能蕴含着普适道理，如前文所分析的，德性和权利都可谓普世之道，尽管现代社会改以权利为出发点来展开政治和法律实践，但这并不意味着德性是应该被摈弃的，相反，对于避免现代权利和法治道路上的“现代性”问题，传统德性的救济显得尤为必要。

如果说，中国法理学在对待“古”的方面需要从隔膜和断裂转向更多的疏通和理解，那么在对待“外”的方面则又需要从被动乃至自觉接受转向主体性建构。这意味着，“世界之中国”，不仅需要中国与世界接轨，以吸纳世界文化，也需要世界与中国接轨，以使中国的智慧和普适价值主动参与和融入世界历史进程。从《法学研究》的法理学文稿看，此种主体性文化自觉后来已经开始呈

[89] 童之伟：《论法理学的更新》，1998年第6期；《再论法理学的更新》，1999年第2期。

[90] 梁启超：《中国史叙论》，《饮冰室合集》文集之六。其中提到，“近世史，自乾隆末年以至今日，是为世界之中国”。

[91] 曾宪义、马小红：《中国传统法研究中的几个问题》，2003年第3期。

现。2006年，邓正来在其论文中这样反思近三十年的中国法学：“中国法学近30年的发展，主要是以现代化范式为依凭的，其具体表现便是它不仅经由移植西方制度安排或相关理念而为中国法制/法律发展提供了一幅西方法律理想图景，而且还致使中国法学论者意识不到他们所提供的并不是中国自己的法律理想图景。”<sup>〔92〕</sup>近三十年后，当中国法理学日渐在法律科学和权利之学基础上丰满起来，这样一个判断是发人深省的。在现代化进程中，“中国法理学”何以成为“中国的”？何以需要成为“中国的”？这是中国法理学倚靠外来理论资源经历三十年的发展后不得不提上思考日程的问题。当然，这样一种主体意识自觉，未必意味着自我封闭、坐井观天乃至夜郎自大，毋宁说，它展示的是中国法理学的一种沿着中国社会现实和中国文化理路开拓政道和法理，既对中外普世价值融会贯通，又使中外文化呈互相推助、彼此补充、内外衔接、共济并行的理论姿态。

### 本刊重要启事

《法学研究》于1996年第4次扩版后，一直保持160页的版面。近年来，我国的法治事业和法学研究取得了长足的进步，一大批法学科研、教学以及实务界人士孜孜不倦地笔耕于法学的园地，高水平的法学论文越来越多，160页的版面仍然无法及时、全面地反映这些高水平的研究成果，这种情形已经不能适应新世纪我国法学研究的现状和需要。因此，本刊决定，自2009年始，《法学研究》版面扩至208页。

考虑到成本增加以及其他多重因素，自2009年第1期起，本刊国内定价由每册25元提高到30元，年定价由150元提高到180元。由于决定时间较晚，错过邮局征订目录印期，只能在系统内予以变动，由此给读者订阅带来不便，本刊在此一并表示歉意。

明年是《法学研究》三十周年。本刊拟举办一系列庆祝活动，与广大作者和读者一起分享喜悦，回顾历史，展望未来。欢迎法学科研、教学和实务界以及社会各界人士踊跃参加，具体活动安排请来电来函垂询。联系人：张广兴；电话：13910973536，010-64035471。

《法学研究》编辑部

〔92〕 邓正来：《中国法律哲学当下基本使命的前提性分析——作为历史性条件的世界结构》，2006年第5期。