

文章编号: 1671-6914(2007)04-0003-(12)

主题变奏:中国法学在路上

——以法理学为视角的观察

姚建宗

(吉林大学法学院 吉林长春 130012)

摘要 文章从不同的视角观察审视了我国法理学的发展,从其主题变奏的十五个方面,比较全面地勾勒了当代中国法学发展的基本面貌。

关键词 主题变奏 法理学 当代中国法学 中国法学发展的趋势

Abstract: The article inspects and reviews the development of Chinese jurisprudence in recent 26 years from different points of view. The author draws comprehensively the basic picture of contemporary Chinese legal science development by describing the 15 changing topics of Chinese jurisprudence

Key Words: changing topics; jurisprudence; contemporary Chinese legal science; the trend of development of Chinese legal science

中图分类号:DF971 文献标识码:A

早在 20 世纪 90 年代初期,中国法学界就开始了对于中国法学未来发展的各种思考和展望,其初衷的确是希望藉此推动中国法学走向理性自觉的在科学上独立的发展路径。为此,《中国法学》在 1991 年第 6 期和 1992 年第 1 期连续发表了以“九十年代我国法理学的展望”为题的笔谈。1994 年《中国法学》创刊十周年的时候,该刊又以“走向二十一世纪的中国法学”为题,组织发表了大型笔谈,各位学者“就我国法学研究的现状和今后的方向、任务,法学理论体系的改革和创新,法学各学科理论的开拓与发展,法学观点和法制观念的更新,法学思维与研究方法的变革,以及法学人才的培养与法学教育的改革等,发表见解,提出建议。”^[1] 1995 年,中国法学会法理学研究会会在昆明召开了当年的年会暨中国法理学研究会成立十周年大会,那次会议的主题就是“走向二十一世纪的法理学”。恰如舒国滢教授所说:“面临世纪之交,法学界的同仁似乎在做‘世纪之末的反思’。”^[2] 同年,《法律科学》也以“法理学的改革与发展”组织、发表了系列笔谈。《法商研究》在 2000 年也组织了以“法理学向何处去”为题的专题讨论,陈金钊教授指出:“法理学向何处去命题的提出,在一定意义上意

味着学者们试图摆脱法理学研究的‘危机’,指明今后的发展前景。但这是件非常艰难的工作。因为中国法理学研究的历史并不长,可以说它还没有过兴盛的时期,因而也就很难谈论危机的问题。如果说这一判断是准确的话,那就意味着我们今天研究这一课题主要是预示未来。”2005 年,《政法论坛》用我国学术刊物罕见的篇幅在同一年中连续四期集中刊发了邓正来教授 17 万字的长文《中国法学向何处去》,以此文为基础,邓正来教授出版了同名专著。邓先生的文章和著作发表之后,在法学界引起了相当大的震动与反响,各种评论性文章在各种学术刊物上连续发表,一些评论性的著作也相继出版。

邓正来教授的论著所提出的“中国法学向何处去”的问题,显然是可以看作 20 世纪 90 年代我国法学界对中国法学发展的反思与展望的进一步延展,当然更是在相当不同的学术层次和境界上对这一问题的进一步的深层次的思考和探索。在中国法学中,法理学的理论与方法的发展或者创新是相当困难和受到局限的,其难度绝对远在其它部门法学之上;而同时,只要法理学在理论和方法上有所发展和创新,它就多多少少将会对其它部门法学的发展产生相应的促进和推动作用。因此,本文主要以法理学的发展状况为蓝本兼及个别部门法学的发展状况,来分析思考当代中国法学的现实状况。

收稿日期:2007-04-08

作者简介:姚建宗(1966-)男,四川通江县人,法学博士,吉林大学法学理论专业博士研究生导师,教育部人文社会科学重点研究基地·吉林大学理论法学研究中心常务副主任,国家 985 工程哲学社会科学创新平台·吉林大学法律与经济全球化哲学社会科学创新基地主任。

参见《中国法学》1994 年第 2 期。

《走向二十一世纪的法理学——1995 年全国法理学会综述》,载《中国法学》1995 年第 5 期。

参见《法律科学》1995 年第 3 期。

参见《法商研究》2000 年第 2 期。

参见《政法论坛》2005 年第 1-4 期。

一、中国法学何处去与中国法学怎么样

从我们这些从事法学研究的学者的角度来考虑，“中国法学向何处去？”这个设问本身实际上包含着至少两种可能存在的问题：其一，在主观上，“中国法学向何处去？”或者“中国法学应该向何处去？”其二，在客观上，“中国法学向何处去了？”或者“中国法学可能向何处去？”

就这里所衍生的第一个问题来说，它实际上体现出了研究者本身非常强烈的主观意志和主观设定对于其从事科学研究的学科及其理论发展方向与前景的暗示、引导和期待。也就是，这个问题表征了研究者自身对于其所从事研究工作的学科的某种发展路径的主观预设，即希望这个学科向着某一个大体上确定的方向发展。但科学或者学术发展史的经验表明，无论学者主观上多么强烈地希望把握和探知科学或者学术发展的基本方向，甚至以我们自己的主观偏好来规划其基本主题，引领其未来的发展，其实都绝对不可能完全随我们之所愿。任何科学或者学术研究及其发展，在一个相对较长的时间段里都会自动地显现出其客观而真实的状况与样态，并因而在客观事实上会呈现出其发展的基本轨迹来。法学自然也不可能例外。中国法学的走向完全是一个客观的而又包含着其过去的历史沉淀和当前的现实境况的真实路径和清晰线索。在这里，尽管从学者个体甚至整体而言，他们都确实是在自己的研究工作中包含了个性化的主观设计，其研究都具有自身的主观愿望和主观期待，或者说都有自身的主观预设，都绝对不可能完全避免其个体的情感与价值偏好，但是，在这里，任何一种学科的学术理论研究在整体上和在一个长时段上都绝对只能呈现出一个相对客观而学者个体的主观意志几乎无法对之施加影响的状态。换言之，特定学科的学术研究和理论的发展，从单个学者自身的具体学术研究和主观预设与努力来看，是可以而且通常的确是处于“自觉的‘自我意识’也能够多多少少‘自我控制和把握’状态的，但从本学科整体上的、长时段的学术理论研究来看，任何学者个体的主观意志对本学科学术研究的影响就显得非常的隐晦而无法明见了。由此可见，主观意义上的“中国法学向何处去？”或者“中国法学应该向何处去？”这个问题，实际上不过是学者的一厢情愿式的某种学术情感的表达，严格说来是没有意义的假问题。而这个问题的无意义实际上同时也自然地证明了在客观上“中国法学向何处去了？”或者“中国法学可能向何处去？”的问题确实是一个真实可信而需要认真对待的问题。

这样，“中国法学向何处去？”的问题其实也就是“中国法学向何处去了？”或者“中国法学可能向何处去？”的问题。显然，对这个问题的思考和回答，就绝对不能是从学者自身（无论是从个体而言还是从整体而论）的那些主观愿望、期待和设想来加以说明的。恰恰相反，这个问题的确当的思考路径只能是从中国法学的历史与现实的客观状况与境况出发，亦即中国法学（至少是新中国的法学，或者新中国近二十年的法学）的历史预示了其当前的现实状况，而中国法学当前的现实状况又不言而喻地在某种意义上昭示了其未来的走向与发

展路径。

但要从客观上分析考量中国法学的未来走向，必须从其过去和现在的实际状况的分析考量入手。也就是说，要回答或者说明“中国法学向何处去了？”或者“中国法学可能向何处去？”，我们不能不首先明了“中国法学从何处来？”以及“中国法学现在怎么样？”，而这两个问题实际上可以看作是一个问题，那就是“中国法学怎么样？”。换一句话说就是，“中国法学怎么样？”乃是“中国法学向何处去？”的前提问题，也可以说，就是“中国法学向何处去？”这个问题本身。

二、中国法学的主题变奏

我们在这里探讨“中国法学怎么样？”的问题，就是力图通过对中国法学最近二十多年这个长时段的真实状况的描述，显现“中国法学向何处去了？”或者“中国法学可能向何处去？”。而我认为，中国法学到目前为止的真实状况，是可以通过其如下的一些重大主题和风格的变化来得到刻画的，而这些主题和风格的变奏也同时呈现出了中国法学的基本走向。

（一）中国法学的主题变奏之一：“阶级斗争”线索之淡化与“法现象”之凸显

可以说，20世纪90年代之前的中国法学，在整体思维——无论是学术理论思维还是法律实践思维——和风格上，几乎都是“阶级斗争”的思维模式一统天下。这表现在，法学界整体对法律的理解几乎都是阶级斗争的工具，无论是国内法律还是国际法律都无一例外；对法律的学术理论的基本见解也都是它们要么为无产阶级服务要么就是为资产阶级服务；法学的“学术”理论研究的主要关注点就是国际国内的政治形势与政治需求，这种法学理论研究的主要目的就是为现实的国际国内的政治路线斗争、政治方针的执行、具体政治政策的落实而提供理论论证与说明；在学术或者理论性的论著中，其语言方面的最具有特色的不仅是“阶级斗争”式语言的流行并成为学术理论界和社会实践界的主流话语，而且绝对是“阶级斗争”的话语一统天下。这一时期，由于法学是政治斗争的附属，因此，法学的学术理论已经基本上是简单地照搬和重复通俗哲学、通俗政治经济学、通俗政治理论（还谈不上政治学）的观点和主张，并没有、也不可能真正属于法学的独立的观点和主张存在。在这一时期，法学的学术研究并没有、也根本就不需要把真正的法律现象纳入其考察与研究的范围。关注那些真正的法律现象的学术研究也往往被视为是迷失了最重要的学术研究方向，是没有深刻理解学术理论研究的社会服务功能的体现，这种对真正的法律现象的学术理论研究通常被认定为是“为学术而学术”的缺乏“头脑”的研究，也是非常具有政治危险的。对此，刘升平教授曾指出：“只要我们站在时代的高度，从新的视角，实事求是地反思以往的历程，就不难发现，中国法理学在新中国成立后的前30年，完全是以阶级斗争理论为指导，长时间地受到‘左’的思想的严重影响，而在以后的10多年里，也仍然主要以高度集权的计划经济体制为依托。同时，我们还必须看到的是，在中国法理学发展的历程中，基本上是以苏联的‘国家与法的

理论为蓝本,虽然其间不少学者在变革、创新中作过努力,并取得一定的成就,但从总体上看,还未能从根本上摆脱传统模式的束缚和影响。特别是当中国社会由计划经济向市场经济转型的时期,人们更是突出地感觉到,阶级斗争时代的法理学与当今中国改革开放和以经济建设为中心的总方针太不协调,而计划经济条件下形成的法理学,无论在思想观念、内容体系,还是研究方法等方面,都严重地不适应建立市场经济这一新型体制的需要,甚至是构成了束缚市场经济发展和民主政治建设的桎梏。^[2]但20世纪90年代以来,这种状况逐渐得到了改变。法学界基本上达致了一个起码共识,那就是,从学术理论的角度来说,法学研究理所当然地应该以专门的法律现象作为自己的研究对象,法学界开始不断地研究、探讨真正属于法学和现实法律实践中的那些特殊问题了。孙国华教授在1994年就明确指出:“要重视专门法律问题的研究。法律问题是社会经济、政治、社会、文化等各种问题的综合表现,归根到底经济是基础。但如果研究法律不注意专门法律问题或者绕过专门法律问题,而过多地把精力花费在法律背后的经济、政治等问题上,甚至是简单地重复哲学、经济学、政治学的一般结论,则必然会削弱对法律本身的研究。从这种意义上说,有的同志提出法学家要重视法律本身的研究是对的。法学固然要研究法的哲学问题、社会学问题,但专门法律问题的研究毕竟是法学的本体,责无旁贷。法学家们乐于谈论法一般的哲学、社会学问题,而对专门法律问题不甚了了的状况再也不应继续下去了。法学研究的是一切法律现象、一切专门法律问题,这是法学研究的对象。当然,研究不应就现象认识现象。法学研究的方法与对象有联系,但又有区别,不应混淆。”^[3]对于中国法学的这种主题与风格的这一变化,舒国滢教授曾概括说:“如果概括地划界,那么我们可以说:90年代以前,中国法理学的任务主要还是澄清一些理论是非问题,为培育良好的学术环境做准备。此后,由于极‘左’思潮渐次失势,法理学界才得以有喘息的机会,在相对平和宽容的气氛中探讨法学范围以内的问题(如法律价值、法律文化、法学范畴、权利本位与义务本位、法制与法治、法与人权、法律解释等)。”^[4]

(二)中国法学的主题变奏之二:“工具”论法学之衰微与“价值”论法学之张扬

长期以来,中国法学界甚至整个中国学术理论界都认为,法律就是打击敌人、保护人民的工具,法律的唯一重要的使命也就是在国内和国际层面通过严厉而有效地打击敌人而保护我国人民。正因为深受法律乃是阶级斗争的工具,也就是“无产阶级专政”的主要工具思想的影响,在相当长的一个时期之内,我国的法学研究实际上也只是在不断地强化法律的工具观的背景下强调法学本身的“工具”性:这就是一方面强调法学必须为现实的那些得到官方认可的政治理论、经济理论、社会理论、文化道德理论提供来自于法学的“理论”论证,另一方面强调法学必须为现实的那些政治、经济、社会、文化道德方面的实践措施尤其是为重大的政治与经济方面的路线、方针、政策和措施在法律方面的合法性和正当性作出理论证明。因此,法学在理论上也就是一种为社会的现实实践和现实理论

服务的“工具”性学科,至于除了“工具”之外,法律本身对于社会的民主、法治和宪政建设的更为积极的“价值”意义,以及相应地法学本身所具有的独立的学术与理论“价值”的意义,并未被人们所认识与认可。这种法学的“工具”论的畅行,也极大地遮蔽了中国法学,使中国的法学仅仅关注到了法律作为社会控制的工具的技术性的、操作性的问题,而根本忽视了其对于涉及整个人类命运以及整个社会发展的重大理论与实践问题的深切把握,同时也忽视了那些属于人类法律文明的共同性的价值、原则和准则。孙国华教授说:“研究我国法理学的发展,还必须对我国法理学的现状有个清醒、基本正确的分析。这不仅要求对我国法理学的过去有个大致正确的理解,而且要求对十一届三中全会以来我国法理学的发展,特别是邓小平同志南巡讲话后我国法理学的发展有一个比较全面、准确的评估。在这个问题上我们反对两个极端:一是对我国法理学采取全盘否定的观点;一是对我国法理学采绝对肯定的观点,这两种观点都不符合实际。我们主张采历史的发展的观点,肯定成绩,找出缺点。本着这种指导思想,我们一贯认为我国法理学的发展,尽管有这样那样的曲折,尽管有的曲折很大,但总的说走的是一条马克思主义理论与中国实际相结合的道路。特别是十一届三中全会以来,我国法理学有了很大的进展,逐步冲破了许多禁区,在一系列重大的理论观点上实现了拨乱反正,克服了文革前和文革中的许多‘左’的、简单化的观点。如:抛弃了法单纯是阶级斗争的工具的认识,承认了法的社会公共职能;克服了把法的阶级性与继承性绝对对立起来的观点,承认了法的继承性;克服了用政治、政策代替法律的观点,承认了法的相对独立的作用和价值;在理论上基本克服了片面强调国家权力而忽视对社会成员权利、自由的保障的倾向,重视了对人权的研究和保护问题,重视了制约国家权力的研究;基本上克服了忽视法的作用或只重视法对敌专政方面的作用、刑法的作用等片面观点,较全面地概括了法的作用;理论上基本克服了否定人类法律文化积累的进步的、合理的法律原则和规定的倾向,肯定了像法律面前人人平等、法治原则、法院独立审判,只服从法律、无罪推定等原则和现代各国通用的或国际公认的惯例、准则的价值等等。”^[4]而舒国滢教授也说:“一般而言,我们的法理学家乐于将过多的精力用于争论国内民主与法制建设的许多技术性、操作性的问题(其中许多属于多学科研究的对象);而国外的法理(哲)学家即使在其国内组织的学术研讨中,也可能会选择那些关于整个人类命运的重大课题,或将代表学科前沿发展水平的法学问题作为讨论的主题。”^[5]这种情况在20世纪90年代以来已经有了非常大的改观,中国法学在继续关注我国民主、法治和宪政建设实践的那些重大的技术性、操作性的措施和制度的同时,也把相当大的精力投入到了从人类文明共识、法律价值理念、现代法律的基本精神和原则出发为这些重大的措施和制度构造提供精细的学术理论论证上。这从最近十多年来,中国法学界对于有关法律价值、法律原则、法律精神、法律理想等主题的论述中完全可以感知到这一重大变化。

(三)中国法学的主题变奏之三:“政治附从”地位之弱化与“独立自主”地位之寻求

中国法学安于法律被定位于“阶级斗争”的“工具”，安于自身成为为现实的流行理论观点和社会政治实践措施作理论论证的“工具”，本身就说明了中国法学长期以来始终处于“政治附从”地位，这明显地体现在法学有关法律和政策关系的理论认识和实践之中。中国法学在 20 世纪 90 年代以前，基本上认可政策乃是法律的灵魂，当然也是法律的指导，法律居于政策之下，法律不过是政策的必要的补充。在这种精神性的自我身份认同的情况下，中国法学不能不成为政治的附庸，中国法学也根本没有想到自身应该具有“独立自主”的学术地位并为之而努力。20 世纪 90 年代以来，中国法学的最为重要的变化恰恰就在于它开始自我思考并为自身在学科和学术意义上的“独立自主”地位的真实确立而努力了。早在 1993 年，就有学者指出：“政策和法律的关系是法学的基本问题。在过去的十多年中，经过拨乱反正，政策和法律的关系在理论上基本清楚，在实践中也开始了从政策一元化（即主要依靠政策来调整社会经济和政治关系）到政策和法律的二元化的过渡（即既依靠政策又依靠法律）。这是一个很大的进步。但是，随着改革开放和市场经济的发展，人们明显感到政策和法律的二元结构已经不利于市场经济的发育和正常运行，不利于我国企业参与国际市场，迫切要求从目前的既依靠法律又依靠政策的二元体制，加速转变为主要依靠法律的一元体制。政策一元化或政策法律二元化是计划经济的产物和需要。计划经济时代的管理体制是一个庞大的金字塔式的权力体系，加上实行高度集权的党委一元化领导，造成了政策至上，并使政策有可能直接通过党的权力系统和行政权力系统从中央推行到地方以至到基层单位和个体。但在市场经济体制下，经济主体的经济关系和经济行为表现为经济主体之间的平等的契约关系以及行使约定权利、履行约定义务的行为，超契约的党政权力不能也不应当直接干预主体的经济关系和经济行为，党对经济关系和经济行为的必要的政策导向需通过法律、法规，即通过法定权利和义务来实现。特别是在我国经济与世界经济趋向一体化、大量外商参与我国经济的情况下，政策更不宜直接作为有强制力或规范性的东西起作用。这就必然要求政策和法律的二元结构转向法律至上的一元结构。这是一个不可回避的大趋势，是市场经济发展的必然规律。法理学要充分认识到这一趋势和规律，结合实践的发展和需要，开展深层的理论研究，以促进和实现法律的一元化。”^[5]法律在我国社会中成为一种具有重大实践意义的社会调控机制，并在具体的法律制度建构中取得极大的成就，有关民事、商事、行政和程序方面的法律和法规相继得到制定并通过，相当多的相关法律制度逐渐得到完善，包括宪法在内的一些重要的法律比如合同法、公司法、刑法、物权法以及已经颁布或经过重大的修改，目前我们正在开始考虑民法典的制定。这也从一个侧面彰显出了中国的法学正在逐渐弱化其“政治附从”地位而追求“独立自主”地位。实际上，从 20 世纪 90 年代以来中国法学界对于中国法学的未来发展的展望、对于“中国法学向何处去”的思考，本身也就是中国法学不断地在争取并维护其“独立自主”地位的标志。

（四）中国法学的主题变奏之四：“单一资源”之抛弃与

“综合资源”之利用

客观地讲，在 20 世纪 90 年代以前，中国法学在理论研究方面所运用的资源是极其单一的，主要包括马克思、恩格斯、列宁、斯大林、毛泽东等马克思主义经典作家的著述，中国共产党和中国中央政府现任领导人的讲话，中国共产党和中国政府的重大路线、方针和政策文件，可以说这些“资源”主要是“政治性资源”。而对于所谓那些非马克思主义的西方思想家的论著的使用，也基本上是在“批判”的意义上进行的。而且，那时候的中国法学学者对于非法学的其它学科的理论、方法和知识的了解和掌握还相对比较贫乏，因此很少运用其它学科的那些理论、方法和知识来研究法学，以至于那时的中国学术界有广为流传的“法学幼稚”一说。这种中国法学仅仅运用单一资源的状况实际上也是法学在学科意义上或者在学术研究意义上的封闭表现。对此，20 世纪 90 年代初就有学者指出：“‘法学幼稚’的断语对于某些法学学科而言，也许不无偏颇之处，但对于法理学而言却不失为中肯的针砭。这一点在下述矛盾中集中体现出来：体制改革和法制建设的理论工作需要哲学和包括法学在内的整个社会科学通力合作，但法理学与其他学科、尤其是与哲学、经济学界的对话能力尚不容乐观。究其原因，很大程度上是由于对其他学科的成果吸收不足所致。其中因哲学意识落后于时代发展而引起的思维方式、研究方法的相对单调和陈旧，更是主要原因之一。此种情况在八十年代已有所改观，但尚未根本扭转。对于九十年代的法理学而言，这不能不是一个十分重要的课题。”^[6]20 世纪 90 年代中期更多的学者自觉地意识到了：“法理学由于它是一门基础理论的学科，涉及面相当广泛。它除了要从各部门法学理论、法的运作实践和法理学研究实践中吸取本部门学科所必需的养分以外，还涉及哲学、政治学、社会学、伦理学、逻辑学、人类学，以及系统论、信息论、控制论、语义分析、规范分析、行为分析、制度分析等诸多现代科学和现代科学方法，要把这些现代科学的最新研究成果和科学方法引进本学科，充实和丰富它的理论渊源，深化它的理论层次，强化它的理论功能，发挥它对实践的指导作用，提高它的科学价值。这应该成为法理学改革和发展所追求的目标。”^[7]于是，学者们提出在法理学领域要“打破法理学的封闭状态，拓展它的开放度，即应向一切学问和知识开放。尤其是面临今天科际整合的大知识背景，这种开放显得格外重要。鉴于我国法理学尚不能与当代世界法学展开对话的事实，可以考虑让法理学率先与国内已较成熟的前导学科（如哲学、经济学）进行交流、沟通与对话，从中把握国外人文思潮的脉络，逐步扩展法理学家的学术视界。”^[8]到了 21 世纪的今天，法学学者们更是自觉意识到了法学的发展，表现为把多学科或者跨学科的研究作为一个基本的重要方向，并做出了详细的论证和说明，有学者说道，“现在越来越多的社会问题，不是一个学科所能解决的，而需要多学科的配合，需要有跨学科的知识。这种跨学科的研究包括两层含义：第一，法学学科内部的跨学科研究，它要求法学各个学科领域，法理、宪法、行政法、刑法、民法、经济法、诉讼法等综合知识，这点上面关于抽象与具体的结合实际已经谈到；第二，法学与其他社会科学、自然科学知识的结合。跨学

科的研究现在在各国已经成为一种趋势。有人提出,我们现在的学科分类是建立在17、18世纪形而上学的基础上的,把原来统一的现象世界分裂为零碎的、无联系的、各自独立的一个个学科、部门,现在是把它们重新联系在一起的时候了。我在威斯康星大学看到,那里建立了许多综合性的研究所,如环境研究所、土地研究所、全球化研究所等,这些问题都不是靠一个学科的力量就能解决的。在研究某一个问题时往往都是几个学科的专家相互配合。有时一门课也经常是几个学科的教授共同讲授。比如经济法问题,实际大部分是经济本身的问题。江平教授曾经说过,学民法的是三分法律,七分经济。如果我们没有一个比较好的经济学功底,要想学好民法是不可能的。这点对于学习法理学的人来讲,就更为重要。再比如,我现在正在搞法律全球化的研究,一方面凭我的法理学素养和已经形成的知识,我深切地意识到这一问题的重要性,也深感这一问题突破的理论意义;但是,另一方面,我也深深地感到自己知识的贫乏,这种贫乏表现在我原有的国际公法、国际经济法知识的不足,对于世贸组织、欧盟、跨国公司、非政府组织等一系列的新现象的法律问题知之甚少,对于在这些领域中特别是在实践中出现的一些新的现象不了解,它们与传统的主权观念、法律观念的差别没有深入的研究;这种贫乏还表现在对于作为法律全球化现象的主要依赖物和伴生物的经济全球化、政治全球化的原由、历史,它们的理论形态,在各个领域的具体表现缺乏系统训练,一知半解;这种贫乏不仅表现在书本知识上,还表现在对现实的把握上,对于法律规定与实际生活的差距,书本上的法与实际生活中的法之间的差别更不了解,对于全球化已经和将要给我国各个领域带来的影响缺乏系统的知识。国外许多搞学问的人现在都具有双学位,这不是偶然的。我想,未来中国法学界的领军人物一定是跨学科的人才。这不仅仅是个人的兴趣问题,而是时代的要求。”^[8]

(五)中国法学的主题变奏之五:“一元真理观”之冷落与“多元真理观”之确立

可以说,长期以来,中国法学界在学术研究中简单地运用单一的学术与思想资源,在法学研究的目的与功能预设上确实是在追求获得某种单一而确定的“唯一的法学“真理”,只认可一种以马克思主义为根本理论依据和符合马克思主义理论论断的结论为唯一正确的法学理论结论,并坚信这种“真理”性的结论才是对于中国的社会实践、社会发展和法学理论的学术进步真正有意义的。但随着整个中国社会逐渐扩大和深化对外各个领域的开放,随着中国社会广泛的改革和发展,中国法学在学术理论上也开始逐渐走出了唯一的“一元真理”观藩篱的束缚,而是在马克思主义的基本理论和方法的指导下,以更加客观、宽容和平等的态度来对待各种学术见解和学术理论主张,充分认识到了学术理论主张或者说所谓“真理”的条件性,充分意识到了各种学术理论资源和主张的相对合理性和真理性。因此,“多元真理观”为更多的法学学者所接受和坚持并自觉地将之贯穿于自己的法学研究之中,同时,越来越多的法学学者也相应地逐渐放弃了那种在研究之前就已经预先确定了是唯一正确的“一元真理观”。这也才有了如今

中国法学的真正的百花齐放、百家争鸣、各种学术观点和理论主张以及各种不同的研究方法和研究路径竞相争奇斗艳的局面。

(六)中国法学的主题变奏之六:从“绝对真理”观的法学到“自我反思”的法学

“一元真理观”也就是“绝对真理观”,其最典型的特色在于对于所谓的“真理”只有毫无任何怀疑的绝对信任而从未意识到这种真理还需要检验和反思。在这种绝对真理观束缚下的中国法学习惯于从本本上的教条出发来讨论问题,而不愿直面生活的现实及其所展现的问题,习惯于把自己的“研究”结论作为任何人不能加以怀疑和撼动的绝对权威来维护。在很长的一段时间里,中国法学的主流和绝大多数的中国法学学者都体现的是这样的思维痼习,检验一种理论主张是否“正确”可靠,人们所依凭的基本上都是看其是否能够从马克思主义经典作家的论著中找到原始的、可以作为其“意思”上的来源的那些语句以及这样的经典语句的数量多寡,如果谁对这样的理论主张提出疑问或者不赞同的意见,通常会被冠以违背甚至反马克思主义的大帽子而受到压制,而通常情况下这种“绝对真理”的打压的确也具有极大的特别是政治上的优势,而即使是那些被打压的中国法学学者由于其本身依然是受到“绝对真理”观的思想控制,所以他们的申辩方式通常也同样是去从马克思主义的那些经典作家的论著中寻找理论依据甚至语句。20世纪90年代中期以前的中国法学争鸣或者法学理论的论战,基本上都没有脱离这样的思维框框。有学者分析总结说:“十多年来,我国法理学研究者广泛参与了立法、执法、司法、法律监督和法制宣传教育等方面的实践和一些重大问题的讨论研究,并取得了一定的成绩。但总的来看,作为一门学问,法理学的研究重心或在成果中占有相当大份量的,还是对马克思主义经典著作的学习、领会和解释,或者说,主要是走从书本出发,加上一些实例印证的路子,而不完全是从实践出发,走‘实践、认识、再实践、再认识’,从而使我们的认识进到‘高一级的程度’,上升为理论的路子。这在法理学教科书和其他一些法学论著、以及几次重大的学术争鸣中,都可以找到佐证。有的学者将这一现象概括为:‘主要是阐述经典著作或个别领导人的论述,过多地重复一般政治理论课的一些基本概念和原理;反复地搬用根本对立之类的公式’,并认为这是法理学未摆脱长期以来的落后状态的一个重要原因。我们认为,法理学应该根据中国社会发展的需要,将研究重心从本本转向社会,转到对法制建设的重大理论问题和实际问题的研究,从而增强实践功能,提高其学术价值和应用价值”。他们确实意识到了中国法学受“绝对真理”观支配的情况,并提出了要改变这种状况,但实际上就是他们本身也并没有彻底地真正与这种“绝对真理”观的法学告别,比如他们同时指出:“以建设有中国特色社会主义的理论指导法理学研究,就要使法理学真正具有改革开放精神。中国的改革既是一场深刻、广泛的社会革命,也是一场深刻、广泛的思想革命。改革的目的是要冲破束缚生产力发展的僵化的经济体制,建立充满生机和活力的社会主义市场经济体制,同时相应地改革政治体制和其他方面的体制。改革旧体制,解放生产

力,首先是要解放人,即解放人的思想和创造力,彻底告别那种‘因循守旧,安于现状,不求发展,不求进步,不愿接受新事物’的‘习惯思维方式’。(《邓小平文选》,人民出版社1983年版,第132页)在理论上,则要求抛弃那些对马克思主义的教条式理解和对社会主义的不科学甚至扭曲的认识,结合新的历史条件坚持和发展马克思主义。法理学既要积极参与社会经济、政治改革,也要大胆地对自身进行改革。众所周知,法理学一直是法学中受左的束缚最严重的学科之一。改革开放十多年来,法理学界的思想不断地获得解放,但在某些问题上,仍然存在保守、僵化的倾向。例如,法理学教科书虽然摆脱了前苏联国家与法权理论的模式,但在体系上,仍然没有完全摆脱过去的框架,其中所隐含的法律观念和法学方法是值得认真考虑的。有些同志的思想,或多或少、或明或暗地还停留在过去对社会主义和资本主义的公式化、简单化、概念化的理解上,停留在改革开放前那些超越历史阶段、脱离具体国情的不正确的思想和政策上,往往把一些不属于社会主义本质的东西加以固守,又把那些不属于资本主义本质的东西加以摒弃;对那些反映市场经济一般规律、属于人类共同创造的精神财富的原理、制度、规则、惯例以及大量技术性的东西,只要与法律沾边,就立刻警觉起来,不敢大胆吸收、借鉴和移植。这种状况不仅妨碍和影响了我国法学和法制的现代化进程,也大大减弱了法学和法制在改革开放和现代化建设事业中的地位和作用,急需加以改变。^[6]如今,情况已经大大地改观了。在中国法学界,尽管“绝对真理观的法学并没有完全绝迹,但已经无法占据中国法学的主流了。中国法学学者已经开始在对“绝对真理观的法学从理论到方法的反思的基础上更加凸显其学术研究的个性和自身的理论旨趣,其对自身的学术研究以及他人的学术研究也不再是固守其要么全真要么全假的“绝对性思维,而是大体上能够以一种客观而平和的学术理性来检讨和反思这些学术理论成果。从理论上讲,以“自我反思”为学术和理论态度的中国法学更加重视和运用多种学术理论资源来对其理论主张进行学术“论证”,而不像受到“绝对真理观的思想控制的中国法学仅仅擅长于运用单一资源进行终结性的真理“论断”。

(七)中国法学的主题变奏之七

从“上层建筑”之抽象理论到“生活现实”的理论把握

法律作为社会政治上层建筑的重要组成部分,一直是中国法学所固守的马克思主义法学理论的基本要点之一。自然地,法学也就被定位于有关社会“上层建筑”的理论,也就是对于属于社会上层建筑重要组成部分的法律的高度抽象和概括的理论。也许正因为如此,中国法学的理论研究在法理学方面表现为抽象的假大空的说教和对于党和国家政策以及领导人的讲话与指示的“注经”式的阐释,在部门法学方面表现为对现行政策和措施以及具体立法的天然正当性和合理性的理论证明,整个中国法学基本处于对现行存在的一切的集体颂扬和无知识、无学术反思和批判的“集体无意识”状态;在相当长时期,中国法学在整体上成了社会上层建筑及其现行政治政策当然的政治献媚者,而根本未曾顾及现实社会的真实的“生活现实”及其理论与实践需求,可以说,这时的中国法学在

整体上是站在中国社会现实生活实践之外的。20世纪90年代初,有学者就我国法理学的状况说:“八十年代之初,由于以国家学说和政治评论代替法理学,以政策解释代替法律分析等诸多原因,法理学的功能主要在于对现行政策和体制的论证与宣传;它对部门法学和部门法制建设的指导功能则往往有名无实。在八十年代的十年中,经过法理学界的辛勤努力,情况开始改变。但由于体制改革所引起的社会关系的快节奏变化,一时间法理学与部门法学脱节、与法制时间脱节的现象仍然存在。与部门法学相脱节的法理学是空泛的,与法制实践相脱节的法理学是无效的。因此,九十年代的法理学应更积极地向部门法学习,向法制实践学习。法理学能否真正发挥对部门法学的指导功能和对法制实践(包括体制改革)的参与、总结与指引功能,将在很大程度上取决于它能否以贴近现实的理性洞察对涉及各部门法的复杂现象加以关注,能否及时准确地把那些体现着时代精神的经验、观念和趋势加以概括和升华。”^[6]如今的情况已经有了极大的改善,包括法理学在内的中国法学在整体上已经基本完成了法学的理论关注焦点的转向,法学不再仅仅把自己理论关注的重心放在“上层建筑”的抽象性理论的阐释上了,而是特别集中地意识到并实际地把生活真实的“社会实践”及其理论需求作为其理论和学术关注的核心。从这时起,中国法学在理论研究方面特别强调了全面的、整体的法学研究,也就是所谓的法学理论学科的学术研究与应用法学即部门法学的学术研究的广泛而深入的结合,彼此互补;同时,中国法学无论是法学理论学科还是应用法学学科都特别地注重了这些理论问题的来源以及解决都必须立足于现实的社会生活实践。而这一点已经大体上成为了中国法学学者的基本理论共识。朱景文教授曾经论述到:“法理学是从比较抽象的层面上对我们所研究的法律现象的把握,它的优点在于它能比部门法学站的更高,能够统揽全局性的问题。但是,这种抽象、统揽应该建立在对部门法知识的详细的了解、把握的基础上,这就要求法理学者能够了解部门法所提出的问题,深入到部门法的领域中去。过去有一句话:一个好的部门法学家,都应该具有法理学的思维。如果部门法学者只局限在部门法的字句、条文中,跳不出部门法条文的框框,他最多是一个教条主义者,只能对法律的条文作出字面的解释,不会对自己的学科的发展提出开创性的真知灼见。现在我们也可以反过来谈法理学家:一个好的法理学家,都应该同时是部门法学家,如果法理学家只把自己的研究停留在抽象的层次上,对部门法研究中提出的新问题知之甚少,这样的法理学是不可能对法律现实有任何指导意义的。由此联想到1995年我在日本访问时,日本法哲学协会的秘书长给我看了日本法哲学协会近年来的历次年会所讨论的题目,它与我国法理学研究会所讨论的主题有一个重要的区别就在于密切结合部门法实践中所提出的前沿问题。如试管婴儿的法哲学问题、同性恋和非婚姻家庭中的法哲学问题、法人犯罪的问题、知识产权保护是否合理的问题、安乐死问题,等等。由此我也想到了美国的法理学教授,几乎毫无例外地都同时兼任部门法的课程,从宪法、行政法,到合同、侵权法,到民诉、律师道德,无所不包。如果说现在我国部门法的学者和研究生已经

开始转变,有越来越多的人热衷于其中的法理学问题,而在法理学方面,这种转变则并不明显,很难看到对部门法问题真正从法理上加以分析的有分量的文章。法理学如果不在这方面有所突破,只讲大道理,不在部门法层次上解决一两个实际问题,不把这些道理贯彻到对法律现实的说明、解释和改造中去,这样的法理学没有几个人爱听。抱怨实际脱离理论,抱怨部门法的人不关心法理,是无济于事的。按照辩证法从抽象到具体的研究方法,思维的抽象并不是认识的终点,只有达到思维的具体才可能认识真理。而思维的具体是多样性的综合。总之,我们所需要的法理学不是思维的抽象意义上的法理学,而是作为思维的具体法理学。”⁽⁸⁾而郝铁川教授也曾要求中国的法理学“从‘纸上的法’的法理学向‘运行中的法’的法理学的转变”,他说,“中国属于大陆法系,具有悠久的法典编纂的历史传统,加之中国有着几千年‘注经式’的思维方式,因此,中国的法理学不仅缺乏应有的学术批判精神,更重要的是,它把丰富的法律现象变成简单的立法现象,法理学反思的仅仅是一些法律条文,成了一种‘立法’的或‘纸上的法’的法理学,而对执法、司法、守法等法律现象置若罔闻。大陆法系重视法的制定,英美法系重视法的运行与实现。中国的法理学过去基本上是一种大陆法系的法理学,它的逻辑体系是法律规范—部门法—法律体系—法系。这套体系未必适用于英美法系,而法理学只有在既能指导大陆法系,又能指导英美法系时,才能算是合格的法理学。中国的法理学不但要指导实体法,同时还要指导程序法,要研究司法人员、证人、辩护人等不同诉讼参与人对法律的不同的接受态度,要研究原始事实与法律事实、事实与证据等方面的联系与区别,要研究审判哲学。而过去中国‘立法式’的法理学对这些方面的研究相当薄弱,这就难怪一些程序法的研究者对法理学没有多少兴趣。从‘纸上的法’的法理学向‘运行中的法’的法理学的转变,说到底就是要加大对法律社会学的研究力度,恢复法理学丰富多彩的本来面目。”同时,郝铁川教授还引用张文显教授的主张提出法理学应该“从基础性法理学向应用性法理学的转变”,他说:“前几年,张文显先生就撰文指出,中国的法理学要‘上得去’、‘下得来’。张先生的见解相当敏锐、深刻。我们过去的法理学基本上是一种基础性法理学(当然,说得难听一点的话,实际上是些枯燥的文字游戏、概念堆集),和一般的历史唯物论教材、社会发展史教材相差不多,存在严重的脱离社会现实生活的弊端。中国目前有大量的现实问题需要法理学去分析。然而,有不少法理学学者往往将对这些问题的研究视为雕虫小技,不屑一顾,生吞活剥一些西方法理学著作的内容,写一些玄之又玄、浅入深出式的长篇大论,导致搞部门法的学者十分费解,一般大众更是不知所云。重视应用性法理学的研究,表明法理学不冷落社会。你不冷落社会,社会才不会冷落你。”所有这些都表明,现在的中国法学的确已经出现了自觉对“生活实践”进行理论把握的明显的倾向,中国法学更加注重贴近真正的现实社会生活。

(八)中国法学的主题变奏之八:从“理论论断”的法学到“理论论证”的法学

从前面的很多论述中,我们实际上也可以推论出,在很长

一段时期,中国法学在思想方法和理论态度上是非常蛮横而不讲道理的,因为中国法学研究的出发点基本上要么是马克思主义经典作家的经典著述,要么是中国共产党的我国中央政府当时已经在付诸实践的各项重大的社会、政治、经济、文化道德的路线、方针和政策措施,在法学领域学者们那时一般都不把这些资源作为自己的学术理论研究和反思的对象,而是视作天然的绝对正确的理论真理来看待的。所以,法理学的学者已经习惯于把这些资源作为判断自己和别人学术理论研究和结论正确与否的标准和参照。而部门法学除了把这些资源同样作为判断其理论研究的正确和是否具有理论深度的标准之外,还无一例外地把现行的法律法规的具体规定即法律条文作为判断自己和他人学术理论研究正确与否、可靠与否的主要标准。很显然,把上述资源作为法学学术理论研究妥当甚至正确与否的基本标准的中国法学,从学术的角度来说,的确是缺乏真正的学术研究所应有的理性的,也是缺乏真正的学术理论研究所应有的理论说服力和逻辑证明力的,其结论的得到维持所依靠的只能是“独断”,也就是基本上不在乎甚至根本就不给出真正有道理的理论理由的“理论论断”。对此,周永坤教授曾做过这样的论证:“如果说中国应用法学的根本缺陷在于纯注释倾向的话,那么,中国法理学的致命弱点则是非理性特色。他从原则和偶像出发对法律史和外域法文化作错误解读,割断自身与历史和外域法文化的联系,从而失去科学理论不可或缺的普遍性品格;它对法律本质作绝对利益主义、意志主义的诠释,主张法律功能的绝对工具主义、从而排斥自由、平等、权利、法治,失去对人的价值的关怀而只有统治者;对现实法律作简单的质的肯定,缺乏深入的研究、分析、论证、评价和应然的指引;对经验和事实作片面的剪裁和解说,以逃避理性批判。它最终成为拒绝、阻碍重新认识、深化理解现实的、置身于人类实践和理性之上的封闭体系——负面意义上的政治意识形态的一部分或其附庸,远离了科学意义上的法理学。法理学的非理性病使它失去精神脊梁,无法面对经验,无法面对观察,无法面对世界,更无法面对现在和将来,甚至难以面对逻辑规则。一句话,‘非理性病’是法理学的致命疾患。法理学从根本上讲是理性之学。无论是论证法律理想、为人类谋求良好法律秩序的价值法理学,还是对法律与社会的关系、法律的社会效应作描述,对法律保护的社会利益作功能性研究的社会法理学,抑或是对法律制度衍生的法律概念、法律技术作规范性研究的实证分析法理学概莫能外。非理性的价值法理学必然滑向宗教,非理性的社会法理学必至狭隘经验主义,而非理性的实证分析法理学,则势必墜落为鼓吹恶法亦法、权力即法、暴力即法的权力玩偶,而如果一种‘法理学’只从原则和偶像出发,连逻辑规则等纯粹理性都不屑一顾,那就只配称占星术或算命经了。”⁽¹⁰⁾十余年过去了,中国法学在学术理论研究上的最为重大的变化之一就是,学术理论界更加重视法学学术研究中的“理论论证”,而在逐步抛弃原来的那种非理性的独断性的“理论论断”。一个

参见《“法理学向何处去”专题研讨会纪要(之二)》郝铁川教授的发言,载《法商研究》2000年第2期。

最为值得关注的现象就是,从20世纪90年代初开始,邓正来教授等学者致力于在中国人文社会科学领域建立学术规范化的建设。而这种学术规范化建设的努力在中国法学界也产生了非常重大而深远的影响,中国法学的一个绝对值得关注的现象就是,在20世纪90年代以前,我国法学学者所发表的学术论著注释所引用的资源相当贫乏而单一——当然,马克思主义经典作家的文献是绝对不会缺少的,其中的注释不仅少而且注释的体例也非常不规范、不统一,同时,这些学术论著在大多数情况下不论是著作还是论文,只要是表达作者自己的理论观点和主张的,几乎都使用作者自己的独断语气表达出的作者的倾向性意见、感想、愿望或者预测。而如今,中国法学学术理论研究的一个显著变化就是学者们更多地放弃了独断性的“理论论断”的立场,而更加注重既有理论和逻辑说服力量的“理论论证”,表现在学者们在其学术论著中更多地运用来大量丰富的学术理论资源、更加注重这些学术理论资源的合理使用、更加注重学术论著的技术规范比如注释的规范化。这一方向性的转变对于中国法学而言,意义重大。

(九)中国法学的主题变奏之九:从“政治思维”的法学到“法律思维”的法学

在任何社会,法律都绝对不可能与政治真正分离,所谓法律的独立和自治在任何时候都只能而且也必须是相对的。因此,从某种意义上来说,对法律的理论思考也同时就是对于政治的理论思考。但问题是由于新中国建立以来的很长时期,我国实行的都是高度集权的政治经济体制,尤其是政治在我国社会生活中所具有的绝对优先性被强调到了无以复加的地步,所有社会生活的各个侧面和领域都为政治马首是瞻,成为政治的奴隶,整个社会生活被全面政治化,人们生活中的每一个问题都无一不是政治问题。用另一句大家都耳熟能详的话说就是,在新中国的相当长时期内,中国社会的现实就是只有政治国家而没有(市民)社会。这样,政治思维的惯习和在内在逻辑就不可避免地渗透进了中国社会的方方面面与各色人等的思维定势之中。加上长期以来我们都始终认可法律作为政治的工具的思想观念,所以,在中国的法学领域,包括法律实践领域和法律的学术研究领域,基本上也是政治的一统天下,政治思维的逻辑和政治思维的定势根深蒂固,我国的法学学者在思考法律问题的时候,几乎是本能地从现实政治实践和现实政治需求的角度来认知、理解、分析、把握法律的现实实践问题和学术理论问题。可以说,长期以来,中国法学界的真实情况的确是“政治思维”对法学的绝对统治,有关法律的理论思维和实践思维都无一例外地被置于了政治思维的绝对支配之下。随着中国共产党十一届三中全会的召开而引发的思想解放运动以及随后开始的我国改革开放政策的全面深入展开,中国法学不断地在打破一个又一个政治的禁区,不断地在不同主题不同层面不同问题上逐渐打破政治思维的思想与观念垄断,不断尝试独立地从法律现象本身出发来思考法律问题,不断地确立和强化“法律思维”在法学的学术理论研究和法律的实践操作中的地位与作用。这种对“法律思维”的法学强调,是与最近十余年来法学界对于法学的独立学术地位、法学的独立的研究方法、法学的独特的学术理论和实践功

能的探讨直接联系在一起的,也是与法学界对法学学者的独立的学术人格、自由的学术研究精神、平等的学术态度的不断强调联系在一起的。十多年前,有学者就曾指出,那时,“面对汹涌而来的市场经济的浪潮,虽然有一部分法学家感到困惑、迷惘或不解,但大多数法学家们在反思、在探索、在进取。在这千载难逢的社会大变革时代,我们深深地感到,中国的法学理论应当义无反顾地冲破旧体制下的各种极左思想和条条框框,冲破前苏联的法学模式,以更加开放的姿态去学习和借鉴西方反映市场经济共同规律的法学理论,并在中国现代市场经济条件下,构筑起一套新的中国法学体系。为了实现这一目标,不但需要进一步解放思想,更新观念,而且需要提倡和树立法学家的学术人格和学术品德。真正的学者应当将自己的学术观点建立在对社会经济发展规律的正确把握和严密的逻辑推论基础之上,而不应将学术与政治简单混淆或把学术见解庸俗化,变成对政治口号或特定时期政治思潮的诠释。”^{〔1〕}如今,情况的确发生了非常令人欣喜的变化,在中国法学领域,虽然“政治思维”依然存在——而且也不能不存在,但它已经不能处于绝对的支配和统治的地位了,真正属于法学的“法律思维”在法学的学术理论研究中已经得到了绝大多数中国法学学者的肯认与自觉实践。而中国法学的繁荣和发展也有赖于法学理论界“政治思维”的进一步弱化和“法律思维”的进一步强化,恰如江平教授所说的:“把法学是非和政治是非完全混淆的危险现在虽然减少了,但法学禁区仍然不少。法学研究越走向地心,越要接触到炽热的岩浆,这是大家心照不宣的。望而止步是法学真正繁荣的大忌。没有学术的自由探讨就没有成熟的法学。”^{〔2〕}

(十)中国法学的主题变奏之十:从“革命”的法学到“建设”的法学

新中国的法学是在彻底打破旧的政治经济和文化制度、建立起崭新的社会主义新制度并同时彻底铲除了旧法学的思想与理论的影响基础上得到建立的,其思想和观念的基础严格说来是舶来的——也就是直接从社会主义的苏联引进来的,它本身并没有任何现成的思想与观念的积淀。为了稳固年轻的社会主义政权,新中国的建设依然延续着夺取政权的革命的思维路径,依靠一种革命的激情和斗争策略来动员和组织群众,也依靠这种单纯的革命热情和缺乏深思熟虑的谨慎的情感来支撑着对法律的若干理论命题和主张的正当性与合理性的论证与说明,也按照同样的思维路径展开着对若干法律制度的正当性与合法性的证明。因为说到底,在这样的“革命”的法学中无论是法律还是法学本来就没有真正独立的地位,它们都只是、也不能不是政治的附属物,它们是、也不能不是政治的工具。于是,“革命”的法学及其理论指导之下所进行的法律制度建设,更多地张扬着一种革命激情下的政治计谋与短期权衡,很少体现出具有长期社会效应的合理的制度机制的理性与稳定。20世纪90年代以来,中国法学的确在反思自身的不足时,意识到了其革命情怀在现代社会尤其是

详情参见邓正来主编:《中国学术规范化讨论文选》,法律出版社2004年版;杨玉圣、张保生主编:《学术规范读本》,河南大学出版社2004年版。

在全球化几乎已经成为世界性浪潮的时代的消极影响,而且社会主义法治国家建设的实践也使我们逐渐意识到了法治与革命情怀的法学绝对不相容的,民主和宪政建设同样也是与革命情怀的法学相左的。与现时代的社会发展对于法律制度的需求相和谐的法学,与体现和承载了现代法治文明的精神、原则和价值观念的民主、法治和宪政对于法学的理论需求相和谐的法学,是、也只能是充满制度理性和现代价值意蕴并体现真实的人性色彩的“建设”的法学而绝对不是那种“革命”的法学。郑成良教授在谈到20世纪90年代中国的法理学时就曾指出:“说到九十年代法理学的发展趋势,这是一个充满历史感的话题。具有划时代意义的十一届三中全会使处于社会主义历史阶段的中国社会迎来了自己的新时期。从而,使我们从以阶级斗争为中心的时代进入了以经济建设为中心的时代,从以大规模政治运动促进社会进步的时代进入了以体制改革促进社会进步的时代。从法学的视角来把握这一历史过程,也就是从革命(一个阶级推翻另一个阶级)时代向法治时代的转换。正如任何观念只有体现了时代精神才能转化为伟大的现实力量一样,法理学也只有找到时代赋予自己的新的位置和角色,才能服务于现实。他认为,“由于社会的发展总是和真理与谬误、科学与偏见、理想与现实的矛盾相伴随,故法理学永远肩负着批判谬误和偏见以及批判现实的使命。但是,当我们的主要任务从破坏旧世界的阶级革命转向建设社会主义的法治社会时,法理学也就必须重新确定自己的重心。从七十年代末开始,法理学逐渐从以服务于阶级斗争和政治运动为重心转向以服务于经济建设和体制改革为重心,这表明了法理学立足点的转变。可以相信,在九十年代,法理学界将会以更加自觉和理性的态度对待和推动这种转变,以期使其尽快地能为社会主义商品经济和民主政治建设提供有效的理论服务。”^[6]如今,以法学的学科独立和法学学术理论对于自身和社会实践的功能承载的自觉与自信为标志“建设”法学,基本上已经成为了中国法学的本色背景,如今,法学界对法学的理论创新和在理论创新基础上的法律制度创新的强调,实际上就是“建设”的法学面对其所处的现时代的需求而做出的一种本能的理论与实践反应。

(十一)中国法学的主题变奏之十一:从“经验”的法学到“理论”的法学

正因为长期以来中国法学都是处于现实政治附庸的地位,因此渐渐地养成了固步自封、不思进取的惰性,它习惯于向后看而不是向前看,向后看也就是以过去的那些所谓何为正确何为错误的实践“经验”来检验当前的法学及其学术理论状况。这种“经验”法学除了特别注重过去的那些以“经验和教训”为内容的经验之外,也非常重视日常生活的经验常识,同时还特别仰仗于现实政治的需要,一个明证就是每当中国共产党召开了重大的会议、做出了重大的决定、出台了重大的政策,中国法学界——既包括法学理论界又包括部门法学界——的学者们照例就会撰写出一大批的理论文章阐释这些会议、决定和政策在理论和实践上的重要法律意义。对现实政治的颂扬性文字的法学论著的流行,乃是中国法学的“经验”性色彩的最好证明,其理论思维的本质乃是“循规蹈

矩”——循过去之成规而蹈既有之陋矩。在“经验”法学看来,法学实际上已经不存在什么真正的“理论”问题需要加以研究和解决了,法学的主要问题实际上只是已有的那些理论观点和主张的法律实践应用问题,最多也只是运用现有的那些正确理论对现行的社会政治和法律实践的正当性与合理性进行论证说明而已。“经验”法学特别注重的是对现实的所谓理论结论和具体的实践措施和政策的正确性的肯定与褒扬,而根本不涉及对现行法律理论和具体的社会实践措施和政策的反思、检讨与批评,它根本不去、也不敢去设想这些理论和实践措施与政策可能会是错误的;同时,“经验”法学还典型地表现为特别热衷于对现行法律规定的含义的注释,法律法规条文的解释性文字(没有这种解释也不行)盛行实际上也就是法学的理论研究对过去“经验”的偏好与固守的证明。长期以来,这种“经验”法学通常以“实践”法学自居,声称自己是真正关注实践、寻求理论与实践相结合的法学。但这种法学忽视了一个常识性的问题,那就是,法律的确是一种社会实践方式,法学也的确是一门面向实践的学科,但是,法学参与实践的方式本身并不是接受既有规定而直接投身实践,而是把实践及其各个环节作为理论思考、理论反思、理论诊断和考察的对象,以理论的方式来把握实践,因此,批判性地思考实践及其各个环节,反思其缺陷和不足,指出其得到弥补和完善的各种可能方向。近十多年来,中国法学开始逐步摆脱这种“经验”法学,法学学者们开始重视法学学术理论研究本身的反思属性与批判功能,开始强调以理论的方式而不是直接以实践的方式来把握和理解法律与社会实践本身。从20世纪90年代中期起,我国的法学学者就开始对这种“经验”法学加以反思,他们开始呼吁真正的法学应该在理论和思想上得到提升,强调“理论”的法学(不仅仅是法理学还包括各个部门法学在内)的重要性。舒国滢教授曾一针见血地指出:“长期以来,学界(包括法学刊物)片面强调法理学的实务化或实践职能,而较淡化其批判认识功能。”^[11]孙笑侠教授更详细地分析说:“中国法理学政治功利的实践观,其实是违背历史唯物论的,它把实践主体单一化为执政者。正是它导致法理学附和政治局势随波逐流,因而法理学形成不了(1)相对稳定的核心理论范畴与范畴体系;(2)适宜而多样的理论方法以及(3)批判性地服务于实践的理论思想。作为法理学成熟的三个标志,它们都与法理学者的实践观直接相关。因为实践是产生法理学核心问题和提炼法理学范畴的生活渊源,是选择法理学研究方法的客观标准,是构成法理学理论思想的社会基础。……实践的时空不该被缩小,法制实践包括中国与外国的法制实践,也包括历史的与现实的法制实践。法理学既要结合法制实践的个性与共性进行考察;又要结合当前的法制实践与预期范围内的未来实践进行研究。过份拘泥国情会限制理论视野,囿于眼前效果会阻碍理论深度。法制实践是动态发展的,法理学只局限于眼前中国法制实践问题的应急性解答,势必陷入刻舟求剑式的滑稽局面。并非一切实践都是理性的。实践的价值曾被人夸大拔高,似乎一切实践都是正确的或理性的。准确地说应当是‘实践出经验’,而经验取代不了理论。”^[13]中国法学界对“理论”的法学的自觉,乃是中国法学提升自身的

理论层次、使中国法学走向科学的重大转型。

(十二)中国法学的主题变奏之十二：从“国内法”的法学到“全球化视野”的法学

“国内法、国外法与国际法相结合的法学(法学的全球化视野)。自新中国建立之日起,中国法学就一直在理论和实践的意义上反复强调法律和法学的阶级属性和为阶级统治服务的功能。因此,长期以来,中国法学都始终是以本国的“国内法律”以及本国政治、经济、社会、文化对法律的需求为理论研究的重点的,也始终是以本国国内法律为中心、通过政治批判以弘扬本国国内法律的优越性,间接地在吸收其经验的意义上对国外法律展开研究,主要从获得相关知识以利于中国参与国际事务与国际交往的角度来研究国际法。中国法学的理论研究对于国内法律的这种特别关注从法律与政治实践的角度来看,是完全正当的,但从法学学术理论的进步与理论水平和层次的提升,从改善我国法律制度的质量,完善我国的法律制度建设的角度来看,就显现出了其学术眼界的短视、学术胸怀的狭窄、学术理论层次和水准的低下。可以说,“国内法”的法学基本上是一种单边的自我封闭的法学。但随着中国的改革开放和社会主义建设事业向纵深发展,随着中国参与国际事务和国际交往的领域的不断拓展、层次的不加加深,“国内法”的法学越来越不适应现实社会生活实践的需要了,于是,中国法学开始强调从吸取先进的理论和经验以丰富和完善我国的法律制度建设的角度全面展开对于国外法、国际法与国内法的结合研究。20世纪90年代初,不少学者就提出了在理论上应该“重新认识国内法与国际法的关系”,他们认为,“市场经济以其客观的发展规律,必然冲破一切地域的限制,使国内市场与国际市场衔接,在一定范围内把国内市场变成国际市场的一部分,即使这部分经济国际化、世界化。与此同步,法律特别是有关经济和民事商事法律和部分政治性质的立法的国际化趋势也更加明显,国内法与国际法将互相交叉、互相渗透。这一趋势引出一系列法学新问题,如国内法与国际法的关系,法的本质,法律政策(一国执政党或其政府为了实现一定的政治、经济或社会(目标)而作出的政治决定)与法律原则(通行于各种法律中的公理或普遍原理),主权与国际法制,各国法律的调适与整合等。这些问题按照传统的法学理论是解释不清楚的,必须用新的法学思维来解决。传统的法律理论几乎是完全建立在国内法之上的。它的基本概念和理论只能说明国内法而且是比较封闭的国内法的问题。法律国际化和世界化的现实和发展趋势给我们提出了严峻的挑战,面对传统理论的局限和部分失效,我们必须进一步解放思想,突破各种偏见、成见或僵化观念的束缚,在联系实际进行理性思考的基础上概括出新的观点、新的原理,抓住机遇,大力推进、发展马克思主义法学理论。”^[65]郝铁川教授也提出了我国的法理学应该“从以国内法为基础的法学向以国内法与国际法并重的法理学的转变”,他认为“不管是自然经济,还是计划经济,都具有严重的封闭性。在此基础上的法理学只能是一种对国内法律现象的思考,而对国际法律现象视而不见,明显地具有封闭性。随着我国计划经济向市场经济的转变、经济全球化时代的到来和我国加入世界贸易组织步伐的加快以及我

国对《公民权利和政治权利国际盟约》的签署,如今国内法律现象和国际法律现象已连成一片,超国家的法律全球化理论虽属一种不切实际的幻想,但当今法律的确出现了全球化趋势。因此,法理学必须是对国内和国际两方面法律现象的反思与升华的科学。”到中国加入WTO,世界范围内全球化浪潮趋势明显,中国法学界几乎一致强调中国法学必须具有真正的“全球化视野”,强调中国法学不仅要立足于中国自身的法律实践需求而且要立足于全球化时代的世界法律实践需求,运用全球范围的各种学术理论资源和社会实践资源来进行法学的学术理论研究,强调在全球化的时代背景下的中国法学的学术理论创新和法律制度创新。^[61]邓正来教授提出的要在全球化的世界结构之中来认识和理解中国及其命运,认识和理解中国法学,思考中国法学的未来,考量中国法学的历史使命与责任,本身也就是“全球化视野”的法学的一种理论表达。^[62]迈向“全球化视野”的法学,是中国法学不断提升其境界的一个显著标志。

(十三)中国法学的主题变奏之十三：从“僵化凝固”的法学到“发展”的法学

“僵化凝固”的法学的典型体现就是,从整体上看,法学的学术理论判断标准一是经过教条化理解和阐释的“马克思主义”的僵化的政治意识形态,二是当前社会生活中的现实政治政策与措施,这两条通常是检验法学的学术理论研究以及理论观点和主张在方向和内容上是否正确的基本准绳。说到底,也就是,现实政治需求是法学学术理论研究的根本性的指针和出发点,法学没有自身真正的独立的学术问题和理论领域。“僵化凝固”的法学在理论思维上基本是政治思维取向,在视野上基本落在现实政治的既定框架之内,在理论主题上基本是政治主题的变型,在学术话语上基本是政治话语的统治,法学本身缺乏严密的理论逻辑、缺乏自身的理论立场、缺乏自身的科学概念和范畴机器体系、无力引导自身的理论进步、无法真正指导中国的法律制度建设与法治实践——改革开放以来很多重要的法律比如证券交易等方面的法律的立法动议并不是首先由法学界提出就算一个证明,同时,“僵化凝固”的法学还体现在法学的学术理论研究中存在着一个又一个学术的禁区。但是,从20世纪90年代以来,我国社会主义建设事业的迅猛发展为我国法学的发展提供了巨大的推动力,法学在必须回答时代所提出的现实法律实践与法学理论问题的背景下,逐渐地在打破既有法学的僵化与凝固状态,而开始在新的时代需求的强大压力下思考自身的理论问题和学术发展问题,比如“我国的民法基本理论在过去四十年左右走过了两个主要阶段,一是建立于计划经济体制之上的并服务

参见《“全球化时代的中国法学学术研讨会”发言摘要》,载《法制与社会发展》2004年第2期。张文显:《全球化时代的中国法治》,载《吉林大学社会科学学报》2005年第2期。朱景文:《关于法律与全球化的几个问题》,载《法学》1998年第3期。朱景文、程虎:《全球化与中国法制的回应》,载《法制与社会发展》2001年第4期。李林、肖君拥:《全球化背景下中国法治发展面临的挑战》,黄文艺:《全球化与法理学的变革和更新》,汪劲:《环境问题的全球化及其法律对策》,车丕照:《身份与契约——全球化背景下对国家主权的观察》,上述文章均载《法制与社会发展》2002年第5期。

于计划经济体制的民法基本理论。它主要是照搬苏俄民法基本理论,盛行于五十年代中后期,衰于七十年代后期。二是建立在一种处于过渡状态的经济体制(所谓‘计划经济为主、市场经济为辅’、‘有计划的商品经济’)并为这种过渡性的经济体制服务的民法基本理论。它主要是指以‘商品关系说’为代表的民法基本理论,源于七十年代后期,盛行于八十年代中期,衰于九十年代。在我国市场经济条件下,是否需要一种全新的民法基本理论呢?回答是肯定的。我国民法学者正在这方面进行有效的探索。这一探索涉及民法的调整对象、基本原则、民法的结构与立法模式、民法观念等。”^[53] 刑事法学领域,罪行法定、无罪推定、环境犯罪等理论问题得到了广泛而深入的研究;诉讼法学领域,证据制度、举证责任、客观事实与法律事实的关系、公益诉讼等问题逐渐成为理论关注的热点问题;法学理论领域,一些传统课题在理论认识上得到了进一步的深化,一些新思想、新观念、新方法——比如法律文化问题、法律的本土资源问题、司法问题、法律职业问题、法律与全球化的问题等相继被学术理论界提出并得到了广泛研讨。所有这些都传达了这样的一个确切信息,中国的法学已经开始从过去那种“僵化凝固”的法学向“发展”的法学转变。

(十四)中国法学的主题变奏之十四:从“保守”的法学到“开放”的法学

从上述描述和分析中,我们已经多多少少体会到了“保守”的法学的若干样态与典型特征,“保守”也就是“封闭”,封闭在既有的政治意识形态及其结论的框架之内,封闭在僵化凝固的政治思维、思想话语、理论逻辑的束缚之中,封闭在本国的法学和法律圈子之中,也封闭在法律和法学本身的学科藩篱之中。“保守”的法学处处小心、瞻前顾后、畏手畏脚,“保守”的法学生怕犯错误却又似乎处处犯错误——不是在政治方向、政治立场上犯错误就是在无法回应社会的法律现实实践的理论疑惑上犯错误,“保守”的法学面前基本上是一大片禁区或者雷区因而步履维艰。但随着我国社会的发展,同样也随着改革开放的深入展开,“保守”的法学所面对的一个又一个的禁区也在中国共产党引导的思想解放中逐渐被打破。最典型的是人权问题。这“本应是法理学的重要内容。但长期以来,我们一直对它持完全否定的态度。如今这个禁区已经被突破了,但还有一系列基本理论问题需要解决,诸如,是否存在‘应有权利’?它是一种什么性质与状态?人权产生与发展的原因是什么?人权有无共性与个性?在阶级对立社会里,它是否是社会性(共同性)与阶级性的统一?人权有没有国界?个人人权与集体人权是什么关系?等等。而“人权的一系列基本理论的科学解决,将为法理学增添新的内容,并对各部门法学与法律实践产生广泛而深远的影响。”^[54] 在1992年的全国法理学会年会上,诸如“人权的概念,人权的起源,人权的内容,个人人权与集体人权,人权与法制,人权的保障,两种对立的人权观即马克思主义人权观和资产阶级人权观”等问题都开始得到学者们的认真研讨。^[55] 这已经可以说明中国的法学在从“保守”的法学向“开放”的法学转变了。同时,这种转变还体现在,中国的法学越来越注重并加强与世界上其它国家的法学的学术交流与学术合作,这种学术的交流与合作不

仅非常平凡而且在广度和深度方面也有了非常大的改进;同时,这种转变也体现在法学在知识、理论、方法方面也特别地注重了与其它学科尤其是人文社会科学各个学科之间的交流,特别注重从这些学科之中吸取学术的养分,体现在法学已经开始以一种更加自信的态度真正关注其所处的社会的现实生活。这就是“开放”的中国法学的初步景象。恰如贺卫方教授所指出的:“开放意味着法学不能满足于自给自足。它需要从其他社会科学及人文科学的研究中汲取营养。在早期,哲学、伦理学等学科对法学研究的推进以及最近数十年间经济学、阐释学、人类学以及文学批评对法律思考的影响都是这方面的例证。同时,法学还不能脱离我们的社会生活。我们的社会正在经历巨大的变化,市场经济的国策以及人民的民主追求日益改变着我们的社会结构和社会管理模式。法治的正当性由于社会结构的变化而愈发强化。在这样的情况下,法学界能否敏锐地洞察社会中的法律问题,及时地对社会需求作出有说服力的回应,将成为一个举足轻重的大问题。开放当然也意味着法律学术与法律实务更紧密的联系。由于法律职业与法律教育的脱离,我们的法律实务难以成为专业知识得以生长的温床;书斋里的坐而论道与操作中的章法混乱形成了强烈的反差。这种情况的改变离不开法律职业的认真建构,同时作为一门实践学问的法学更加贴近社会也是不可或缺的一部分。”^[56] 我们有理由相信,“开放”的法学一定是中国法学繁荣的基础和起点。

(十五)中国法学的主题变奏之十五:从“权力”法学到“权利”法学

正因为长期以来,我国从理论界到实务界都把法律定位于社会控制的工具,法律存在的关键性理由在于通过国家强力的运用而建立和维持一定的社会秩序,法学也就理所当然地被人可谓是国家权力即国家强制力操控社会生活的有效手段的理论学说,法学的关注的中心与重心当然地就在于如何有效地维护国家权力,有效地维持国家权力对于社会的控制、对于社会公众行为的约束、对于社会秩序的引导和维持。因此,法学的主题和法学的学术研究的根本目的,基本上都是为了国家权力对于生活的干预的合法性与合理性而进行理论论证,法学的学术研究也就必须时刻想到为这个社会的国家权力的运作提供服务。如果我们把这种理论定向下的中国法学称为“权力”法学,那么这种“权力”法学很明显具有强烈的国家主义意识形态指向,明显地具有政治优位取向,明显地具有工具主义的倾向,也明显地具有权力依附品格。在“权力”法学的视野之中,除了那个本该虚幻的“国家”和实在的国家“权力”之外,是没有别的主体的真实存在可能的。从法理学到部门法学,从实体法学到程序法学,“权力”的强势身影可以说无处不在,以国家的名义当然也就是以全社会的名义而提出来的“权力”的要求或者需要基本上都拨弄着整个中国法学的理论神经、左右着整个中国法学的理论方向。但从20世纪80年代中期以来,中国法学界出现了一个非常重要而意义深远的变化,那就是一批学者开始从社会主体即真实的人的角度来认识和理解法律与法学,把法律定位于是确认、保护和救济公民的自由和权利的常规手段与方法,因此,是公民的

“自由和权利”而不是“权力”才理当成为法学的核心与关注焦点,法学的学术理论研究主要在于根据社会的发展和时代的进步对于社会提出的公民权利要求进行充分的合理性论证,探究公民权利生成和发展的一般机理,寻求公民权利保障和救济的最有效的规范化渠道,并在这个前提之下探究国家“权力”存在和运行的基本规律、合理界限、一般原则。可以说,如今,中国法学界在思想意识和观念中对于“权利”之于“权力”的优先性、“权利”之于“权力”的对于公民以及社会生活的重要意义和价值的认识,基本上已经形成了初步的共识。^[67]由此我们似乎也可以把现阶段的中国法学从总体上称为“权利”法学。“权力”法学的衰微和“权利”法学的凸显,从另一个角度来说,也就是中国法学的“人”的被发现,是中国法学的“主体性”的被找回。因此,如果我们说“权力”法学在实质上是“物”的法学和“客体”的法学,那么我们也完全可以说,“权利”法学也就是“人”的法学和“主体性”的法学。

三、中国法学在路上

很明显,我们以法理学为视角对中国法学二十余年来的发展状况所做的一个宏观勾勒,仅仅只是一个初步的简单描述,述说的也只是中国法学的一个大模样。同时,这种勾勒也只是从不同的角度进行的,所以,各种不同名称的概括本身就是交叉的,大体意思也基本差不多。而且,任何人也都可以把

这些不同的概括予以进一步的分解使之产生更多更细的归纳,相反也可以把这些不同的概括进行合并使之更加概括和简化。这都不是关键的问题。重要的是,从上面的描述和分析中,我们的确可以看出,中国法学确实已经发生了并正在继续发生一些非常重要的学术和理论风格的转型。

从这种学术和理论风格的转型过程中,我们似乎也不难体会到中国法学正在向我们展示其不同于以往的那种学术思想的自信,这就是它对真实的人的基本“生活”立场的坚守、对于社会“实践”功能的张扬、对于“多元价值”取向的信奉、在法律的内在理论方面对于“技术理性”的肯认、在法律外部之关于法律的理论方面对于“综合的多学科”理论与方法的运用、在理论发展上对于“创新”基调的确立,等等等等。所以这些也都似乎表明,现时的中国法学的确已经开始旧貌换新颜了!当然,中国法学的这种面貌的改变还仅仅只是一个开始,也才刚刚起步,它离真正的学术进步和理论创新还比较遥远,严格说来我本人对于中国法学的现时状况也并不满意,至少我非常期待中国法学能够在方法论视角方面进一步扩展,非常期待中国法学能够自觉地凸显其问题意识,非常期待中国法学能够利用更加丰富的学术理论资源,非常期待中国法学能够更加重视自身内在理论逻辑的阐明……

但无论如何,中国法学的主题变奏确实已经清楚地表明它已经上路。中国法学在路上。所以,我们有理由期待。

参 考 文 献

- [1] 舒国滢. 面临机遇与选择的法理学[J]. 法学, 1995, (9).
- [2] 刘升平. 走向二十一世纪的法理学[J]. 法律科学, 1995, (3).
- [3] 孙国华. 武装头脑 瞄准方向 抓住时机 团结协作[J]. 中国法学, 1994, (2).
- [4] 孙国华. 坚持走马克思主义与中国实际相结合的道路[J]. 法律科学, 1995, (3).
- [5] 刘升平, 等. 市场经济与法理学的更新和变革[J]. 中国法学, 1993, (4).
- [6] 郑成良. 时代的发展与法理学的本质[J]. 中国法学, 1991, (6).
- [7] 封日贤. 法理学改革和发展所要追求的目标[J]. 法律科学, 1995, (3).
- [8] 朱景文. 关于法理学向何处去的一点看法[J]. 法学, 2000, (2).
- [9] 刘翰, 夏勇. 法理学面临的新课题[J]. 法学研究, 1993, (1).
- [10] 周永坤. 高扬理性的大纛[J]. 法律科学, 1995, (3).
- [11] 郭锋. 中国法学面临划时代的变革[J]. 中国法学, 1994, (2).
- [12] 江平. 从幼稚走向成熟和真正繁荣[J]. 中国法学, 1994, (2).
- [13] 孙笑侠. 法理学的真假实践观[J]. 法律科学, 1995, (3).
- [14] 邓正来. 中国法学向何处去[M]. 北京: 商务印书馆, 2006.
- [15] 张涵. 民商法学研究评述[J]. 法学研究, 1995, (1).
- [16] 李步云. 发展新概念, 研究新范畴, 掌握新规律[J]. 中国法学, 1992, (1).
- [17] 胡盛仪. 一九九二年全国法理学年会关于人权问题的讨论综述[J]. 社会科学动态, 1992, (8) - (9).
- [18] 贺卫方. 自治与开放: 中国法学两大趋势[J]. 现代法学, 2000, (1).
- [19] 张文显. 法哲学范畴研究(修订版)[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001.

(本文责任编辑 马治选)