

法理学的中国性、问题性与实践性

徐显明 齐延平*

内容提要 法理学不应被降格为琐碎的技术,而应坚守精神的高度,应为一种德性的法律生活提供精神的牵引与人文的支撑。法理学界在围绕法律全球化、法律理想图景、法制现代化、法治与和谐、法治与社会公平、人权保障、司法改革、法学方法论等问题展开的研究中,中国意识、问题意识、实践意识的日渐凸现,加速了法理学研究的分化与聚合、进深与提升。取道中国,立足当下,发乎问题,关注实践,将是未来中国法理学成长的支点。

关键词 法理学 中国性 问题性 实践性

法理学的学科使命在于把握一个时代的文明脉动,凝炼一个时代的生命力要素,拓展一个时代法学研究的场域,引领一个时代法律发展的精神走向。如果在一个时间切面上,有纷争竞技、自说自话的各路学说,而无相对稳定、大致认同的价值取向与问题面向,就意味着这一时期的法理学尚存在着内部空洞与外部紊乱,尚未实现“形体”与“精神”的统一,尚不可能内在化于法律实践之中。毕竟,思想多元不同于各自为政,思想多元必须有一元化的价值观予以统摄和引领。有学者认为,在目前的中国尚难以宣称建成了独立的法学派别,但是已在法学世界观与方法论方面形成了最初的分野,政治学视野、社会学视野、诠释主义、批评主义、综合主义等各类法学思潮的分野已初露端倪。¹而这种分野在过去一年的法理学研究中鲜明地体现了出来。

2006年法理学学术研讨与交流更加多样化,并且呈现出一种学科之间交融加强的趋势。这不仅包括法理学和部门法学的交流,还包括法理学(甚至可以说是整个法学)与经济学、政治学、社会学、人类学等其他社会学科之间的交流。国际性和全国性的学术会议、各法学院校和研究机构举办的有关法理学的学术论坛、沙龙以及小型座谈会等对这种交流都起到了积极推动作用。^④法理学界延续着此前已经形成的命题,诸如法律全球化、法律理想图景、法制现代化、法治与和谐、法治与社会公平、人权保障、司法改革、法学方法论、法律信仰、民间法等问题,继续精深开拓。与此前相比较,2006年的法理学研究表现出了以下特点:一是研究主体更加多样化、年轻化。近几年随着我国法理学学科建设的进展,在学术会议和学术出版物上,越来越多的高质量学术成果出自年轻学者之手,并且越来越多受过系统法学教育而又长期从事法律实务的年轻专家的名字开始频繁出现。不过,在问题的对话方面,中国法学研究领域由来已久的学术与实践“井水不犯河水”的景观并没有根本改变。二是研究领域多元展开、主流依然不明。学术多元是法理学生命力的源泉,偏爱于价值方法、分析方法、社会学方法等不同旨趣的学者

* 徐显明系中国政法大学教授、博士生导师,中国法学会法理学研究会会长;齐延平系中国政法大学教授、博士生导师。

在本文的写作过程中,山东大学法学院研究生张亮同学协助搜集、整理了背景材料,对本文的写作作出了实质性贡献,特予致谢。

¹ 参见汤唯、王加卫:《论中国法学流派分野的基本端倪》,载《法律科学》2006年第6期。

^④ 2006年召开的全国性学术会议主要有:5月13-14日,由中国法理学会主办、扬州大学承办的“法的现代性与中国法治”学术研讨会在扬州大学举行。5月20-21日,“法律和社会科学第二届研讨会——法学与人类学的对话”在北京召开。6月10-11日,由中国政法大学承办的“实践理性与法学方法——全国法学方法论论坛第一次学术会议”在北京召开。10月17-18日,由山东大学威海分校法学院和西南民族大学法学院共同主办的第二届“全国民间法·民族习惯法”学术研讨会在成都召开。10月20-21日,由中国法学会主办,上海市法学会和华东政法学院等联合承办的“法学家论坛”在上海召开。10月21-22日,中国法理学研究会2006年年会在苏州大学召开。11月22-24日,“尊重和促进人权与和谐世界构建”国际研讨会在北京举行。

辛勤耕耘,出版了一批优秀著作^④,有的学者还从流派创建的自觉意识出发有意组织了专题性学术会议、出版了专题性学术年刊,但是仍不能说形成了相对集中的、能够称得上是主流的研究重点。主流不明导致了人们对“中国法学向何处去”这一问题的继续追问和迷茫。三是宏论层出不穷,但价值观仍然四分五裂。即使在同一个学术区域,比如法律全球化的研究、法制现代化的研究、人权哲学的研究、法学方法的研究等方面,学者们也往往是各取所需、单兵作战,很难说形成了稳定的了相同的学术共同体。四是问题与实践意识增强,创新成为自觉。韩杼滨在2006年年初撰文指出,要坚持以科学发展观统领法学研究,要联系实际开展法学研究,创新是繁荣法学研究的强大动力和不竭源泉。^⑤这一指导思想在法理学界研究选题和研究成果方面均有明显的体现。五是中國问题面向凸现,但尚乏进深研究。中国法学向何处去,法律全球化与中国、法的现代性与中国法治、中国的和谐精神与人权保障等命题的提出,意味着法理学研究中中国意识在快速上升,但是这种意识到底能够对中国法学的发展带来何种影响尚不明朗。本文将以2006年法理学界讨论的热点问题为线索对上述特点予以说明,当然主要的目的在于反思与批判,而反思与批判的目的则在于能够在将来展开真正意义上的反思与批判。

一、法的现代性与中国法治问题研究

现代性问题其实是一个自中国近代“开史”以来就与中国学术有了纠缠不清关系的问题。人们对现代性的理解与表述虽然千差万别,但其中心指向却是高度一致的,即是近代工业革命颠覆传统生活方式之后形成的一种人类主流精神样态、价值观念、知识结构以及由之所形成的生活方式。笔者认为,“现代性是以西方社会近现代发展进程为模本,以工业化、市场化、流动化、民主化、法治化为基本要素,以理性信仰为终极根据的一种社会理想图景或曰意识形态。”^⑥中国作为法制现代化后发型的国家,面对西方法治蓝本,势必要作出自己的选择——是整体移植、部分借鉴抑或完全排拒?上世纪90年代关于“本土资源”的大讨论可以看作是建国后对这一问题的第一次学术意义上的回应。这次讨论针对的主要是如何对待传统文化或民间秩序等“地方性知识”的问题,并未触及到中国法制现代化进程中更根本、更一般的问题。2005年以来邓正来主导的关于“法律理想图景”的讨论则又一次“旧话重提”,引发人们对生存其间的秩序的合理性和正当性问题予以深度思考。邓指出,中国进入世界结构后,遭受着世界结构的双重强制:一方面,这种世界结构为中国在制度上强设了一个“现实的未来”;另一方面,这种世界结构为中国在话语论说上强设了一个“虚拟的未来”。这种双重强制不仅意味着自生自发的试错方式在当下中国是根本行不通的,还意味着中国在这种世界结构中不能只根据一己的视角来审视所谓“中国”的问题。因此,现代法哲学的使命就是思考中国究竟根据什么去反思和批判当下的世界结构?或者说中国的法律哲学究竟根据什么来建构中国自己的理想图景,西方的经验抑或世界结构中的中国现实?^⑦正如邓自己所一再强调的那样,他写作的本意并不在于“理想图景”本身,而在于开放出各种话题。不过,他对自己所提出的问题也给出了基本答案,那就是他主张世界结构中的“中国”的实质不在于其个性与西方国家的不同,而在于主体性,其核心在于根据关系型视角形成一种根据中国的中国观和世界观,并根据这种中国观以一种主动的姿态参与世界结构的重建进程。^⑧邓的观点遭到了学者们的

^④ 2006年出版的有份量的法理学学术著作有50多本。比较有代表性的是:苏力:《法律与文学:以中国传统戏剧为材料》、张永和:《信仰与权威——诅咒(赌咒)、发誓与法律之比较研究》、朱景文:《跨越国境的思考:法理学讲演录》、周永坤:《规范权力:权力的法理研究》、於兴中:《法治与文明秩序》、郑戈:《法律与现代人的命运:马克斯·韦伯法律思想研究导论》、马长山:《法治进程中的‘民间治理’:民间社会组织与法治秩序关系的研究》、汪世荣:《判例与法律发展:中国司法改革研究》、武建敏:《司法理论与司法模式》、焦宝乾:《法律论证导论》等。

^⑤ 参见韩杼滨:《学习贯彻党的十六届五中全会精神繁荣法学研究,全面推进法制建设》,载《中国法学》2006年第1期。

^⑥ 齐延平:《人的主体性、德性与法的现代性》,载《学习与探索》2006年第6期。

^⑦ 参见邓正来:《中国法律哲学当下基本使命的前提性分析》,载《法学研究》2006年第5期。

^⑧ 参见邓正来:《中国法律哲学当下基本使命的前提性分析》,载《法学研究》2006年第5期。

强烈质疑,《政法论坛》和《现代法学》还为此开辟了讨论专栏。邓所致力的显然不是技术与方法的问题,而是世界观重构的问题。他提出的问题引发我们继续思考:如果世界观未得根本的反思与改造,一切法治的构想与设计是否都是南辕北辙,都将功亏一篑?但是我们法学世界观赖以反思与改造的“理想图景”又是什么呢?抑或,这是一个可以言说的真问题么?

张明新直接指出,中国的法治已经选择了以学习西方为主的“立法”中心战略,虽然必须对我国现行的以借鉴、移植西方制度为特征,以法律制度建构为中心的法治发展战略进行反思,但反思并不意味着否定;中国已经走上了一条与社会演进型法治相区别的政府推进型的法制现代化道路。只要这一事实继续存在,现行法治战略就是别无选择的一个选择。^④有学者还指出,如果我们固守自己的法律传统,就不可能实现法制现代化;而且中国法制是否实现现代化,也不是我们能够选择的,因为资本与文化的冲击并不按照我们自己的意愿和方式来发生。当我们改变我们的法律制度和政治体制以适应世界模式时,我们能够吸收多少西方制度的成分,如何在西方法律制度和中国传统文化之间保持平衡,这些都不是通过学术研究可以解决的问题,它有待于社会的实践。^⑤

胡玉鸿在最近几年一直致力于从法学研究最为基点性的一个问题的研究,即“法律人”的人学模式问题研究。《中国法学》2006年第5期发表了他的《“法律人”建构论纲》一文,系统阐发了他的基本思想:所谓法律人,即参与法律生活的普通民众,他们依存于法律、参与法律及受制于法律。对法律人的具体特性,论文以“拟制人”、“一般人”、“正常人”、“复合人”进行了概括。^⑥法学在本质上是研究人的学问,只有在法学研究中还原出一个真实人性、有血有肉的人的形象与概念,法学研究才是可能的、可欲的。在此意义上,胡的研究是具有深远意义的。

对中国法制现代化的讨论既包含了学者们对法律未来走向的宏阔分析,也包含了他们对转型期中国法律的具体制度设计。但总体上来说,学者们都试图用自己的学术理路分析、勾画世界结构下中国的法律走向,而事实上这个问题的实践性是远大于其学理性的。比如周永坤概括出了中国法制现代化的十大困境,即东西文化的冲突、普世性与地方性知识的矛盾、国家主权与法律全球化的消长、平等与身份的对峙、社会至上与权利保障的对抗、单位金字塔与公共交往理性的不谐、政治权威与法律权威的抗衡、法律工具性主张与规范性需求的紧张、刀把子定位和司法独立难协、法律统一和地方利益的冲突等^⑦,这些矛盾的解决(准确地说应是矛盾的调适)是赖于实践的博弈与选择,还是学理的推导与建构?是仰仗中国文化复兴与西方文明催化的共同助推,还是有赖对自身传统的决绝、对西方文明的临摹?总之,法学研究的中国主体性、问题性、实践性在中国法制现代化研究中有了明显的呈现,但是它们如何被真正内在化,尚需更为认真的对待和更为精致的论证。

二、和谐社会与社会主义法治理念研究

实现当代中国社会的和谐发展,是中国社会全面进步的必然选择。和谐社会理念既融汇了中国传统中以和谐为特质的文化资源,又融汇了现代社会以民主法治为特征的文明理念,更凸显了现代人类以公平为最终尺度的正义价值观。将和谐社会的理念导入法哲学研究势必会引发法本质、法价值、法功能和法作用理论的变迁,进而势必会导致整个法律观的解构与重建。

与和谐社会的构建相适应,要确立以人为本的法律观。人类社会整个法律发展的历史呈现出四种形态:第一种形态的特征是神权高于国家政权,这时候的法律观是神本法律观。第二种形态是资本主义阶段,其特征是把维护财产权作为首要任务,其法律观可概括为物本法律观。第三种形态的特征是凸显

^④ 参见张明新:《对我国法制发展战略的反思——以西方法律传统的形成为背景》载《思想战线》2006年第3期。

^⑤ 参见徐爱国:《政体与法治:一个思想史的检讨》,载《法学研究》2006年第2期。

^⑥ 参见胡玉鸿:《“法律人”建构论纲》,载《中国法学》2006年第5期。

^⑦ 参见周永坤:《论中国法的现代性的十大困境》,载《法学》2006年第6期。

社会连带,比如中国计划经济时代所有的人都被连带在一起,每个人都是单位的人,个人不能脱离单位成为社会的人、独立的人。这一时代的法律观就是社本法律观。第四种形态的法律是以每个个体、每个人的充分自由和充分发展为目的的,我们可以概括为人本法律观。¹²人本法律观的提出在当下中国法制背景下的意义虽然已经引起了广泛关注,但是人本法律观的内涵,尤其是人本法律观中“本”为何人的问题,“本”于人的什么的问题,如何实现“本”的问题,尚乏系统的论证。从而导致这一问题的讨论并未超出“法理学”的范围,虽然在中国民法典起草、物权法论争、刑法修改中已有学者引入了人本法律观的视角¹³,但是人本法律观在法学研究和法治实践中还远未达到贯通的程度。

关于社会主义法治理念问题,法学界进行了系统而深入的研究,张文显认为,社会主义法治理念可以分为两个层面。第一层面体现法和社会的关系,包括党的领导、人民民主、服务大局三个要素。第二个层面体现法治的普遍规律、普适精神和普遍要求,包括尊重和保障人权的理念、公平正义的理念、诚实守信的理念、正当程序的理念、和谐善治的理念等要素。徐显明认为公平正义是社会主义法治的价值追求,其与以人为本、科学发展、构建和谐社会理念是内在统一的;公平正义作为评判社会善恶的标准首要的是制度的公平正义。付子堂认为从“法制”到“法治”是马克思主义法律思想中国化的第三次伟大创新。张恒山认为社会主义法治理念的核心要素是正义,并且首要的是立法正义。朱景文认为大局观是中国法律文化传统的重要组成部分,“服务大局”与法治并不矛盾,是完全一致的。张志铭认为社会主义法治理念的提出是具有现实关照性的,我们应当用其来反思中国的司法改革。刘金国则着重讨论了如何树立社会主义法治理念的问题。¹⁴应当说,2006年法理学界在社会主义法治理念的研究方面产出的成果不少,但是在社会主义法治理念的核心内涵方面尚存在着不同意见,在一些基础性问题尚需要更为严谨的论证,比如在“理念”层面上,社会主义法治的落脚点在何处?公平正义作为社会主义法治理念的价值基础,其内在的尺度又是什么?

在和谐社会法律机制的构建方面,张文显提出了构建社会主义和谐社会的10种法律机制,即构筑民主与共和的机制,尊重和保障权利和人权的机制,激发活力和创造的机制,公正合理协调利益的机制,重建确保社会信用的机制,维护生态平衡、天人和谐的机制,保证舆论引导和舆论监督的机制,反腐倡廉、守护认同的机制,定分止争、化解纠纷的机制,构建和谐世界的机制。¹⁵我们需要继续追问的是,实现这10种机制有效运转的切入点何在?

由以上讨论可以看出,2006年法理学界对法治与和谐社会的讨论,在很大程度上侧重的仍然是外部视角的关系分析,而在内部视角上,也就是在和谐社会背景中法治内在关系的和谐方面,受到的关注尚不充分。法治的内在关系和谐主要指的是在法治背景中如何实现权利与权力、权利与权利以及权力与权力的和谐,这三者关系的和谐是决定社会和谐与否的关键所在。如果离开这三者关系研究和諧,要么会不得要领,要么会游离到法理学研究之外。这三者关系的和谐决定着法治的水准,而法治的水准又决定着社会和谐的状态。权力与权利各自的边界何在、三者关系的互动机制依照何种准则构建,将是法理学研究常新的命题。

三、人权哲学与权利保障理论研究

以人为本理念与法学的连接点在人权哲学,人本法律观的形构需要人权哲学的支撑。2006年的人权哲学与权利保障理论研究显著的特征是:部分学者继续在人权哲学的进深研究和整体性批判反思方

¹² 参见徐显明:《和谐社会与法治和谐》,载《和谐社会构建与法治国家建设》,中国政法大学出版社2006年10月版。

¹³ 徐国栋关于新人文主义民法观的研究堪称此领域的典范(参见徐国栋:《新人文主义与中国民法理论》,载《学习与探索》2006年第6期)。

¹⁴ 《法学家》在2006年第5期发表了文中七位学者的文章,就社会主义法治理念问题展开专题讨论。另外,《法制与社会发展》在2006年第4期亦专辟了《法治与和谐社会研究》笔谈专栏。

¹⁵ 参见张文显:《构建社会主义和谐社会的法律机制》,载《中国法学》2006年第1期。

面努力,更有越来越多的学者专注于权利的规范分析以及实现机制、救济机制的研究。

笔者认为人权本源的价值在于其反思性与批判性。在人类现代化的进程中,人权普遍性的展开与人权精神的衰微是同步的。人权在诞生之初,原本是人个体发现自己、人类整体向上的力量源泉,但伴随着现代化的进程,它成为了人个体欲望的工具和人类整体争斗的武器。人权的制度化、体系化和日益精致化、琐碎化,表面上看是人类生活日趋工业化和理性化的结果,但在深处却不过是人类解构古典时代的绝对价值观以后变得日益不安、日益无所适从的移情和自我惩罚。人类正埋头于人权的工业化生产和流水线作业,而不再屑于过问生产的目的,或者更准确地说是恐惧过问。“人权丧失了终极的哲学追问便会迷失根基与方向。拯救人权,有赖于对人权历史性、现代性、政治性的整体反思。”¹⁶笔者认为此种反思是人类向上提升的最终的力量所在。

张翔从规范分析的角度,对基本权利的传统分类,尤其是对“自由权——社会权”的二分法进行了批判,指出在现时代基本权利出现了综合化的趋势,传统的“自由权——国家消极义务”、“社会权——国家积极义务”的对应关系理论存在着根本缺陷,已不足以作为对基本权利的规范内涵作精致分析的框架。在建立了“一对多”权利义务模型的基础上,作者论证了个人请求国家司法救济和物质给付义务以及相应的其他给付义务的构成。¹⁷张翔从规范分析的角度对传统权利类型划分所作的批判是具有颠覆性和创新性的。“一对多”权利义务模型精到概括出了现代权利生活与传统社会的不同,势必会引发权利理论和权利保障制度的重构。

在权利实现机制方面,吴玉章认为公民公法权利的实践是与公法本身的发展分不开的。私法权利实践以及思想观念的变化、法律体系的完善、法治原则深入人心等都从不同角度为公法权利的实践提供了可能性。从公民结社权的实践来看,我国公法权利实践最重要的特点在于它是依附于行政权力的权利,是需要行政权力提供保护的权力。约束行政权力,改变依附于权力的现状,并使之成为真正具有法律意义的权利,是我国公法权利实践未来发展的大致方向。¹⁸

郭道晖指出,可以把民间社会分为具有私人社会和公民社会两种属性的存在。公民社会是同政治国家相对应的政治社会,是组织化的政治存在,区别于分散的自然人社会的经济存在或民事主体存在。非政府组织是公民社会的核心力量。公民社会的特性和作用是让各个社会阶层有其组织和表达民意的渠道来参与国家政治、影响国家的决策。兴旺健康的公民社会是国家和社会民主化的前提,也是民主制度正常运作不可或缺的因素。¹⁹

在国家权力无孔不入的当今,公民何以与政府抗衡,何以维护自己的权利?公共权力的救济是一个途径,但只要有公共权力就存在滥用的危险。一个良好的公民社会的建立,有赖于公民权利(力)的凝聚与扩张。公民自治是遏制公权力扩张的重要途径。公民能够实现自治的领域,公权力不得进入,已经进入的必须退出。从人类历史经验来看,对国家公权力的驯服不外乎三种途径,其一为公权者的道德自缚,其二为公权力之间的相互制约,其三便是公民社会对公权的有力监督。道德自缚的效果已广为诟病,公权力之间的制约最为有力,但其在中国的建立还是一个漫长的过程。在这个过程中,我们应该培育一个健康的公民社会,提升整个社会的德性文化。

除了上面关于权利保护一般原理的研究之外,诸多学者在研究方法方面有了明显的转向,剖析个案进而揭示权利保护的法理则最为典型。梁治平以“宣科诉吴学源及《艺术评论》杂志社名誉侵权”一案为分析样本,条分缕析了该案所具有的宪法意义以及法院审理名誉权诉讼时应遵循的原则,指出名誉权诉讼包含了公民人格尊严和言论自由两种基本权利之间的紧张关系,处理该类诉讼不应先验地确定何

¹⁶ 齐延平:《人权精神的危机与拯救》,载《法律科学》2006年第6期。

¹⁷ 参见张翔:《基本权利的受益权功能与国家的给付义务——从基本权利分析框架的革新开始》,载《中国法学》2006年第1期。

¹⁸ 参见吴玉章:《公法权利的实践——结社现象的法学意义》,载《法学研究》2006年第5期。

¹⁹ 参见郭道晖:《公民权与公民社会》,载《法学研究》2006年第1期。

种权利具有当然的优先性,而应根据民主宪政的一般原则,根据每一案件的具体情况,判断应优先保护的价值,在此基础上衡平各方利益,方能做出公正判决。²⁰ 梁的研究进路与苏力不谋而合,观点亦有契合之处,只不过苏力是从《一个馒头引发的血案》这一戏仿作品引发的纠纷而切入著作权、名誉权与戏仿的娱乐与批评价值之间的衡平保护问题的。他认为试图先验地从学理上论证表达自由应当优先于财产权,或者相反,都是很难令人信服的。指出基于戏仿作品的文艺批评价值和社会批评价值,从平衡保护和促进知识产权发展的一般政策层面上,应当给予戏仿适度的法律保护,当然对于戏仿而言,也有一个不得侵犯“名誉”或“声誉”的边界问题。²¹ 季卫东同样从“馒头血案”与《无极》的碰撞中,引申出了著作权对作者人格的保护与现代信息流通、文化产业发展的关系问题,提出了在知识经济时代,个人、企业、市场、国家之间的关系以及相应的制度条件将以何种方式重组的问题,反思了人际互动与大批量的契约群以及民主决定的法律程序要件之间的关系重构问题。²² 从上面几位学者的研究进路上我们会发现,权利问题乃至所有的法律问题一旦超越了法条主义、超越了理想图景范式,都会呈现出其原本的丰富性、趣味性 with 复杂性。

四、司法改革问题研究

自上世纪90年代以来,司法改革就一直是学界研究的热点问题。在过去的一年中,学界对司法改革的研究更多集中在技术的层面,比如审判依据问题、法律解释权问题、陪审制度、案例指导制度等,而在司法改革的整体性、方向性方面的研究热情有所减弱。

有学者指出,我国的司法改革是在精英话语的主导下自上而下进行的,忽视了人民群众对司法的基本诉求。由于没有考虑到国民的现实承受能力和司法的基本条件,导致审判方式改革后的司法程序在一定程度上不能为民所用。司法改革的理论和实践必须加强实证研究,充分考虑国情,在中央的整体规划下合法进行,并且应该在判断改革目标、评价改革成果的时候充分考虑到人民的意志。²³

刘松山对人民法院的审判依据进行了深刻的反思,指出人民法院的审判依据应当仅仅局限于法律的层面,应当纠正将行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例乃至司法解释、行政规章、公共政策、社会公德和宪法等法的渊源不加分析地视为审判依据的情形。²⁴ 这种观点的立意是为了维护法律的统一性、严肃性与权威性,但是这种纯化法院审判依据的设想既不符合一般法律渊源理论,也不符合世界各国司法发展的趋势。法律的统一性与权威性和法律的“活性”并不矛盾。追求极端的形式统一不仅是不可能的,反而会伤害法律的正义性。

曹士兵试图在现行体制下为最高人民法院的“立法型”法律解释找到合法性依据。该学者认为在英美法国家,最高法院的长期判例即先例,其核心是习惯,即便是在欧洲也有人认为司法判例可以表现为一种习惯法规范,并因此而获得充分的法律强制力和效力。所以,最高院的裁判和司法解释中的“立法型”解释可以构成我国以裁判和司法解释为载体的习惯法,它们的普遍效力来源于习惯法并因具有习惯法的品格而成为法律的非正式渊源。²⁵

何家弘对我国的陪审制度进行了研究,指出世界各国陪审制度的历史表明,陪审制度虽然在一些国家走向衰落,但是在许多国家仍然保持了很强的生命力。中国现行的人民陪审员制度需要改革,应该建立由人民陪审员团、人民陪审员、专家陪审员构成的“三元一体”的陪审制度。简单说来就是:人民陪审员设在基层法院,基本保持现有的参审模式;人民陪审员团设在中级人民法院,仅适用于重大刑事案件

²⁰ 参见梁治平:《名誉权与言论自由:宣科案中的是非与轻重》,载《中国法学》2006年第2期。

²¹ 参见苏力:《戏仿的法律保护和限制——从〈一个馒头引发的血案〉切入》,载《中国法学》2006年第3期。

²² 参见季卫东:《网络化社会的戏仿与公平竞争——关于著作权制度设计的比较分析》,载《中国法学》2006年第3期。

²³ 参见王新清、赵旭光:《精英对话与民众诉求——对中国司法改革理论和实践的反思》,载《法学家》2006年第5期。

²⁴ 参见刘松山:《人民法院的审判依据》,载《政法论坛》2006年第4期。

²⁵ 参见曹士兵:《最高人民法院裁判、司法解释的法律地位》,载《中国法学》2006年第3期。

判;专家陪审员在各级人民法院的审判中均可使用,并建议制定单独的《中华人民共和国陪审法》。²⁶陪审制度可以说是最具西方色彩而在中国现行司法活动中又最具形同虚设性的一项制度,在“物质性”的条件基本阙如的情况下,“学理性”的变革能转化为制度实景么?刘作翔提出要建立有中国特色的案例指导制度。实行案例指导制度是要以制定法为主、案例指导为辅,在不影响制定法作为主要法律渊源的前提下,借鉴判例法的一些具体做法。案例指导制度蕴含着节约司法资源、提高司法效率、保障司法统一、实现司法正义、遏制司法腐败等价值。实行案例指导制度是我国法制实践提出的迫切需要,是一种能够体现中国特色并顺应世界两大法系逐渐融合发展大趋势的制度变革措施。²⁷笔者认为首先必须解决案例指导制度的合理性与合法性基础问题,司法统一是否意味着在中国主权范围内,所有类似案件均须作出类似判决?另外,作为承载司法统一、司法正义价值的案例指导制度是否是一体适用于民事、行政、刑事各类案件的?

我们认为在司法改革的研究方面首先要反思司法改革的合法性前提。过去的研究对此关注明显不够,其表现一是忽视一般中国公民对司法诉求状况的研究而醉心于纯理想模型的设计。二是忽视中国具体场景而追求最典型的司法模式。三是对司法体制的设计往往忽视中国政治框架的容纳力。另外,还应将司法改革研究提升到维护社会基本正义、为社会合作提供基本条件的层面予以整体性的把握。

五、法学方法论问题研究

我国法学正经历的趋向学术化的根本转型还表现在法学方法论研究的逐渐升温上,立足于“司法”成为鲜明的特征。2006年学界对法学方法论的研究又有了深入进展。其表现不仅有众多相关学术论文的产出,更重要的是这些学术论文已经具备了与国际学术界交流的水准与内力。

郑成良撰文分析了法律理性内在的实质合理与形式合理之间的一般关系,指出法治原则在司法领域必然意味着形式合理性的优先,尤其是在司法过程中,当个案处理的实质合理性与法律本身的形式合理性可以两全时,必须兼顾这两种价值;当二者存在矛盾时,司法裁判应当以实现形式合理性为原则,以牺牲形式合理性为例外。无论是对于持有社会本位价值观念的人们而言,还是对于持有个人本位价值观念的人们而言,只要他们遵循理性的指引来选择达成目的的手段,以优先实现形式合理性为原则、以牺牲形式合理性为例外的司法公正,都是唯一的选择。²⁸

郑永流以德式学术的严谨风格和体系性路向分析了法律判断大小前提的建构并提供了一份详尽的方法图谱,指出法律方法效命于法律判断的形式,法律判断的形成是一个将大小前提进行等置的过程。在这个过程中,视事实与规范之间的不同关系,要运用各种方法去建构大小前提,即使事实一般化、使规范具体化;并以法律方法的适用领域和条件,建构起了由客观目的的探究,法律修正、正当违背法律,法律补充、反向推论等建构大前提的特有方法和观察、实验、技术鉴定、法医鉴定等建构小前提的特有方法以及演绎、归纳、设证、类比、解释、论证、诠释等建构大小前提共同运用的方法构成的法律方法体系。²⁹

张保生对司法中的法律理由和正当理由的关系作了分析,指出法律推理具有逻辑方法和审判制度的双重属性,既涉及法律方法又涉及审判制度,既涉及思维逻辑又涉及行为实践,既是法律又超出法律。如果局限于法律逻辑学,将很难理解实践中的法律推理,法律推理不只是三段论逻辑方法,更是人类法律思维不断理性化而发展起来的审判制度。法律推理经历了从逻辑方法向审判制度的演进,映射出的则是审判制度从专制向法治的演进。对其探究要有逻辑学、社会学、伦理学的视角。法律推理的根本特征是以至上性的法律规则为大前提的推理,是以权利为中心、以规则为依据、以辩护为保障的司法制度。³⁰我们会

²⁶ 参见何家弘:《中国陪审制度的改革方向——以世界陪审制度的历史发展为借鉴》,载《法学家》2006年第1期。

²⁷ 参见刘作翔、徐景和:《案例指导制度的理论基础》,载《法学研究》2006年第3期。

²⁸ 参见郑成良:《论法律形式合理性的十个问题》,载《法制与社会发展》2006年第6期。

²⁹ 参见郑永流:《法律判断大小前提的建构及其方法》,载《法学研究》2006年第4期。

³⁰ 参见张保生:《法律推理中的法律理由和正当理由》,载《法学研究》2006年第6期。

发现,以上三位学者的学术“叙事”在风格上有明显的不同,我们乐见他们之间能有更深入的交锋。

吴丙新对司法的方法问题进行了研究,认为到目前为止,在司法中关于规范与事实、合法与正义之间的争论并未取得令人满意的成果。而从现代西方哲学的商谈理论中我们发现,只有放弃学术立场上的任何一种独断,实现规范与事实、法律共同体与相应“听众”之间的合意,并对合法性与正义性进行适合法学语境的重新解读,才能最终缓解甚至消除合法性与正义性之间的冲突。³¹ 陈景辉对基于原则、规则以及自由裁量的裁判进行了研究。指出基于原则的裁判具有非常强的任意性,如果不对其进行有效限制,那么原则裁判容易导向恣意裁判。目前限制原则裁判的两个主要条件,即穷尽规则和个案裁量,均存在严重的理论困难,这就要求寻找新的限制条件。主要包括:普遍性条件、比例原则以及不得违反法律体系性要求。³² 有学者认为法律原则的出现是为了应对法律的局限性,规则与原则的关系就是严格规制与自由裁量的关系。在司法过程中,法官运用法律原则进行裁判时的自由裁量权必须受到程序规制。³³ 林来梵与张卓明共同撰文从规范性法学方法论的角度分析了法律原则司法适用的四种情形:第一,在原则与规则一致的情形下,原则是规则的基础和指引。第二,在规则缺位的情形下,适用原则以作漏洞补充。第三,在原则与规则冲突的情形下,适用原则创制规则的例外。第四,在原则之间相互冲突的情形下,则需要法益衡量予以解决。³⁴

以上学者对原则裁判的任意性存在着担忧,认为这可能会破坏法治的确定性和权威性,于是他们试图设计出一套程序来对此进行规制。但是也有学者提出不同的看法,认为不确定性始终是人类社会生活所必然面对的基本问题。法律,是人类为克服不确定性而创造出来的应对手段之一。近代以来,科学技术进步使法的确定性出现了问题并遭到批判。在这个问题上,持有一种相对的态度和立场有助于重塑法的确定性权威。³⁵ 更有学者明确指出原则裁判的实践操作,客观上存在着“不可理论化”的向度,其间的司法智慧和裁判技艺,只能意会而不能言传,所以也就很难获得一种完美的理论形态。究其原因,是因为原则裁判的实质,是裁判者在规则穷尽之际,选择并依据法律体系内的价值判断为个案判决提供合理化论证,或者说,为个案拟定一个最合理的解决方案。这一要求落实到实践中,即要求裁判者在判决书的说理部分论证:诉诸某条法律原则,存在更强或更优的理由。³⁶

关于法学方法论的研究³⁷,在中国当下具有非常重要的意义。在笔者看来,法治最终建成的标志之一便是法律方法论的成熟。法律方法论是法治得以展开的依托,是法律生命化和法官职业化的重要保证。失缺了方法论,法治便成为空中楼阁。但问题在于我们应该怎样开展法律方法论的研究,如何推进法律方法论研究成果的应用?有学者一针见血地指出了现在法律方法论研究的弱点:他们“强调法律的规范分析,但又很少从具体的法律问题入手进行规范分析,仍以抽象概念为分析单元。更危险的是,他们以为法学方法论能够用来指导整个法律实践,但实际上法理学界在研究法学方法论的时候,很少甚至几乎没有展开与部门法学的对话。”³⁸ 概言之,现在学界的法学方法论研究仍然是纯学理性的研究,而非实践性的规范分析;仍然是“关于”法学方法论的研究,而非法学方法论“自身”的研究;仍然是“法律”之外的法学方法论研究,而非“法律”的法学方法论研究。但是,学者们从前者转向后者的进取已初露端倪。前述梁治平、苏力、季卫东等学者切入具体案件所做的学理推演,即为证明。

31 参见吴丙新:《司法的真相——在法律解释的合法性和妥当性之间》,载《法制与社会发展》2006年第2期。

32 参见陈景辉:《原则、自由裁量与依法裁判》,载《法学研究》2006年第5期。

33 参见周成泓:《规则、原则、程序——对法律原则的一个诠释》,载《贵州大学学报》(社科版)2006年第3期。

34 参见林来梵、张卓明:《论法律原则的司法适用——从规范性法学方法论角度的一个分析》,载《中国法学》2006年第2期。

35 参见朱继萍:《论不确定性对法律的基本建设作用》,载《法律科学》2006年第2期。

36 参见陈林林:《基于法律原则的裁判》,载《法学研究》2006年第3期。

37 关于法学方法论的研究,除学术期刊外,陈金钊、谢晖主持的《方律方法》(第五卷)也发表了大量最新研究成果。

38 侯猛:《当代中国法学理论学科的知识变迁》,载《法商研究》2006年第5期。

六、法律信仰问题研究

法律信仰问题是法理学界长期关注的问题,我们完全可以说长期以来法理学界赋予了“法律信仰”太多的理想化“重任”。2006年发表的几篇文章就试图卸载这些重任,或者说要彻底解构我们对“法律信仰”的信仰。魏敦友认为,法律信仰作为当代中国法理论述的独断样式,几乎成为当代学人一种不自觉的思维方式。因此必须对之进行彻底的清理和批判,否则,当代中国法理学就无法过渡到成熟状态。其理由有三:一是当今时代,无法再从理论上论证神圣的可能性,对生存世界合理性和正当性的论证依赖于人类的理性;二是中国传统文化缺乏神圣之维,强行引进法律神圣论只会与专制文化相结合,造成集权和专制;三是我们只能在现世生活中论证法律的正当性,人们对于法律的态度是对之抱有信念,相信其作用,而非信仰。³⁹张永和更是一针见血地指出“法律信仰”其实是一个错误命题,法律不能被信仰在于法律不能成为被信仰的对象。法律至上的追求不等同于“法律信仰”,中国和西方的法治现状存在着根本的区别,倡导“法律信仰”将会把中国法治引入误区,因为它转移了社会价值危机的视线,并混淆了信仰与权威的界限,是一个不适合中国国情的理念。⁴⁰

郭忠对此持不同的看法,他认为从东西方的历史看,社会精神的凝聚必有其超越性渊源和某种神圣性的信仰,通过这种信仰提供生命的意义和道德行为的保证。近代以来,我们通过大规模移植西方的法律制度,基本建构了一套完善的法律体系。但是我们对传统人文精神的抛弃导致社会凝聚精神的丧失,我们的法律制度也是无根的。法律必须建立在传统的社会精神基础上,才可能具有社会生命力。也只有在中国形成了凝聚社会的精神之后,才能根本解决中国法律的精神危机。⁴¹

笔者认为,学界关于“法律信仰”的讨论是一场概念多元前提下的讨论。在“法律信仰”论的支持者那里,“法律信仰”是经由一种“反对解释”而得出的,即当学者们为中国不遵守、不尊重法律的现况去寻找原因时,几乎无一例外地从伯尔曼的译著里找到了答案,即法律信仰的缺失。在这里,“法律信仰”的存在与缺失在很大程度上表达的其实是东西方民众对待法律态度上的差异,这种差异其实并不涉及宗教性信仰的问题。而在“法律信仰”的批判者那里,其所批判的“法律信仰”是指民众对法律的一种发乎宗教情怀的超验的迷醉与坚执。当然,也有持“法律信仰”论的学者试图将法律与宗教通过某种方式结合起来,但受制于中国宗教的缺位,所以就设计出了一套“拟宗教”机制——法律信仰的有效机制在于“拟信”和“赋信”,首先,人们需要做出一种“信仰的姿态”,人们先假设自己坚信法律是被广泛而普遍地共同信奉着的,这意味着人们“假戏真做”,但时间久了就会成为“真戏真做”,从而完成了对法律的“赋信”。⁴²这种“拟宗教”机制设想不折不扣地反映了中国人的实用主义精神,而宗教则是超验的,以实用主义之情怀播“宗教信仰”之种子,是不是一种乌托邦?另外,伯尔曼所谓的“法律信仰”(believe in law)指的是对“高级法”(higher law)的“信仰”,而这一点在经由中国学者转用时,其原始语境则被完全剥离,“法律信仰”被转换成了对中国当下所有法律的信仰,这是否有张冠李戴之嫌?但是,不管怎样,我们坚信现代意义的“信仰”一定是基于“理性”的,当法律充分合理化,成为人们乐于借之维护、实现正义的时候,我们便可以说人们有了法律信仰,当然到那时我们也可能不再喜欢使用法律信仰这一词语了。

七、民间法问题研究

民间法研究在中国经过近十年来的发展和推进,已经成为法社会学研究中一个不可忽视的领域,并且呈现出加速发展的趋势。⁴³李学兰对2002~2005年的民间法研究进行了梳理、评价。认为民间法这

³⁹ 参见魏敦友:《再评‘法律信仰’》,载《福建政法管理干部学院学报》2006年第1期。

⁴⁰ 参见张永和:《法律不能被信仰的理由》,载《政法论坛》2006年第3期。

⁴¹ 参见郭忠:《论当代中国社会转型时期法律的社会精神基础》,载《法学家》2006年第4期。

⁴² 参见许章润主编:《法律信仰——中国语境及其意义》,广西师范大学出版社2003年版,序言。

⁴³ 参见谢晖、陈金钊主持的《民间法》(第五卷)刊登了大量有关民间法的研究成果。

一研究热点的出现表明,法学理论研究逐渐走出价值呼唤和法条注释的初级阶段,日益摆脱对政治和意识形态的依附,脱离单纯的法制浪漫主义情结,开始从中国社会的现实条件中找寻法律秩序的本土资源,读解中国人生活秩序的文化意义,探求社会发展的客观规律。⁴⁴

刘笃才对中国古代民间规范进行了研究。作者通过唐代后期的社邑规约、宋明时期的乡约、明末清初产生的民间慈善组织规约和清代晚期的乡规等民间规范的考察研究,得出结论:民间规约是国家法律的补充,它的产生标志着公共领域从来都不是为国家所独占的。中国是一个乡土社会,民间规约在组织协调人际关系、建立稳定和谐的社会秩序方面具有积极意义。⁴⁵

衣家奇对赔命价习惯进行了研究。指出赔命价是一项古老的民族习惯法,在许多民族地区都曾存在并发生过现实的规范作用。但是其与现代法治的基本精神形成悖论。对二者的冲突,不能简单地打压,而应充分考虑民族地区的实际情况,对其进行引导,对其中的落后和野蛮成分进行剔除和改造;对其合理部分,应加以充分地吸收利用,以建立一个多元的法治生态系统。⁴⁶

民间法研究的展开和成果的涌现不仅为人们打开了一幅以人类法律生活为主题的精彩纷呈的画卷,更为重要的是引领我们拓宽自己有关法律的背景视野,引领我们重新思考法律的本质与渊源,从而校准我们进行法律思考的起点与方向。

到此为止,我们简要梳理了2006年法理学界关注和研究的七大热点问题。当然,我们界定它们为热点问题,在很大意义上仅是指围绕这些问题的学术会议或研究成果较多,而并不意味着在这些问题上我们真正进行了激烈交锋并产出了共识性成果。热点问题的多杂,反映出了法理学研究的繁荣,但热点不热又反映出了法理学研究力量的分散和学术共同体的尚未真正成熟。有学者在继续鼓吹继受西学,但是对西学何以能够在中国呈现出意义却缺乏反思;有学者转而主张回归中国文化,但是对中国文化何以能够实现与现代法治文明的对接却语焉不详;有学者主张当今中国法理学的主要使命是价值重建,但是面对价值在具有潜性的规则和具有惯性的制度面前表现出的软弱无力却表现得无可奈何;有学者主张法理学应当转型进规范的分析与法学方法论的境地,但是如果作为分析的对象之病本身是“基因性”的,方法论是灵丹妙药么?法理学家 J. M. 凯利曾经刻薄地评论当代西方法理学者们的研究是在“气喘吁吁地追赶着20世纪中期的分析语言学以及晚近的政治研究的些许踪影”⁴⁷。而我们又何尝不是在气喘吁吁地追赶着西方法理学家,并逐渐远离了我们自己的精神家园?中国的法理学应取道中国,立足当下,发乎问题,关注实践;法理学不应被降格为技术,而应坚守精神的高度,应当为一种德性的法律生活提供精神的牵引与人文的支撑。但是,我们又必然要继续追问:何为中国法理学精神的高度?

Abstract Jurisprudence should not be reduced to trivial technics but should adhere to its spiritual height and functions as a spiritual haulage and humane support to a moral legal life. In research around issues such as legal globalization, ideal picture of law, legal modernization, law and harmony, law and social justice, human rights protection, judicial reform, etc. the consciousness of China, the consciousness of issues, the consciousness of practicality is gradually awakening, all of these speed up the division and congregation, deepening and haulage of jurisprudential research. Based on China and present practice will be fulcrum of development of China's jurisprudence in the future.

(责任编辑:李小明)

⁴⁴ 参见李学兰:《中国民间法研究学术报告(2002-2005年)》载《山东大学学报》(哲学社会科学版)2006年第1期。

⁴⁵ 参见刘笃才:《中国古代民间规约引论》,载《法学研究》2006年第1期。

⁴⁶ 参见衣家奇:《“赔命价”——一种规则的民族表达方式》载《甘肃政法学院学报》2006年第3期。

⁴⁷ [爱尔兰]J. M. 凯利:《西方法律思想简史》王笑红译,法律出版社2002年版,第2页。