一九九五年中国法学研究回顾

编者按：

“一九九四年中国法学研究回顾”在本刊1995年第1期刊出后，收到了一些反应。不少读者对本刊每年第1期辟专栏对上一年全国法学研究的状况作一回顾，并由各学科责任编辑以述评结合的方式撰写本学科“述评”给予积极评价，同时也指出诸如各学科“述评”体例及述评方式不一、学术专著及学术会议观点反映太少等等不足。对此，本刊深表谢意，并将尽力把这一栏目办得更好一些。

这里还想说明几点：1. 由于当年出版的学术专著在年底之前难以见到并难以在“述评”中及时反映，因此希望今后作者拿到样书后能及早向本刊馈赠，我们将不胜感谢。2. 目前全国法学类刊物及刊发法学文章的社科类刊物不下数十种，因其难以收集齐全，故在学科“述评”中的资料来源以法学学术性刊物为重点。因此，会有若干本应在“述评”中反映的文章被遗漏。3. 因出版日期原因，学科“述评”一般以各刊物前年的第6期至上年的第5期（双月刊）为资料选取范围。4. 有的学科上年的研究成果较少，因而打算两三年作一次述评；而某些“述评”中涉及的内容可能与较为公认的学科分类不同，也仅是撰写“述评”时的便利考虑。对此读者不可不察。

法理学研究述评

陈伯礼* 张少瑜

法理学是法学基础学科，又涉及国家法制建设的重大理论和实际对策问题，因此一直受到学界的重视。1995年这方面的研究工作依然十分活跃，成果斐然。我们现在根据报刊杂志上刊登的论文资料，对学界研究的若干热点问题做一简要综述和评析，供大家参考。不当之处，欢迎指正。

* 陈伯礼系中国社会科学院研究生院的博士研究生。

一、邓小平法制思想

邓小平关于民主与法制以及政治体制改革的思想对于我国当前法制建设事业有着重要的指导意义,受到人们普遍的重视。有学者分析研究了邓小平关于中国法制现代化的历史起点、基本目标、价值取向、模式选择等方面的理论见解,认为邓小平建设有中国特色的社会主义理论及其法制思想是中国法制变革的理论基础。[1] 有学者研究了邓小平的法治思想,认为人都是有缺点的,因而人需要良好的法律制度的规范和约束的思想是邓小平法治思想的起点;树立法律的权威是邓小平法治思想的首要内容;实行法治的关键是国家机关及其工作人员的公职行为要遵循合法性原则;实行法治的保障是建立健全有力的监督机制;中国实行法治的现实基础是民主制度的建立。[2] 有学者研究了邓小平民主与法制思想的基本特征,认为其继承与创新并举,以创新为主;国内与国际接轨,以国情为本;稳定与发展相结合,以稳定为前提;业已形成一个博大精深的科学理论体系。[3]邓小平民主法制思想有着丰富的内容,值得好好研究。但是目前这方面的文章虽然数量很多,但多数是一般性学习心得,缺少深层次分析的佳作。

二、社会主义市场经济法律体系

关于法律体系的名称。 继续有学者对"社会主义市场经济法律体系"名称提出异议,认为市场经济只是一种经济体制,不是基本经济制度,我们以前也不存在一种与之相对应的"社会主义计划经济法律体系";而且这种提法还排除了关于政治、文化等方面的法律制度。[4]

关于公私法的划分。有学者认为,市场经济制度应当首先和集中地表述私法。私法是市场经济的基本法,其根据在于私法直接、集中和经典地表述了商品经济的一般条件,体系化了竞争市场。在我国,民事立法至今仍然非常不够,急待确立以私法为中心的指导思想,把私法的价值体系灌输到每个规范中去。[5] 有学者认为,只承认公法存在而不承认私法存在的理论基础是国家本位观念。私法存在的基础是市民社会而不是私有制,公法存在的基础是政治国家而不是公有制。发展市场经济必须以权利自主、企业自治、契约自由为法律基石,因而必须发扬私法精神。他还认为,在公法中强调私法精神也是不容忽视的。[6]另有学者认为公法与私法应当并重,公私法的划分不是市场经济和民主政治发展的原因,而是其结果。公法是公民个人权利的体现和保障。在当代中国,甚至可以说公法观念的更新、公法的现代化更为重要。她从历史和理论上揭示了公法与市场经济的联系。她还提出不要对公私法划分的积极意义过高评价,不要被这种分类法禁锢。[7]有学者肯定在我国承认私法、重视私法的必要性,反对将私法视为资本

〔1〕 公丕祥:《邓小平法制思想与中国法制现代化》,《中国法学》1995年第1期。

〔2〕 刘瀚、谢鹏程:《学习邓小平的法治思想》,《北京日报》1995年6月13日。

〔3〕 李龙:《论邓小平民主与法制思想的基本特征》,《武汉大学学报》1995年第3期。

〔4〕 王建东:《关于我国法律体系的若干思考》,《杭州大学学报》1995年第3期;王健、蒋传光:《"建立社会主义市场经济法律体系"提法辨析》,《中央政法管理干部学院学报》1995年第1期。

〔5〕 张俊浩:《市场制度与中国大陆的私法》,《政法论坛》1994年第6期。

〔6〕 江平:《罗马法精神与当代中国立法》,《中国法学》1995年第1期。

〔7〕 杨亚非:《公法与私法划分的历史启示》,《吉林大学学报》1995年第3期。

主义的东西而否定。[8] 另有学者认为，我国与社会主义市场经济相适应的法律体系应当由私法、公法和社会法构成，其论据大体同前人的说法。[9] 学者们还讨论了市场经济法律体系的原则，一般认为应包括利益多元化、权利本位、公平、宏观调控，[10] 或民主、效率、自由、系统性，[11] 或平衡性、开放性、协调性等原则。[12] 学者们还讨论了法律体系的大致框架和主要内容。

关于我国市场经济法律体系的法律价值取向。针对大多数学者主张"效率优先，兼顾公平"的看法，有学者提出异议，认为"效益优先论"有三个毛病：其一，它依赖对现行政策的注释，不利于体现法学和法制独立品格之塑造；其二，它未能正视我国法治水平还非常低，人治和腐败等因素还严重制约经济发展的事实；其三，它忽视了西方权利法哲学及其他价值论法哲学派对经济分析法学"效益至上"论的批判与指责，不适当地夸大了经济分析法学的作用。因此，他认为在我国法制建设上不宜提倡"效率优先、兼顾公平"的口号。[13]

关于立法指导思想。继续有学者对我国过去过多强调立法上"宜粗不宜细"和"简明"的指导思想提出非议。现在情况已与改革开放之始时不相同了，法制建设在体系上要门类齐全，条文上也要周全，才能适应市场经济体制的需要。立法上细一点，执法人员才可能将其做为处理问题的依据，也才有防止人治的条件。[14] 也有学者对"成熟一个、制定一个"的指导思想提出异议，认为这种提法不利于法律体系的协调统一，也有悖于我国多年来的立法实践，立法机关应把按规划系统立法放到日程中。[15] 也有学者依据罗马法中的理性主义谈了对立法的看法。立法要立足于社会实际，也要立足于理性抽象，偏废或忽略哪一个都不行。中国人重视立法的计划性，制定了八届人大5年任期内(1993—1998)拟通过的152项法律名单。立法计划是立法理性主义的体现，但理性主义更重要的体现是立法内在体系的思考和设计。我国一向重实践、轻理论，立法往往容易就一时一事而作出规定，有时不到十年就失去了意义，这和立法缺乏深层次的理论研究有关。他还认为，在中国立法活动中，法学家的地位仍是一个有待解决的问题。没有法学家地位的提高，就不能真正实现立法从经验到理性的转换。[16]

三、一般法律基础理论问题

法的概念与本质。有学者根据马克思主义经典作家的市民社会理论，探讨了法的本质，进一步对"统治阶级意志论"提出了否证。他认为，法律是建立在市民社会与政治国家二元基础上的利益调适器，是市民社会的要求取得普遍效力的形式。立法权所反映的国家愿望是由市民社会不断变化的要求决定的。在形式上，法是一般国家意志的表现，但实质上则是由市民社会一

---

〔8〕 前引〔4〕。

〔9〕 杨春福：《社会主义市场经济下法律体系之研究》，《南京大学法律评论》1995年春季号。

〔10〕 王俊：《试论建立社会主义市场经济法律体系》，《人文杂志》1995年第1期。

〔11〕 前引〔9〕，杨春福文。

〔12〕 彭汉英：《适应社会主义市场经济的法律体系及其原则》，《法商研究》1995年第2期。

〔13〕 李兵：《"法律价值优先论"质疑》，《法学研究》1995年第5期。

〔14〕 王礼明：《宜"粗"则粗，宜"细"则细》，《法学》1995年第4期。

〔15〕 张学胜：《略论立法规划》，《法学》1995年第7期。

〔16〕 前引〔6〕，江平文。

定发展阶段上的物质生活条件决定的,并非完全体现统治阶级的利益和要求。法律和国家本身都只是人民的自我规定和特定内容。因此,法是以国家意志形式表现出来的,调整普遍利益和特殊利益关系的强制性社会规范的总和。[17]也有学者认为,法的本质是一个历史范畴,其根源在于社会经济基础。随着经济基础的变化,法的本质也将发生变化。在原始社会,法是复仇的手段;在资本主义社会,法表现为阶级的统治;在未来社会,法在本质上是人们自由的工具。法的本质从"复仇"到"统治"再到"自由"的过程,也就是法的"动物形式"向法的"人类内容"的过渡。[18]有学者对法本质的"层次论"提出了质疑,认为法本质是法的基本因素的综合,法的国家意志性、国家强制性、规范性可概括为法的本质属性。"层次论"的主要缺陷是它所表现的法的本质属性,即阶级性、物质制约性,不是法独有的属性,不能反映法的类特征。[19]有学者从语言学角度,对"法律的阶级性"一词的滥用提出了批评。他认为阶级性一词是在比较观察中产生和使用的一个术语,意在描述这样一种现象:在相同的社会情境中,不同的阶级也常常会在利益要求、道德观念、生活情趣和审美标准等众多方面表现出不同之处。其核心涵义是指,不同阶级的思想往往会呈现出明显的差别和不同倾向。无论是现行的思想和行为,还是物化了的思想和行为,只要它们具有或体现了特殊的阶级倾向,就可以在不致引起误解的情况下用阶级性一词来描述它们。因此,那些并不反映某一阶级特殊愿望和特殊兴趣的法律规则和法律原则就不具有阶级性。[20]

权利与义务。有学者提出权利概念的四大要素:权利主体的实质要素是指主体对利益的追求和维护;主体的形式要素是指权利主体可以作出的行为选择自由;社会的实质要素是指权利所内含的以立法人为代表的社会对于权利主体所享有的、以"权利"这一名词所指称的追求或维护利益的行为选择和自由的态度;社会的形式要素是指权利概念所内含的、当权利主体根据权利作出任何一种行为形式选择并行动、但受到他人干涉、阻碍时国家和法律给予保护和帮助的意思。因此,权利就是主体为追求或维护利益而进行行为选择、并因社会承认为正当而受法律和国家承认并保护的行动自由。[21]有学者认为,应从行为角度认识权利。权利的实现是由"应然秩序"趋近"实然秩序"的过程。因此,权利包括"应然权利"和"实然权利",一个完整的权利是由自由权、请求权和诉权三种具体权利复合而成。[22]学者们继续对权利义务何者为本位提出看法。有学者通过对权利义务价值模式的历史建构及当代西方法哲学关于权利和义务价值的多元评价及选择的考察,认为权利本位是适于资本主义自由发展时期的价值模式,义务本位的价值模式在历史上也发挥过一定的进步作用。未来我国应当建立权利与义务并重的价值模式。[23]但也有学者以法的本体论为视角,论证了在市场经济体制中,法应以个人权利为本位,认为个人的主体性是法的个人权利本位的本体论基础;有限可知论是法的个人权利本位的认识论基础。[24]也有学者认为发展市场经济应强调罗马私法精神,而要承认私法的存在就必

〔17〕马长山:《从市民社会理论出发对法本质的再认识》,《法学研究》1995年第1期。

〔18〕蒋德海:《试析马克思、恩格斯对法的本质的理解》,《社会科学》1994年第12期。

〔19〕李巍:《法本质的"层次论"质疑》,《政法论坛》1995年第1期。

〔20〕郑成良:《法律的阶级性:理论的建构与词的暴政》,《法制与社会发展》1995年第4期。

〔21〕北岳:《法律权利的定义》,《法学研究》1995年第3期。

〔22〕舒国滢:《权利的法哲学思考》,《政法论坛》1995年第3期。

〔23〕陈云生:《权利相对论》,《比较法研究》1994年第3、4期。

〔24〕张钢成:《社会主义市场经济与法的个人权利本位》,《法制与社会发展》1995年第3期。

须承认私法领域中权利是核心、目的和动力，义务只能具有依从地位。[25]

法的效力。有学者针对陈世荣有关法律效力的观点提出商榷，认为要使合法行为的法律上的效果处于可靠、确定的状态，具有权威性，从而保证法律秩序的形成与存在，就需要有一种法律上的力。这种法律上的力就是法律效力：合法行为发生法律上效果的保证力。陈世荣坚持自己观点，进一步指出，在法律面前，或者说在与法律的关系上，人的行为终归是被规范、被评价的对象，其本身只有是合法还是违法、是否在法律上有一定意义和作用，以及能否得到法律的认可等问题，而根本谈不上具有法律效力。[26]

法与利益。有学者认为，由于法律是协调社会各种利益的手段，因此就存在法律上的利益选择问题。在社会主义社会，由于人民的共同利益成为法律在利益选择上的主导取向，因此法律上的利益选择应遵循以下原则：合规律性与合目的性相统一；个体利益与整体利益相统一；社会效益与社会正义相统一。[27]

法律文化与法制现代化。怎样看待我国固有文化传统？有学者认为，我国法律文化建设应该是在坚持传统的基础上，以取长补短、为我所用的态度对待西方法律文化。中国的法制建设不是要砸烂旧的法律大厦重建新大厦，而是不断地补充新的能源、质料，不断增添新的形式。[28] 有学者在具体分析了中国传统法律文化的劣性、良性、中性遗产的基础上，提出在我国法律文化的建设过程中，不应割断历史，不要忘记自己的优势，而要注重改造，反对照搬。[29] 但也有学者认为，市场经济与法的国际化是紧密相联的。所谓法的国际化可以理解为是法顺应国际社会的法律合作、交流、融合乃至局部统一的趋势，是在各国法律之间彼此仿效、借鉴、移植及兼容的过程中逐步实现的。法的国际化体现了人类共同活动和共同理性对法的要求。我们不能过分强调国情因素对法的国际化的限制作用，当然也要避免单纯追求所谓"国际化"的外部形式。[30] 有学者对法律移植问题作了探讨，认为法律移植表明存在于不同地域空间的法律发展的关联性，我国应该重视移植外国的法律。[31] 刘作翔在去年提出了法律的理想这一课题后，今年进一步探讨了理想的法律模式建构的形式要件和内容要件。他认为形式要件应具备语言的明确性、法条的具体性、内容的易懂性、结构的合理性、体系的完整性；内容要件主要应包含：体现民主要素、自由人权要素、公平正义要素、法治要素。对理想的法律之形式及内容要件的清醒认识，是创制良好法律的条件之一。[32] 有学者分析比较了中国与西方发达国家法制现代化的若干不同点。他认为，中国法制现代化的启动因素不是完全在社会内部形成的，而是在政府自身中形成的；不是内部自发演进的，而是改革性的，是有计划地实施的，因而政府在法制现代化建设中起着一种能动的主导作用；中国法制现代化主要是在外部压力和示范作用下按

---

〔25〕 前引〔6〕，江平文。

〔26〕 李琦：《法律效力：合法行为发生法律上效果之保证力》，《法学研究》1995年第2期；陈世荣：《法律效力补论》，《法学研究》1995年第3期。

〔27〕 孙国华、黄金华：《论法律上的利益选择》，《法律科学》1995年第4期。

〔28〕 毛剑平：《哲学视野中的法律文化建构》，《法学》1995年第1期。

〔29〕 武树臣：《中国传统法律文化的历史遗产》，《中央政法干部管理学院学报》1995年第3期。

〔30〕 肖冰：《市场经济与法的国际化》，《南京大学法律评论》1995年春季号。

〔31〕 刘少荣、操敬德：《市场经济法制建设与法律移植之思考》，《法商研究》1995年第2期。

〔32〕 刘作翔：《理想法律模式建构之形式要件》，《法商研究》1995年第2期；《理想法律模式建构之内容要件》，《法律科学》1995年第2期。

照移植改造的方式进行的，存在着借鉴外部经验、抗拒外部压力和保持本国传统法制文化价值的问题；法制建设的急促推进所导致的手段对目标的严重脱节，造成了我国法制建设中的"效应滞后"现象；在我国法制是为经济建设服务的，法律能否保障和促进经济发展是衡量法制现代化建设成败的关键标准；中国法制主要指通过法律更加合理有效地行使行政权力，因此全然没有法律至上的意思。在权力结构上，一方面全国人代会是法律上的最高国家权力机关，另一方面，作为执政党的共产党处于国家领导核心，这就存在着党政两套相互并列的决策和执行体系；在发展战略上，中国奉行"社会经济民权"优先于"政治民权"原则。[33] 此外，还有学者分析了中国法制现代化的难点和重点。他认为我国在法制现代化建设中已经和将会遇到的难点有人治和法治、个人本位和社会本位、立法超前和观念滞后等。中国法制现代化的重点主要是：制定民法典，弘扬民法精神；完善行政法，促使行政权的合理利用；建设有中国特色的民主政治。[34]

简　评

如何看待一年来法理学研究的成果和现状？总的说来，忧多于喜。法理学的文章数量依然可观，也有些文章水平较高，思想较活跃。但是，一般化的文章还较多。就其理论和方法陈浅单一，不能运用其他学科的最新成果于法学研究之中和对于各部门法建设进展缺乏应有的关注与把握，因而缺乏对实践的指导功能这方面而言，目前的法理学还远远不能满足社会对它的期望。现在的情况依然如我们以前说过的那样，是部门立法推动着部门法学，部门法学又推动着法理学。法理学没有根据实践发展进行超前研究，丧失了理论的活力。

造成目前法理学落后状况的原因恐怕是多方面的。其中至少有两点是比较主要的。首先是指导思想上还自觉或不自觉地存在着几十年来"左"倾思想的影响。其表现之一即为研究任何问题时，并不是首先到生动丰富的社会实践中去发现问题、探讨原因，而是先要考虑现行政策和政治理论，然后才去考虑现实。这种思维方法颠倒了理论和实际的关系，其研究成果自然无力指导现实，同时也限制了法学独立品格和学术地位的形成。目前刊物上的许多文章都是循着这种空洞的思路，坐在房间里推演出来的，或者说，不是"研究"出来的，而是"想"出来的。这样的文章自然枯燥，让人不爱读。其次是法理学自身的学术知识积淀还不够。现在许多文章显示作者知识陈旧，用的都是一些大而化之的一般性词语，缺乏对中国古代和现代外国法学状况的深入了解，也缺乏对实用性各部门法学知识的了解，因而研究总是在一般问题上和一般水平上进行，无法深入下去。

怎样解决这个问题？可以考虑两种方法。首先要倡导多使用一些经验的研究[illegible]方法，如社会分析、案例分析、法条分析等，扭转目前较多依靠逻辑推导方法的状况。[illegible]文章时[illegible]可能从普遍或典型的事实出发去展开论述、支持自己的观点。我国迅速发展的[illegible]变动的社会生活给法理学研究提供了丰富的课题和发展的机遇。[illegible]其次要把法理学当做一门学问去研究。做为学问就要有自己专门的知识的积累，写文章就要有根有据，讲究以理服人，引用资料有准确的出处，引用他人观点要注明来源。这些就是研究学问

〔33〕 蒋立山：《中国法制现代化建设特征分析》，《中外法学》1995年第4期。

〔34〕 郝铁川、傅鼎生：《中国法制现代化的难点和重点》，《法学》1995年第7期。

的基本态度。法理学目前缺乏独立学术品格，与许多研究人员缺少这种态度有关。注意了上述这两个方法，法理学就会有一些新面貌。

宪法学研究述评

莫纪宏* 张少瑜

1995年我国宪法学界对宪法问题的研究领域不断扩大，研究热点多集中于宪法的基本理论问题，在宪法学的构造、宪法的性质、宪政、国家结构、国家权力等问题的研究上都有进展。立法问题也极受重视。现对报刊文章讨论的主要问题和观点，简要述评如下：

一、宪法学的构造

对于如何建设宪法学或说改造我国传统宪法学，近年来，许多学者进行了认真的思考，提出了很多创造性见解。学者们大都认识到了原有宪法学存在着静态研究、"工具论"认识等问题，不适应社会主义市场经济条件下的宪政建设需要，因而寻找新方法重构宪法学。1994年，童和平提出将宪法学分为宪法基础、宪法权利、宪法体制、宪法实施四部分。童之伟提出了社会权利分析方法。1995年，学者继续对此问题进行探讨。

刘茂林认为对现有宪法学体系缺陷还应进行更全面更深入的分析，这种缺陷至少还有下面一些：1.现有体系主要是适应宣传和普及宪法知识或进行宪法教育而建立起来的，基本上是以注释宪法要件为中心来构造教科书体系，因而缺乏系统的有学科特色的专业基础理论。2.在整体结构上体现国家至上的神韵，以国家权力、机构为论述重心，忽视公民权利的内容和国家制度的民主基础。3.实际上以阶级性为基石范畴，这与社会主义初级阶段国家根本任务和建设有中国特色社会主义理论格格不入。4.由于基石范畴不明确，学科体系结构松散，随意性大，各构成部分之间缺乏明确的逻辑联系。[1]

有学者对童之伟提出的社会权利分析方法发表了看法。赵世义等持批评态度，认为社会权利这个概念，既非宪法实际所有，从逻辑上也无法推演出来，仅是一种"个人意识"，是个"虚幻物"，建立在这种逻辑起点上的分解规律自然也只能漏洞百出。[2]刘茂林认为社会权利概念是真实相有内涵的，其不足在于没有揭示出社会权利的本质特征。[3]童之伟连续发表文章，继续深入对社会权利的研究。他从法哲学角度将社会权利定位于一定社会中法律所认可、所保障的，已经实现和可能实现的全部利益。他还对公民权利与国家权力的同质性以及与利益、财富之间的关系作了较为深刻的阐释。[4]经过这番努力，社会权利分析方法的理论框架就比较丰

---

* 莫纪宏系宪法学博士，现任社会科学院法学研究所副研究员。

(1) 刘茂林：《也谈宪法学体系的重构——评社会权利分析理论之争》，《法学研究》1995年第5期

(2) 赵世义等：《对"用社会权利分析方法重构宪法学体系"的质疑》，《法学研究》1995年第1期。

(3) 前引[1]，刘茂林文。

(4) 童之伟：《社会权利的法哲学阐释》，《法学评论》1995年第5期