

ZOU XIAN ER SHI YI SHI JI DE FA LI XUE

走向二十一世纪的

ZOU XIAN ER SHI YI SHI JI DE

法理学

FA LI XUE · FA LI XUE

主编 刘升平 冯治良



云南大学出版社

责任编辑:张丽华
封面设计:古云光 冯 勤
责任校对:李 芸

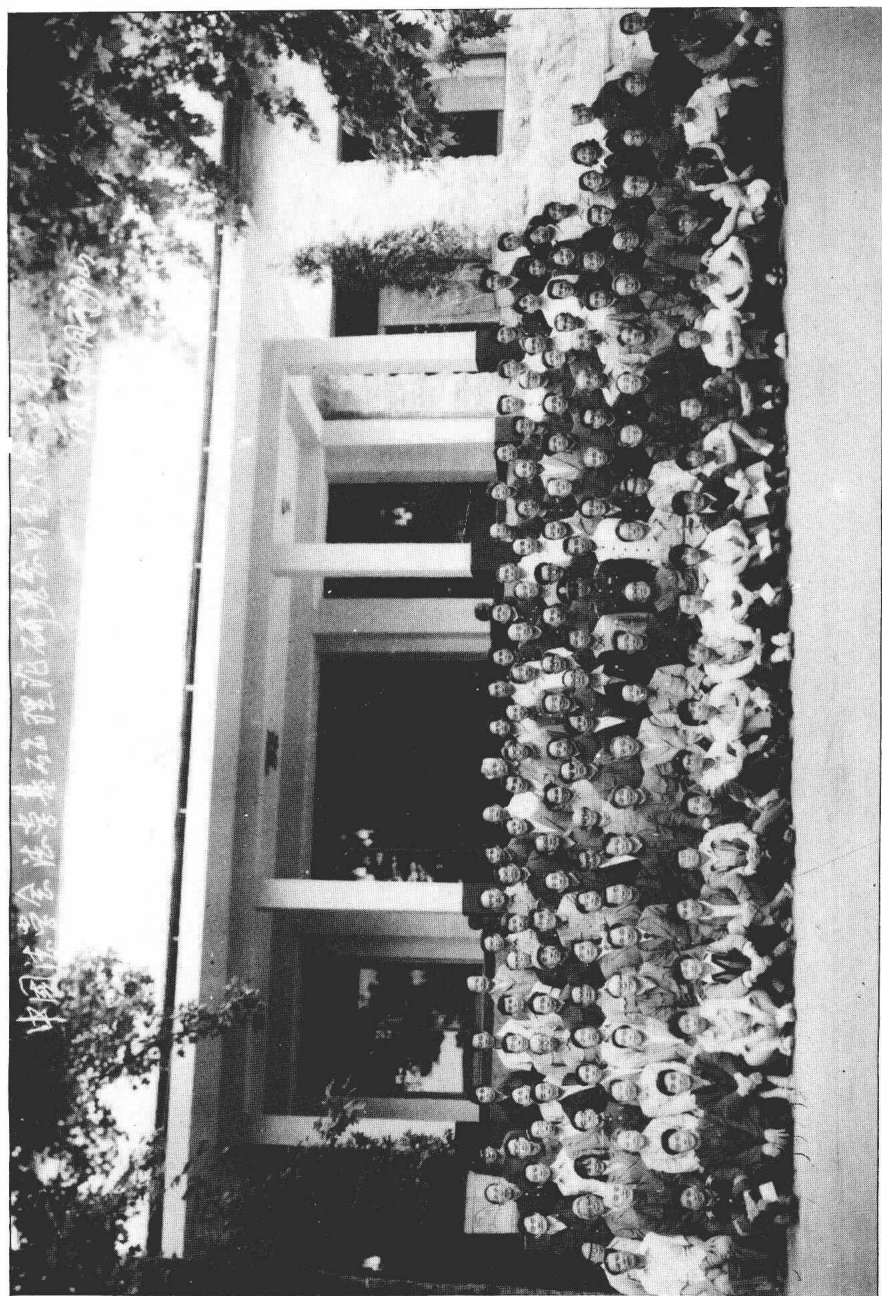
走向 21 世纪的法理学

主 编 刘升平 冯治良

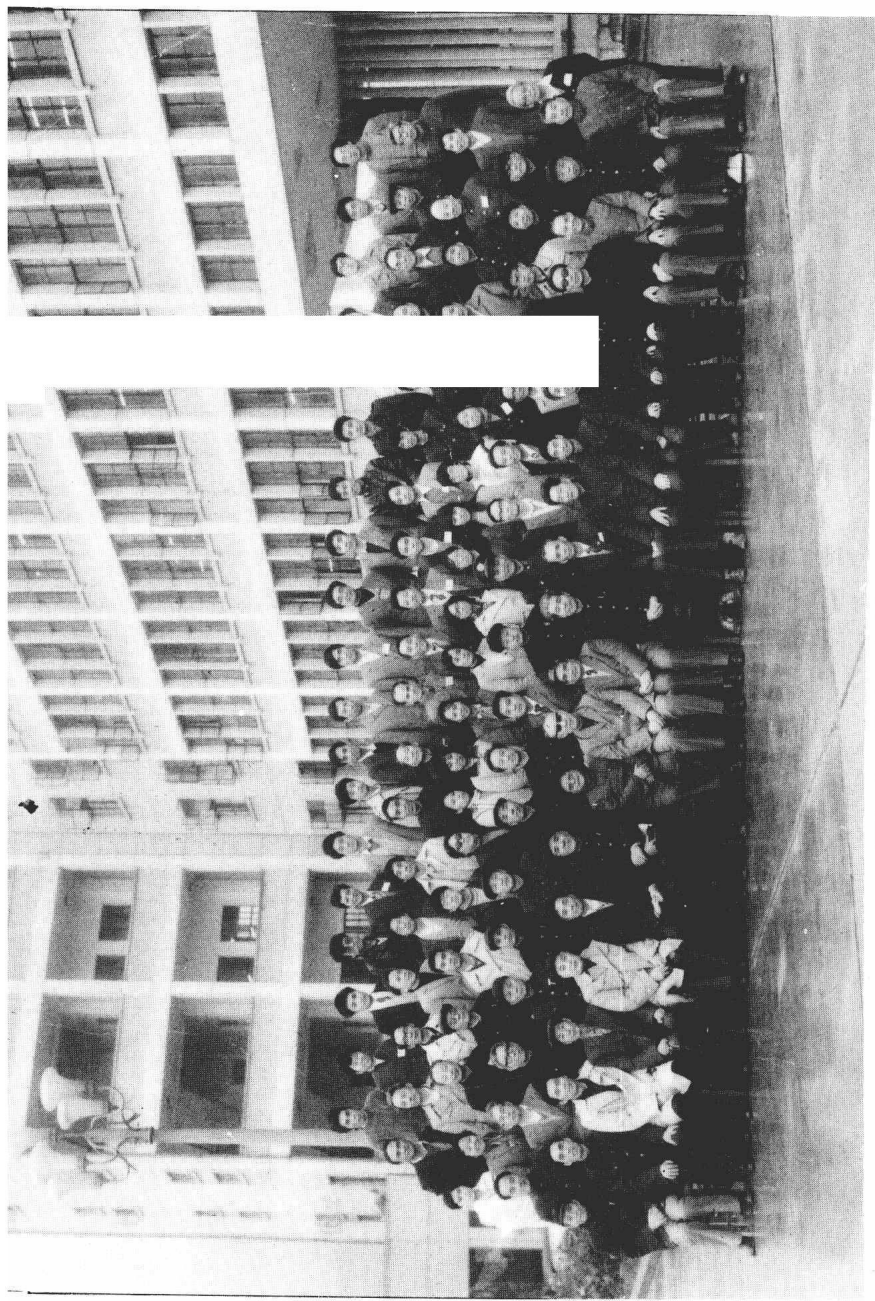
云南大学出版社出版发行
(云南大学校内)
云南科技印刷厂印刷

开本:850×1168 毫米 1/32 印张:13.875 字数:340 千
1996 年 2 月第 1 版 1996 年 2 月第 1 次印刷
印数:0001—1100

ISBN 7—81025—612—2/D·66 定价:17.80 元

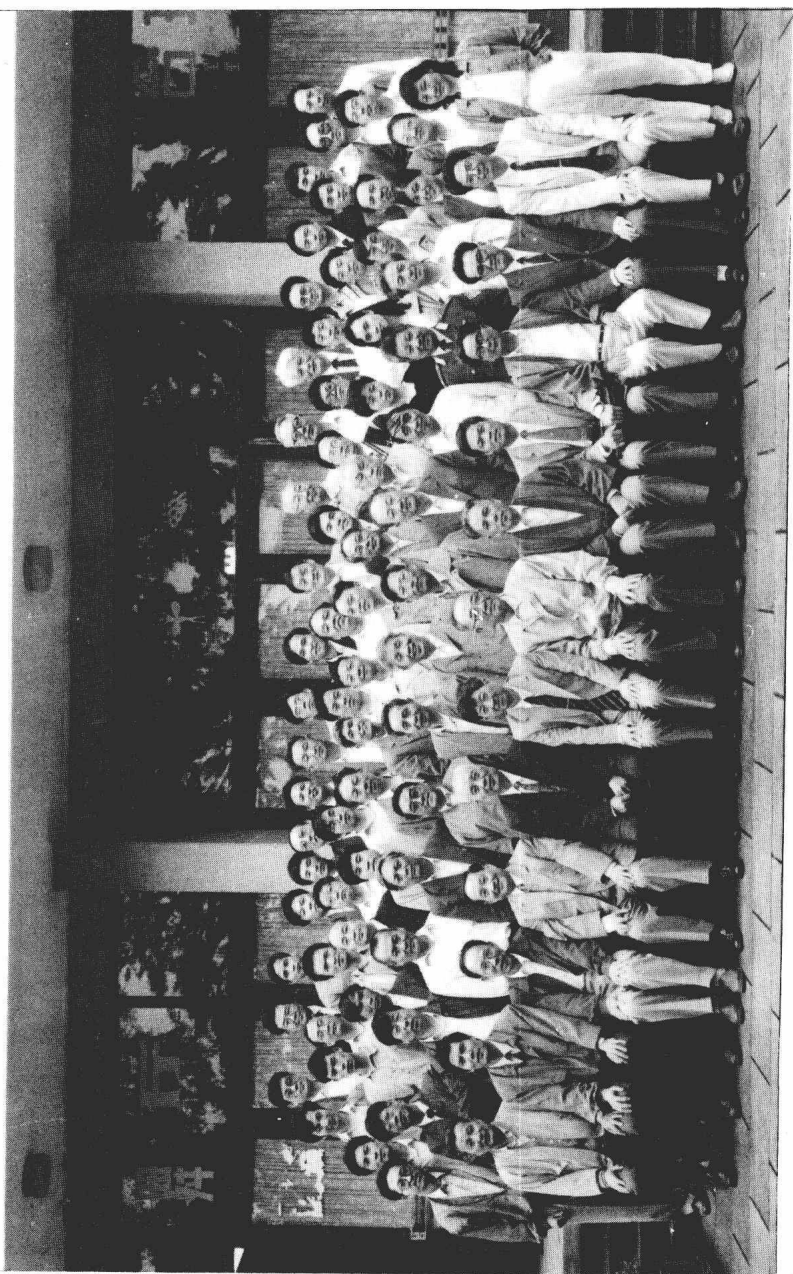


中国法学会法理学研究会于 1985 年 6 月在江西庐山成立。

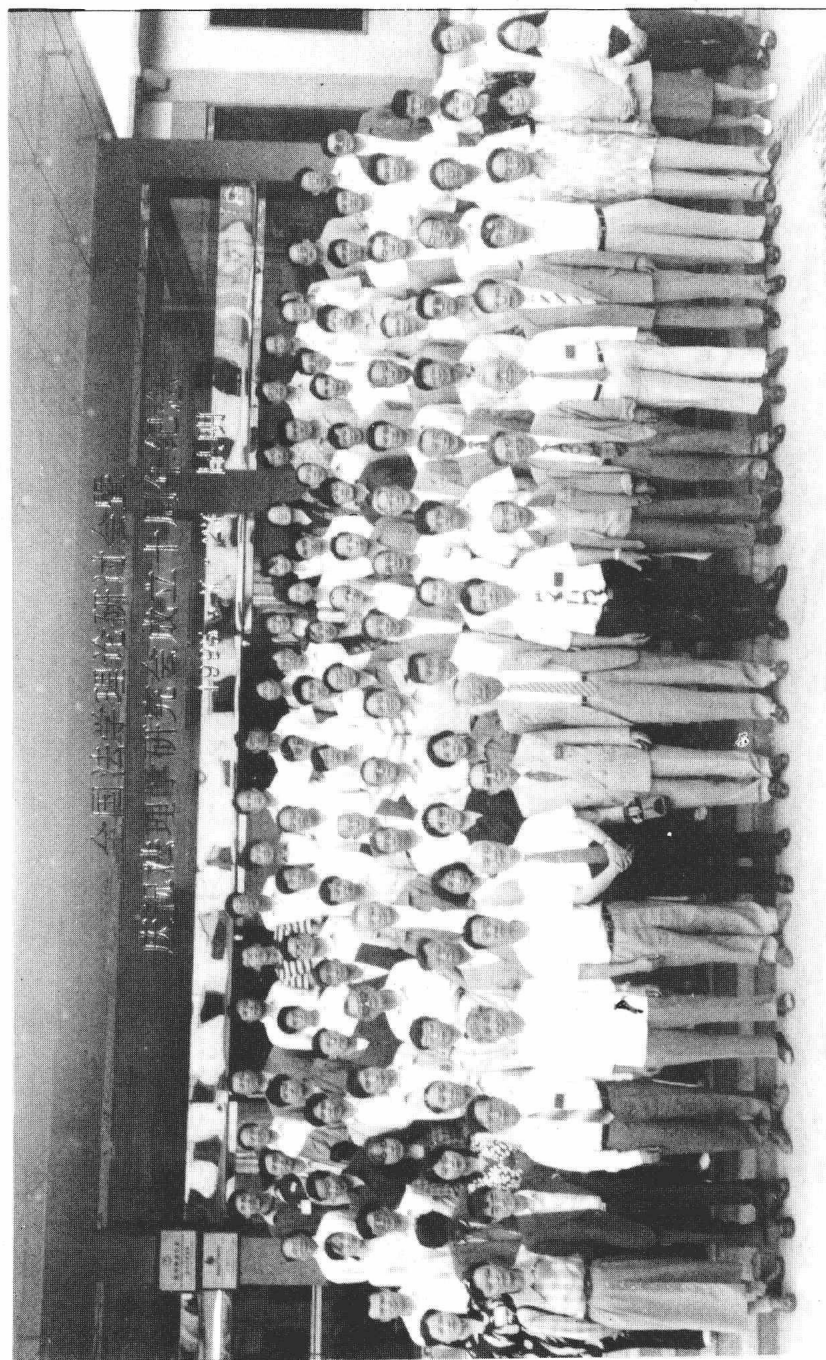


法理学研究会第二届学术年会于1986年11月在重庆召开

社会主义市场经济与法制建设学术研讨会 1993.5.于杭州



法理学研究会第六届学术年会于1993年11月在杭州召开。



庆祝法理学研究会成立十周年暨第八届学术年会于1995年7月在昆明举行。

目 录

开拓前进中的中国法理学（代序）	（1）
-----------------------	-----

第一部分 现代法的理念与方法

1.1 邓小平民主法制思想与我国法治社会的走向	（21）
1.2 论邓小平建立法治社会的思想	（29）
1.3 马克思主义法学在当代的命运	（36）
1.4 对当前法学界两个重要理论问题的看法	（44）
1.5 论法是“理”与“力”的结合	（49）
1.6 政策与法律互为根据论	（55）
1.7 正确处理法律与政策的关系是依法治国的关键	（61）
1.8 公民正确行使权利和自由的思考	（64）
1.9 论权力与权利的关系	（69）
1.10 新意志论评析	（74）
1.11 论法律内的法与法律外的法	（82）
1.12 试论法的内在矛盾	（86）
1.13 法产生负作用的几个本体因素	（90）
1.14 战后德国法哲学四论题	（94）
1.15 判例与制定法在两大法系中的运作	（102）
1.16 试论法律与文化的相互作用	（105）
1.17 论西盟佯族习惯法的特点	（107）
1.18 论法律的独立社会人格	（111）
1.19 论自由裁量权力与权利的关系	（113）

第二部分 当代中国法的精神与价值

2.1	关于社会主义法时代精神几个争议问题	(119)
2.2	论法的时代精神	(130)
2.3	论现代法精神的价值取向	(136)
2.4	法的精神的含义、内容与形式	(148)
2.5	公正是法律的本性	(153)
2.6	正义与公平：现代法的主要精神	(161)
2.7	市场经济与民族法律精神的转变	(167)
2.8	法律价值研究的目的与方法	(174)
2.9	法律价值中立三题	(180)
2.10	立法价值及其选择	(185)
2.11	二元社会结构体系的法学理论思考	(193)
2.12	论法之合理性	(199)
2.13	论法律的效率与公平	(203)
2.14	法是保护正义的重要工具	(208)

第三部分 市场经济与中国法制现代化

3.1	市场经济条件下法制的地位作用	(213)
3.2	法制性质的演进与法治	(220)
3.3	法治社会正在到来	(229)
3.4	“两手抓”中“抓法制”	(235)
	——试论邓小平法制思想	
3.5	我国民主与法制建设的地位、目标和道路	(243)
3.6	我国民主法制建设的思想障碍来自何方	(248)
3.7	实行法治必须健全民主与法制	(255)

3.8	市场经济的法制必须以权利为核心	(258)
3.9	社会经济转型中的公权力与私权利	(266)
3.10	现代法制着重保护私权的必要性	(271)
3.11	树立法律信仰之思考	(274)
3.12	试析“统治之法”的理论困惑及负面效应	(280)
3.13	中国法律在少数民族地区实施的文化背景 和现状	(286)
3.14	高尚道德是严明执法的重要保证	(290)
3.15	论司法人员的职业道德	(293)
3.16	试析依法治理中的违法行为	(297)
3.17	论以法治国与科教兴国的关系	(302)
3.18	论我国仲裁同国际仲裁的接轨	(307)
3.19	具有中国特色的社会主义立法体制	(313)
3.20	健全我国社会保障法制的两点思考	(318)

第四部分 法理学的改革与发展

4.1	变革和创新我国法理学	(325)
4.2	法学研究要关注向市场化过渡的过程	(333)
4.3	中国法理学发展的宏观思考	(339)
4.4	法理学发展值得思考的几个问题	(347)
4.5	世纪之交的中国法学走向	(355)
4.6	中国法学现代化问题论纲	(361)
4.7	走向新世纪的中国理论法学	(366)
4.8	法理学科建设构想	(372)
4.9	马克思主义法学基本原理是建立有中国特色 马克思主义法学的基础	(379)
4.10	市场经济与法理学变革的理性思考	(382)

4.11	法理教学中“法律价值”问题的处置	(386)
4.12	法学教育改革浅见	(390)
4.13	论职权性法律规范	(394)
4.14	法律实施理论研究的回顾与思考	(398)
4.15	我国司法解释中存在的问题与对策	(402)
4.16	法只会完善不会消亡	(406)

附 录

1995 年全国法学理论研讨会综述	(413)
国际法哲学社会哲学协会第 17 次世界大会综述	(420)
中国法学会法理学研究会历届年会简介	(427)
1995 年全国法学理论研讨会 (法理学研究会年会)	
论文目录	(431)
后 记	(436)

开拓前进中的中国法理学

(代 序)

刘升平

一、历 程

中国法学会法理学研究会自 1985 年创建以来，已历时十年。

研究会建立后的十年，是中国改革开放、沿着建设有中国特色社会主义道路胜利前进的十年，也是法理学开拓发展的十年。

在这十年中，研究会共举行了八次学术年会，即 1985 年关于法律本质、法律与改革问题的庐山研讨会，1986 年关于社会主义民主制度化、法律化问题的重庆研讨会，1988 年关于社会主义初级阶段法制建设的珠海研讨会，1990 年关于社会主义民主与法制问题的安徽研讨会，1992 年关于人权与法制问题的武汉研讨会，1993 年关于市场经济与法制建设的杭州研讨会，1994 年关于建设有中国特色社会主义理论与法理学的发展的济南研讨会，以及这次 1995 年关于走向 21 世纪的法理学的昆明研讨会。在以往历次的研讨会中，由于坚持以邓小平建设有中国特色社会主义理论和党的基本路线为指导，认真贯彻了“双百”方针开展学术活动，会议都开得比较成功。研究会各次年会召开的共同特点是：指导思想 and 主题思想，比较明确，从当前中国的实际出发，紧紧围绕改革开放与法制建设中的重大问题以及本学科建设中的主要问题，进行深入的研究和探讨，充分发扬学术民主，不划框框，不定调调，不作结论，不搞批判，倡导不同学术观点的自由争鸣，每

次研讨会，气氛热烈，虚心研讨，讲究实效。因此，每次年会都能使与会者感到有收获、有兴趣、有吸引力。每次年会成为全国广大法理学工作者的一次聚首的盛会，是大家交流学习经验，交换信息，切磋问题，增进友谊的一次难得的机会，正如有的学者所总结的：它是“真理的课堂，知识的海洋，信息的场所，友谊的桥梁。”通过这种学术活动，研究会在团结全国法理学工作者积极参与推进法学理论的研究工作和学科建设方面，发挥了积极的作用，特别是近年来适应社会主义市场经济体制建设的需要，举行了多次以市场经济与法制建设为主题的研讨会，促进了法理学的创新和发展。

总之，十年来中国法理学坚持了正确的方向，适应新形势的发展要求，不断前进，不断进步，取得了前几十年所未有的成绩，对此应作充分的肯定，否定或看不到法理学的发展和成绩，是不客观的、错误的。当然，对法理学发展的评价过高，对存在的问题和发展的难度估计不足，也是不妥的。应该看到，当代中国法理学作为新型的基础理论法学还是处在起步阶段，它还受到诸多过时的传统法学思想的束缚和影响。近年来，在改革发展方面，虽有重大进展，但还大大滞后于客观实践的发展，与其他学科研究相比，还显得思想不够解放，不够活跃，对新的历史条件下，改革和建设实践中提出的一些重大理论问题，还缺乏有力度、有影响的研究成果，也就是说，当今的法理学，无论在思想观念、内容体系，还是研究方法等方面，都还很不适应建立社会主义市场经济这一新型体制的需要。客观形势的发展，急需法理学界以“特色”理论为指导思想，大力推进这一学科的改革和发展。

二、热 点

近年来，法理学的重大进展，主要就是在当代中国马克思主义

理论的指导下，根据“双百”方针，就法学基础理论有关的一些重大问题开展了广泛深入的讨论。通过讨论和争辩，许多问题基本上取得了共识。当然，也还有不少问题存在不同看法，有待进一步去探讨。特别值得肯定的是，这种讨论加深了对问题的认识，活跃了学术空气，冲破了长期被认为是法学的一些禁区，批判和纠正了法学领域中的一些“左”的理论观点，提出了许多有价值，有启发的新观点、新思想。这些讨论所取得的正确认识，不仅使我国法学得到了丰富和发展，而且对我国法制建设的实践也产生了良好的影响。现择取一些主要的问题，略作介绍和述评。

（一）关于法律的本质属性问题

法律的本质属性问题，是法学的一个古老的基本理论问题。包括中国在内的世界各文明古国的历代思想家、法学家对这一问题都有争论，特别是近现代资本主义国家，关于法律的学说层出不穷，法学流派林立，其中最基本的一个原因，就是由于对法律本质属性的认识各不相同。我国法学界早在五十年代初，就争论过这个问题。进入八十年代以来，不仅继续争论，而且争论得更激烈、更深入，实际上形成了不同学派观点。主要观点有两种。

一种观点认为，阶级性是法律最本质的属性，但不是法律的唯一属性，此外，还有以国家强制力为后盾的特殊强制性，由国家制定或认可的特殊规范性，也是法律的固有属性。其他诸如法律的社会性、稳定性、权威性等，则是由上述法律的基本属性决定的更广泛意义上的属性。持这种观点的学者，通常把法律表述为“统治阶级意志的反映”，“阶级统治的工具”，“是阶级社会特有的社会现象”。

另一观点认为，社会性是法律的基本属性。法律是社会矛盾和社会关系发展的产物，是社会关系的调整器。它不是阶级社会所特有的现象，是人类社会发展到一定阶段，即在原始社会的特定

阶段上逐渐形成发展起来的。在阶级社会里，从整体上说，法律作为上层建筑的重要部分，可以说是有阶级性，但从具体的法律和规范看，则不一定都有阶级性，有的可能阶级性比较强，有的阶级性比较弱，有的甚至不带阶级性。特别是随着社会经济、政治的发展，法律的性质、结构和功能都将发生变化。非阶级性的规范，将会日益增多，而带阶级性的规范将逐渐缩小、减弱，以至在将来从整体上泯灭其阶级性。

不少学者认为，关于“法律是统治阶级意志的体现”，“是阶级统治的工具”的传统性概念，只有阶级对立社会里适用，在当代中国已经不应再简单的搬用这些范畴，因为它已不太符合中国现阶段实际情况，不利于改革开放，不利于国家法制建设和法学的发展。时代不同了，客观发展了，就不应再固守传统的理论，而应大胆创新发展。

在法律本质问题的争论中，特别在近十几年的讨论中，法学家们尤其是青年法学家，大胆探索，认真思考，表现出极大的理论勇气和创新精神，提出了一系列值得重视和探讨的问题，对活跃学术自由气氛，对法学的创新发展，是很有意义的。特别在市场经济和“一国两制”条件下，如何更新、发展关于法律本质的理论，是法理学所面临的一个新课题，对之重新审视和探讨，也是有价值的，必要的。

（二）关于“人治”与“法治”问题

关于法治与人治问题，在五十年代曾展开过讨论。当时曾流行着一种“要人治，不要法治”的观点，把主张法治的观点批判为资产阶级法律观点。这种观点，对我国的法制建设和法学的发展，产生了极其消极的影响。在很长时期内，关于人治与法治问题，也就成为法学界的一大禁区。到七十年代末，才开始突破这一禁区，并在相当广泛的范围内展开了大讨论，仅在1979年至1980年两

年里，报刊上就发表了近百篇论述这一主题的论文，出版了《法治与人治问题讨论集》。但是，诸家观点不一。主要意见有三种：一是要法治，不要人治；二是既要法治，又要人治，两者应该结合；三是不要讲什么法治与人治，两个概念不科学。人们把这三种不同的观点，简称为“法治论”、“结合论”与“取消论”。持“结合论”观点的，把法治和人治都理解为治理国家的方法和手段，认为“人治”就是重视和发挥“人”的作用，“法治”就是重视和发挥“法”的作用。他们认为1958年以后在社会上流行的“要人治不要法治”的观点，缺点不在“要人治”，而在于“不要法治”。持这种观点的理由是，徒法不能自行，法律总是要人去制定和执行的，在中国历史上，儒家不只是侧重人治，但也重视法律的作用；法家侧重法治，但也不排斥人的作用，资产阶级厉行法治，也并不否定人治。可见，法治与人治从来就是结合在一起的，把它们对立起来，舍此就彼，或舍彼就此，都是不可取的。

而持“法治论”者认为，法治和人治讲的不是一般的方法和手段，而是两种根本不同的治国方式。所谓“人治”，是依靠当权者个人的权威来治理国家。人治并不是不要法，只是这种法完全屈从于当权者个人的意志。当权者可以“一言立法”，也可以“一言废法”。所以，这种人治往往是和专制制度联系在一起的。所谓“法治”，是指统治者依靠法律来治理国家。法治并不否定人的作用，只是在法律与个人意志发生冲突时，法律的权威是至高的，任何人不允许有超越于法律之上的特权。这种法治，是和民主制度紧密相联，而同专制制度不相容的。所以，法治与人治是不能结合的。

持“取消论”者认为，前两种观点的争论，主要是由于对“法治”和“人治”两个概念的理解不同。从历史上看，中国先秦儒法两家并没有把自己的主张概括为人治与法治，而是中国近代政治思想家梁启超概括的，而人们在使用这两个概念时，也各有不

同的含义。既然如此，我们今天没有必要再用这样陈旧、并有争议的概念，免得造成在理论上和实践上的混乱。

在法治与人治问题的讨论中，尽管各家的论点有异。但在主张依法治国、倡导法治的重要性，反对以权压法、反对依言不依法等问题上的观点，基本上达到了共识。

近年来，法学界对“法治”概念的含义的理解又取得了新的进展，认为把“法治”视为资产阶级的专利，是认识上的一个误区。法治是人类文明成果的结晶，是现代国家的重要标志之一。法治与法制两个概念，既有联系又有区别，二者不能混同，不能取代。由人治逐步过渡到法治，走法治之路，是我国历史发展的选择，是中国社会主义的特色，是国家现代化的标志，是同国际经济接轨的需要，实行法治，也是共产党作为执政党实现党的领导之最有效方式。因此，法理学界应在学习研究、宣传邓小平法治理论方面作出自己的贡献。

（三）关于法律面前人人平等问题

公民在法律面前一律平等，这是一个古老的法律思想，是近代法制的一项基本原则，也是法治国家的一个重要标志。五十年代我国曾把这一重要原则写进了根本大法中，但随后却遭到了非议，认为它是资产阶级的法治原则，不应采用。此后，这一问题就成了法学界的一个禁区，无人敢于问津。二十年后，人们才从痛苦的磨难中醒悟过来，重新肯定了这个原则的正确性和重要性，并通过立法程序，重新载入宪法和有关组织法中。人们通过实践经验的总结和思想观念的更新，不仅在理论上大大加深了对这个问题的认识，而且在实践上对法制工作产生了重要影响。

但是，在学术上对这一原则也有一些不同的理解。一种意见认为，法律面前人人平等的含义，既包括司法适用，也包括立法方面。这种观点认为，法律面前人人平等应该反映在立法、司法、执

法、守法等各个方面。因为法律的制定是法律适用的基本前提，没有立法上的平等，也就不可能有司法上的人人平等。我国宪法规定各民族一律平等、男女平等，体现了公民在立法活动中参与法律制定的平等原则。另一种观点认为，法律面前人人平等，只是指司法适用上的平等，不包括立法上的平等，在立法上不能讲人人平等。因为适用法律与制定法律不同，在制定法律时，对不同情况应当给予不同待遇的人，可作出不同规定，例如被剥夺政治权利的人，就不能参与立法活动，对社会各阶级也不能一视同仁。近年来，学者们对这种观点又提出新的质疑。认为当今时代，权利平等是法制建设中公民的一项不可侵犯的民主权利。特别在市场经济条件下，市场经济就是法治经济，它要求公平竞争，权利主体在竞争中必须遵守同样的规则，在法律面前一律平等，是实现市场经济公平竞争的基础和根本保障，也是市场经济条件下公正、平等观念的具体体现。因此，市场经济不仅要求司法上的平等，同时，市场经济也呼唤立法平等。

（四）关于法律与政策问题

关于法律与政策的关系问题，在我国法学界也是一个相当棘手的问题，因为这是一个敏感、风险大的问题。过去，我国在一个相当长的时期内，无论在理论上还是在实践中，关于法律与政策（执政党的政策）的关系问题，存在着相当严重的“左”的思想影响，那就是重政策轻法律，用政策代替法律，片面地强调政策的重要性，认为政策决定法律，法律服从政策，只要有政策就行，而法律是可有可无的东西。这种倾向从五十年代后期就显得愈来愈严重，到“文化大革命”期间，可以说，完全走上“无法无天”的法律取消主义的道路。很自然，关于政策与法律问题，也成了无人敢于涉足的莫大禁区。

由于中共十一届三中全会推行改革开放和加强民主法制的方