



法律思想的律动

当代法学名家演讲录

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/编



法律出版社
LAW PRESS



法律思想的律动

当代法学名家演讲录

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/编



法律出版社
LAW PRESS

DAU 476

序

思想的魅力在于其对社会事务的深刻洞察与独特洞见,而并不在于其全面与周到的思虑,承载思想的语言媒介也许偏激,但其智慧的光芒却总是那么令人眩目;科学的理论无疑需要长期而系统的严格论证,但这种论证并非简单的证明,而恰恰必须是反思性的论理。作为人类文明进步的成就,作为人类自身智慧的表征,思想和理论都既需要通过向社会公众的公开展示来证明自己的存在,确证自身的合法性,又需要通过这种公开的展示来影响和改良公众的社会观念、意识与精神存在状态。因此,思想的交流和理论的交锋,无论是对于学术研究而言,还是对于整个社会的发展而言,都显得极为重要。吉林大学理论法学研究中心举办的“当代法学名家讲座”,就是这样一个专门为当代法学学者提供充分展示其法律思想、论证其法学理论的公开的学术窗口与开放的思想论坛。

“当代法学名家讲座”的起讲始于2000年。那一年,由吉林大学法学研究所改制的吉林大学理论法学研究中心(The Center for Jurisprudence Research in Jilin University)被教育部批准为人文社会科学重点研究基地,之后又被评定为国家重点建设学科。按照教育部的要求,作为教育部的重点研究基地和高校重点建设学科,吉林大学理论法学研究中心应当努力建设成为高水平科学研究中心、高素质人才培养中心、高质量咨询服务中心、高效率信息交流中心。显然,要成为这样的中心就必须大力推动和加强学术交流,特别是吉林大学理论法学研究中心地处东北、地缘因素相对不利,在这种条件下,尤其需要高度注重学术

交流。为此,我们策划了一系列旨在推动学术交流的常规项目,讲座乃是这系列项目中的一类。讲座又分为“当代法学名家讲座”、“海外法学学者讲座”、“法学理论青年学者论坛”、“跨学科学术讲座”。“当代法学名家讲座”是为国内(包括香港、台湾、澳门)著名法学家开设的,该讲座为法学名家提供了传播学术思想的舞台,为吉林大学尤其是法科学生和青年教师提供了接收名家思想、感受名家风范与魅力的机会。如今,已经有数十位法学名家接受邀请在我们的这个讲座上进行了精彩而极富思想启迪的学术演讲,这些演讲给吉林大学的师生带来了强烈的思想与理论的学术震撼,在全国学术界也产生了极其良好的学术影响。

为了使法学界法律界同仁,特别是年轻的学子分享名家讲座这一极其宝贵的学术资源,我们决定将讲稿整理出版。讲稿是根据录音整理的,绝大部分文稿经过讲演者本人的审阅和文字上的修订。个别讲演因录音事故没能整理出来,甚为遗憾。对于个别未经作者审阅的讲演稿,我们仅从出版物技术规范的角度,作了必要的技术加工而未作任何实质性的修改。所以,呈现在读者面前的这本讲演均保持了原汁原味。

这本讲演集在逻辑结构上分为6个部分。第一部分属于法理学的基本问题和前沿问题,诸如孙国华教授的《当前法学理论研究中的几个问题》、葛洪义教授的《论中国法的现代性问题》、吕世伦教授的《法的真善美》、郑永流教授的《法学方法论》、季卫东教授的《漫谈全球一体化对法学理论的影响》、朱景文教授的《解决争端方式的选择——一个比较法社会学的分析》;第二部分属于当代西方法哲学研究的问题,诸如信春鹰教授的《后现代法学的几个问题》、陈弘毅教授的《从哈贝马斯与福柯的思想看现代与后现代的法治观》;第三部分属于法律文化与法制现代化研究,诸如蒲坚教授的《中国法制史的现状与未来》、张晋藩教授的《中国百年法制反思》、吕世伦教授的《论我国法制现代化中的国家主义障碍》、贺卫方教授的《漫谈中国司法改革》、陈光中教授的《司法效率与司法公正》、贺卫方教授的《中国法律职业意识的觉醒》、霍宪丹教授的《建立统一的国家司法考试制度与法律教育的改革》;第四部分属于有关宪政与人权的法理学研究,诸如郭道晖教授的《民主的限度及其与共

和、宪政的矛盾统一》、《社会权力与法治社会》，季卫东教授的《人民自决的法理——对一项宪法权利的复眼式观察》、徐显明教授的《人权研究的时代性课题》；第五部分属于实证法律的法理学研究或部分法哲学问题，诸如蔡守秋教授的《人与自然的法学思维——环境法研究中的理论问题》、王利明教授的《侵权行为法的理论与实践》，梁慧星教授的《我国〈物权法〉立法中的几个理论与实践问题》，王利明教授的《物权法的基本问题》，王保树教授的《纵论公司法修改与完善》，江平教授的《关于公司治理结构的法律问题》；第六部分属于WTO和法律全球化，诸如张文显教授的《WTO与中国法律发展》、沈四宝教授的《WTO与我国法制建设》、郑成思教授的《WTO与知识产权》、吴汉东教授的《WTO与中国知识产权保护》。

作为当代中国法学学者思想展示与理论交锋的舞台，“当代法学名家讲座”以其爱智求知的热望、独立自由的思想、学术理论创新的勇气、宽容开放的心境，坚定地维护且身体力行地实践着学术民主和理论平等的价值诉求。如今，“当代法学名家讲座”已经成为吉林大学理论法学的学术品牌，成为吉林大学最有影响力的学术活动之一，每年都有来自海内外的著名法学家来校讲演，每次讲演都是座无虚席，甚至过道和走廊都挤满了听众。讲演过程中讲演者的思想拉动、讲演者与听众之间的交互对话，以及不同寻常的热烈气氛，给人们留下了难以忘怀的生动场景和持续的思想冲击。

我们将继续邀请我国的一些著名学者尤其是中青年的法学学者加盟吉林大学理论法学研究中心的“当代法学名家讲座”，我们也将继续整理出版这些学术演讲。让我们以全球化的眼光，来共同感受当代中国法律思想的律动。

张文显

2003年6月

目 录

当前法学理论研究中的几个问题·····	孙国华(1)
论中国法的现代性问题·····	葛洪义(6)
法的真善美·····	吕世伦(30)
法学方法论·····	郑永流(40)
漫谈全球一体化对法学理论的影响·····	季卫东(49)
解决争端方式的选择 ——一个比较法社会学的分析·····	朱景文(58)
后现代法学的几个问题·····	信春鹰(72)
从哈贝马斯与福柯的思想看现代和后现代的法治观·····	陈弘毅(82)
中国法制史的现状与未来·····	蒲 坚(93)
中国百年法制反思·····	张晋藩(100)
论我国法制现代化中的国家主义障碍·····	吕世伦(110)
漫谈中国司法改革·····	贺卫方(127)
司法公正与司法效率·····	陈光中(143)
中国法律职业意识的觉醒·····	贺卫方(153)
建立统一的国家司法考试制度与法律教育的改革·····	霍宪丹(168)
民主的限度及其与共和、宪政的矛盾统一 ·····	郭道晖(185)
社会权力与法治社会·····	郭道晖(197)

人民自决的法理

- 对一项宪政权利的复眼式观察····· 季卫东(215)
- 人权研究的时代性课题····· 徐显明(229)

人与自然的法学思维

- 环境法研究中的理论问题····· 蔡守秋(253)
- 侵权行为法的理论与实践····· 王利明(296)
- 我国《物权法》立法中的几个理论与实践问题····· 梁慧星(327)
- 物权法中的基本问题····· 王利明(346)
- 纵论中国公司法修改与完善····· 江 平(371)
- 关于公司治理结构的法律问题····· 王保树(385)

WTO 与中国法律发展 ····· 张文显(393)

WTO 与我国法制建设 ····· 沈四宝(414)

WTO 与知识产权 ····· 郑成思(425)

WTO 与中国知识产权保护 ····· 吴汉东(437)

当前法学理论研究中的几个问题

□讲演人:孙国华*

几个问题谈不上,我就谈一个法理学的基本问题,也是近几年随着研究的深入和实践的需要,应该好好思考一下的问题。近几年,有的同志提出:法学研究的基本矛盾不是权利和义务,权利和义务只是私法要解决的问题,而公法主要是解决权力和权利(power and right)的问题。我对这个提法有点不太相同的意见。我曾经写过一篇小文——《权力和权利是一对矛盾吗?》,这篇文章正好代表了我的疑问。在后来我的另一篇文章中,我认为权利就是被认为是正当的权力。

权力和权利是法学、政治学和社会学中经常使用的两个词。有的时候,同样的问题可以用权力也可以用权利表述。那么它们究竟是同一的还是相异的呢?通过阅读一些外文资料并总结归纳,我认为,权力首先是一种力量,例如,光的力量,热的力量,电的力量;在社会生活中,它首先体现于经济力量、政治力量(特殊的政治权力才是国家权力)和精神的力量(宗教对人的影响与控制)等等。所以,不应该把权力等同于国家权力。目前,相当一部分人往往简单地把权力等同于国家权力,这是不确切、不严肃的,容易使人们在概念上产生混乱。权力是一种力量,在社会生活中,在人与人的关系中,权力是权力的掌握者使别人服从他的意志的一种力量,这意味着,他有一种行为的自由。权力会产生一种明显的优劣势的对比,并直接导致最终的可预见的结果,世界上的问题,最后的解决是靠实力、力量,没有实力就要挨打。所以,我们要抓

* 中国人民大学法学院教授、博士生导师,中国法学会法理学研究会顾问。

讲演时间:2000年6月16日。本讲稿根据录音整理而成,并已由讲演人审阅和修改。

住时机,加快发展,提高经济实力和综合国力。

但是,作为具有改造社会能力的人,他对权力有着自己的价值判断和价值追求,对于那些不公正、不公平的权力,人们就会有意识地谋求对它的调整 and 改变。这样就涉及到了权利。有人认为,权利是一种利益,这是不确切的。权利是一种和利益相联系的行为,是一种被一定的社会意识认为是正当的行为。英文 right 的另一个含义是正确,也可以从另一个角度说明权利的正当性。所以,当使用权利这一术语时,就已经附有了人的价值判断。

人的行为总是同追求一定的利益相联系的。那么,在社会生活中,什么情况下,人追求利益的行为是正当的呢?结论是,人实际上能够做、并且还被一定时期的社会意识所允许的追求利益的行为是正当的。这里有双重含义,首先,权利代表一种权力,即有力量、有实力为一定行为;其次,他受到一定的限制,即在社会所认同的价值观的约束内为一定的行为,才是“正当的”,才是权利。

与权利相对应的是义务,义务是必须的、必要的行为。那么究竟是权利先于义务还是义务先于权利呢?不能轻易下结论。权利是一种行为的自由,而义务是一种必然(即必须为或不为一种行为的状态)。要获得行为的自由,必须认识必然,没有必然也没有自由。从这个角度看,义务先于权利。在历史上,也是义务观先出现的,这是人为了满足生存和发展的一种基本要求。相较而言,权利观念的产生和发展靠后一些,权利观念是人类的主动性、创造性随着生产力的发展才发展起来的。权利的观念为什么会在近代才逐步发展并受到重视呢?因为,一个社会如果没有社会成员的这种主动性、创造性,那么这个社会的优越性就无法发挥。邓小平同志建设有中国特色的社会主义理论、江泽民同志三个代表的重要思想,都把发展社会主义民主、建设社会主义法制,实行依法治国建设社会主义法治国家,作为其重要的一部分内容。我认为实现这一治国方略,首先就得树立公民正确的权利观并切实保障社会关系主体的权利。

权利是加载了人的价值判断和价值取向、包含了人反作用于社会关系的意图在内的。所以,权力和权利一个指的是一种事实状态,一个

指的是对这种事实状态的价值判断;一个讲的是实然,一个讲的是应然;一个讲的是存在,一个讲的是应该。仅仅从这个意义上,或许可以把它们视为一对矛盾。而在另外的许多情况下,它们的涵义是相通的。尤其在法律上,法律上规定的权利,实际上就是用法律的力量来确定为正当的一种权力,意味着这种力量的正当性;法律上规定的职权就是一种权力(当然是一种特殊的权力);而法律上规定“有权”为或者不为一定行为的“权”首先要理解为“有权利”,其次也可以理解为“有权力”,因为在法律上讲“有权利”,就得“有权力”,否则权利就成了空头支票、不能实现的许诺。

法律调整最重要的是要讲“理”。我认为,法是“理”与“力”的结合,“理”是基本的,“力”是必要的。“理”是法的内容,“力”是法的形式。因此,不能把公法简单地理解为调整公权力的法,也不能把私法简单地理解为调整私人利益的法。权利也是一种权力,很难把它们截然分开。这里涉及到公法和私法划分的原理。公法部门也好,私法部门也好,都要贯彻个人利益和社会利益、暂时利益和长远利益、局部利益和整体利益的结合。所以,在制定法律的时候,关键的问题是把权利和义务安排好。根据对客观情况和客观规律的认识,在对客观规律(包括自然规律、社会规律)掌握的基础上,形成符合人民愿望的价值观、正义观,根据我们自身的经验以及历史上、现实中其他国家进行法律调整积累的经验、智慧(包括法律技术措施)来确定权利和义务,这才是最重要的。至于形式,即“力”(法律效力),它的保障首先也源于“理”的内在合理性,其次源于国家强制力的保证。这里的“理”比道德多了一个国家强制力的保证。私法的典型代表是民法,民法的“力”(法律效力)的实现,从经济上看,它规定正常的经济生活不得违背经济规律。等价、有偿、平权、自愿是价值规律的要求。公法的典型代表是行政法,行政法关系是一种管理从属关系,一方有权管另一方。这两种关系,无论哪一种关系,最基本的都要分清楚权利和义务。国家如果到市场采购,也不能以国家机关的身份出现,而也是以一个平权的主体出现,比如现在用投标这种方式。国家如果以管理者身份出现,就涉及到行政法。这里最基本的是要把什么行为是应当的、允许的,什么行为是不应当的、不允许

的规定下来。法律调整中最基本的两个因素一个是允许,一个是禁止。允许就是能“做”、“准许做”,这是权利的问题;禁止就是“不做”、“不许做”。允许和禁止有两个类型,一类就是“凡是法律所不禁止的都是允许的”,这也就是现在所说的罪行法定、法无明文不为罚。这种类型有利于保障广大人民的权利和自由,这体现了一种民主的法制。另一类就是“凡是法律所不允许的都是禁止的”,在这里,允许是具体的,其他都是禁止的。在现代社会,后一种类型是针对国家机关设置的,针对有权者设置的,以便防止国家权力的滥用。如果这方面不把它明确规定,当权者就可以做他想做的一切。我们现在虽然贯彻法治,并将它写入了宪法,但在实际生活当中,是不是把代表人民掌握国家权力的人的公务行为都管住了?我想,还没有。这需要在建设社会主义民主、法制的过程中逐步完善。我说这些的目的在于说明:无论公法私法,权利义务的确定和分配都是最基本的,只不过因为它们所调整的社会关系不一样,从而调整的方式、方法也不一样。至于现在的社会保障法,不好说把它界定为“公”或“私”。总之,在法律上,权力应当成为法律上的权利,国家权力的行使也应当转化为各个国家机关的职权(职权也是权利),使之受法律的约束,这样才能保证其不被滥用。

自由和纪律、个人和集体,在不同的情况下应该有所侧重,但不好说哪个是本位。要重视权利,重视公民权利的保障,最基本的是要发挥人的主观能动性,但不同的部门也有不同的表现。有的部门主要用授权的方式,例如民商法律部门;有的部门主要适合使用规定义务的方式,例如行政法律部门。所以我不主张将谁定为本位,还是要强调二者的统一。权利本位的概念是从个人本位发展而来的,而现在又出现了社会本位和生态本位,所以,将谁定为本位的问题,我们还要通过大量的研究。

我们今天讨论的一个基本意思,就是不同意法学研究的基本矛盾是权力和权利这种提法。当然这个问题也有其重要性,尤其在国家与公民的关系中,但这是另外的问题,是涉及到国家权力如何运用的问题。而我们法学研究的根本问题应当是权利和义务的问题。权利和义务的问题就是要在法律上分是非的问题,就是法律上合法不合法的问题。

题。如果给法下一个简短的定义的话,那么法就是国家判断人们的行为合法不合法的标准。而要做这种判断首先就要搞清楚权利和义务的问题。至于国家权力的运用,不同时期在不同的社会关系中依不同的需要应采取不同的手段、不同的调整方式,那属于部门法的划分问题。

我们今天谈的这个问题,法学界正在争论,我考虑能不能把它转移到这方面来研究,即转移到对法的内容的研究,使它更符合时代的要求,符合社会主义建设的客观需要和人类法律文化的发展方向。法是“理”与“力”的结合,“理”上升为法律,方能有“力(法律效力)”、有国家强制力的保障,违法者不仅是违背了法律的规定,而且也违背了人民、社会公认之“理”、违背了有“力”的保证的“理”,就应受到法律的制裁。总之,对目前有学者提出的权力和权利的问题,我认为可以一句话将其概括:权利就是被认为是正当的权力。

论中国法的现代性问题

□讲演人:葛洪义*

一、问题的提出

法的现代性成为问题、成为知识界议论的中心话题,在西方国家大概是上个世纪中叶以后,^① 在中国也不过只有不到十年的历史。^② 不过,中国法的现代问题,与西方相比,既有共同之处,又多了一些不同。在中国,法律一直被作为器物层面的东西。古代中国人把法律作为君主统治臣民的工具;现代中国社会,法律则或是阶级斗争的工具或是追赶世界范围现代化的手段,就象管理技术、科学技术一样。因此,在中国,法律几乎从来不是一个知识性的话题,或者说,不是一个知识分子能够平心静气加以讨论的对象。很难想象,陶醉于“采菊东篱下,悠然见南山”境界中的文人墨客,会辩论如此入世的法律问题。总体上看,

* 西北政法学院法学研究所所长、教授,中国法学会法理学研究会副会长。

讲演时间:2001年10月23日。本讲稿根据录音整理而成,并已由讲演人审阅和修改。

① 尽管在韦伯的理论中,通过工具理性与价值理性的碰撞而表现出的现代法律制度内在的痛苦和矛盾就已经呈现在我们面前,现代性问题(包括法的现代性问题)就已经初露端倪,但是,这个问题受到普遍地认真关注,则与西方后现代思潮的出现密切相关,故我们将它界定为20世纪中叶以后的一种理论现象。

② 由于朱苏力、信春鹰、刘星、梁治平等学者的积极推动以及季卫东、朱景文等学者的热情参与,这个完全西方化的论题在上个世纪末进入了中国法学的学术语境。参见季卫东:《面向21世纪的法与社会》,载《中国社会科学》,1996年第3期;苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版;刘星:《法律是什么》,中国政法大学出版社1998年版;信春鹰:《后现代法学:为法治探索未来》,载《中国社会科学》,2000年第5期;梁治平编:《法律的文化解释》,三联书店1998年版,等等。

中国法律与中国古人的精神追求无关。但是,中国古人又恰好特别关注精神上的自我完善,所谓“修身、齐家、治国、平天下”,修身是第一位的,修身讲的是个人道德修养的提高,与法律无关,与探索客观知识也无关,^①因而,中国古代,法律与法学都是不很受重视的。这种状况今天也没有很大改变。这样一来,现今就出现两个难受的问题或者说矛盾:第一,现代与非现代的矛盾。一方面,现代是一个世界性的大课题,我们中国人也无法回避这个课题;另一方面,中国文化的精神似乎又与现代很不相容。当下的中国法首先就处于这种现代与非现代的精神夹缝中;第二,现代与后现代的矛盾。在中国小心翼翼地追赶法的现代化的时候,发达国家思想界却正为现代之后的知识状况烦恼。中国法又被置于现代与后现代的精神处境下。第一个问题或矛盾使我们在追赶现代的时候面临传统无所不在的巨大阻力;第二个问题或矛盾则不断地迫使我们检讨现代化的努力。或许,这就是中国法精神处境的微妙之处。

中国法的这种精神处境给予我们的启示是:传统与现代性的关系问题可能是中国法治建设在理论上不可回避的问题。从事、至少是关注法律文化或者中国法律文化研究的部分学者认为,本国传统构成了法治现代化的最大阻力,如有关法治观念变革的研究成果通常都是站在传统法律文化的现代化角度思考问题;部分学者则以为这类传统构成了法治建设最大的资源,如后学者一般均持一种语境化的研究思路。显然,这是对传统法律文化的两种不同的评价和期待,都涉及到如何认识当代我国法律的基本问题的问题:观念变革论者将传统法律文化视为顽固地抗拒现代化的力量,将突破传统、追求法的现代性作为研究的基本问题;后学者则认为,现代性本身才是一个问题,是有待于超越的对象,传统法律文化则是超越现代性的重要资源。我以为,这两种观点

① 这与西方国家形成了鲜明的对比,后者自苏格拉底开始,就将知识与道德紧密联系在一起,所谓“美德就是知识”实际上是把道德问题归结为知识问题。自然法的表述本身也是很能说明问题的。自然法的自然是认识的对象和善的体现;而中国古代的老庄哲学虽然也有“道法自然”之说,但是这个“自然”并非知识的对象,是不可认识的。

实质上有一个共同的前提,即将传统法律文化与现代性割裂开来,作为非此即彼的东西,而忽视了:在中国,法的传统是借助于现代性的话语形式与思维方式才真正成为问题的,无论是否定还是肯定传统法律文化,其衡量选择立场的标准均在于现代性论域。如果这个判断是正确的,就将迫使我们关注点从传统转向现代性,通过对法的现代性的种种问题的分析来解读中国法治。后学者的极其有益的贡献就是把法的现代性作为一个问题而非前提加以讨论,但是,他们从传统解读中国法治的立场本身可能是有问题的,因为中国的法的基本问题根本上乃是一个现代性问题,传统法律文化是在现代性问题的观照下才成为问题的,只有站在现代性问题的立场上,才能理解中国的法治建设及其中的法律文化传统。

今天,我不想讨论中国法的现代化之必要性,这个问题对今天的中国人来说是不言而喻的;我也不想讨论传统法律文化的现代影响,这个问题论者已经甚多。我关心的是:为什么西方的后学带来的法的现代性论题能够在中国同时导致热烈的欢迎、共鸣与激烈的敌视、焦虑?为什么后现代法学在中国可能引起怀古之幽思?^①中国法的现代化的双重压力为什么会汇为一股反现代的激流?中国的法的现代性问题究竟是一个什么性质的问题?这个问题形成的知识背景是什么?它在中国作为问题的原因又是什么?等等。这一问题归结为一点就是:我们中国人究竟为什么把现代法治作为一个问题对待?

二、法的现代性及其在中国的问题性

什么是法的现代性?什么是法的现代性问题?法的现代性在正为法制现代化而奋斗的中国是否是一个问题?这是首先必须回答的。

20世纪已经过去了。在过去的世纪里,可以肯定地说:我国法制

^① 季卫东五年前就提出了这个警告,他的相关观点引起了苏力的积极回应。参见季卫东:《面向21世纪的法与社会》,载《中国社会科学》,1996年第3期;苏力:《后现代思潮与中国法学与法制》,载《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版。

领域最为引人注目的事件就是法的现代转型,而这个世纪我国法学界最为纠缠不清的问题也就是法的“现代性”问题(如同现代性问题始终困扰着学术界一样)。可以说,学者们关注的主要问题几乎都直接或间接、显在与潜在地与此相关,而无论其是否意识到。例如受到普遍关注的“本土化”与“现代化”、法律与道德、法律的性质、法律的作用、法律文化、法律价值等等话题,实际上都是从“法的现代性”这个总话题中延伸出来的。^①

法的现代性与现代、现代化、现代性、法的现代化这些概念存在千丝万缕的联系。现代一词的含义有三个维度:从时间上看,特指 15 世纪欧洲文艺复兴之后的历史区间;从内容上看,又指以工业化为核心的社会状态;从精神气质上看,则可以沿用韦伯的术语称为“理性化”,也就是工具理性占据主导地位。现代学中,现代化主要是研究落后国家或第三世界国家社会转型问题的论域,实际上也就是研究从前现代或传统社会向现代社会的转型过程,目的通常就是探讨落后国家因实现工业化而导致的社会全面转型过程中所产生的各种问题;现代性基本上则是西方工业发达国家围绕工具理性而发展出来的一些社会文化特征,如工业化、都市化、科层组织、民主化、法制化、宗教世俗化、福利化、人口流动化等,可以理解为现代社会的特征;法的现代化同样体现了这样一个工具理性逐渐占据主导地位的过程,具体表现为各种法的现代性因素不断增加而法的传统特征则不断减少的过程。这些法的现代性因素如法的公开性、普遍性、层次性(或称法的内在道德性)、确定性、职业化、合理性、权威性、可诉性等,几乎在所有的发展中国家都是法治建设不言而喻的参照指标系统。

所谓法的现代性问题,就是指上述指标系统产生了问题,受到了前所未有的挑战和指责,法的现代性因素以及法的现代化本身的合法性根据被动摇。长期以来,中国人民都在致力于加强社会主义法治,中国

^① 一旦法的现代性成为问题,上述论题的前提条件就不存在了,论题也就失去了意义。就如当下有学者对法律的普遍性的质疑,不可避免地影响法律的本质、价值、作用等等问题的继续讨论。

法学界也把推动法治建设作为自己的重要使命。在这里,法治现代化和法治建设两个词一般并没有严格的区分,实际上说的是一件事,即反对人治,主张法治,确立法律的权威。法治既是目标,又是思想前提,具有无可怀疑的正当性。现在一些流行的口号和说法,随便举出一些,如推动司法公正、公开,提高法官的业务素质,树立法律权威,依法治 x, 罪刑法定,无罪推定,司法独立,法律面前人人平等,等等,都是建立在法治的合法性、正当性基础上的。然而,在当前的思想背景下,作为法治建设思想前提的各种法的现代性因素本身却遇到批评和挑战。例如,有人指出,法律不过是一种地方性知识,是一种本土资源,根本不存在普适性的法律,法的本质是一个虚构的神话。^① 显然,这里在暗示通过人为努力实现法的现代化不过是一种狂妄的想法和念头,很可能导致法律越来越多,法治越来越少的结局。^② 这些观点对法的普遍性、层次性、合理性等法的现代性因素都是极具颠覆性的;再如,近代以来的法治理念与法的确定性存在密切关系,而美国批判法学的代表人物昂格尔则通过对法律和法律推理的确定性的怀疑进而批判了自由主义法律理论关于法律的客观公正性的理论基础;^③ 还有,在形式合理性的法律制度中,法律职业的专业化是一个重要的基础性条件,而有学者则同样尖锐地指出,法律职业的高度专业化造成了对司法权力的垄断,

① 吉尔兹认为法律就是一种地方性知识,梁治平提出法律的文化解释的方法论意义,实际上也是侧重于说明法律的文化背景。参见梁治平编:《法律的文化解释》,三联书店 1998 年版;而苏力认为,法律一词只具有家族相似,不可能同一。参见法律文化研究中心:《法律的本质:一个虚构的神话》,载《法学》,1998 年第 1 期;刘星则通过强调法律的语境化问题,解构法律的普遍性。参见刘星:《法理学的使命和作用——一个疑问和重述》,载《法学》,2000 年第 2 期。

② 苏力也已经直接地尖锐地说明,中国现代化过程中的法制建设一开始就包含着一系列悖论或内在矛盾。参见苏力:《20 世纪中国的现代化和法治》,载《法学研究》,1998 年第 1 期。

③ 美国现实主义法学家卢埃林、弗兰克曾经对作为法律推理前提的法律规则和事实的确定性提出怀疑,而昂格尔则特别强调法律推理的过程不可避免地要受到政治意识形态的干扰。参见[美]昂格尔著,吴玉章、周汉华译:《现代社会中的法律》,中国政法大学出版社 1994 年版,第 180 页以下。