

葛洪义 著

法理文库

探索与对话： 法理学导论

山东人民出版社

法律文库

探索与对话：法理学导论

傅郁林 著

法律出版社

D90/160

葛洪义 著

探索与对话： 法理学导论

图书在版编目(CIP)数据

探索与对话:法理学导论/葛洪义著. - 济南:山东人民出版社,2000.4

(法理文库/徐显明,谢晖主编)

ISBN 7-209-02556-1

I. 探… II. 葛… III. 法理学 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 18497 号

探索与对话:法理学导论

葛洪义 著

*

山东人民出版社出版发行

(社址:济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码:250001)

新华书店经销 日照市印刷厂印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 13.875 印张 4 插页 330 千字

2000 年 4 月第 1 版 2000 年 4 月第 1 次印刷

印数 1-3000

ISBN7-209-02556-1
D·610 定价:22.00 元

增 订 版 序

作为一个“以学术为志业”(韦伯语)的人,没有什么事能够比自己的书和想法拥有读者而更感欣慰的。1996年,法律出版社初版本书时,我压根没有想到这本纯理论探讨的书能够受到学界和读者的欢迎,也想不到一些学校还能把它作为法学、法律专业硕士学位研究生的法理学教科书使用,自然,也更想不到有机会修订再版。现在,本书能够在山东人民出版社再次出版,不能不感谢我的两位学界老友:山东大学副校长、法学院院长徐显明教授、山东大学法学院谢晖教授,不能不感谢山东人民出版社李怀德先生,当然,更要感谢的是曾给予我热情支持与鼓励的读者。

在现在流行的话语中,作品出版后,作者就已经不存在了。这本三年前的书,现在看来,许多地方都需要进一步推敲。但是,它毕竟是自己在一个相当长的时期内的想法。无论有多少欠缺,都应该把它比较完整地交给读者批判。因此,再版后的书中,我只是将原书中的未能校订出的错别字以及表述上明显不妥之处加以改正、修订、删节,而尽可能保持原貌。

在附录部分,新增加了四篇论文:《论法理学教学与教材的改

革》是1999年5月至7月我在香港城市大学访问期间撰写的,原载《法商研究》1999年第6期。该文着重讨论目前本科生用法理学教科书与法理学学术研究的关系问题。《法律的理论与方法——法理学作为一门科学的条件与界限》一文原为向1999年12月武汉召开的“法理学向何处去?”学术讨论会提交的会议论文,文中主要观点属于我所承担的司法部研究项目“后现代思潮与法的现代性问题研究”的组成部分。因该部分内容与本书直接有关,故收录于此。《法的普遍性、确定性、合理性辨析——兼论当代中国立法与法理学的使命》一文,原刊《法学研究》1997年第5期,为我与陈年冰女士合作完成的;《法律、理性、秩序》一文为我与朱其萍女士一起,向沈宗灵先生从教五十周年纪念活动暨学术讨论会提交的论文。因这两篇文章均与本书主题有关,现征得两位合作者的同意,收录于书中。增加的部分,可以说明我现在的一些想法。

本书再版之时,人类已经步入21世纪。希望本书的重印能够为新世纪的法理学研究和教学增添一点新意。

葛洪义

2000年1月于西安

自序

《探索与对话:法理学导论》一书是全国哲学社会科学规划项目《社会主义市场经济法理学价值基础研究》的最终成果之一。促使我写作、出版本书的原因有二:其一是,我始终确信,今天则更加确信,法律存在着一种普遍的价值,它体现在各个国家、各个时代的法律追求之中。或许,法律本身会蔑视人的尊严,欺凌人格,将人踩在脚下,把人不当人,但我们对法律价值的信念却不容动摇,也不应动摇,因为,从某种意义上说,法律价值就是人的生存价值,除非我们甘愿沦落为他人或物的奴仆,否则,就应全力追求、奋斗和斗争。在我看来,揭示法律的价值,首先是法理学的使命,尤其是,面对社会主义市场经济的中国法理学,更应首先面对、正视、挑战这一课题,进而为中国法理学构建一个崭新的价值基础。我需要把这种确信用文字的形式表达出来;其二是,在数年来的法理学研究中,我曾陆续发表了数十篇学术论文和文章,也参与出版了几种教材和著作,并且从事了长达九年的法理学教学,在校内外做了数十场学术报告。坦率地说,其中许多提法并不是我的真实想法,无论是在教材写作还是教学中,我们都需要有合作精神和纪律意

识。尽管这种做法在中国并不会受到谴责,实际上也为大家所理解;尽管我也不敢肯定自己一定比他人高明,但是,对年复一年的缺乏创新的陈词,我还是感到很厌恶,我希望告诉别人我自己对法理学的认识及对法律的看法。同时,随着认识的发展和变化,也有必要对自己以前的观点和想法进行清理,使之更为系统和完整。出于这些原因,我决定将自己在探索过程中形成的粗浅认识以整书的形式呈现在前辈、同行和读者面前。我确信,只有真实的文字,才能换来真诚的批判性讨论,或许是共鸣。作为法理学工作者,我当然也希望本书的出版能够有助于当前我国繁荣理论法学研究和促进法制发展的工作。

本书既是与我自己的对话,也是与当代中国法理学的对话。我一直认为,当代中国法理学的历史包袱太沉重,需要打开抖一抖,使之能够更为轻松地走进中国社会,走进中国市场经济,也走入中国人,尤其是寻常百姓的生活。因此,在本书中,我按自己的思路将所要讨论的问题分为两类:上篇“法理学研究的对象、目的与方法”,主要概括法理学研究本身的基本特征,进而探讨目前我国法理学教材在把握法理学这一学科时所存在的一些带有普遍性的重大问题。同时,试图尽可能客观地描述我国法理学发展的基本线索(尽管纯客观的描述是完全不可能的),指出价值法学在传统与现实的夹缝中艰难而又顽强地萌芽和发展进程;下篇“法理学的若干基本问题”,是根据上篇所确定的法理学研究之特征,对我自己所能意识到并能够阐明或部分阐明的法理学基本问题谈些自己的认识、体会和主张。在选择哪些问题属于我所说的法理学基本问题时,我判断“基本”两字的依据和标准主要是:(1)它们必须具有浓厚的理论色彩,即属于通常所说的理论问题;(2)它们曾经是法理学史上的重大问题,而且对我国法理学顺应时代的发展具有重大的理论作用;(3)它们应该能够运用哲学的方法得到说明。因此,本书并不是也不打算对我国现行法理学教材的所有内

容进行逐章讨论,这是毫无必要的。对此,或许有人会怀疑本书的标题是否妥当和贴切。我的看法是,法理学并没有固定的写作模式,任何固定模式都是对法理学生命冲动的抑制,是试图用某种僵死的框架去规定永恒的发展。正如科学本身没有国界,法理学无须冠以“中国社会主义”之定语以显示其特色一样,法理学的存在形式也取决于其内容的特征。因此,本书书名定为《探索与对话:法理学导论》,正是基于本书是对法理学问题的系统思考而确定的。之所以称为“导论”,有二层考虑:一是,本书所讨论的问题都是法理学常见的问题,带有澄清问题的性质;二是,我对自己认识的科学性并无把握,实际上,这些认识也很粗浅,因而,定为“导论”,有提出问题的意思,仅仅试图为进一步的研究提供一个新的可供选择的基础和线索。它之所以是“新的”,就在于在对本书所涉及的所有问题的讨论中,都将贯穿一个基本思想:法理学不仅要揭示真理,而且要弘扬价值和理性;法律不仅要体现规律,而且要维护人的价值与尊严。

或许是受所处时代的影响,我是1984年前后在攻读法学硕士学位期间着手研究法律与价值的关系这一问题的。与许多同龄人一样,我执着地迷恋上抽象的哲学问题并确信能够用哲学方法回答法律的根本问题。幸运的是,我的理论热情得到了马朱炎、邵诚、严存生、段秋关、武步云诸位教授的鼓励和支持。时任《西北政法学院学报》主编的王天木教授还曾就我在法律价值问题上的粗浅见解提出了中肯的意见。对人的价值的关怀及对法律价值的确信,促使我选择法律权利做自己的学位论文。可以说,这是我在法律价值研究中的一个重要转折,因为正是在对法律权利的研究中,我才意识到个体主体性的生命形式和潜在价值。1988年,我带着一篇论述法律权利问题的短文参加了讨论法学基本范畴的长春会议。会议期间,与既是师长,又是朋友的张文显、林喆、郑成良、齐海滨、王子正、张恒山等人一起进行了数次彻夜讨论。这种严肃认

真并极为真诚的学术探讨,至今想起,仍令人激动不已。由于这次会议拉开了法理学领域具有重大意义的权利本位大讨论的序幕,之后,我又陆续发表了几篇文章进一步阐明自己的观点。长春会议及之后的权利本位讨论不仅深化了我对权利问题的认识,而且使我对实证研究方法有了进一步的了解。同时,与这批当时极富活力的学者的交往,使自己深受启发,甚至连本书中所提出的“法理学基本问题”这一表述也得益于此时结识的对抽象思维极为擅长的林喆女士。如果说,我的研究后来发生了些许变化的话,那就是在法律现象的领域尝试价值构建的同时,尽可能地多了点实证色彩。可以说,现在呈现于读者面前的这本书中的基本观点就是在上述过程中形成的。当然,曾经热情扶持或支持、帮助过我的老师和朋友还有许许多多,如我极为尊敬的沈宗灵、郭道晖、孙国华、刘升平、李步云、卢云等法学界前辈,再如徐显明、王晨光、石泰峰、孙笑侠、尹伊君、高其才、谢晖等挚友,在此,我不可能一一提及,只有表示由衷的感谢。诚然,本书中的观点可能与老师、朋友的见解相佐,但这种谢意却是真诚的,因为,正是在不同观点的交流中,学术才能进步,自己也只能提高。

坦率地说,本书的创作并不表明我有多么深刻的学术见解,甚至本书是否具有学术价值我都没有把握。但是,我敢保证本书的每一句话都是真实的、发自内心的,是一个忠实于学术良心的法理学学子对法理学问题所进行的虽粗浅但又严肃的探讨。

最后,谨向国家哲学社会科学基金会、出版社及近十年如一日支持、容忍我沉溺于抽象文字的陈年冰女士——我的妻子和曾给予我无私帮助的西北政法学院的老师、领导,表示诚挚的谢意,没有他们的支持,本书的出版将更加艰难,或几无可能。

葛洪义

1996年3月10日

引子：沉重的“创新”

——法理学的价值重建

“新思潮的优点就恰恰在于我们不想教条式地预料未来，而只是希望在批判旧世界中发现新世界。”^①

——马克思

1. 我国法理学怎么了？

法理学是一个社会法律的时代精神的载体。曾几何时，法理学就是法学，法学也就是法理学。^②在我国，法理学也曾拥有自己的辉煌。在拨乱反正的历史时期，法治与人治之争、法的阶级性大讨论、法律面前人人平等的呐喊等都曾激动过法学工作者的心灵。法理学坚定地走在法制建设的前面，那时，从未有人对法理学的功

^① 《马克思恩格斯全集》第1卷，第416页。

^② 英文中，Jurisprudence有双重含义，古时就指法学。

能和作用持有疑问。

然而,当我们把视线投向现状时,可以强烈地感受到法理学领域相当普遍地存在的无奈和焦虑情绪,一种强烈的危机意识环绕着我们。如果是对外人对法理学表现出一种冷漠,那是不难理解的,因为,市场经济条件下的大众心态毕竟是比较功利的,然而,如果是法理学圈内人不断发出无奈的呻吟,那么,就必须问一声:法理学怎么了?

法理学究竟怎么了?昔日的光环哪去了?是社会不理解我们,还是我们不理解社会?无论我们愿不愿意,都必须正视现实:社会变了,而我们没变。在中国社会步入市场经济,中国人民为创造社会财富、也为积累个人财富奋力竞争,在中国法制正努力为市场主体创造平等竞争的条件的時候,法理学却仍在为法的阶级性而争得面红耳赤。有的人仍以正统的马克思主义法律思想权威自居,要引导法学沿着“正确”道路前进。“左”和“右”的阴影远没有驱散,笼罩在人们的心灵上的畏惧依然如旧;当中国经济正努力与世界经济接轨,区域间的法律一体化乃至法的国际化已成为世界法制发展的趋势,各国人民的友好往来和学术交流广泛开展之时,法理学仍然在敢不敢移植法律,移植外国法律会不会影响社会主义性质等问题上分歧重重,仍然在论证西方国家法律和法学的“剥削”性质和“反动”本质;当中国高层决策圈基于培育市场主体的需要,决意推行现代企业制度,并为此出台了《公司法》和体改委有关改制文件,意欲淡化所有制结构,创造能够适应市场机制的充满活力的产权主体时,法理学仍在重复社会主义法是以社会主义公有制,即全民所有制和集体所有制为基础的老话,并将其作为社会主义法的优越性的佐证;当社会主义法的实施面临重重困难,有法不依、有法难依现象比比皆是,法制建设举步维艰,亟待理论支持之时,法理学却仍在高歌猛进,不敢正视,溢美之词充斥教材的字里行间。15年实在不算短,中国的变化让人目不暇接,新思潮、

新观念、新制度层出不穷。而法理学有什么变化呢?真正意义上的变化确实很少。客观地说,十余年来,一针见血、持之有据、言之成理的好文章并非没有,然而,人们对法理学的评价却越来越差。原因就在于,法理学任何创新都被旧体系同化了。决不应低估旧体系的同化力,法理学教材所体现出的法理学体系,在社会看来,就是中国的法理学。

旧观点未必都是错的,旧体系也不是没有自己的合理之处,问题在于,法理学能不能够、又应不应该以一种更为积极的姿态,参与社会变革的伟大事业,投身于改革开放的历史洪流?一位律师如果总对他的雇主说这也不行那也不行,提不出任何建设性的意见,那么,等待他的只能是被“炒”的命运。如果中国的法律都按法理学教材中的观念去运作,那么,不是中国的法律被“炒”,就是中国的法理学被“炒”。必须承认,法理学落后了,被历史远远甩到了后边。法理学凄凉的处境多少有些是自己造成的。

如果说法理学自甘落后,那是不客观的,也是不负责任的。事实上,法理学工作者为改变现状所付出的艰辛和所承担的风险都是极大的。法理学太容易受政治思潮影响了,这种状况并不是法理学自身能左右的。因此,对许多敏感的问题,往往采取回避态度。多年以来,法理学最为紧迫的课题就是尝试解决理论脱离实际,研究法理学如何面向未来、面向 21 世纪。直到 1995 年 7 月,在昆明召开的第八届全国法理学年会上,学者们仍在奋力疾呼要理论联系实际,指出法理学面向 21 世纪,实际上是法理学者面向 21 世纪,期待法理学者的创新。在理论结合实际的指导思想的支持下,法理学教材也曾进行了不少改革,如把法在经济领域的作用与在政治领域的作用互换位置;把法的作用内容扩大,由一章改为一编;调整体系;增加内容,如法律文化、法的价值、一国两制等;在法的本质部分,除了介绍阶级性,也谈些社会性、公正性,同时,阶级性也不再仅指阶级镇压;把法的历史发展部分缩小,等等。更有

学者强调,要加强法理学的对策研究,要为领导层决策法制建设提供对策性建议,由此,法理学变成了对策学,从一个极端走向另一个极端,偏离了法理学研究固有的轨迹,失去了理论的独立性。

由于没有找到自己的理论支点,以至形成一种恶性循环:有时法理学愈是强调面对现实,就愈是丧失自我、脱离现实;反过来,愈是丧失自我,也就愈是无法真正面对现实。在深刻的社会变革面前,法理学总是无奈地叹息,始终显得力不从心,处处被动,不得不做时代的尾巴;从体系上看,总是无法摆脱以不变应万变的尴尬局面;从内容上看,在某些方面,固守成见,在另一些方面,则又过于随机应变,缺乏应有的独立性和自主性。

尽管法治有自己的独立的存在价值,但市场经济无疑为法制发展创造了一个良好的外部环境和条件。市场经济使传统法理学的缺陷展示在社会与大众面前,使其弊端得以充分暴露。形成于50年代的传统法理学,随着旧体制的解体,已经失去生存根据。在新体制下,它要么继续作为前进的桎梏,被社会弃之一旁,要么完成自己的创造性转换,溶入社会变革的炉火之中。或许,这也是一种市场法则。在这个问题上,焦虑也好,叹息也罢,都是无济于事的。法理学落后了,这是事实。因此,我们要立足于当代中国的现实,立足于我们这个时代法制建设的特殊需要,去发掘、创造属于我们这个时代的法律的时代精神。

2. 传统与反传统:旧话重提

必须承认,在当代中国法学领域,传统给予法理学的负担也是最沉重的。它的每个实质性观点都弥漫着浓烈的传统气息,它的最主要的研究手段仍然是引经据典;它的最重要的使命之一是裁决异端,提供是非的尺度。经验表明,法理学的每一次突破与变

革,都是对传统的批判、否定和扬弃,都是一次叛逆。因而,法理学能否超越自我并回归社会,真正的取决于它是否具备了否定传统的勇气和能力,取决于它在与传统的较量中能否冲破后者的束缚。

我国法理学从来不乏危机意识和忧患感,但却始终缺乏悲剧意识和幻灭感,缺乏直面美好的东西被粉碎时的悲壮和胆魄。没有自我否定机制的任何东西都是僵死的或虚假的,开放本身就包含着自我否定。马克思主义法理学应是一个开放的理论体系,它不是教条,而是行动的指南;不是停滞不前的顶峰,而是继续攀岩的起点。生命的运动本来就是在否定之否定中完成的。法理学超越自我、否定传统,是合乎规律的必然抉择,是已经被历史所规定了的。

前人的创造,既是一笔财富,又可能变成一种负担。对后人来说,所继承的财产愈多,往往负担愈重。富有的继承人,常常被人鄙视地称为公子哥儿,视为缺乏生命创造的象征。难怪,许多百万富翁宁愿给子女留下一个“无”。物质财富如此,精神财富也一样,需要创造性地去使用。当代美国最负盛名的社会理论学者之一昂格尔讲述过一段十分精彩、令人深思的话:“伟大的人物让后继者背上包袱是常有的事。每当政治、艺术或思想取得显著的成就时,随之而来并从中受益的一代人,可能会有一种没有什么真正重要的事情值得再去做的无所作为的感觉。他们可能觉得最宝贵的机会已经为前人所把握并转化成了成功的契机。因此,后来者总像是处于困境之中:或者仅仅是伟人们留下的遗产的看管人,或者虽希望独立,但由于对成功缺乏信心,只能将抱负大大压缩,并开始以技术上的熟练性在狭小的领域内进行耕耘。”^①可见,为财富所累并非中国独有的现象。财富是宝贵的,但如果把财富变成包袱,把伟大人物的遗产当做老本来吃,必然坐吃山空,以至上演一幕历

① [美]昂格尔:《现代社会中的法律》,中国政法大学出版社1994年版,第1页。

史悲剧。

创造包含着否定,创造就是悲剧,因为它是对美好事物的否定和扬弃。毫无价值的见解不可能成为创造的基础,有价值的东西又总是让人留恋,创造者的困境就在于此,创造者难以为人们所接受的原因也在于此。从历史上看,凡是可以称之为传统的东西,都一定包含着精华,体现着一定的时代精神,以至被后人发展成为一个封闭体系(不封闭的体系本身就是反传统的)。体系固有的惰性只有通过彻底的否定才能打破。在这里,妥协、调和、中庸只是怯懦的代名词,特别是在与自己的过去诀别的时刻,不敢正视自身、否定自身的人必然要有所保留。真正的精华不可能因为否定而走向其反面,只能在否定中得以升华。伟大的理论是在不断的否定之中经受检验并延续下来的,法律思想也是如此。因此,对传统的尊敬和否定是一致的。反传统固然要批判传统,而且也是突破传统的一种形式,但它所否定掉的只是那些或迟或早要被淘汰掉的东西,所肯定下来的一定是那些生命力旺盛的东西。法理学坚持以马克思主义为指导,首先就要坚持马克思主义无私无畏的批判精神,敢于“怀疑一切”,坚持实践标准;敢于与旧的传统观念彻底决裂;敢于为粉碎旧体系而冒险;敢于直面现实、改变现实;更要敢于正视自身、否定自身、超越自身。

传统与反传统之争并不是现在才开始的,它是整个新时期法理学发展的精神线索。经过几番争论,传统的东西受到排斥。在法理学领域,很难看到有人公开为传统申辩。这在很大程度上是因为人们对传统与反传统理解各异,不少人实质上是在用传统反传统,并非真正意义上的反传统,他们所反的只是自己认定的传统,或者说,他们把与自己不同的观点统统视为传统而加以否定。因此,新时期法理学传统与反传统的交锋,常常变成传统内部的互补,实际上是延续传统,而不是反传统。

我国法理学最深层、最内在、最具传统性的精神支柱是一种束

缚人、冷落人、忽略人的主体创造性的具有浓厚宿命色彩的整体主体性。在法律认识论的理论层面上,它表现为对有生命的现实的个人理性能力的怀疑,强调人作为类的群体存在,认为法律的产生、发展、作用和目的都是仅仅取决于人的群体意识及群体活动,否认人作为个体的创造性和能动性,否认具体的个人的实践活动。在法律实践论的现实层面上,认为法律实践的直接对象是群体间的关系,法律实践的主体仅仅是作为整体的人或群体化了的人,不承认或者轻视个体特殊性,更回避个体创造性的实践意义,将感性的、具体的、活生生的个人作为一种手段,一种实现类的或整体的目标的工具。法理学的整体主体性把社会历史观浓缩在一次性完结的法律实践中,把现实的个人的现实需要弃置一旁。所以,这种法理学与其说建立在马克思主义实践观的基础上,不如说更接近一种宗教观念,更表现为一种宿命,更反映了集权专制的需要。因此,法理学的反传统必须从对整体主体性的反思和超越开始。

从认识论的角度看,马克思主义是一种反映论,思维是存在的反映。但马克思主义同时又是一种能动的反映论,它从不否认人的创造性活动的意义。法律作为人的有意识活动的产物,应该符合一定社会发展的需要,而能否达到这一目的,则取决于人的认识能力和实践水平。同时,法律实践又具有自身的特殊性,现实中的而非观念中的法律实践,总是指向具体的感性个人,调整着人与人之间的社会关系。现实的人的现实活动必然制约、规定法律实践。因此,具体的现实的个人无疑是法律实践的主体。

法律认识和实践中的客体论,即否认人的主体创造性的观念,在我国法理学中并无市场。问题在于,整体主体性因为抽掉了具体的人的活动,所以,实质上还是一种客体论,是一种表达更为巧妙、迂回的客体论。近年来,法理学界许多学者都在论证法学即人学这一命题。在我看来,这种论证太抽象、太一般,就像它的命题本身过于抽象和一般、缺乏明确的所指一样。我国的法理学实际