

通向法学圣殿之路

法学法律硕士

考试命题研究

中国人民大学 考试命题研究组 编

2002版

世界图书出版公司

法学法律硕士考试命题研究

考试命题研究组 编

世界图书出版公司

北京·广州·上海·西安

2001

图书在版编目 (CIP) 数据

法学法律硕士考试命题研究/考试命题研究组编. - 北京: 世界图书出版公司北京公司, 2001.4

[ISBN 7-5062-5073-X

I. 法… II. 考… III. 法学-研究生-入学考试-自学参考资料 IV. D9-42

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 23768 号

法学法律硕士考试命题研究

编 写: 考试命题研究组

责任编辑: 世' 华

装帧设计: 王元群

出 版: 世界图书出版公司北京公司

发 行: 世界图书出版公司北京公司

(北京朝内大街 137 号 电话 62619802 邮编 100010)

销 售: 各地新华书店

印 刷: 北京市光华印刷厂

开 本: 787×1092 毫米 1/16

印 张: 20.125

字 数: 493 千字

版 次: 2001 年 4 月第 1 版 2001 年 4 月第 1 次印刷

ISBN 7-5062-5073-X/G·911

定价: 28.00 元

前 言

随着我国建设有中国特色社会主义法治国家目标的确立，法制建设和法学研究蓬勃发展，法学在社会主义建设和社会生活中日益受到人们的重视，在这个大背景下，报考法学专业硕士研究生的人数逐年攀高。

研究生阶段的学习是一个更高层次的学习阶段，其入学考试具有许多与本科考试完全不同的特点，最突出的表现在研究生的入学考试不仅需要考生牢固地掌握本专业学科的基础知识，还要求他们了解和把握本专业的最新理论发展动态。从另一个角度考虑，了解最近一段时期内的理论热点，全面、准确把握本专业理论前沿最新发展状况，了解导师在最近时期内研究领域和研究重点，对于自己分析和预测本年度的研究生考试内容，更积极主动地备考，最终顺利、圆满地完成考研任务都具有十分重要的意义。本书以法学各个专业的最新理论动态为主干，精心挑选和收集了法学各个专业最近两年内的重要学术论文并力求以最精炼的语言反映出各个论文的精华和主要内容，使考生能以最短的时间、最少的精力消耗来全面、准确地把握本专业的最新理论发展动态，从而极大地提高备考效率。

此外，本书还为你全面介绍了从报考、复习到考试，从知识积累到心态调整的各个方面的技巧；请以往的考研成功者为你倾心介绍他们的考研历程和心得体会，相信你一定会从中获得收益；最后，我们还在精心研究以往各校试题和把握理论最新发展动态的基础上，根据各校出题特点，为你精心编写了几十套模拟试题。总之，我们力求从全方位、各个角度为你的考研复习提供帮助，使你能够在有限的时间内最大地发挥自身潜能，提高复习效率，达到事半功倍的效果，成功走入自己理想中的法学圣殿，最后衷心祝愿你考研成功！

编者

2001年4月

目 录

第一部分	理论前沿	(1)
第一章	法理学研究动态.....	(1)
第二章	宪法学及行政法学研究动态	(30)
第三章	民商法学研究动态	(58)
第四章	经济法学研究动态	(86)
第五章	刑法学研究动态.....	(117)
第六章	诉讼法学研究动态.....	(144)
第七章	国际法学研究动态.....	(176)
第八章	中国法制史研究动态.....	(204)
第二部分	名师导航	(232)
第一章	中国人民大学.....	(232)
第二章	北京大学.....	(239)
第三章	中国政法大学.....	(250)
第四章	其他院校.....	(257)
第三部分	应试技巧	(263)
第一章	总体思路.....	(263)
第二章	题型分析.....	(270)
第三章	专业技巧.....	(275)
第四章	参考书目.....	(281)
第四部分	考研心得	(284)
第五部分	全真模拟	(302)
第一章	中国人民大学法学硕士入学考试模拟.....	(302)
第二章	北京大学法学硕士入学考试模拟.....	(307)
第三章	中国政法大学法学硕士入学考试模拟.....	(311)

第一部分 理论前沿

第一章 法理学研究动态

一、关于法理学研究的回顾

世纪末情结在法理学研究中的反映是 20 世纪法理学的回顾与展望成为当前研究中的一个热点,对于法理学的回顾的文章,主要有几种类型:一种是对改革开放 20 年的法理学的回顾;一种是对建国 50 年的法理学的回顾;再一种是对本世纪法理学的回顾。

对改革开放以来我国法理学的发展,有的学者概括为:成绩巨大、争论不少、前景光明。法理学的成绩表现在:(1)解放思想,冲破禁区,抛弃了阶级斗争为纲的错误公式,在一系列重大理论观点上,实现了拨乱反正,如承认了法不仅有阶级性,而且也有继承性、社会性、科学性、公正性等多种属性;承认法不仅有阶级统治的职能,也执行着任何社会都要执行的管理社会公共事务的社会公共职能;基本澄清了把法理解为脱离物质生活条件而单纯以国家权力为基础的模糊观念;重新肯定了依法办事、法律面前人人平等、无罪推定和审判独立等人类法律文化积累的合理的、进步的原则;明确了加强党的领导,必须改善党的领导,党也必须在宪法和法律范围内活动的原则。(2)积极借鉴国外研究成果和方法,开辟了比较法学、法社会学、法经济学、行为法学、现代西方法哲学等新学科或研究方向。(3)研究了一系列新问题,如民主与法制关系、人治与法治、法制现代化、法与市场经济、法与社会主义精神文明、法与人权、法与利益、法的价值、法律调整等问题。(4)产生了不少有价值的学术成果,逐步形成了一支老中青相结合的教学和科研队伍。20 年来法理学界在重大理论问题上有过争论,有些问题已基本达成共识,目前仍有不少问题存在争论,如法的概念和本质问题、社会主义法的本质,人权与国家主权的关系、法的本位问题、市场经济的法律体系问题等^[1]。

有的学者把 20 年来法理学研究的重大问题归结为:(1)法理学本体理论诸问题研究包括:法学和法哲学研究对象;法学基本范畴;体系改革与内容;法律面前人人平等、法的起源、法的本质、社会主义法的本质与当代中国法的本质;法的概念群(法、法律、法制、法治、人治、德治、礼治、吏治等);法的继承与借鉴;法律信仰与法律理想;法的公正性与效益性;法律的经济分析与法经济学;公法与私法;国家本位与市民社会;法律解释;中华法系的激励机制;法律本位与法学本位及权利义务;法与道德;法与精神文明;法社会主义;法哲学;法律文化;法的时代精神与现代中国法的精神;法学现代化与法律现代化。(2)社会实践中的重大法学理论问题研究。包括:民主与法制、民主的法制化;人治与法治;法制建设的理论与实践,社会主义初级阶段的法制建设;法与改革(法与改革开放,法与经济体制改革,法与政治体制改革等);法与经济建设(法与商品经济,法与市场经济体制、我国社会主义市场经济法制体系框架等);市场经济与立法思维、超前立法与适时立法;

立法发展战略与法制发展战略；暂行立法问题；社会发展与权利保护；依法行政与司法公正；立法、法律解释与司法；法与反腐倡廉（法与廉政建设、廉政法制等）；法制现代化与法律国际化；社会和国家的最佳政策；党与法、党的领导与法制建设；依法治国、建设社会主义法治国家等。（3）域外法学理论研究。主要有西方法哲学介绍与研究（从黑格尔到德沃金）；西方法理学介绍（从达维到博登海默、罗尔斯等）；法律借鉴与法律移植；法系研究；伊斯兰法研究；判例法研究；苏联维辛斯基法学思想评析；比较法研究等^[2]。

有的学者总结了20年来特别是90年代以来法理学的发展，其特点表现在：法理学脱离政治学，成为有独立学术品格的学科体系；由单一引进到全方位多角度引进；从盲目引进到独立思考，这些独立思考表现在：对传统法文化资源的再解释和再利用，本土化法制理论的建构，对非国家法律立法现象的研究；由单一的法律理论到理论化的理论体系的建构。目前法理学学科建设也存在着问题，如学科自治与他治的矛盾冲突；独立的法理学体系与学派阙如；前瞻性研究处于困境之中^[3]。

另外有的学者对中国法理学20年的嬗变做了如下总结：（1）研究风格的转变。具体表现在：独立的学术人格正在形成；求是务实的学风正在兴起；教条主义风格得到极大改变；学术中心的单一格局正在打破。（2）研究思维的转换。主要表现在：变守旧、封闭型的思维方式为开拓、开放性思维方式；变“一维型”、“聚焦型”的思维方式为“多维型”、“辐射型”的思维方式；变习惯型思维为逆向型思维。（3）时代精神的重塑。学者们以科学精神作为塑造中国法理学时代精神的基石，以市场经济作为重塑法的新的时代精神的生长点，伸张自由、平等、人权、正义、理性等法的价值，张扬民主政治、权力制约、规则意识、法治理念等时代精神、大胆借鉴和移植西方法理学理论，在坚持自己理论特色的前提下，消解中西冲突、对峙，寻求共同的时代课题。（4）研究路向的调整。该学者还对当代中国法理学的主要缺陷进行尖锐的批评。认为缺陷表现在以下几方面：（1）法理学与部门法学的疏离。（2）学术研究的过份“包装”。（3）学术批评的失范和无序。该学者最后指出了中国法理学面临的课题的解决关键是处理下列两大关系：（1）法理学本土化与国际化的关系，建立有中国特色的社会主义法理学所面临的课题选择，就是本土化与国际化的结合，即走本土化与国际化相结合的道路。（2）制度研究与过程研究的关系，社会对法理学的期望已不再是对我国法律制度的本质、内容的解释和对其合理性、优越性的论证，而是要深入法律运行过程中去探索其运作原理、方式和效果。（3）现实主义和理想主义的关系。现实主义和理想主义的结合，是当代中国法理学面临的重要课题。它要求法理学不仅要站在社会学的高度去研究法律，而且还要站在人类学的高度去解读法律，既看到法的现实，也能预见法的未来。（4）核心问题的探索与边缘领域的拓展的关系。我们应以拓展研究为基础，以拓深研究为重心，在拓展研究中，应以开阔的视野、开放的思维、积极主张的态度，去统摄与法理学相关的各门学科，吸收有用的知识成果，打开法理学研究的新视界^[4]。

有的学者认为法理学20年的发展，形成了以下一些重大的学术热点：法的本质、现代法的精神、法治（依法治国）、法制现代化、法学的变革与创新等，法理学研究尽管取得令人瞩目的成就，但是，从法理学学者的研究主题、采取的思维方式和研究成果的具体内容来看，法理学研究仍存在以下主要缺陷：1. 明显的经验论痕迹；2. “左”的政治思维对法理学影响依然较大；3. 法理学的学术争鸣缺乏真正的理论深度。造成上述种种缺陷的原因，除了各种错误思潮的影响和干扰外，还在于我们的法理学缺乏深厚的学术传统。学术传统是

在长期的学术研究过程中逐步积淀下来、凝结而成的知识体系、理论旨趣、研究风格、学术规范等。学术传统必然要物化为、表现为有形的知识积累,但知识积累不是学术传统中最重要的东西;更重要的是作为其精神表现形式的理论旨趣、研究风格和学术规范,它们是学术传统中活的灵魂。应该说,我国法理学的传统是贫瘠的。从历史上看,文史哲方面的学术研究相当繁荣发达,学术传统也非常久远深厚。相对来说,法学研究则显得很发达,没有形成独立的学术传统。而现代意义上的法理学在20世纪才开始在我国存在,不仅存在时间短,而且又经历曲折。因此,虽然就知识积累而言,既往的传统文化为我们留下了一定遗产,但就整体而言,我们并未形成自己的法理学学术传统。缺乏深厚的学术传统,决定了法理学的起点很低,制约了法理学的迅速发展,短期内也无法彻底改变这种落后局面^[5]。

有学者认为,中国法学一个世纪以来多遇机缘而难有突破性进展可归因于中国学术的传统特质和中国社会的特殊演进路向。20世纪是革命的世纪,社会发展演成的革命与人为需要创造的“革命”以不容置疑的态度剥夺了中国法理学学术化的权利和可能,由此导致了法理学强烈的革命色彩和政治色彩,导致了法理学研究较其他学科更为严重的远离学术规范与学术宗旨的奴婢性、宣教性和工具性,进而导致了法理学从世界公共学术规范与学术主流中的长期游离。中国法理学要回归学理、回归学术,有赖于宽松的学术环境的营造、研究主体精神自由的享有和批判权力与能力的获得,也有赖于法理学自身学科尊严的确立、研究模式的转型和学科范畴的重建。自中国共产党十一届三中全会以来,中国社会开始了前所未有的变革,正是这种变革为中国法理学的新生提供了历史条件和社会背景。由此,作者将自1978年迄今的20年定义为中国现代法理学的萌生期。正是在这20年风风雨雨的锻打中,中国法理学才开始走出幼稚,迈向成熟,正在获得善待,正在拥有理性,正在由传统走向现代。为了中国法理学的发展、成熟,法律学者必须更加敏锐、理性与执着^[6]。

在新出版的一本论集中,一些学者回顾了建国以来法学界的若干重要事件,并作了相关的评述,这些评述也反映了编辑者的立场和编辑旨趣。该书把新中国的法学划分为三个阶段,即50—70年代的艰辛起步、80年代柳暗花明和90年代曲径通幽^[7]。

对于中国法理学的百年发展,有的学者划分为以下阶段:清末民初国人法理意识因维新变法和社会变革而觉醒;民国初期的法理学呈现多元思想体系交错混杂的复杂格局;世纪中叶社会变革推出以“国家与法的理论”面目出现的新法理学;从“国家和法的理论”到80年代“法学基础理论”再到90年代的“法理学”的转变,意味着法理学的科学化与勃兴。而20年来法理学的重大研究成果表现为一系列的转变:从政治哲学之法理学转变为法律科学之法理学;从研究方法单一性转变到法理学的研究方法的系统化、科学化;从法的唯阶级性转变到法的阶级性与社会性的对立统一;从法功能的专政性转变到民主与法制;人权与法治相结合;从法的批判性转变到“扬弃”前提下肯定法律继承和法律移植;从法与经济的一般关系论转变到市场经济实质上就是法治经济论;从重政策轻法律转变到法律和政策并重,进而转变到治国主要依靠法律;从注释法学转变到实然法研究与应然法研究并重;从注重法的适用转变到法的适用与法的监督制约并重;从工具性法之价值分析转变到依法治国论等^[8]。

二、关于法理学发展的展望

有的学者分析了世纪之交中国法学的发展面临的一系列激烈的挑战,并提出注重大问

题研究这一应对策略：认为在理解这个时期中国法学的基本理论走向时，应关注如下几方面关系：（1）中国法学的现代化与中国特色。中国的法学必定包含着中国的特色，而中国特色的法学不仅仅只具有中国的民族特性，它也必定要包含着反映世界法学现代化的一般规律和特性。而且从文化自身的发展规律来看，大胆地吸收、利用和借鉴西方法律文化（包括西方法学），并不会导致一种“全盘西化”的局面。（2）中国法学的服务实践与理论构建。必须使二者真正达到一种对立统一的良性状态，必须清楚两个问题：其一，在法制建设的不同阶段，法学的服务实践和理论构建的侧重点不同；其二，法学是分类的、分学科的、分层次的，有应用法学，也有理论法学。法学研究应该包括实用功利追求的应用性研究和终极价值追求的哲理性研究。（3）中国法学的一元独尊和多元并存。由一元独尊走向多元并存，无疑是世纪之交中国法学的基本走向，中国法学的多元发展主要表现在以下诸方面：其一，基于法学主体力量多元并存和法学教研机构的大量崛起，大一统的法学格局将被改变；其二，同法学分化相连带的必然趋势将是中国法学流派的出现；其三，法学的多元还将表现为域外法律文化的影响。（4）中国法学研究中的法学思想与法学学术。学术与思想的关系是互动关系，学术以思想为先导，思想以学术为支撑，中国法学既要有实证分析的冷峻，以追求学理之完美，渐达法制之精巧；又要有价值分析之激情，以祛除社会之斑垢，捍卫法治之理想，中国法学的追求应该是多元的。（5）中国法学的现代性与后现代性。中国法学中的后现代法律理论，对现代性法律理论颇有微辞，特别对法律移植和法治启蒙表示怀疑。其实不论是崇尚理性主义的现代法治理论，还是批判理性主义的后现代法律话语，都并非源于中国本土，我们应该拥有自己的问题意识。（6）中国法治化进程中的“民间法”与国家法。对这一对关系的关注将促使法学者对“民间法”的好坏进行鉴定，对国家法的良恶进行反思，引导法学者进入社会学、人类学等领域，还可引发法学者对中国法制现代化及中国社会的发展目标和方向进行深层次的终极意义的思考。（7）中国法治道路的自然演进型与政府推进型。中国采用“政府推进型”法治模式，是由于中国的历史、传统、文化、政治结构等决定的，在政府启动法治之后，社会力量也会加入到其演进进程之中，发挥其应有的作用。（8）中国法律移植中的英美法与大陆法。两大法系的不同观念和制度在中国的冲突和融合，为中国法学带来了大量的域外资源；如果中国法学积极地迎接并抓住机遇，结合中国法治实践进行认真研究，做出慎重选择，使两大法系的精华在中国土地上嫁接、融汇。（9）世纪之交的中国法学学与法学家。世纪之交的中国法学，不仅要研究法学自身的问题即法学学问题，而且应该对法学研究主体即法学家进行研究，对法学家的责任、素质和使命等进行思考^[9]。

有的学者称现行的法理学是权利—义务法理学，鉴于这种法理学在理论上存在五方面的重大缺陷，他声称要对法理学予以更新，该学者认为：1. 法律的最重要的现象是权利和权力，最基本的矛盾是权利与权力的矛盾，权利与义务的矛盾实际上只是权利与权利的矛盾的一种外化形式。2. 权利是社会个体利益和个体所有的财富（财产）的法律存在形式，权利具有以下属性：（1）权利的主体是社会的个体，其中首先和主要的是个人，国家机关或准公共机关只在特定情况下能成为权利主体；（2）权利的直接社会内容（或初级的本质）是法律承认和保护的社会个体的利益，它同主要以国家为主体、以权力为表现形式的公共利益是对称的；（3）每一种权利客观上都有特定的社会个体利益与之呼应。（4）权利以属于社会个体所有之财富（财产）为其物资承担者，个体所有之财富是权利的更深层次的本质的；（5）权利、社会个体利益与属个体所有之财富三者具有对应性，三者之间有转化—还原关系。3.

权力是公共利益和公共机关所有之财富(财产)的法律存在形式,权力有以下特征:(1)权力的主体是公共机关和准公共机关;(2)权力的直接社会内容是法律确认和保护的社会公共利益,归根到底是社会共同的物质利益,(3)权力以属于公共机关所有之财富为其物质承担者;(4)权力、公共利益和公共机关所有之财富三者间有转化——还原关系,可以正向和逆向转化;(5)权力同权利一样,归根结底也是社会生产过程的产物。4. 权利和权力是对立统一的,能够相互转化。5. 权利权力统一体(即社会整体权利)应成为法理学的独立分析单元^[10]。

三、关于法理学基本问题的研究

不少学者对法理学的一些基本问题作了探讨,这是世纪之交从整体上理解法理学的发展现状及其发展走向的一种努力。

法理学与法哲学的关系问题是明确法理学研究对象、内容及其功用等所必须涉及的问题,学界对此有不同看法。

有学者认为当前我国把理论法学与法理学视为一体,这不符合理论法学内部学科分工的要求,也正是我国理论法学落后的一个重要原因,这特别表现在法哲学与法理学的不同上,作者通过对“法理学”和“法哲学”概念的缘由和发展的考察,认为法哲学是应用哲学,作为这种哲学,它研究的是历史上人们的种种法律观和研究法律的方法,并在此基础上予以概括和总结,以寻找当时时代里人们对法律的最科学的观点和方法。从而给法理学、部门法学以正确的指导,和对广大人民进行正确的法律观教育。二者居于不同的理论层次,法哲学居于最高的理论层次,所研究的是所有的法,法哲学把法学与哲学有机地结合起来,成为二者联接的中介。“法理学”和“法哲学”或“法律哲学”各有广、狭之义。广义的法哲学指法的一般理论,包括实在法或法律的一般理论和理想法的理论或法的形而上学。狭义的法哲学仅仅指后者。广义的法理学也是指法的一般理论,与广义的法哲学基本相同,因而二者被混用,狭义的法哲学仅仅指实在法或法律的一般理论,而且多指用实证方法获得的有关知识。“法理学”和“法哲学”的区别仅存在于其狭义上。区别主要表现在以下几个方面:1. 学科的性质不同。“法理学”属于法学,“法哲学”是哲学与法学的交叉学科。2. 研究主体不同。从事法理学研究的只是法学家,而从事法哲学研究的起码是具有哲学修养的法学家。3. 研究对象不同。前者主要是实在法,后者侧重于应然法。4. 研究的主要方法不同,前者主要使用经验主义的方法,后者则用理性主义的方法。5. 研究的主要目的不同。前者主要为了指导一个国家的法制建设,使立法、执法、司法工作有一个统一的和明确的指导思想;后者则要探索所有法的本质、发展规律和发展趋势,从而能给前者以理论指导。该学者还进一步提出了区分“法哲学”与“法理学”的初步设想,作了如下分割:“法理学”所研究的对象是侧重于本国现时代的法律,从中寻找局部中带着普遍性的原理,目的使本国的法制建设有一个统一的指导思想,从而使其具有统一性、稳定性和可行性。“法哲学”所研究的是法学的世界观和方法论,它所研究的是法的根本、法的主体、法存在的根本原因和追求的终极目标,一句话,法的理念。理论法学是法学中的一个二级学科,它包括法理学、法哲学、法社会学、法经济学、比较法学等许多分支学科,我们应该把法理学与法哲学、法社会学等区分开来。这样才能使我国的理论法学有一个大的发展^[11]。

也有许多学者认为法哲学与法理学这二者之间并无严格区分,可以交替使用,有学者认

为法哲学的基本属性可归纳为五个方面：1. 总体性。法哲学区别于法学其他学科的根本之处在于，法哲学总是从总体角度来关注和透视法律世界，并力图把握法律世界的统一性原理，其研究往往表现出强烈的抽象性、一般性、普遍性、概括性特点，法哲学与部门法学等其他学科之间是一种平等的对话与合作关系，法哲学的理论既有可能被部门法学所证实，也可能被部门法学所证伪。相反，部门法学的某些概念和理论有可能升华为法哲学的一般概念和理论。2. 求实性。法哲学所应面对的现实不仅仅包括我们当代人今天所经历的现实，也包括前代人在过去所经历的现实——历史，法哲学所应面对的现实不仅持以客形式表现出来的现实——实践，也包括以思想形式表现出来的现实——理论；不仅指本国的现实，也包括世界的现实。3. 批判性。批判是法哲学思维方式的基本特色，是法哲学功能的重要体现，表现为辩证性地对被批判对象进行揭示、辨析、鉴别和选择的过程，建设性地推动被批判对象向更好的方向发展，它包括实践批判和理论批判两个方面。4. 分析性。在现代西方法哲学中，分析方法已经由分析实证主义法学所倡导的方法发展为几乎为所有法哲学流派普遍承认和运用的基本方法。分析在法哲学研究中的基本意义可以从两方面来说明：首先，分析是法哲学的内在要求；其次，分析是法哲学的重要功能。法哲学的分析主要是语言分析和逻辑分析。5. 思想性。法哲学追求的不是法律的具体知识，而是法律的抽象思想。法律知识和法律思想的不同表现在：首先，知识是对事物可见的、有形的方面的认识，而思想是对事物不可见的、无形的方面的思考；其次，知识往往是具体的、实用的、可操作的，而思想往往是抽象的、一般的、概括的；再次，从存在时间来看，知识是有寿命的，而思想是永恒的，法哲学既然是以法律思想为内容，它传播和教授的就是法律思想^[12]。

有学者对关于法理学的基本使命和作用的学界主导看法提出疑问。一般认为，法理学的基本使命和作用研究法律现象中带有普遍性质的问题（比如法律的性质、基本特征、法律的起源），以及在宏观上法律与其他社会现象的彼此关系问题，并在此基础上建构一个理论范围的框架，提供一个可以客观描述的现实社会中的法律图景，作者认为法理学参照近代自然科学而来的这种“科学主义”，可能是有问题的，甚至误导了法理学的基本使命和作用。法理学理论的基本使命和作用，不在于，不可能在于而且也不应该在于建立一个客观中立的超越具体历史社会语境的抽象理论；其使命和作用正在于在具体历史的社会语境中建立一个适时适势的表达当下普遍较为有益的价值姿态的法律理论模式。它具有实践性，而且是法律实践的话语推动器，其目的应该在于建立一个具体社会语境中大多数人希望的法律秩序。如果法理学研究可以建立一个超越具体社会语境的普遍理论，而且这种理论具有自然科学那样的科学性，那么，无形中就会在价值气氛极为隆重的政治法律领域内建立一个值得怀疑的“霸权话语”，并通过法学渗入实践的方式，在法律实践中压抑其他可能具有同样存在资格的法律观念及法律价值的意义，破坏法理学推动法律观念及法律价值对话的机制，破坏具体社会语境中的法律依赖民主的政治基础^[13]。

有学者通过对解释法律与法律解释两概念的区分来探讨法理学与法哲学的关系问题。作者认为解释法律是要探求法律这一社会现象的根本性问题，是需要用哲学方法来说明法律的过程，因而是一个哲学命题；法律解释所针对的是法律的具体规定或与法律相关的具体事实，因而是一个法学命题。二者的联系表现在：都是需要以法律为对象，都是对法律的说明性行为，都是一种理性的逻辑行为。二者具体区别表现在：1. 二者行为性质不同。前者是一种学理行为，后者却是法律行为。2. 主体不同。前者以学者，特别是以法学学者为主，

但法律解释的主体却以官方为主。3. 对象(文本)不同。前者是既是古今中外的一切正式法律和非正式法律,也是这些正式法律和非正式法律所赖以存在的社会基础;而后者只能是现实的并正在生效的国家正式法律。4. 方法不同。前者的解释方法是发散性的,而后者简单得多。5. 目的不同。前者是为了表达解释者对法律的见解、立场、以及系统的思想,其最终目的是有关法律的“意义探究”;而后者是为了使人们更好地理解、运用或者健全现行法,其最终目的是维护现行的法律秩序。6. 效力(功能)不同。前者不具有正式效力,而后者则具有正式效力。作者进一步分析了解释法律和法律解释两者各自与法哲学和法理学的内在逻辑联系,可以总结为如下诸方面:第一,他们有相同的问题;第二,他们有相同的工具;第三,他们有共同的使命;第四,他们有类似的结论。尽管他们有如上的明显关联,但是,并不能说解释法律就是法哲学,也不能说法律解释就是法理学,原因在于:首先,解释法律与法律解释都直接指向一种行为,它们并不一定要求体系化的观点,而法哲学和法理学则是一种体系化的学问;其次,解释法律和法律解释是构筑法哲学与法理学的重要材料^[14]。

有学者倡导一种具有实证精神的法理学。这是以社会实证为其研究方法的法理学。这种社会实证方法试图打破自然法与实证法的二元格局。现代社会中的法,作为“回应型法”所具有的目的型、开放性、平衡性和自我整合性,说明法学作为实践理性的知识在这样的时代背景中的特征,法律的目的是在个人原则与社会原则之间形成一种平衡,使个人利益、国家利益与社会利益达到合理的平衡状态,在方法论方面,作者认为法律是经验性事实基础上的命令性规范。因而主张从经验的角度进行研究,从社会实证的角度考察法,它的价值应为利益,利益这一价值形态,虽然单不专属于法,但它的确可以吸收大部分法的价值元素,而许多价值元素亦可还原为“利益”。利益,虽是由主观归纳的价值表现和评价标准,但它具有现实/时的对应性。这种评价体系是永远不会枯竭的。因为它来自生活,并且比法更能调整自身的内容以回应社会。因而在从事有价值的法理学研究时,将利益作为评价标准和机制是可行的和有效的。该学者最后指出应倡导具有实证精神的法理学,以社会实证为其研究方法的法理学,或可曰社会实证法理学。这种法理学同社会学法学,它是在社会学与法学学科边缘结合部作出努力的结果。研究者不仅应关注纯粹法理学本身,更要关注不同学科,尤其是其他社会科学的先进成果和方法,关注部门法和边缘法学的研究,主动根据研究对象的需要来丰富和扩大自己的视野^[15]。

另有学者专门论证了法律的实证分析问题,认为实证分析是改造国内现有法学研究范围的一条途径。作者首先对实证分析的概念进行了讨论,认为作为研究方法的实证分析由三个基本要素构成:程度、经验、量化。接着分析了法学需要实证分析的必要性和可能性:1. 人们的立法、司法、守法活动实际上是一种价值实践,而且在大多数情况下是一种理性的价值实践,这种追求利益最大化的实践活动不仅具有利益与互动的一面,也具有客观规律和真理原则的一面,法律的价值实践离不开科学认识的指导,而实证分析恰恰是获取科学认识的重要方法之一;2. 作为正式社会控制的一种主要形式,法律影响社会的过程中充满着双向的互动。互动是个动态的过程,不间断地调整、试错、再调整、再试错,使各种形式的法律信息往返于主体之间,使法律现象的规律得以显现自己,也使法律根据信息反馈得到不断的完善。对这个过程的实时关注所凭借的科学手段之一,就是我们这里所提倡的实证分析方法;3. 法的存在形态有三个层面:不仅包括价值取向和制度规范,还包括经验事实,其中对经验事实的研究恰恰离不开实证分析方法的运用;4. 法律的经验信息是质和量的统一,

而实证分析就是处理此类信息的必备工具。该学者接着对法学研究如何应用实证分析谈了几点看法：1. 法律门类的实证分析；2. 法律活动阶段中的实证分析；3. 对法与社会之间关系的实证分析；4. 对法律信息形态的实证分析；5. 对不同类型法学研究中的实证分析^[16]。

有学者从法学知识属性的角度讨论了科学主义对我国法学理论和法律实践的负面影响、法学理论的创新是当下学术界法治论式中的一种普遍诉求，但是法学理论研究中的这种创新努力是建立在科学主义的法学本体论和方法论基础上的。自 19 世纪以来形成的科学主义对人文社会科学的影响不仅在西方，而且在中国都是深远、厚重的，这种科学主义对我国法学理论和法律实践的负面影响也是广泛深刻的。表现在四个基本方面：其一，将法学研究的对象绝对客观化；其二，将法学研究的方法自然科学化；其三，将法学研究的任务规定为对一种客观规律的追求；其四，法学知识的属性被视为精确的、可验证的普遍性客观知识。由于法学理论作为一种人文社会科学知识与科学有着十分广泛且重要的区别，因此，尽管我们需要在法学理论的研究中坚持科学精神，但科学主义却是我们应当警惕的。否则，围绕理论创新所进行的各种努力恰恰可能阻碍我们所希望得到的进步。作者把法学理论界定为一种游离于社会科学和人文科学之间的知识形态。这种知识既不是能够通过科学的方法发现和发展起来的，也不可能成为一种像自然科学知识那样的普遍的、超越时空的精确性客观知识，法学知识的进步主要依靠的是历史性积累、演化。法治社会作为社会秩序的一种面相只能在复杂、漫长的演进过程中自发生成，法学理论也只有在这一过程中不断面对各种现实的难题和挑战，不断地通过对不同历史时期和不同环境地域的思想成果和制度成果的总结以及在新的历史条件和环境地域中的重新阐释和发掘，并以其对社会以及社会生活中既有的法律秩序作出批判性和建设性解释，才会获得积累性的发展进步。因此，我们或许应当重视创新，但是，这种创新绝不应当是在因循科学主义教条的认识论和方法论基础上的“创新”，而应当是在坚持求真精神基础上正确对待自然科学与人文科学的区别，正确对待法学知识的特点、属性和研究方法特殊性的基础上在方法和内容上的创新，法学理论应当反映法学家对社会生活以及人的生活状况的关注，应当对现实的法律实践具有批判能力^[17]。

有的学者对冲突中的道德和法律进行了阐述。认为道德和法律的冲突来源于道德的多元化，自道德多元化的出现导致法律的出现，法律和道德的冲突就开始了，在现代社会，作为公共规则的法律和多元的道德观之间在更广泛的面上存在着冲突。在我国，社会正面临着从传统走向现代的过程，多元化的道德观正在我国形成，在专制主义下，道德和法律的冲突的调整方式是取消冲突或放任冲突。这两种方式被历史证明是行不通的，适度冲突论是解决道德和法律冲突的设想，目的就是要在二者适度的冲突中推动法治的不断进步，道德的多元化不可能取消，多元化的道德和法律的冲突就不可能避免。一定程度上的冲突是必要的，其必要性体现在：首先，只有冲突才能造成道德和法律的双向对话，形成道德和法律双方的共同进化；其次，只有冲突才能造成社会的稳定，形成社会的动态有序化。在具体的道德上升为法律的时候，我们则应从法律的内容和形式综合进行判断，把握原则是既要反映法律的道德性，又不能阻碍各自的进步和发展，道德和法律之间的和谐并非是完全合一的，真正的和谐是一种动态的、冲突中的和谐，这种和谐是冲突和统一的完美结合。对于我国目前面临的道德多元化以及随之而来的社会稳定问题，对策应是两方面的：一方面而是法治化的进一步实施，营造一种民主的、公正的、公平的氛围，正义的法律的实施将使人们的道德行为的实施更有保障，有利于增强人们的道德意识；另一方面，进一步发展市场经济，开放公共生活，

使多元化的道德的成长没有阻碍,鼓励人们之间的有关道德的协商和讨论,促进道德调整的自组织机制的形成^[18]。

有学者试图提出一种“语境论”的研究方法以用来理解法律制度。这一进路坚持以法律制度 and 规则为中心关注,力求语境化地理解任何一种相对长期存在的法律制度、规则的历史正当性和合理性。就态度而言,这种语境比一方面拥有法条主义一般说来容易表现出来的尊重既定具体法律制度的特点,同时又要求或至少是隐含了对任何具体法律制度的学术的而不仅仅是政治的批判态度;并且,也正是由于这种对于学术的强调,这种进路在一定意义上也隐含了某种建构的因素。就总体而言,这一进路反对以抽象的,所谓代表了永恒价值的大词来评价法律制度和规则,而是切实注重特定社会中人的生物性禀赋的以及生产力(科学技术)发展水平的限制,把法制制度和规则都视为在诸多相对稳定的制约条件下对常规社会问题做出的一种比较经济且常规化的回应。作者对附着于理想型的中国传统的婚姻家庭制度,首先对法律制度研究的“价值论”进路和“文化论”进路进行分析,指出其理论解释力的弱点,然后运用“语境论”进路对这一制度展开分析和理解,比较细致地展示这一制度的历史正当性,作者接着构建了这一进路的公式:第一步是善意地力求重构这一制度或规则所针对的社会常规问题;第二步再考查人们的自然禀赋、自然环境、社会生产力和科技发展水平以及资源等相对稳定的因素,以及这些因素对于旨在解决这一常规社会问题的制度和规则选择的基本制约;第三步,不应简单地将这种建构起来的正当性予以固化;第四步,研究者必须以类似的方式考查与某个法律制度或规则相关的当代社会问题,考查支撑先前某法律制度或规则的那个或那些社会问题是否依旧存在;第五步,一个负责的法律研究者还有必要提出具体的制度或规则的正当性^[19]。

四、关于法治问题

对法治的基本理论问题以及我国社会主义法的相关问题的研究,一直是近年来的学者探讨的热点,并不断深入。

有的学者通过梳理法治的渊源、规诫和价值,把法治依次解释为一项历史成就、一种法制品德、一种道德价值和一种社会实践。作者首先分析了经典法治概念的形成过程和构成要素,认为既不宜把法治理解为世俗化运动的结果,也不能简单地看做是近代革命的产物。作者论述了作为法治的普在要素的十大规诫:1. 有普遍的法律,包含以下三层意思:①规范制作要有一般性;②规范的适用要一般性;③法律制度具备统一性。2. 法律为公众知晓。3. 法律可预期。4. 法律明确。5. 法律无内在矛盾。6. 法律可循。7. 法律稳定。8. 法律高于政府。这制度性要求主要有三:官方行为与法律一致;设立严格的适用和解释法律的程序;建立分权制衡的政府权力结构。9. 司法权威,它包含两个基本要素:第一,法院应该有权通过司法程序审查政府其他部门的行为,以判定其是否合乎法律;第二,司法独立。10. 司法公正。司法公正首先指在适用法律上的公平,其次还包括在拥有法律资源方面的公平。作者揭示了这十大规诫之后,进面对法治的工具价值和道德价值做了谨慎的区分,在揭露工具主义谬误的同时又肯定了法治的工具品性,并通过评述哈耶克、德沃金和罗尔斯等人的学说,揭示出法治对维护人的尊严和自由的意义。最后,作者指出法治的内在矛盾,即确定与灵活、稳定与变革、一般与个别、一律平等与差别对待以及司法独立与司法廉正之间的矛盾,还有在规则的治理与自由裁量权之间、个人自由与福利国家规则之间、形式正义与实

质正义之间、法律和情理之间以及法治与民主人权等价值之间,还有许多矛盾。强调把法治理解为社会实践概念的重要性,并勾勒出中国法治语境的特殊性和法治思考的进程^[20]。

法治自身存在着多组悖论。实行法治也意味着要付出必要的代价,这就是:1. 与法律特点相伴的代价,如法的稳定性带来不能与时俱进的代价,法律的确切性的副产品——缺乏灵活性,一旦出现法律没有规定的情形,执法者和公民就无所适从。2. 法律制度双刃性及自由裁量权之代价。3. 法制瑕疵,不良之代价。4. 法律与其他社会控制力量冲突之代价、法治的代价远不限于以上。立法、执法、司法和守法必然需要大量人、财、物的投入;要追求法律的公正,必然设置严格、完备的程序,难免不影响效率。尤为重要的是法律必须对各种相互冲突的利益(权利)进行权衡,取舍,被舍之利益(权利)就是一种代价,此乃法律选择的结果^[21]。

有的学者对法治社会与实质正义二者之间进行了探讨,认为:1. 从法治观念的产生和发展来看,最初产生的良法法治观念和当代流行的“软法治”观念都对法治提出了实质正义的要求;2. 以法治和正义观念产生的历史条件看,二者是相同的,都产生于古希腊的民主政治;3. 从目的和手段、内容和形式的关系看,法治也离不开实质正义,还有学者对法治的道德基础进行了阐发,认为人道主义是法治的逻辑起点,道德权利是法治的应有内涵^[22]。

对于我国实现社会主义法治所应采取的战略和途径,学者们提出了几种思路。有的学者提出了推行依法治国、建设社会主义法治国家这一战略方针和战略目标,具有全局性、整体性、目的性和长期性。它的重要标志(或称法治原则)主要有十项:法制完备、主权在民、人权保障、权力制衡、法律平等、法律至上、依法行政、司法独立、程序正当和党要守法。前五项是指有完备而良好的法律,后五项是指法律具有极大的权威。中国要实现法治国家的目标,就应该在一个相当长的时期里,特别是在近期内采取若干可以影响全局的关键性措施和步骤,如制定立法法、监督法,批准人权“两公约”,制定行政程序法以促进依法行政。推行司法改革,健全和完善人民代表大会制度,加强和改善党的领导,推进依法治理,等等,从而推进依法治国战略的实施,加速中国法治国家建设的历史性进程,法治国家需要建立在三个基础上:一是政治基础,即民主政治(包括人民代表大会制度、共产党领导下的多党合作制度、民族区域自治制度、基层自治制度、民主监督制度等);二是经济基础,即市场经济(包含多种形式的公有制为主体的混合经济、以按劳分配为主体的多种分配形式等);三是思想基础,即理性文化(包括先进的政治、法律理论、健全的民主法律观念、良好的政治、职业、社会道德、高度的科学、教育、文化水准等)^[23]。

有的学者把国家主义看作是中国法制现代化的主要障碍因素之一。所谓国家主义,是指以国家为核心,以权力至上为价值基础的社会观念体系,它的内在精神表现在:重国家,轻社会;重权力,轻权利;重人治,轻法治;重集权,轻分权;重集体,轻个体;重实体,轻程序。国家主义在东方,特别是在中国,走过从未间断的一元化的发展道路;在欧洲,国家权利是二元化的发展,多受到制约;近代以来是自由主义占据上风。国家主义作为一种强有力的社会意识形态广泛渗透于中国法制现代化的各个领域:1. 对我国制度性法律文化的影响,表现在强调诉讼过程中的国家本位原则,忽视轻视诉讼参与人的诉讼权利;将国家权力的公正性视为预先设定的毋庸置疑的原则,并将之贯穿于实体法和程序法之中;在国人对法治之重要性获得普遍认同的前提之下,国家主义常常通过频繁的立法来扩充其权力管辖的范围;频繁的立法活动所促成的法律自身的粗疏性,必然会引起司法环节中权力操作体系的失

衡,从而为司法机关侵蚀立法权留下了空隙;国家主权在政治和经济活动中最经常的表现是行政权的无序性和随意性。2. 国家主义对我国理念性和大众观念性法律文化的影响,具体表现在对人权理论、法的性质和功能问题、法的体系及其内在结构问题、公法优于私法的法律传统、判断公与私、官与民、权与法等多种范畴时,总是以权力为轴心。国家主义的衰微是法制现代化走向成熟的必然阶段,但批判国家主义,不等于否定国家权力存在的历史合理性。国家与社会发展的内在法则昭示我们,当国家权力能够日益地融合于社会之中,并足以维系社会自身健康地发展时,这种国家权力的存在不仅是必要,而且是合理的^[24]。

还有的学者认为,中国社会主义法治必须以一种新的伦理为其灵魂,这种法伦理是新型市民法伦理与中国传统的亲属法伦理二者融合的精华。中国目前最要紧的是确立市民法伦理,是因为自近代法制变革以来一切立法均是追求市场秩序之立法,均以市民生活秩序为主要立法取向。但是,为了“法治”能在中国生根开花,我们又不能不重视对民族伦理传统的弘扬利用,这是为了法治更适合人性人道(矫西方病),更为了法治的目的即人权自由平等的真正有效实现,中西两种法伦理结合的可能性可从以下两方面进行理解:1. 讲究亲属之关爱,家庭之亲不一定要以“爱有差等”、“尊卑有别”、“以亲害疏”的方式去实现。2. 讲求“自由”、“平等”、“公平”也不一定要以伦理上、法律上“不别亲疏”的方式去实现,中西两种伦理结合可采取“以教辅法”和“以法为教”的方式。由于我们的法律体系整体上是市民法伦理为价值取向建立起来的,是以彻底地背离中华法系的亲属伦理法传统的态度、立场而建立起来的,因而我们要往市民性法律体系里适当渗进一些体现亲属法伦理的制度因素。具体而言可通过以下四个途径:1. 行为规范的改变与创新。(1) 关于为亲属之利益而应享的特殊权利,如容隐权(庇护或拒绝作证权);(2) 关于对亲属应享特殊权和负更重的义务和责任。2. 裁判权的扩展,如设立专门的家事法庭。扩大民法上的亲属会议之权力,成为仲裁亲属间民事纠纷的仲裁机构。3. 裁判程序的柔化。4. 裁判执行的感性化^[25]。

有学者从总体上对中国百年法制现代化的历程作了一个检讨,其中主要关注的是何种因素使得中国的百年法制发展步履蹒跚。该作者认为:1. 持续不断的社会变革和动荡不利于形成以法律为引导的稳定的秩序及其相应的稳固的社会基础。这主要表现在:(1) 频繁而持续的社会全面改造和动荡,不易形成一个相对稳定的秩序和和平建设的社会环境,相反它总是以对现状的不满和改造的紧迫感来破坏现行的正式秩序和非正式秩序。根本无从确立对法律的信仰、对秩序的尊重这一法治的最基本要求。(2) 激烈的社会变革进程不断强调国家的权威,企图以国家的强力来尽速推动国家重建和社会进步,而对国家的迷信和崇拜的社会氛围中,不可能真正确立以约束国家权力为己任的法治理念和秩序。(3) 在频繁的动荡中,法治的社会基础一直没有牢固地建立起来。(4) 激烈动荡社会的惯性、社会中的种种不公正因素、社会思想的求变心态等,使得权力斗争和冲突的各方都缺乏宽容和妥协精神,而为信仰、为真理、为权力,都成为不妥协的理由。2. 以立法为主导的法制发展由被动变法到机械模仿再渐次转向自主选择,可能带来如下负面影响:(1) 它过分倚重并强化国家政治权威,因而不利于对国家权力的约束。(2) 立法可能更多地反映政治精英和知识精英的价值观和立场,而与大众的真实需要,与社会的现实状况相脱节。(3) 以立法为主导的变迁,可能导致对立法的过度信赖和依靠,从而导致对其他社会控制规则的忽视。(4) 以立法为主导的法制变迁方式也可能导致立法与司法、执法、法律监督、法律观念的发展脱节。3. 不断强化的国家政治权力抑制了法治秩序的生长,并影响着法制变迁的面貌,负而作用大致有以下

几点：(1) 国家权力以求稳定、统一或促进经济发展为由，不适当地限制公民的自由权利的扩展，限制政治民主化。(2) 国家权力的过度集中和膨胀，助长了对国家权力的迷信，削弱了社会的自主性力量。(3) 国家权力的过分强大，助长了法制变迁中的“运动情绪”。4. 多种文化的风云际会为形成新的法律文化创造了难得的机遇，但法治的文化基础至今立基不稳，20 世纪法制发展中法律文化的重建主要呈现以下几个特点：(1) 作为现代法律价值观核心的个人权利观念尚没有得到充分发育。(2) 在多种文化价值冲突中，社会主义价值观成为法律文化综合与创新的基点。(3) 法制变迁中，重视塑造新人格，培养法制新观念，而轻视制度的健全和落实。(4) 精英价值观与大众法律意识的不同程度的脱节，立法中的理想秩序追求与现实状况之间的脱节，少数精英尤其是知识精英对法制现代化进程所产生的影响主要有以下几方面：a. 重法律理念的启蒙，而对制度的落实关注不够。b. 精英的法律观念与普通大众的观念有差距，使得主要体现知识精英价值观的法制不能在实践中有效推行。c. 知识精英可能因更关注普适性的法律理想而找不到法制变革的生长点^[26]。

有学者梳理了 20 世纪初叶的法律文化思潮并以“西化”与现代化为向度提出了当时所探讨的中心话题，即如何认识西方与西方法律文化，如何理解中国法律文化转型过程中传统与现代性的矛盾。如何分析中国社会与法律发展进程中“西化”与现代化的关系等。从“西化”到现代化是 20 世纪初叶中国思想界思考中国发展道路的理论范式的转换，这给研究近现代的中国法律发展提供了有力的概念分析工具。作者指出近代中国社会乃至法律文化的变迁，从根本上讲是从农业经济向工商经济（即商品经济）的历史性突进或飞跃。中国法律文化转型必须建构在商品经济的深厚基础之上，改造中国传统法律文化，重构新型的法律文明，最根本的是要用商品经济来代替自然经济。西方法律的现代化，不是一个国家、一个地区的个别现象，而是具有世界化的趋向，是一个世界性的历史进程。但是，法制的现代化并非西方文明的独占品，它在每个国家总会有自己民族的诸多特色。法制现代化是一个复杂的法制变革过程，在不同的民族、国家和地区，这一进程的动因、表现及后果是各不相同的，法制现代化进程的多样性是一个客观性的存在，在这种多样性的背后，凝结着各个国度法律文化发展的固有逻辑。在全球法制现代化的进程中，不存在一个普遍性的共通的发展模式。只要我们从本国的传统、条件和需要出发就一定能够探索出一条体现鲜明的中国风格的，反映民族法律精神的，具有世界性意义的中国法制现代化道路。这是反思 20 世纪初叶中国法律文化思潮给予我们的历史的与时代的启示^[27]。

有学者论述了处于社会转型期的中国在实行依法治国过程中的一些特点，受社会主义初级阶段经济文化发展水平的制约，这一时期的依法治国只能采用渐进的方式，谨防欲速则不达的法治浪漫主义，这是因为：1. 受社会经济发展水平的制约，公民对保障个体权利的需求是有限的，或者说这种需求是一个渐进的增长过程；2. 受社会经济文化发展水平的制约，公民寻求救济的能力是有限的，从纸上的权利到现实中的权利还存在相当的距离；3. 受现阶段公民文化水平的限制，我国公民在总体上对法律的需求是有限的；4. 受我国经济发展水平的制约，我国执法和司法的投入严重不足，影响了法律的实施。在依法治国的途径方面，可从借鉴经济体制改革的成功经验，先从国家政权体制外的基层组织的依法治理活动抓起，然后再从体制外到体制内，从下向上逐层推进，“依法治村”等国家政权体制外的基层组织，依法治理活动是中国依法治国活动的逻辑起点和途径，是提高公民素质、启迪民智、创造更高民主法治文明的有效途径，也是我国社会主义初级阶段的财力、物力所决定