

图书在版编目(CIP)数据

法律与理性:法的现代性问题解读/葛洪义著. —北京:法律出版社, 2001.5
(法学研究文集)
司法部部级科研项目
ISBN 7-5036-3412-X

I. 法… II. 葛… III. 法理学—研究—文集
IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 24043 号

出版·发行/法律出版社	经销/新华书店
责任印制/李跃	责任校对/何萍
印刷/中国科学院印刷厂	
开本/850×1168 毫米 1/32	印张/15.25 字数/352 千

版本/2001 年 8 月第 1 版	2001 年 8 月第 1 次印刷
--------------------	-------------------

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

网址/www.lawpresschina.com

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

88414933 88414934(读者服务部)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3412-X/D·3129

定价:31.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

目 录

自 序	(1)
绪 论	(1)
法的现代性及其问题性	(3)
法的现代性之问题意识与问题框架	(11)
法律的理论与方法	(23)
第一部分 理性作为法的现代性问题的积累	(39)
孟德斯鸠:从社会看法律	
——兼谈启蒙思想与理性法律观的建立	(41)
托克维尔:民主政治下的法律与自由	(52)
马克思:法律与社会理论的批判意识	(67)
涂尔干:社会团结中的法律	(91)
韦伯:理性化的社会与法律	(114)
第一部分小结	(139)
第二部分 理性作为法的现代性问题的构成	(143)
现代法律的知识论背景	(145)
自由主义的法律理论	(167)
形而上学的法律理论	(201)
实证主义的法律理论	(226)
第二部分小结	(267)
第三部分 理性作为法的现代性问题的解决方案	(271)
理性的分裂与法的生成	(274)

法与实践理性·····	(296)
后现代思潮对法治的消解·····	(324)
危机与重建:现代性问题	
——哈贝马斯的批判理论·····	(389)
第三部分小结·····	(432)
结束语 现代与反现代:中国法的精神处境 ·····	(435)
中国法的现代化过程中的“现代”情结·····	(438)
中国法的现代性问题之理论形式·····	(450)
中国法治与现代性问题·····	(468)
主要参考文献 ·····	(473)

■ 绪 论

法的现代性成为问题、成为知识界议论的中心话题，在西方国家大概是本世纪（20 世纪）中叶以后，^① 在中国也仅是近年来的事情^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，法律则是追赶世界范围现代化的手段，就像管理技术、科学文化一样。故，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，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，因而，中国古代，法律与法学都是不很受重

① 这个判断大体依据西方后现代思潮兴起的时间确定的。实际上，至少在韦伯的理论中，现代法律的一些基本特点，如专业化、职业化、形式化等，就已经作为问题被提出；而法的普遍性等特征则在 20 世纪初已受到实证主义法学的批评。但是，法的现代性受到普遍关注则与后现代思潮的出现不可分。因为，正是后者使这个问题被纳入现代思潮的话语中心。

② 季卫东与苏力的学术分歧一定意义上就是借助西方的话语形式展示了中国法的现代性问题。参见季卫东：《面向二十一世纪的法与社会》，载《中国社会科学》1996 年第 3 期；苏力：《后现代思潮与中国法学和法制》，载苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社 1996 年版。

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：第一，一方面，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。中国法就处于这种现代与非现代的精神夹缝中；第二，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。第一个问题使我们在追赶现代的时候面临传统无所不在的巨大压力；第二个问题则不断地迫使我们检讨现代化的努力。

即使如此，我仍然不想讨论中国法的现代化之必要性，因为这个问题对今天的中国人来说是不言而喻的。我关心的问题主要是：在法治化程度比较高的西方国家（我们中国人一向这样看）学术思想界，法的现代性为什么会成为问题？这个问题是如何形成、表现和解决的？对我们中国的法治实践来说，这又意味着什么？我想，讨论这个问题对我们把握我国法治建设面临的一系列相关问题或许是有益的；为了便于前述问题的讨论，又需要首先明确什么是法的现代性及其问题性，以及为什么这个问题会在法理学的视野观下显现？这个视角赋予了我们所关心的问题哪些特殊的品质？这里，又包含了三个问题：1. 通常所说的法的现代化、现代性以及法的现代性之问题究竟指的是什么？2. 当我们从法理学角度设定问题时，在何种意义上“问题”才能被称为法理学问题？进而言之，作为法理学问题的法的现代性的问题意识是什么？我又应该如何确定自己的法的现代性问题的框架？3. 这种对法律的理论探讨意义何在？又应该通过什么方式进行？与这三个问题呼应，在本书“绪论”部分，我将依次讨论：法的现代性及其问题性；法的现代性之问题意识与问题框架；法律的理论与方法。

■ 法的现代性及其问题性

今天,在我们的日常生活中,法律已经以不可阻挡之势渗透到各个方面和领域,显示出蓬勃的生机。法律不仅影响我们的公共生活和国家政治活动,如参政、议政,而且左右我们的个人生活,如生老病死;甚至在最纯粹的私人领域,如个人隐私,也离不开法律调整。在法治发达的国家里,离开法律,人们几乎寸步难行。现代生活中,法律所发挥的广泛、持久的作用,是我们的前人难以想象的。人们不仅用法律确认、维护、巩固原有的社会秩序,而且还试图用法律创造一个崭新的社会。这就是法的现代化的一个直接结果。较之以前几个世纪,现代法律承担了更为广泛而深刻的社会功能。那么,在这样一个全球化法治发展的历史时期,法的现代性也前所未有地成为一个重大的理论问题。

为了不使我们的讨论过于枯燥,我想首先说明法的现代性及其问题性就是存在于我们身边的、发生在我们生活中的、或许并不起眼的现象、事件。

一、法的现代性

现代性并不是什么全新的词汇,它与我们习惯使用的现代化这个概念有密切联系。“现代化”一词,大体有四种解释:

1. 指在近代资本主义兴起后形成的特定关系格局中,经济上落后的国家在经济与技术方面赶上世界先进水平的历史过程;
2. 指经济落后国家实现工业化的过程。这种观点认为,现代化

实质就是工业化,就是人类社会由传统的农业社会向现代的工业社会转变的历史过程;3. 指自科学革命以来,人类社会急速变动的过程的总称;4. 认为现代化主要是一种心理态度、价值观和生活方式的改变过程,即现代化可以看做是代表我们这个历史时代的一种“文明的形式”。^① 这些观点侧重点有所不同。我们倾向于认为:由于现代化带来了深刻的社会变化或“社会转型”,所以,现代化就不仅仅是物质生活方式的革命。准确地说,现代化是基于科学技术革命,整个社会从物质到精神、从制度到观念的总体变迁,是特定社会的现代性因素不断增加的过程。

法与现代化存在密切联系。有的著作中,法治化与工业化、都市化、均富化、福利化、民主化、社会阶层流动化、宗教世俗化、教育普及化、知识科学化、信息传播化、人口控制化等被并列为主要的现代性因素。^② 这不是偶然的。工业化不是孤立的工业领域的现象,它需要一种与整个工业化相应的社会环境作为其发生的条件。德国著名学者马克斯·韦伯认为,现代化就是合理化,是一种全面的工具理性的发展过程。合理的常设企业、合理的核算、合理的工艺和合理的法律等社会生活的合理化,是资本主义能够在欧洲产生的原因。^③ 应该说明的是,韦伯所说的合理化,实际上并不是资本主义的特有现象,而是一种与整个工业化相应的社会组织和分层形式,是资本主义产生的原因。可以说,没有人文环境、社会关系的现代化,就没有物质生活方式的现代化。法是一种调整社会关系的手段和符号系统,其自身的现代化,一定意义上既是社会全面现代化的产物,又是现代化的

① 参见罗荣渠著:《现代化新论》,北京大学出版社 1993 年版,第 8 页以下。

② 参见杨国枢著:《现代化的心理适应》,台北远流图书公司 1978 年版,第 24 页。

③ 转引自罗荣渠著:《现代化新论》,北京大学出版社 1993 年版,第 14—15 页。

条件。当意识到这一点的时候,特别是在后起的现代化国家,人们自然会借助法的现代化以大力推动整个社会生活的现代化进程。

什么是法的现代化和法的现代性呢?法的现代化是指与现代化的需要相适应的、法的现代性因素不断增加的过程。现代化与现代性又不完全相同。现代化是一个社会急剧变动的过程,现代性则是现代社会的属性。法的现代化就是使社会生活中的法,具有更多的现代性,即更多地体现现代社会法的特征。法的现代性因素,也就是现代法律的特征,概括起来说(如我们所熟知的)主要有:1. 公开性。法的公开性是指法律的内容、法律制定与实施的过程应该向社会公开。未经公开的法律,不具有法律效力。公开,不仅是人们了解法律、遵守法律的前提,而且也是人们有效地评价立法及法律实施行为合法性的条件,是人们参与国家政治生活的必备条件,是实现广泛的公众参与和社会监督的重要措施;2. 自治性。法的自治性是指法律是一套独立的并由专门的机构运用专业知识加以适用的规则体系,法律活动成为一个独立的专业领域。这是工业化带来的广泛的社会分工在法律领域的体现,也是实现法治所必须的;3. 普遍性。法的普遍性是指法律调整的是一般人的行为,其价值内涵是法律面前必须人人平等,坚决反对特权现象;4. 层次性或称道德性。法的层次性是指法律必须具有一定的内在的道德性,即法律必须符合一定社会特定历史时期普遍的价值准则,并与人类社会最低限度的价值观念保持一致;5. 确定性。法的确定性是指法律的内容、至少它的中心含义应该尽可能明确、无歧义,而不应模糊不定、自相矛盾、过于原则。因为,人们期待于法律的,是法律能够给社会带来更多的稳定和安全,不确定的法律只能给社会带来不确定;6. 可诉性。法的可诉性是指法律具有被任何人(包括公民和法人)在法律规定的机构(尤其是法院和仲裁

机构)中通过争议解决程序(特别是诉讼程序)加以运用以维护自身权利的可能性;^① 7. 合理性。法的合理性是指,现代社会的法律机制必须成为由法律职业者操作的、符合一定理性原则的秩序机制,具有高度的专业性和技术性,从而能够增加个人行动的可计算性;8. 权威性。法的权威性是指现代社会的法律就外在强制的效力而言在社会生活规范体系中应该具有最高和核心的地位,具有不可忽视、不可冒犯的最高权威。上述 8 个法的现代性因素,概括起来说,就是理性化,或者说,法的现代性就是指法的理性化。

二、法的现代性问题

法的现代性就是法的理性化,法的现代性问题实际上也就是理性的问题,或者说是理性化的法律和法律制度的问题。^② 法的现代性问题这个词也就是用于指称法的公开性、普遍性、自治性、权威性、“合理性”、确定性、层次性、可诉性等现代性因素在当下社会几乎毫无例外地所遭遇的批评和难题。

20 世纪已经过去了。这个世纪我国法制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)。^③ 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。法的现

① 参见王晨光:《法律的可诉性:现代法治国家中法律的特征之一》,载《法学》1998 年第 8 期,第 18 页以下。

② 韦伯首先注意到并且运用“理性化”一词概括欧洲文明的历史进程,将人类历史理解为不断理性化和解除魔咒的过程;哈贝马斯基本上继承了这一点,将现代性问题的核心归结为理性问题。参见李安东等译:《现代性的地平线——哈贝马斯访谈录》,上海人民出版社 1997 年版,第 119 页以下。

③ 一个世纪以来,我国法律理论乃至整个思想领域都被所谓西化与现代化、现代化与本土化、体与用等问题所困扰。发源于清末的修律活动一方面开启了中国法的现代化的历史进程,另一方面,也留下了一些百年的疑问。

代性“问题”在中国之所以是一个重大的课题,显然具有特殊的意蕴,即它不仅是一个被后现代话语所展示的问题领域,而且还是一个在传统意识的关照下显现的问题群。

在这个特殊的背景下,反思现代性可能是20世纪末我国法学面临的重大课题。“现代性”和“反思”都是很学术化的概念,但这并不意味着仅仅是学者在思考这些问题。实际上,我们每个人每天都可能在思考现代性问题。例如,早些年,四川省夹江县出了一个很有名的打假案。大意是一个制造假冒伪劣产品的企业将抓住他造假的国家机关——技术监督局告上了法庭,说它违法执法。当时这个案子很轰动,老百姓议论纷纷。大家关注的焦点是,好家伙!制假的居然敢公然地把打假的告上法庭!在电视上看到,有的人民代表大会的代表神情愤怒地就此向法院院长提出咨询。这个案子所涉及的“依法执法”、按法律程序提起诉讼等,实际上都是法律规定的,这些规定都与法的现代性有关,或者说是现代法治的要求。为什么现代法治有这样的要求呢?是因为人们对以往的法律制度进行思考后发现,一个治理良好的社会中,国家权力必须依法行使,老百姓的权利必须有足够的法律保护。所以,这些法律规定包含了一定的思想内容。现在发生了打假案子,许多老百姓想不通:“坏人”为什么还能告“好人”?这也是思考,就是对有关法治思想的思考。所以,老百姓、普通人也都可能思考法的现代性问题。法的现代性问题存在于我们大家的身边,只不过法学家把它作为一个理论问题提了出来,对法治所包含的系统的理论问题进行整理和再思考。这种系统化的对思想的思想也就是通常说的反思。

反思意味着反思对象的自我否定,也意味着反思主体的自我检视和自我批判。现代性之反思产生于现代的问题性。学术界说的“现代”主要不是一个时间概念,而是一种生活式样和精神状态。现代性是现代生活的特征,法的现代性就是现代法的

特征,或者说,是与现代相呼应的法的特征。一般认为法治化是现代的重要特征之一,那么,实际上也可以肯定,法的现代性就是法治的属性。而法的现代性问题,就是指,人们对法治的一些特征、属性提出了疑问,需要回应这些疑问。法学界不少学者现在对法的现代性怀有疑虑。回顾 20 世纪后 20 年我国的法学研究,存在一个大家共同关心的反差。这个反差比较典型地表现了现代的问题性:70 年代末 80 年代初,法学界、知识界最激动人心的口号之一就是“要法治,不要人治”。许多被人们所敬重的法学界、思想界人士正是因为其勇于冲破思想禁区、大力倡导法治而被人们所敬重,从而成为青年学生和学者的楷模及精神榜样。那个时期,只要你为法治呐喊,人们就会为你鼓掌;如果你不赞成法治,那么,大家就会给你鼓倒掌。然而,进入 90 年代中后期,当中国政府正式将“依法治国,建设社会主义法治国家”表述为官方决策时,世界性的反现代思潮却被法学界部分知识人士传入中国,构成一定范围知识上的垄断话语,起着怀疑法治、消解法治的作用。这些学者因其具有“解构”法治的能力而形成话语霸权,成为这个时期许多青年学生和学者的追随对象。同为中国现代知识精英,立场却大不相同;同为中国现代知识话语,价值指向却大相迥然。前者就精神追求而言是现代的、启蒙的,虽然这种意识还不够勇敢、清晰与明确;后者基本倾向则是反现代的、反启蒙的,虽然表述上是婉转的、慎重的。为什么会如此?如果是普通群众对法律有疑虑,不信任法律,如果是各级官员对法律视而不见,不尊重法律,这完全不用奇怪。因为几千年的封建社会历史筑就的宗法等级特权体制和世代相沿的传统法律意识不是一个晚上就能改变的。但是,如果是学者提出这个问题,而且是非常严肃地提出问题,就不能不问问为什么?因为,这可能意味着秉承“五四”彻底反传统精神的中国知识分子面临新的知识转型和学术范式的革命。这真正是一个问题!是

一个对现代法律制度提出的问题!

这种知识分子思想上的反差,或者源于问题的复杂,就人的思想感情来说,中国法的现代化最初实际上经历了一个极其艰难的无可选择的过程。对于落后国家来说,总的历史进程的现代化是无法选择的。就像我们在洋枪与梭镖、大刀之间无法选择一样。表面上少不了一番热热闹闹地争论与比较,实际上答案早已确定,而且只有一个。这种选择显然是非常痛苦的。选择的艰难无疑预示了其蕴涵的现代问题的复杂。然而,由于中国法是在历史匆匆的脚步声中、在无时无刻不在的紧迫感中、在变法图强的巨大现实压力下,开始由传统向现代的转型,人们几乎根本没有机会自由去选择,所以,也就不可能认真地去思考、去体会问题的复杂性。我们用了一百多年的时间和几代人的热情去“争取”现代化的正统性,可是,我们刚刚迈开法治现代化的“行动”步伐,就发现我们的问题也才由此开始,即“现代”给我们展示的能是一幅什么样的未来图景?现代能否成为我们的理想?尤其是当西方现代病不断显现的时候,反思几乎是必然的。当然,这不仅仅是中国法的问题,而且也是中国现代化过程中的一个共同问题。中国法的现代化不过是中国社会现代化的一个组成部分,中国法面临的问题,也是中国现代化面临的一个结构性问题。因此,对这一问题的回应,也就不可能离开中国现代化的宏大背景。从更深层次看,由于这个问题发轫于中国与现代之间,是中国迈向现代化过程中的问题,所以,实际上又是一个更具普遍性的更为深刻的涉及不同文明之间关系的世界范围的需要反思的现代课题,是世界范围的全球化与本土化思维构架的一个组成部分。

概括地说,在中国现今法律文化中,现代追求本身就夹杂着一种持久的反现代的情绪。对于普通的中国老百姓来说,现代化总体上是一个憧憬已久的梦想,代表着优越的生活方式和物

质享受;现代法则意味着他的尊严和人格。然而,当遇到一些具体法律问题,当他们需要认真地看待法律时,例如“造假的告打假的”时,他们就会考虑,法律为什么会这样?坏人为什么能够告好人?当人们打官司需要求助于法院和法律,需要求助于专门的法律工作者的时候,老百姓或许会质疑法律的程序性规定的烦琐和律师收费的高昂;专家们则可能会质疑这种精英文化的不公平;这种疑问及类似问题,可能就是中国法律文化中反现代精神气质的体现。可以想象,随着现代化的深入进行,现代之问题也就表现的愈加充分。在如此的大众法律文化背景下,后现代的出现及其所挟带的现代法律批判意识,无论原因为何,都会引起强烈共鸣。哲学是一个社会时代精神的体现,在学术思想领域,当现代性在世界范围面临挑战时,中国的现代与反现代思潮之间的较量也就必然地进入了一个新阶段,达到了一个新高潮。因为,这股对“现代性”、现代化的深深地怀疑、强烈地反抗情绪,不能不影响中国,不能不促使我们反思中国法的“现代”之问题性。换言之,我们需要对我们自己和他人关于现代法的思想进行思想。不解决这些思想问题,包括普遍的现代法问题和中国特殊的法的现代性问题,我们恐怕很难从容地走向法治社会。

■ 法的现代性之问题意识 与问题框架

提出中国法的现代性问题,并不是要把中国作为现代化的一种特殊形式,而是试图站在中国学者的立场上带着中国的问题来检讨西方法的现代性。而且,从目前来看,全球化也已经成为现代性的组成部分,尽管在具体事项上各国都有自己的特殊之处,但总体上世界各国都已经被整合进现代化的过程。所以,西方国家的现代性问题实际上也是我们的共同问题,我们的问题也是世界性的问题。

这个问题思路要求把法律现象作为一个社会的有机组成部分加以考察,而把法律现象作为社会现象的一个部分进行整体上的把握,一直是社会理论的问题领域。因此,研究法律现象,特别是从整体上讨论法律问题,就不能不借助社会理论,依赖社会理论。最重大的法律理论问题,通常也是社会理论的重大问题。相应的,社会理论关注的问题领域以及其所揭示出的社会的内在联系,对法律问题研究,对于把握法律现象的外部联系和内在特征,也就具有重要的指导意义和启发性。一般而言,社会理论中的核心问题应该也就是法律理论的关键问题,至少是法律领域的关键问题之一。所以,通过社会理论的演进,揭示现代社会法律面临的重大问题,是非常必要的。应该说,提出和解决“问题”都不是一件轻松的事。因为本书试图站在法理学的立场上解答法的现代性问题,所以,交代自己确定问题的思路可能是

非常必要的。

一、法理学“问题”及其界限

法的现代性问题本身就是一个法理学问题。法的问题当然具有多种形式,本书中所说的“问题”,仅指法律的理论问题。既然是理论问题,也就必然拥有理论问题特有的确定和解决“问题”的方式方法。我以为法理学就是专门解决法律的理论问题的学科,而法的现代性问题就是一个需要在法理学领域讨论的理论论题。法理学是法学的理论研究学术门类,讨论法的现代性之问题和问题意识,需要我们理清法理学问题的界限,也就是明确法理学需要通过什么方式提出和把握自己的问题。

我在确定法的现代性问题的讨论范围时,首先把它作为一个理论问题对待。现在,法学和法理学作为一门科学似乎已经是不言而喻的了。几乎所有的法理学教科书的开篇之页都提出“法学是一门以法或法律及其发展规律为研究对象的社会科学”(或类似表述),相应的,被界定为“法学中的主要理论学科”^①的法理学似乎当然应该属于科学之列。我想说明的是:作为科学的法理学,不应该排斥理论,法律与理论是不可分的,法理学的科学性依赖它的理论性。法律的理论研究成为一个独立的科学门类是社会分工的结果,也是理论本身的积累、繁殖的结果。理解法律现象是离不开理论的。而从理论角度把握法律现象,则是法理学的一个重要特点和功能。法理学并不属于自然科学意义上的科学,也不能简单地套用一般社会科学的方法论原则,而且还不能沿袭其他法学学科的方法,它是法学学科中“科学”色彩最不充分的学科。它的存在根据在于法学需要与各个其他社会科学学科的思想或知识进行交流、对话。这也可以称为法理学作为一个法学门类的“合法性”根据,而法理学的合法性也就

^① 参见沈宗灵主编:《法理学》,高等教育出版社1994年版。

是法律的理论研究的合法性。

促使我强调这个问题的原因是:多年来,法理学的更新与改革都是我国法理学界、乃至整个法学界关注的中心问题之一。^①其中,对法理学的理论性与现实性的关系和法学家的文化品位与职业技能的关系两个相互联系的问题,法理学界分歧较大。^②这种分歧表面上看是法理学界对理论与实际的关系以及理论界参与现实的方式存在不同的看法,实际上,有些学者、特别是法律实务部门和部门法学的学者,还多多少少地存在对理论形式的抽象性的怀疑。人们期待我国法理学能够对部门法学、法制实践发挥积极的促进作用,因而,比较集中的批评意见也就是指责法理学已经严重脱离实际。在许多人看来,法理学的进步应该体现在理论对现实的指导性上。由此,法学界有些人士,甚至不少是法理学学者都在呼吁法理学要“理论结合实际”,将法理学发展、进步的希望寄托在研究具体问题、特别是与社会主义法制实践紧密结合的具体的现实问题上。言下之意,法理学的研究重心应该由“抽象”转为“具体”,不能再继续这样“抽象”下去。

① 如张友渔、张宗厚的《法学理论要有新发展》(《文汇报》1988年5月5日);乔伟的《关于法学理论研究的反思:论更新与改造法学的若干问题》(《文史哲》1988年第6期);张志铭的《价值追求与经验实证:中国法学理论发展的取向》(《法学》1988年第12期);甘重斗的《在改革开放中创新法学理论》、张文显的《改革和发展呼唤着法学更新》、张传帧的《试论商品经济与法学基本理论》(《现代法学》1988年第5期);徐显明、齐延平的《走出幼稚——十一届三中全会以来法理学的新进展》(《山东大学学报——哲社版》1998年第4期);童之伟的《论法理学的更新》(《法学研究》1998年第6期)。1995年和1999年分别在昆明和上海召开的法理学会年会均以“法理学的回顾、创新、展望”为主题。

② 参见黎国智:《变革和创新我国法理学》;沈国明:《法学研究要关注向市场化过渡的过程》;孙国华、张曙光:《中国法理学发展的宏观思考》等文,载刘升平、冯治良主编:《走向二十一世纪的法理学》,云南大学出版社1996年版;1992年以来,葛洪义、尹伊军、谢晖、邱本等关于“法学家文化品位”的争论,参见《法学》1992年第1期、1993年第11期、1994年第1、4、5、7期、1995年第1期等。

我对法理学已经脱离实际的结论并无异议,也反对理论上的矫揉造作、无病呻吟、故弄玄虚,但是不赞成有些学者指出的解决这个问题的思路。我有一个基本的认识:法理学所面临的问题本质上不是法理学所独有的,而是我国所有法学学科的共同问题。这个问题的关节点,也不是法理学乃至法学的实践性不强,而是这些学科的理论性不充分,以至于没有能力应对现实。理论的不充分的极端的表现在,在法学各应用学科上就体现为有的人对基础理论毫无来由的轻视、敌视、无知,缺乏自己解决本学科范围内法理学问题的自觉意识;在作为一个学科的法理学领域内,则体现在不少法理学者对自身的理论结合实际的能力缺乏信心。而这两种情况都源于缺乏对法理学学科范围自觉的批判——知识范围的确定,源于对法律与理论的内在联系缺乏认识或者说认识不足。所以,法理学面临的最严重的问题似乎还不完全是现实性不足(这当然也是一个重要问题),而是由于理论的不充分所导致的法理学、甚至整个法学在中国都在向“对策学”方向的发展,以及对法学所抱的实用主义的非科学的态度。因此,法理学的更新和变革,应该始终围绕法理学的这一学科特点进行,而不是片面地强调其与法学其他学科的一致,或者忽视它与其他社会科学学科的区别。法理学对法学、法律实践、社会科学和社会实践的功能,都需要在这个意义上加以把握。因此,法理学的科学性和独立性是相互联系的。相应的,法理学问题也就具有自己的特点和判断标准。

首先,必须有一个法律领域的“真问题”作为理论研究的统率性的逻辑前提。理论研究都是由“问题”开始的。所谓只有真问题,才有真答案。法理学不可能只有一种研究思路,但是任何属于法理学性质的学术研究,都应该由一个法律理论上的真问题作为研究的前提。问题的真假取决于4个方面:第一,它是否属于一个法律问题。如果不属于法律问题,显然无须法理学讨