

走向共同体的权利观

——近代以来法理学发展的一种考察

Right Theories toward the Community: An Inquiry of
the Development of Modern Chinese Jurisprudence

黄涛

HUANG Tao

【摘要】 百余年以来的中国法理学的发展可以视为权利观念萌芽、形成、发展、完成和反思的历史，迄今这一过程尚未完成。在不同阶段，权利观念有不同表达。自宋明理学以来，中国思想家的学说中已经出现了尊重人的现实需要和情感的学说，这一学说在晚清以来，伴随着大规模的西学东渐运动，塑造了当代中国法理学的概念和话语方式，中华人民共和国的成立，是近代以来的自然权利观在现实政治生活领域中的最终体现。改革开放以来，权利观念再度勃兴，晚近十年来，随着法学内部对于自身话语正当性的追问，法学界开始对权利本身的正当性的追问。当前的权利观念必须要认真对待共同体这个重要的命题，必须吸纳当前的共同体生活对于法学提出的深刻需要。

【关键词】 自然权利观 中华法系 权利法理学 共同体

【中图分类号】 DF03 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206(2017)03-0110-15

Abstract: The development of Chinese jurisprudence from the last century can be described of the history of the development of natural right theories, and this process is in progressing. There are different rights theories during the different periods. The doctrine of respecting the individual's realistic needs and feelings have come in the philosophical thoughts from the Song-Ming neo-Confucianism, and got it clear form in the late Qing-Dynasty, shaped the concepts and manners of legal discourse with the movement of western civilization into the oriental world. The establishment of PRC can be thought of the final embodiment of the natural right from the last century, and there is reflective interests in right theories from the 1980s. There is the questioning about the legitimacy of the rights itself following with the questioning of the legal discourse during the last 10 years, and now we must take seriously of the community in our right theories and must incorporate the needs of the community in our future legal science.

Key words: The natural rights theories Ancient Chinese legal system Rights-based jurisprudence Community

【收稿日期】 2017-01-05

【作者简介】 黄涛，男，1983年5月生，中共中央党校政法部驻站博士后研究人员，华东政法大学科学研究院助理研究员，主要研究方向为权利理论、法哲学与政治哲学。

【基金项目】 国家社会科学基金青年项目“当代中国权利理论学术史研究”（项目编号：16CFX002）。

近代法理学之基本思想主题从其提出到完成,忽焉已逾百年。中国共产党成功地领导新民主主义革命,推翻国民党政府,成立了中华人民共和国,废除了国民党的“六法全书”,于1954年颁布实施了《中华人民共和国宪法》,开创了社会主义法制的新时代。此后至今,当代法理学进入到反思基本政治法律制度的阶段,呈现其丰富的发展形态。^{〔1〕}

本文以自然权利观的萌芽、形成、发展和完成为主要的逻辑线索,综述晚清以来中国法理学的发展。自然权利学说尽管源自西方,但并非纯粹的舶来品,早在宋明理学时期就开始在中国思想家的学说中萌芽与生长。作为一种尊重人性,积极回应人的现实需求的学说,自然权利观有极其重要的现实意义,它必将冲破传统律学思想的重重束缚,塑造适合于自身的政治形式,并且,在这一政治形式创建完成之后,仍然发挥着反思性和批判性的效应。从某种意义上讲,百年以来的中国法理学,其核心仍然是权利法理学,百年来的中国法理学的发展,展示了权利观念的一个运动的、不断深化和丰富的内在结构。

一、近代权利观的兴起

近代中国法理学从古代“律学”发展而来。古代律学无论在法典内容方面,还是在实际司法活动中,都受儒家伦理思想的支配。^{〔2〕}宋明时期,律学的核心思想即儒家的宗法伦理发生了巨大变化。一方面,以朱熹为代表的程朱理学继承孔孟“道统”,进一步将“天理”提升到本体论地位;另一方面,王阳明则提出“致良知”学说,主张让人的欲望和情感得以正当宣泄,遂使程朱理学确立的理欲世界观向重视人的现实存在的自然欲望和感情的方向变化和发展,透露了“天理”个人化也即“私”化的端倪。从古代“律学”中脱胎而来的“理欲”世界观的转换,成为反思和批判传统政治制度的工具。晚明时期,王夫之和黄宗羲等人树起了对现实律学制度加以猛烈批判的大旗,反对根据“道统”、“天理”所建立的一整套现实政治系统,这股批判思潮,极大地推动了中国近代法理学的产生。

思想史的变迁呼唤着迥异于“律学”的全新的“法学”世界观的产生。清代中叶大学者戴震明确提出“人伦日用,圣人以通天下之情,遂天下之欲,权之而分理不爽,是谓理”的思想,全面肯定人欲在理欲世界观中的地位。迨至晚清时期,对于人欲加以肯定的思想已趋于成熟,但尚未形成基本话语。在传统政治结构背景下,成熟的思想形式缺乏现实化的动力。此种情形因19世纪末20世纪初中国社会所面临的困境得以改观。在此一时期,法理学获得了其独特的形式,这就是“改旧律创新法”的近代法理学阶段。

〔1〕 本文有关“近代法理学”和“当代法理学”的称法,在时间上以1949年中华人民共和国的建立为分界点,在此之前的阶段,被称为近代法理学阶段,在此之后的阶段,尤其是在1978年之后,则被称为当代法理学阶段。值得注意的是,本文有关近代法理学的阶段的叙事和分析(前三部分),有别于程波在《中国近代法理学(1895—1949)》中以晚清及至民国种种《法学通论》教科书及其凸显出来的法理学知识结构和话语体系为核心的三阶段划分法。参见程波:《中国近代法理学(1895)》,商务印书馆2012年版。

〔2〕 参见瞿同祖:《瞿同祖法学论著集》,中国政法大学出版社1998年版,第361~381页。

近代中国法理学的兴起面临着复杂的背景,一方面,它受到了西方思想的影响,吸收了西方思想家的理论营养。另一方面又并未脱离自身深厚的文化土壤。中国传统思想演进本身发生的思想基调的转向为近代自然权利观的生长提供了坚实的意义支撑。中国传统文化内在的发展要求,是近代思想家们开拓新的思想天地的根本动力和源泉。新的价值根基的培育以及在此基础上的新的政治法律结构的培育,始终是晚清以来到“五四”时期人们面临的重大问题。康有为、梁启超、严复等近代中国思想家们,为了真正解决中国当时的实际问题,在向西方寻求真理的同时,继承了晚明以来思想史发展的主题,即对人的自然权利的高度肯定,又在此基础上,吸取西方思想、学说和制度设计,以为现实政治体制的改革服务。

“权利”是近现代政治法律文化之核心概念,其基本含义和精神在于承认个人之自主性的正当地位。近代“权利”概念的出现,根本原因在于中国思想传统内在的东西发生了实质性变化。近世意义上的“新人”的发现,在思想史上随着人欲的价值偏转而诞生。如前所述,自宋明理学以来,发生了“天理—人欲”结构向新型的“人欲—天理”结构的转换,这一变化在康有为、梁启超和严复等近代中国思想家们的笔下更为彻底,他们走出了传统儒学所倡导和捍卫的人伦道德的世界,而重视人的现实欲望和情感的变化,人的主体性精神得到了前所未有的张扬和发展,从而发展出了一套与传统理学家所强调的天理的世界观相对立的公理的世界观。

正是在此意义上,近代中国对于自然权利的接纳并非完全受西方现代文明强迫的结果。如果说,在近代西方,人们根据自然法而推演出不可剥夺的自然权利,那么,在近代中国,思想家们却是根据公理世界观而接受了源于西方的正当性意义上的“权利”观念,“权利”同样成了判断现实政治法律制度合理性、正当性的价值尺度。^{〔3〕}

近代中国自然权利观的出现为近代法理学的形成奠定了思想史基础。在此基础上,中国法理学的发展旗帜鲜明地摆脱了传统律学的藩篱,而进入到全球化视野中。在这一思想史背景下,法理学的发展呈现出了两个面相:一方面自然权利观作为一种内在精神需要,要求建立平等自由的政治观和法律观;另一方面,正是这种内在的精神需要,使得近代法理学得以从律学的藩篱中彻底摆脱出来,从而形成一套独立于律学传统的法理学话语。

早在戊戌变法之时,康有为就曾请开法律局和制度局,开启了中国法制现代化的历程。法律改革以及修律运动的真正启动大致始于20世纪之初。1902年,张之洞、刘坤以及袁世凯上奏清廷,称“律例者,治法之统纪,而举国上下胥奉为准绳者。我朝律例,邃密精深,本可无议。但风云即屡有迁嬗,则法制不能无变更。方今五洲开通,华洋杂处,将欲恢宏治道,举他族而纳于本同,其必自修改律例始”。^{〔4〕}此一时期在法学发展中的主要人物包括沈家本、伍廷芳、薛允升等人,他们先后草拟《大清新刑律》、《大清商律草案》、《大清民律草案》、《民事诉讼法》、《刑事诉讼法》等贯注新精神的法典,标志着传统的律法体系的瓦解。

大规模的修律活动反映了清王朝与西方社会接触之时不得已而为之的策略,但也有

〔3〕 参见赵明:《近代中国的自然权利观》,山东人民出版社2003年版,第103~133页。在此值得特别提及的是,本文在此有关近代法理学的开端的观点来源于业师赵明教授有关近代中国的自然权利观的研究成果。

〔4〕 参见程燎原:《清末法政人的世界》,法律出版社2003年版,第184页。

极其深刻的思想史和观念史背景。近代思想家对于自然权利观的提倡和在此基础上的西方新型政治理念的传播,使清王朝的统治者不得不顺应时代发展的大趋势。在此背景下,晚清立法中也就出现了各种争论,其中尤以围绕《刑事民事诉讼法》和《大清新刑律》而名之为“礼法之争”的论证最为激烈。其实质是礼教和法理两种不同的法律思想之间的论证,前者以维护宗法家族制度,进而实现维护整个封建制度为目的,后者则代表了西方近代政治法律观念。必须注意的是,礼法双方都不绝对地主张礼教或法理。〔5〕

二、近代权利观的法理学表达

在自然权利观和大规模修律活动的影响下,近代法理学逐步走向自觉阶段。一方面大量的法律与法学著作的翻译逐步形成了近代法理学所使用的特有话语;另一方面,近代法理学寻找到了其初步的研究对象——“中华法系”。近代法理学意识到了中西法律文化之间存在的差异,并致力于对此种差异作详细讨论,以在这两者之间寻找妥协的出路。

近代法学家注意到,中国法律方面存在着两个基本问题:一是,采自西方的现行法律是以个人观念为基础的,因而与中国传统观念发生了矛盾;二是,采自西方的现行法律,以逻辑体系为运用方法,与中国传统观念之间发生了矛盾。他们还注意到,西方国家的法律是内生的,所谓“观俗立法”,而清末新法的创制则是受了自己社会情况的逼迫。这种逼迫主要是来自国际环境方面。在法律思想上,中国传统只有具体道德规范的实践领会,绝少抽象法律原则的逻辑推演,而西方国家则在历史上已经过数次严格法的训练。〔6〕

近代法理学试图调和两种不同的法律文化,以使近代中国社会更易接受西方政治法律文化,从而使新型政治法律文化的建构,既不否定传统律学精神的合理性,又能获得新的要素。究其本质,近代法理学在本质上仍然是“政治的”,而非“纯粹法律的”,对现实民族政治生活的关切是近代法学家们最根本的问题意识,也是近代法理学发展的基本动力。这一时期,大批优秀的法学家先后从海外回国,投身民族政治生活的洪流中。不仅如此,一大批外国学者和专家也开始对中国特有的法律文化加以讨论和关注,并参与到近代中国的法制建设中来,其代表如美国著名法学家庞德。〔7〕

中国近代是翻译的盛世。对人文社会科学的书籍的翻译,早在鸦片战争前后即已开始,此后,京师同文馆、江南制造局下设的译书局以及外国传教士在中国建立的广学会等机构均组织过译书活动。近代法律及法学著作的翻译,直接为法理学研究提供了材

〔5〕 礼教派的代表是张之洞和劳乃宣,法理派则以沈家本为代表,此外,个别封建士大夫和在华外国人也参与了论争。围绕《大清律例》有关礼教规范,诸如干名犯义、犯罪存留养亲、亲属相奸、亲属相盗、亲属相殴、故杀子孙、杀有服卑幼、妻殴夫夫殴妻、发冢、犯奸、子孙违反教令等条文,就其是否全部列入新刑律,以及如何列入的问题展开了争论,在此过程中,尤以“无夫奸”和“子孙违反教令”两条争论最大。参见李贵连:《沈家本传》,法律出版社2000年版,第297~298页。

〔6〕 参见王伯琦:《近代法律思潮与中国固有文化》,清华大学出版社2005年版,第399~407页。

〔7〕 参见王健编:《西法东渐——外国人与中国法的近代》,中国政法大学出版社2001年版。

料,形成了一批特有的具有民族风味的法学话语。60年代洋务运动开始以后,适应洋务外交的需要,形成了一股以翻译国际法为主的小高潮。但由于缺少现代法律词汇,翻译者大多为外国人,所以中译外国法律法学著作,一般中国人无法读懂。这一现象直接反映了在中西法律文化之间存在的差异。为了克服这一文化交通上的不便,近代的法政人费尽良苦用心,创造了一大批新的“法言法语”。

1862年,美国传教士翻译丁韪良(W. A. P. Martin)和他的同僚们翻译亨利·惠顿(Henry Wheaton)的《国际法原理》(Elements of International Law)(即《万国公法》),这是首次用中文翻译西方法学著作。他们遇到的最大难题是如何在两种截然不同的文化中找到对应的语言,最后把眼光停留在“权利”这一在古汉语中含有贬义的词语上,并成功说服了中国政府采纳这一表达。仅仅在《万国公法》出版40年之后,《中华民国临时约法》(1911年)就为现代公民权利中的绝大部分都列出了规范的表述。自此,不管建立在何种政治权威或意识形态之上,几乎每一种宪法都在内容上包括了公民政治权利的典章。这些权利典章涉及政治、经济、宗教和教育。它们使用了民主、平等和自由的术语,并且说到了政治参与权、财产权、言论和出版自由权、示威和集会权、婚姻自主权、劳动权和休息权等。^{〔8〕}据考证,除“权利”一词外,诸如民主、自由这些词都是来源于中国,而非从日本开始。^{〔9〕}

1909年,著名的翻译家严复翻译出版了孟德斯鸠的《法意》,他忠实原著,严格地把握原著意图,在译文中还时时交织着一些极有见地的“按语”。《法意》一书的翻译是近代法理学中的重要事件。在“按语”中,严复表达了对于民主政治作为人类社会发端制高点的观点,热烈相信人类朝着民主政治的进化是分阶段的,肯定文明的利己以反对“自我克制”,拥护与整个儒家传统相对立的非人格的“法治”,而反对任何形式的“圣贤之治”。^{〔10〕}“法意”一词准确地表达了对于藏匿于法律制度背后的精神世界的追求,作为法理学之根本精神的最为恰当的高度概括之语而沿用至今。

19世纪八九十年代,黄遵宪撰写了《日本国志》,其中《刑法志》系翻译注解日本明治维新时期颁布的《刑法》和《治罪法》。这两部法律成了法律改革前影响最大的外国法。借助于日本语言和文化,近代法政人创造和吸收了许多法律用语和习惯。20世纪初期,在清政府开始修律的谕旨中,既有令出使大臣查取各国法律咨送国内之语,又有参酌各国法律,务期中外通行之令。在修订新律的过程中,修订法律馆始终将翻译各国法律作为最重要之一项任务。这一时期,在西方法学思想以及部门法学著作的译介方面,不但数量上大大超前,质量上也为前期翻译所无法比拟。

近代跨中西文化之间的翻译,是不同价值体系之间的“文化翻译”,如何实现两者之间的有机转换,达到既定的翻译目标,是译者面临的一大难题。到20世纪上半期,这些困难逐渐被克服,产生了民法学、刑法学以及国际法学等重要的法律门类,相应

〔8〕 参见夏勇:《中国民权哲学》,生活·读书·新知三联书店2004年版,第91~92页。关于“权利”一词被引入近代法理学的具体情况,参见前注〔3〕,赵明书,第122~133页。更为详尽的考证,参见俞江:《近代中国民法学中的私权理论》,北京大学出版社2003年版,第83~98页。

〔9〕 参见夏勇:《朝夕问道——政治法律学札》,上海三联书店2004年版,第164页。

〔10〕 参见〔美〕本杰明·史华兹:《寻求富强:严复与西方》,叶美凤译,江苏人民出版社1996年版,第159页。

地,“公法”“私法”“人格”“私权”等法学中的重要概念得以引入和生成。^{〔11〕}究其原因,一是日本新创法律名词大量引入,法律概念得以更新;二是外文原本多为清朝驻外使节通过外交途径收集购买,版本比较准确完整;三是翻译人员的外语和专业素质较之以往大大加强。而在所有原因中,最为根本的乃是由于自然权利观念的盛行,大大加深了人们对西方近现代法的理解能力。^{〔12〕}

翻译能力的提高意味着不同法律文化之间沟通能力的加强。在此基础上,近代法理学得以进一步展开对西方法律史的研究,如李宜琛对古日耳曼法的研究和黄右昌、丘汉平、陈朝璧、周相等人对罗马法的研究,都达到了较高水平。不仅如此,在西方法律思想方面,分析实证法学派、自然法学派、社会法学派、哲理法学派、概念法学派等各家各派的著作都得到了译介,一大批近代法政人远涉重洋,师从西方法理学和法哲学大家,极大地扩大了近代法理学的视野,提升了近代法理学的言说能力。到19世纪20年代,近代法理学达到了它的黄金时代,出现了许多兼通中西文化的法理学大家,其中著名者如张君勱、吴经熊、萧公权、徐道邻等人。

近代法理学究竟以什么为其研究对象,是值得深思的问题。由于近代中国政治局势动荡不安,主权遭到破坏,法理学还不能完全以主权者的命令为其研究对象。实际上,近代以来的法学家们多是深入到中国古代法律世界,以探究中国古代法的精神和原理,出版了大量探究中国古代法律文化的重要论著,沈家本、程树德、杨鸿烈等人是这一时期法学家的代表,他们主张新型政治法律文化的正当性,又不完全否定传统法律文化中那些值得保留的方面,试图从传统中开新,导致了近代法理学的独特研究对象的产生,此即“中华法系”。

根据学者们对中华法系的界定,中华法系具有三个特征:其一,私法规定少而公法规定多;其二,法典所规定者,非必行法;其三,中国法多含道德的分子。20世纪上半期曾经有过一场关于“中华法系”之论题的大讨论,^{〔13〕}杨鸿烈的《中国法律对东亚诸国之影响》一书,是这场讨论中被誉为中华法系研究进程中具有里程碑性质的著作,他将中华法系定义为一种与道德混合在一起的自成一体的法律系统,这一法律系统对于其他东亚诸国产生了重大影响。^{〔14〕}陈顾远先生著“中国固有法系与中国文化”、“中国固有法系之简要造像”诸文,对于中华法系诸问题进行了集中的讨论。^{〔15〕}在这一涉及“中华法系”的讨论中,瞿同祖所著《中国法律与中国社会》一书将法律与社会发展以及政治结构变迁相结合,探究中华法系的基本精神及其主要特征,^{〔16〕}指出中国古代法律的主要特征表现在家族主义和阶级概念方面,中华法系的根本特征是儒家化。《中国法律与中国社会》将从汉代到清代2000余年的法律视为整体,旨在探究中国古代法在此期间有无大的变化。这种关于法律史的研究方法,开一代新风,大大深化了人们对于

〔11〕 关于“民法”被引入近代法理学视野中的具体情形的讨论,参见前注〔8〕,俞江书。

〔12〕 参见前注〔5〕,李贵连书,第211页。

〔13〕 概括性的讨论,参见俞荣根、龙大轩:“中华法系学述论”,载《中西法律传统》(第五卷),中国政法大学出版社2006年版,第119~138页。

〔14〕 杨鸿烈:《中国法律对东亚诸国之影响》,中国政法大学出版社1999年版,全书提要,第二节。

〔15〕 参见范忠信等编校:《中国文化与中国法系——陈顾远法律史论集》,中国政法大学出版社2006年版。

〔16〕 参见前注〔2〕,瞿同祖书。

“中华法系”的理解。

“中华法系”之所以能成为近代法理学的研究对象，与近代中国的时代背景有密切关联，由于民族的政治法律生活遭到“治外法权”的损害，近代法理学难以在现实生活中找到可供反思和批判的对象。这就使近代法理学转而以建构其研究对象为其任务所在。“中华法系”概念的出现，正是他们此番努力的结果。近代法学家们希望一方面能吸收和保存数千年来中华律学传统的宝贵财产，另一方面又采欧、美之所长，从而创造出一种独特的“东洋法系”。然而，由此所导致的问题却是，“中华法系”这样一个被理论家们构建出来的法理学的对象，在根本上并未回应前述晚清以来中国社会已经开始形成和发展的权利观念。

三、自然权利与政治国家

清末法政人的生长及其价值的凸显，具有与从前中国古代律学家、律博士和刑名幕友不同的背景、生长机制和认知前提，传统的法律教育，包括清代的“讲读律法”和刑名幕友的学徒式培训，难以适应清末新政和筹备立宪时代的政治法律之变。不论是官吏的自修、历练，还是师徒培训模式，都不足以培植大规模的法政人才。而且，新政和筹备立宪所急需的人才，绝非仅仅熟谙刑名讼案之辈，而是精习现代政治、法律原理与知识的新进之士。^{〔17〕}

在上述背景下，近代法理学应运而生，它必须对新型社会结构和政治变革进行深入思考，寻找建构新的法律文化的出路。在这个动荡的世界里，近代法学家没有放弃法律理想，有着鲜明的问题意识，“在清末，特别是晚清最后10余年，不少思想家、朝廷大员以及新潮学生或初生的媒体，表达了惟有变法、新政、立宪才能解救危亡之国家、之朝廷的思想，惟其如此，法政的地位才充分地得以凸现，而政法人也就被认定为救时济世之才。”^{〔18〕}

尽管近代法理学的发展有极深刻的思想史背景，但缺乏制度条件，因而不得不以塑造一种与权利观相契合的政治秩序为其自身的必然使命。随着中国近代社会形式的变化，法学的政治色彩日益厚重，对于“中华法系”的研究显然不能满足政治发展的现实需要。大约从20年代后期开始，近代法理学进入到彻底政治化的时代，法理学思想与近代社会政治思潮难舍难分。

孙中山领导的革命派推翻了传统帝制，却无力建构新的和稳定的政治秩序。袁世凯复辟帝制，希图确立起统一的专制集权，为反对袁世凯，各地兴起“联省自治”运动，以湖南省宪运动为开端，相继进入到“省宪运动”时期，与此同时，受国际资本帝国主义的影响，又因中国社会的经济状况，近代中国走向了一个混乱的军阀时代。^{〔19〕}而另一方面，人格自由、平等的呼声却愈加强烈。

这一时期，个性解放、人格独立和自由、理性的价值在新型知识分子群体中得到普

〔17〕 参见前注〔4〕，程燎原书，第6页。

〔18〕 同上，第7页。

〔19〕 参见毛泽东：“外力、军阀与革命”，载《毛泽东文集》（第一卷），人民出版社1993年版，第10~12页。

遍确认,并通过各种政治主张得到宣传,^[20]其中尤以无政府主义和空想社会主义对广大青年知识分子的影响为大。五四运动竖起了科学与民主的大旗,明确把中国今后努力的方向规定为科学与民主,认为真正的共和立宪不仅在于政体,即民主形式,更重要的是国人的民主意识。五四人强调科学精神,希望能用科学的法则、理性的精神检讨“国民性”。这一时期创办了著名的《新青年》杂志,出现了研究马克思主义的团体,大批进步刊物的创办,扩大了马克思主义的宣传阵地。马克思主义逐步成长为居主导的社会变革思想,1921年7月,党的一大召开,中国共产党正式成立。次年7月,党的二大提出了比较适合国情的正确的政治纲领,中国共产党作为完备形态的政党的建设任务基本完成。

近代法理学的生长伴随着对政治立场和政治纲领的选择。清末法学家因为立宪或者革命的政治使命之差异而最终分道扬镳,逐渐融入为民族前途的政治努力中。到20年代,法理学的政治属性更为强烈,逐步摆脱了对“中华法系”的研究,转而试图在现实政治生活中谋求建构一个与“自然权利”观念相适应的民族国家。近代法理学遂从研究者的理论层次转向政治家“为权利而斗争”的实践层次,不只是作为民族情感的表达,而是作为一种与建国任务紧密关联的政法理论,服务于政治斗争的现实需要。

在此情势下,一部分法学人如张君勱、萧公权等,开始转向政治学的研究,不仅如此,法学家们在《临时约法》的制定过程中,以及在“联省自治”和“省宪运动”中积极活动,对于政治形势产生了重要影响。此外,在无政府主义以及基尔特社会主义等社会政治思潮中,蕴涵着相当深刻的法理学思想。在这一时期,李达所撰写的《法理学大纲》被认为是第一部以马克思主义思想为基础的法理学著作。

尽管在这一时期,法学思想退居幕后,但法理学必须蕴涵的基本的近代民主、自由精神,非但没有消失,反而日益明显。毛泽东对于自由、民主、宪政和民族政治运动之间的复杂关系的探索,无疑是这一时期法理学思想之本质的最完整表达。^[21]中华人民共和国的成立,是近代以来的自然权利观在现实政治生活领域中的最终体现,它所确立的政治结构和法律体系,是近代法理学的真正对象。^[22]至此,近代法理学的任务得以完成,以一种新型的民主共和国取代了律学时代的朝代国家。民主共和国的政治建构是近代以来日益高涨的民主、自由思想发展的必然结果。

50年代之后,围绕着国家与法关系的思考产生了大量著作和译作。受苏联影响,法理学被命名为“国家与法的一般理论”。就实质而论,这一阶段“法理学”未能摆脱建国时期具有的政治品格。近代法理学在此时停留在对象化的阶段,尚未展开对其对象的反思。它所研究的对象——法律及其制度设施不过是国家政治的工具和附庸,法学话语也不过是政治话语的套用和政治意识形态的演绎。但无论如何,新型的基本政治制度的确立为当代法理学的逻辑展开提供了稳固的前提。

[20] 参见毛泽东:“在新民学会长沙会员大会上的发言”,载《毛泽东文集》(第一卷),人民出版社1993年版,第1~2页。

[21] 参见毛泽东:“新民主主义的宪政”,载《毛泽东选集》(第二卷),人民出版社1991年版,第731~740页。

[22] 参见毛泽东:“新民主主义论”,载《毛泽东选集》(第二卷),人民出版社1991年版,第662~711页。

四、权利观念的再度勃兴

“文化大革命”期间，法理学几乎面临着停滞局面。1978年之后的几年，各种政治、思想运动和党在执政、治国方针上的重大转折，为法理学的深度发展带来了契机。社会主义民主和法制的关系问题一度成为讨论的焦点，人们越来越倾向于一种社会主义民主法制。90年代初期的市场经济发展，为当代法理学的发展提供了新的机遇，90年代后期的政治改革则推动了当代法理学向更深和更全面的方向发展。当代法理学需要对社会、经济、政治、文化等各个方面的发展做出回应。也正因此，法理学的发展也进入到一个最丰富和最繁荣的时期。

1980年左右，中国法学界展开了关于“法治与人治问题”的大讨论，其时，以李步云、王礼明、何华辉、张警为代表的一批法学家，倡言法治，反对人治，并且由群众出版社出版了《法治与人治问题讨论集》。这次讨论开启了八十年代到九十年代的法治和权利研究的热潮。从80年代开始到90年代中后期，中国社会进入到一个立法活动频繁的时期。各个法学学科陆续建立起来，为新时期培养了大量的法学专业人才。80年代出现了关于法治的大量文章和论著，学者们越来越多地深入到西方学说中寻找思想资源，程燎原、王人博等人作为主要撰写人出版的《法学变革论》以及他们两人合著的《法治论》乃是这一时期对于西方法治理论总结的代表性著述。此后，对于法治问题的讨论进一步深入，对于权利问题的思想史资源的讨论向更深的思想层次发展。

80年代后期，“权利”逐渐成为中国法学界的一个基本概念，法学即权利之学的观念逐步成为法学界的共识，20世纪80年代以来的中国法理学在很大程度上可以被视为一种权利法理学。1988年在长春召开的全国首次法学基本范畴讨论会，将“权利”和“义务”确立为法的核心和实质，视为法学的基本范畴。1993年张文显出版了《法哲学范畴研究》一书，对于“权利”作为现代法学的基本范畴，以及法哲学研究的范式从“阶级斗争本位论”向“权利本位论”的转换做出了论证。该书以分析法理学为基本分析方法，比较全面地对以“权利本位论”为基础的法理学景观作了详尽描述。该书所确定的“法”、“法律行为”、“法律关系”、“法律责任”、“法治”等基本范畴成为通俗法理学教科书的基本言说方式。^[23]

几乎与此同时，对于权利的观念史探究也在进行。1992年，夏勇出版了在其博士论文基础上改订的《人权概念起源》一书，摆脱了此前在权利概念和法治概念分析时所采取的泛泛而谈的立场，而试图采用历史哲学的眼光对“权利”概念的内在结构和发展作详细探究，成为90年代乃至今天中国学界人权研究的一部较为成功的著作。^[24]不仅如此，该书一方面注意到中国传统政治文化与西方权利文化之间的差异，在另一方面，则认为人权与中国传统无根本冲突，试图确立一种普世性的人权概念。

1993年季卫东发表了《法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考》一文，他注意到，从1980年代初期开始的人治与法治讨论到最近的权利与义务的争议都反映

[23] 该书1993年以《法哲学基本范畴研究》为题由中国政法大学出版社出版，2001年修订本以《法哲学范畴研究》为题由中国政法大学出版社出版。

[24] 该书1992年以《人权概念起源》为题由中国政法大学出版社出版，2001年修订本以《人权概念起源——权利的历史哲学》为题由中国政法大学出版社出版。

了一种倾向,即更多地强调令行禁止、正名定分的实体合法性方面,而对在现代政治、法律系统中理应占据枢纽位置的程序问题则语焉不详。他主张如果要实现有节度的自由、有组织的民主、有保障的人权、有制约的权威、有进取的保守这样一种社会状态的话,那么,程序可以作为其制度化的最重要的基石。在此基础上,他提出所谓“法制程序化”。“法制程序化”的实质是对普适性权利的进一步认识,目的是使权利的观念史与现实生活实践结合起来。这种思潮不仅是西方权利观念史发展到当代的结果,也是当代中国法理学对权利之内在结构深入认识的必然结果。这一法理学上的反思延伸到诉讼法学界,引发了诉讼法学界关于“程序正义”问题的争论,并进一步引发了有关证据事实真实性标准问题,即存在于“客观真实说”与“法律真实说”之间的争论。

90年代初期对于“权利”概念之普世价值的认识进一步深入,并关注具体历史阶段的权利概念的产生和发展。学者们逐渐注意到,晚清思想家所完成的从“存天理,灭人欲”的人伦道德世界向以自然权利观念为基础的公理世界的转换,恰好为近代法学思想的发展提供了一种类似于西方近代法学发展的前提条件。^{〔25〕}这一发现意味着“权利”作为一个普世性话语在近代中国的正当性,是权利之普世性的强有力证明。不仅如此,它还揭示了一条可能的权利中国化道路,预示着中国社会可能有完全不同于西方的权利演进路线。

从权利概念的提出,到对权利的普世性价值的观念史探索,到权利观念现实化的探究,以及对于中国式权利话语的探索,充分显示了当代法理学正在迈向更高层次,并且证实了当代法理学有能力为现实政治法律制度的探索寻找一条审查标准。与此同时,考虑到权利的社会性,对于权利概念的功能以及效果的研究也蓬勃开展起来。这就是80年代兴起的对法律文化的研究和90年代盛行至今的对法律社会学的研究。

80年代兴起的法律文化研究在对权利概念的分析以及观念史的探索之外,开启了一个全新的研究空间,1990年代初梁治平先生相继出版《寻求自然秩序中的和谐》(1991)、《法辨:中国法的过去、现在与未来》(1992),实质是对法律进行文化的研究。具体来说,试图通过对文化整体的认识来把握法律,通过对立法原则、法律条文、判例等不同类别的材料的相互参证探究法律内里的精神。^{〔26〕}这种对法律的文化研究在法学界产生了广泛影响。

80年代的法律文化研究看似继承了晚清以来对“中华法系”的研究,但与之有根本差异,前者的实质是一种建立在“同情的理解”之立场上的“事实研究”,后者则是在特定背景下的为着“建构”一种新型法律秩序而做的预备工作。80年代的法律文化研究吸收了20世纪初期关于中华法系方面的研究成果,比如说吸收瞿同祖有关中国法律与中国社会的研究,试图进一步清晰地把握“中华法系”之不同于西方法律文化的特质。90年代的法律文化研究进一步转向了解释学理论,从而在当代法理学研究领域兴起了一股法律解释学的研究风气。解释学理论的初衷是对法律文化研究的反省,更准确地说,是对80年代法律文化研究之方法本身合法性的审查。因此,它的出现表明法律文化的研究逐步进入到自觉层次,即法律文化的研究必须采用在“同情的理解”立场上进行“辨异”的“文化类型学”分析进路,从而摆脱了20世纪初期对于“中华法系”研究中的实用取向。在此思潮影响下,当代法理学研究中出现了新的研究领域,即对

〔25〕 参见前注〔3〕,赵明书。

〔26〕 参见梁治平:《寻求自然秩序中的和谐》(修订版),中国政法大学出版社2002年版。

“比较法”的研究。不仅如此，对解释学理论的关注为21世纪之初出现的“法学方法论”的研究提供了直接的思想资源。90年代中期之后，这种针对法律的“事实研究”的研究兴趣逐步从历史研究转向对当代社会法律之运行机制进行探索，依托社会学、文化学等多学科的研究方法，大大扩展了法律研究的视野，激发了对法律运作之“本土资源”和“民间法”（或“习惯法”）的关注，此类研究重点围绕当代基层司法、民间习惯和国家法之间的关系而展开。所有这一切，都在权利的概念以及观念史的研究之外，开放了一个新的领域，即对权利的效果和功能的研究。90年代中后期出现了一批关于法律功能、法律意识等各个方面的研究著作，产生了新兴的法学学科，即法律社会学，试图对上述倾向进行理论上的总结。

1990年代中后期，苏力先后出版的《法治及其本土资源》（1996）、《送法下乡——中国基层司法制度研究》（2000），成为这一时期法律社会学研究的代表性著述。围绕苏力提出的所谓“本土资源说”，当代法理学学界展开了广泛的讨论。在《送法下乡》一书中，苏力明确提出了一种建立在他所谓的权力支配性关系基础上的“有限知识观”^[27]，以此方法为指导，苏力试图探究那些制约当代中国法治现代化的“本土资源”。权利在苏力看来并不是中国社会的一种普世性的知识，至少在他对著名的“秋菊打官司”的分析中，秋菊的诉求并不是普世权利的诉求，在他看来，对权利的理解受制于共同生活的历史与现实。这一对权利的社会学理解与同时由夏勇主持、部分关注法律与社会发展的专家学者们参与的一份大型调查报告《走向权利的时代：中国公民权利发展研究》（1995年初版，2000年修订出版）中的权利立场存在着重要分歧。《走向权利的时代》从法律社会学的意义上构建了解释权利发展的理论框架，进而研究中国改革开放以来公民权利意识和保护机制的变迁，并试图提出一些建议。^[28]其背后的预设是当代中国已经是一个权利时代，具体来说，报告试图从社会发展角度具体研究权利观念、权利体系和权利的保护机制问题，力求在对权利发展的具体解释和谋求中体现权利与社会互动的预设。^[29]

从1980年代到21世纪之初，当代法理学已经步入对基本政治法律制度进行反思的阶段。在此，“权利”概念主要是作为反思性尺度，不再承担20世纪权利法理学的建构秩序的使命。对于“权利”概念的观念史研究实际上意味着要对“权利”作为反思尺度之合法性进行审查。不仅如此，法律文化学研究以及法律社会学研究也在时刻提醒“权利”概念的历史文化相关性。这两个方面相结合，要求权利法理学能在民族的现实政治生活的基础上，具有一种真正反思性的能力和品格，从而推动当代法理学向前发展。

五、走向共同体的权利观

从80年代开始，以“权利”为主题的西方法理学和法哲学著作不断得到译介，探讨权利概念的观念史的西方法理学译著也陆续面世。这些都使人们对西方权利话语的思考从“印象式阅读”进入到“经典解读”阶段。阅读的深入不仅强化了对西方法学发展

[27] 苏力：《送法下乡》，中国政法大学出版社2000年版，第427页。

[28] 参见夏勇：“我这十年的权利思考”，载《中国民权哲学》，生活·读书·新知三联书店2004年版。

[29] 参见夏勇：“批评总该多一些”，载《朝夕问道》，上海三联书店2003年版，第199页。

的认识,而且为当代法理学的发展提供了知识资源。

随着对权利概念内在结构的讨论,对权利概念的研究越来越具备系统性和结构性,^[30]不仅如此,权利概念的分析方法也因法学方法论的兴起而获得扩展,对西方各个法学流派的认识更为全面和深入,对“道德”与“法律”之关系以及法的“应然”与“实然”之关系的讨论引发了愈来愈多的兴趣。与此同时,法学各学科也开始对其合法性加以反思,比如法律史领域关于传统研究方式的反思,民法学界关于中国古代有无民法的争论,经济法学界为确定自己在当代法学中的正当性而同民商法学界展开激烈讨论,此外还有证据法学界关于证据法是否是严格意义上的法学的反思等等。种种迹象表明,当代中国法理学正由此进入一个反思和自足的阶段。

2006年邓正来出版《中国法学向何处去——建构“中国法律理想图景”时代的论纲》一书,该书在对30多年来当代法理学发展进行知识社会学意义上的考察之后认为,迄今以来的当代法理学发展缺乏对中国现实的关注,而过多地受西方法律理想图景的影响。书中指出,这种当代法理学研究中占支配地位的“现代化范式”无力解释和解决因其自身作用而产生的各种问题,最终必然导致中国法学“总体性”的结构性危机。该书集中地表达了90年代以来当代法理学发展所面临的根本问题,遂在法学领域引发了一场关于当代法学发展如何走向自觉的广泛思考和讨论。

当代中国法理学的研究者已经越来越清晰地感觉到,就美好的人类生活和健全的社会制度来讲,对个人尊严的信仰和对社会责任的信仰不应该分离,也不可分离,因此,他们主张从政治生活的角度展开对权利的研究,认为政治参与既是德行的践履,又是权利的实行。^[31]这种有关“权利”的思考进路,要求在法理学的研究中越来越多地关注共同体层面的事情,从而使对作为反思尺度的“权利”话语的批判性审查,进入到一个既能反映全球化要求,又能够表达当代中国具体发展之内在需要的阶段。^[32]

最近十年来,政治哲学在青年学界逐渐产生影响,倡导对现代共同体生活的美德加以反思,尤其是有关古典政治哲学的研究,认为“倘若不与古希腊哲人深思过的古典政治美德作一番比较、预先就肯定现代的政治美德,对于当今政治生活来说恰恰是危险的”^[33],在此基础上,研究者主张回到“前现代”的思想世界,尤其重视对古代希腊、罗马以及中世纪政治法律思想文献的翻译和阐释,无疑为当代法理学的发展提供了思想资源,并在西方现代法理学的研究视野之外,在法治现代化的背景之外,开拓了古代政制思想的研究领地,大大加深了当代法理学关于人类法治思想之内在结构、历史发展、

[30] 总体上的讨论,参见程燎原:《从法制到法治》,法律出版社1999年版,第六章。

[31] 参见夏勇:“我这十年来的权利思考”,载《中国民权哲学》,生活·读书·新知三联书店2004年版。

[32] 这一研究路向,体现在年轻一代的研究者的论著中,严海良的《人权论证范式的变革——从主体性到关系性》,明确意识到传统的原子主义为中心的权利观是存在问题的,因此引入交往行动理论和承认理论提出了一种关系性的人权(参见严海良:《人权论证范式的变革——从主体性到关系性》,社会科学文献出版社2008年版)。熊万鹏的《人权的哲学基础》一书首次明确地意识到社群主义人权思想(参见熊万鹏:《人权的哲学基础》,商务印书馆2013年版)。

[33] 刘小枫:《论僭政》一书“中译本说明”,载施特劳斯科耶夫:《论僭政》,华夏出版社2006年版。

价值目的之更为精准的理解。^{〔34〕}

在当代法理学的研究领域中，大多数年轻一代学者保持着对政治哲学研究的持久兴趣，这是非常值得注意的学术现象，尽管目前尚未出现众多突出和有代表性的成果，直接回应政治哲学的研究并不多见，但强世功2005年发表的“迈向立法者的法理学”一文或许可以视为政治哲学视角进入法理学的第一次代表性的尝试。^{〔35〕}这篇文章对80年代以来发展至今的权利法理学进行了深刻的反思和批判，认为其背后是一种“没有国家的法律观，或者说是一种没有政治的法律观”，^{〔36〕}这种法律观，一方面“仅采取方法论上的个人主义来理解政治秩序，从而将国家还原为个人，另一方面它在道德价值方面，彻底抽空了国家的伦理意含”。如此一来，“法律通过复杂的程序技术征服了国家，国家变成了没有意志的一组法律关系，甚至国家就是法律关系的总和。”^{〔37〕}

“迈向立法者的法理学”一文显然受到了2000年前后政治哲学界兴起的施米特研究的影响，施米特在其对自由主义的批判中，明确提出了自由主义是一种非政治的政治学说。强世功将施米特的这一观察运用到对中国法理学的反思中，对以权利为核心建构起来的当代中国法理学进行了深刻的反思与批判，明确提出要在“法理学中重新找回国家”，也就是“采取一种现实历史的和政治的方法论视角，把国家作为法理学思考的出发点”。^{〔38〕}这篇文章在某种意义上引领了强世功后来的研究，尽管这篇文章没有充分地说明，他讲述的法理学中的国家观究竟是什么。就在这同一篇文章中，他在前面呼吁的“先于法律而处在此的具有文明伦理意含的政治共同体”，他呼吁的“具有伦理上的意义”和“基于人们对共同文化伦理传统的信仰建构起来的”国家，也被他后面对国家利益的讲述冲淡。很显然，仅仅从现实的国家利益出发，无法建构起一种具有文明伦理意义的政治共同体。

即便如此，强世功的这篇文章可以视为法理学界首次明确地将政治哲学的视角引入当前法理学研究中的尝试，如今再回过头来看这篇文章，其价值仍然在于提醒我们注意法律生活与共同体生活之间的内在关联。这篇文章表明，在我们当下的法理学研究中，的确要思考通过法律秩序建构起来的究竟是一种怎样的共同体？这种共同体同当前的民族生活之间有着怎样的关系？

对于当代中国人来说，共同体是一个应该被理解，在某种意义上还有待建构的对象，我们如何从法理学的角度来描述当下的法律生活想要建构的共同体，如何理解我们想要建构的共同体和当下的法理学的核心要素之间的内在关联？这些都是值得思考的问

〔34〕 在法学界夏勇明确提出人权与和谐的关系之后（参见《人权概念起源》，修订版，尾论，中国政法大学出版社2001年版），和谐权利观或者和谐人权观的提法逐步出现于中国法学界，由此也引发了对儒家传统与权利之间的关系的讨论，该书提出的“中国传统的和谐观念不仅可以与人权相容，而且可以统摄，改进传统的西方人权”的观点，对于反思自由主义权利话语有着非常重要的意义，近年来比较重要的讨论儒家传统与人权、权利之关系的论著，参见安靖如：《人权与中国思想》，中国人民大学出版社2012年版；狄百瑞：《亚洲价值与人权——儒家社群主义的视角》，社会科学文献出版社2012年版。

〔35〕 参见强世功：“迈向立法者的法理学——法律移植背景下对当代法理学的反思”，《中国社会科学》2005年第1期，第109~122页。

〔36〕 同上，第112页。

〔37〕 同上，第115页。

〔38〕 同上，第116页。

题,共同体的生活不只是一种现实的建立在商品交易和需求基础上的生活,它应该在某种程度上表达共同体生活的理想,而且在这种理想和个体生命之间建立某种亲缘性。

值得注意的是,有关共同体的思考近年来受到了社会理论和政治理论研究者的极大重视。在社会理论家和政治理论家那里,共同体更多被视为一种受到文化和想象制约的共同的生活空间,在其中表达了生活在一起的个体的共同的伦理追求。^[39]因此,共同体显然不能简单地等同于强世功在“迈向立法者的法理学”一文中的以国家利益为核心建立起来的共同体,他试图通过国家利益所建构起来的共同体,不是一种他在之前宣称的具有实质性伦理意含的共同体。这种从国家利益的角度出发对国家的认识,在某种意义上偏离了构建一种伦理国家的追求。他并未真正深入到政治哲学的内部进行探究,以至于得出了“古典政治哲学中所谓的正常政体与变态政体的划分,实际上是对这种表达国家利益机制进行效果上的评估”的观点。^[40]这源自他对于古典政治哲学的误读,很显然,在亚里士多德那里,有关正当政体和变态政体的划分,涉及了亚里士多德有关最佳政体的追求,在亚里士多德看来,城邦的生活不仅是基于利益需要,还基于对于善的生活的认识。以国家利益为核心建构起来的国家观,不过是现代政治科学视野中的基于现实主义的政治思想建构起来的一种国家观。^[41]

如果超出现实政治生活的具体需要,我们需要思考的共同体,只是一种人与人之间共同生活的可能性,是由一种普遍的想要过共同生活的意愿支撑起来的生活方式,至于这种共同生活方式的具体内容是什么,理论家的建构尽可以提出若干设想和解释方案。尽管何种理论最能准确地解释当下中国的共同生活方式,这个问题至今仍然不无争议,但可以肯定,当下的法理学研究,应该受这种共同生活的视角支配,而不能仅停留在以个体权利为中心出发而建构的程序性规则上面。我们的法理学研究,不能是纯粹内在的研究,即仅仅将法律视为一个属于法律系统之内的现象,法律生活无疑是共同体生活的一个重要部分,我们的法律生活不能脱离共同体的种种要求,因为,毕竟我们是作为共同体的成员进入法律生活之中。认真对待共同体这个维度,对于当代转型时期的中国来说,尤其具有重要的理论意义。

结语

从近代到当代法理学的发展史,可以视为一部自然权利观逐步确立,到确立自己的政治形式,最终进入到反思性阶段的历史。本文以中国近代以来自然权利观的形成、发展、完成到反思作为主线,简要地建构了一种相对完整的现代中国法理学的观念史和学术史。我们当前面对的正是权利法理学在这个进程中自我呈现出来的问题,这就是:一种进入自我反思阶段的权利法理学,必须对当前所处的政治社会生活进行系统的反思,必须吸纳共同体生活对法学提出的深刻需要,改革开放30年以来的权利法理学,极大

[39] 代表性的著作参见鲍曼:《共同体》,欧阳景根译,凤凰出版传媒集团、江苏人民出版社2007年版;安德森:《想象的共同体:民族主义的起源与散布》(增订版),上海人民出版社2016年版;李义天主编:《共同体与政治团结》,社会科学文献出版社2011年版。

[40] 参见前注[36],强世功文,第119页。

[41] 也因此,强世功后来不再坚持政治哲学的研究,政治社会学的要素越来越多地挤进他的研究中,在这个方面,最明显的莫过于他有关党规作为中国的不成文宪法的解读。

地彰显了个体在共同体生活中的积极意义,但是,目前存在的最重要的问题仍然是,这种以个体为中心的权利法理学,如何能够积极回应当下共同体生活向法律理论提出的种种需求。

共同体思维如何进入我们对法律现象的思考之中,如何进入我们目前已经接受的权利法理学的框架和思维之中,是当代法理学研究应该注意的问题。以权利为核心建构起来的法理学,在很大程度上遮蔽了我们的视野,许多在权利法理学那里仅仅是作为技术性的概念存在的东西,其实在其背后有着具体的伦理内涵。^[42]只有突破权利法理学的技术之维,才能使我们的法理学概念变得生动活泼,才有可能将一种实质上的共同体的伦理意含注入我们的法理学研究中,从而使权利理论同当下的共同体生活息息相关。这不仅是法理学本身不断进行理论革新的要求,也是转型时期当代中国社会向权利理论提出的要求。

参考文献

- [1] 程波. 中国近代法理学(1895) [M]. 北京: 商务印书馆, 2012.
- [2] 瞿同祖. 瞿同祖法学论著集 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1998.
- [3] 赵明. 近代中国的自然权利观 [M]. 济南: 山东人民出版社, 2003.
- [4] 程燎原. 清末法政人的世界 [M]. 北京: 法律出版社, 2003.
- [5] 李贵连. 沈家本传 [M]. 北京: 法律出版社, 2000.
- [6] 王伯琦. 近代法律思潮与中国固有文化 [M]. 北京: 清华大学出版社, 2005.
- [7] 王健. 西法东渐——外国人与中国法的近代 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001.
- [8] 俞江. 近代中国民法学中的私权理论 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2003.
- [9] [美] 本杰明·史华兹. 寻求富强: 严复与西方 [M]. 叶美凤译. 南京: 江苏人民出版社, 1996.
- [10] 杨鸿烈. 中国法律对东亚诸国之影响 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
- [11] 范忠信等. 中国文化与中国法系——陈顾远法律史论集 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2006.
- [12] 梁治平. 寻求自然秩序的和谐 [M]. 修订版. 北京: 中国政法大学出版社, 2002.
- [13] 苏力. 送法下乡 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000.
- [14] 夏勇. 我这十年的权利思考 [M] // 中国民权哲学. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 2004.
- [15] 夏勇. 批评总该多一些 [M] // 朝夕问道. 上海: 上海三联书店, 2003.
- [16] 程燎原. 从法制到法治 [M]. 北京: 法律出版社, 1999.
- [17] 严海良. 人权论证范式的变革——从主体性到关系性 [M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2008.
- [18] 熊万鹏. 人权的哲学基础 [M]. 北京: 商务印书馆, 2013.
- [19] 安靖如. 人权与中国思想 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2012.
- [20] 强世功. 迈向立法者的法理学——法律移植背景下对当代法理学的反思 [J]. 中国社会科学, 2005 (1).

(责任编辑: 赵真 赵建蕊)

[42] 在这个意义上, 90年代初期义务先定论与权利本位论的主张者之间的争论非常值得重视, 从某种意义上讲, 义务先定论是从法律的可操作性角度出发进行分析和对权利本位论进行批判的, 对于义务论的强调, 尽管看起来主要涉及的是法的技术问题, 但背后实际上有一种深刻的道德和伦理关注, 更具体地说, 这就是义务先定论的主张者张恒山在《义务先定论》中基于三人社会模式建构起来的人权的道德依据, 这一三人社会模式后来在其《法理要论》中被进一步地发挥为一种基于契约的自然法的义务观和法律秩序观。参见张恒山: 《义务先定论》, 山东人民出版社1999年版; 张恒山: 《法理要论》(第三版), 北京大学出版社2009年版。