

司春燕 著

法理学

九论

山东大学出版社

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店

内容不排斥 转载、转发、转卖 行为

但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



法理学九论

司春燕 著

山东大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法理学九论/司春燕著. — 济南: 山东大学出版社, 2016. 11

ISBN 978-7-5607-5667-7

I. ①法… II. ①司… III. ①法理学 IV. ①D903

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 296343 号

责任编辑:李艳玲

封面设计:张荔

出版发行:山东大学出版社

社 址 山东省济南市山大南路 20 号

邮 编 250100

电 话 市场部(0531)88364466

经 销:山东省新华书店

印 刷:济南景升印业有限公司

规 格:720 毫米×1000 毫米 1/16

18 印张 333 千字

版 次:2016 年 11 月第 1 版

印 次:2016 年 11 月第 1 次印刷

定 价:45.00 元

版权所有,盗印必究

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社营销部负责调换

前 言

本书是作者在山东省党校系统面向在职研究生多年讲授法理学课程的心血结晶。自从中共山东省委党校自2006年招收法学专业在职研究生以来,笔者一直承担着法理学课程的教学任务。起初,学校配发的是中共中央党校政法教研部张恒山教授的专著《法理要论》一书,由于大多数学员之前未接触过法学,试用两年后,学员普遍反映《法理要论》的内容过于艰深晦涩;后来,改用北京大学沈宗灵教授主编的《法理学》,辅之以对外经济贸易大学鲍禄教授的专著《法理学与比较法》。前者是一本本科生学习用书,后者虽然是一本研究生教材,但是该书主要是结合“国际经济法”专业研究生教学的特点而设计的,并且特意引入了许多比较法学的内容。而党校系统针对在职研究生都开设了比较法学课程,参考教材中也选用了鲍禄教授的《法理学与比较法》,很多学员对此表示不解。作为法理学课程的任课教师,我早就计划撰写一本适合党校系统在职研究生使用的教材,前几年由于攻读博士学位,精力有限,教材撰写之事一再拖延。如今,博士毕业已三年有余,又值2016级新生即将入学,我觉得自己实在无理由再继续偷懒下去。

鉴于党校系统在职研究生来自党政各部门、专业背景不一、面授时间短等特点,本书在以下方面有所创新:(1)体例上没有刻意追求全面系统,是由若干不同专题集结而成;(2)内容上注重理论性和实践性的结合,特别是侧重于党政机关工作人员需要了解的法理学知识,回应学习者实践中遇到的一些法理困惑;(3)语言风格上采用通俗易懂的口语化表达,使之前未接触过法学专业的学习者不至于望而却步,增强其学法、懂法、守法、用法的兴趣和积极性。

通过本课程的学习,旨在使学员了解和掌握法理学的基本理论、基本观点和基本方法,进而为更好地学习和研究其他法学专业课程奠定坚实的理论基础,同时积淀必备的法理学知识,提高法律思辨能力,能够根据所学的法理学理论知识分析、解释和解决法律实践问题,促使学员更好地运用法治思维和法治方式开展工作、解决问题,促使新型复合的应用型人才和研究型人才的成长,从

而为大力推进法治中国建设提供合格的人力资源和必要的智力支持。

党校系统有一箴言：“理论研讨无禁区，讲坛课堂有纪律。”本书的许多观点、论证以及分析得出的结论，是作者多年来在法理学领域的研习所得。既为个人心得，就难免存有缺点、不足和错误之处，敬请专家指正。

本书虽是专为党校系统法学专业在职研究生而作，但在法学领域也具有一般意义上的可读价值，希望能够得到社会读者的关注和赐教。

司春燕

中共山东省委党校彩石校区

2016年3月

目 录

第一章 法理学导论	(1)
第二章 起源论	(15)
第一节 历史的法	(15)
第二节 中华法系	(38)
第三章 本体论	(54)
第一节 静态的法	(54)
第二节 法律权利	(72)
第三节 法律义务	(81)
第四章 运行论	(93)
第一节 动态的法	(93)
第二节 良法之始	(100)
第三节 全民守法	(112)
第四节 行政执法	(119)
第五节 司法公正	(128)
第六节 法律监督	(140)
第五章 比较论	(150)
第一节 比较的法	(150)
第二节 法与政治	(164)
第三节 法与道德	(171)
第四节 大陆法系	(179)
第五节 英美法系	(184)

第六章 价值论	(191)
第一节 法的作用	(191)
第二节 法的价值	(197)
第七章 实践论	(214)
第一节 法治中国	(214)
第二节 全球治理	(220)
第八章 方法论	(229)
第一节 法治思维	(229)
第二节 法治方式	(239)
第九章 传承论	(246)
第一节 法学研究	(246)
第二节 法律教育	(257)
第三节 法律职业	(270)
结束语	(280)

第一章 法理学导论

法理学是党校系统法学理论专业在职研究生三年学习中接触到的第一门专业课程。这是一门什么样的学科？这门学科的主要研究对象是什么？法理学在整个法学体系中处于什么地位？为什么要开设这门课程？学习这门课程的有效方法有哪些？这些问题既是法学的初入门者容易困惑的地方，也是本科阶段修习过法学的学习者需要深入思考的方面。

一、法理学的概念和研究对象

法理学属于理论法学范畴，它是从总体上研究法的一般规律，包括法的产生、本质、特征、作用、价值、形式和发展等基本问题，以及法的创制和实施的一般理论，特别是中国社会主义法的基本原理的一门理论学科。

新中国成立以来，法理学的名称经历了三次演变，从 20 世纪五六十年代的“国家与法的理论”，到七八十年代的“法学基础理论”，再到 90 年代以来的“法理学”。这一演变不仅仅是名称上的简单改变，更体现了这门学科在法学研究领域得到了越来越多的重视。

法理学的研究对象是法及其客观规律性。它与法学其他学科的区别在于：法理学并不涉足全部法律现象及其所有规律，而是仅仅关注其中具有一般性、共同性和基础性特点的法律现象及其规律。具体内容可以概括为三个核心概念和三个基本问题。三个核心概念是指法学、法律与法治，分别对应着观念的、制度的和实践的三个层面的法。三个基本问题具体是指：

第一，法律是什么？

这一问题在国外法学界被称为法学中的“斯芬克斯”之谜^①。美国律师约翰·梅西·赞恩在《法律的故事》一书的开头发出这样的感叹：“法律”这个词几乎对所有具有普通常识的人来说都不陌生，可是倘若要给它下一个明确的定义，那即便是最博学的法理学家也会感到困难重重。迄今为止，法理学在为“法律”下定义时常常不得不使用暗含或直接表达的法律的概念作为定义的一部分。人们公认这个词暗含一整套总的原则和一整套特定规则。我们所说的“正确”是建立在法律的基础上的，根据法律，“错误”是被禁止的。然而，要是我们问一问“正确”和“错误”这两个术语的含义，得到的回答往往是：“正确”是在法律上得到承认的正确，“错误”是法律定义的错误，如此一来我们只不过是在绕圈子。最后我们又回到了原来的起始点。^② 美国综合法理学派的代表学者博登海默认为，法律与正义有着剪不断的联系，而“正义有着一张普罗透斯似的脸，变幻无常，随时可呈不同形状并具有极不相同的面貌。当我们仔细查看这张脸并试图解开隐藏其表面背后的秘密时，我们往往会深感迷惑”^③。

在现代汉语中，“法”与“法律”两个概念之间既有联系，又有区别，两者的关系可谓错综复杂。^④ 国内法学家常见的“法律”定义是：法律有广义和狭义之分。广义的法律（亦可称为“法”），是指法律的整体，是由一定物质生活条件所决定的，由国家制定或认可并由国家强制力保证实施的具有普遍效力和严格程序的整套行为规范体系；狭义的法律，仅是指专门的特定立法机关（在中国是指全国

① “斯芬克斯”之谜源于一则古希腊神话故事：传说底比斯城的人民得罪了天神。天神震怒，在底比斯的土地上降下一个名叫斯芬克斯的女怪。她背上长着翅膀，上半身是美女，下半身却是狮身。她向底比斯城的过路人提出一个谜语：“在早晨用四只脚走路，正午用两只脚走路，晚上用三只脚走路。在一切生物中这是唯一的用不同数目的脚走路的生物。脚最多的时候，正是速度和力量最小的时候。”对于这个奥妙费解的谜语，以往的过路人没有一个猜中的，全被斯芬克斯吃掉了。于是，底比斯城的人们陷入一片恐惧之中，因为他们随时都有被女妖吃掉的可能。之后，底比斯城人发誓：谁破了这个谜语，谁就是底比斯城的国王。正在这时，科仁托斯国王波里玻斯的养子俄狄浦斯听太阳神阿波罗说，他将会有大难临头，因此他不敢回家，逃往底比斯城避难。底比斯人告诉他，斯芬克斯是一个残忍、吃人不眨眼的妖魔。于是，聪明勇敢的俄狄浦斯会见女妖，猜中了女妖的神秘奥妙之谜。俄狄浦斯回答：“是人。在生命的早晨，他是个孩子，用两条腿和两只手爬行；到了生命的中午，他变成壮年，只用两条腿走路；到了生命的傍晚，他年老体衰，必须借助拐杖走路，所以被称为三只脚。”斯芬克斯听了答案，就大叫了一声，从悬崖上跳下去摔死了。俄狄浦斯猜中了斯芬克斯之谜，其实就是人的谜、人的生命之谜。后来，即公元前342年，亚历山大率领一支军队东征到达埃及。他们在雄伟壮丽的金字塔前面，赫然发现了一座巍然耸立的狮身人面像。这些希腊人被惊得目瞪口呆，他们立即把这座狮身人面像命名为“斯芬克斯”。

② 参见[美]约翰·梅西·赞恩：《法律的故事》，孙运申译，中国盲文出版社2002年版，第1页。

③ [美]E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第252页。

④ 对法与法律关系的详细论述，可参见司春燕：《马克思恩格斯法正义观研究》，人民出版社2014年版，第122~126页。

人民代表大会及其常务委员会)制定的规范性文件。全国人大及其常委会制定的法律,其效力和地位仅次于宪法,而高于行政法规、地方性法规及其他规范性文件,处于“一法之下,万法之上”的地位。由于中国约定俗成的语言表达习惯,法与法律在很多场合被人们不加任何区分地混用。本书中对此也不作特别区分,即有时称作“法”,有时称作“法律”;有时作广义解,有时作狭义解。

“法律是什么”的问题,可以从若干不同的视角切入。本书试图从历史的、静态的、动态的、比较的四个视角去解答这一亘古难题。

第二,人类社会为什么需要法律?

法律的作用有哪些?法律的价值何在?俗话说,“家有家规,国有国法”;“没有规矩,不成方圆”。法律,为社会提供了一套权威性的行为规范体系。中华民族几千年的文明发展史证明,有国必有法,无法必乱国。国无法而不治,民无法而不立。春秋时期政治家管子曰:“有道之君,行治修制,先民服也。”^①战国时期政治家韩非言:“明主之道,必明于公私之分,明法治,去私恩。夫令必行,禁必止,人主之公义也。”^②战国时期另一位政治家吕不韦也说:“治国无法则乱,守法而弗变则悖,悖乱不可以持国。”^③西方有位法学家极富智慧地洞察到,法律是人类迄今为止最伟大的发明,因为别的一切发明不过使人类学会了驾驭自然,而法律却使人类学会了如何驾驭自己。在现代社会,法律日益成为最为重要的社会治理方式,其原因是显而易见的。在一个高流动性的社会中,如果没有法律,后果不堪设想。摒弃法律,很有可能最终导致社会本身的解体。因此,法律于社会虽不是万能的,但没有法律却是万万不能的。本书的“价值论”一章便是对这一法理学基本问题的思索。

第三,如何使法律更好地为人类社会服务?

孟子曰:“徒善不足以为政,徒法不能以自行。”^④中国亚圣在这里强调的应该是充分发挥人的智慧和主观能动性。因为无论是“善”还是“法”,最终都要靠人去推动。厘清人类社会自身的现实问题,把准问题的关键和症结,寻求解决问题之正途良策,是本书的实践论、方法论和传承论三章写作的意图所在。

① 《管子·法法》。

② 《韩非子·饰邪》。

③ 《吕氏春秋·慎大览·察今》。

④ 《孟子·离娄上》。

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



二、法理学在法学体系中的地位

(一) 法学体系

法学是中国国务院学位委员会和教育部设置的 13 大学科^①门类之一。广义上的法学(业内常谓之“大法学”),包括法学、政治学、社会学、民族学、马克思主义理论和公安学共六个一级学科。作为一级学科(学科大类)的法学(业内常谓之“小法学”),包括法学理论、法律史、宪法学与行政法学、刑法学、民商法学(含:劳动法学、社会保障法学)、诉讼法学、经济法学、环境与资源保护法学、国际法学(含:国际公法、国际私法、国际经济法)和军事法学共十个二级学科(学科小类或专业)。

法学体系,即法学的学科体系,通常是就“小法学”而言的,是由法学(一级学科或学科大类)的各分支学科构成的具有内在有机联系的整体。法学的各分支学科虽互不相同,但又有联系。因为法律调整的社会关系是多种多样的,所以研究社会的各种法律现象及其发展规律的法学所涉猎的范围也就十分广泛,从而形成若干分支学科。这些分支学科构成的一个有机联系的知识系统就是法学体系。按照中国教育部对全国普通高等教育法学专业的设置,中国的法学体系由法学理论、法律史、宪法学与行政法学、刑法学、民商法学(含:劳动法学、社会保障法学)、诉讼法学、经济法学、环境与资源保护法学、国际法学(含:国际公法、国际私法、国际经济法)和军事法学共十个分支学科构成。

对于法学分支学科的划分,并不止上述一个版本。在国内外法学著作中,对法学分支学科的划分可谓五花八门,并无共识。划分的标准或角度不同,结论就迥然各异。例如,北京大学的沈宗灵教授认为,法学体系可分为九个独立分科:国内法学、国际法学、法律史学、比较法学和外国法学、立法学、法律解释学、法律社会学、理论法学和法学的边缘学科。^②中国人民大学的朱景文教授则将法学的学科划分为六大类,分别是理论法学、法律史学、部门法学、外国法学、国际法学和交叉学科。^③

(二) 法理学的理论基石地位

法理学是中国法学体系中处于基础理论地位的理论学科,属于法学体系中

^① 中国的学科划分:中国高等学校本科教育专业按学科门类、学科大类(一级学科)、学科小类(二级学科或专业)三个层次来设置。学科门类,是对具有一定关联学科的归类,是授予学位的学科类别。根据国务院学位委员会、教育部印发的《学位授予和人才培养学科目录设置与管理办法》(学位[2009]10号)的规定,学科门类由国务院学位委员会和教育部共同制定,是国家进行学位授权审核与学科管理、学位授予单位开展学位授予与人才培养工作的基本依据。

^② 参见沈宗灵主编:《法理学》,北京大学出版社 2014 年版,第 6 页。

^③ 参见朱景文主编:《法理学》,中国人民大学出版社 2008 年版,第 6~7 页。

的法学理论(或称“理论法学”)范畴,是法学理论的主干,在整个法学体系中具有理论基石作用,是“法学的法学”。在整个科学体系中,哲学具有独一无二的地位,我们常谓之“科学的科学”;在一个国家的法律体系中,宪法具有至高无上的地位,我们常谓之“法律的法律”;与此同理,为了形容法理学在法学体系中的地位,我们可谓之“法学的法学”。

法理学在法学体系中的理论基石地位,在法理学与其他法学分支学科的关系中可见一斑。

1. 法理学与法律史是“论”与“史”的关系。法律是人类社会发展到特定历史阶段的产物。法理学的基本结论是从历史和现实的法律现象的发展与演变中抽象出来的,离开对法律史的研究,包括法律制度史和法律思想史的坚实基础,法理学的任何结论都是没有根据和不负责任的。任何历史研究都以这样或那样的理论为基础,法律制度史和法律思想史绝不仅仅是史料的堆积,研究者的任务就在于从中发现各种史料之间的内在逻辑联系,不借助法理学,法律史研究就会事倍功半。法律史研究的创新通常有两个路径:一是发现新史料;二是提出新观点。任何研究都是一个“去粗取精、去伪存真”的过程,法律史研究也不例外,其间法理学对推进法律史研究的深入起到了关键作用。当然,史论结合即实现新史料与新观点的巧妙结合,同样也是法理学自身发展的一条重要路径。

2. 法理学与部门法是“抽象”与“具体”的关系。法理学的结论不是基于对个别部门法的研究,而是涉及一个国家整个法律体系的全局性、普遍性、一般性问题,这些问题不可能只通过某个具体的部门法的研究得出,但是必须有部门法研究作基础,从部门法的研究中提炼、抽象、升华出一般性的规律。法理学是从比较抽象的层面对法律现象进行把握,它的优点是比单独的部门法站得更高,看得更远,能够统揽全局性的问题。但是,这种抽象、统揽应该建立在对部门法内容和原则的详细了解和把握的基础上。这就要求法理学者能够了解部门法所提出的问题,深入到部门法的研究领域中去。一个好的部门法学家应该具有法理学的思维。如果部门法学者只局限在部门法的字句、条文中,跳不出部门法的框框,极易把自己变成一个教条主义者,只能对法律条文进行机械的、工匠式的解释,不会对自己学科的发展提出开创性的真知灼见。同样,一个好的法理学家也应该同时是部门法学家。如果法理学家只把自己的研究停留在抽象的层次上,对部门法研究中提出的新问题知之甚少,这样的研究成果是不可能对法律现实有任何指导意义的。按照哲学中抽象与具体的辩证关系,思维的抽象并不是认识活动的终点,只有从抽象返回到具体才可能深化对真理的认识。

3. 法理学与国际法学是“纲”与“目”的关系。国际法与国内法的关系问题一直是法理学关注的一个领域。随着经济全球化和区域一体化进程的发展,法律全球化的趋势也已渐露端倪。国际法问题再也不是只在国际法学者书斋中讨论的主题,而是进入了寻常百姓家,成为与国家、社会组织、企业和普通公民密切相关的事务,因此,对国际法的研究必将受到越来越多法理学家的重视。

三、学习法理学的意义和方法

(一)学习法理学的意义

1. 有助于树立马克思主义法律观。当今世界,资本主义和社会主义两种制度长期并存,马克思主义中国化在实践中也面临诸多悖论和难题。马克思主义法学不仅是无产阶级认识和批判资本主义世界的思想武器,也是我们分析和解决当代社会诸多社会矛盾和法律问题的理论指南。作为法学学人,我们必须始终不渝地坚持真正的、原汁原味的马克思主义,与各种教条的或扭曲的伪马克思主义划清界限,推动马克思主义法学的中国化,实现马克思主义法学在中国的创造性发展。

2. 为学习法学其他学科奠定必要的专业理论基础。法理学是以全部法律为考察对象,即把法律现象作为一个整体,来研究其产生和发展的一般规律。法理学为学习法学其他学科提供了立场、观点和方法。另外,法理学所阐述的基本概念、基本原理和基本知识,对法学其他学科的学习也有指导意义。

3. 有助于培养合格的法学人才和法律工作者。学习法理学,有助于提升学员运用法治思维和法治方式认识解决问题的能力。法治思维是以合法性为起点,以公平正义为中心的一个逻辑推理过程。具体来讲,是指人们在法治理念的基础上,运用法律规范、法律原则、法律精神和法律逻辑,对所遇到的问题进行综合分析、推理判断和形成决定意见的思想活动的过程,法治思维强调思想转变,突出法治的理念和态度。而法治方式作为方法论,是一种行为准则,是法治思维在实践中的具体体现,是对执行层面提出的明确要求。法治思维和法治方式从思想和行动两个方面为全面推进依法治国指明了具体路径。

(二)学习法理学的方法

“工欲善其事,必先利其器。”^①对于理论学习者而言,掌握一套科学有效的学习方法是决定学习活动成败的关键因素。正因为如此,自近代科学产生以来,关于科学方法的研究日益引起人们的关注。可以这样说,在揭示法律现象的本质与规律方面,与各种非马克思主义法学流派相比,马克思主义法学之所

^① 《论语·卫灵公》。

以具有明显的理论优势,主要在于其方法的科学与有效。

“方法”一词,是人们在日常生活、科学研究和社会实践中经常使用的一个术语,同时,也是一个具有重大理论意义的哲学概念。据考证,在古希腊语言中,“方法”一词是由“沿着”和“道路”两个词组成的,意即接近某物的途径。在汉语中,则用“法”“术”“道”等词来表达类似的意思。方法是与人类有意识、有目的的活动相联系的。由于人类活动的复杂性,在人类活动的不同领域中有不同的方法,但所有的方法又都具有内在的共同之处,因而,从一般意义上讲,方法就是人们为了解决某种特定问题而采取的特定的活动方式,既包括精神活动的方式,也包括实践活动的方式。^①把某一领域分散的各种具体方法按一定逻辑关系有机组织起来,在理论上给予说明,就形成了方法论。在西方许多民族的语言文字中,方法论一词都具有两种基本的含义,既指关于方法的理论,又指关于方法的体系。

法学方法论就是由各种法学研究方法所组成的方法体系以及对这一方法体系的理论说明。一般来说,法学方法论的内容可分为两个基本层次或方面:第一个层次是法学方法论的原则,它构成了法学方法体系的理论基础,并对其他方法的运用发挥着整体性的导向功能;第二个层次是研究的具体方法,它构成了法学体系的主干部分,在解决具体的法律问题方面发挥着广泛的作用。^②

在法学研究的方法体系中,方法论原则占有特别重要的地位。方法论原则是认识 and 解决问题的根本出发点和基本思路,也是关于如何运用具体方法的一种根本方法。以马克思主义为指导的法学必须以唯物辩证法作为自己的根本方法。

1. 哲学的一般方法

哲学作为“科学的科学”,对一切自然科学和社会科学都具有方法论的指导作用。当代中国法学是以马克思主义为指导的,因而它的方法论是建立在马克思主义哲学基础上的。马克思主义哲学是以往所有哲学的集大成者,其唯物论和辩证法包含着丰富的内容,这些内容不是一种积木式的组合,而是以不可分割的方式有机地结合为一个整体。有时,出于理解上和表述上的需要,人们通常把它们分解成若干条具体的方法论原则。只要我们能够避免以教条主义的态度把它们当作僵死的、孤立的“条条框框”来对待,这样做还是有益的,因为它能够帮助我们从中抓住最关键、最重要的东西。对于法学研究而言,坚持唯物辩证法,就是要坚持以下几条基本方法论原则:

^① 参见许春清:《新型民族关系论》,兰州大学博士学位论文,2008年。

^② 参见吴国贵:《环境法学研究方法论》, <http://www.riell.whu.edu.cn/article.asp?id=25919>。

(1)坚持实事求是的思想路线。在认识和研究对象世界(包括法律现象)时,是从实际出发,还是从观念出发?是坚持具体问题具体分析,还是坚持用抽象的概念和原则来衡量一切?是坚持主观与客观、理论与实践的统一,还是割裂这种统一的关系?这几种不同的研究方法和态度代表着马克思主义和非马克思主义两条根本对立的思想路线。前一种研究方法和态度是马克思主义的唯物主义思想路线。“实事求是”是马克思主义思想路线的中国式表达,是马克思主义中国化的重要体现,它属于根本的方法论原则,规定着思维活动的根本出发点和总方向。这也就是说,一切本质上合乎科学的方法(包括唯物辩证法的其他原则),只有在实事求是的基础上加以运用并用实事求是来统帅,才会使人们的认识和研究沿着正确的方向前进。也正是在这个意义上,我们才称“实事求是”是马克思主义的“活的灵魂”。中国现代法学发展和法治建设的实践证明,当遵循着实事求是的思想路线时,我们的法学研究和法治建设就能够健康、顺利地前进,即使期间出现了挫折和失误,也能比较容易地克服;反之,当偏离了这一思想路线时,就会犯方向性的大错误。

(2)坚持社会存在决定社会意识的观点。在几千年的人类思想史上,法作为一种社会现象,一直是各个时代的思想家们所着重研究的重大课题之一。但是,在马克思主义诞生之前,人们总是力图从所谓宇宙理性、上帝意志、人类理性、绝对精神或民族精神出发去说明这一现象。针对这种历史唯心主义的错误方法,马克思和恩格斯表明了自己的态度:“‘物质生活的生产方式制约着整个社会生活、政治生活和精神生活的过程’,在历史上出现的一切社会关系和国家关系,一切宗教制度和法律制度,一切理论观点,只有理解了每一个与之相应的时代的物质生活条件,并且从这些物质条件中被引申出来的时候,才能被理解。‘不是人们的意识决定人们的存在,相反,是人的社会存在决定人们的意识’。”^①因此,法的关系既不能从它们本身来理解,也不能从人类精神的一般发展表象来理解。对于历史上曾经出现过的一切法律制度,我们只有理解了每一个与之相应的时代的物质条件,并且从这些物质条件中把它们引申出来的时候,才能真正理解这些法律制度。在法学研究中,必须坚持社会存在决定社会意识,也即社会物质生活过程决定社会精神生活过程的观点。具体说来,就是要在深入考察社会物质资料的生产、交换、分配和消费的基本条件和方式的基础上,来说明法的产生、发展和更替,说明法的本质、内容和作用。法作为社会的上层建筑,是由经济基础决定的,是经济关系的记录,法定权利和义务的内容及其分配状况当然要通过人类的理性、观念和意志来确定,而归根结底,最终的决定力量

^① 《马克思恩格斯选集》第2卷,人民出版社1995年版,第38页。

则存在于社会物质生活的现实过程之中。总之,社会物质生活条件决定着与之匹配的社会意识占据统治地位,决定着法定权利和义务的基本内容和分配状况。只有坚持这种彻底的唯物主义观点,我们才能够避免犯唯心主义的错误,才能建立起科学的法学理论体系。

(3)坚持社会现象的普遍联系和相互作用的观点。马克思主义认为,物质生活的生产方式从根本上决定着社会发展的基本面貌。但是,人们往往由此把马克思主义历史观简单地归结为经济决定论,认为在唯物史观中,唯有经济因素才是历史发展的积极的起推动作用的因素,而非经济的因素则是被动的,进而认为,只要了解了社会存在决定社会意识、经济基础决定上层建筑这一基本观点,就是掌握了历史唯物主义,就可以正确地说明历史的发展。这种看法是错误的。实际上,经济决定论仅仅是对历史唯物主义的一种片面化、庸俗化的理解,其实质是以形而上学的机械唯物论代替了马克思主义的历史辩证法。历史唯物主义不仅是唯物的,也是辩证的,它对社会现象的分析不是线性的单值分析,而是多元的多变量的分析。恩格斯在著名的《致约·布洛赫》一信中曾严厉批评了以经济决定论代替历史辩证法的做法。他说:“根据唯物史观,历史过程中的决定性因素归根到底是现实生活的生产和再生产。无论马克思或我都从来没有肯定过比这更多的东西。如果有人在这里加以歪曲,说经济因素是唯一决定性的因素,那么他就是把这个命题变成毫无内容的、抽象的、荒诞无稽的空话。”“青年们有时过分看重经济方面,这有一部分是马克思和我应当负责的。我们在反驳我们的论敌时,常常不得不强调被他们否认的主要原则,并且不是始终都有时间、地点和机会来给其他参与交互作用的因素以应有的重视。……可惜人们往往以为,只要掌握了主要原理,而且还并不总是掌握得正确,那就算已经充分地理解了新理论并且立刻就能够应用它了。”^①显然,在法学研究中,如果我们仅仅强调经济因素的作用而忘记了社会现象间的普遍联系,忘记了非经济因素尤其是法对经济因素的反作用,同样是不可能建立起正确的法学理论体系的。

(4)坚持社会历史的发展观点。按照马克思主义的世界观,整个世界都处于运动和发展的过程之中,人类社会也是如此,而唯物辩证法正是“关于自然、人类社会和思维的运动和发展的普遍规律”的科学,是“最完整深刻而无片面性弊病的关于发展的学说”。用发展的观点观察和分析法律现象,世界上根本没有什么超时空的法律制度,任何法律体系都不能不具有时代特征,它必须与自己时代的社会条件相适应并随着这些社会条件的变化而变化;法律的发展过程

^① 《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社1995年版,第695~698页。

始终与社会基本矛盾的运动过程紧密相关,历史上出现过的种种法律制度中,最后只有那些能够准确反映社会发展主题和基本趋势的才能为推动社会繁荣进步贡献力量,并且在自身的运动和发展过程中获得强大的生命力和无限生机。用发展的观点指导法学研究,对于一个改革的时代而言显得尤其重要,它是克服因循守旧的传统和教条主义思想的强大精神武器。

2. 法学的特有方法

研究法学的具体方法是多种多样的。在林林总总的研究方法中,有一些研究方法对于揭示法律现象的矛盾特殊性发挥着特别重要的作用,或者在法学的各分支学科中具有普遍适用性,这些方法就构成了法学研究的特有方法。对于马克思主义法学来说,其基本的特有的研究方法有两类,即价值分析方法和实证分析方法。

(1) 价值分析方法

实践性是马克思主义哲学的一个显著特点,它始终强调“哲学家们只是用不同的方式解释世界,而问题在于改变世界”。而人类为什么要改变世界?应当如何改变世界呢?这些问题一经提出,我们就从实践领域来到了价值判断领域。实践活动从来与价值问题不可分割,之所以如此,就在于价值揭示了实践活动的动机和目的。正如张文显先生所言:“在人类的实践活动中,外界事物与人不仅仅是存在与感知的关系。外界事物作为人类所改造的对象,与人类建立了新的关系即价值关系。在政治理论和法学理论的文献中,价值经常被定义为值得追求的或美好的事物。例如,安全、福利、知识、声誉、德行等都是一般人所希望得到的,因而,它们便被视为价值的存在形态。广义的价值概念还包括人们心目中关于美好事物和理想状态的观念以及关于什么是‘正当’的评价标准即价值准则。运用一定的价值准则去评判、衡量某种事物或状态就形成了价值判断。从价值关系的角度来看,任何社会规范都是一种价值准则,因为它作为一种规范必然会要求人们做出某种行为或禁止做出某种行为。在这里,前一种行为被认为是正当的,有价值的,后一种行为则被认为是非正当的,无价值的或负价值的。法作为调整社会生活的规范体系,它的存在本身并不是目的,而是实现一定价值的手段。也就是说,社会中所有的立法和司法活动都是一种进行价值选择的的活动。当立法者们为人们确定权利义务的界限时,他们实际上就是力图通过保护、奖励和制裁等法律手段来肯定、支持或否定、反对一定的行为,从而使社会处于一种在立法者看来是正当或理想的状态。当一个法官在解决法律纠纷时,他实际上就是使用法律所提供的价值准则在冲突的利益中做出权威性的选择,因此,他可以用减少或剥夺某些人的财产、自由、安全和生命的办

法来增加或保护另一些人的财产、自由、安全和生命。”^①正因为法与价值间有着这种不可分割的联系,所以,价值分析就不能不成为法学研究的重要方法。

在科学研究中是否允许有价值判断,这在当代西方社会科学界仍然是一个争论不休且尚无定论的问题。实证主义者认为,科学只能研究事实而不能涉及价值,因为一旦涉及价值,科学就不成其为科学;为此,在科学研究之前必须进行价值祛除,以防止因为研究者的好恶而减低或丧失观察的客观性和陈述的可靠性。以此种观点为指导,西方的实证主义法学家认为法学是“价值中立”之学。例如,纯粹法学的代表人物凯尔森即主张:法学作为科学,必须陈述它的对象实际上是这样的,而不是从某种特定的价值判断的观点出发来规定它应当或不当这样。但是,在马克思主义的实践哲学看来,在社会科学中完全排除价值因素是不可能的。对于法学来说尤其如此。“法作为调整社会利益关系的规范体系,其本身就是一定价值观念的体现。法之所以要对一些行为予以保护而对另一些行为予以制裁,就是因为法之中隐含着的一套价值准则,凡是被这种价值准则所肯定的行为,就得到法的保护;反之,则受到制裁。因此,法学理论的一个首要任务就是对各种利益进行评价并确定它们在价值序列中的相应位阶,当发生利益冲突时,还要提供一种在其中进行取舍的原则。也就是说,法学理论必须回答在利益关系中,哪些利益应当受到保护,应当保护到什么程度,哪些利益应当受到限制,应当限制到什么程度。如果一个社会的法学理论不能承担起这一任务,那么,立法就成了立法者个人的随意活动,这对于任何人都是极危险的事情。”^②

(2) 实证分析方法

实证分析方法的主要特点是通过对经验事实的观察和分析来建立和检验各种理论命题,这也是法学研究的一种基本方法。所谓经验事实,是指可以通过人们的直接或间接观察而发现的确定的事实因素。就法学研究中的实证方法而言,经验事实既包括与法律的制定和实施有关的一切社会事实,也包括法律文本中的词语、句法和逻辑结构等事实因素。在法学研究中,可资运用的实证分析方法有许多具体形态,其中常用的有以下六种:

社会调查方法。社会调查是法学进行实证研究的最基本的方法。为了使我们的法学研究摆脱理论脱离实际的不良学风,大力开展社会调查是非常必要的。法学开展社会调查的内容是极其广泛的,诸如治安状况的调查、社会组织的调查、法文化的调查、法行为的调查、法实效的调查、法角色的调查和风俗习

① 张文显:《部门法哲学引论》, <http://www.fatianxia.com/paper/28777/>。

② 郑成良:《法学方法论问题论略》,《吉林大学社会科学学报》1989年第3期。

惯的调查等等。社会调查的方式也是多种多样的,一般可分为普遍调查、抽样调查、典型调查和个案调查四种。为了使社会调查达到预期目的,法学工作者在选择一种调查方式(如典型调查或抽样调查等等)之后,还必须学会熟练地运用一些接触事实、收集资料的技术性方法,如观察法、实验法、参与法、访谈法和问卷法等等。这些技术性方法只有经过专门的学习和训练才能准确地掌握。调查者如果不具备这方面的知识,则调查结果的可靠性和根据调查结果所做出的推论的科学性就很难保证。^①

历史考察方法。一切社会现象都有其产生、发展和消亡的历史。如果抛开历史的联系,那么,人类社会的许多现象,无论是经济现象、政治现象、宗教现象还是法律现象,都不可能得到正确的理解和把握。进行历史考察可以使我们从总体上把握法与经济、政治、文化相互作用的历史脉络,加深我们对历史唯物主义法律观的理解,并为研究现实问题打下坚实的理论基础。

规范研究方法。规范,是与规律相对而言的。规范是约定的、人为的,而规律是不以人的意志为转移的;规范性的标准是善与恶、公正与偏私、合法与非法,它是一种价值判断,而规律性的标准是真与假,它是一种事实判断。

比较研究方法。对法律现象的比较研究一般可分为两种形式,一种是横向的国别或地区比较,一种是纵向的历史比较。横向比较是法学中最常用的比较方法,其中国别间的法律比较已发展成为法学的一个独立分科,被称为“比较法学”,由此足见比较方法在法学研究中的重要地位。当然,国别间的比较并不是横向比较研究的唯一形式,对国内不同地区的法律现象也可以进行比较研究,如比较研究不同地区的治安情况,比较研究城市和农村地区法的实效,比较研究沿海发达地区和内地不发达地区的法律意识等等。纵向比较是按照法律现象的时间顺序进行比较研究。通过对不同历史类型的法以及同一历史类型中不同时期法的比较研究,我们可以从中得到很多具有启发性和实用性的知识。这无论对于法治建设的推进还是法学理论的完善都大有裨益。

逻辑分析方法。任何科学理论的建立都必须借助于逻辑推理,法学自然也不能例外。例如,法学研究者可以用演绎法从法的原则中推论出具体的法规则,可以用分类法来划分法的部门,可以用科学抽象法提炼法学的基本范畴等等。

语义分析方法。语义分析方法在法学研究中发挥着十分重要的作用。这

^① 参见郑成良:《法学方法论问题论略》,《吉林大学社会科学学报》1989年第3期。

是因为,法律语言与日常生活语言的主要功能不同,不是一般性的思想或情感的交流。立法、执法和司法机关正是通过法律语言来明确各种法律关系主体权利与义务的界限,从而宣告和推行国家意志。在此,语言成为传达国家意志和指令的载体,立法过程、执法过程和司法过程本身都伴随着语言的操作过程。因而,如何正确地使用和解释法律语言,就直接与秩序和人们的切身利益联系在一起了。如果不能对法律用语进行合理的解释,或者法律本身就是语义混乱和前后矛盾的,那么,法律就难以承担起自己的使命。这时,法律就不能充分地保护它所应当保护的利益,也不能有效地制裁它应当制裁的行为。在利益关系高度复杂化的现代社会,就更是如此。另外,在阐述法学理论、表达法学观点的各种学术交流活动中,如果不能准确和合理地使用法律概念和术语,也会引起思想交流的障碍和理论的混乱。因此,近现代法学十分注重语义分析方法的运用。当然,西方某些法学派别过高地估计了语义分析方法的地位和作用,甚至将其视为法学研究最根本的和首要的方法(概念法学),这是值得商榷的。但是,必须充分承认语义分析方法的独特功能,对这一方法的运用,对于法学研究和法治实践都是十分有益的。

【拓展阅读】

[1]蒋立山:《法理学研究什么——从当前中国实践看法理学的使命》,《法律科学》(西北政法学院学报)2003年第4期。

[2]葛洪义:《法理学基本问题的形成与演变——对法理学知识谱系的一种考察》,《法制与社会发展》2004年第2期。

[3]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。

[4]刘作翔:《法理学的定位——关于法理学学科性质、特点、功能、名称等的思考》,《环球法律评论》2008年第4期。

[5]程燎原:《“中国法理学”的“发现”——“中国法理学史”在近代的创建》,《法制与社会发展》2009年第3期。

[6]陈金钊:《法治时代的“中国法理学”——政治修辞下的法理学解放》,《学习与探索》2011年第3期。

[7]石丹丹:《我国未来法理学的发展方向》,《改革与开放》2011年第12期。

[8]石伟:《论中国法理学的实践转向——三十余年法理学学术史考察》,

《现代法学》2012年第4期。

[9]陈景辉:《法理论为什么是重要的——法学的知识框架及法理学在其中的位置》,《法学》2014年第3期。

[10][美]E. 博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1998年版。

[11]张恒山:《法理要论》,北京大学出版社2009年版。

[12]沈宗灵:《法理学》,北京大学出版社2014年版。

第二章 起源论

在唐朝,在贤臣魏征去世之时,唐太宗于朝堂之上说了一段被后人奉为圭臬的至理名言:“以铜为镜,可以正衣冠;以史为镜,可以知兴替;以人为镜,可以明得失。”^①伟大的无产阶级先驱列宁也曾指出:“对于任何一种科学研究来说,为了解决社会科学问题,为了真正获得正确处理这个问题的本领而不被一大堆细节和各种争执意见所迷惑,为了用科学的眼光来观察这个问题,最可靠、最必需、最重要的就是不要忘记基本的历史联系,考察每个问题都要看某种现象在历史上怎样产生,发展中经过了哪些阶段,并根据它的这种发展去考察这一事物现在是怎样的。”^②法学研究也必须遵循这一基本方法。在法学研究中,无论是把法作为一个整体加以研究,还是研究法的其中一个部门或一个方面,都不能与法的历史脱节。不过,法理学研究法的历史及其发展阶段,不是为了考古而考古,其目的在于通过研习法在历史上的产生及演变脉络,揭示法的产生及发展的历史规律,说明社会主义法与前社会主义法的本质区别与历史联系,以此论证社会主义法在本质上的优越性以及从前社会主义法、特别是资本主义法实行继承和移植的必要性与可能性,指引社会主义法的健康发展,进而推动社会主义法治现代化。

第一节 历史的法

法是怎么产生的呢?观念层面的法与制度层面的法产生的时间并不同步,西方法和东方法的演变过程也不同步。

一是观念层面的法。在中国漫长的封建社会时期,统治者一直这样教导臣

① 《新唐书·魏征传》。

② 《列宁选集》第4卷,人民出版社1990年版,第43页。

民：皇帝是真命天子，法自君出，君主金口玉言，帝王言出法随。而在西方，古代和中世纪流行君权神授、法自神意的观点。就是说，不管在东方国家，还是西方国家，最古老的法起源观念是基本一致的，即法起源于神、天或上帝的意志。在那个对一切都深信不疑的年代，人们对于法的起源没有任何概念，因此教士或巫师很自然地把它归之于上帝的发明。他们认为，法是由具有神秘力量的人，把得之于上帝的古老习俗予以改动以适应于后来的情况而形成的。从来没有人产生过要修改神学法规的念头。直到17~18世纪，资产阶级法学家还认为法起源于人或人性的需要，并断言人类在进入国家以前的自然状态中就有法，即“自然法”，而且它是永恒不变的。19世纪出现了“民族精神论”，认为法来自民族精神或历史传统。这一时期人类认识上最大的进步是：法从天上降临到人间。但直至今日，绝大多数西方法学家和人类学家仍然主张国家产生以前就有“原始法”。原始社会到底有没有法？法是在什么历史条件下产生的？这是有关法的产生理论应当回答的问题。这一问题在西方法学界曾引发了一场广泛的争论，不过现在看来，这一争论并没有任何实际的意义。因为争论双方对法概念的适用语境不同，如果我们把法理解为泛义的规则，那么原始社会肯定是有法的；如果我们把法界定为国家实在法，那么法就是在国家之后产生的。应当说，法律最初表现为习惯或习俗，习惯或习俗就是法的萌芽形态。然后，随着一定社会历史条件的成熟，主要是生产力的发展，生产关系的变化，私有制、阶级和国家的产生，语言文字的发展等，法才在一定的社会阶段出现的。当文字开始被使用时，习俗被记载下来，成文法得以出现。

二是制度层面的法。在西方，在公元前2250~前2000年，就有了刻在闪长岩上的《汉谟拉比法典》。石碑的上部雕刻着汉谟拉比王从端坐的神手中接过法律的雕像。《法典》的开篇是汉谟拉比的话：我在这块土地上创立法和公正，在这时光里我赋予人类幸福。此时已经有了关于合同、书面婚约等的规定。公元前6世纪，梭伦来到雅典，为雅典制定出了法律。后来雅典大会出现了，法律可以通过市政集会投票的形式来通过，以此表达全体公民的意志。罗马人沿袭了古希腊由全体公民制定法律的做法，然而他们对原来法律所具有的特性作了一些改变，他们打了一个折扣，发明了间接民主，将法律视为代议机构对全体公民或平民百姓意志的认可，或者是全体公民对代议机构拟定规则的默许。他们声称代议机构的立法权来自于人民的授权。在中国，成文法的出现是在春秋战国时期，此时的邦国陆续兴起了一场成文法运动。春秋时期较早制定成文法的国家是楚国，此后晋国、宋国也相继制定了成文法。以上成文法虽然制定于春秋早期，但是没有公之于众。到春秋后期，成文法的公开性和透明度进一步增强，公布成文法的活动以郑、晋两国最有代表性。公元前536年（郑简公三十

年),郑国执政子产“铸刑书于鼎、以为国之常法”^①。这是中国历史上第一次公布成文法的活动,史称“铸刑书”。公元前530年,邓析刻竹刑,公元前513年晋国赵鞅铸刑鼎。战国时期,魏国李悝所著的《法经》是中国历史上第一部最为系统、完整的成文法典。

通过梳理法在观念和制度两个层面的演变过程,我们可以归纳出西方法和东方法在奴隶制时期的不同特点。西方法从立法形式上开始从神秘走向公开;本质上是从君主立法走向专家立法,然后到全民立法或代议立法。而东方法仅从形式上打破了“刑不可知,威不可测”的法律神秘主义,法开始从秘而不宣、因人因事设制走向公之于众、开始注重“王子犯法与庶民同罪”^②的普遍性约束;但关于法的本质问题的思想认识和制度设计并没有多少创新,仍停留于“法自君出”的王法阶段。

一、法的起源

关于法的起源,我们从西方一则古老的民间传说——阿布多国的故事谈起。

在古代西方,有一个国家,叫“阿布多国”;在阿布多国里,有一座山叫“阿布多山”。相传这是一座圣山,因为山里每隔一百年,就会长出一颗圣果,只要吃了它,不但可以延年益寿,还能医治各种疾病。这天,有两个猎人——阿布和阿多来到了山上。

阿布用手擦去额头上的汗,疲倦地说:“阿多,你不是说要找圣果什么的,为什么已经上山半个月了,什么都没找到?传说中百年出现一次的圣果,到底是真的还是假的呀?”

“当然是真的,我爹说吃了圣果,不但想活多久就能活多久,而且还能医治你身上的任何疾病,就连动物吃了都能学会说话呢!”阿多回答。

两个人努力地往前走,不知道又走了多久,来到一处他们未曾到过的深山里。正当他们俩都想要放弃的时候,阿布大叫一声:“圣果!”两个人匆匆忙忙地跑到前面。果然,金光闪闪的圣果就在眼前,他们两个人非常开心地互相拥抱着,感叹着多日来的辛苦没有白费。突然,他们两个同时想到一个非常重要的问题——圣果究竟是谁的?

^① 《左传·昭公六年》。

^② 《史记·商君列传》:令行于民期年,秦民之国都言初令之不便者以千数。于是太子犯法。卫鞅曰:“法之不行,自上犯之。”将法太子。太子,君嗣也,不可施刑,刑其傅公子虔,黥其师公孙贾。明日,秦人皆趋令。行之十年,秦民大说,道不拾遗,山无盗贼,家给人足。民勇于公战,怯于私斗,乡邑大治。秦民初言令不便者,有来言令便者,卫鞅曰:“此皆乱化之民也。”尽迁之于边城。其后民莫敢议令。

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



阿多首先抢着说：“当然是我的啊！是我先说要来找圣果的啊！”阿布也不甘示弱：“你少废话！是我先发现的呢！”两人互不相让，吵得不可开交。于是，他们决定到山下的阿布多神庙去求那里的巫师裁决。

巫师是一个年纪很大的老太婆，但是她看起来好像是有那么点法力。两个人请求巫师祭告上天作出决断，裁定谁才是圣果真正的所有人。巫师听了他们的话，就用法器来占卜。她念了一些大家都听不懂的咒语，然后指着阿布说：“你就是圣果的主人！”

阿布非常开心，得意地对阿多说：“看吧看吧！我才是圣果的主人！”

阿多很不甘心，对着巫师抱怨：“巫师！巫师！我不相信！你再占卜一次啦！”

巫师又再次念起了那听不懂的咒语，结果，她居然又指着阿多说：“喔！神的旨意不一样了！你阿多才是圣果真正的主人！”

阿多对着阿布哈哈大笑：“看吧！哈哈！神只是一时被你蒙蔽罢了！真相终究会大白的！现在你这个冒牌主人可以滚啦！圣果是我的！”

这次轮到阿布不满了：“喂！巫师啊！你根本都不准啦！一下说是他的，一下又说是我的。喂！巫师，你到底行不行啊？”

三个人就在神庙中吵了起来，谁也不服谁，恰巧这时国王来了，看到三个人扭打成一团，不禁感到奇怪。于是，国王就派人上前盘问：“你们三个是怎么回事啊？”三个人就把事情一五一十地告诉了国王。国王听完整件事后，说：“那么圣果现在究竟在哪里呢？还不快拿来献给本王！”

阿布颤抖着声音说：“可是国王，圣果是我们两个好不容易找到的啊！”国王捋着胡须笑着说：“我知道，我知道，我不会亏待你们的。”于是，国王手一挥，叫来了侍卫长吩咐道：“给他们两个每人五块钱吧。”

阿多一听国王只肯给他们5块钱，忍不住大怒：“国王啊！圣果是我们好不容易找到的，怎么会只值五块钱啊！国王你有没有搞错啊！”国王一听就不高兴了：“钱都给你了，废话还这么多！侍卫长！把这个不知好歹的家伙拖下去痛打一顿！”结果，阿多被打得奄奄一息，并且身上所有的钱也被国王的手下抢走了。

第二天，全国人民都知道了国王强夺圣果的暴行，都聚集到王宫前面抗议。国王平时的所作所为已经为大家所不齿，现在居然又与民争利，一时之间，王宫前面沸沸扬扬。

于是，国王召见了人民代表，人民代表对国王表达了他的意见：“阿布多国王，我们实在受不了你的暴政了！全国不管什么事情你都说了算，要罚谁就罚谁，我们实在忍受不了啦！无论什么事都要随你的意思，我们实在是无所适从，而我们人民的意见又根本无法表达。”

国王一时也没了主意,就转头询问一旁的老宰相:“老头,你说该怎么办好呢?”宰相语重心长地说:“依我看,事到如今,只有召开人民代表大会,依大家的意见来制定法律,如此一来便有一套公正的规范来让大家遵守。而且这套法律是由多数人决定的,相信大家必定愿意遵守!”

国王没有其他台阶好下,只好顺水推舟说:“好吧,好吧!就这么办吧!”所有人听到国王做了这么正确的决定,都一起欢呼:“国王英明!国王万岁!”

这就是西方民间关于法起源的一种说法。而学界关于法起源的认识更是五花八门,不一而足。

(一)关于法起源的各种学说

1. 非马克思主义的学说

(1)神创说:即法是由神创造的,如自然法、神法;认为人定法源于自然法,或是从神法派生出来的。例如,在西方古罗马时期的西塞罗看来,作为最高理性的自然法来自神的理性,人定法源于自然法;中世纪神学家奥古斯丁也提出,人间的秩序和各种社会安排是基于上帝永远的正义和永恒的法律,即神法;人法是从神法派生出来的,必须服从神法。中国古代也有类似的认识,根据《尚书》中的记载,法源于上天,通过圣人之口表述出来,法是上天意志的体现。

(2)冲突说:即法是社会冲突的产物。如中国古代法家代表韩非子认为:人民众而财货寡,事力劳而供养薄,故民争。因为社会总会有冲突,所以才需要有解决冲突的规则。

(3)契约说:该说认为在人类进入政治社会之前有一个自然状态,无国家亦无法律,但存在一些危及人类发展的因素。人们为了安全,为了进一步地发展,相互缔结契约,放弃部分自然权利,从而进入了政治社会,该契约就是法律。西方十七八世纪的古典自然法学者大都持此说。

(4)传统说或民族精神说:即法是人类物质、精神或历史传统演化发展的结果。例如,德国哲人黑格尔认为,绝对精神发展到自然界阶段才有了人类,人类精神的发展产生法。英国的梅因和德国的萨维尼作为历史法学派的代表人物,主张法来自民族的精神或历史传统。

(5)社会控制说:许多法律社会学学者持此观点,认为一个群体的法律秩序是基于社会控制的需要而发展起来的。代表人物是美国法律社会学家罗斯科·庞德。

2. 马克思主义法起源论

(1)法不是从来就有的,是在人类社会发展到一定历史阶段的时候产生的。法的产生经历了一个长期积累的过程,大约是在原始社会后期,随着生产力的发展、剩余产品的出现、私有制的产生和阶级的分化而逐渐形成的。

(2)法产生的根本原因是生产力的进步和人类社会发展的共同需要。

(3)法与国家不同,法不是阶级对立社会特有的现象。

(4)习惯法是法的最初表现形式。

(二)原始社会法的发展

原始社会是人类发展史上的早期阶段,生产力水平非常低下,生产工具极其简陋,采集和渔猎是获得生活资料的最主要方式。到了原始社会晚期,人类才学会靠劳动来增加天然产物,即学会经营畜牧业和农业。在原始条件下,一个人的劳动所得在用于消费后基本没有剩余,剥削他人劳动是不可能的。而且,个人的生产能力和生存能力不足以独立应付自然和外族的压力,只有依靠集体,才能谋求生存与发展。由此,共同占有、共同劳动、平均分配的原始共产制就成为唯一可能的经济形态。

与原始社会的经济状况相适应,原始社会没有阶级的划分,也没有与阶级划分相联系的各种政治、经济组织,唯一的社会组织就是原始公社。原始公社在经历了漫长的原始群和血缘家庭阶段后,在后期出现了氏族公社。氏族公社的产生虽然较晚,但它却是原始社会最典型的社会组织形式。氏族公社是原始人以血缘关系为纽带而形成的内部禁止通婚的亲属集团。这种集团有两种权力运行模式:集体分权和个人集权。

原始社会是一个无政府却有秩序的社会。社会秩序主要靠氏族习惯维持,氏族习惯是在氏族全体成员长期共同的生活自发形成的,经过世代相袭,便成为全社会公认的神圣不可侵犯的传统,成为调整社会关系的基本力量。美国人类学家摩尔根曾长期在美洲易洛魁人的氏族中生活,他运用人类学特有的田野调查方法,对氏族习惯进行深入研究。根据摩尔根《古代社会》一书的资料,易洛魁人的氏族习惯包含着十分丰富的内容。

(1)关于婚姻、家庭和亲属关系的习惯

在氏族中,内部成员禁止通婚。婚姻家庭形式从最初的群婚家庭发展到对偶婚家庭。在婚姻家庭制度的基础上,也形成了相应的亲属制度,对亲属关系的亲疏远近是通过不同的称谓来标明的。这是民法的前身。

(2)关于共同劳动、平均分配的习惯

在生产力水平低下的条件下,氏族成员把共同劳动、分工协作和平均分配食物看作极其自然的事情。每个有劳动能力的人都自觉参加劳动,懒惰被视为非常可耻的行为。这是分配法或经济法的前身。

(3)关于氏族内部民主议事的习惯

氏族内部没有阶级和等级之分,重大事务由氏族成员的全体大会讨论表决,氏族首领经选举产生,可随时被撤换,任何人都必须服从集体的决定。这一

切在氏族社会全体成员看来,都是天经地义的。这是选举法的前身。

(4)关于氏族之间血亲复仇的习惯

当本氏族成员被外族人杀害时,全氏族成员都必须为其复仇。复仇的标准是“以眼还眼,以牙还牙,以死还死”。这是刑法的前身,也是古代人关于公平正义的最早体悟。

在父系氏族产生以前,氏族社会完全是以原始共产制和群婚制为基础而形成的家庭式社会。在这种家庭式社会中,个人利益与集体利益是高度融合在一起的,氏族社会内部没有明显的利益差别和激烈的利益冲突,自发形成的氏族习惯代表着全体成员的共同要求和共同利益。习惯规范主要依靠氏族首领的道德感召力和个人威望,依靠每个氏族成员的自觉,依靠社会共同的道德信念和宗教观念,依靠强有力的舆论力量得以有效实施。恩格斯曾对氏族社会的调控机制发出由衷的赞叹:“这种十分单纯质朴的氏族制度是一种多么美好的制度啊!没有军队、宪兵和警察,没有贵族、国王、总督、地方官和法官,没有监狱,没有诉讼,而一切都是有条理的。一切争端和纠纷,都由当事人的全体即氏族或部落来解决,或者由各个氏族相互解决;……一切问题,都由当事人自己解决,在大多数情况下,历来的习俗就把一切调整好了。”^①但是,有一点应当注意,原始社会的这种调控机制是以当时的生产方式为基础而发挥作用的,随着生产力水平的提高,它必然被历史的发展所淘汰。

(三)法起源的一般规律

虽然各国家、各民族的法产生及演变的具体情况有所不同,但也存在着一些共同规律:

1. 法的起源是一个从自发到自觉的过程。自发与自觉是区分人们对自身社会活动的意义以及客观规律是否认识以及认识程度的一对范畴。自发是指人们不认识自己社会活动的意义、未掌握客观规律时的活动;自觉是指人们认识自己社会活动的意义、掌握客观规律、由共同理性指引集体行为时的活动。法从无到有的过程,正是人类社会的共同理性逐渐取代感官刺激和图腾信仰的过程。

2. 法的起源是由个别指引逐步发展为规范性指引的过程。在任何社会,任何人的行为都需要一定的指导或引领。个别指引是针对具体的人或事而采取的行为指引方式,对人的行为进行一次性调整或规范,具有个别性和瞬时性,是最早产生的社会调整方式;规范性指引则是针对某一类社会主体、某一类情况而使用一般行为规则进行的重复性的指引,具有普遍性和持续性。法对人的行

^① 恩格斯:《家庭、私有制和国家的起源》,《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社1995年版,第95页。

为的约束是典型的规范性指引。

3. 法的起源是由氏族或部落习惯到习惯法,再到制定法的发展过程。与摩尔根的人类社会发展三阶段理论——根据“生存技术”划分为蒙昧、野蛮和文明三个时期——大致对应,人类社会的经济类型至今也经历了三个阶段的变迁:自然经济、农牧经济、商工经济。与不同的经济类型相适应,会形成不同的生产组织和社会关系。与以采集和狩猎为获取财富主要手段的自然经济相适应,人类社会最初形成的生产组织是血缘家庭,即氏族制度前期,此时的人类在生产 and 生活中逐渐形成了一些原始习惯或习俗,用以规范自身行为,这是法的前身。随着生产工具的改进和生产能力的提高,以及原始畜牧业和农业的分离,经济类型开始从自然经济向农牧经济转型。为了更好地团结氏族全体成员,维护社会共同体的存续和发展,原来行之有效的一些个别性的习惯便上升为更具普遍性的行为规则,成为对每个氏族成员都有约束力的“氏族习惯法”的出现,标志着法的产生。^① 进入阶级社会以后,随着阶级统治的工具——国家机器的出现,习惯法才逐渐为制定法所取代。

4. 法的起源是由与道德规范、宗教规范、习惯规范混为一体到相对独立的过程。原始社会的习惯规范融道德规范、宗教规范等其他社会规范于一体,彼此之间相互渗透、浑然一体,并没有明显的界限。随着社会的进步,一部分习惯规范开始上升为习惯法,随着人类活动内容的日益丰富与频繁,氏族或部落内部的习惯法也日趋完善。到氏族社会末期,出现了保证习惯法实施的专门手段——法庭和诉讼。伴随着国家的产生,法律规范与道德规范、宗教规范以及普通的习惯规范开始分化,法在调整方式、适用范围、保障措施等方面逐渐自成一体、相对独立,在社会调整体系中占有独特的地位,发挥着特殊的作用。

(四) 氏族习惯法的特点

1. 从起源看,氏族习惯法是人们在长期的生产和生活过程中所形成的;
2. 从本质看,氏族习惯法体现着氏族全体成员的共同意志;
3. 从适用对象看,氏族习惯法及于氏族内部全体成员,规范着人们在共同生产和生活过程中的各种行为;
4. 从适用范围看,氏族习惯法限于本氏族或本部落内部;
5. 从保障措施看,氏族习惯法主要是靠氏族成员的自觉遵循,同时也辅助以社会舆论、氏族首领的威望等有限的强制力来保障实施。^②

① 参见司春燕:《马克思恩格斯法正义观研究》,人民出版社2014年版,第152~153页。

② 参见司春燕:《马克思恩格斯法正义观研究》,第153页。

(五)氏族习惯法与国家制定法的区别

1. 两者体现的意志不同。氏族习惯法反映氏族社会全体成员在利益高度融合基础上形成的公共意志,是众意或公意的最高体现。国家制定法则是以国家意志的形式体现出来的统治阶级意志,它只是在社会中占主导地位的意志,而不是社会公共意志。

2. 两者产生的方式不同。氏族习惯法以传统的方式自发地形成和演变,它像语言一样不是任何人、任何机构有意地创造和选择的结果。国家制定法则是由统治阶级及其政治代表在行使国家权力的过程中,有意识地创立和有意识地对原有习惯加以选择、确认而形成的。

3. 两者实施的方式不同。氏族习惯法也就是每个氏族成员自幼养成的行为习惯,它依靠当事人的自觉、舆论和氏族首领的威望来保障实施。国家制定法的实施当然也要借助于当事人的守法意识和社会舆论的支持,但是,这显然是不够的,它还要以国家强制力作为最后的保障,并以警察、法庭、监狱和各种强制机关作为坚实的后盾。

4. 两者适用的范围不同。氏族习惯法只适用于具有血缘亲属关系的同一氏族或部落成员,实行属人原则。国家制定法则适用于国家权力所辖地域内的所有居民,以属地原则为主,兼采用属人原则、保护原则和普遍原则。

5. 两者的根本目的不同。氏族习惯法是维护氏族社会共同利益,维系氏族成员间平等互助关系的手段。国家制定法则以实现统治阶级利益为首要目的,并为此而建立有利于维护统治关系的社会秩序。

二、法的历史类型

(一)法的历史类型释义

法从来都不是永恒不变的,它总是不断进步和发展的。在人类历史的长河中,法的发展变化往往呈现出质变与量变两种形式。法的质变就是指法的历史类型的更替,是伴随着人类社会制度的更替而发生的。依照法所依赖的经济基础的性质和反映的阶级本质的不同,法的历史类型也有所不同。凡经济基础和阶级本质相同的法就属于同一历史类型。人类进入阶级社会以后经历了四种社会形态,与之相对应的法有四种历史类型:奴隶制法、封建制法、资本主义法和社会主义法,这是马克思主义法学依据本质标准对古今中外法进行的基本分类。这种分类没有考虑法的外部特征和历史传统等因素,但对于揭示各种法的本质及其发展变化的基本规律具有划时代的意义。

(二)奴隶社会的法律制度及其特征

奴隶制法是人类历史上最早出现的剥削阶级类型的法。