

# 第一章 立法的概念分析

## 一、法概念述论

### （一）关于法的各种定义

在汉语中，“立法”的字面意思就是制定或设立具有强制效力的规范。那么，什么是具有强制效力的规范？法究竟如何理解？由于“立法”和法有着无法分割的密切关系，因而法就是一个需要首先明确的概念。

什么是法？自有法学以来人们就开始对自己所接触到和认识到的法进行过各种各样的概括。中国古代的政治改革家、思想家认为：“尺寸也 绳墨也 规矩也 衡石也 斗斛也 角量也 谓之法”；“法律政令者 吏民规矩绳墨也”；“法者 君之命也”；“法者 编著之图籍 设之于官府 而布之于百姓者也。”“法者 天下之理”。西方思想家和法学家对法的定义更是五花八门，自然法学派把法分为自然法和实在法，认为自然法是“人类理性”的法则，而实在法应

见《管子·七法》。

见《管子·七臣七主》。

见《潜夫论·衰制》。

见《韩非子·定法》。

见朱熹：《学校贡举私议》。

该体现自然法的要求。哲理法学派的代表人物康德给法下的定义是：“法是能使每个人的意志依据自由的普通法则和他人的意志相协调的条件之总和。”黑格尔的定义是：“法的基地一般说来是精神的东西，它的确定的地位和出发点是意志。意志是自由的，所以自由就构成法的实体和规定性。”此外，有人认为法是“善和公正的艺术”<sup>②</sup>，有人认为法就是理性，也有人认为法是主权者的命令，还有人认为法就是“法庭上运用公共力量这种情形之下的声明”<sup>③</sup>。而在我国大陆，目前的著述和教科书中对法的概念的表述也极不一致。有人概括为：“国家按照统治阶级的利益和意志制定和认可，并由国家强制力保证其实施的行为规范的总和，包括宪法、法律、法令、行政法规、条例、规章、判例、习惯法等各种成文法和不成文法。”也有人表述为：“法是人们在一定的社会物质生产交换和分配的过程中长期形成的、反映统治阶级意志的、具有正当性或合理性的权利与义务关系的社会共同规则。”<sup>④</sup>也有人主张作这样的定义：“法是由国家制定和认可并由国家强制力保证其实施的，反映着统治阶级（即掌握国家政权的阶级）意志的规范系统，这一意志的内容是由统治阶级的物质生活条件决定的，它通过规定人们在相互关系中的权利和义务，确认、保护和发展对统治阶级有利的社会关系和社会秩序。”更多的则是根本不予定义，只是罗列出法

见黑格尔《法哲学原理》第 10 页。商务印书馆，1970 年版。

见《查士丁尼学说汇纂》。

见 *The Summa Theologica of Saint Thomas Aquinas* (Trans. by Father of the English Dominican Provinces, Revised by Daniel J. Sullivan) *Encyclopaedia Britannica, Inc* 1952 Vol2, p. 205.

见约翰·麦·赞恩：《法律的故事》第 2 页。江苏人民出版社，1998 年版。

见《中国大百科全书·法学》第 76 页。中国大百科全书出版社，1984 年版。

见吕世伦、公不祥主编：《现代理论法学原理》第 29 页。安徽大学出版社，1996 年版。

见孙国华主编：《法理学教程》第 79—80 页。中国人民大学出版社，1994 年版。

所具有的基本特征，符合这个基本特征的就是法。

## (二) 法的不同历史形态

那么，究竟该如何理解法的概念？本文认为，要真正准确地把握法的概念，必须首先解决这样一个认识上的问题，这就是：法是一个发展着的的历史的概念。在各个不同的历史阶段中，法有着不同的内容和特点。我们不能把某个阶段的法的特点看做是整个法的一般特点，那必然会得出不符合实际的结论。法的特征应该是在不同历史阶段中法的内容的基础上抽象出来的共同特征，它对所有的法都是适用的，而不是相反。就社会发展的状况来看，阶级社会的法有四种形态，即奴隶制法、封建制法、资本主义法和社会主义社会的法。这四种不同类型的法都有各自不同的内容和不同的特点，正是这些不同的特点构成了此类型与彼类型的区别。但在区别的基础上，它们也会有共同的特征。即作为阶级社会中的共同的事物，它们也会有区别于其他事物的共同特征，这些共同特征是从这些不同类型的法中抽象出来的共同特征，最终构成阶级社会法的特征。那么，阶级社会法的特征能不能作为法的一般特征？这要取决于对阶级社会以前的社会规则的了解和认识。如果有人认为，阶级社会以前的社会根本没有社会规则，或者即便有社会规则也不能将其称之为法，那么，阶级社会法的特征就可以被认为是法的一般特征；如果认为，阶级社会以前的社会同样有我们称之为法的社会规则，那么，我们就不能把阶级社会法的特征看做是法的一般特征，而要在阶级社会的法和无阶级社会的法的基础上进行进一步抽象概括，如此抽象出的法的特征，才是适用于所有法的一般概念的特征。

我国大陆传统的理论是，法是阶级社会的产物，在原始无阶级

的社会中并不存在法。虽然原始人也需要一定的社会规范，但那些社会规范因为不具有阶级统治的意义，因此不能称其为法，法是阶级压迫的工具。但近些年来，这种观点受到了严峻的挑战。一些学者接受西方有关理论，结合我国改革开放以来的理论和现实，指出传统的观点无法解释现实的社会现象，主张突破旧有的理论框架，重新认识法的概念和特征问题。他们把法放在一个更广阔的历史背景中，从人类社会发展的角度来全面理解法的概念。其主要观点是：

1. 法不是阶级社会特有的产物。早在阶级社会产生以前法就产生了，它的形态和内容随着社会历史的发展不断发展，因而不会是一成不变的。我国传统法学虽然也强调阶级社会中不同时代的法有着显著的不同特征，如古代法的特征主要是：(1)法在适用上是不平等的，根据自然人的不同身份和社会地位，规定了不同的法律适用标准；(2)刑罚手段野蛮残酷，保留了大量的原始社会残暴的刑罚；(3)不成文的习惯法开始被成文法所取代，法的内容更加稳定、明确、肯定。近现代法的特征主要是：(1)强调法律适用上的人人平等；(2)强调法律至上，排除任何凌驾于法律之上的特权；(3)法律形式复杂多样，规范划分具体详尽；(4)程序规定严格细密。所以，每个时代的法都有自己时代的特征，每一个新的时代的法都会在过去时代的法的基础上有所进步，有所发展，我们不能拿近现代法的标准去衡量古代的法。然而长期以来，传统法学却总是坚持用现代法的标准去衡量原始社会的规范、规则，从而认为，原始社会没有法。新的理论认为，这是不符合事实的。这就涉及到了第二个观点，即法的起源问题。

2. 法的起源远远早于阶级的出现。传统法学认为在原始社会中，生产力极端低下，人们以血缘为纽带建立起氏族组织。在氏族

中实行财产公有制。氏族成员共同劳动、共同消费，没有什么剩余物品，也不可能产生私有制。因此阶级分化的现象不可能产生，从而也就没有用法律作为统治工具的需要。随着生产力的发展，产品开始有了剩余。掌握着氏族权力的氏族首领开始把一部分剩余产品据为己有，私有财产开始出现。随着私有财产的增多，这部分私有者便开始利用财富的优势剥削他人，于是阶级便产生了。阶级的产生使社会成员间的矛盾进一步激化，原有的氏族习惯无法解决这些冲突，于是法才应运而生。法表面上体现为国家的意志，实际上是掌握政权的统治阶级的阶级意志。所以，法是阶级和国家的产物 没有私有制的发展 没有阶级 没有国家 也就没有法。

针对上述观点 新的理论指出 早在史前社会人类就已经懂得利用法对社会的调控功能协调他们的社会生活了。他们提出了三个理由反驳传统理论：(1)法史学的研究证明原始社会有法。20世纪以来，众多的法史学家、法社会学家和法人类学家以及法文化化学家的研究都表明，原始社会不仅有法，而且是史前社会秩序和文化遗产的基础。原始社会的法首先表现为原始禁忌，如两性禁忌和生产性禁忌。以后进一步分化和变异而形成习惯。其中一部分习惯关系到社会群体的重大根本利益，如氏族首领的产生，食物的分配规则等等。不论是禁忌还是习惯，在原始社会中都是必须遵守的，如有违犯便会受到来自于氏族的强制和惩罚。这就是原始社会的法。虽然和阶级社会的法律相比，它在调整层次上还相对低下，在调整范围上也相对狭小，但从性质上讲，它都具有法的属性 是最初形态的法律。(2)此前关于原始社会没有法的观点有相当一部分是来自于对马恩经典著作的误读。在对史前社会的认识上，人们经常引用的是恩格斯的一段话：“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 而一切都有条有理的。一切争端和纠纷都由当事人的全体或部落来解决，或者由各个氏族相互解决；血族复仇仅仅当做一种极端的、很少应用的手段……在大多数情况下，历来的习俗就把一切调整好了。不会有贫穷困苦的人，因为共产制的家庭经济和氏族都知道它们对于老年人、病人和战争残废者所负的义务。……在没有分化为不同的阶级以前，人类和人类社会就是如此。” 有学者指出，就这段话的话语环境上看，它不过是比照当时资产阶级的政治社会发出的感慨，丝毫没有否定史前社会有法的意思，我们在其中反而可以窥到它对当时法的存在的肯定。在该文下面的一段话中，恩格斯则是明确无误地表明对原始社会存在着法的肯定：“凡是部落以外的，便是不受法律保护的。在没有明确的和平条约的地方，部落与部落之间便存在战争，而且这种战争进行得很残酷，使别的动物无法和人类相比，只是到了后来，才因物质利益的影响而稍微缓和一些”。在后面的论述中 类似的表述还有不下十处。然而，“最大的误解是将马克思恩格斯的国家起源理论误用到法的起源上。在马克思恩格斯那里，法律起源远远早于国家。恩格斯指出：‘在社会发展的某个很早的阶段，产生了这样的一种需要：把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来……这个规则首先表现为习惯，后来便成了法律。随着法律的产生，就必然产生出以维护法律为职责的机关——公共权力 即国家。’” 这说明 法律的产生先于国家 国家则是法律产生之后的产物。(3 若依照传统的理论，我们便无法解释当代社会中法存在的现象。传统理

《马克思恩格斯选集》第 4 卷 第 92—93 页。人民出版社，1972 年版。

《马克思恩格斯选集》第 4 卷 第 94 页。人民出版社，1972 年版。

见周永坤：《法理学——全球视野》第 475 页。法律出版社，2000 年版。

论认为，法是阶级压迫的工具，在阶级社会产生以前，法是不存在的。虽然在原始社会中，也会出现人和人之间的冲突，也有解决这种冲突的社会规范，但这种规范只是一种氏族习惯，而不是法。只有在阶级社会中，解决阶级之间冲突的规范、规则才是法。按照这样的逻辑指导，我们很容易推导出这样的结论：当社会中直接对立的阶级消失，阶级不复存在的时候，法也会趋于消亡。虽然在社会生活中还会存在着人与人之间的冲突，还有解决这种冲突的社会规范，但这种社会规范已经不是法了。现在一个明显的事实是，我国 1982 年宪法就明确指出：“在我国，剥削阶级作为阶级已经消灭”，但法在我们的社会中并没有消亡，而且在可见的将来也不会消亡。因此，认为法仅仅是阶级的产物，是阶级压迫的工具这个观点是站不住脚的。

3 法的本质也是随着社会物质生活条件的变化而变化的，不同时期的法有不同的形式，也有不同的本质。“在人类社会形成之初，人类和其他物种的生存竞争和环境压力造成的生存危机是社会的基本矛盾，这种矛盾决定了最初的法的功能在于协调人类群体内部的力量，提高群体对外的生存竞争能力。那么，随着人类在自然界轴心地位的确立和巩固，特别是农业技术的出现，在主要的人类活动地区定居的农业生活方式逐渐取代了采集狩猎型生活方式，氏族组织代替了狩猎群，法的功能逐渐由协调人类社会整体的生存竞争能力，转换为调整社会内部个别成员的违规行为。由于这时社会还没有分层，法的本质仍然是反映全体社会成员的共同意志。到了原始社会的中晚期，随着人口数量的增多，社会规模的扩大，在社会内部一些新的社会因素开始增长，其中主要是生产力的提高，剩余产品逐渐出现并被少数人占有，私有财产和经济利益对立不断发展。在群体外部，不同人类群体之间的接触和冲突以

至战争不断发生，战争的结果，总是伴随着财产的掠夺和对战俘的隶属性压迫，这就进一步促进了社会内部的分化。因社会结构、自然条件、地缘连接等多种因素的影响，平等的相同血缘的部落联盟，不同血缘的靠征服形成的部落联合体——酋邦相继出现。在此基础上，社会矛盾的进一步发展，有的地区形成了雅典式的国家，有的地区形成了君主制的国家，有的则仍停滞在原始社会的形式上。至此 法的形式由口耳相传 判例示范 到习惯法、成文法，从而在存在方式上与道德和习惯形成区别。法的功能也由主要满足应付外部竞争的需要，转变为处理内部矛盾冲突的需要。法的强制力的保证条件，由个人或群体，转变为专门的国家机器。与此同时，法的本质由最初的全体社会成员的生存利益的意志体现，转变为占统治地位的阶级维护其统治地位和利益的意志体现，这种转变的实质，根源于人类以面临外部压力为主转变为以内部冲突为主的社会物质生活条件的变化。而内部的冲突归根到底仍然是生存利益问题，所不同的在于不是所有的而是部分的以至是多数人的生存利益受少数人危害的问题。可见，史前社会法的功能的演变，首先主要是应付外部压力，然后转化为对社会个别成员的调整，最后是一部分人统治另一部分人的手段和工具。” 这一大段论述详尽地阐明了法在历史进化的过程中相继出现的三种不同的表现形态以及与其变化着的形式相适应的本质的变化。

基于以上的认识，本文认为，原始社会的规范、阶级社会的法律和无阶级社会中调整人和人之间关系的社会行为规则都是法的具体形态，它们之间存在着差别，这是肯定的。但这种差别是同一事物在不同的历史发展阶段中的差别。透过这种差别我们还应该

见刘平：《论法起源的论证基础》，载《中国社会科学院研究生院学报》2000年第4期第56页

看到，它们之间也存在着统一的、内在的联系。这种联系首先表现为，它们都是人类社会中用以调整人与人之间社会关系的社会规范。其次是，作为社会规范它们之间存在着共同的特征。而正是这种共同的特征，决定了它们作为法这一事物的同一属性。

### （三）法的基本特征

法是一种社会规范或行为规则，这是人们的普遍认识。自人类社会产生以后，人和人之间的交往就开始逐渐产生。正是这种人和人之间的交往构成了社会。社会的运行需要一定的秩序，而规范或规则正是形成某种秩序的必要元素。规范或规则的重要意义在于它使人们的行为有了一致性的、可重复的、持久的、连续的参照依据，有了这种基本依据，人们就可以自觉地安排自己的行为，避免与他人和社会产生冲突，从而得到社会的接纳和认可。而这种一致性的、可重复的、持久的、连续的参照依据正符合梅因爵士所说的法的特征：“真正的法律使所有公民毫无差别地一致遵守着种类相似的许多条例；这正是法律的最为一般人所深切感觉到的特征使‘法律’这个名词只能适用于一致、连续和类似。”虽然在不同秩序的要求下，所形成的具体规范或规则的内容和形式可能都不相同，但它为人们的行为提供标准或方向的性质却是一样的。通过法的规定，人们就可以知道能做什么，不能做什么，必须做什么。它既约束着人们的行为，同时也为人们的行动提供自由。因为正是规范或规则本身为人们划定了和谐相处的界限，规定了有序活动的空间。既然法是一种规范、规则，那么规范、规则所具有的本质特征也应该是法的基本特征。博登海默指出：“规范

这一术语源出于拉丁文 *norma* 一词,它意指规则、标准与尺度。规范的特征……在于,它包含着一种允许、命令、禁止或调整人的行为与行动的概括性声明或指令。……其中并不包含对个别的特定的情形所需要的具体而特别的处理方法”。因此,就规范或规则来说,它的本质要求其必须具有权威性、普遍适用性和强制性,那么,作为规范的法也就首先具有这三个主要特征,具体地说:

法是具有权威性的规范。法的权威性主要体现在两个方面,一是法在客观上具有不可违抗性。即人们的行为必须和法保持一致,只有法所允许的,才是可以行为的,凡是法所禁止的,必是不可施行的。如果胆敢和法相对抗,就会受到法律的制裁。阶级社会的法具有不可违抗的特性,这是毋庸置疑的事实。那么消灭了阶级的社会以及原始社会的规范、规则同样也具有不可违抗性。法人类学的研究表明,人类最早的社会规范是禁止性规范,即禁忌,稍后出现的是义务性规范,表现为氏族习俗,再以后才是阶级社会的成文法。原始社会对违反禁忌和习俗的行为,不仅看成是道德上的过失,而且看做是犯罪,有的甚至是严重的犯罪,要处死刑。在原始社会,杀死乡亲往往可以被集体宽容,但违背了禁忌规则绝不会得到宽容。二是法本身也具有权威性。民主法律以其自身的公正、平等、公开、严密的品格取得民众的信仰,专制的法律以其制定者的最高权力取得大众的遵从;原始社会的规范、规则则以其氏族的力量、氏族首领的威望和对神灵的畏惧取得社会成员的遵守。

① 见 E·博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,第 224—225 页。华夏出版社,1987 年版。

② 见田成有、张向前:《原始法探析》,载《法学研究》1994 年第 6 期,第 23 页。

③ 见谢苗诺夫:《婚姻和家庭的起源》,第 68—69 页。

法是具有普遍适用性的规范。法的普遍适用性也包括两个方面，一方面是指法在一定的范围内具有普遍的效力。它对所有的人都具有约束力，而不是仅仅适用于某些人。在法所规范的范围内，它对所有人的行为都应该发生效力。一样的行为，产生同样的法律结果，不一样的行为，产生不同的法律结果。虽然在有些时期，事实上存在着享有最高权力的统治者不受法律约束的状况，但那并不是法本身的要求。就法本身来讲，普遍适用性是它的本质要求，否则，它就不具有规范、规则的意义了。另一方面，法的普遍适用性也指法所具有的常规性。即法不是对某一行为的一次性处理，而是对某一类行为的常规处理，人们根据法的内容就可以预知哪些行为是正当的，那些行为是不正当的，正所谓“法律”这个名词只能适用于一致、连续和类似”。

法是具有强制性的规范。法既然是一种规范或规则，那它就是人们行为的标准，按照这个标准去行事，就能享有规范、规则所安排的自由、利益。如果不按这个标准去行事，就得受到规范、规则的惩罚。这种惩罚就是强制。在国家存在的社会中，由于法表现为一种国家意志，因此这种强制就是来自国家的；在国家不存在或不具有国家形态的社会中，这种强制就来自于最高权力者。这个最高权力者或者表现为某种政权，或者表现为某种共同意志，但不具有强制性的规范或规则是不存在的。

所以，就外部特征来看，具有一定的权威性、强制性，在一定范

史前社会中全体社会成员的共同意志就是原始社会规范的强制力的来源。G. 萨默在《民俗》这本书中说：“民俗就是评判行为方式正当与否的标准。”我国学者米健也指出：“习惯是被公认为有益于社会而为多数人或全体社会成员普遍接受的行为规则。被全体或多数社会成员普遍接受这一事实本身就是一种社会力量，它为习惯的实施提供了强制力的保障。”——见米健，《从人的本质看法的本质》载《法律科学》1997年第1期，第6页。

围内普遍适用的社会规范或行为规则就是法。这是从最一般的意义上对法进行的概括。

当然，仅从以上定义看，我们无法将现代意义上的法和其他社会规范 诸如风俗、习惯、道德、宗教规则 区分开来。事实上 在社会发展的最初阶段，法和其他社会规范本来就是无法区分的。譬如对祖先的祭祀 实行血亲复仇 究竟是法律规范 还是宗教规则？抑或是风俗、习惯？这都是很难区分的。只是到了后来，随着社会的发展和文明的进化，对相近行为或不同行为影响社会的性质和程度有了充分的认识和理解，并具备了区分的必要和可能的时候，法律规范和道德、宗教规范才从浑然一体逐步走向分化。这也再次说明，法是一个发展着的历史概念。除了它所具有的一般的质的规定性外，在不同的历史发展时期，法还具有独立的特征。正是由于这种独立特征的存在 才有了古代、近代、现代法的区分。

## 二、立法的起源

在我国目前的法学著述中，立法一般被表述为：由特定的国家机关 依据一定的职权和程序 制定、认可、修改、补充和废止法的活动。也有人作广义和狭义两种理解。广义的立法泛指由特定的国家机关依据一定职权和程序，运用一定技术所进行的制定、认可、修改、补充和废止法律规范的活动；狭义的立法则仅指享有严格意义上的立法权的国家机关制定、认可、修改、补充和废止法律规范的活动。但无论如何，这些概念都只适用于近现代的立法，而不能作为立法的一般概念来使用。同法的概念一样，立法也应该是一个历史的概念 有它自己的发生、发展、变化和定型的过程 有它自己独立的内涵。它随着社会的不断发展，文明的不断进步，从

形式到内容都发生着深刻的变化。

### （一）人类早期的法意识

基于上文的讨论 本文认为 早在史前社会的原始群时期 法就产生了。但最早产生的法并不是立法的产物，而是人类基于生存的需要而发现的社会控制手段。在早期人的生物群体中，同其他动物群体一样，也多多少少地存在着统制——服从关系 即力量较强的成员总是经常地压制力量较弱的成员，以强制的手段使自己的需求尽量得到满足。随着人类从生物群体向社会群体的转变，这种原始成员之间的统制服从关系及与之相伴随的冲突并没有减弱而是越来越强。原因之一是由于原始人群实行杂乱性关系；另一方面是雄性成员之间对雌性成员的争夺。原始人在向直立行走转变过程中，机体发生较大变化，不可避免地增加了雌性成员怀孕和生育的困难，造成女子死亡率增长，成年雄性成员的数量大大超过了成年雌性，这就加剧了在群体内部对雌性成员的争夺。然而，对原始人群来说，生存的需要和生产发展的内在要求，又促使他们必须向着紧密关系进一步加强的方向发展。这就形成一种

当然 也有人认为 法是司法的结果。“可以断言 在人类初生时代 不可能想像会有任何种类的立法机关，甚至一个明确的立法者。法律还没有达到习惯的程度，‘它还只是一种惯行。用一句法国成语，它还只是一种‘气氛’。对于是或非惟一有权威性的说明是根据事实作出的司法判决，并不是由于违反了预先假定的一条法律”。（见梅因：《古代法》第 5 页。商务印书馆，1984 年版。作者在以前的论作中也持这种观点 但问题是如果没有一条事先的法律（或规则），执法者依据什么来执法？诚然，在阶级社会中，执法者仅仅依靠权力者的权威就可以行使司法权力。但在原始社会，特别是在原始社会的早期，代表全体社会成员意志的公众执法，必须有一种据以依靠的力量，有一个正当的理由。这种力量就是全社会成员的共同意志，这个理由就是被惩罚者违反了社会规范，即原始禁忌或原始习惯。而禁忌一旦被违反，“潜在的危险就会自动变为现实的危险，并往往造成覆灭的威胁，不仅是对个人，而且也对犯禁者所在的整个集体”（见蒋立山：《从原始禁忌看社会规范的起源》）。所以，最早的司法仍是依据法律。只是这种法律不是由立法产生，而是基于原始人的发现而已。

矛盾即一方面雄性间的争夺嫉妒 削弱、破坏和瓦解集体 另一方面，实现人从动物状态向社会状态的转变又要求集体关系进一步发展。如何解决这种矛盾？这就需要对群体内部两性关系进行严格的社会限制，把杂乱的性关系纳入社会化的强制调节中去。这样，就产生了最初的狩猎生产上的性禁忌规范。在许多民族那里，不仅性关系在生产活动中被禁止，而且男女之间的普通联系也不同程度的受到限制。以后禁忌进一步发展，即要求将狩猎集团中的全部女子排除出狩猎集团，以便于男子遵守性禁忌规范。原始社会中男女集团的分工由此正式稳定地确定下来。随着生产的进一步发展和生产部门的扩大，狩猎生产上的性禁忌也自动扩展到捕鱼活动上。这样，在整个生产繁忙季节，性禁忌渐渐成为一种一般生产上的性禁忌规范。这种禁忌规范随着生产和社会的不断发展也不断扩大，最后形成种类繁多的禁止性规范。这种规范的目的在于控制人的原始本能，以防止其对正在形成中的社会群体的危害，控制和消弭冲突。这就是最早的社会意义上的规范，是法的最初和最低级的形态。这些禁忌的效力是“由恐惧和习惯保障的，它被看成是统治整个共同体的自然的、基本的力量”。在此后一个相当长的时期中，人们都是生活在这种社会规则的约束之下，尽管事实上他们也许根本就没有意识到这种规则的存在。“因为从‘知道如何’行事或者从能够辨识他人的行为是否符合公认的习惯，到能够用文字陈述这类规则 仍有很长的路要走。”惟其如此 他们也从来不会想到法是人们可以任意创造的东西。“直至今今天，我们仍然运用同一个术

见蒋立山：《从原始禁忌看社会规范的起源》载《中外法学》1996年第5期第2—4页。

见雅维茨：《法的一般理论——哲学和社会问题》中译本第101页。在霍贝尔的书中也提到过一位爱斯基摩人的话：“‘你问我们信什么？我们不信，我们只是害怕’”。——见霍贝尔：《初民的法律》第74页。

语即“law”法律或规律 来同时指称下述两种规则：一是那些支配自然界的恒定不变的规则；二是那些支配人之行为的规则……这种做法绝对不是偶然的。无论是自然界的规律还是人类社会的法律，最初都被认为是某种独立于人之意志而存在的东西。……人只能努力发现它们而不能改变它们。”即便是成文法典的出现 在人们的意识中它也只不过是在记录法律。“当时，一个‘立法者’可以努力祛除他认为法律中所存在的讹误，也可以努力使法律恢复其原始的纯正，但是却没有 人认为他能够制定新的法律。……法律史家们一致认为 所有著名的早期‘法律给予者’(law-givers)从 Ur-Nammu 和汉谟拉比到梭伦、Lykurgus 以及《罗马十二铜表法》(the Roman Twelve Tables) 的作者们 都不意在创制新的法律 而只是要陈述法律是什么及其始终是什么。”这都说明 最早出现的法并不是某个权威者刻意制定的结果 以至于在人们长期的、普遍的意识中 根本不能接受制定或变更法律的观念。事实也正是如此，“人类社会的确实存在着这样一些规则，它们不仅承担着一种为维系某群体所必须的功能 而且也得到了有效的传播和实施 尽管它们从来就不是‘发明出来的’ 从来就没有形诸于文字 也从来不具有一种为任何人所知道的‘目的’，。

## (二) 立法意识的觉醒

如果认为所有的法都是这样被‘发现’而不是被‘发明’的话，

见哈耶克：《法律、立法与自由》(第一卷)第 114—115 页。中国大百科全书出版社，2000 年版。

见哈耶克：《法律、立法与自由》(第一卷)第 126 页。中国大百科全书出版社，2000 年版。

见哈耶克：《法律、立法与自由》(第一卷)第 118 页。中国大百科全书出版社，2000 年版。

那也与我们对法的现代认识不相符合。尽管在人类社会漫长的历史发展过程中，有相当一部分法在相当长的时期内是被代代相因、心传身授而流传下来的，至今也还在发挥着作用。但随着社会关系的发展，人类文明程度的提高和对自然界越来越多的认识和了解，法是可以改变和创制的，这种意识也逐渐出现。虽然在哈耶克看来，“那种认为人类能够制定或改变法律的观点的出现，不太可能早于古希腊时代……直到中世纪晚期，这一观点才重新凸显出来，并且逐渐赢得了较为广泛的赞同。”但法人类学的有关研究资料表明，原始社会的成员中部分人对原始禁忌和原始习俗的有意违反，或者拒绝遵守某些规范，迫使这些规范失效或不能发生效力，就表明在原始社会中“改变”法律的意识已经产生。在公共权力的行使中也出现了修改和创制法的行为。霍贝尔在他的《初民的法律》这本书中写到：“茨瓦纳人的酋长长期以来一直明确地享有制定法律和强制执行法律的权威。他们颁布敕令，赋予新形成的规则以法的效力，同时也裁定认为某些古老的法律已经过时因而拒绝支持那些基于曾经有效的法律原则之上的诉讼请求”。类似这样的内容在霍贝尔对其他几个部落的描述中也都看到。当然，这种观念甚至是类似立法活动的行为的出现并不表明立法已经产生，但至少可以肯定，法是可以制定和改变的这种意识早在古希腊之前就已经形成，它以及类似于立法的行为为以后立法的产生奠定了基础。

在英国自由主义理论家哈耶克的社会理论中，秩序可以分为两类，一类是自生自发的秩序，一类是建构的秩序。与这两类不同的

见哈耶克：《法律、立法与自由》（第一卷）第 115 页。中国大百科全书出版社，2000 年版

见 E·A·霍贝尔：《初民的法律》第 312 页。中国社会科学出版社，1993 年版。

秩序相对应，也存在着两种不同的规则，哈耶克把它称之为内部规则和外部规则。内部规则是指社会在长期的文化进化过程中自发形成的规则。“这些规则经由使每个人或有组织的群体能够知道他们在追求他们的目的时可以动用什么手段进而能够防止不同人的行动发生冲突而界分出确获保障的个人领域。这些规则一般被认为是‘抽象的’和独立于个人目的的。它们导致了一平等抽象的和目标独立的自生自发秩序或内部秩序的类型构”我们可以把它理解为社会共同体为实现生存、寻求发展而自动建立起来的法。按哈耶克的表述就是‘人之行动而非意图或设计的结果’即它既不是人类无意识的、纯生物的产物也不是人类刻意设计的结果而是人的行动的结果，是人类社会的自发法则。外部规则是根据有关组织或治理者的意志制定的，只适用于特定的人或服务于统治者目的的规则。这部分规则从性质上看，是人类社会自觉意识的产物，是人类刻意设计的结果，是人们对社会生活的有意图的、为了特定目的而刻意创制出来的规则。而制定这类规则的过程我们就可以称之为立法。从社会发展的进程看，这种具有意志性的、刻意设计的制定规则的活动其产生显然晚于‘自生自发秩序’下的法正是在这个意义上，哈耶克才说：“具有强制性行为规则意义上的法律是和社会相伴而生的，而立法的发明在人类历史上要相对晚一些。……法律先于立法。”因此所谓立法就是一定的主体以“审慎刻意的的方式”制定规范以服务于制定者特定目的的活动。

Hayek, *New Studies in Philosophy, Economics and the History of Ideas*, Routledge & Kegan Paul, 1978, p. 77.

见邓正来：《法律与立法二元论》第43页。上海三联书店，2000年10月版。

见哈耶克：《法律、立法与自由》（第一卷）第113页。中国大百科全书出版社，2000年版。