

F L N T S

法理念探索

吕世伦【著】

法 律 出 版 社

F L N T S

法理念探索

吕世伦【著】

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

法理念探索/吕世伦著. —北京:法律出版社, 2002. 6

ISBN 7-5036-3810-9

I. 法… II. 吕… III. 法理学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 035487 号

出版/法律出版社

印刷/中国科学院印刷厂

责任印制/李跃

总发行/中国法律图书公司

经销/新华书店

责任校对/何萍

开本/A5

版本/2002 年 7 月第 1 版

印张/22.625 字数/600 千

2002 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

传真/(010)88414115

电话/(010)88414121(总编室)

(010)68710328(责任编辑)

中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

传真/(010)88414897

电话/(010)88414899 88414900

(010)62534456(北京分公司)

(010)88960092(八大处营业部)

(010)88414934(科原大厦营业部)

(021)62071679(上海公司)

商务网址/www.chinalaw-book.com

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3810-9/D·3445

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

本书由苏州大学法学院
资助出版

序

法理念,是法的精神与法的实在之间的统一。

法的精神又叫法意识、法观念、法概念,属于法的主观性方面。它是法的灵魂。马克思在《论离婚法草案》一文中指出:“立法者应该把自己看作一个自然科学家。他不是在制造法律,不是在发明法律,而仅仅是在表述法律,他把精神关系的内在规律表现在有意识的现行法律之中。如果一个立法者用自己的臆想来代替事情的本质,那末我们就应该责备他极端任性。同样,当私人想违反事务的本质任意妄为时,立法者也有权利把这种情况看作是极端任性。”^① 法作为精神关系内在规律的东西,就是有意识地表现和实现人的自由以及从自由产生出来的理性和正义。这所以是规律,其理由在于,对一切法而言,它是一种不以人们愿望甚至也不以立法者的愿望为转移的客观必然性。惟有这种法才属于正当的法、合理的法、真正的法。反之,凡由任性所左右,用来反对自由、理性、正义的法,都背弃法精神,因而不是真正的法,只能称之为“恶法”。可见,法、法精神的内在规律,总具有善的涵义。的确,马克思关于法反映精神关系内在规律的思想,直接受到辩证法大师黑格尔的影响。但是,马克思从黑格尔那里所汲取的是科学的成分,而扬弃非科学的成分。当黑格尔从意识决定存在的前提出发,把法的意识发

^① 《马克思恩格斯全集》第1卷,第183页。

展看作“作为实体的普遍精神”的“自我意识”、“自己发展”和“自身反映”，而不是自然的、社会的客观现实发展的反映的时候，他确实犯了脱离社会根据、物质基础的客观唯心主义错误。^①而当黑格尔认为，精神包括法精神的运行是有规律的时候，则是完全正确的。马克思借鉴的恰是后者。以往，我们讨论法的规律问题，往往把目光局限于法的外在的、实证性的规律，如通过法的普遍性、明确性、准确性、强制性等表现出来的规律。近年来，许多法学家开始重视法哲学、特别是法价值论的研究，对法与自由、理性、正义等范畴之间的关系已有许多论述。可惜，人们很少把这种研究和论述提到法精神关系的高度。其实，这正是推进法哲学思考的一个关键性环节。

法的实在又叫法的定在、法的现象、法的外部存在方式，属于法的客观性方面。它是法的躯体。与非实证性或非经验性的法精神相对立，法实在表现为单纯的实证性或经验性的东西。其中，主要包括如下几类：第一，法规范，法规范小组（即狭义的法律制度，如所有权制度、合同制度、婚姻制度、刑罚制度、诉讼制度，甚至更具体的制度，如上诉制度等），法部门，法体系。第二，具有法律性质的人格，有国家机关、社会团体、法人及公民（自然人）。第三，立法、执法、司法、守法和法律监督的行为。第四，由上述诸方面结合起来而形成的各种法律制度。根据法学界的共识，法律制度既有静态性的制度，主要指法的规范和机构，又有动态性的制度，主要指法的运行的各环节；只有静态性的制度和动态性的制度相结合，才是完整的或广义上的法律制度。

作为法理念的两个要素的法精神和法实在，它们总是紧密联系的，一方总以对方的存在为自己存在的前提。单纯的法精神不是法理念。“理念仅仅被当作某种非现实的东西”，只是空洞或空虚的东西，而“当然没有更多的价值”。^②同样的情况，单纯的法实在也不是法理念。“那种与概念（精神）不相应的实在，是单纯的现象，是主观的、偶然的、随意的东西，它不是真理。假如说，在经验中找不到任何完全与理念符

① 参阅黑格尔：《精神现象学》（上），商务印书馆 1983 年，第 20 页。

② 黑格尔：《逻辑学》（下），商务印书馆 1982 年，第 448 页。

合的对象,那末,理念就将作为一个主观的尺度和现实的对象对立起来了”。^①打个比方说,人作为一种理念,必须是灵魂与躯体的统一实体。脱离躯体的、单纯的灵魂不能叫做人,脱离灵魂的躯体(死人)也不能叫做人。但是,反过来,如果以活生生的法理念为前提即以法精神和法实在的有机结合为前提,那末,不论法精神和法实在,又都可以把它称为法。现代自然法学派讲的法(理性)和社会学法学家埃利希讲的法(活法),正是从法精神意义上而言的。社会学法学派中更多的学者、特别是唐·布莱克认为作为法实在之一的法行为就是法。平时我们说“好人”、“坏人”,显然是从这个人的灵魂(精神)方面来指谓他的;而说“胖人”、“瘦人”,则是从躯体(实在)指谓某些人的。基于对法理念的这种分析,不仅任何法精神的形态可以称作法理念,法实在的各种形态可以称作法理念,法或法学的方法亦可称作法理念。因为,法的方法也是法精神(法的思维模式)和法实在(法的建构与实施的工具)二种要素的统一。总之,法理念这个范畴是很宽泛的。

拙作《法理念探索》,按其涉及到的内容,有国家与社会、民主、法制与法治、法律与发展-法制现代化、人权、理论法学、法律史、法律的教学与研究几个方面问题。但这些仅仅是诸多法理念的一部分,而且即令对这些部分也只是从一个具体问题的入手加以阐述的,非常局限。至于对各该问题究竟阐述得如何,自然是靠尊敬的读者们评判了。

作者谨识

2001年岁末于中国人民大学静园寒舍

^① 黑格尔:《逻辑学》(下),商务印书馆1982年,第449页。

目 录

序·····	(1)
--------	-------

第一篇 国家与社会

“从身份到契约”公式引发的法律思考·····	(3)
“小政府、大社会”与廉政建设 ·····	(10)
国家主义的衰微与中国法制现代化·····	(20)
中国法律文化传统与国家主义·····	(37)
论司法权力运行过程中的国家主义倾向·····	(52)

第二篇 民 主

逐步建设高度民主的社会主义政治制度

——学习《关于建国以来党的若干历史问题的决议》·····	(69)
社会主义民主和社会主义法制的辩证关系·····	(76)
社会主义民主建设必须同社会主义法制建设紧密结合·····	(93)
西方的“三权分立”和人民代表大会制·····	(102)
谈谈资产阶级“政党政治”·····	(114)
论国家政体对政治的影响和作用·····	(117)

第三篇 法制与法治

法制与法治·····	(125)
------------	---------

关于法制建设的几个理论问题·····	(130)
论人治和法治·····	(140)
“德治”的历史与理论诠释·····	(149)
德法关系在中西传统社会中差异的分层透视	
——兼论中国德法关系的当代框定·····	(157)
略论法治的经济起点·····	(180)
法治国家建设中的一项重大举措	
——现行宪法第三个修正案·····	(193)
重视全社会的法制教育·····	(202)
关于党的政策和法的关系问题·····	(205)

第四篇 法律与发展·法制现代化

法学的时代性课题·····	(221)
制度、法律与经济发展:一个初步分析·····	(229)
法律的经济旋律	
——历史、现状和展望·····	(267)
跟踪法律前进的时代步伐·····	(276)
略论法制现代化的概念、模式和类型·····	(278)

第五篇 人 权

马克思和恩格斯的人权思想·····	(295)
列宁人权思想述要·····	(303)
西方人权思想选评·····	(331)
马里旦人权理论研究·····	(344)
人权理论研究的新进展	
——读《人权:走向自由的标尺》·····	(366)
所谓“不合时宜”的人权论·····	(376)
民政工作与社会主义人权	
——《中国社会报》记者访谈录·····	(384)
精神解放的凯歌 人道主义的壮举·····	(387)

慈善事业的保障机制·····	(389)
----------------	-------

第六篇 理论法学

第一部分 法哲学·····	(393)
---------------	-------

法哲学体系论纲·····	(393)
--------------	-------

法哲学研究的新探

——《马克思主义法哲学引论》评介·····	(400)
-----------------------	-------

法治合理性的内涵及其意义·····	(404)
-------------------	-------

揭示法的神髓·····	(429)
-------------	-------

论程序正义在司法公正中的地位和价值·····	(434)
------------------------	-------

现代自然科学方法对法学方法论的启迪与更新·····	(441)
---------------------------	-------

第二部分 法理学·····	(456)
---------------	-------

权利义务关系考察·····	(456)
---------------	-------

略谈法律意识·····	(472)
-------------	-------

谈法律的补救·····	(478)
-------------	-------

关于《立法法》的几个问题·····	(485)
-------------------	-------

对当前西方法学分类论的评介·····	(499)
--------------------	-------

理论法学研究的新尝试·····	(510)
-----------------	-------

第三部分 法社会学和法人类学·····	(512)
---------------------	-------

效益与公平:社会的永恒课题·····	(512)
--------------------	-------

略论法律虚无主义的社会基础·····	(515)
--------------------	-------

现代人类学对法起源的解释·····	(523)
-------------------	-------

第四部分 法美学·····	(537)
---------------	-------

法的真善美三维构造解析·····	(537)
------------------	-------

法律·秩序·美·····	(548)
--------------	-------

中华法系的“天人合一”之美

——兼论老子的法美学思想·····	(563)
-------------------	-------

第七篇 法律史

资本主义法律制度的历史变迁·····	(581)
--------------------	-------

财产法史考略·····	(636)
《资本论》与法学·····	(647)
列宁法律思想探索的新成果·····	(649)
维辛斯基诉讼证据理论的再研究·····	(652)
对分析实证主义法学发展史的精辟概括与研究·····	(667)
美国女权派法律观点两议·····	(669)
趋利避害,加强现代西方法律思想文化的研究·····	(673)

第八篇 法律的教学与研究

“马克思主义法律思想史”教学之我见·····	(683)
法律专业大有可为·····	(688)
如何学好《法学概论》·····	(695)
南开大学法学研究所法学研究丛书前言·····	(700)
创办法学研究机构的设想·····	(702)
谈谈法学论文写作·····	(704)
后 记·····	(711)

第一篇 国家与社会

“从身份到契约”公式引发的法律思考

一、问题的提出

1992年,中国共产党的十四大正式提出在我国建立社会主义市场经济体制的战略任务以后,我国法学界见仁见智,针对社会主义计划经济向社会主义市场经济转型中一系列新的法学问题,展开热烈的讨论。

在此过程中,英国著名的历史法学家梅茵(Sir Henry Maine, 1822—1888)100多年前提出的“进步社会的运动,迄今为止,是一个从身份到契约的运动”^①的公式,重新唤起不少学者们的兴趣,并在各自的论著里加以援用和发挥。与这一公式相关的观点,举其要者如:有的人认为,我国的计划经济(产品经济)到市场经济(商品经济)的转型,就是从身份关系到契约关系的运动。有的人认为,我国社会主义市场经济的价值目标,就是要建立一个以“个人所有权和契约制为两大支柱”的“市民社会”。有的人认为,社会主义社会不仅经济上、而且政治上和文化思想上,都应当是一个“契约社会”。还有种种说法,尽管词语表达不尽相同,但意思甚为接近。我们认为,诸如此类的观点是颇值得商榷的。

二、“从身份到契约”与我国社会主义市场经济的转型

我国社会主义经济从计划(产品)经济体制向市场(商品)经济体制

^① 《古代法》,商务印书馆1984年,第97页。

的转型,改变了原先那种单一的行政隶属关系,而赋予社会经济主体在经济活动上以合法的自主权和自由权,使他们相互间的交易关系通过契约来实现。从形式上看,这一过程正好符合梅茵的“从身份到契约”的公式。不过,从本质上看,两者都是完全不可同日而语的。

梅茵“从身份到契约”的论断,指的是前资本主义社会中的人身依附关系,即奴隶对奴隶主、农奴对封建主的人身依附关系,转变到19世纪(英国是18和19世纪)自由资本主义社会中的人身自由关系。因此,这一公式适用的历史背景是十分特定的;既不能向上延伸到原始社会,^①也不能向下延伸到垄断资本主义社会,更不能延伸到社会主义社会。不是别人,正是梅茵《古代法》一书的编者,英国法学家C·亚伦(Allen),早在1931年就清楚地指出,梅茵的“这些文句在它写成的当时是适当的、可以接受的——那个时候,19世纪个人主义的全部力量正在逐渐增加其动力。”“我们可以完全肯定,这个由19世纪放任主义安放在‘契约自由’这神圣语句的神龛内的个人绝对自决,到了今日已经有了很多的改变;现在,个人在社会中的地位,远比著作《古代法》的时候更广泛地受到特别团体,尤其是职业团体的支配,而他的进入这些团体并非都出于他自己的自由选择。”^②亚伦是从团体主义的多元民主论的观点出发的,因而不可能真正揭示19世纪以后西方社会关系发生的实质性变化,但这不妨害其结论的正确性的一面。

恩格斯指出,社会发生的任何一项重大的变革,“这只有通过公开侵犯财产所有权才能做到。”^③不同社会类型的变革如此,同一类型社会发生重大制度的变革或改革(如梭伦改革)也莫不如此。随着垄断主义经济制度的形成,19世纪社会中的财产权也受到了“侵犯”。其中,包括资本主义私有制基础的静态财产权即个人所有权的自由,也包括动态财产权即契约权的自由。特别是第二次世界大战以后,私人垄断

① 原始社会存在的是人对血缘群体的依附关系。这在本质上区别于奴隶社会和封建社会中的个人人身隶属关系。

② 《古代法》,第17、18页。

③ 《马克思恩格斯选集》第4卷,第111页。

资本主义更急剧地向国家垄断资本主义转化。与此相联系,在生产和流通领域,资本主义国家大量地实行资本的“国有化”(此种情况在 60、70 年代后有所变化)和经济的“计划化”,借此来使资产阶级国家,或者直接经营部分企业,或者在财政、税收、货币信用等领域采取调节措施,对国民经济进行宏观调控。对于这种有意识地吸收社会主义计划经济的某种成功经验,来消除纯粹市场经济所带来的自发性和滞后性的弊端的资本主义经济新模式,一些西方经济学家把它称之为“混合经济”制度。他们认为,在“混合经济”的条件下,资产阶级国家对经济的干预具有“稳定和加强的作用”,资产阶级国家已经由“警察国家”转变为“积极的经济力量”。当代西方著名经济学家 P·萨缪尔逊(Samuelson)更明确地概括说,现代资本主义国家的经济作用,一是国家对国民收入进行再分配,二是政府对经济活动干预和控制。政府和私人经济同时发挥作用而构成的“混合经济”,已成为现代资本主义国家发展的一种必然趋势。由此可知,作为 19 世纪自由资本主义市场经济“两大支柱”的个人所有权和契约权,已经受到了巨大的“侵犯”。这是客观的历史必然性使焉。

再让我们进一步地探讨“从身份到契约”这一公式,能否适用于对我国从计划(产品)经济向市场(商品)经济转型的描述。在从前的计划经济体制下,作为经济关系主体的个体经济、集体经济、特别是国营经济,无不受到国家的严格控制,缺乏独立、自由和平等的属性。它们同国家的关系,主要表现为行政上的领导与被领导、指挥与服从的关系。这种关系酷似“身份”的隶属关系。反之,社会主义市场经济则承认经济主体间的独立、自由和平等的地位。尤其是它们的相互交易,必须通过契约渠道来实现。这样一来,好像就可以顺理成章地把计划经济向市场经济的转型,代入“从身份到契约”的公式了。然而,必须知道,形式上相象的两种东西,本质可以是完全对立的。就本质而言,我国经济体制的转型同本来意义上的“从身份到契约”,是风马牛不相及的。其一,梅茵所讲的“身份”关系是指前资本主义社会形态下,少数剥削者对广大劳动人民实行超经济的奴役和剥削。这同社会主义计划经济下,建立在同志式平等和互助合作社会关系之上的、经济性或管理性的隶

属,无可比性。其二,如果说现代西方社会的“混合经济”早已大大突破单纯“契约经济”的框架,那么,社会主义市场经济必然离它更远。因为,社会主义市场经济建立在生产资料公有制的基础上,从而比之于现代西方“混合经济”,有更高程度的国家宏观控制。在社会主义经济领域中,契约关系的范围更狭窄些,所受到的限制(比如受到社会主义的社会公正的制约)更多些。既然这样,用“从身份到契约”的模式表述我国经济体制的转型,是应该严格地讲究分寸的。

需要说明,契约如同市场经济一样,本身无所姓“资”姓“社”的问题。但它们同不同社会形态相结合,则其目的和服务的经济基础是有性质差别的。

三、社会主义社会是不是“市民社会”或“契约社会”

黑格尔和马克思常常把“市民社会”称之为“经济国家”,就是由于它是物质生活资料的生产和消费的领域或“需要的体系”。与市民社会相对应的范畴,是“公民社会”或“政治国家”。市民社会与政治国家(公民社会)是社会的经济基础和上层建筑的关系。“市民社会包括各个个人在生产发展的一定阶段上的一切物质交往”。“这一名称始终标志着直接从生产和交换中发展起来的社会组织,这种社会组织在一切时代都构成国家的基础以及任何其他观念的上层建筑的基础。”^①因此,决不是国家制约和决定市民社会,而是市民社会制约和决定国家。在广义上,市民社会就是指从物质关系方面加以强调的、一般的社会。社会主义社会即社会主义经济关系(交往关系),是广义上的市民社会的诸形态之一,即向共产主义社会过渡的形态。

与广义上的市民社会截然不同,从狭义上或者发生论意义上讲,“‘市民社会’这一用语是在18世纪产生的,当时财产关系已经摆脱了古代的和中世纪的共同体。真正的资产阶级社会只是随同资产阶级发展起来的。”^②在这里,市民社会仅指资本主义经济关系即资本主义社会。它是从中世纪的贸易城市兴起的,经过资产阶级革命确定下来,其

① 《马克思恩格斯全集》第3卷,第41页。

② 同上。