

法的基本问题新探

周凤婷◎著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

法的基本问题新探

周凤婷◎著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

法的基本问题新探/周凤婷著. —北京: 知识产权出版社,

2014. 7

ISBN 978 - 7 - 5130 - 2741 - 0

I. ①法… II. ①周… III. ①法学 - 研究

IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 105642 号

内容简介

本书综合集成了国内部分法理学教材关于法的定义和本质的主要观点, 从系统科学的角度探讨法的本质, 并给出全新定义。运用系统工程原理和方法结合热点案例, 对法的基本价值选择、法的运行、法学研究和以法理学教学改革为代表的法学教育等问题作了系统思考。

责任编辑: 张薇茶*

责任出版: 谷 洋



法的基本问题新探

FA DE JIBEN WENTI XINTAN

周凤婷 著

出版发行: 知识产权出版社 有限责任公司

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

责编电话: 010 - 82000860 转 8180

发行电话: 010 - 82000860 转 8101/8102

印 刷: 保定市中华美凯印刷有限公司

开 本: 787mm × 1092mm 1/16

版 次: 2014 年 7 月第 1 版

字 数: 180 千字

ISBN 978 - 7 - 5130 - 2741 - 0

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 编: 100088

责编邮箱: baina319@163.com

发行传真: 010 - 82000893/82005070/82000270

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

印 张: 11

印 次: 2014 年 7 月第 1 次印刷

定 价: 38.00 元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

目 录

第一章 法律本体	1
一、法的定义和本质新探	3
二、法律的基本价值选择	21
三、法律至上的现实虚妄	30
第二章 法律运行	49
一、为“创新”立法是一项系统工程	51
二、行政调查中违法行为的法律控制	64
三、刑讯逼供的系统分析与控制	74
四、农村耕地抵押贷款风险分析与防控设计	89
五、中国农村治理结构分析与初步设计	100
第三章 法学教育与研究	115
一、法理学教学系统改革构想	117
二、法理学实验教学系统设计	137
三、“中国法学向何处去”的系统思考	158

第一章

法律本体

一、法的定义和本质新探

什么是法？法的本质是什么？这两个问题一直困扰着中国法学界，至今也未取得理论上的共识。有学者呼吁：“我们处于一个伟大的时代和一个伟大的国家，我们应该拿出我们自己的具有原创性的东西来，而不仅仅是跟随前人，跟随外国人，唯有如此，才能自立于世界民族的学术之林。”^① 邓正来教授在“中国法学向何处去”的讲演中表达了深深的忧虑：“中国法学的这个时代是一个没有中国自己法律理想图景的时代，是一个在根本上不关注中国现实的时代。”^②

学者的呼吁和忧虑并非空穴来风，看一看当今的法理学教材包括权威的法理学教材给出的法的定义和本质的解释，苏联法的定义的印记仍旧历历在目，法的定义和本质的非科学性，使我们在构建中国自己法律理想图景的过程中，缺乏最基本的奠基之石。

为了论证的需要，笔者检索了国内相关的具有一定权威性的法理学教材，针对这些教材中涉及法的定义和本质的论述作出排列并加以比较，以获取法的定义和本质的共性问题。然后将法的定义和本质置于人类社会和人类文明的演化规律中进行考察，以探寻具有普适意义的法的定义和本质。

① 童之伟，传统法理学的衰败和当代法理学面临的挑战 [C] // 付子堂，法理学讲演录（第2卷），北京：法律出版社，2007。

② 邓正来，中国法学向何处去 [C] // 付子堂，法理学讲演录（第2卷），北京：法律出版社，2007：351。

（一）国内部分法理学教材中法的定义和本质的综述

孙国华、朱景文主编的《法理学》一书认为：“法是由国家制定或认可并由国家强制力保证实施的，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。”^①

舒国滢主编的《法理学阶梯》一书认为：“法是由国家制定、认可并由国家保证实施的规范体系。这种规范体系反映了由社会物质生活条件决定的统治阶层或人民的意志，其目的在于确认、保护和发展统治阶层或人民所期望的社会关系和价值目标。”^②

张文显主编的《法理学》一书认为：“法是由国家制定、认可并依靠国家强制力保证实施的，以权利和义务为调整机制，以人的行为及行为关系为调整对象，反映由特定物质生活条件所决定的统治阶级（在阶级对立社会）或人民（在社会主义社会）意志，以确认、保护和发展统治阶级（或人民）所期望的社会关系和价值目标为目的的行为规范体系。”^③

赵震江、付子堂所著的《现代法理学》一书认为：“所谓法，就是指归根到底由社会物质生活条件所决定的，反映掌握政权的社会集团的共同意志和根本利益，为了维护社会秩序而由国家制定或认可并由国家强制力保证实施的一种规定权利义务内容的特殊行为规范体系或制度体系。”^④

张光杰主编的《法理学导论》一书认为：“法律是体现国家意志、

① 孙国华，朱景文．法理学[M]．北京：中国人民大学出版社，1999：50．

② 舒国滢．法理学阶梯[M]．北京：清华大学出版社，2006：24．

③ 张文显．法理学[M]．北京：高等教育出版社，北京大学出版社，1999：46．

④ 赵震江，付子堂．现代法理学[M]．北京：北京大学出版社，1999：34．

具有普遍约束力，为国家强制力保障实施的社会规范，它通过规定权利（权力）与义务的方式来调整一定的社会关系，维护一定的社会秩序。从根本上讲，法律受制于社会的物质生活条件。”^①

卢云主编的《法学基础理论》（修订本）一书认为：“法是由一定社会物质生活条件决定的掌握国家政权的阶级共同利益和意志的体现，它是由国家制定或认可并由国家强制力保证实施的行为规范体系及其实施所形成的法律关系和法律秩序的总和，其目的在于维护和发展有利于统治阶级的社会关系和社会秩序。”^②

徐显明主编的《法理学教程》一书认为：“法是国家制定或认可的并靠国家强制力保证实施的反映统治阶级意志的行为规范的总和。”^③

张文显主编的《马克思主义法理学——理论、方法和前沿》一书认为：“在吸收马克思主义的经典论述和学界最新的研究成果的基础上，我国法学界在 20 世纪 90 年代形成了这样一个马克思主义的法律定义：法律是由国家制定、认可并保证实施的，反映由特定物质生活条件所决定的统治阶级意志，以权利和义务为内容，以确认、保护和发展统治阶级所期望的社会关系和社会秩序为目的的行为规范体系。”^④

从上述定义中，我们可以抽象出学者们对法的定义和本质的 6 点共识：

- 第一点，法是由国家制定或认可并由国家强制力保证实施的；
- 第二点，法是掌握了国家政权的统治阶级意志的反映；
- 第三点，法以权利义务为内容调整一定的社会关系；
- 第四点，法是由社会物质生活条件决定的；
- 第五点，法的目的是确认、保护和发展统治阶级所期望的社会关系

① 张光杰．法理学导论 [M]．上海：复旦大学出版社，2006：14.

② 卢云．法学基础理论（修订本）[M]．北京：中国政法大学出版社，1999：43.

③ 徐显明．法理学教程 [M]．北京：中国政法大学出版社，1994：52.

④ 张文显．马克思主义法理学——理论、方法和前沿 [M]．北京：高等教育出版社，2003：136—137.

和社会秩序；

第六点，法是一种行为规范体系。

下面我们将对这6点共识逐一进行讨论。

（二）对国内法理学教材中法的定义和本质的分析

1. “法是由国家制定或认可并由国家强制力保证实施的”

针对这个问题似乎不存在分歧和争议。然而，我们注意到，苏力教授在翻译美国学者罗伯特·C·埃里克森（Robert C. Ellickson）所著的《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》一书中表达的观点为：埃里克森发现：“是规范，而不是法律规则，才是权利的根本来源。”依据博弈论的知识和演算，埃里克森发现，这种规范是从社会群体的博弈互动中产生的，最好的法律说到底不过是对这种社会群体长期反复博弈中产生的规范之承认和演化（继续的博弈）。苏力指出：事实上，如果看一看现实，我们就可以看出，真实世界中的情况确实从来都不总是为立法规定的，尽管法学家由于职业的狭窄视野，由于职业的利益和自我感受，总是倾向于夸大他们的成文法律规则的效能，号召所谓的“为‘法定的’权利而斗争”。只要用埃里克森对法律含义的澄清来解说哈耶克、科斯，乃至其他强调自由的政治法律学者的一些思想和理论，我们就可以看出，所谓“自发秩序”的法律，以科斯为首的新制度经济学派（无论是产权理论还是合约理论）强调的法律，事实上都不是那种“强行法”的立法，而是社会生活合作博弈的规范（包括合约）。苏力的观点概括为一句话就是：社会系统存在非国家强制力所保证的法律。^①

公共治理理论也认为，所谓治理，按照联合国全球治理委员会

① [美] 罗伯特·C·埃里克森：《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》[M]，苏力，译，北京：中国政法大学出版社，2003：7—8。

(The Commission on Global Governance) 的定义是：各种公共的或私人的个人和机构管理其共同事务的诸多方式的总和。它是使相互冲突的或不同的利益得以调和并且采取联合行动的持续的过程。它既包括有权迫使人们服从的正式制度和规则，也包括各种人们同意或以为符合其利益的非正式的制度安排。^①

由于治理系统或政治系统的主要功能是向社会复合体输出调节价值过程中具有约束力的权威性决策，所以治理的主体并不限于作为公共权力机关的政府，政府的“统治”（Government）只是治理方式之一。无论在内涵还是外延方面，“治理”都比“统治”或政府控制更大。世界化时代的某些社会调控领域，甚至出现了从依靠政府的统治走向具有更高自组织水平的“不依靠政府的治理”（Governance without Government）的趋向。^②就法律角度而言，人类社会无论是过去、现在还是将来，都存在“不依靠国家强制力的法律”。

苏力的观点和公共治理理论拓展了法律科学的研究思路，为我们今后随着法律系统的演化重新审视法律的内涵扩充了研究边界，但本文在讨论法的定义和本质时仍然以国家意志作为定义法的基础。因为，就目前而言，以“法是由国家制定或认可并由国家强制力保证实施的”这一句话作为对法的定义和本质的描述是符合当代现实的中国社会主义的法学理论和法治实践的。

2. “法是掌握了国家政权的统治阶级意志的反映”

这句话最受诟病。学者们认为，这句话反映了法的阶级性，而这个提法源自苏联。

1938年7月16日至19日，在莫斯科召开了第一次全苏法律科学工

① Our Global Neighbourhood [M]. New York: Oxford University Press, 1995.

② [希腊] Micheal DeCleris. 法律与政治中的若干系统概念 [M]. 常远, 译. (第6届欧洲控制论与系统研究会议论文), 全国首次法制系统科学讨论会学术交流资料 (北京, 1985年4月), 载常远, 胡希平, 马深, 季伟军, 等. 法治系统工程参考文集 (上集) [C]. 中央政法管理干部学院, 1989: 75—84.

作者会议，时任苏联检察长的 А. Я. 维辛斯基在大会上作了题为《苏维埃社会主义法律科学的基本任务》的报告。报告中他提到科学院法律研究所讨论和通过了他提出的一个提纲，该提纲的第 24 条中，他给法下了一个定义：“法是以立法形式规定的表现统治阶级意志的行为规则和为国家政权认可的风俗习惯和公共性规则的总和，国家为了保护、巩固和发展对于统治阶级有利的和惬意的社会关系和秩序，以强制力量保证它的施行。”^①

该定义的核心观点源自马克思、恩格斯撰写的《共产党宣言》：“你们的观念本身是资产阶级的生产关系和所有制关系的产物，正像你们的法不过是被奉为法律的你们这个阶级的意志一样，而这种意志的内容是由你们这个阶级的物质生活条件来决定的。”^②

张恒山认为：从表面上看，维辛斯基的定义同马克思、恩格斯的论述有共同之处，但实际上，两者有重大不同。

首先，马克思、恩格斯不是给法下定义，甚至也不是给资产阶级的法下定义，而是附带地论及资产阶级的法。

其次，马克思、恩格斯所论述的是资本主义社会的法，是一种特定的法，而不是普遍的法，将马克思、恩格斯的论述扩大解释以至适用到人类历史的过去、现在和将来所有的法，并成为一种普遍性的法的定义，这不符合马克思、恩格斯的原意。

再次，马克思、恩格斯在这里的论述着重在于强调资本主义社会现存的法律“实际上”是什么，这一论述中并不包括人类社会所有的法律都“应当”如此的意思。也就是说，马克思、恩格斯并不认为资本主义的法律就是一种合理的、理想的状态。而我们给法作本质性定义时，所阐述的所谓“本质”应当是指法必然要具备的如此性质：它不仅是在现实中的法所显示的性质，也是将来的法所体现的性质；它不仅

① 孙国华：法理学教程 [M]，北京：中国人民大学出版社，1994：74.

② 马克思，恩格斯：共产党宣言 [M]，北京：人民出版社，1964：40—41.

是法在实际上所体现的性质，也是理想中的法所应当具备的性质；它不仅是体现着法的现在，而且是代表着法的发展方向——随着人类社会历史的发展进程，法越是发展，就越是充分地体现了这种性质。如果不是这样，所谓的“本质”就没有资格叫做“本质”。马克思、恩格斯根本没有将资本主义的法视为理想的法，没有将体现资产阶级意志的法视为法的发展方向或法的发展的必然趋势，所以，将马克思、恩格斯的这一论述作为法本质的统治阶级意志论的依据显然是对马克思、恩格斯的原意的歪曲。^①

法本质的统治阶级意志论从苏联输入中国内地后，因其论述从表面上看似乎秉承了马克思、恩格斯的观点，因而至今仍然被学者们加以肯定，从前述各种权威的法理学教材中即可略见一斑。

然而，一旦把这个法的概念模型放入中国现实的社会系统中，将面临概念模型与社会原型不能兼容的现实矛盾。因为，中华人民共和国成立后的社会主义实践尤其是中国内地改革开放 30 多年间社会系统的现状，我们根本无法从现实生活中抽象出“统治阶级”和“被统治阶级”，也无法从理论上给出划分“统治阶级”和“被统治阶级”的明确标准和界限。如果学者们基于非理性的害怕臆造出没有社会原型与之相对应的理论模型，其结果令人担忧，因为“文化大革命”就是因为理论上臆造出了“资产阶级”和“无产阶级”两个司令部，从而上演了一出长达 10 年的民族悲剧。更令人担心的事情还在于：按照马克思主义唯物辩证法的基本原理，矛盾双方既统一又斗争，对立的双方在一定条件下可以相互转化。毛泽东指出：“按照辩证唯物论的观点看来，矛盾存在于一切客观事物和主观思维的过程中，矛盾贯穿于一切过程的始终，这是矛盾的普遍性和绝对性。矛盾着的事物及其每一个侧面各有其特点，这是矛盾的特殊性和相对性。矛盾着的事物依一定的条件有同

① 张恒山：法理要论 [M]，北京：北京大学出版社，2002：144—145。

一性，因此能够共居于一个统一体中，又能够相互转化到相反的方面去，这又是矛盾的特殊性和相对性。”^① 毛泽东举例说：“你们看，被统治的无产阶级经过革命转化为统治者，原来是统治者的资产阶级却转化为被统治者，转化到对方原来所占的地位。”^②

在我们今天的社会现实中本来并不存在“统治阶级”和“被统治阶级”的对立，如果我们一定要在理论上臆造出“统治阶级”和“被统治阶级”，按照唯物辩证法原理，被统治阶级在一定条件下可以转化为统治阶级，那就意味着理论家其实在为被统治阶级的存在乃至为被统治阶级未来转化为统治阶级制造合法性依据。笔者的推断并非空穴来风。“文化大革命”中，为了阶级斗争的需要，无产阶级专政的对象是地、富、反、坏、右。其中的“右”指“右派”，其主要成分是知识分子。中共十一届三中全会以后，知识分子被视为工人阶级的一部分。1982年《中华人民共和国宪法》序言中指出：“社会主义的建设事业必须依靠工人、农民和知识分子，团结一切可以团结的力量。”很显然，如果按照“统治阶级意志论”的观点，“文革”中被当做被统治阶级或者被统治阶层的知识分子在中共十一届三中全会之后摇身一变已经成为统治阶级了。

持“统治阶级意志论”的学者们其实已经陷入了逻辑悖论：只要坚持马克思主义唯物辩证法，就必须承认统治阶级和被统治阶级地位的对立和转化，而一旦承认了这种转化，学者们将作茧自缚，陷入理论尴尬，因此，学者们又必须论证在社会主义条件下永远不存在这种转化，而这种论证在本质上既违反马克思主义唯物辩证法，又没有人类社会历史给出的足够历史证明。因此，应当给法本质的统治阶级意志论作一个了断，那就是：法本质的统治阶级意志论可以休矣。

① 毛泽东选集（第1卷）[M]．北京：人民出版社，1991：336.

② 毛泽东选集（第1卷）[M]．北京：人民出版社，1991：328—329.

3. “法以权利义务为内容调整一定的社会关系”

童之伟教授认为：“传统法理学试图从权利义务角度解释所有法现象，在这一点上，它从来都是不成功的，始终没有做到这一点。”为什么呢？童教授解释说：传统法理学“不能为人们认识公法现象提供基本的理论支持。因为在公法现象中最突出的现象是权力现象，而传统法理学在讨论权力现象上是最薄弱的……既然基础理论中没有对权力这一现象进行研究，那么公法学家也就没法将这样的法理学作为基础理论”。而且，传统法理学“无法合理地解释公法关系。宪法学家发现，无法用权利义务观念来讨论宪法关系，所以宪法学家基本不谈宪法基础关系。行政法学中讨论行政法律关系的主体、客体和内容，但是被迫将权力当做权利谈论。因为行政法没有独立的分析工具，而法理学又没有提供这样的工具，因此只好被迫使用这样的一种提法……人们也没有把诉讼法律关系解释为权利义务关系，甚至干脆避而不谈。在经济法中，有一部分教材采用权利义务关系来阐释，但不是全部”。综合上述理由，童教授针对“法以权利义务为内容调整一定的社会关系”这一传统法律定义中的核心要素提出了怀疑：“法理学的这样一个基本概念不能解释公法关系，所以不为公法所接受。这个时候我们就应该反思，何以本应由法理学界提供支撑的部门法学科，却不采用我们的基本概念和套路？那就是肯定有问题。”^① 我们对童之伟教授的观点表示赞同。

4. “法是由社会物质生活条件决定的”

这句话的理论依据源自马克思的历史唯物主义观点。历史唯物主义认为：历史的主体是现实的人，他们的性质和活动受制于所处的物质生活条件；社会发展有其自身的规律，是一个自然历史过程；生产力决定生产关系，生产关系对生产力产生反作用；经济基础决定上层建筑，上层建筑对经济基础产生反作用。生产力和生产关系之间的矛盾、经济基

① 付子堂：《法理学讲演录（第2卷）》[M]，北京：法律出版社，2007：6—8。

础和上层建筑之间的矛盾，是推动一切社会发展的基本矛盾。

针对马克思的“物质生活方式决定论”，日本学者森岛通夫指出：“卡尔·马克思认为，意识形态和伦理道德不过是作为基础的物质条件（特别是经济条件）的反映；而马克斯·韦伯在他的《新教伦理与资本主义精神》一书中则证明了与此相反的关系的存在，他认为，一个社会的伦理道德是既定的；任何一种类型的经济，如果它要求人们具有一种与这个伦理道德相违背的民族精神，那么这种经济将不会发展。”^①我们之所以提出日本学者所举的与物质生活方式决定论的观点相反的马克斯·韦伯的观点，不是要对韦伯的观点展开论证，而是同韦伯一样，对物质生活方式决定论提出商榷。

马克思、恩格斯认为：“人们为了能够‘创造历史’，必须能够生活。但是为了生活，首先需要吃、喝、穿、住以及其他一些东西。因此第一个历史活动就是生产满足这些需要的资料，即生产物质生活本身。”^②

按照这个观点分析，人们“为了生活”，“首先需要吃、喝、穿、住”，因此，“生产物质生活本身”就是为了“满足这些需要”，所以，“生产满足这些需要的资料”就成为人类“第一个历史活动”。马克思由此推论：“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。”^③

马克思、恩格斯认为人类为了满足吃、喝、穿、住的物质需要而进行物质生产的论述是符合人类发展规律的，问题在于马克思、恩格斯把由于物质需要而导致的物质生活的生产方式作为决定人类整个社会生活、政治生活和精神生活的观点却未免失之偏颇。

马克思明确指出：“人的思维是否具有客观的真理性，这不是一个

① [日] 森岛通夫. 日本为什么“成功” [M]. 胡国成, 译. 成都: 四川人民出版社, 1986: 3.

② 马克思恩格斯选集（第1卷）[M]. 北京: 人民出版社, 1995: 79.

③ 马克思恩格斯选集（第1卷）[M]. 北京: 人民出版社, 1995: 32.

理论的问题，而是一个实践的问题。”^① 这是马克思主义者倡导的实践是检验真理的唯一标准的观点。^② 我们把物质生活方式决定论放入人类社会实践中考察，会看到什么结果呢？

第一，任何自然人从出生到死亡之前的时间区间里，既有吃、喝、住、行的物质需要；又有快乐和幸福的精神需要。这两种需要交织在一起不可分离。比如，吃、喝是一种物质需要，没有食物和水，人的感官得不到满足，精神需要不能实现，从这个意义上讲，物质需要决定精神需要；但另一方面，物质需要是否得到满足，需要感官的评价和精神的认同，也就是说，物质资料的生产、分配、交换和消费取决于精神需要是否得到满足，由精神需要决定。因此，对于任何一个自然人而言，物质需要和精神需要相互交织，你中有我、我中有你，无法割裂和分离，更遑论谁决定谁呢？

第二，生产力包括劳动者、劳动资料和劳动对象三个基本要素，其中，劳动者是生产力首要的能动的要素。列宁说，劳动者是“全人类的首要的生产力”。^③ 而作为首要生产力的人是由物质性的肉体和精神结合在一起须臾不可分离的有机整体，劳动者不存在肉体决定精神还是精神决定肉体的问题。吃一口米饭，喝一口水，既满足肉体对能量的需要，同时又满足精神的快感；听一段古典音乐，看一个童话故事，既满足精神的愉悦，同时又使肉体放松，满足即健康的要求。在劳动者统一的肉体和精神中，哪里存在肉体决定精神的空间呢？

第三，如果对物质生活方式决定论作逻辑推理，便会感到困惑。因为，既然物质生活方式决定社会生活、政治生活和精神生活，那么，物质生活方式与社会生活、政治生活和精神生活之间是什么关系呢？换句

① 马克思恩格斯选集（第1卷）[M]．北京：人民出版社，1995：55．

② “实践是检验真理的唯一标准”这句话容易引起歧义，“实践”顾名思义是指人类有目的的实际活动，难道只要有了人类的实际活动，就可以检验真理了吗？答案是否定的。准确的表达应当是“实践是检验真理的过程，实践的结果是检验真理的唯一标准”。

③ 列宁选集（第3卷）[M]．北京：人民出版社，1995：821．