

一般法的渊源

董南方 著



中国人民公安大学出版社

一般法的渊源

董南方 著



中国人民公安大学出版社

·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

一般法的渊源/董南方著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2004.3

ISBN 7-81087-673-2

I. — ... II. 董 ... III. 法的起源—研究 IV. D903

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 015804 号

一般法的渊源

YIBANFA DE YUANYUAN

董南方 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2004 年 3 月第 1 版

印 次: 2004 年 3 月第 1 次

印 张: 12

开 本: 850 毫米 × 1168 毫米 1/32

字 数: 295 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

ISBN 7-81087-673-2 / D · 501

定 价: 25.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.jgclub.com.cn

自 序

我曾发下誓言：我会写些真实的，我也会说些真实的让世人理解他们幸福生活的来源，更让那些陷入苦难中的人们明白他们陷入苦难的原因。人类的幸福与苦难生活绝不是无缘无故地来到人世间的，其中最重要的原因是人们选择了暴力与否？或者在承认自己权利的同时，有没有考虑过并承认别人也应该拥有同样的权利？或者在清醒地意识到自己存在的同时，有否意识到人性的欲求对于所有人都是一样的？或者有否认识到人类缔结社会都曾是一样地对幸福的期盼？或者有否意识到只有采取正确的选择才能保全一切？或者有否觉悟到世界的出发点和归宿点既是来源于每一个人，也的确是为了每一个人？总之，在弄明这些问题的过程中，我自以为找到了解决法律基本难题和困惑的钥匙，自认为找到了法律之河的发源地，以及能够凭借某些基础问题建立起一种崭新的法哲学理论体系。于是，我将所有这些想法汇集成册，写成了《一般法的渊源》，以求教于大家。

我承认，本书的写作借助了许多伟大的思想或者有

益的学术成果，但有一点必须请读者理解，本书所有的观点不会有意怀疑或者批判现有的具体理论、信念和信仰。如果读者有这种疑惑，那我在此特别请求那些被我无意之间冒犯的人们的包容和宽恕。借用某位不知名人士所说的一句话来表达我这种心情，那就是：我写作本书，纯粹出自于一种学术好奇心，而绝不是出自于一种理论论战或者与人不便、为敌的意思。因为，我曾真诚地祈求过一种与世无争、与人为善、既默默无闻又默默无语的生活，但是我失败了，其中之一就是写了这本书，所以“你们”一定要原谅我！

董南方

目 录

上篇 人

第一章 人的生存	(3)
第一节 身的生存	(7)
第二节 心的生存	(15)
第三节 有关人的身与心的生存的结论	(19)
第四节 人维持生存的种种方式及分析结果	(23)
第五节 维系生存的前提和条件	(32)
第六节 人 本 身	(34)
第二章 人在自然中的生存	(92)
第一节 人在自然中生存的广义的意义和 狭义的意义	(93)
第二节 论自然状态	(96)
第三节 人在自然中的生存特别艰难	(104)
第四节 影响人类生存的一些基本的自然法则	(105)
第五节 自然法则及其善恶	(115)

第三章 人类在社会中的生存	(118)
第一节 人类在社会中的生存.....	(118)
第二节 人类在社会中的生存同样特别艰难.....	(121)
第三节 人与人之间的关系.....	(124)
第四节 结 论.....	(126)

下篇 社 会

第一章 人类社会是如何组织和创设的	(131)
第二章 人类通过和平的手段方式组织和 创设人类社会	(136)
第一节 契约的观念及手段.....	(139)
第二节 理性是契约观念的基础.....	(147)
第三节 论是否存在社会政治契约.....	(149)
第四节 社会契约的种类、内容及其体系.....	(159)
第五节 契约的形式：内心的和书面的.....	(188)
第六节 契约是人类觉悟的必然产物.....	(196)
第七节 人加入整体时的状况.....	(203)
第八节 对人们加入整体时状况的分析.....	(206)
第九节 论整体的权威.....	(210)
第十节 论整体的权威是可以限定的.....	(213)
第十一节 论是否存在社会契约.....	(219)
第十二节 论不存在毫无保留的转让.....	(228)
第十三节 论整体是否有自己的利益.....	(232)
第三章 人类通过非和平的手段创设社会	(240)
第一节 论暴力也可建立“社会权威”.....	(240)
第二节 论以暴力建立起来的“社会权威”.....	(243)
第三节 人类应该放弃暴力.....	(246)

第四节	人类能放弃暴力·····	(252)
第五节	暴力与必要的暴力·····	(258)
第四章	有权威总比无权威好·····	(264)
第一节	论没有法律或者共同权威的状态·····	(266)
第二节	有权威总比无权威好·····	(278)
第三节	通过契约建立起来的社会权威是最好的·····	(281)
第四节	通过暴力建立起来的社会权威与通过契约 建立起来的社会权威的区别·····	(285)
第五节	在一定程度上讲,通过何种方式建立社会 权威取决于某种真实的观念存在·····	(287)
第五章	结论——人类采取何种方式组织社会 决定法的善恶·····	(291)
第一节	有关法的定义·····	(293)
第二节	法的定义难以统一的真正原因·····	(298)
第三节	权威的意志——法·····	(303)
第四节	何种权威的意志决定法的善恶·····	(305)
第五节	法的定义统一的可能·····	(309)
第六节	恶法非法,或者说恶法就是恶法·····	(310)
第七节	自然法——善法·····	(313)
第八节	自然法——一般法·····	(325)
第六章	另一结论——从人类自身身与心关系的 平衡、人类与自然关系的平衡以及人与 人之间关系的平衡而产生的一般法·····	(333)
第七章	有关的论题·····	(339)
第一节	人 权·····	(339)
第二节	平等是正确法律,或者说是正义 审判的基础·····	(349)
第三节	人的自然权利到社会权利的过渡·····	(355)

第四节	论法律的等级·····	(360)
第五节	立法应该适合基本国情·····	(366)
第六节	法律是简要的好还是繁复的好·····	(368)
第七节	违反自然性和常理的法律也是恶法·····	(370)
参考文献	·····	(375)

上篇 人



第一章 人的生存

人如果连生存都不需要了，那么他还需要什么呢？人连生存都不要了，那么给他整整一个世界，又有什么意义呢？人不需要生存了，那么一切就不要谈，也无从谈起了。在我看来，这是一个至关重要的根本问题。我的全部观点和信念也就是构筑在这个真实的主题之上的。我认为，如果要谈到人及有关人的一切，就不能回避讨论这一问题。这一问题确是我认识人的一切现象所认为最可靠、最准确的钥匙或基础。

世界客观的事实和人类不言自明的经验告诉我们，无论人类之间的分歧有多大，人类讨论或争吵的话题是如何广泛而没有限制，人类怀疑的能力是如何卓越，但有一个问题却是没有争议和分歧的，是人们从不怀疑和不能怀疑的，同时也是人类之间唯一能超越一切成见而求得普遍认同和视为定论的问题。哪怕是形形色色的主张理想、林林总总的意识形态、根深蒂固的阶级成见、独树一帜的民族精神，都不能将这个问题搅乱和动摇。这个问题就是：人皆需要生存，人还需要幸福地生存。无论人与人之间的政治理想、道德观念、宗教信仰、经济要求、社会主张、个人好恶、出身地位、教养优劣、年龄长幼、人种差别、地域所属等有何种差异，乃至对立，但在这个问题上相同、没有异议的。这个问题的答案能超越人类一切先天或后天的差异和影响而自然而然地普遍地得到认同。它无时无刻、何时何地都会得到承认和肯定。对此，没有人能怀疑，没有人能否定，也没有人能动摇。

也许，这就是人作为一种自然动物又作为一种社会动物的全部规定性之所在；也许，这就是人类有理性的唯一动力来源，是人类一切进程和归宿的唯一原因和解释。

只要是正常的人，对这一问题就不可能答之以否。能答之以否的，只有超人或那些不正常的人。超人是不会存在的，他不会回答这个问题。假使超人是存在的，他也无须回答这个问题了，因为回答这个问题对他没有必要性，也没有意义。只有那些不正常的人，如疯子，是真实存在的，他们答之以否的可能性是有的。这个问题对于他们是有怀疑、争论、乃至否定的，我们都不感到奇怪。但我们大可不必理会他们如何做。他们不是人类社会的主流，他们不知道正确表达这一问题的真实含义，他们也不知道正确表达自己的真实意愿。因此他们无论如何都已没有资格来回答这一问题了。即使能回答，也是无关紧要和没有意义的。他们的真实愿望、内在感觉，自己不知道，也无法准确把握。甚至他们还不知道自己身在何处，乃至自己是人还是猴子都搞不清楚。他们的思维已经混乱或者残缺不全。由于这一混乱和残缺，他们迷失思想、丧失意志，自己不认识自己，自己无法控制自己。你说，你能相信他们所说的一切吗？假使你相信他们所说的一切，那你不是完了，我想就是不正常。当他们有健全的身体，而没有健全的心智时，从严格的意义来说，他们已回复到一个低等动物的状态中，而非一个真正意义上的人。你应该把他们看做是人，因为他们具有人类的形式，拥有简单的思维能力、低层次的意识反应、较低级的感情情绪反映，但你无论如何不能把他们看做是一个正常或者真正的人。因此，我们也无必要来听他们是如何来回答这一问题了。

综上所述便可以看出，一个身心健全的人无疑是一个正常的人，一个身全心残的人不能算一个正常的人，或者说总是有疑问的；一个身残心全的人是一个正常的人没有疑问。判别一个人是

否是真正的人，身心两全固然是完美的标志，但判别一个人是否是真正的人，在本质上还是要落实到对他的心智是否健全的判别才有真实的意义和准确性。我们不会忘记，人之所以与一般动物有本质上的区别，是因为人有意识，而其他动物则没有。

我们还可以看出，人类社会有效而普遍的基础便应该是构筑在对这一问题的认同和肯定的基础之上的。这说明，这一问题自然是自然强加给人类而不能怀疑、拒绝、反抗的一条法则。它是人类负载最重、最久、最原始、最彻底的一条自然法则。这一法则为人类安排了一切。它是人类全部活动、追求、探索、梦想的根据和所必须遵循的东西，也是人类全部法则的基础，或说是人类全部法则的法则。这条最根本的法则揭示出的最重要的意义在于，构成人类法则核心内容和原则的东西一开始就不是人类自己的绝对意志，而是冥冥之中的大自然神的绝对意志。这一意志是人类不能选择、怀疑，更不能更改和反抗的铁的意志。它盛载了人类的一切，是盛载了人类一切的一个唯一的容器，而人类丝毫没有回避的可能。而且人类无论如何，在何时何地都不得不遵循并视为根本之物的法则。

我们认为人已是一种为自然所规定好了一切的存在。因为，自然的意志实际上对人类起着终极裁决的作用，根本决定人的意志。在人的意志中占第一位的是自然的意志，其次才是人自己的意志。人的根本意志虽不能选择，但在自然的意志面前不是被动的，因为人类意识有能动作用。因此，人才是一种不自在但自由的动物，有其不可改变放弃的一面，也有其可以自行其是的一面。

也许有人会说，既然人类的根本法则只有一条，而且是相同的，人类社会的建筑基础又是一样的，那么为什么人类社会的状态各现其貌、千差万别？换言之，那么人类社会的面貌应该是普遍相同的，人类法律也应该是相同的、没有差别的；人类的根本

意志是相同的，那么人类的一切言行举止及其他的一切之一切也应该是相同的。这个问题提得好而又尖锐，但我回答起来并不感到为难。因为，喜欢吃是一回事，喜欢吃什么又是另外一回事。故此，我对以上所提问题的回答是遗憾的，只能是：“呜呼，否矣！”我这声沉重的叹息表明：人皆需要生存和幸福地生存，但在如何维持生存和追求幸福的生存，对于手段的认识和实现的办法是不同的。在这一点上，我并没有说过伟大的自然神为人类统一预先设置过普遍相同的意志。如果它能这样做，那么它也就违背了自己的意志。（自然世界的另一普遍规律规定为：出发点可以是相同的，但到达地并非只能是唯一的。）

从而说明，在人要生存和幸福地生存这一问题的深层次逻辑关联性是，人要生存和幸福地生存是一回事，人要如何生存和幸福地生存，那又是另外一回事。这两个问题不能混为一谈，不能笼统地当做一个问题来看待，更不能当做一个问题来回答。对于后者，人类是可以自主选择的，是可以自行其是、各执己见的。人类全部的分歧和争论正根源于此，人类全部的痛苦、困惑和不幸也正根源于此，人类全部善和恶产生的动力也正根源于此，人类社会种种纷繁复杂的现象和人文景观也正根源于此。这一说法，也正与我们现实生活完全相符。这即说，全人类的目的只有一个，而且是相同的，而达到目的的手段却是没有限制的。作为目的而言，只有一个，因而是唯一的、绝对的、不能选择的，作为手段却有千千万万，因而不是绝对的，是可以选择的。正因此，由于实现目的的手段的种种差异性，导致了人类的种种思想、法律和社会面貌的差异性。人类的一切结果由于手段的选择不同而不同。自然规定着人要吃，但有的人爱吃面食，而有的人爱吃米饭；自然规定着人要喝，但有的人爱喝牛奶，有的人爱喝酒，还有的人爱喝咖啡；自然规定着男人需要女人，但有的男人喜欢丰满一点的女人，有的男人喜欢苗条一点的女人——原因在

于大自然并没有进一步规定人只能吃什么，只能喝什么，一个男人只能需要什么样的女人。正因为，大自然没有对人类作出具体的进一步的统一的规定，才造成了人类及人类社会的种种差异性 & 个性特征，以至大到民族进化，小到事情结果的千差万别，一切只能相似，却绝不会相同。

第一节 身的生存

谈到人的生存，首要的应该是指肉体的生存，即身的生存。如果我们不首先指出这点，我们恐怕会陷入到一种歧途中去。结果我们要么是无知得可爱，要么是自己不认识自己。不是吗？难道我们不是因为躯体的存在和有生命力，才被看做是一种真正的客观存在吗？否则，一个没有外在表现形式的存在，恐怕已不能被认为是一种生物了，它只能存在于虚幻的世界里，却绝不会是真实和客观的存在。有了肉体的存在，属于人类的思想、感情、宗教、观念、理智等之类的精神实体才能找到一个可靠的栖身处所。如果，我们消灭了一个人的肉体，那么，也就随之消灭了他的思想、感情等一切精神实体了。无论精神多么高贵伟大，只要它在人类的肉体之中找不到一个切实的栖身之所，那么，这一切将不会存在。所以我们能说，人的灵魂能超脱人的肉体而存在，那只能是指人的肉体还有活力或者还有人存在的意义上可以说的，肉体没有生命力或没有任何人存在的时候，无论灵魂多么绚丽，都将不会存在。

这一点告诉我们，保持和维持肉体的存在是人类第一要事，因而它也可以被看做是人类的第一动力、法则或第一理性。这一人类的第一理性是人类普遍相同、没有异议和怀疑的。故无论从何种意义来说，无论人类是多么存在争议、分歧和差别，人类总是能找到相同的观念或思想的，人类总是能在最原始的地方找到

相同的东西。只因为在最原始的起点能找到人类普遍相同的東西，所以，无论人类多么悲观和绝望，人类都没有理由永世保持隔阂、分裂和仇恨，人类都没有理由始终彼此怀疑和不信任，人类都有理由走向亲和和统一。

从人类第一理性产生的过程中可知，理性在本质的意义只能在相同的、没有异议的地方产生。它对于个人来说是一种必需，它对于社会来说同样是一种必需；它既能接纳个人，也能接纳社会，而且就个人和社会的双重角度来说，都是没有异议和无法反对的。换言之，都是没有损害却有益各方的东西。只因为在大多数情况下，相同的东西无法成为彼此对立和伤害的理由，相同的东西，也总是构成彼此之间沟通和亲和的理由。

上述事实告诉了我们，或者说至少深刻地提醒了我们应具有以下正确的观念来理解身的生存。其一，人的存在，是以肉体的存在作为前提的，而且，是以其肉体是否有生命力作为本质识别特征的。讲到人的生存，首要的是指肉体的生存。对于人类来说，无论其精神多么美好和有意义，如果没有肉体作为其支撑点和载体，那么，再完美再有意义的精神将荡然无存。其二，肉体是物质的，因而肉体的存在是一种物质的存在。由于人作为一种存在，已被大自然法则规定着是一种本质上有生命力的物质存在，而不是一个无生命力的物质存在。所以，肉体的生命力和完整性在人的存在上具有至高无上的价值和意义。如果摧残和践踏了生命，也就在本质上摧残和践踏了人。其三，人的存在既然是以生命力作为本质构成特征的物质存在，那么，维持人的存在（生命力）将必是物质无疑，或者说首要是物质。

那么，维持人的身的生存的基本物质前提和条件是什么呢？在人类早已得到共识的见解中，认为衣食住行是维持人的身的生存的最基本的物质前提和条件。此外，空气、水、土地也是维持人的身的生存所必不可少的东西。因为，这些东西或前提条件是