

国际视域

下的法理学理论研究

王鹏森 著



中国商务出版社
CHINA COMMERCE AND TRADE PRESS

国际视域 下的法理学理论研究

王鹏森 著



中国商务出版社
CHINA COMMERCE AND TRADE PRESS

图书在版编目 (CIP) 数据

国际视域下的法理学理论研究 / 王鹏森著. -- 北京 :
中国商务出版社, 2018.5
ISBN 978-7-5103-2403-1

I. ①国… II. ①王… III. ①法理学—研究 IV.
① D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 097283 号

国际视域下的法理学理论研究

GUOJI SHIYUXIA DE FALIXUE LILUN YANJIU

王鹏森 著

出 版: 中国商务出版社
地 址: 北京市东城区安定门外大街东后巷 28 号 邮编: 100710
责任部门: 职业教育事业部 (010-64218072 295402859@qq.com)
责任编辑: 周青

总 发 行: 中国商务出版社发行部 (010-64208388 64515150)
网 址: <http://www.cctpress.com>
邮 箱: cctp@cctpress.com

排 版: 皓月
印 刷: 廊坊市国彩印刷有限公司
开 本: 700 毫米 × 1000 毫米 1/16
印 张: 12.5 字 数: 200 千字
版 次: 2018 年 5 月第 1 版 印 次: 2018 年 5 月第 1 次印刷
书 号: ISBN 978-7-5103-2403-1
定 价: 58.00 元

凡所购本版图书有印装质量问题, 请与本社总编室联系。(电话: 010-64212247)



版权所有 盗版必究 (盗版侵权举报可发邮件到本社邮箱: cctp@cctpress.com)

前言

关于法理学问题的探讨，不论观点、学派还是著述都是繁多的。本书的出版无疑对此繁多予以了增量，虽然可能并不璀璨，但就促使法理学问题的探讨更为缤纷多彩和与时俱进而言，本书显然付出了努力，也必然成为这繁多中有独自特色的一抹色彩。

法理学研究既有永恒探讨的主题，也有随着时代发展而不断扩展的论题，既坚持对已有问题的深入研究，又对前沿问题予以探索，这是本书表达的主要内容。本书从国际视域对法理学理论以与时代发展相契合的新视角和研究路径进行了深入挖掘，内容包括法律的起源与发展概要、法的性质和要素、法理学诠释、国际视域下司法的恤幼精神、国际视域下法治与德治理论辨析以及我国法治进程中的公民参与与法律职业共同体。通过对每一论题的细致阐述，本书展示了法理学的广度和深度，在彰显作者学术视角的同时更具学习价值与社会意义。

不同的论题有着不同的发展背景和研究路径，依此进行的梳理，既为学者提供了新的视角，又为学习法理学的人展示了法理学深入社会生活的广度和深度，这也是本书的目的。任何学科的研究关键莫过于研究方法，为达到研究目的而采取的行动、手段、方式或路径如何，决定了学科或论题能否起始、发展并进步，法学研究亦如此。

中国当代法律调控中尚有许多法律问题值得关注，本书仅撷其一叶做了学者的智识思考，若能以此引起更多的法理思考和预设，即达到了本书的目的，亦为研究者针对不同论题选择妥当方法提供了参考。

本书在写作过程中参考和借鉴了国内外学者的相关理论和研究，在此深表谢意。由于时间紧迫，书中不足之处在所难免，烦请提出宝贵意见，以便修正。

作者

2018年4月

目录

第一章 法律的起源与发展概要	1
第一节 原始社会和原始法.....	1
第二节 法律发展中的文化交融.....	8
第三节 法律发展的三个时代.....	21
第四节 法律现代化.....	25
第二章 法的性质和要素	31
第一节 法的概念.....	31
第二节 法的形式和效力.....	48
第三节 权利与义务.....	63
第四节 法律行为与法律责任.....	75
第三章 法理学诠释	83
第一节 法理学的对象与性质.....	83
第二节 国际视域下的中国法理学.....	92
第三节 研究法理学的意义.....	98
第四章 国际视域下司法的恤幼精神	101
第一节 古代恤幼思想传统.....	101
第二节 现代恤幼精神传承.....	110
第三节 未成年人司法制度.....	115
第五章 国际视域下法治与德治理论辨析	122
第一节 法治与德治的内涵.....	122

第二节 法治与德治的关系·····	130
第三节 法治与德治的实现·····	133
第六章 我国法治进程中的公民参与与法律职业共同体·····	142
第一节 公民参与法律在中国法治建设中的意义·····	142
第二节 促进公民参与法律的条件·····	150
第三节 法律职业、法律职业共同体及形成条件·····	159
第四节 法律职业共同体的结构·····	170
第五节 法律职业共同体与法治国家·····	184
参考文献·····	190

第一章 法律的起源与发展概要

国王在臣民之上，但在上帝和法律之下。

——[英]爱德华·柯克

我法之不善者当去之，当去而不去，是之为悖！彼法之善者当取之，当取而不取，是之为愚。

——沈家本《寄簪文存》

外国法律制度的接受问题并不是一个“国格”问题，而是一个单纯的适合需要的问题……只有傻子才会因为金鸡纳树皮不是在他自己的菜园里生长出来的为其理由而拒绝接受。

——[德]耶林

第一节 原始社会和原始法

一、相互竞争的各种理论

人类与其他物类不同的一个特点大概是人总是要无休止地追问这样一些可能永远没有答案的无聊问题：我从哪里来？到哪里去？人类在对这些问题的追问与回答中寻找自己生存的意义。对法律也是如此。人们总是在问：法律从何而来？法律会到哪里去？这就是法律的起源与消亡问题。不要小看这些看似无聊的问题，正是在这些问题中，寄托着人类的法律期望，寄托着人类的法律理想，同时也折射出人类对现实法律的看法。这就是法发展论研究的问题。

法发展论碰到的第一个问题是法律有没有历史起点？如果有，这个起点在哪里？法律发生的原因及过程如何？这就是法的起源问题。对这一问题的回答可谓聚讼纷纭。

有学者认为法律从来就有，法律先于人类社会存在。当然，这个“法律”不是作为人类活动产物的法，而是指“神法”或客观规律。例如，孟德斯鸠认为最广义

的法适用于一切存在物,是由事物产生出来的必然关系。“上帝有他的法;物质世界有它的法;高于人类的‘智灵们’有他们的法;兽类有它们的法;人类有他们的法。”^①这里的“法”当然只具有“隐喻”性。基督教教义认为上帝创造了人,上帝的法先于人类存在。这当然为无神论者所不取。也有学者认为法律与人类社会共始终:“无社会便无法律产生,无法律之社会亦不成其为社会。”^②狄骥认为社会与社会规范是不可分离的事实,他认为,社会必然存在社会连带关系,社会连带关系产生三种社会规范:经济规范、道德规范和法律规范,他说,“客观法是整个人类社会所固有的:只要人类社会存在,客观法就存在;而且同时这种客观法和社会内部所发生的分化完全没有关系。……社会的概念就含有法律的概念;我们不可能想象有一种没有法的人类团体……”^③

部分学者认为法律在人类社会中有有一个发生的过程,即有个起源问题。在认为法律有起源问题的学者中,关于法律发生的时限大体上有三种观点:一是原始社会有法,二是原始社会末期即有原始法律的存在,三是否认原始法的存在,认为法律与国家同时产生,例如日本学者穗积陈重、苏联和中国1949年以后的大部分学者。

法的起源问题的研究大体可分为两个阶段:一是早期的哲理研究,例如我国儒家等家均对法律起源有过类似的假说;古希腊的智者学派就对法的起源做过哲学上的推论。这种哲理研究的传统在17、18、19世纪达于高潮。古典自然法学派、哲理法学派、历史法学派都有各自的关于法律起源的假设。二是进入20世纪以来的具有浓厚社会实证主义倾向的法人类学的研究,他们侧重对原始人群的法律的实证描述,以期从尚存于世上的原始社会法的研究推论法律起源的一般理论。法人类学的研究重实证的科学倾向有其长处,但是现存的原始人类或多或少受到文明社会的影响,以此推论早期人类的法律就有其可疑之处。笔者认为哲理研究与法人类学的研究应当互补。

二、原始社会与原始行为规范

在广袤无垠的宇宙中有一个小小的星系——银河系,人类的家园只是银河系中一个微不足道的行星。地球母亲的寿命已有45亿年。大约距今30亿年前地球上出现了最早的生命。走过了漫长的进化之路之后,300万~400万年前地球上开始出现猿人。在大约35000年前,最早的人类——擅长思维的动物出现在地球母亲的怀

① [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上),张雁深译,商务印书馆1995年版,第1页。

② 潘维和主编:《法学论集》,文化大学出版社1981年版,第6页。

③ [法]莱昂·狄骥:《宪法论》(第一卷),钱克新译,商务印书馆1959年版,第85页。

抱之中。

迄今为止的人类社会可以分为原始社会和文明社会两大阶段。原始社会是人类社会的低级阶段。在动物社会进化为人类社会的时候,人类已经形成了区别于动物的习惯:禁忌。这些禁忌主要是:近亲奸、杀人和叛逆。^①近亲奸用以维护族外婚,这是氏族社会的基本规则,跨出这一步经历了漫长的时代。而杀人禁忌,目的是为了维护成员的安全,禁止叛逆是为了维持团体的生存。其他的习惯还有血族复仇、相互救助、祭祀仪式等等。这就是人类早期的法律。

三、苏联和中国计划经济时代的法律起源论

苏联信奉法律起源于阶级的理论,1949年以后这一理论传入中国,并在阶级斗争为纲的年代得以强化。这一理论的主要内容是:

第一,原始社会没有法。在原始社会,由于生产力极端低下,人们以血缘关系为纽带结成氏族公社。氏族公社实行财产公有制,人们共同劳动、共同消费,不存在阶级分化,所以也不需要阶级统治工具的法律,一切都由原始习惯调整好了。

第二,法律产生的原因。生产力发展是法律产生的根本原因,私有制和阶级分化、国家的产生是法律产生的直接原因。在原始社会末期,劳动生产力得以大大提高,从而产生了私有制,产生了剥削和阶级分化。阶级矛盾使原始习惯不能满足新的社会需要,因此,为了巩固奴隶主阶级的统治,就产生了阶级统治工具的法律。

第三,法律产生的过程。通常将法律产生的过程表述为四个阶段:一是社会生活中的个别行为形成共同的习惯规则;二是随着私有制和阶级的产生,原始习惯中渗入了阶级性;三是阶级对立激化,习惯的阶级性不断增加,产生了新的社会机关——国家,由国家认可的习惯是最早的法律;四是随着统治阶级的长成,弥补习惯法的不足而产生国家立法,以维持其统治。

四、原始社会有无法律的讨论

进入改革开放时代以后,法学界在对法的阶级性问题进行反思的同时对法起源于阶级斗争的传统观念提出质疑,争论的焦点是原始社会有没有法律。主张原始社会有法的学者的主要论据有三:①恩格斯讲过原始社会有法;②法人类学的研究证明原始社会有法;③我国已消灭了阶级,但是我们现在还需要法律,证明无阶级的原始社会并不必然无法。主张原始社会无法的学者则举出原始社会无法的领袖语录,有的则从政治上对“原始法论”者予以批判。

① [德]卡尔·布鲁·赖德爾:《死刑的文化史》,郭二民编译,三联书店1992年版,第7页。

“原始社会没有法律”的观点是站不住脚的，主要理由是：

第一，对经典著作的态度是不诚实的：只用对自己有利的观点，舍弃对自己不利的观点。马克思恩格斯关于原始社会理论的主要文献依据是摩尔根的《古代社会》，而该书明确指出：“审问罪犯的法庭和规定刑罚的法律……在政治社会建立以前便已出现。”^①恩格斯在《家庭、私有制和国家的起源》一书中，在论及原始社会时多次使用“凡是部落以外的，便是不受法律保护的”“这一例外及其成为法令”“向法庭控告”“拥有审判和行政的权力”“造成了一种新的习惯法”“尤其是新法律”“神圣的氏族法规”“德意志人的判决”等说法。^②据统计，恩格斯在该书中提到原始社会法律的地方不下十处。

第二，对史料的应用有误。有些教材在讲述原始社会时，指的是“采集和狩猎”时代。“采集和狩猎”时代没有法律并不等于所有原始社会均没有法律。^③

第三，论证方法上的错误。法律起源于阶级这一判断只是“阶级性法概念”和“原始社会没有阶级”这两个论断推演的结果，并没有实证资料的支撑。相反，法人类学研究的成果早已证明许多原始社会存在法律。

原始社会有没有法的争论的实质是不同法观念的争论。传统法观念从“法是国家意志”和“法是阶级斗争工具”的观念出发来解释法的起源。把法的起源与阶级和国家联系起来是为了强化阶级斗争观念，为了证明法与国家和阶级的联系，这是一种反法治的政治意识形态。

事实上，“人类社会的起源”这一命题本身是值得反思的。亚里士多德早就指出人是“政治动物”，一个外在于城邦（社会）的人“如果不是一只野兽，那就是一位神祇”，因为“人类所不同于其他动物的特性就在他对善恶和是否合乎正义以及其他类似观念的辨认”。^④社会起源理论都基于同样的基本假设：人类存在一个“前社会”的阶段，由于某种原因，人类摆脱了它而进入社会状态。如果我们将研

① [美] 路易斯·亨利·摩尔根：《古代社会》，杨东莼译，商务印书馆 1995 年版，第 75 页。

② [美] 路易斯·亨利·摩尔根：《古代社会》，杨东莼译，商务印书馆 1995 年版，第 95、98、99、101、109、125、135、141 页。

③ 应当指出的是，恩格斯的《家庭、私有制和国家的起源》这一著作本身在国家产生问题上、在古代的婚姻家庭制度方面的结论上存在失误，它受到两个条件的限制：一是考古发掘的限制。在恩格斯的时代，对古希腊的考古发掘成果有限，恩格斯研究的主要文献依据是荷马史诗。在 20 世纪这一领域取得了长足进展。考古发掘证明，早在公元前 18 世纪前后，在克里特岛、迈锡尼、特洛伊就有了相当发达的王国，并不是《家庭、私有制和国家的起源》一书中所说的公元前 6 世纪左右才有国家。二是摩尔根学说本身的问题。摩尔根学说是以亲属间的称谓来反推古代的家庭制度的。它的基本假设是：亲属的称谓是相对稳定的，社会变了，而称谓依旧，所以称谓可以成为研究古代社会婚姻家庭制度的依据。这一方法已经被现代人类学证明是错误的。

④ [古希腊] 亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆 1965 年版，第 7 页以下。

究视野扩充到人类祖先——灵长类社会，这一假设就崩溃了。^①既然灵长类动物有严密的社会组织，则从他们进化而来的人，怎么可能曾经生活在“无社会状态”？结论只能是，“社会”本身是人类从自己的祖先继承来的一笔财富，正是“社会”促进了“人成为人”，“人”又促进了“社会”从“动物社会”进入“人类社会”，这是同一个历史进程的不同方面而已。美国伦理学家麦特·里德雷（Matt Ridley）的研究是很有启发的。他的研究证明，一方面，人类祖先是一种社会动物，所有灵长类动物都是如此；另一方面，每一群体都有森严的等级制度，但是人类的祖先并不是如猴子那样死板僵化，而是带有更多的人人平等的成分。“一群黑猩猩的头领并不一定是最强者，反而通常是一位能充分利用自身优势，熟练驾驭并协调社会组织行为的智者。”^②黑猩猩社会如此，人类社会呢？社会规范是社会存在的必要条件，既然社会是人生存的条件，社会规范就与人不可分离。我国著名法学家张伟仁先生指出：“一个社会要正常运作，必须有一些使其成员分工合作的准则”，所以“说比较原始的社会里没有规范或规范的意义和适用完全依统治者意志而定这种看法是错误的。”^③可见法律是与人同时存在的。

五、法律产生的标志

关于法律产生标志的主要观点有：

（1）自然法学派主张社会契约、人民主权的形成是法律形成的标志。例如，霍布斯认为在社会契约形成以前，人与人之间像狼一样，社会契约订立以后，人民把主权交给君主，形成政治社会，当然也就有了法律。^④

（2）戈尔德丁认为法律存在的标志为：有没有一个解决争端的机关？有没有通行的裁决程序？有没有实施裁决的机关？^⑤

（3）综合法学的霍贝尔从“机能主义实在论”出发提出三条：一是解决纠纷的“法庭”的存在，这个“法庭”可以是正式的，也可以是酋长个人、中立的“中间

① 国外对动物社会的研究已经形成了专门的学科：动物社会学（Animal Sociology），是生态学的一个分支学科。有兴趣的读者可以参见[美]弗朗新·德瓦尔：《黑猩猩的政治——猿类社会中的权力与性》，赵苒里译，上海译文出版社2009年版。

② 参见[美]麦特·里德雷（Matt Ridley）：《美德的起源——人类本能与协作的进化》，刘珩译，中央编译出版社2004年版，第166页。

③ 梁聪：《清代清水江下游村寨社会的契约规范与秩序——以文斗苗寨契约文书为中心的研究》，人民出版社2008年版，张伟仁序。

④ 自然法学派的“自然状态”即为没有政治权威的状态。自然状态下有自然法，那是与社会状态下的自然法不同的。有的认为是“弱肉强食”，有的认为虽有自由平等，但缺乏保障，靠自身救济。

⑤ [美]戈尔德丁：《法律哲学》，齐海滨译，三联书店1987年版，第16页。

人”，或当公众舆论承认被害人对于加害人予以惩罚时；二是判决的强制执行；三是“规律性”，^①即决定、判决的前后一致性，不是纯主观的、任意的。

（4）历史法学派的穗积陈重则将法律起源等同于国家起源，以国家作为法律起源的标志。他认为社会规范之体制化是社会规范“法化”之端，人类生活进入国家体制时，社会规范也就逐渐取得“法性”。^②

（5）规范法学派的哈特从规则成分的角度来判断法律是否存在，他认为低级的社会只有主要规则：设定义务的规则。法律是主要规则和次要规则的结合。当次要规则产生以后，法律也就产生了。^③

（6）我国传统法观念将原始习惯阶级性的获得和国家的产生作为法律产生的标志。

上述六种观点其实可以分为两类：一是强调权力，二是强调社会权威。强调公权力的一派又可以分为两派：有些人认为是国家，有些人则认为是各种与社会无法分离的机制：酋长、民众大会、老年人或社会认可的其他“兼职”的人员或组织。笔者认为将国家作为法律起源的标志是欠妥的。因为国家是高度发达的政治制度，它的产生要远远晚于法律。国家的组织、结构、权力本身与法律的发达有关。将国家作为法律起源标志的误解源于对法律的误解：法律就是国家法。且不说国家产生以前法律不知存在了多少年，即使在国家产生以后它也未能垄断生法之源，且超越国家的法律早已存在。即使现代法均有国家制定、认可、强制执行，以国家作为法起源标志的理论也是“以今证古”。传统的法起源理论产生于一个错误的法哲理，即“自己人”中间不需要法律，人际压迫产生了法律。事实恰恰相反，正是具有主体地位的“自己人”之间才需要法律，在“自己人”与完全客体化的“外人”之间法律是没有用武之地的。法是人类相互承认主体地位、和平解决社会纷争的产物，用法达到压迫的目的只是法的败坏。

作者认为法产生的标志是产生了一个“社会权威”，这个权威的正当性依据一定的规则，而这个权威保障规则的施行。具体来说就是：①存在一种对纠纷做出裁决的机制，它可以是正式的法庭，也可以是长者或其他中间人，以取代弱肉强食；②存在执行裁决的机制，它可以是社会全体，也可以是受社会权威指令的一些人，以取代自力救济；③审判和执行并非纯主观的、任意的，具有相当程度的连续性与稳定性，也就是存在规则。

① [美] 霍贝尔：《原始人的法》，严存生等译，贵州人民出版社1992年版，第21页以下。

② [日] 穗积陈重：《法律进化论》，黄尊三等译，中国政法大学出版社1998年版，第9、282页。

③ [英] 哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社1996年版，第83页。

六、原始法律和政治社会的法律

这里的原始法律指原始社会的法律，即政治国家产生以前的法律。政治社会的法律指政治国家产生以后新的历史阶段的法律。由于传统理论不承认原始法律的存在，所以，原始法律与法律的关系在传统理论里就是原始习惯与法律的区别。按通常表述，这种区别是：①赖以建立的关系不同，法反映的关系有阶级倾向性，而原始习惯反映的则没有阶级倾向性；②反映的意志不同，法反映政治上占统治地位的阶级的意志，原始习惯则反映原始人全体成员的利益和意志；③形成的方式不同，法是国家制定认可的，原始习惯是经自发形成的；④保证实施的力量不同，法以国家机器作后盾，原始习惯靠传统、舆论、集体的凝聚力、氏族首长的威望、内心信念和习惯保证实施。^①

这种理论是值得商榷的。首先，关于阶级意志问题。法律的统治阶级意志论本身是片面的。这种理论的基础是“原始习惯建立在原始公有制之上，法律建立在私有制之上”。这个基础并不真实。法人类学研究表明，原始社会早就有私有财产，包括土地也存在私有制。而在国家产生以后，土地在一些地方仍是公有，例我国先秦实行“普天之下莫非王土”，诸侯、大夫实际上只有土地使用权。唐代还实行均田制，国家有权实行“均田”这表明土地归国家所有。早期斯巴达国家和罗马国家都有平分土地的法律，^②表明其时土地也归国家所有。更不用说在当代的我国、以色列、西欧等国家公有与私有并存，新加坡的土地几乎全属国有。其次，关于形成方式问题。现代法律也不完全是国家制定、认可，习惯法仍然存在；而就原始法言，人民开会制定法律或酋长命令规定法律的事也不罕见。最后，关于保障方式问题。法律的实施并不完全以国家强制力为后盾，有社会的强制，更多的是民众的认同与习惯行为方式。原始习惯的实施并不是一幅伊甸园风光，法人类学证明它也需要强制。最重要的是，这里的“法”概念太窄，未能包括非国家的法律：社会法、国际法、超国家法。

所以，作者认为原始法律与政治社会的法律的区别是形式上的、量上的，两者并无质的差异，他们是法律发展的两个阶段。两者的主要区别在于同法律运作有关的公权力的发达程度，在于“法域”的大小。原始法律主要不是立法者的宣示，而是以社会习惯和酋长的命令或判决的形式存在；执行原始法律的机关多为业余的，或由民众直接执行，而不是专门的、职业化的官员，判决和判决的执行者有时是同样一些人。应当指出，这些区别也是相对的，在古希腊和罗马国家产生以后，民众直接立法和判决、执行判决的情况还是长期存在，整个中国古代也是三权不分的，

① 孙国华主编：《法理学教程》，中国人民大学1994年版，第44页以下。

② [法]孟德斯鸠：《论法的精神》（上），张雁深译，商务印书馆1995年版，第43页。

父母官是行政官员也是司法官员。即便在新世纪,非国家的社会组织行使司法权的情况也不罕见。

第二节 法律发展中的文化交融

法律发展研究是从整体的、动态的视角观察法律。法律发展研究对于正确认识法律、确立文明的法律价值观、促进法的理性化人文化十分重要,近年来法律发展问题成为世界法学界的热门话题。法的发展研究主要涉及以下六方面的问题,分别加以论述。

一、法律的发展

(一) 法律的变与不变

从大尺度的历史视野来看,法律一直处于永恒的运动之中,所谓“常故不可循,器械不可因也,则先王之法度,有移者矣!”^①邓析、商鞅、王安石、张居正、沈家本皆变法之实践者。尤其是进入近代以来,法律在形式、内容和价值方面都发生了巨大的变化。

然法也有不变者。其极端者主张“祖宗之法不可变”“按既定方针办”。极端的观念固然不可取,但是其中也含有某些合理之处,因为法律中确实包含了某些不能变、不可变、自古至今确实几乎没有变的成分。汉代陆贾在《新语》中就说过:“文王生于东夷,大禹出于西羌,世殊而地绝,法合而度同。”^②例如,禁止凶杀、禁止暴力、禁止偷盗、平等交换等规范从有人类以来就已存在,确实是永恒的法律。当然,事物的运动不等于事物的进化,倒退是经常发生的;同样,法律的变化也不等于法律的发展。例如希特勒的法律之于魏玛时代的法律、美国20世纪五六十年代反共产党人的法律之于自由资本主义的政党自由的法律、红色高棉的法律之于柬埔寨王国的法律等等均为倒退。不过,如果以“大历史”的眼光来观察,法律还是一个不断进化、发展的历史过程,这是人类希望之所在。

(二) 法律发展的动力

法律本身是客观的无生命的存在物,人们倾向于为它的运动寻找一个外在的动

① 《淮南子·汜论》。

② 《新语·术事》。

力,以对运动做出解释。这种解释主要包括:

(1) 神学的解释。该解释为法律发展找到各种各样的神,法律的发展是神的推动。

(2) 伦理的解释。该解释为法律的发展找到伦理动力——正义或善,哲理法学派倾向此种解释。

(3) 政治的解释。政治解释倾向于将法律发展归结为政治力量推进的结果。通常这种政治权力为立法权、主权者或阶级斗争之类。规范法学和我国阶级斗争为纲时代的法学热衷于此类解释。

(4) 经济的解释。在人们倾向于寻找法律发展终极原因的时代,人们最终找到经济这一终极原因。具有实证分析倾向的法学、经济唯实主义的法学、19世纪末将马克思主义教条化的法学家都倾向此种解释。

(5) 人种学的解释。此种解释认为法律与民族精神、民族气质共存,民族发展,该民族的法律也发展,反之则衰落。

(6) 文化的解释。近年来人们倾向于把法律看作文化现象,文化可因社会某要素的改变而改变,例如因宗教的改变而改变。文化是可以相互影响的,一法域的法律会受另一法域法的影响,甚至发生根本的改变。例如,没有中国唐律的影响,日本封建的法律绝不会是我们所看到的那样。

(7) 综合的解释。此种解释是恩格斯晚年在反对教条主义过程中提出的。在反对浅薄的教条主义者将经济作为唯一因素的时候,恩格斯反复强调各种社会因素间的“交互作用”。“交互作用”的思想实际上包含了将社会作为一个系统,将法律作为这个系统中的一个要素的观念。

我们认为,上述各种解释本身是人们在一定历史条件下的认识成果,人们对法律发展的解释本身是一个运动的过程,那种只有自己把握了真理之门的想法是中世纪的观念。相比之下,综合的解释更接近于事实真相。应当指出,虽然神学观念、伦理观念、民族精神、政治权力、阶级斗争等因素都与法律的变动有关,但是相比之下,经济运行的方式本身对法律的作用要大得多,不过这里的经济主要指经济发展水平、经济辐射的空间和经济交往方式,而不仅是甚至主要不是作为阶级关系的经济关系。

(三) 法律发展的式样

法律发展的式样指法律发展的形式。法律发展的形式具有无限多样性,人类实际选择的法律发展道路只是可供选择的无限多样的式样的极小一部分。按不同的标准可以对法律发展的式样进行划分。

以主观能动性在变法中的作用为标准,可将法律发展的式样分为自发型发展和

自觉型发展。法律发展是一个客观的过程还是一个“合目的”的过程，这是法理学界长期讨论的一个问题。萨维尼将法律的发展看作是盲目的自发的过程，而耶林则认为法律的发展是一个合目过程。耶林的观点为后世大多数学者所认同。早在1921年美国的大法官卡多佐就有过独到的说明。^①其实，法律发展的客观性与主观性问题是法律发展的两个方面或两种力量。法律发展既是客观的过程，又是主观选择的过程。不同仅仅在于实际上两者所起的作用大小不同而已。可以以两者所起的作用的大小将法律发展分成两个类型：自发型发展和自觉型发展。

自发型发展指法律作为盲目的力量在社会中自然生长，这是早期法律发展的主要形态。当某一违反习惯的行为被社会容忍并被仿效而成为新的习惯时，法律便发生了变化。除了早期社会习惯法的变化采此途径外，英国的宪法惯例、国际贸易惯例的变化也属此。

自觉型发展指人们有意识地推动法律的发展，法律的发展表现为人们自觉变法。法律的自觉发展的途径有：①法律拟制。法律拟制即法律发展的障眼法，法的内容已变化，而刻意保留其形式，其实质是法律的概念或原则已发生变化，但表面的法律推理方式或用语保持不变。②衡平。衡平即公平，用“公平”这一概念来修正原来不公平的立法。③立法。即通过立法措施修改或废止原来立法，或创制新的规范。④法律解释。法律解释的一般作用为阐明法律原意，但有时法律解释违背了法律原意，做出扩张或缩小解释，或运用目的性解释，或引入价值判断。此类解释实质上极大地推进了法律的发展。还有一种我国特有的“规范性”的司法解释，其作用与立法相近，对法的发展有更大的推进作用。⑤法官与行政官的活动。当法院做出一个不同于先例的判决并在其后的判决中被作为先例遵循时，法律就改变了，当行政官在执行权力行为中有新的举措，并为后来者遵守的时候，法律也变了。⑥法学家的活动。法学家通过学术活动对现行法律进行规范分析和价值分析，进行法理创新。权威性理论成为弥补成文法不足的新法。

以法律发展的动力来源为标准，可将法律的发展分为内发型发展和外发型发展。内发型发展指法律在自身基础上的自然生长或自觉改变，其动力来自社会内部，是一种自组织过程。内发型发展的动力为：①法律与社会现实之间的矛盾，这主要是社会的进步要求法律发生相应的变化。当然也有社会患病时要求法律变化以适应病态社会的情况。②法律意识与法律的张力推动法律进化，这表现为应然法观念对法律的推动。③社会公权力的非法更迭，新上台的统治者出于各种理由或原因改变原有立法。

① [美] 本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版，第63页。

外发型发展指法律在外来力量的推动下被动地发展,这常常使法律脱离原有发展轨道而转向另一类型的法律,这是一种“他组织”过程。外发型发展的动力有:

①殖民武力,当某殖民者对某地进行殖民统治时,常常将殖民者的法律强加给殖民地。②武力威胁或外来经济强力迫使立法者改变本身的立法以避免武力侵犯或经济强力的制约,日本的明治维新是其典型。③外来法文化的影响,我国1949年以后的立法就是苏联法文化的产物。

上述两种发展类型的划分具有相对性,就一般的法律发展来说,其动力可能同时来自两个方面,有内发型因素,也有外发型因素。对于封闭的国家来说,其法律的发展只能是内发型的。由于早期人口稀少和人类生产力的低下导致的人类文化相对封闭,早期法律的发展几乎都处于内发型发展状态中,随着人口增长和科学技术的发展,地球显得狭小了,人类文化的辐射力有了惊人的增长,在现代社会,法律的完全内发型发展已不可能,即使自称为世界中心的西方国家,其文官制度也取自中国古代之科举制度。一个封闭的法文化圈内其法律的发展具有极大的局限性;相反,一个处于外来文化影响中的法律的发展具有“杂交”优势,其理性化、科学化的程度要高得多。

中国古代社会法律的发展几乎是纯粹的内发型发展,是华夏法文化的自我生长。除了华夏文化圈外的几次北方游牧民族入主中原带来部分新因素以外,华夏法文化所向披靡,这些人主中原的民族其法文化明显低于华夏法文化,无一例外最终都被华夏法文化所同化、所淹没。最典型的就是满清政权入关后的立法,除了加入民族压迫的成分以外,几乎全搬明代立法。中国古代法的内发型变化的特点之一是法律意识与法律间的张力常付阙如。中国古代社会“以法为教”,禁止臣民议论法律,提出与法相左的观念更属十恶大罪,所以,“应然法”观念极其微弱。中国古代法内发型发展的特点之二是法律与社会间的张力不足,社会在法律面前常常是顺从而不是推动,通常只有当社会病态严重时,人们才重弹变法、重刑等老调。最后,由于法律进化机制的缺陷,中国古代法日益发展成一个极端僵化的机体,由一朝天子一朝臣而一朝天子一代法。这就是为什么中国法最终不能自我更新走上现代化之途,而要靠洋人的枪炮方才奏效的内在原因。

(四) 法律形式的进化

1. 宪法的产生与至上地位的获得

虽然古希腊罗马有宪法,但是宪法的普及却是法律发展的产物。宪法的形式至上性一方面使所有权力走到法律以下,另一方面使公民权利得到有效保障。所以宪法至上性的取得是法律形式上的一大进步。当然这个“宪法”是“实质意义”的——限制权力与保障权利的宪法,不是徒有宪法之名的权力宣示,更不是将本来非