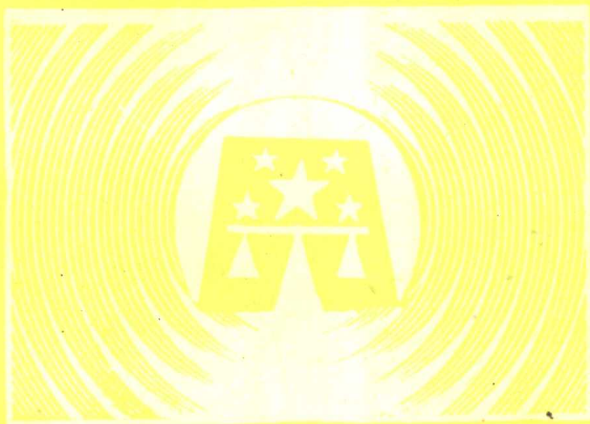


法学新论

李 涛 著



浙江大学出版社

法 学 新 论

李 涛 著

浙江大学出版社

序 言

怎样建立具有中国特色的社会主义法学，是摆在老中青法律工作者面前的迫切任务。毋庸讳言，近42年来的中国法学经历了苏联模式、法律虚无主义和走自己道路的三部曲。《法学新论》正是法学界在演奏中国特色的社会主义法学交响乐中问世的。顾名思义，它以马克思列宁主义、毛泽东思想为理论指导，吸取了前两部曲的经验教训，打破旧框框，更新旧观念，理论联系实际，敢于揭露现实中的敏感问题，提出自己不那么成熟的看法。尽管其中某些提法与观点见仁见智，未敢苟同，有所保留，但是“长江后浪推前浪，世上旧人换新人。”曾记得1986年10月在吴县召开的“中国社会主义法制建设的理论与实践学术研讨会”结束时，会议秘书长张宏生教授发言中，鉴于许多中青年法学工作者崭露头角，敞开思路，畅所欲言，学术探讨有广度与深度，达到了较高水平，因而他告慰于出席会议的潘念之、李光灿、韩德培并包括本人在内的“四老”，指出后继有人，法学界前景光明灿烂。曾几何时，潘、李二老甚至张宏生教授本人竟相继去世，自然规律是不以人们的意志为转移的。痛念逝者，反顾自己，作为法学战线饱经沧桑的一员老兵，对于青年法学工作者敢于创新的精神，毋宁是应该热情支持，并为之欢欣鼓舞的。

建立中国特色的社会主义法学，须从中国国情出发，这就必须正确对待中国的传统文化、尤其是传统的法律文化。传统文化不等于封建文化，一般说儒家文化是封建文化，但儒家文化的创始人孔子，曾经继承了在他以前的古代文化。作为传统文化主流的儒家文化，并非全部都是糟粕。孔家店里不无优秀的文化遗产可供借鉴和继承，未可一概打倒，

一笔抹煞。遗憾的是，我们往往忽视、藐视或者否定古老的传统文化，但这些传统文化却又往往“墙内开花墙外香”。近代以来行之有效的英国文官制度，英伦学者说是借鉴我国古代法律文化——官吏考铨制度。日本经济腾飞，东瀛学者从哲学思想角度归功于中国的儒家学说，据说日本企业家一手拿算盘，一手拿《论语》，提倡“爱厂如家”，注意“和为贵”、调节劳资关系。前不久的海湾战争，多国部队尤其是美国官兵，在炮火连天中没有忘记向我国古代春秋后期大约3500年前吴国将军、齐国人孙武的《孙子兵法》请教，从中汲取克敌制胜的宝贵营养。这些信息不能不引起我们深刻的反思，能不认真对待包括传统法律文化在内的中国传统文化吗？当然，正确对待中国的传统文化，必须从当前实际出发，认真分析，研究哪些是应该扬弃的糟粕，哪些是可以批判继承的精华。

建立中国特色的社会主义法学，不但必须正确对待中国传统的法律文化，而且应该正确对待已经走上现代化的外国优秀的法律文化，健全我国社会主义民主与法制建设。我赞同有些学者的看法：我国今后的文化，从一般意义讲，应当既是中国传统文化继续，又是高于传统文化；同时，在吸纳、消化对我有益的外国文化之后，既是世界文化的一部分，又具有中国特色。过去我们对于现代资本主义国家的法律文化，简单化地给予否定的观念，应予更新。随着自然科学的突飞猛进，作为现代资本主义社会上层建筑的法律文化，导致资本主义生产社会化的程度更进一步提高，大大促进生产的高度发展。我们对此要博采精华，抵制糟粕，取长补短，树立长期共存的战略思想，以利于创建我国最佳的法律模式。

让我们老中青法律工作者立足于本国，面向现代化、面向世界、面向未来，在法学的园地里，在法律文化的土壤里，辛勤耕耘、努力创收，把这棵社会主义法学幼苗培育成参天大树，挺拔于世界法律文化之林！

陈盛清

1991年5月15日

目 次

法律意识编

第一章 法律文化拾零	(3)
1. 宗族法.....	(4)
2. 乡规民约.....	(6)
3. 与亚里斯多德同时代的古代“法治”观.....	(8)
4. 中国传统法律文化刍议.....	(11)
5. 法律意识与民族意识.....	(17)
本章结语.....	(22)
第二章 几种人的法律意识概论	(23)
6. 法官.....	(23)
7. 律师.....	(26)
8. 农民.....	(29)
9. 生意人.....	(32)
10. 知识分子.....	(35)
本章结语.....	(41)
第三章 自我调节——法律潜意识	(43)
11. 自我调节——法律潜意识.....	(43)
12. 寻求法律帮助的心态.....	(48)
13. 公民司法文化调查.....	(52)
本章结语.....	(62)

第四章 法律与其他社会现象选析	(64)
14. 法律与政策.....	(64)
15. 法律与正义.....	(70)
16. 法与道德.....	(73)
17. 法与宗教.....	(76)
18. 法律与情理.....	(80)
19. 法律与政体.....	(83)
20. 法律与人类生活经验.....	(87)
本编结语.....	(89)

立 法 编

第五章 法律渊源	(93)
21. 法律渊源的特征.....	(93)
22. 最早的法律渊源是什么.....	(98)
23. 论公平.....	(102)
24. 论习惯.....	(105)
25. 从习惯法到成文法.....	(109)
26. 判例能否成为我国法律的正式渊源.....	(111)
本章结语.....	(116)
第六章 立法思考	(118)
27. 立法与传统文化.....	(118)
28. 法律变化的经济因素.....	(121)
29. 律师对法律的影响.....	(123)
30. 立法与司法.....	(125)
本章结语.....	(128)

第七章 立法预测	(130)
31.立法预测.....	(131)
32.法律的内部结构理论.....	(136)
33.法律爆炸.....	(142)
本章结语.....	(144)
第八章 立法刍议	(146)
34.全方位——法律体系.....	(146)
35.法典条文多与少.....	(149)
36.法律的制定人——人大代表.....	(151)
37.论立法条件.....	(154)
38.论地方性立法的深化改革.....	(156)
39.立法技术刍议.....	(171)
40.立法与司法解释.....	(176)
41.专家与群众相结合.....	(181)
42.由司法发现的立法冲突.....	(182)
43.法律软化现象.....	(185)
本编结语.....	(188)

司 法 编

第九章 司法现象面面观	(191)
44.权与法.....	(192)
45.司法与行政分开.....	(195)
46.地方保护主义.....	(198)
47.调解万能.....	(201)
48.变相适用.....	(205)

49.无视程序法.....	(207)
50.司法与警察.....	(209)
本章结语.....	(212)
第十章 司法艺术	(214)
51.司法艺术的内涵.....	(214)
52.我国法官的工作特色.....	(217)
53.论法律类推.....	(219)
54.论律师的法庭辩论.....	(223)
55.论律师的庭外活动.....	(225)
56.司法独立与联合办案.....	(229)
本章结语.....	(231)
第十一章 司法重心	(232)
57.判决的确定.....	(233)
58.非讼手段.....	(236)
59.法院的中心工作转移.....	(239)
本章结语.....	(242)
第十二章 司法理论	(244)
60.公民关于法律作用的心态.....	(244)
61.法律的教育作用.....	(246)
62.论法律规范的效力.....	(249)
63.法律制裁.....	(256)
64.法律的弊端.....	(260)
65.法律消亡.....	(262)
本编结语.....	(265)
后 记	(266)

法律意识编

第一章 法律文化拾零

何为法律文化？答案是多种多样的。现在较一致的观点是指：“历史上存在过的法律现象作为历史积淀的产物”。

据此，法律文化应包括：历史上存在过的条文法、习惯法；政治家、思想家、作家、史家著作中有关法的思想；史书中记载的历代法律制度（如《汉书》、《晋书》中的刑法志等）；小说、诗歌、散文、戏剧等艺术形式所表现的民间法律故事等等。

但上述法律文化概念不包括现行法律制度，也不包括民间流行的有关法的民俗、民德等。

例如，1787年美国宪法，经过多次修正，至今仍有效；1804年法国民法典，经过多次修改，至今仍有效。象这样历史久远至今仍生效的现行法律，还不能算是“历史积淀的产物”，但它却是典型的法律文化现象。

民俗、民德也是历史上存在的，经过变化和发展至今仍流行于民间的调整人们生产和生活的法律现象，应当被列入法律文化范畴。因为这些民俗、民德，有的经过立法者略加修改作为习惯被国家认可；还有一部分民俗、民德仍然对人们行为具有规范作用，如宗族法等，这也是法律文化现象。

因此，从历史性的角度，把法律文化看作一种社会遗产，或者传统行为丛结显然不妥。

法律文化既是历史性的，又是规范性的，它是人类创造的有关法的生活方式、样式或行为模式。现行法律本身就是一种法律文化现象，同时也受到历史上和现实社会中的法律文化的渗透和影响。很显然，我国现行法律也受到中国传统法律文化、西方现行法律文化、苏联等国的法律文化、我国民主革命时期的法律文化等直接或间接的影响。

特别是中国传统法律文化对我国人民的影响是极其深远的，有人曾提出：“许多人依然生活在由习惯势力、伦理规范、行政命令、权威意志及土政策、土法律所构成的各种法律秩序之中；人民的权利意识和民主观念已经苏醒并日渐强烈，但大多数人还不知道怎样运用法律捍卫和实现自己的权利，在实际参加政治生活时消极，市民的政治法律观念与行为存在明显的脱节……现行社会秩序实际上是靠什么维持的，影响法律向社会生活中渗透的因素有哪些？土政策与土法律产生的原因及其相对合理性何在，以及如何克服传统法律意识和习惯作法的消极影响？”^①

法学家从社会学角度去探索法律文化现象，这是一个有意义的尝试。本章采撷几段文字作为对上述观点的支持。

1 宗族法

中国是一个具有悠久历史的农业国家。中世纪之后，没有出现过象欧洲佛罗伦萨、威尼斯那样的城市共和国。长期以来，宗族法是巩固封建统治的重要工具。宗族法是封建王朝的地方法。直到解放前，国民党法对宗族法仍然予以承认

① 赵震江等：《论法律社会学的意义与研究框架》，《社会学研究》1988年3月第36～43页。

并加以利用。当时，在广大农村，大姓宗族都有族人集会的祠堂，内设各种刑具，同族长老主持本族内的一切事务，有关宗族间械斗、伤害、犯奸、偷盗、侵权、分家析产、女人私奔、伤风败俗等不轨行为都由宗族法调整。然而，今天，宗族的习惯，宗族的处罚方式并没有随着宗族长老的死亡、祠堂的改建、族谱的流失而消声匿迹。

人们不能随意改变自己的姓氏，也不能矢口否认族亲关系，在农村的很多地方，同族后代大多数仍按宗族的辈份取名，同族内上下辈之间（未出五服的）仍不得通婚，甚至同姓不婚。族人的家庭大事，如婚丧娶嫁，水利山林纠纷，宗族间的矛盾，家庭内的父子不和，分家析产等等，都必须请族中德高望重的尊长主持调解或拍板定案。据说，宗族间发生婚姻命案或因山林土地纠纷而导致大规模械斗时，宗族里的新一代元老站出来讲话的效力远甚于法律，因为民众对法律的细节及其违法后果并不清楚，而元老们从宗族习惯、人情角度发表的意见更能打动人心。宗族长辈们在解决纠纷方面扮演重要角色，有经验的司法工作人员决不会忽视他们的应有作用。

宗族法在现代仍有重要的调整作用不难理解，但这不是宗族法本身的作用，宗族法已荡然无存，只不过是宗族法的文化对现行法律制度发生着影响。在广大农村，尽管农村的经济条件、文化背景已有极大的改变，但旧文化或多或少地通过老一代农民传给了他们的儿女，以“历史传统”或“风俗习惯”形式保留的处理乡村某些纠纷的方法，构成了法律文化与现行法制的矛盾。但也应看到，我国农村的生产力水平仍然不高，很多农民在财力和认识上都不能将民事纠纷诉诸法律，因此，从实际出发去平息纠纷，往往就要借助于传

统的习惯，一些人们世代相传的陈旧规则在一定时期内还会发生作用。这些古老的法律文化与现行生产关系有着某种适应。从而也不难理解我们对法律文化研究的必要性。

2 乡 规 民 约

“乡规民约”在古代是乡村老百姓的“民定法”。它起源于何时何地，难以稽考。

说“乡规民约”早于法律而存在，是妄说。考察旧中国乡村，有“乡规民约”的村落，一般是村民集中，烟火兴旺，且有乡绅或保长主持村政的自然村。可见，“乡规民约”是农村颇为发达之时才有的“民定法”。它标志乡村农民井然有序，“德且相劝，过失相规，礼俗相交，患难相恤”^①的农家生活节律。从中不难窥见中国农民“日出而作，日落而息”的背后有着深刻的理性法则。

“乡规民约”是农民自我调节、自我规范的一种手段。其目的在于乡规民约可以使乡民相互帮助，患难与共，使乡村安宁，人丁兴旺。因此历代统治者对此予以鼓励，而不加干预。同时，那些违反“乡规民约”的乡民，即使官司到了衙门，也得不到官府庇护，常被斥之为“伤风败俗，有伤风化”，往往被重责几十大板赶出公门。然而，当国法与“乡规民约”发生冲突时，国家会以法定案。

封建社会的“乡规民约”的强制力如何？答曰：有强制力，但有此时此地彼时彼地之区别。“乡规民约”的强制力是复杂的，要具体分析。有的地方“乡规民约”与宗教诫律

① 《宋史·吕大防传》。

融为一体，农民的生杀大权都操在家族族长或有威望的乡绅之手。农民触犯乡规轻者吊打、重罚，重者处死。旧社会有很多地方大恶霸就是以农民违反乡规民约为由而残杀乡民。当然，在更多的情况下，“乡规民约”是为了惩治不法刁民，维护大多数村民的利益的。其处罚要看掌权的乡绅、族长的为人和许多复杂的人际关系。

笔者见到一些解放前的“乡规民约”，大多数内容是有关防火、防盗、吵架、斗殴、打劫、禁烟、禁娼、子孙不孝、内乱犯奸等。条文简单，但都关系乡民的人身和财产利益，充满封建伦理道德思想。据老人们回忆当年情景，对于“乡规民约”，乡民一般都能严格遵守，不敢随意犯规。很多人对“乡规民约”倒背如流，至于国民党的法律如何？只有极少数乡绅略知一二。

解放后，“乡规民约”有了新的发展。在农村，“乡规民约”剔除了封建伦理方面的规范，加进了有关党的政策内容，如计划生育、护林、水利、保护庄稼、除“四害”等。

在形式上也有变化。有的地方不以“自然村”为单位，而以行政村或乡的名义颁发“乡规民约”。由于油印条件具备，很多地方打印成小册子，发给社员。更多的地方采用传统方式，用毛笔将“乡规民约”抄在墙上。

“乡规民约”是中国农民易于接受的传统的“民定法”。它形式灵活，内容简单，关系农民切身利益，针对性强。在我国这样的农业大国，农民文化又落后的情况下，“乡规民约”对于规范人们的行为，安定社会秩序，发展生产力是一个不可缺少的社会规则。

“乡规民约”贵在姓民。只有由农民自己去制定，农民才能去遵守，去监督，它的社会效力才能体现出来。

值得注意的是，“乡规民约”一旦不是由老百姓自己来制定，或不愿接受和遵守，这种冠以“乡规民约”名称的东西，就变成了“土政策”、“土法律”，不仅起不到乡规民约的作用，而且会有害。因为这种“乡规民约”有悖民意，有违法律。弄得不好，变成了与国家法律相抵触的土法律。

“乡规民约”是我国古老民间文化的一个闪光点。它是人民有序的生活在自然法上的理性表现。在无法制的封建社会，老百姓自愿利用它来规范自己行为，用以免受无辜迫害，保护自己的人身和财产安全。

它是成文的民约，而不是习惯法。它有强烈的民俗风味，而不具国家的强制力。它的产生没有年代，也没有首创人。它随着民族的自己民意的觉醒，作为人类生存系统中的独特方式来到人间。它在历史上曾起过保护黎民，美化民俗，安定生活的作用。

今天，权其利弊，“乡规民约”应该和过去的历史一样寿终正寝，以免又多了一个无法律根据的“立法者”。

3 与亚里斯多德同时代的古代“法治”观

秦献公元年（公元前384年），秦律“止从死”，停止以人殉葬的制度。就在这一年，古代希腊最杰出的思想家亚里斯多德（Aristoteles，公元前384~322年），在马其顿邻近的斯塔奇拉一个国王的御医家庭诞生。

这时，古代希腊各城邦之间战争频繁，中国也是“七国争雄”，相互混战，和亚里斯多德同时代思想家也不胜枚举，如商鞅、慎到、申不害、孟轲等。

同属一个世界，而“法治”思想迥然不同，令人深思。

亚里斯多德生长在希腊城邦国家，他在《政治学》、《雅典政制》中大胆讨论国家政体。他认为划分政体的一个标志是这一城邦“最高治权的执行者”人数多少；另一标志是这些最高治权的执行者目的是否“旨在维护全邦共同的利益”。据此，他断言一人统治是君主统治政体（变态则是僭主政权），少数人统治是贵族政体（变态则是寡头政体），多数人统治是共和政体（变态则是平民政体）。亚里斯多德旗帜鲜明地宣称：在现实生活中，最合适的是共和政体，它符合中庸美德而不趋于极端。

可悲的是，中国对政体的讨论只有在二千多年后的近代资产阶级改良派言论中才能见到。至于与亚里斯多德同时代的中国思想家们，慎到（公元前390~315年）极力主张“民一于君”，“多贤不可以多君”，“无贤不可以无君”，“君主权重位尊”才能“令行禁止”。而韩国相申不害（公元前395~337年）则大力论证维护君主专制的“君人南面之术”。孟轲（公元前390~305年）这位孔子的门人，尽管对官府的暴行提出了“暴君放伐论”①，但提出“君”和“臣”的原则，却是“内则父子，外则君臣，人之大伦也”②。

耐人寻味的是，远在东西互不相识的思想家们都提出了“法治观”。

亚里斯多德将“法治”与“王治”分开，断言法治胜于王治。他反对人治，认为人的本性总是有感情的，而法律本身恰恰是没有感情的。在立法上，法律应是许多人决定的，在平民政体已经消亡的情况下，以一人为治的君主政体事实

① 《孟子·惠王下》。

② 《孟子·公孙丑下》。