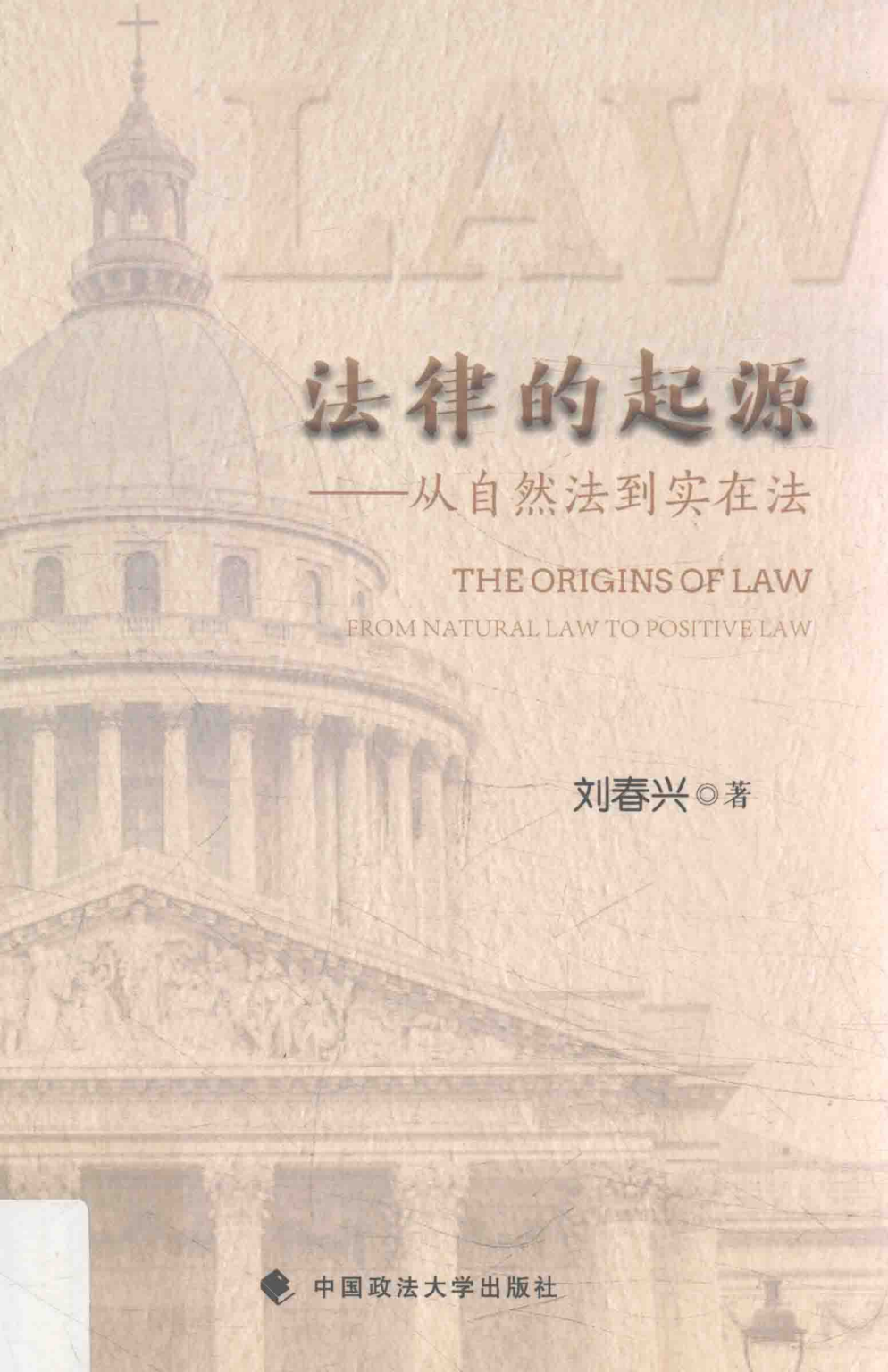




法律的起源

——从自然法到实在法

THE ORIGINS OF LAW

FROM NATURAL LAW TO POSITIVE LAW

刘春兴◎著



中国政法大学出版社

法律的起源

——从自然法到实在法

THE ORIGINS OF LAW

FROM NATURAL LAW TO POSITIVE LAW

刘春兴◎著



中国政法大学出版社

2017·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

法律的起源/刘春兴著. —北京:中国政法大学出版社, 2017. 11
ISBN 978-7-5620-7851-7

I. ①法… II. ①刘… III. ①法学—理论研究 IV. ①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第277961号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)
编辑邮箱	zhengfadch@126.com
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm×1230mm 1/32
印 张	10.125
字 数	245 千字
版 次	2017 年 11 月第 1 版
印 次	2017 年 11 月第 1 次印刷
定 价	39.00 元

摘 要

ABSTRACT

法律起源是法学理论难题之一，亦为历史学、人类学、考古学、政治学和社会学等所关注。迄今为止相关研究之所以长期争执不下，研究者们先入为主地明示或暗含了其他人未必都同意的法律定义是最重要的原因。从以偏概全的法律概念前提出发，法律起源的真实历史过程只能被揭示出一个片断或侧面。

不同的法学流派都以不同的法律本体论为基础，实现整齐划一既不可能也无必要。但仔细检视国内外权威工具书后可以发现，几乎所有法律定义都收敛于行为规则（规范），以其为中心并辅以一定的本质特征和形式特征说明，能为不同的法律本体论实现逻辑上的反演式还原。规则影响行为、行为塑造规则，二者之间相互作用的超距性表明法律是一种信息。法律的信息定义无需触动国内外现有的法律本体论基本格局，反而是为它们提供一个贯通相互联系的共同质素，法律起源研究由此得以在统一、融贯和基底的概念平台上进行。

约 138 亿年前，在一场大爆炸中诞生了时间、空间、能量和物质，最终演化到人类亦栖身于其中的当代物理世界。物理规律深藏于物理现象的背后，统治着一切物质的行为，是物理世界的自然法。神学主义认为物理规律源于上帝，是上帝向万

事万物发出的信息，即永恒法，无所谓“始”亦无所谓“终”，这一信念预设为法律的起源奠定了再也不必无穷后退的逻辑起点；自然主义则绕开这一终极追问，径自视物理规律为物理世界自身蕴含的信息，法律的最终源头始于大爆炸及其随后衍生出的物理秩序。

约 40 亿年前，生命从物理世界中起源，最终演化为人类亦为其中一员的当代生物世界。“物竞天择、适者生存”是生物世界的基本自然规律，源于物理秩序但又具有自主性，分别在生物界、物种、种群、个体和基因等不同层次产生自然选择作用。尽管生物世界的自然法决定了一切生物的行为，但其影响却是间接的，只能通过由它演化出的一系列进化适应器对生物行为产生直接影响。

约 40 亿年前，生命起源并演化出了生物本能，是个体由遗传获得的信息；约 10 亿年前，动物起源并演化出了后天学习能力，是个体与自然环境互动获得的信息；约 6500 万年前，灵长类起源并演化出了群体文化或群体传统，是个体与其他社会成员互动获得的信息；约 6 万年前，晚期智人符号思维能力起源并演化出语言以及原始科学、原始技术、原始艺术、原始道德和原始宗教等符号化的原始文化，是个体与其他社会成员互动获得的符号化信息。不仅在大脑存在内部表征，知识还能够溢出大脑并以一定的物质或能量载体作为外部表征。上述进化适应器交织在一起，塑造了更新世末的晚期智人社会规范，主要由亲缘选择、直接互惠、间接互惠、网络选择、群体选择和强互惠等进化动力学机制予以支撑。

约 1.1 万年前，全新世之初的农业起源导致人类群体规模迅速扩大。由于人的社会认知能力有限等原因，上述 6 种进化动力学机制在大型群体中渐次失灵。“物竞天择、适者生存”的

自然法则在人类群体层次产生选择作用，演化出一个从普通社会成员分离出来但又超然于普通社会成员之上的第三方机制。一个拥有了第三方机制的大型群体已经是一个原始国家，围绕着第三方机制又出现了一系列新型的社会规范，国法意义上的法律起源奥秘由此揭开了神秘的面纱。

原始宪法是大型群体为确保自身存续而在普通社会成员内部、第三方机制内部、普通社会成员与第三方机制之间相互传递的符号化信息；原始的第三方命令，即主权者命令意义上的狭义实在法，是第三方机制向普通社会成员发布的符号化信息；原始国际法是不同群体的第三方机制之间传递的双向或多向符号化信息；约 5000 年前，书面文字起源并成为法律的又一种外部载体形式，标志着成文法律史的开端。

通过回答“法律从哪来”之问，消弭了“法律是什么”之疑。法律的信息本体论为进化法理学注入新动能；为西方法理学的新综合奠定了新基础；为新时期构建或完善具有中国特色、中国气派和中国风格，并能对当前一系列紧迫的理论与现实法律问题做强有力回应的现代法理学体系做出有益探索。

目 录

CONTENTS

摘 要/ 001

第一章 法律从哪里来? / 001

第一节 法律起源的国内相关研究/ 002

第二节 法律起源的国外相关研究/ 023

第三节 法律起源研究的症结/ 048

第二章 法律是什么? / 053

第一节 中文语境的“法律” / 054

第二节 外文语境的“法律” / 060

第三节 “行为规则”或“行为规范”的中心地位/ 070

第四节 “行为规则”或“行为规范”的信息本质/ 077

第五节 法律起源研究的新起点/ 093

第三章 物理世界的自然法（约 138 亿年前~至今） / 100

第一节 宇宙的起源/ 101

T法律的起源——从自然法到实在法

第二节 物理世界的自然规律/ 103

第三节 物理规律的基础/ 109

第四节 物理规律的信息解释/ 116

第四章 生物世界的自然法（约 40 亿年前~至今） / 119

第一节 生命的起源/ 119

第二节 生物世界的自然规律/ 121

第三节 生物规律的信息解释/ 125

第五章 生物的先天本能（约 40 亿年前~至今） / 130

第一节 生物的个体发育过程/ 131

第二节 本能的概念/ 132

第三节 本能的信息解释/ 135

第六章 动物的后天经验（约 10 亿年前~至今） / 139

第一节 动物的起源/ 140

第二节 从本能到个体学习/ 142

第三节 后天经验的信息解释/ 145

第七章 灵长类的文化（约 6500 万年前~至今） / 148

第一节 灵长类的起源/ 149

第二节 从个体学习到社会学习/ 151

第三节 灵长类文化的信息解释/ 161

第八章 晚期智人的符号化文化（约 6 万年前~至今） / 165

第一节 人类的起源/ 166

第二节 晚期智人的文化大爆炸/ 167

第三节 晚期智人的符号化思维能力/ 170

第四节 语言的起源/ 174

第五节 符号化的原始文化/ 178

第九章 人类大型社会的实在法（约 1.1 万年前~至今） / 210

第一节 人类大型社会的起源/ 211

第二节 大型社会的规范支撑难题/ 218

第三节 第三方机制的起源及其规范意义/ 242

第四节 原始宪法/ 255

第五节 原始的第三方命令（主权者命令）/ 260

第六节 原始国际法/ 263

第七节 文字起源与法律的成文化（约 5000 年前~至今）/ 266

第十章 结束语/ 271

第一节 关于法律起源的简要结论/ 271

第二节 进化法理学的新动能/ 276

第三节 西方法理学的新综合/ 277

第四节 中国法理学的新探索/ 279

参考文献/ 281

索 引/ 306

后 记/ 312

法律从哪里来？ | 第一章

受光于隙见一床，受光于牖见室央。

——清·魏源《默觚下·治篇十二》

一个幽灵，在我们的世界游荡。它无时不在，无处不在，却又像黑白无常那样难以捉摸。我们无法看清它的轮廓，因为它的形态千奇百怪；我们无法解剖它的躯体，因为它的成分五花八门。每当我们尝试用语言“抓住”它，它却成了我们拳头里的空气，眼看着手掌慢慢摊开，发现它除了不在我们的手上之外，仍然飘忽于我们周围的每一个角落，无情地嘲弄着我们的自负和愚蠢。^{〔1〕}

事情的诡异还远不止于此。这个幽灵到底来自何处，同样是一个至今尚未破解的千古谜题。无数人曾前赴后继地踏上对它的追根溯源之旅，结果却多在半途就折戟沉沙，只在身后空余一滴滴断线的汗珠、一串串沉重的脚印、一声声无奈的叹息。

这个幽灵不是什么别的东西，它就是法律！

〔1〕 这里借用了奥伯特·罗威勒（Abbott Lawrence Lowell）在描述“文化”概念之飘忽不定时所用的口吻。参见张忠利等：《中西文化概论》，天津大学出版社2004年版，第1页。

第一节 法律起源的国内相关研究

这里的“国内”所暗含的“中国”是广义的，其时间跨度长达数千年之久，并不局限于现代民族国家意义上的“中国”。从这一立场出发，本节的论理思路主要来自三种思想渊源。一是中国古代思想家的学术贡献，这是一种独立而自足的东方思想传统；二是以欧美为代表的西方思想传统，尤其在专业术语、体系结构和思维范式等方面多有体现；三是马克思主义法学基本原理，是当代中国法学研究的指导思想。

一、古代

中国语境中的“古代”始于华夏文明的起点，终于1840年爆发的鸦片战争，与世界史视野中的“古代”在历史分期上是有很大差别的。

1. 老子

在迄今为止的法律起源研究中，很多人都径自把“自然法”从“法律”中排除出去。这样做的一个后果就是，无论其论证过程多么精巧和细密，法律的最初源头都成了一条没有卡日曲的黄河或者一条没有沱沱河的长江。^[1]相反，如果要为所有法律现象找寻一个源头，就不能不认真对待自然法。而要认真对待自然法，就不能不“认真对待老子”（Taking Lao-Tzu Seriously）。

“有物混成，先天地生，寂兮寥兮，独立而不改，周行而不

[1] 在地理学上，卡日曲是黄河的正源，沱沱河是长江的正源，不过仍有不同意见。

殆，可以为天下母。吾不知其名，强字之曰道。”^{〔1〕}在寥寥数语中，老子对“道”的属性、状态和称谓进行了论述。对于老子来说，它是一种神奇的抽象事物，存在于天地之先，产生于万物之前，浑然一体，寂寥虚空。连老子也不知道该怎么称呼它，勉为其难地称其为“道”。它是如此虚幻和玄妙，以至于“道可道，非常道；名可名，非常名”。^{〔2〕}虽然它是可以阐述的，但被阐说出来的那个“道”，却并不能等同于“道”这一事物本身。

“人法地，地法天，天法道，道法自然。”^{〔3〕}这短短的4句话可谓是老子思想的熠熠生辉之点，但人们对它的理解却一直争议不断。这里的“法”，是指动词意义的效法、仿照或遵从，因而前面三句还是相对容易理解的。但对于这里的“自然”，分歧一下子就显现了。一般认为，此处的“自然”不是自然界意义上的自然，而是含有本来如此的意思，换句话说，是事物本来的样子，是自己使然，因而这里的“自然”不能被认为是一个比“道”还高阶的事物。

既然人要服从地，地要服从天，天要服从道，而道要服从自己的本性。那么，世界上的一切事务最终便都要服从这个“道”，它是老子心目中的最高理想法，事实上也就是支配世界万事万物的自然规律。至于人间的世俗法律，不过是“失道而后德，失德而后仁，失仁而后礼”。^{〔4〕}

“礼”最初的表现形式是各种祭祀活动，事实上就是一种实在意义的古代法。^{〔5〕}因此，在老子的眼中，法律起源的直接原

〔1〕《老子》，饶尚宽译注，中华书局2007年版，第63页。

〔2〕《老子》，饶尚宽译注，中华书局2007年版，第2页。

〔3〕《老子》，饶尚宽译注，中华书局2007年版，第63页。

〔4〕《老子》，饶尚宽译注，中华书局2007年版，第93页。

〔5〕曾宪义、马小红：“中国传统法的结构与基本概念辨证——兼论古代礼与法的关系”，载《中国社会科学》2003年第5期。

因是“失仁”，间接原因是“失德”，最终原因是“失道”。这样，老子就把法律的起点一直追溯到了自然法，并在没有诉诸神灵出场的情况下为尘世的实在法（positive law）奠定了自然法基础。

2. 孔子

众所周知，孔子一向重人事而轻鬼神，与同一时代的其他人相比，其法律观的神学色彩是比较淡薄的。在孔子眼中，“天下有道，则礼乐征伐自天子出；天下无道，则礼乐征伐自诸侯出。自诸侯出，盖十世希不失矣”。^{〔1〕}显然，孔子的法律起源观既包含了朴素的实在法思想，又涉及了朴素的自然法观念。

“礼乐征伐”基本上都属于一种公共行为。正如前面已经提及的，“礼”最初只是原始社会后期出现的各种祭祀活动，后来扩大到对人的身份进行规定等，早期大致等同于民间通行的习惯法。不过，一旦它开始“自天子出”，显然就进入了主权者命令意义上的实在法范畴。这样，孔子心目中的法律起源就转化为天子何时、何地以及如何在人类社会中出现的问题。

孔子并未对这里的“道”进行详细论证，即使在其他著作中也是着墨甚少。但从此处的上下文可推知，它在孔子心目中构成了判别法律好坏的一个标准，至少是一种程序上的标准，这就带有了朴素的程序自然法观念萌芽。更重要的是，这是一种入世的态度，与老子心目中那种超验的“道”构成了鲜明的反差。

3. 墨子

老子在玄幻的“道”中窥见了法律起源的奥秘，孔子在君王那里发现了法律如何降临于诸侯国度。墨子，作为墨家学派

〔1〕《五经四书全译》，丰连根等注译，中州古籍出版社2002年版，第3212页。

的创始人，回到了社会运行与发展过程本身，试图对法律起源的真相一探究竟。仅就这一点而言，墨子的学理求索不再如老子和孔子那样浅尝辄止。甚至早在英国思想家霍布斯（Thomas Hobbes）之前近两千年，他就发现了人类社会的“自然状态”，其学术洞察力之细微入化不能不令人激赏。

墨子认为，早期人类社会的情形大致是这样的：“古者民始生，未有刑政之时，盖其语，人异义。是以一人则一义，二人则二义，十人则十义。其人兹众，其所谓义者亦兹众。是以人是其义，以非人之义，故交相非也。是以内者父子兄弟作怨恶，离散不能相和合；天下之百姓，皆以水火毒药相亏害。至有余力不能以相劳；腐朽余财不以相分；隐匿良道不以相教。天下之乱，至若禽兽然。”〔1〕

显然，这种“一人一义，至若禽兽然”的混乱局面是人们所不乐见的，一个能够弥合社会冲突的天子也就呼之欲出了。“夫明瘁天下之所以乱者，生于无政长，是故选天下之贤可者，立以为天子。”〔2〕当然，天子一个人的力量是有限的，在天子之下又立了“三公”“诸侯国君”以及“正长”等来辅佐天子，共同治理天下之事。

“正长既已具，天子发政于天下之百姓，言曰：‘闻善而不善，皆以告其上。上之所是必皆是之，上之所非必皆非之。’”〔3〕至此，法律就起源于人类社会之中，纷乱的社会开始出现了“一同于天子”的安定局面。

可贵的是，墨子没有停留于主权者命令层次的狭义实在法起源，而是把视线投向了更广阔的“天”或“天志”之中，试

〔1〕《墨子校注》，吴毓江撰，孙启治点校，中华书局1993年版，第109页。

〔2〕《墨子校注》，吴毓江撰，孙启治点校，中华书局1993年版，第109页。

〔3〕《墨子校注》，吴毓江撰，孙启治点校，中华书局1993年版，第109页。

图为尘世的实在法寻找一个更坚实的基础，“其用意显在藉神权以加强其学说之力量”。^{〔1〕}墨子伸言：“我有天志，譬若轮人之有规，匠人之有矩。轮匠执其规矩，以度天下之方圆，曰中者是也，不中者非也。”^{〔2〕}

在解释清楚了“天”或“天志”之为何物的基础上，墨子接着指出：“故置此以为法，立此以为仪，将以量度天下之王公大人卿大夫之仁与不仁，譬之犹分墨白也。”^{〔3〕}更进一步，墨子甚至掷地有声地发出这样的豪言壮语：“天子有善，天能赏之；天子有过，天能罚之。”^{〔4〕}即使贵为“天之子”的天子，同样也不能恣意妄为，而是要接受天的指令。

在墨子的法律起源序列中，首先是有“天”或“天志”的存在，它决定了天子、王公大臣们的存在。后者发布政令，形成了主权者的命令，即人类社会的狭义实在法。由此可以看出，墨子的法律起源观不仅论证了狭义实在法的起源，还讨论了朴素的自然法，它们构成了狭义实在法的哲学基础和效力来源。

4. 荀子

无论是老子、孔子还是墨子，他们的法律起源观多半属于一种外向的探寻。而在荀子这里，则更多地开始了向内的审视。在中国古代法律思想史上，这种从人性出发来探讨法律起源的学理进路可谓长盛不衰。

荀子认为：“今人之性，生而有好利焉，顺是，故争夺生而辞让亡焉；生而有疾恶焉，顺是，故残贱生而忠信亡焉；生而有耳目之欲，有好声色焉，顺是，故淫乱生而礼义文理亡

〔1〕 萧公权：《中国政治思想史》，辽宁教育出版社1998年版，第134页。

〔2〕 《墨子校注》，吴毓江撰，孙启治点校，中华书局1993年版，第296页。

〔3〕 《墨子校注》，吴毓江撰，孙启治点校，中华书局1993年版，第307页。

〔4〕 《墨子校注》，吴毓江撰，孙启治点校，中华书局1993年版，第319页。

焉。”〔1〕

不过，人类社会的这种混乱局面并非完全不可救药。本能固然经常冥顽不化，但后天教化也绝非总是徒劳无功。“故枸木必将待隐枘、烝、矫然后直，钝金必将待砿、厉然后利。今人之性恶，必将待师法然后正，得礼义然后治。”〔2〕

既然人的后天教化还是能够改造本性，促使人的一言一行符合社会大众的良善期许，这时就有圣人贤王挺身而出。“古者圣王以人之性恶，以为偏险而不正，悖乱而不治，是以为之起礼义、制法度，以矫饰人之情性而正之，以扰化人之情性而导之也。始皆出于治，合于道者也。”〔3〕

总结起来，法律起源的过程就是这样的：“故圣人化性而起伪，伪起而生礼义，礼义生而制法度。然则礼义法度者，是圣人之所生也。故圣人之所以同于众，其不异于众者，性也；所以异而过众者，伪也。”〔4〕

与孔子一样，荀子的法律起源观也是兼有朴素的实在法和自然法思想。不过，荀子心目中的“道”并非判别法律好坏的程序性标准，而是直接为实在法奠定了自然法基础。因为在荀子看来，法律从人类社会中起源，消除纷乱的社会状态，这本身就是一种“合于道”之举。

另外，荀子注意到了人类社会中第三方机制的起源过程。他所提到的圣人，在天性上与普通人并无二致，但经过后天的特殊锤炼，却具备了与普通人不一样的非凡品格，成了可以为众人“生礼义，制法度”的圣人。这种从普通人分离出来，但

〔1〕《荀子》，安小兰译注，中华书局2007年版，第267页。

〔2〕《荀子》，安小兰译注，中华书局2007年版，第268页。

〔3〕《荀子》，安小兰译注，中华书局2007年版，第269页。

〔4〕《荀子》，安小兰译注，中华书局2007年版，第272页。

经过角色分化而超然于普通人之上，至少在形式上处于中立地位的第三方机制就成了理解现代法律现象的关键，而这也正是本书第九章的核心内容。

5. 韩非子

韩非子是法家的代表人物之一，与同一学派的其他人一样，都是世俗政治的代言者。如果说诸子百家中的其他学派可能还持有某种朴素的“依法治国”思想，而法家则毫不掩饰地认为应该“以依法治国”。在他们的心目中，法律只是一种对社会进行统治的强制性政治工具。“法者，宪令著于官府、刑罚必于民心、赏存乎慎法、而罚加乎奸令者也。此臣之所师也。君无术则弊于上，臣无法则乱于下，此不可一无，皆帝王之具也。”〔1〕这一立场反映在法律起源观上，就是从主权者命令意义上的狭义实在法这一前提出发进行相关探讨。

与早期法家人物一样，韩非子也注意到了人口因素在法律起源过程中的关键驱动作用。他认为：“古者丈夫不耕，草木之实足食也；妇人织，禽兽之皮足衣也。不事力而养足，人民少而财有余，故民不争。是以厚赏不行，重罚不用，而民自治。今人有五子不为多，子又有五子，大父未死而有二十五孙。是以人民众而货财寡，事力劳而供养薄，故民争，虽倍赏累罚而不免于乱。”〔2〕

在这一新的形势下，如果整个社会还是如上古之世那样实行无为而治，就显得非常不合时宜了。“夫古今异俗，新故异备。如欲以宽缓之政治急世之民，犹无辔策而御悍马，此不知之患也。”〔3〕

〔1〕《韩非子全译》，张觉译注，贵州人民出版社1992年版，第913页。

〔2〕《韩非子全译》，张觉译注，贵州人民出版社1992年版，第1034~1035页。

〔3〕《韩非子全译》，张觉译注，贵州人民出版社1992年版，第1028页。