

## 第四编 法发展论

在前三编对静态的法（法的存在与法的本质）和对具体法的动态生命过程（法的运作）研究之后，有必要进入对宏观历史视野中的法律的研究——法发展论研究。这个研究应当开始于对法的历史起点——法的起源的研究，着重于对法的历史发展过程的描述以及对法律未来的预测的研究，终于对理想的社会法律状态——法治社会的研究。法律是过程的集合体，任何片断都不过是法的不完全的表现，只有尽可能全面地观察这个历史过程，才可能得到或接近关于法律的真知，才可能发现法律发展的某些共性。也只有在较少片面性的法律认知基础上才可能产生正确的法律理想与正确的法律行为。只有在全民大部分具备了较正确的法律认知和法律理想，并产生正确的法律行为的基础上，千年人治传统的国家才能建成社会主义法治国家。

## 第二十章 法律的起源

### 第一节 法律起源的论争

#### 一. 相互竞争的各种理论

#### 二. 计划经济时代的法律起源论

#### 三. 改革开放以来法起源问题的讨论

#### 一. 相互竞争的各种理论

法发展论研究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。

1、有部分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。

2、部分学者认为，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。”

关于法律发生的时限，大体上有两种研究结果：原始社会末期即有原始法律的存在，另一种则否认原始法的存在，认为法律与国家同时产生。

#### 二. 计划经济时代的法律起源论

解放以后，我国从苏联引进了以阶级论为核心的法观念，其中包括法起源于阶级的理论。这个理论在阶级斗争为纲的年代得以强化。这一理论的主要内容是：

1. 原始社会没有法。
2. 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。

3. 法律产生的过程。通常将法律产生的过程表述为 4 个阶段：

(1) 社会生活中的个别行为形成共同的习惯规则；(2) 随着私有制和阶级的产生，原始习惯中渗入了阶级性；(3) 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；(4) 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。

### 三. 改革开放以来法起源问题的讨论

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，说原始社会无法是对马克思主义的误读；(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语录，有的则从政治上对“原始法论”者予以批判。

我们认为，传统的法律起源理论有许多合理之处，但是“原始社会没有法律”的主论点却是站不住脚的。其主要不足在于：

(1) 缺乏足够的实证材料的支撑，不符合人类学研究揭示的原始社会实际状况。(2) 从“阶级斗争为纲”的定势思维出发误解了经典著作中关于原始社会的理论。(3) 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。采集和狩猎时代确实没有法律，但那是原始社会的早期，而不是全部原始时代。“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。

原始社会有没有法的争论的实质是不同法观念的争论。事实上，原始社会没有法的结论不是科学研究的成果，而是从“阶级性的法概念”中推论出来的：法是阶级的法，而原始社会没有阶级，理所当然在原始社会没有法。这一理论并没有实证资料的证明，因此是不足取的。

## 第二节 原始社会和原始法

### 一. 原始社会与原始行为规范

### 二. 法律产生的标志

### 三. 法律产生的原因

### 四. 原始习惯、原始法律和政治社会的法律

#### 一. 原始社会与原始行为规范

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，而原始社会又可以分为原始群和氏族社会两段。氏族社会是人类选择的、区别于纯自然的、人为的社会，是人类历史上重要的制度创新的成果。在氏族社会里，确立了最早的具有正当性的习惯：禁忌。这些禁忌主要是：近亲奸、杀人和叛逆。

#### 二. 法律产生的标志

我们将法律起源的标志归纳为存在这样一些社会机制：(1) 存在一种对纠纷作出裁决的机制，它可以是正式的法庭、也可以是酋长或其他中间人，以取代弱肉强食；(2) 存在执行裁决的机制，它可以是氏族全体，受社会权威指令的一些人，以取代自身救济；(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；(4) 这些规则背后以一定的社会价值为指引，而不是纯粹的动物一样的私利追求。

#### 三. 法律产生的原因

法律的产生是各种复杂因素综合作用的产物。主要原因可归纳为三：

1. 生产力的发展是法律产生的根本原因。
2. 社会有秩化的要求。
3. 生产和交换的需求，是法律的最重要的基础。

#### 四. 原始习惯、原始法律和政治社会的法律

这里的原始习惯指原始法律尚未产生时维系原始社会秩序的习惯，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。原始习惯是人类婴儿期的社会规则，它几乎没有保障实施的社会机制，因此它的确定性很差，虽然他在内容上与弱肉强食的自然规则不同，它是人类的选择，但是由于缺乏维护其权威的社会机制，它又与弱肉强食极其相似。

我们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与法律运作有关的公权力的发达程度。