

第二十一章 法律的发展

第一节 法的发展概说

- 一. 法律的变与不变
- 二. 法律发展的动力
- 三. 法律发展的式样
- 四. 法律发展与社会发展的关系
- 五. 法的继承性问题
- 六. 法律移植问题

一. 法律的变与不变

法律自产生起，便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！”，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：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份。

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力，以对运动作出解释。这种解释主要包括：

(1) 宗教的解释。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。这种解释当然为无神论者所不取。(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。(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。(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。(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，综合的解释更接近于事实真相。应当指出，虽然宗教观念、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。

三. 法律发展的式样

1、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。

自发型的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。

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。

(2) 衡平。(3) 立法。(4) 法律解释。(5) 法官与行政官的活动。(6) 法学家的活动。

2、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，其动力来自社会内因。。内发型的动力为：(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。(2) 法律意识与法

律张力推动法律进化，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。

外发型发展指法律在外来力量的推动下被动的发展，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。(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。(3) 外来法文化的影响。

四. 法律发展与社会发展的关系

我们认为社会发展与法律发展两者是互动关系。

首先应当肯定，社会发展是法律发展的基础，在通常情况下，没有社会的发展就谈不上法律的发展。推动法律发展的社会因素有：(1) 经济因素，这主要是生产力发展和经济结构自身的变化。(2) 政治因素，例如国家结构、政体的变化、政党斗争等；(3) 文化因素，包括思维方式、法律观念、法学研究和教育的方式、宗教内容的变化及本身地位的升降等。

其次也不可忽略，法律的发展是推动社会发展的强大力量。通过变法可以变更国家制度、政党制度等政治结构；变法以变更经济发展模式，变法以改变落后的文化等等。此类变化在现代社会中并非完全由社会需求所引发，甚至这些变化会受到社会的抵制。

五. 法的继承性问题

哲学上的“继承”不是财产继承，而是新事物在否定旧事物过程中对旧事物中积极因素的吸收与保留，并使之成为新事物的一部分。法律作为文化现象，其发展表现为文化积累过程，其继承是不可避免的。问题在于：社会主义法是否可以继承旧法？

在实践上，各社会主义国家处理旧法的方式可以分为以下 4 类：(1) 只要不违反新法，旧法全部有效。阿尔巴尼亚曾一度采取此种办法。(2) 彻底修改。实行此类做法的有东德、捷克、罗

马尼亚、保加利亚、匈牙利、波兰。(3) 废除旧法，有条件引用。采取这种做法的有苏联(苏俄)、南斯拉夫。(4) 彻底废除，不准援用。采取此种做法的只有中国。这种做法加上不积极立法产生的大量法律真空给社会发展带来极大的负面效应。在建国 30 年以后掀起的法制建设浪潮中，大量吸收了旧法的内容，特别在民商法方面。

上述事实告诉我们，在实践上，所有的社会主义法都不可避免地继承了旧法的内容。

社会主义法起码在以下几方面可以、应该、而且实际上承袭了旧法：(1) 执行社会公共职能的规范。(2) 反映法的一般价值的原则：法律面前人人平等、公开审判、辩护制度、无罪推定、罪刑法定等等；(3) 保护基本人权的条款；(4) 基本法律术语、立法技术、立法形式；(5) 市场经济的一般法律规定。

六. 法律移植问题

法律移植是与法律继承相类似的问题，法的继承侧重研究新旧法的关系，而法的移植侧重研究本国法文化和外国法文化的关系。随着改革开放的深入，移植西方法律以加快立法和改革步伐成为时代的冲动，法学界在法的继承性方面取得理论突破以后开始转向法律移植问题的研究。

法律移植即一国将他国某部立法或其中的一部分吸收到本国法律体系中，成为本国立法之一部分的行为。

法律移植是法文化发达过程中常见的现象。

后起现代化的国家移植发达国家的法律有三大意义：一是可以加速法律现代化的进程。(2) 可以与世界法律接轨，加速社会现代化的进程；(3) 移植是一个经济的方法，将人家的经验适当整理为我所用，可节约大量的人力物力。

法律可以移植，并不等于可以不加选择地盲目移植。法律移植时应注意两个问题：(1) 注意法律体系的系统性，注意移植法律与其他法律衔接。(2) 改造社会，创造新法生效的社会条件。

前述以国情差异反对移植的学者忽略了问题的另一面：社会是人组成的，人可以改造社会。人可以移植法律，也可以改造社会使其与新的法律相适应。

第二节 法律发展的时代与阶段

- 一. 法的历史类型理论述评
- 二. 各家法的发展阶段理论简介
- 三. 法律发展的三个时代和部落法、国家法
- 四. 古代法及其特点
- 五. 现代法和法律现代化
- 六. 法律形式的进化

一. 法的历史类型理论述评

法的历史类型理论几乎是当代中国法的发展的唯一理论，要研究法律发展的阶段必须先评述法的历史类型理论。

（一）法的历史类型理论的主要内容

法的历史类型这一概念来自前苏联，这个理论包括两个要点：一是按四种社会形态将法的发展分为四个阶段——四种历史类型，二是法的历史类型更迭的原因。

1. 四种不同历史类型的法

奴隶制法。奴隶制法的主要特点有四：（1）严格保护奴隶制生产关系，特别是维护奴隶主对于生产资料和奴隶的占有；（2）刑罚的残酷性和野蛮性；（3）公开规定自由民内部的不平等地位；（4）长期保留原始公社行为规范的残余。

封建制法。封建制法的本质是封建地主阶级意志的体现，是地主阶级专政的工具。封建制法有三大特征：（1）严格保护封建土地所有制和农民对地主的人身依附关系；（2）积极维护封建等

级特权制度；（3）刑罚的残酷性。

资本主义法。资本主义法的本质是资产阶级意志的体现，是资产阶级专政的工具。其特点有：（1）维护私有财产。（2）维护契约自由。（3）确认法律面前人人平等原则。（4）维护民主制度。

社会主义法。按经典的理论，原来属于社会主义法的有苏联东欧国家和亚洲的中国、越南、朝鲜以及美洲的古巴等国家的法。社会主义法的本质是工人阶级意志的体现，是无产阶级专政或人民民主专政的工具，因而是最先进的法。社会主义法是最高历史类型的法，社会主义法最终会走向消亡。

2. 法的历史类型变更的原因

法的历史类型的变更即一种类型的法取代另一种类型的法。变更的根本原因在于社会基本矛盾运动即生产力与生产关系、经济基础和上层建筑的矛盾运动。这种变更要通过社会革命才能实现，即代表先进生产力的阶级推翻代表落后生产力的阶级。

（二）法的历史类型理论的缺陷

上述法的历史类型理论是将社会发展形态理论和阶级斗争理论搬到法学领域而形成的，有其合理的一面，因为法律发展与社会发展存在不可分割的联系。但是这个理论的缺陷也是明显的。

1. 它不是以法律本身可识别的标志为标准，而是以社会发展阶段为标准对法律的历史所作出的划分，因为法律的发展并不是与社会发展绝对同步的，所以这种划分没有揭示法律发展的个性，因而缺少法学意义。

2. 这个理论将法律局限于国家法时代，没有把原始法或部落法包含在内，也没有将当代已经开始的、将来有无限发展前景的世界法包含在内，就显得视野狭窄。

3. 这种划分贯彻了阶级斗争为纲的精神，过份地将法律的发展与阶级、与暴力联系起来，是片面的，它的片面来自片面的阶级本质论。

4. 从理论的实际社会效果来看，由于过份强调姓资姓社，过

份强调斗争而忽略合作妥协，也不利于我国进一步改革开放，不利于吸收外来法文化，不利于市场经济法律体系和法治国家建设。

其实，除了上述表面的问题以外，法的历史类型理论还存在一些致命的问题。例如，法的历史类型理论的基础性理论是社会发展的四个阶段理论。只要尊重事实，就可以知道它本身是大可怀疑的。许多人类社会都没有走过这些路。

这一切都表明，法的历史类型理论是一个错误的且是有害的理论，应当彻底抛弃。

二. 各家法的发展阶段理论简介

法学家们依不同的标准对法律发展的阶段作出划分、或以私权力的“公权化”为标准、或以法律内容为标准、或以法律渊源为标准、或以法律保障的利益为标准等等。例如，有的学者按法律的形式和内容为标准将法律划分为秘密法、权利法、权力法、协同法阶段。德国法学家萨维尼将法律发展分为习惯法阶段、学术法阶段、法典法阶段。庞德认为法律经历了原始法、严格法、衡平法、成文法、社会化法五大阶段。20世纪初的美国法制史学家维诺格拉多夫（Paul Vinogradoff）将法的发展分为六个阶段：图腾社会萌芽法、部落法、城邦法、中世纪法、个人主义法、社会化法。美国当代综合法学的代表霍贝尔将法律分为原始法、古代法和现代法三个阶段。无文字的人类文化中的法为原始法，刚刚跨入文明（有文字）社会的法为古代法，经过文明发展的社会结构中的法为现代法。

三. 法律发展的三个时代和部落法、国家法

我们将法律的发展分为三个时代：部落法（或原始法、氏族法）时代、国家法时代、世界法时代，国家法时代又可以分为古代和现代两个阶段。

部落法是国家生成以前原始社会的法律。部落法的特点有：

- (1) 法域狭小。(2) 社会法的色彩很浓，有关公权的法律不发达。
- (3) 原始法的主要生成形式是社会惯常行为。(4) 原始法运作过

程简单。

在文明古国，国家法大约诞生于公元前 20 世纪左右，而在非洲大部分地区，则迟至公元 20 世纪才由部落法过渡到国家法。国家法的主要特点是：(1) 法域扩大。(2) 权力法的色彩很浓。(3) 立法成为法律生成的主要方式。(4) 国家法运行的程序化程度较高。

依国家法的发达程度，国家法又可分为古代法和现代法两大阶段。

四. 古代法及其特点

古代法是国家法的欠发达阶段，它虽然比原始法有很大进步，但是与现代法相比较又是落后的。与现代法相比，古代法有以下特点或弱点。

1. 形式化程度低。
2. 社会控制能力低。
3. 特权性。
4. 义务本位、国家主义。
5. 漠视人权。
6. 禁锢思想、严惩思想犯。

焚书坑儒图片



五. 现代法和法律现代化

(一) 现代法的标准

现代法律的价值标准是：（1）自由、平等是现代法律的总体精神；（2）人权保障是现代法律的主要功用；（3）民主和限制权力。

现代法律的形式标准在法学界的看法比较一致，主要是：（1）法律体系的完整和谐。（2）法律规范的普遍性、明确性、严格性。

（3）法律运作过程的严格程序性。立法、行政、司法都应有严格的程序规定。（4）从法律的地位看，必须实行法律至上。这是价值标准和形式标准的交汇点。

（二）法律现代化

法律现代化是法律变迁的特殊阶段，是指法律从古代农业社会法向现代工业社会法的转变过程。

法律现代化发端于西方，经历了漫长的阶段。我们认为，全球法律现代化可以分为法意识准备、西方实在法律现代化阶段、以及第三世界的后起现代化运动三个阶段。

（三）中国法律的现代化

我国的法律现代化经历了艰难的历程。迄今为止大约可以分为四个阶段：

- （1）西学东渐和法律现代化的意识准备。
- （2）清末变法。

（3）民国大规模现代化阶段，民国从《临时约法》开始，积极引进西方法律，特别是民商法，初步形成了现代法律体系——六法体系。 **图片**



（4）解放后的回落及其新的现代化阶段。

六．法律形式的进化

前节主要涉及法律内容的进化，这里讨论法律进化的另一方面：形式的进化。通常认为，法律形式的进化表现为以下几方面：

1. 从习惯法到制定法、判例法
2. 从秘密法到公开法
3. 从混沌到分离
4. 从诸法合体到部门分化

第三节 法律消亡与世界法

一．法律会消亡吗

二．久远的世界法理想

三．当代的法律世界化运动

四．世界法

一．法律会消亡吗

传统法理学对法律消亡条件的表述大同小异，主要有三：经济上，物质产品满足全体成员的一切需要；政治上普遍摆脱一切政治束缚，没有阶级敌人需要镇压；思想上共产主义道德素养大大提高，不需要强制。我们认为这些都值得研究。

首先，“物质产品满足人类一切需要”是无法达到的。

其次，没有阶级了也就不要法律的说法也难成立。

最后，道德发展了可以不要法律的想法只是幻想。

事实上，法律是人类文明的产物，它与社会结构的简繁有关。在结构简单的社会，只要很少简约的法律，社会结构越复杂，法律需求也越大，法律就会越复杂。我们预料在不久的将来法律将

迈入新的时代——世界法时代。

二. 久远的世界法理想

世界法是人类远古就具有的理想，并有过局部的实践。

自从斯多噶学派提出世界法这一古老的理想以来，世界法一直是人类美好的追求。今天，它几已成为法学家的共识。斯多噶学派的世界法局限于自然法，西塞罗将它扩充到实在法层面，现代的法学家则将它描述为一个包括国家法、国际法在内的有机的世界性法律体系。

三. 当代的法律世界化运动

由整体观之，人类目前正处在国家法最高阶段，并开始迈入由国家法向世界法的过渡阶段。这个过渡表现为法律的世界化运动。这个运动表现在以下几个方面：

1. 国际法的世界化。首先，国际法内容的扩展。其次，国际法主体种类趋向多元。再次，国际法精神的变化——以承认强权统治到全球平等的世界精神。最后，国际法普遍性程度的提高，其表现有二：一是国际法由“欧洲的”国际法变成“全球的”国际法。二是达成了许多全球一致的国际法原则和规范。

2. 国内法的世界化。国内法的世界化主要表现为各国法律的趋同以及对外国法律与法律实践的认可。

3. 国际法国内法的一体化趋势。(1) 国际法效力优位的取得。国际法的优位不但为大多数国家国内法所认可，也为国际条约所规定。(2) 国际法向国内法的渗透。(3) 国际私法中国民待遇原则的普遍化。(4) 国际法强制力的取得与国际司法组织的建立。

4. 司法的世界化。司法世界化是指司法独立于本国的政府与立法部门而执行他国或世界性的法律的倾向。

四. 世界法

世界法是法律发展之必然。法律发展的过程，是法律秩序的效力空间不断扩大的过程，这个过程不仅是单个法律秩序的扩展，

还表现为多个法律秩序融合为一个统一的更大的法律秩序。多个法律秩序融合为一个更大的法律秩序的极点便是全球法律秩序的一体化。只要存在不同法域人们的交往，只要存在法律的域外效力（从平等的角度来看，当然意味着同时承认外部法在本法域的效力），法律间的相互影响以至最终不同法域融合为一个统一的法律秩序就势在必然。

世界法有其建立的物质的与精神的基础。

第一，世界经济的一体化。

第二，现代科学技术。

第三，共同的伦理基础。

第四，全人类共同利益。

这个世界法与国家法相比具有三大特点：(1) 全球一域、高度自治。与国家法一国一法域不同（当然也有例外，例如我国就存在一国三法域、甚至四法域），世界法时代全球为一个法域，即它的主要规则及于全球，全球法律以高度发达的法律技术统合为一个法律体系，国家法成为构成这个法律体系的次级体系，国家在遵守世界法的同时拥有高度自治权。(2) 关注人权、人类一家。世界法以人权为根本价值取向，人权是它的“宪法”，人权的重要事项和普遍原则适用于全法域，同时在次要的问题上确认地区性、国家性的标准。(3) 世界法以人类整体利益、特别以全球和平发展为基础，确立协调人际、社区际、国际关系的准则。

这里，我们要再次强调，世界法仍然是未来的法律，它的实现有待全人类的共同努力。世界法是人类高度文明的产物，它需要摒弃任何种族主义思潮和强权政治。当前特别要注意少数发达国家抛开联合国而充当世界宪兵的行为，因为这种把一方意志强加于人的做法从根本上违背了世界法的原则。