

# 论法律超越国家的历史演进<sup>〔\*〕</sup>

周安平

(南京大学 法学院, 江苏 南京 210093)

〔摘要〕从历史来看,法律与国家的联系并非是天然的,仅仅是历史发展到一定阶段而使两者结合在了一起。因此,作为人际交际交往的规则,法律并不必然具有国家属性,它不仅存在于国家时代,也存在于前国家时代和后国家时代。据此,法律的进化史依次为前国家法、国家法和后国家法。不同时代的法律,有不同的特点。前国家法的形式化、科学性及文明程度与国家法存在相当的距离。国家法则与国家的关系非常紧密,打上了强烈的国家烙印,表现出极强的建构性、意志性和形式化。后国家法在产生的途径、适用的范围、保障实施的力量,以及法律的平等性等方面不同于国家法。

〔关键词〕法律史;前国家法;国家法;后国家法

DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2020.12.009

关于法律的历史类型,我国法理学主要采用的是阶级划分法,将法律依次划分为奴隶社会法、封建社会法、资本主义社会法,以及社会主义社会法。<sup>〔1〕</sup>这种划分背后的逻辑是法律的国家定义,法律是由国家制定或认可的,并由国家强制力保障实施的规范体系。<sup>〔2〕</sup>根据这个定义,法律与国家联系在一起,国家产生之前没有法律,国家消亡之后也不存在法律。如果这个定义是正确的话,那么就产生了一个问题。那就是,在国家之前和国家之后,在人类关系中,有没有一种可以称之为规则的东西,来调整彼此之间的关系?如果没有,那人类是以什么来调整人与人之间的关系的?如果有,那这种规则与国家制定或

认可的规范究竟有什么不同,以至于人们要坚持法律的国家定义,认为只有依附于国家的法律才可以称为法律?

的确,国家与法律的关系非常紧密,特别是从今人的印象来看,没有国家,几乎没有法律。但是,从历史来看,法律与国家的联系并非是天然的,仅仅是历史发展到一定阶段而使两者结合在了一起,即国家并不是法律的必要属性,<sup>〔3〕</sup>而是某一历史阶段的属性。因此,法律的国家定义将法律与国家捆绑在一起,人为地切断了法律的进化史,从而阻碍了人们对于法律的动态认识。基于此认识,本文以国家为参照并超越于国家,将法律的历史分为前国家时代、国家时代和后国家

作者简介:周安平,南京大学法学院教授、博士生导师,从事法理学研究。

〔\*〕本文为教育部课题“政府与公民新型法治关系的构建”(17YJA820044)的阶段性成果。

时代三个阶段,并在此基础上,探讨法律超越国家的自身进化史。

### 一、前国家时代的法律

国家是人类社会发展到一定历史阶段的产物,因此,人类历史也就肯定早于国家的历史。在国家之前,人类社会是否存在法律呢?

1. 从人与人的关系来看,只要有人与人的关系,就有人与人交往的规则。因此,国家肯定晚于人类社会的起源。从人类起源到国家的产生这一历史阶段,是否存在规范人类行为的规则?如果没有,那就完全是丛林社会,奉行的是弱肉强食,适者生存的动物规则,霍布斯将这个阶段称之为自然状态。自然状态虽然是霍布斯等人想象出来的,实际上是否存在,我们现在无从得知,但这并不妨碍我们从逻辑来推断。一般认为,丛林规则是动物规则。而事实上,人与动物的区别并不如我们想象的那么大。以生物进化论著称于世的达尔文就曾说过,“人和其他高等动物在精神上的差异虽然很大,但显然是一种程度上的差别而不是不同种类之间的差别……感觉、直觉、各种情感以及才能,比如爱、记忆、注意、好奇、模仿、推理等等,人引以自夸的这些东西都可以在低等动物身上找到雏形,有时甚至是处于较好地发展了的状况。”<sup>[4]</sup>一提到丛林法则,人们想当然认为,这是达尔文生物进化理论的内容。而事实上,达尔文提出的自然选择进化理论其实是以物种或亚物种为单位的。<sup>[5]</sup>也就是说,在达尔文的理论里,丛林法则只存在于不同物种之间,而不是存在于同一物种之间。同一物种之间除了有竞争的关系外,还有合作的关系,特别是群居性的动物。而只要有合作的关系,那就一定有合作的规则。一般的群居性动物尚且都有,何况是群居的组织性更加严密的人类呢!氏族、部落就是由人类组成的最早的共同生活的组织,你能说这些组织内的人员没有规则吗?如果没有规则,它们还能够成为组织吗?

2. 从法律的起源来看,法律的起源与国家没

有关系。法律的起源与法律的产生不同。前者是讲法律作为人类现象的形成,后者讲的既可以指法律现象的产生,也可以指具体法律的产生。具体法律的产生,在今天看来,它与国家的确有很紧密的关系,尤其是制定法。但是,法律作为人类社会的现象,其起源就与国家没有任何关系。从法律发展史来看,法律作为人类社会的现象之一,其起源或者与道德规范有关系,或者与宗教规范有关系,或者与图腾禁忌有关系,<sup>[6]</sup>或者与习俗有关系,<sup>[7]</sup>而这些都与国家没有关系。只不过,在人类早期,法律与道德、宗教乃至习俗并不能作形式上的区分,诸种规范合一的现象比较普遍。但这并不能因为形式上不好区分,就否认其事实上的存在。否则,在道德与其他规范分化前,我们是不是也可以说,不存在道德规范、宗教规范和习俗规范了呢?

3. 从法律的实施来看,法律的实施并不依赖于国家。法律对人具有物理上的强制性,这是法律区别于道德、宗教、习俗等的主要之处。当有人违反法律时,国家就会启动其司法机器,对违法者施以强制。在没有国家之前,氏族组织、行会组织、宗教组织就是负责实施法律的主要机构。这些非国家机构与国家司法机构,其在法律实施的职能、性质上并无本质上的不同。即使在国家时代,也有非国家的地区,如前巴基斯坦地区,如果没有规则,那么,那里的人们又如何生活?即使在一个国家内部,这样的组织也是存在的,比如商业行会组织,<sup>[8]</sup>如果没有规则,行会组织又是怎样维持的呢?如此看来,在前国家时代,负责实施规则的机构也是有的,只是我们不把它称作司法机构而已。而之所以不这样称谓,还不是因为那个时候没有国家。

基于以上理由,国家产生前,当然也有一种和我们今天称之为法律一样的规则,它与今天的法律并没有什么不同。如果一定要说不同的话,那就是我们不把前国家时代的规则叫作法律,只把今天的国家制定的规则叫作法律罢了。这就涉及到法律的概念到底如何定义的问题了。如

果说,法律就是国家制定和认可的,并依靠国家强制力保障实施的行为规范,那么在国家产生之前,自然也就没有法律。如果说,法律是人与人之间的行为规范,那么只要存在人与人之间的交往,那么自然也就存在一种对人与人之间的行为进行规范的法则。可是,把前者叫作法律,而把后者不叫作法律,两者到底有什么不同呢?或者说这样区分有什么意义呢?

国家之前有没有法律,这个问题之所以存在:一是,定义的原因。仅仅是法律被说成是“国家制定或认可,并被国家强制力所保障”,而当这个说法成为强势定义以后,前国家时代有没有法律才成为了一个问题。显然,这个问题不是事实之争,而是定义之争。二是,经验的原因。从经验上来看,我们观察到的法律的确是与国家紧密相关,以至于我们很难想象,没有国家的时代居然还有法律。显然,这是经验局限性所导致的理性不足。

前国家时代存在法律,只是,前国家时代是人类历史的初期,其时的法律与我们今天的法律当然会有不同。虽然,前国家法到底是什么样子,经验没有办法告诉我们,但是,逻辑上我们还是可以作一些推导。

1. 形式化程度低。<sup>[9]</sup>前国家时代的法律也是人类社会初期的法律,其形式化程度应该是很低的。形式化程度低使得法律具有很大的不确定性,这又体现在以下两个方面:(1)前国家法律还没有从道德、习俗或宗教中分化出来,诸种规范纠合在一起,法律没有取得单独的称谓,而是以禁忌规则内含在诸种规范之中。附之于宗教的是宗教禁忌,附之于习俗的是习俗禁忌,附之于道德的是伦理禁忌。因此,什么可以做,什么不可以做,因法律附之于不同的规范而有不同的解释,并因其经常性的矛盾而无所适从。(2)前国家时代文字还没有出现或者其使用还不普遍,因此法律主要存在于人们的口耳相传中。口耳相传既是法律得以传播的手段,也是法律得以历史传承的途径。而在执行中,则又主要取决于权

威者的口头解释,比如部落头领、僧侣教父等。口耳相传的形式也极大地增加了法律的不确定性。

2. 科学性程度低。前国家时代的人们对于事物之间存在的因果关系缺乏科学的认识,对于因果关系不明的现象,人们往往借助神明裁判、巫术、仪式等方式,来获得人与人关系的某种确定性。<sup>[10]</sup>比如生育,由于那个时候的人们还不清楚生育与性之间有什么关系,孩子父亲的确认,不同的种族有不同的确认办法。托达人就是一个很好的例子,一个男子和一个女子结了婚,这个男子的弟弟或朋友,都可以和她发生性关系,至于她所生的孩子,就通过仪式来确定,孩子最终归属于那个举行过弓箭仪式的丈夫。<sup>[11]</sup>射中的那个人就是父亲,这当然是不科学的。但这种办法为孩子找到了一个抚养义务的人,这就够了。可见,在确定人际秩序上,用什么方法并不重要,只要方法能为当时的人们所认可就可以了。

3. 文明程度低。什么叫文明?文明与野蛮相对,生物本能经常作为其区分的参照标准。一般来说,越是接近本能,就越是被人们认为是野蛮;反过来,越是对本能的克制,就越是会被人们认为文明。以解决纠纷为例,通过打斗来解决的,就被认为野蛮;通过讲理方式来解决的,就被认为文明。原因就是,打斗与动物本能接近,而讲理则被认为是对动物本能的约束。人类的生物本能是随着历史的进化而逐渐被抑制的,可见,文明是一个历史的过程,而不像野蛮一样是人类起源的伴生物。这就可以想象了,前国家法的野蛮性,相对于历史后来的法律也就格外突出,同态复仇就是典型。当然,可能有人会说,同态复仇并不是法律。是不是法律,也要看你从哪个方面来讲。如果你从自然法学观点来看,所谓恶法非法也,那它当然就不是法律。只不过,这种“非法”的说法针对的是其正当性,并不能抹杀它的事实性,并且,即使是正当性的评价,古人的评价标准也与今人不同。所以,我们可以这样说,在前国家法时代,同态复仇作为一种人际纠纷处理的规则的确是存在的,只是很野蛮而已。

总结一下,形式化程度也好,科学性程度也好,文明程度也好,都是程度性的标准。程度性之间具有连续性,虽然程度性的两端是非分明,但中间的区分却并不明显。以科学性程度为例,人类初期与今天相比,科学性程度的差异当然非常明显;但是,在人类的历史长河中,以某个确定的时间点来划分,其前后就很难判然有别了。这就表明,形式化、科学性以及文明作为前国家法和国家法的区别就具有相对性。而这个相对性也就再一次证明了,将前国家法与国家法区别为两种不同的社会现象,只说后者是法律,而说前者不是法律,是多么武断和没有道理。

## 二、国家时代的法律

国家时代的法律与国家的关系非常紧密,这主要体现为国家法就是国家时代的产物。国家是人类历史发展到一定阶段的产物。国家是由土地、人口和政府组织结合在一起的实体。土地是国家的构成要素之一,这与大多数动物都具有领地本能有关系。所以,历史上,大多数的战争和暴力,其主要目的就在于对土地资源的争夺。除了土地以外,人口也是国家构成的要素,人对于土地的依附关系,是国家形成的原因和动力。没有人,只有土地,不能形成国家,如南极;有人,没有土地,也不能形成国家,如以色列建国前的犹太人。有人,有地,但离开了政府组织,那也不是国家,如北美洲在欧洲人发现之前的状态。因此,我们可以这样认为,土地、人口是国家产生的基础,而政府组织则是国家产生的标志。将这三个要素与法律联系起来,我们就可以看出,随着政府组织的出现,法律与国家的关系就几乎同构在了一起,具体体现在以下几个方面。

### 1. 国家对于法律资源的垄断

国家产生之后,国家也逐渐将法律资源垄断于一身,垄断它的生产途径,也垄断它的实施方式。国家创设了专门的立法机关来负责法律的生产,并创设了专门的司法机关来负责法律的实施。国家之外的法律完全依附于国家而不能自

足。同时,法律凭借国家的力量也使自己一跃成为主要的规范工具。在国家力量的支持下,其他社会规范,诸如宗教规范和道德规范纷纷让位于法律规范。无疑,在国家时代里,法律之所以具有特殊的强制性和普遍的约束力,其原因并不在于法律本身,而在于国家。<sup>[12]</sup>

当然,国家垄断了一切法律资源,这样的观点可能与我们的经验感觉并不一致。在国家之外,存在一个与国家相对的社会,社会也是法律规范的来源之一。民间法、习惯法、行业法,等等,不一而足。我们今天许多的商事法律,它的原初就是行业组织自发形成的规则,与国家完全没有关系。是的,事实的确如此。但我们不要忘了,在国家时代,奉行的是司法最终解决原则,因此,这些所谓的非国家法,它最终有没有效力,还是取决于它能不能获得国家法的认可。也就是说,最终能否获得司法支持,这是判断一项规则实际上是不是法律的标准。当然,人们可以选择仲裁,而避开司法。但是,仲裁的法律效力最终还是依靠国家法的赋予,司法对仲裁采取或承认、或否认的态度就是国家法效力的体现。当然,国家法之所以要对非国家法采取某种承认的态度,也的确是因法律本身的局限性,而采取的现实主义态度,其承认的条件就是非国家法不得挑衅国家法的权威。总之,是不是法律,国家保留了最后的发言权。注意,国家的确是经常不发言,但不发言并不表明它就放弃了发言的权力。

开篇所提及的法律的国家定义,即由国家制定或认可的规范,其中,认可就是针对这些非国家法所说的。可见,法律的国家定义,在国家时代还是成立的。不然,如果说在国家时代,国家也没有垄断法律,那么,法律的国家定义就连这么一点点的空间也没有了。我们不同意的是,法律的国家定义只是忽视了前国家法和后国家法的存在,而不是说,其在任何时代都是错的。

### 2. 法律对于国家的作用

无论如何理解法律,法律可以作为政府治理国家的工具,这是无可争议的。而国家之所以要

垄断法律资源,其主要的目的也就在于此。法律具有重要的秩序化功能,政府可以通过法律强行创造和维持某种欲求的秩序。其中,国家的政权组织就是法律秩序化的体现。无论是在封建专制国家还是在现代法治国家,法律都充当了维持国家秩序的工具。只不过,现代法治国家,依法治国是其唯一的治理工具,而在封建专制国家,除了依法治国外,还可以依其他来治理国家罢了。从历史来看,即使是绝对的独裁者,也从来没有完全放弃过法律的治理手段。

当然,在封建专制国家,如果君主完全依赖于法律提供的暴力资源来治理,那么就有可能沦为暴政,从而为其灭亡埋下伏笔。因此,即使是最严苛的暴君,他也会在长治久安的目标下,希冀自己的权力能被人民所接受。这就涉及到执政的合法性问题。历史上,君权世袭就被当时的人们认为是正当的,所以,人民在很大程度上倾向于服从世袭的君主。而那些篡位的人和夺权的人,之所以容易失败,一个重要原因就是他的权位不具有合法性,从而很难获得人民的追随。

但是,随着封建时代的终结,世袭作为君权正当性的观念逐渐为人们所唾弃,同时,人民的意愿作为执政的正当性则越来越受到重视。而人民的意愿,其表现形式往往借助的就是法律。通过某种反映民意的方式而被法律确认的权力,这在今天几乎成了执政合法性的唯一来源。当然,法律赋予权力的正当性,不仅体现在政府整体权力的来源上,也体现在公务员的具体权力上。一个公务员的权力的正当性,当且仅当其权力来源于法律明文规定时,它才是成立的。这就是权力法定原则。由此可知,权力法定不仅是对权力的约束,也是权力正当性的证明。

### 3. 法律对于国家的限制

法律为国家治理人民提供了治理工具,但也为人民对抗政府提供了工具。对抗反映的只是双方利益相反时的博弈关系。国家与人民利益只要存在冲突,双方就会形成博弈的关系。因为,在双方利益相反的情势下,一方利益的扩大

就是另一方利益的缩小,甚至是牺牲。所以,那种认为个人利益、集体利益和国家利益是一致的观点,既不符合逻辑,也不符合事实。在这种情势下,其博弈的结果经常是强者占优。在国家时代,国家垄断了所有的暴力资源。如果政府权力没有外力的约束,那么国家就一定会成为超级利维坦,可以将任何一个个体碾成粉末。而人民能够指望的就是法律。无论是什么性质的国家,法律都是人民对抗国家压迫的最重要的工具。

有人可能想不通,你前面明明是说,法律是国家治理人民的工具,怎么现在又反过来说,法律成为了人民对抗国家的工具呢?是的。但是我们要明白,法律相当于是一个事先制定好的游戏规则,这个规则公平不公平我们先不说,但有规则总比没有规则要好。没有规则,强者想怎么样就怎么样,弱者没有一点回旋的余地。有了规则,虽然它是强者制定的,也一定是有利于强者的,但规则至少为弱者争得了回旋的余地,哪怕这个余地是一点点的,那也比没有余地要强。为什么?就是因为国家在制定规则的同时,也受到了法律的约束。虽然理论上,君主对于法律有用则用,无用则废,但对法律采取绝对无视态度的君主,在历史上少之又少。所以,法律就是把双刃剑,既是国家治理人民的工具,又是国家自我束缚的工具。

人民对抗国家良好的均衡状态就是法治。国家自产生以来,人类的体能暴力完全被国家收归国有了,其他任何的个人暴力均被视为非法。在暴力资源完全国有化的情势下,人们有理由担心国家对于暴力资源的滥用。国家集暴力资源于一身,因此,其作恶的能力也就超强,任何民间力量都不是其对手。怎么办?洛克说,人民在转让一部分权利给国家时,还保留了基本的权利,人身权、财产权和追求幸福的权利是不转让的。如果国家侵犯了人民的这些基本权利,那么政府也就违约了,那么人民就可以收回政府的权力。可见,在法治的潜意识里,权力被假定为恶。所以,法治的治理重点是权力,而不是人民。权力

法定、程序法定,就是人民基于对权力的恐惧,而打造出来的铁笼子,将权力关了进去。

国家法既然与国家须臾不可分离,这就使得国家法打上了深刻的国家烙印,显然不同于前国家法,这主要体现在以下几点:

1. 建构性。前国家法具有很强的自生自发性,自发地生长,自发地变迁。与此相对,国家法则是国家主动建构的产物,制定也好,修改也好,都离不开国家的立法活动。即使是对于那些所谓的民间法、习惯法等非制定法,国家也保留了是否承认为法律的权力,<sup>[13]</sup>这就是法律的国家定义所说的“制定或认可”的两种方式。当然,这也再一次说明,法律的国家定义,当且仅当是在国家时代时,它才是成立的。因为,只有在国家时代,才有所谓的国家对于法律的“制定”和“认可”。<sup>[14]</sup>

2. 意志性。国家对于法律的“制定或认可”,包含了国家的意志性。制定什么,不制定什么,认可什么,不认可什么,反映了国家的选择。国家可以通过“制定”和“认可”来表明国家的态度,支持什么,反对什么,意志性特点十分明显。法律的国家定义将法律的国家意志称之为统治阶级意志。因为,在他们看来,国家意志主要来自统治阶级。而与此相对,前国家时代,没有国家,也没有阶级,所以,法律也就不存在什么国家意志,也不存在什么阶级意志,自生自发的方式决定了前国家法的自然性,而非意志性。这也再一次说明,法律的国家定义,当且仅当是在国家时代时,它才是成立的。

3. 形式化。在人类规则进化的历史过程中,法律与其他规范逐渐产生分化,而趋于成为独立的规范体系。特别是,随着国家的产生,国家创设了专门的立法机关来负责法律的制定,从而,法律的生产过程能够相当方便地添入人工因素,以至于法律呈现出不断形式化的趋势。在国家时代,立法者通过大量运用符号、数字以及强制性的定义等方法,来改变日常语言的语义,从而法言法语与日常语言也越来越分离。法律的形式化,其目的是为了保证准确,以提高司法的精确性。

### 三、后国家时代的法律

从人类历史来看,国家自产生以来,经历了一个不断强化的过程,主权神圣不可侵犯就是不断强化的结果。二次世界大战以后,国际组织纷纷建立,国家主权不断被限制,国家又进入了一个反向发展的方向。这就给人们提出了这样一个问题,如果国家一直循着这个方向发展下去,国家最终会消亡吗?

前面已经讲过,国家包括三个要素,人口、土地和政府。国家会不会消亡,当然这是在假定人类还存在的前提下来讨论的。如果人类消亡了,人类所有的现象也就都不存在了,当然也包括国家,这个时候,当然也就不会有国家会不会消亡这个问题?正如,人们不会问:人类消亡后,还有家庭吗?还有法院吗?还有社会吗?所以,讨论国家会不会消亡,其实讨论的是作为划分土地范围的国家,以及作为国家的政府组织是否存在。由于政府组织附属于国家,与国家共始终,皮之不存,毛将焉附,因此,后一个问题也就被第一个问题所吸纳了,两个问题合并为一个问题。

春秋战国时期,中国大地由许多诸侯国组成,后来各诸侯国相互兼并而成为几个大的诸侯国,再后来,秦朝统一,诸侯国最终合并成了一个国家。在这个过程中,诸侯国不断消亡,更大的国家不断产生。国家的数量不断减少,但国家的范围则不断扩大。最终,国家还是没有消亡,只是数量变少了,变成了一个国家。循着这个方向思考,如果这个兼并的过程进一步发展,那么,地球上也就可能只存在一个国家,以前那些林林总总的国家都不会存在。假设这种情形真的出现了,那么,我们可以说国家消亡了吗?既可以说消亡了,又可以说没有消亡。说消亡了,是因为,在人们的经验中,国家是一个相对于其他国家而存在的主权概念,没有了相对的其他国家,也就没有了自身。就好比,假设世界上都不存在其他

什么国家了,那么也就没有“中国”这个概念了。说没有消亡,是因为,我们完全可以把世界理解为一个国家。在这一意义上,国家并没有消亡,只是其存在的形态发生了变化,世界变成了一个国家而已。显然,我们今天所讨论的“国家会不会消亡”中的“国家”,只能是指作为“主权意义的国家”,而不是指“全球性的国家”,因为后者不是国家消亡的问题,而是新型国家产生的问题。

主权“是一个关于政治权力如何行使或应该如何行使的概念或主张”,<sup>[15]</sup>旨在为明确的领土划分的排他性地缘控制提供理论支持。“主权学说构成了一个在概念上相互隔离、互不相连的世界,在某种程度上它是由一些威胁和被威胁的共同体组成,还伴随着对‘国家’崇拜。”<sup>[16]</sup>主权意义的国家,它会不会消亡?对这个问题,我们没有办法通过实践来检验,我们只能通过观察以及逻辑来作出一些预测。而既然是预测,当然也就不具有必然性。从人类已经走过的历史轨迹来看,全球化越来越成为不可抗拒的历史发展趋势。在这个趋势中,国际贸易越来越将每一个人编织在一起;在这个趋势中,人权、民主、自由、法治等价值观也越来越普及;在这个趋势中,信息传输技术则为全球化的信息交流提供了畅通无阻的便利。历史清楚地表明,全球化的步伐一旦启动,其进程就无法逆转。由此可见,以全球化的视角来看,国家主权几乎已经丧失了原有的意义和魅力。<sup>[17]</sup>全球越来越成为一个村了,而随着国家主权的日趋孱弱,即使国家最终不会消亡,历史也将步入一个不同于国家主权的时代。

虽然历史可能会步入一个不同于国家主权的时代,但国家是否最终会消亡,仍然未可预知。不过,这并不妨碍我们讨论,如果国家消亡以后,法律是否还存在。我们前面反复讲过,法律是规范人际关系的规则,其是否存在的前提是有没有人类交往,而不是有没有国家。这一点,在前国家时代就已经得到了证明。因此,后国家时代有没有法律,其实就是有没有人类交往的问题。很

明显,这是一个伪问题。无论有没有国家,只要有 人类,法律就一定会存在。虽然,国家不会与人类相始终,但作为人与人交往的规则,则一定会与人类不离不弃。

只要存在社会,只要人与人还要打交道,那么,不管有没有国家,都不可能没有法律。这也就再一次证明,法律的国家定义是多么的狭隘。当然,如果我们一定要把前国家法和后国家法都不叫作法律的话,那么,法律的国家定义还是能够自圆其说的。这样定义,当然保证了其理论的正确性,但保证理论正确又有什么意义呢?当然,在后国家时代,由于没有了国家,法律也就只能表现为非国家法的形式。由这一前提决定,后国家法与国家法不同,我们可以从以下几个方面来分析。

第一,从产生的途径来分析。在国家时代,法律由国家制定或认可,没有了国家,法律产生的这一方式也就不存在了。但是,没有了政府组织,并不等于就不会有其他组织。社会组织将大量产生,并会迅速填补国家组织消亡后所留下来的空白。因此,在后国家时代,国家立法机关所垄断的立法职能,很可能就被社会上其他各种各样的组织所分享了。后国家时代社会组织的多样性,决定了后国家法产生途径的多样性。

第二,从适用的范围来分析。在国家时代,一般来说,法律在国家主权范围内才是有效的。后国家时代,国家没有了,依照主权来确定法律适用范围的做法显然也就不存在了。由于后国家时代的法律,是由不同的社会组织所制定,因此,法律的适用范围也就可能会依据社会组织的性质来确定。由于社会组织常常带有行业的特点,因此,后国家法的适用范围也就可能出现依照行业、依照案件性质来确定其法律适用的范围,那种在国家法时代,法律主要根据地域来确定其适用范围的做法将会大大减少。

第三,从保障实施的力量来分析。在国家时代,国家设立了专门的司法机关,通过国家的强制力来保障法律的实施。由于后国家时代的法

律是由不同的社会组织所制定的,所以,不同的社会组织,其确保规则有效性的方法也肯定不同。不同的组织可能会有自身的裁判机关,并可能依据不同组织的性质而产生不同的法律效力。这也是后国家时代,法律实施所呈现出来的,不同于国家时代的特点。

第四,从法律的平等性来分析。国家时代有封建专制国家和现代法治国家之分。在封建专制国家里,人与人之间的关系不平等,执政者与公民构成上下等级关系,法律成为统治阶级统治公民的工具,公民只能被动地遵守法律。在现代法治国家,虽然,人与人的关系是平等的,公民是相互治理的关系,但是,国家主权仍然将世界隔离成若干个法律王国,人与人的平等只限于一国之内,并在国家主权与世界人权的对峙中被不断消解。在后国家时代,随着国家主权的消亡,阻碍平等普遍适用于全人类的那堵“墙”也就不存在了,人类孜孜以求的平等从而可以彻底地实现。周永坤教授认为,那个时候的人民是“世界公民”,与国家时代的“国家人民”迥然不同。<sup>[18]</sup>

当然,上述特点只是逻辑上的推导,并没有经验上的根据。不过,当下国际法不断涌现,其产生的途径、适用的范围、保障实施的力量,以及国际人权的不断适用,法律越来越呈现出去国家化的倾向,这或许也是对后国家时代法律的可能存在,以及存在的特点所作的某种暗示。既然,我们已经接受了当下国际法的概念,也就等于宣布了法律的国家定义是不成立的,那我们还有什么理由不承认后国家法的概念呢?

### 注释:

[1] 张文显主编:《法理学》(第三版),北京:高等教育出版社、北京大学出版社,1999年,第194-201页。  
 [2] 张文显主编:《法理学》(第三版),北京:高等教育出版社、北京大学出版社,1999年,第76-78页;孙国华主编:《马克

思主义法理学研究——关于法的概念和本质的原理》,北京:群众出版社,1996年,第481页;吕世伦、文正邦主编:《法哲学论》,北京:中国人民大学出版社,1999年,第201-203页;孙笑侠主编:《法理学》,北京:中国政法大学出版社,1996年,第12页。

[3] 梁兴国:《法的起源:国家性、伦理性、公共性及其它》,《政治与法律》2010年第8期。

[4] 转引自[英]彼得·狄肯斯:《社会达尔文主义——将进化思想和社会理论联系起来》,涂骏译,长春:吉林人民出版社,2005年,第14页。

[5] [美]A·蒙托雷:《用系统进化方式看待创造性》,E·拉兹洛的贡献,[美]D·洛耶:《进化的挑战——人类因对进化的冲击》,胡恩华等译,北京:社会科学文献出版社,2004年,第116页。

[6] 廖扬:《图腾禁忌与法的起源》,《贵州民族研究》1998年第1期。

[7] 李保平:《从习惯、习俗到习惯法——兼论习惯法与民间法、国家法的关系》,《宁夏社会科学》2009年第2期。

[8] 毛健铭:《西方商事法起源研究》,《现代法学》2002年第6期。

[9] [18] 周永坤:《法理学——全球视野》(第二版),北京:法律出版社,2004年,第522、534页。

[10] 杜文忠:《神判与早期法的历史演进》,《民族研究》2004年第3期。刘志松、于语和:《神·人·法:纠纷解决模式从权威到规则的演进》,《山东大学学报(哲学社会科学版)》2010年第3期。

[11] 费孝通:《生育制度》,北京:商务印书馆,1999年,第73页。

[12] 付子堂:《法理学进阶》,北京:法律出版社,2005年,第289页。

[13] 于语和、刘顺峰:《民间法与国家法的关系探究——一种基于法律渊源视角的考察》,《北京理工大学学报(社会科学版)》2013年第5期。

[14] 自生自发和建构是哈耶克提出的两种秩序生成方式的概念,参见[英]弗里德利希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》(第一卷),邓正来等译,北京:中国大百科全书出版社,2000年,第55页。

[15] [16] [澳]约瑟夫·A·凯米莱里、吉米·福尔克:《主权的终结?——日趋“缩小”和“碎片化”的世界政治》,李东燕译,杭州:浙江人民出版社,2001年,第13页。

[17] [英]齐格蒙特·鲍曼:《共同体:在一个不确定的世界中寻找安全》,欧阳景根译,南京:江苏人民出版社,2003年,第135页。

[责任编辑:邹秋淑]