民法祈求权基本与国内法学发展特殊现象与制度文化简介

王冠玺

壹、祈求权基本思维办法与民法教学研究

一、民法学习、教学与研究

(一)老式办法

1.课堂讲义：概念体系解说 2.议论题考试办法 3.教科书与论文

(二)德国经验

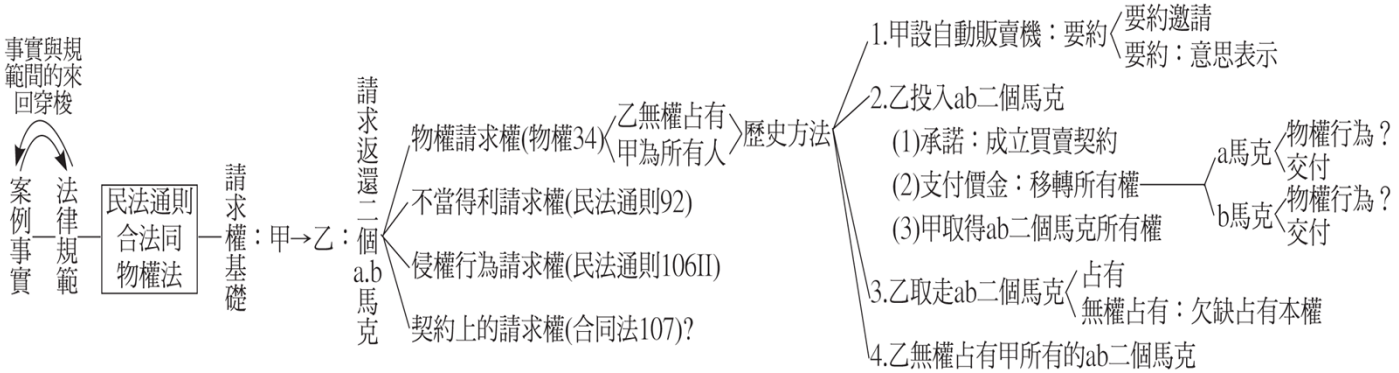
1.在海德堡大学上课案例

甲在大学某处设饮料自动贩卖机。乙投入 a.b 二个一元马克，购一罐咖啡。咖啡出来后，a.b 二个一元马克因机器故障跳出，乙见到处无人，乃取该二个一元马克放入口袋。试阐明甲与乙间法律关系。

2.法律图书馆日夜座满了撰写实例研习(Übung)学生作业修改与解说

3. 在法学院处处听到一句话：何种祈求权基本：was für eine Anspruchsgrundlage?

(三)祈求权基本思考办法



二、实例演习功用及实例设计

(一)实例演习功用

1.培养法律思维能力 2.更精准掌握法律概念体系 3.解决实务问题

(二)实例设计

1.实例来源(1)法院判决(2)学说争点

2.实例题上事实

(1)法律上有关或无关事实(2)事实认定与解释

3.实例题问题提出

(1)甲对乙得否祈求交付某物？(2)甲对乙得主张何种权利？(3)甲与乙间法律关系？(4)当事人间法律关系如何？

祈求权基本寻找，是解决案件核心工作。在某种意义上，案件之解决，即在于寻找祈求权基本。惟祈求权基本探寻并非易事。此常须法律解释，以类推合用弥补漏洞，甚至是创造法律。而在谋求一定之祈求权基本规范时，必要明确详细地指出该款祈求权基本，而不应笼统地表达：「根据民法规定，甲应向乙返还 A 物。」；亦不能谓：「依公平诚实信用原则，甲得向乙祈求减少价金之支付。」即便是在判决中罗列数个条文，而未经详细逐条论证，则此一法条之引用（祈求权基本探寻），也未臻精准。凡此种种，除了涉及诉讼标理论之外，对于当事人权利之保障周全，亦甚关于系。本文即以此为核心，以案例阐明祈求基本思维方式，并援引存在法律漏洞之法律与司法解释觉得辅助阐明。实例分析：

（一）、★例：甲借给乙一本书，乙向丙谎称该书为其所有而卖给丙。

分析：

1、根据《合同法》第 51 条[1]规定，乙丙之间买卖合同效力待定。在此情形丙有无获得所有权？民法通则未规定（学者看法均认丙可善意获得），[2]假设该书价值一千元，乙卖出价格亦为一千元，试问甲得向乙主张什么？假设乙系以一千两百元出售给丙，在国内现行法律能否找到一条文支持乙向丙祈求一千两百元？

2、丙善意获得该书所有权后，甲之所有权消灭，甲得向乙主张什么？（1

[1] 《合同法》第 51 条规定：无处分权人处分她人财产，经权利人追认或者无处分权人订立合同后获得处分权，该合同有效。

[2] 最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题意见（试行）》第 89 条指出：共同共有人对共有财产享有共同权利，承担共同义务。在共同共关于系存续期间，某些共有人擅自处分共有财产，普通认定无效。**但第三人经批准有偿获得该财产，应当维护第三人合法权益**；对其她共有人损失，由擅自处分共有财产人补偿”

)、依合同主张？不太清晰。(2)、依无因管理主张？《民法通则》第 93 条[3]规定不太清晰，要件不具备。(3)、依不当得利主张？《民法通则》第 92 条[4]规定不太清晰，要件、效果不具备。不当得利是很庞大法律制度，但国内规定太简朴。(4)、依侵权行为损害补偿主张？《民法通则》第 117 条[5]规定：第一款侵占、第二款损害，祈求损害补偿要件都不太符合。

3、由此可知，祈求权基本在这个简朴案例中，根据国内当前民法典，都不明确。此表达立法者仅系极其原则性地解决问题，其自身实务经验局限性，对问题体会与发现都不够；故此法律之规定，缺少想象力与预见力。

（二）、★例：甲在校园内摆设自动贩卖机，乙投入三个一元硬币购买一瓶咖啡。问题 1、如果咖啡跳出来了，还跑出了十个一元硬币，乙把咖啡与钱都带走。试问当事人间法律关系如何？如果乙将这十个一元硬币，拿其中两元去买个面包，剩余五元存入银行，剩余三元又在该贩卖机买一瓶咖啡，当事人间之法律关系如何？如果乙在一开始所投入三个一元硬币，A 硬币是自己，B 硬币是偷来，C 硬币是捡到，当事人之间法律关系又有何不同？

分析：

自耶林以来，祈求权基本在德国大学即已流行，在其他国家，如奥地利、瑞士等其他继受德国法法律地方，都是如此。当前较惯用解决案例办法，仍是祈求权基本办法，而不是用历史上事态发展办法去思考。例如十个一元硬币跳出来，乙拿去买面包，当事人关系如何？并非观测历史上事态发展如何，而是看能向她祈求什么？例如能否祈求侵权行为损害补偿？不当得利？…。

祈求权基本办法、意义与规范结

祈求权基本（Anspruchsgrundlage），系指得支持一方当事人得向她方当事人有所主张法律规范。易言之，即谁得向谁，根据何种法律规范主张何种权利。

---

[3] 《民法通则》第 93 条：没有法定或者商定义务，为避免她人利益受损失进行管理或者服务，有权规定受益人偿付由此而支付必要费用。

[4] 《民法通则》第 92 条：没有合法依照，获得不当利益，导致她人损失，应当将获得不当利益返还受损失人。

[5] 《民法通则》第 117 条：侵占国家、集体财产或者她人财产，应当返还财产，不能返还财产，应当折价补偿。损坏国家、集体财产或者她人财产，应当恢复原状或者拆价补偿。受害人因而遭受其他重大损失，侵害人并应当补偿损失。

例如：甲能否向乙祈求卖书一千两百元，或者甲能否向乙祈求返还从贩卖机跳出来十个一元硬币。祈求权基本，即得以支持某人向其他人所提主张之法律规范。必要对法律非常理解，才得以找出祈求权基本，在引据祈求权基本之时，亦必要力求精准。不能仅以“依公平正义原则”、“依民法规定”、“依《民法通则》规定”、“依侵权行为规定”，或“依《民法通则》第117条”而为主张。以第117条为例，该条有三款，即应清晰指出系依该条中哪一款中哪一段，或是系对某条、某款、某段类推合用。必要精细至此，才得以进行法律涵摄、法律解释合用问题。

在民法典中，祈求权基本条文不多，非属此之其他条文可分为两类：一是定义性条文，如《民法通则》第11条[6]；一是补充性条文，如《民法通则》第134条[7]。系属祈求权基本条文，可将其分解为要件和效果，如《民法通则》第117条第一款：“侵占国家、集体财产或者她人财产，应当返还财产，不能返还财产，应当折价补偿。”事实上该条并不完整，如将整个民法条文重新组合，该条则可变为“公民、法人（第106条[8]「归责原则」）由于其过错或不害（第128、129条阻却违法）侵害国家、集体财产，侵害她人财产、人身，应当折价补偿。”事实上，该条要件并不清晰，必要通过许多法条之合力重组才干完整。也有条文规定了什么是公民，什么是法人，这是定义性规定。第134条，规定了承担民事责任办法，就属于补充性规定。民法或者其他法律可作为祈求权基本条文并不多；其他条文都只是定义性规定或者补充性规定，这些并不是很重要。但要的确把握那些祈求权基本条文，重新将其组合，这对理解法律极有协助。亦即要重构其祈求权基本。

---

[6] 《民法通则》第11条：十八周岁以上公民是成年人，具备完全民事行为能力，可以独立进行民事活动，是完全民事行为能力人。十六周岁以上不满十八周岁公民，以自己劳动收入为重要生活来源，视为完全民事行为能力人。

[7] 《民法通则》第134条：承担民事责方式重要有：（一）停止侵害；（二）排除妨碍；（三）消除危险；（四）返还财产；（五）恢复原状；（六）修理、重作、更换；（七）补偿损失；（八）支付违约金；（九）消除影响、恢复名誉；（十）赔礼道歉。以上承担民事责任方式，可以单独合用，也可以合并合用。人民法院审理民事案件，除合用上述规定外，还可以予以训诫、责令具结悔过、收缴进行非法活动财物和非法所得，并可以依照法律规定处以罚款、拘留。

[8] 《民法通则》第106条：公民、法人违背合同或者不履行其他义务，应当承担民事责任。公民、法人由于过错侵害国家、集体财产，侵害她人财产、人身，应当承担民事责任。没有过错，但法律规定应当承担民事责任，应当承担民事责任。

祈求权基本办法最能在详细案例上贯穿、组合、综合运用分散于民法各编规定，此种法律思维办法与民法编制体例具备密切不可分离关系。关于祈求权基本办法，应注意如下思考环节：（一）、的确理解案例事实；（二）、针对所提出问题；（三）、来回穿梭思考于案例事实与法律规范之间；（四）、问题详细化；（五）、祈求权基本检查及选取；（六）、祈求权基本要件分解及涵摄。

“来回于详细事实和抽象法律规范之间”，从事实去找规范，从规范再去重新认定事实，这样来回，就能建立一种基本法律构造、思考办法。如果能画一种图，会有很大协助。

★如何去找祈求权基本非常重要，有其检查思考顺序性：

（一）、合同。要先找合同，其因素非在于对或错，而系出于出于思考经济，避免重复。接如果当事人间有合同关系，则可以先检讨合同法第 135 条（买卖标物交付）、第 159 条（价金之支付）及其直接有关条文，以及第 144 条…155 条（物之瑕疵担保责任）、第 150 条…（权利瑕疵担保责任）；之后再检讨合同法第 107 条如下之违约责任。而对每一种祈求权基本，都要分析其要件、效果。自己整顿一种图出来，弄得像报纸同样大，贴在天花板上。康德说：“在我心中，是道德法则；在我头上，是繁星天空。”“在我心中，是道德法则；在我头上，是法律之体系。”看着这样祈求权基本要件和效果整顿图，能感受到法律之美，感受到法律体系之庄严。

（二）类似合同。此系指其与合同关于，与合同较接近之类型。如国内《合同法》第 42、43 条之缔约过错责任；第 48 条之无权代理、第 58 条之合同无效、被撤销或终结等规定。吾人应将其要件与效果整顿出来。

为什么先要考虑合同之后再考虑类似合同？由于合同生效时，就不会有类似合同问题发生。

（三）、无因管理。对无因管理而言，合同系属前提问题。对不当得利与侵权行为而言，无因管理系属前提问题，由于无因管理为受有利益之法律上因素，而适法之无因管理得阻却违法。

（四）、物上祈求权。1. 所有人物上祈求权（所有物返还祈求权、所有权妨害除去祈求权、所有权妨害防止祈求权）；2. 占有人物上祈求权。

物上祈求权应先于不当得利或侵权行为损害补偿祈求权加以检讨，其重要理由系这些祈求权均与物权变动具备密切关系，而物权变动常为前提问题。例如：甲偷乙轮胎装配其车，擅自以丙油漆其车时，当事人法律关系，要视

轮胎及油漆归属而定。就乙轮胎而言，其被装配於甲车时，并未因附合而成为甲车重要成分，其所有权仍属於乙，因此乙得以向甲主张所有物返还祈求权、无权占有返还祈求，以及侵权责任等。反之，当丙油漆被漆於甲车时，即因附合而成为该车重要成分，而由甲获得其所有权，此时丙仅得依不当得利规定向甲祈求偿金，或依侵权责任规定祈求损害补偿。

（五）、不当得利。合同、无因管理为不当得利祈求权前提问题。而物权变动与其有密切关系，故其检讨顺序位列其后。国内当前不当得利仅《民法通则》第 92 条[9]一种条文，甚不完备。由于不当得利有两个功能：1、合同失败之后，得依不当得利调节当事人间法律关系，可以据其祈求返还不当得利；2、不当得利可以补充侵害她人权利之局限性。例（1）、甲未得乙同旨在乙之屋顶悬挂广告，此时乙得向甲主张什么？由于屋顶没有坏，不得主张侵权行为，彼此间亦无合同关系。但可主张不当得利，由于该屋之使用利益本应当归乙享有，故产生不当得利；例（2）、甲未经乙我批准使用了乙停车场，乙原则上得向甲主张侵权行为损害补偿，但侵权行为成立必要符合故意或过错等要件。如乙根据不当得利规定项甲主张使用利益之返还，及无此一限制。从比较法观点来观测，英国法之 Contract 和 Torts 特别发达，但这几年英国法最重要发展即为不当得利（unjust enrichment），在债发生因素上，其与 Contract 和 Torts 鼎足而立。若干民法典起草人也许觉得，由于民法不采物权行为无因性理论，得以主张不当得利之机会即会大幅减少，实则否则，其仅系有所影响。不当得利某些规定简陋，对当事人权利之保护即有明显影响。故之，日后于法典上以及多元造法上均应予以补充。

（六）、侵权行为。侵权行为损害补偿祈求权之因此列后检讨，因其不为其他祈求权前提问题。故其得与合同上祈求权（特别是债务不履行之损害补偿祈求权）、物权关系上祈求权及不当得利祈求权竞合并存。国内大陆民法学上研究最有成就某些之一即是侵权行为，这一某些也最为庞大。仔细分析现行民法上侵权行为规范，可将其区别为普通侵权行为（《民法通则》第 117-120 条）和特别侵权行为（《民法通则》第 121-133 条）；其中第 121 条规定国家责任，第 122 条规定产品责任，第 123 条规定环保责任…等。惟将其要件仔细研究时可发现，其规范意旨并非清晰，究竟系采过错责任？推定过错责任？还是无过错责任？并未清晰表述，以致各家争议不休。如能将特别侵权行为之祈求权基本，在重组、完补之后整顿出来，对国内法学发展将有协助。

---

[9] 《民法通则》第 92 条：没有合法依照，获得不当利益，导致她人损失，应当将获得不当利益返还受损失人。

在组合祈求权基本时，尚得以另一种思考方式来建构。以损害补偿祈求权为例，即可从不同角度去组合，如合同上损害补偿、类似合同上损害补偿、无因管理上损害补偿、物权关系上损害补偿、不当得利上损害补偿、侵权行为上损害补偿…等。如此即可用损害补偿将条文系统地组织起来。如此在遇到案子时候，或实例题之候，即可依循顺序，每一项都彻底地去思考。（七）、其他。民法上之祈求权，除上述之外，尚有许多特别规定，如基于相邻关系所发展出祈求权、遗失物拾得人保管费用祈求权、共有人祈求权、基於亲属继承关系而生祈求权…等。

民法上重要祈求权检查顺序，原则上应依序检讨，切勿专凭直觉任意寻找一祈求权基本予以对付。其重要理由有三：1、可养成慎密思考之习惯；2、避免漏掉；3、可的确维护当事人之权益，由于各个祈求权构成要件、时效、举证责任及法律效果，多有不同，主张何者，关系至巨。[10]

念法律之人最重要能力，在于彻底地思考，每一种也许主张关系都要去想、去检讨、去认定有无具备。如果担任律师，有当事人向你表达想要向她祈求损害补偿。你就说，让我想一想，也许 5 分钟后，你已经将所有也许发生祈求权基本从头到尾想过一遍。然后你可以告诉她说，你在咱们中华人民共和国民法上，没有祈求权。你讲这句话，是多大自信。你这句话肩负着多大法律责任。这就是说，你已经所有通盘理解。或者你可以说，你可以主张合同或者侵权行为，合同是根据第几条，侵权行为是根据第几条，只有这两条。之因此可以具备此种能力，在于平时要有系统地整顿、通盘地理解。彻底地思考，是一件非常重要事情，不要跳跃。

祈求权基本如果这样话，就没有什么大意思，就是一种技术问题。台湾一位伟大法学家王伯琦先生，此前在法国念书，日后在台大教书近年。她写过一篇文章叫《法学，科学乎？技术乎？艺术乎？》我想她答案固然很明白，是三者兼具。法学是个技术，解释、合用、练习、操作实例题，我今天讲这个东西，你不要觉得你就会写了，你还是不会写。要写上 50 个实例题或者至少 20 个实例题之后，你就开始会，并且终身受用不尽。实例思想能更精密，法律就能念得更精准。技术，需要 practice。Practice maks perfect。要始终写，写了改，改了写。在德国时候，考试就考实例题，一切都是实例题。在德国路上，在餐厅吃饭，学生讨论都是，甲可以对乙主张什么。（笑声）祈求权基本在哪？138 条。你说不是噢，138

[10] 王泽鉴：《法律思维与民法实例》，台湾：王慕华发行 1999 年版，第 90-91 页。

条要件不具备。那咱们类推129条好了。类推好象是太多吧。那咱们创造一种好了。我在德国念书时候，处处听都是祈求权基本。我自己写了一本书，关于祈求权基本，在台湾，法院判决，教师上课，学生念书，都在用它。

实体法制式很重要，但是它会变更。念法律重要是思考办法，思考办法有了话，就可以解决所有事情。祈求权基本是一种思考办法。因此它是一种技术，要每天写、经常写，写了跟同窗讨论经常又改。讲实例题，讲成这样子，学生就会觉得，噢，本来是这样美妙！她就会对你佩服。因此这是一种技术，是一种科学性强，有体系、要论证、要说理过程。

实例题要解答得较好，体当前两个层次上：一种是构造（structure），一种是内容层次，到达一种艺术境界。因此法学透过实例研究，达到个案合理，达到当事人利益最大平衡，实践个案正义，它是一项技术，是一门科学，也是一种艺术。这些体当前法律解释学方面，这非常重要。

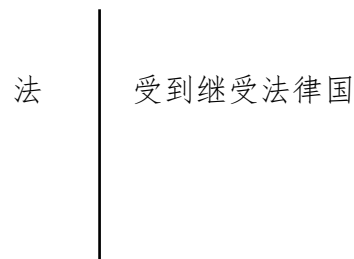
咱们懂得法律有一种条文，例如117条，法律构成要件掌握对立法者价值判断非常重要。国内《民法通则》、《合同法》对要件规定都不是很明确，这需要解释。每一种要件都需要解释。例如财产是指什么，是财产权还是普通财产。这里有一种有名例子。把你电缆挖掉，于是工厂不能生产，商店不能作业，电缆被挖掉人，第117条第二项规定可以祈求损害补偿，但是因电缆挖断不能得到电力供应人，能不能向挖断电缆人祈求损害补偿呢？《民法通则》117条所谓“侵害她人财产”与否涉及在内？从整个条文来看，这个财产应当是指财产权，而不涉及普通损失在内。这就是需要通过解释问题。法律人获得训练，就在法律解释方面，这是最需要在教师上学时候解释清晰方面。这种状况分两种情形：一是解释目究竟采主观说还是客观说，当前比较接近客观说；二是解释办法法究竟如何，文义解释、体系解释、历史解释、目解释尚有比较法解释。此外尚有符合宪法解释。当前如果你遇到一种概念，解释时候，但愿能并用这个办法去讨论。例如财产，侵占她人财产，是侵犯财产权还是普通财产。从文义上来看，也许都是；从体系来看，是侵权行为，看它与先后条文关系；再看这一条文从那里来，是从德国民法还是瑞士还是自创，看历史发展；再看条纹规范目；看比较法上规定；看合乎宪法解释。

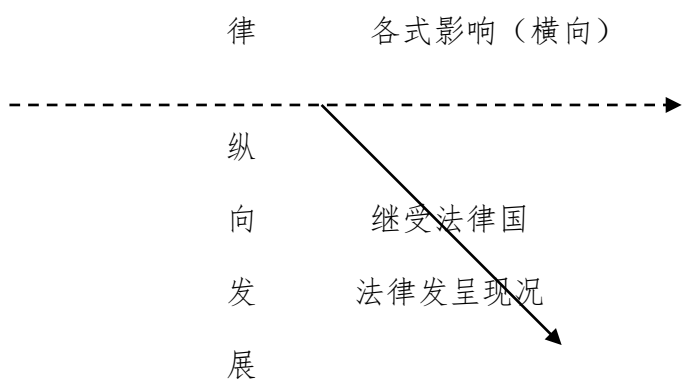
贰、国内法学发展特殊现象

引子：对于反对移植西办法律人而言，最有力反击就是，咱们一夫一妻多妾制流传了数千年，不是在民国期间就一下子改掉了吗。也没什么问题。但是今年冯象在北大演讲时说，一夫一妻制也许只是人类历史中一种插曲；主持人贺卫方就说，咱们怎么那么巧，就生在这个插曲里？问题还不但于此，讨老婆其时喊取一种党委书记回家差不多，早请示晚检查。北大一师弟说：还是古代好，老婆放在家里，有公婆、妯娌看着，多生几种孩子，有出息带到北京培养，不行，就在家种地。取几种小妾，还能形成竞争机制。

中华人民共和国是大国之中，少数在一百年之内，就历经了帝制、共和、共产，再逐渐回答到承认私有财产体制等巨大转变国家。由于历史演变与体制变迁等因素，使得中华人民共和国有着其他国家（地区）所难以匹敌丰富社会议题。如果学者能从其中某些议题里有新学术发现，甚至是提炼出具备普世性（universalism）新理论或准则，其贡献将是极大。但是困难是，要进行高水平中华人民共和国社会科学议题研究，不但需要掌握研究该议题有关前沿知识与研究办法，同步还必要兼顾到好几种面向中华人民共和国背景知识，否则很难真正有所成就；而要达到这个境界过程与高度都让咱们感到敬畏。因此很自然，当前研究中华人民共和国社会科学议题困境就在于，境外掌握了前沿专业知识与研究办法学者，不一定很理解研究中华人民共和国所需背景知识；在相对理解中华人民共和国中华人民共和国学者中，可以具备世界一流水平专业知识与研究能力者又还是少数。

从罗马法时代始终到今天，在按照时序推移历史纵向发展过程中，为了满足社会需求，法律也在不断地被完善。咱们可以假设法律不断地被完善这个过程，就是一种法律纵向发展过程，咱们可以将这种现象以纵向坐标轴线来图示。在继受先进法律发展中华人民共和国家里，同样也有法律纵向发展过程，但由于受到了本地政治、经济、风俗，以及错误研究意见等各种因素影响，使得原本应当呈现“接近”垂直状态纵轴坐标线，产生了较大偏斜。咱们可以将这个影响法律纵向发展各式因素，统称为法律横向发展。继受法律国法律发呈现况，就是在这个纵向坐标轴线受到横向坐标拉力牵引后所处偏斜线位置。此即所谓法学发展“十字现象”。





西方当代化法律

中华人民共和国这一百近年以来，历经了各式动乱，迟至上一世纪八零年代才开始重新建立“当代化法律”，但是除了千百年以来中华人民共和国所固有老式因素之外，在新中华人民共和国成立之后，支配了中华人民共和国运作近四十年以上各式“规则”，已然牢牢地嵌进了各级政府、机关，以及人民心中；再加上中华人民共和国虽然强调市场经济，但是依然坚持社会主义特色，因此这一次法律当代化过程，面对是比一百年前中华人民共和国第一次继受当代化法律时更为复杂艰难局面。因而如果不能掌握中华人民共和国法学发展“十字现象”，就无法对的理解当今中华人民共和国所发生各式法律问题源由，固然也就难以在法学领域上做出对的并有积极意义研究成果。由于中华人民共和国社会承载了老式与近代所形成各式规则，这些规则不但支配了中华人民共和国社会运作方式，同步还体现了所谓“中华人民共和国特色”。因而在以十字现象为工具阐明当下中华人民共和国法学研究时，除了得纵向学习西方当代化法律之外，还必要将中华人民共和国横向传承贯彻在当代框架里，这同步也是中华人民共和国转型为当代化国家一大要务。

本文目乃试图处在“媒介”位置，同步向境内与境外学者阐明中华人民共和国法学发展特殊现象，及其在当代化法律继受过程中与“中华人民共和国特色”互相激荡所产生许多问题；而非就中华人民共和国法学发展提出纯粹法学领域内分析研究。故此，本文将以最能代表中华人民共和国法学当前发展特殊性几种法律议题与自其所辐射出有关问题为阐明载体，并藉助其他学科研究方式或成果进行辅助阐明，期以摸索由于受到横向坐标拉力，致使中华人民共和国法律位处“继受法律国法律发呈现状”

现今位置上诸多因素；并试图为将来谋求妥适解决之道提供一定理论准备。

中华人民共和国法学发展偏斜因素与检讨

如前所述，中华人民共和国法学在八零年代恢复发展后，直接继受西方当代化法律仍有相称困难；但是当时政府基于对文革反省与“以经济建设为中心”发展政策双重需要，无论是实体法或程序法都以惊人数量增长。由于这些法律与制度多数源于西方发达国家，在未能解决由于文化冲突所带来问题前，社会上形成了一幅法律游离于百姓真实社会生活之外景象。 尽管司法改革已经进行了几十年，但是基层法院，甚至是中级法院至今（）依然限度不一在有着一定期空合理性状态下，坚持着与程序正义迥然不同运作方式。上一种世纪九零年代之后，中华人民共和国法学界对继受西办法律所产生种种现象进行了各式反思，其中特别值得注意是，某些法理学者期待能立足于中华人民共和国“本土资源”奠定中华人民共和国式法治基本，她们学术看法在学界、实务界，甚至是政界都产生了一定影响；惟其对于西方当代化法律本质、功能与科学性，在结识上有所误会，致使其所导致影响不但未能解决既有问题，反而加重了中华人民共和国法学发展偏斜现象。

上述法理学者所获致研究结论虽然未见得对的，但是促使其展开研究背景问题却是真实存在并且极为重要。中华人民共和国建设当代化法治社会艰难内在因素，除了坚持社会主义发展道路此一前提条件[11]被不断地运用为庇护不合法政治与经济上之利益外；中华人民共和国老式文化与其所投射出来既有争端解决机制（包括了 1949 年之后所形成机制），均与以欧陆法律为模式当代化法律在各种层面上发生冲突。即便是涉及法学家在内，也有相称某些以为在中华人民共和国老式社会秩序、社会主义秩序与市场经济秩序共存状况下，被移植法律制度所显现出多元性意涵，已不但仅是一种“法律”制度与体系上多元，而成了一种更广泛社会意义上诸多“合法”解决争端途径之一。正式法律中虽然未承认现行实体法或程序法仅仅是解决争端其中一种制度性途径，但社会上多数人，在现实生活中均遵循并信守着多元解决争端社会生存规则。

---

[11] 坚持社会主义发展道路当前经常被赋予系属“中华人民共和国特色”外衣，但事实上这充其量只能说是改革开放之后才被创造出来概念，其与真正老式意义上中华人民共和国特色，应当没有任何关系，特别是社会主义乃是不折不扣舶来品。

在这种大背景之下，以研究中华人民共和国民法为例，如果研究者对于中华人民共和国老式、政治体制与社会现状，及其近六十年历史发展脉络与变化没有相称限度理解；仅仅是针对中华人民共和国法条与法院判决做研究，除了很少数特别敏锐与视野宏大学者之外，普通这种研究所能发挥效果不会超过参看其他国家法律或学说纯粹比较法效果。由于中华人民共和国问题特殊性所导致壁垒，使得即便是通透中文许多境外先进学者，也很难容易地进入中华人民共和国语境去思考问题，由于她们对于大多数中华人民共和国人寻常生活中所熟悉某一种概念（例如："人民"[12]）、某一件事情（例如："上访"）、某一种名词（例如：经济合用房与小产权？[13]），以及法感情（例如：老百姓对于政府、公司、邻居或其个人不遵守法律时感觉），只要未经翻译（解释），便难以掌握其真正意义，或是未能条件反射式地联想到其丰富意涵。也就是这个因素，使得境内学者经常觉得与境外学者要进行深度交流有相称困难性。从此外一种角度来说，由于境内仍有部份学者，迄今缺少较为全面并且进一步当代化法律训练，因而其在与境外先进学者（能力普通境外学者，更不待言）沟通时，很也许会由于彼此间学术水平距离，而进一步减少了她们之间有效信息互换限度。根据作者近年经验所知，这一点的确会使得某些境外学者由于自身轻忽，而没有深刻察觉到其与某些境内学者之因此沟通不易，重要因素在于其自身对中华人民共和国整体法律环境缺少比较全面结识所致。简言之，研究中华人民共和国法学必经之路在于必要对的确存在中华人民共和国内在法律文化理路有所回应，如果法学家为文要超越比较法功能时，就不能仅仅是"对塔说相轮"[14]，而必要真正进入塔中，辛勤攀登。换言之，即便是探讨关于法律当代化这个命题，在中华人民共和国诸多方面一方面仍必要进入中华人民共和国语境与背景来解决问题。

伯尔曼（Harold J. Berman）在其名著《法律与宗教》中曾提及："

---

[12] 在此前提及"人民"时，普通也具有"敌人"这个相应概念在其中；在近年来提及人民时，则要看是在什么场合？什么文献？或是对谁？因何而说，来判断其与否仍有或有多少限度"敌人"概念同步包括其中。

[13] 所谓"经济合用房"与"小产权"，其实均非法律用语，只是普通生活中会经常提到描述某一种极为普及不动产性质。因而，当一种法律专家对这个名词不理解时，重要是她对中华人民共和国大陆并不太理解，而不能从财产法中各国与各区域本有其固有特色，未经研究自不能理解中寻找其不理解中华人民共和国借口。

[14] 程明道评论王安石谈"道"，曾说："介甫谈道，正如对塔说相轮。某则直入塔中，辛勤攀登。虽然未见相轮，能如公之言，然却实在塔中，去相轮渐近。"转引自余英时："'对塔说相轮'—谈当代西方思想动态"，载《文化评论与中华人民共和国情怀》，允晨文化实业有限公司 1990 年版，第 125 页。

法律必要被信奉，否则它将形同虚设。”中华人民共和国法学发展这几十年来重要困难之一正是对所谓“rule of law”至今没有信奉。在寻常生活之中，中华人民共和国人不但仅是不信守，也不熟悉“rule of law”；但是多数人其实是另有信奉，其信奉是当下有效生存竞争规则。这个生存规则构成在时代变迁下，当前也包括了一定限度法治意识，但是在此所谓法治意识与“rule of law”之间并不是仅有量区别，而是有质上主线差别。由于在此毕生存竞争规则意识中法治意识，仍可觉得其他更有实效性概念或渠道所取代，并同步受到中华人民共和国老式文化所模糊或转向。

由于中华人民共和国特色对于中华人民共和国继受当代化法律产生了强烈横向拉力影响，因而在探讨中华人民共和国与否以及要如何建构起宪政主义时，必要先对中华人民共和国内在理路进行一定梳耙；由于中华人民共和国在继受当代化法律过程中，除了人为干预之外，的确发生了许多文化上冲突。因而能否在中华人民共和国老式中找出与宪政主义关于思想或哺育为种子，藉以发扬光大，为宪政主义在中华人民共和国扎根找到内在支撑点，是一件很重要事情。然而不但仅是宪法，特别是与寻常生活息息有关民法，在制定法律时就应当将多数人依然不熟悉法律与同步支配着社会运作另一套规则元素同步予以考虑；在技术层面上，这固然需要许多其他法律共同配套（例如：民事诉讼法等）。在这种前提规定下，或许制定出来法律有些地方必要显得包括性大某些，而在表面看起来不那么细密，但其绝非故意粗糙，这其实是在更精致立法技术与思维下精致立法。其目不外乎在于让当代化法律能尽快以最小运作成本下在中华人民共和国发挥功能，固然它就必要能一定限度包括和逐渐转化许多中华人民共和国本土问题。

一、法学界以外中华人民共和国学术界与政治界对中华人民共和国法学发展偏斜所导致影响与检讨——反智现象

当今中华人民共和国法学界以外学术界与政治界对中华人民共和国法学发展所导致负面影响，其重要因素之一在于中华人民共和国学术界与政治界对当代化法律所具备科学性结识严重局限性所显现出反智现象。“反智论”（Anti-intellectualism）并不是一种学说、一套理论，而是一种态度；这种态度在文化各方面均有痕迹可循。但是在论及中华人民共和国反智现象之前，咱们必要指出，智识主义（Intellectualism）与反智识主义（Anti-intellectualism）冲突并不是中华人民共和国专利品。西方宗教老式中“信奉”（faith）与“学问”（scholarship）对立，

便是这个冲突一种例证。

中华人民共和国政治老式从来弥漫着一种反智氛围，咱们如果用“自古已然，于今为烈”这句成语来形容它，是极为恰当。在中华人民共和国由于透过政治影响力，反智现象辐射到各个层面。由于法律议题与政治关系从来紧密，因而反智氛围也充塞着当今中华人民共和国法律议题之中。例如政府官员与非法律专业学者，就经常对法学技术性问题提出意见；而这些意见经常还能发挥相称限度影响力，这固然是一种反智现象，也是一种当代中华人民共和国特色。

孟子曾对齐宣王说：“夫人幼而学之，壮而欲行之。王曰：姑舍女所学而从我，则何如。今有璞玉于此，虽万镒，必使玉人雕琢之。至于治国家，则曰：姑舍女所学而从我，则何以异于教玉人雕琢玉哉！”（梁惠王下）孟子是明白主张“专家政治”。治国家人必要是“幼而学，壮而行”专门人才，正如雕琢玉石者必要是治玉专家同样。并且治国既需依赖专门知识，则虽以国君之尊也不应对臣下横加干涉。[1]这个道理应当是众人皆知，但是在当今中华人民共和国不但是普通人不注重，即便是身为某一领域专家，也经常对自己其实一知半解，或主线不懂专业领域仍披着专业外衣来表达甚至是十分激越意见。

知识分子必要具备超越一己利害得失精神，从她所学所思专门基本上发展出一种对国家、社会、文化时代关切感。这是一种近乎宗教信持精神，用中华人民共和国原则来说，就是具备了类似“以天下为己任”精神才算得上是知识分子；“学成文武艺，货与帝王家”则只是知识从业员。但咱们不能说，知识分子在价值上必然高于知识从业员。事实上，扮演知识分子角色人如果不能坚持自己信守，往往会在社会上产生负面作用；知识从业员倒反而较少机会发生这样流弊。较具代表性例子是全国人大代表、植物学专家陈章良曾经表达：《物权法》应当很通俗，它关系到每个老百姓切身利益，法中牵扯到诸多名词，这些名词又是很难理解。因此建议对这些名词进行更多解释。例如，动产和不动产定义规定了“动产指不动产以外物，涉及可觉得人力控制电、气、光波、磁波等物”，那么就会产生疑问，动产难道不涉及汽车、钱？应当写“还涉及”。又例如，孳息这个名词使用，内容很容易理解，但名词表达意思很难分清晰。此外，第 30 条、37 条“善意第三人”指是谁？”

当今中华人民共和国法律议题所存在反智现象不能孤立去理解，普通来说她是由整个文化系统中各方面反智因素凝聚而成，咱们可以从如下三个面向去分析：

（一）自然科学傲慢对社会科学发展所导致影响与检讨

西方当代“知性傲慢”是随着自然科学兴起而浮现。科学巨大成就诱发了一种意识形态，此即“科学主义”（或实证主义）。根据此种意识形态，科学是理性最高结晶，而科学办法则是谋求真理唯一途径。因而自然科学成为知识绝对原则，由于她所获得真理是最精准、最具客观性。社会科学虽然也是实证主义思潮下产物，但其“科学性”已远局限性以与自然科学相比，至于人文科学，则位处在更低一级。在实证主义眼中，不但自然科学是理性最高典范，并且自然科学家也体现了人类最高道德，譬如无私地追求真理、诉诸理性说服力、诚实、公正等。自然科学家是天地间第一等人，由于她们具备最高“认知身份”（cognitive status）。社会科学家和人文学者由于在知识上达不到同样高度“科学性”，她们在真理王国中便只能算是第二等以至于第三等公民。这固然是一种“知性傲慢”。在“五四”先后，此一“知性傲慢”随着科学主义也一起传到了中华人民共和国，从此中华人民共和国知识界也大体接受了“科学至上”，“科学家是第一等人”价值判断。中华人民共和国人文学者为了争取“认知身份”不得不借“科学”以自重，“五四”后来，“科学办法整顿国故”运动之因此风行一时，便是反映了这一文化心理转变。老式儒学地位已为科学所取代，道德意义上“圣人”也让位于知识意义上“科学家”了。这一转变可以说是西方俗世化一种缩影，科学代替了宗教，科学家代替了牧师。普通人对“科学”所体现态度，已经是一种信奉。所体现出来即是，反是未经“科学”验证，均是不可信，或是迷信；凡是具备多重选取或价值取向，均不是第一义“科学”。

中华人民共和国在近一种世纪以来，由于社会科学与人文科学领域发展始终受到严重不当干预，因此在自然科学家眼中其本来就所剩无几“科学性”，更几乎是被破坏殆尽。也就是在这种背景之下，使得实证主义者更有理由可以轻蔑中华人民共和国社会科学与人文科学研究。更而甚者，中华人民共和国部份社会科学与人文科学专家，也顺应此一不当干预所带来影响而故意违背“科学”研究规范，使得社会科学与人文科学领域在中华人民共和国实际地位变得更为不堪。

事实上自然科学家偏见，并不难以推翻。诚如咱们所知，牛顿力学合用于宏观和常速体系，爱因斯坦相对论合用于微观和近光速体系，后者是对前者发展。而杨政宁、李振道为理解决“西塔-仆”

疑难，提出了宇称在弱互相作用中不守恒也许性，然后由吴健雄等人实验证明，此乃粒子物理学中一种重大观念性突破。自然科学进步，正是由不断地修正（补）错误与创新所构成。如果以为科学发展是肇因于“范式”（paradigm）变化，每当旧范式浮现危机时，新范式便开始浮现，科学便有了变革。而纯粹从逻辑角度来看，不同范式之间并无高低优劣对错之分，其间只但是是一种“信奉转移”（“gestalt switch”或者“religious conversion”）。不同范式往往会有不同衡量原则和形而上学原则。因而“科学”只能是一种态度与办法。在自然科学界里，从来就没有获得过具备终极意义成果，而这也正是自然科学自身一种特性与限制。换言之，“科学”一词早已不能是自然科学所专用，或是自其所借用。“科学”所能获得成果本就不是终极性，如此终极性信奉“科学”，反而是致使“科学”失去其科学性重要因素。

社会科学以及从人文科学中所淬炼出来成果，从一开始就结识到了人类有限性，并希冀在有限之中尽量创造出更合理秩序（特别是法学），以使人类生活更圆满，与自然界更融合。因而严格说，至少是社会科学家对“科学本质”所具备“先验体认”是在自然科学家之上。从这个角度来观测，咱们更有理由阐明是社会科学研究办法（涉及态度）、研究成果，以及实践成果，相称限度维系了“科学”优越性与其思维方式堪用期间；但是在中华人民共和国学术界绝大多数人，却未能洞悉或不肯正视此一命题本质。

（二）中华人民共和国法家思想中反智根源摸索

老子曾言：“是以圣人之治也，虚其心，实其腹；弱其志，强其骨。恒使民无知无欲也，使夫知不敢，夫为而已，则无不治矣。”“民多智慧，而斜事滋起。”“为道者非以明民也，将以愚之也。民之难治，以其知也。…”；韩非子“五蠹”篇说：“故明主之国，无书简之文，以法为教；无先王之语，以吏为师；…。是境内之民，其言谈者必轨于法，…。”此即，除“法”之外不许有任何书籍存在，而历史记载（先王之语）尤在禁绝之列，没有人可以在“法”范畴以外胡说乱动。韩非之因此主张愚民是由于她主线就认定人民是愚昧无知，无法理解国家最高政策涵义；如果再让她们拥有批评国家政策思想，则只有更增长政府执行路线时困难。她在“显学”篇中说道：“今不知治者必曰：‘得民之心’。欲得民之心而可觉得治，则是伊尹、管仲无所用也，将听民而已矣。民智之不可用，由婴儿之心也。…今上急耕田恳草以厚民产也，而以上为酷；

修刑重罚觉得禁邪也，而以上为严；…

夫民智之局限性用亦明矣。故举世而求贤圣，为政而其适民，皆乱之端，未可与为治也。”

法家路线贯彻必要以禁止人民，特别是知识分子，与国外交流为其先决条件。她理由很简朴，法家是政教合一，国内只有一种思想原则，故能收“万众一心”之效；但在国外由于具备多重原则，因之无法控制。国内知识分子和国外接触多了，在思想上便有了立足点，就不免要对法家路线提出种种疑问，甚至是批评。《商君书》为战国时期重要法家著作，其中“算地”篇所言最具代表性，该文里面提及：“夫治国舍势而任说（当作‘谈’）说，则身修而功寡。故事诗书谈说之士，则民游而轻其君；事处士，则民远而非其上；…。圣人非能以世之所易胜其所难也；必以其难胜其所易。故民愚，则知（智）可以胜之；世知，则力可以胜之。…。”“诗书谈说之士”是指儒家，“处士”当指普通不作官知识分子，这些人政治危害性根源都是她们专业知识或技能。因此最抱负状况是人民尽皆愚昧无知，这样才干俯首帖耳地接受有智慧君主领导。但如果国内已有了大批知识分子和专业人才；法家最后法宝，则是以武力来弹压。

法家思想对当代中华人民共和国人反智影响，是在整体中华人民共和国文化传承中体现，它并不是直接导致当代中华人民共和国人反智直接因素。当今中华人民共和国社会反智现象直接因素是在近当代之后才形成。

（三）中华人民共和国近当代反智现象在法学领域所导致影响与检讨

二十世纪初期，中华人民共和国知识分子无论是激进，亦或是自由派，普通毋宁较关怀集体国家民族救亡，而非启蒙式个人解放。而在进入二十世纪中叶后来，大某些中华人民共和国知识分子，总抱持着一种政治理应统理文化与社会一种老式国家主义信念；她们认定自身即为那个命定历史族群，承担着转移中华人民共和国文化与政治、社会、经济等构造使命。事实上在改革开放之前，知识分子已尽皆被收编进入某种限度官僚体制之中。虽然体制内知识分子仍不乏风骨峥峥之士，但只能在一种严格范畴之内活动。流弊所及，即便是在改革开放之后，整个中华人民共和国社会仍深受影响。

在这样背景之下所形成知识分子群体意识，实在不利于以个人为主体当代化法律在中华人民共和国得以真正萌芽生根。在此咱们还必要指出一点，中华人民共和国知识分子在性格上所体现最大一种缺陷，是由老式政治权威所导致，特别是明清以来专制政治。老式知识分子虽然

持“道”与“势”相抗，但是中华人民共和国“道”

是无形式、无组织，不像基督教或伊斯兰教那样可以通过有组织教会和政治权威公然抗衡。除了很少数以外，大多数中华人民共和国知识分子都经不起政治权威巨大压力。另一方面，政治权威对于所谓“道”也自有种种巧妙运用。吕坤虽然可以说：“势者，帝王之权；理者，圣人之权”，但事实上帝王却从来不甘仅以“势”自居，她同步也要独占“道”和“理”，因此帝王必要兼有圣人美名。“作之君、作之师”在中华人民共和国政治史上本是一种古老老式，在这种专制老式长期压迫之下，许多知识分子不但逐渐丧失了自信和自尊，并且同步还滋长了一种自疑和自罪潜意识。这在过去是叫做“臣罪当诛，天主圣明”；咱们今天则可以称之为“知识分子原罪意识”。这种原罪意识仍深藏在近代许多中华人民共和国知识分子心底，有许多知识分子在参加革命时尽管体现出勇往直前大无畏精神，然而在革命领袖新政治权威面前，她们就完全为原罪意识所支配，因而也就丧失了最起码独立判断能力，固然更谈不上有什么批判精神了。在这一点上，季羡林先生在她《留德十年》与《牛棚杂记》两本小书里，均有详尽描述。对于体制具备高度顺服性，成为了许多知识分子一大特色，这显然是阻碍中华人民共和国进步一种重要因素。

在 1949 年此前，整体中华人民共和国知识分子与国家之间关系，不但仅是公然抗衡与谦卑顺从两种，她们之间关系尚有其他各种也许性；但是中华人民共和国老式权威主义，特别是家长式权威主义，对知识分子性格形成还是发生了严重影响。权威主义使她们易于盼望能浮现一位伟大政治领袖或精神导师。有了这样领袖和导师，她们便可以在最对的领导之下贡献出她们一切能力，这是期待“明君”和“圣人”老式心理当代变形。这种权威主义期待固然并不限于最高一级领导，而是遍及每一种领导层次和单位。在这一金字塔式层层“领导”之下，知识分子独立精神势必是受到严重影响。知识分子这种对权威主义臣服心态，也普遍存在于普罗大众之间。以中华人民共和国延宕物权立法过程中各阶层意识变化观测为例，就可以清晰看出社会大众以及舆论先是如何各种限度不一反智，继之又是如何无可奈何臣服在来自威权主义下所予以理由。从这个观测点也可以清晰地看出“法律父爱主义”在中华人民共和国所导致社会影响。而此之影响之因此如此宏大，正是由于威权主义代表、知识分子与普罗大众集体意识所共建平台，充分地适合“法律父爱主义”生存。然而当咱们思及在发达国家基本人权保障已经进一步到各个领域，以及行政法对国家所做规定早已经突破了仅仅是在福利国这个层次时，咱们就应当更谨慎对待

类似“法律父爱主义”

这一类观念。这不但是由于其在法学概念上已经陈旧，更在于有许多威权主义者或边沿人会藉此找到回绝改革似是而非理由。

前司法部部长史良在1952年“三反”运动时期就曾经向周恩来总理提交报告表达：“有必要使各级人民法院从政治上、组织上、思想作风上保持与提高纯洁性。在司法干部中，要放手提拔那些在‘三反’、‘五反’运动和以往工作中证明了立场坚定、工作努力积极份子到各种重要岗位上来；另一方面，在各种人民法庭干部中，从转业建设革命军人中，从公、农、青、妇等人民团队中，输送一批先进份子来充实和加强人民法院。”文革期间，法院曾经在军管与撤销之间浮沉。文革之后，司法部门则成为安顿复转军人最重要机构之一。在七十年代末期乃至于整个八十年代，法律系所培养学生成为合格公、检、法人员之后，其目是要成为保卫无产阶级专政，弹压敌人及其他犯罪武器。复转军人被安顿进入法院，其实也是在同样一种意识形态下产生。这些都是高度反智体现，其影响流弊所及，是延至今日而不绝。[15]类此问题与现象并不但限于法学界以内，其在中华人民共和国有一定普遍性。

事实上，反智和威权主义思想控制在乎识形态化马克思主义那里都可以找到理论上依照。这一派马克思主义者对知识分子和学术思想理解深深地植根于阶级观土壤中。在她们看来，思想作为上层建筑，乃是经济基本（一定社会生产力和生产关系）反映，不可避免地具备阶级性。尽管资本主义国家经常宣称思想具备普世性、超阶级性和专业性，但这只但是是资产阶级欺骗人民大众说辞。以思想为职业知识分子也不能作为一种独立社会阶级而存在，而一定会从属于不同阶级。在社会阶级划分中，只有无产阶级、资产阶级、地主阶级、农民阶级等区别，绝不存在知识分子阶级。知识分子阶级性体当前其思想与主张所代表阶级利益中，任何知识分子都必然会是某个阶级代言人。她们不是统治阶级代言人，就是被统治阶级代言人。这种阶级观同样渗入到其对法学思想与法学人士定位中，由于作为国家机器一某些，法律向来被马克思主义视为一种阶级统治另一种阶级工具。它具备鲜明阶级性，从来都是统治阶级意志体现。社会主义国家法律体现了无产阶级意志；资本主义国家法律则体现了资产阶级意志。世界上不存在普遍合用、超越阶级性、体现全民意志法律。而这些正是取消法学思想和其他各种学术思想专业性和独立性依照，是孳生反智和威权土壤。

---

[15] 在感情上（作者为军人子弟）与实证上，本文绝不否认有诸多军人极为先进，她们在许多不同样岗位上（涉及法律界）均有非常卓越体现。

二、中华人民共和国法学界内部对中华人民共和国法学发展偏斜所导致影响与检讨—从当代化法律继受中反思“中华人民共和国特色”

就中华人民共和国法学界内部而言，中华人民共和国法学发展偏斜重要因素之一，是其中分属不同法律专业领域三种类型法学学者所形成看法，甚至是学派，发生了巨大负面影响所致。由于《物权法》具备鲜明地区性色彩，其对私人财产所采用保护方式，则挑战了老式社会主义一贯坚持；而“本土资源”作用被部份法理学者错误解读，配合上其他客观因素，使其将中华人民共和国法学发展引上了歧途。由于《物权法》立法与本土资源争议问题，能相称限度代表中华人民共和国法学发展产生偏斜现况；因之本文将分析这三种类型法学学者看法，而以《物权法》制定过程与关于本土资源法学看法所发生争议为阐明载体来展开阐述。

（一）公有制经济型思维法律学者意见所导致影响与检讨

1．公有制经济型思维法律学者意识形态根源分析

中华人民共和国法制建设，是一项艰巨社会工程。正在制定民法典部份，不但是市场经济基本构造，还必要反映出社会主义与本土化等中华人民共和国特色。民法典制定可以说是中华人民共和国法制建设中最困难部份。公有制经济型思维法律学者对公有制经济有一种发自内心（有些仅是表面看起来）认同，同步由于改革开放成果，使得她们立论根据逐渐失去市场。基于良心驱使与发泄不满情绪等各种因素，她们对继受西方当代化法律，从来抱持着敌对态度。年初政府做出了暂缓通过物权法决定，可以相信其中部份因素是由于这一类型学者以为提交至立法部门审议物权法草案内容，放弃了对公有制经济坚持，简直就是对资本主义投降，因此必要坚决抵制。固然咱们也不排除，这一类型学者个人影响力其实有限，但是是有人趁势借机宣泄自己想法或另有所图而已。

观诸上述文章，论者由于不具备基本民法知识所导致误解暂且无论，本文所要探讨是，中华人民共和国近代思想史最大特色便在于学术思想和意识形态显然分离为二。自十九世纪末叶以来，内忧外患交迫而产生危机已非中华人民共和国老式学术思想所能应付。当时最重要思想动向就是“向西方谋求真理”

，即找寻富强之道。事实上，中华人民共和国知识界当时对西方学术思想老式完全是隔膜，因而所接触到只是通过了通俗化各种意识形态。严复是对西方学术思想最有亲切理解一位学者，但是她简介过来重要是适合中华人民共和国人心理需要某些西方流行作品，其中尤以社会进化论影响最大。严复深知西方思想自有其主线，故也翻译了某些典型作品，如亚当斯密《原富》与孟德斯鸠《法意》…等，但是这些典型之作却不曾在中华人民共和国发生重要作用。此一事实颇能阐明，中华人民共和国当时所能接受并不是西方学术思想，而是属于意识形态层面东西；这种状况始终到“五四”后来并无基本变化。“五四”时代所倡导“民主”与“科学”都没故意识形态层次，但从所谓“科学论战”中，咱们可以清晰看到“科学”变成了“科学主义”（scientism），后者正是前者意识形态化，因此中华人民共和国近代思想史基本上只是一部意识形态史。

2．公有制经济型思维意识形态对中华人民共和国法学所导致影响与检讨

意识形态这个名词流行要追溯到马克思，她基本上是把意识形态看做代表阶级利益“假意识”。日后曼罕（Karl Mannheim）扩大并改造了这一观念，但大体上仍视意识形态为社会集团“利益”化身。所谓“假意识”不但“欺人”，并且更“自欺”，即自觉得所持是符合客观事实真理或人人都应当接受道理，而其实是为自己阶级或集团利益辩护说词。这种“假意识”，用中华人民共和国思想史上名词来表达，不妨说是“人欲”假托“天理”形象而浮现，或者也可以说是“伪良知”。本文必要指出，以马克思著作而言，中华人民共和国自居为马克思主义信奉者，真正深刻研读过《资本论》者预计不会诸多，至于马克思本人学术思想渊源，如康德、黑格尔、费尔巴哈、亚当斯密、穆勒等人著作，恐怕更是乏人问津。相信类似巩献田与史迈进先生公开信之类言论，均难逃被视之为学术和思想分家，以及被归类为“假意识”批判。

中华人民共和国法学界中有部份学者以为《宪法》或是有关政治文献中，已将马克思、恩格思理论或是详细文字表述其中；并以为社会法制自身就是马、恩等人所建构。事实上中华人民共和国在对前苏联继受过程中，所谓法学理论体系与其说是马克思关于法阐述或观点理论化，倒不如说是以维辛斯基（Vishinsky）为代表前苏联法学家们，依照三十年代前苏联肃反扩大化政治特殊规定，对这些典型作家某些阐述片面理解，甚或是扭曲之下所创造出理论组合。虽然马克斯对法学结识与判断，从实践经验上也可以证明出她并不高明。

事实上新中华人民共和国成立之后对于其他国家法律继受绝不陌生，1954 年所制定出《宪

法》代替了《中华人民共和国人民政治协商会议共同大纲》，这部《宪法》很大限度就是以苏联在1936年《宪法》为蓝本。并且当时制宪者以为：“

世界资本主义已经没落，世界上所有最发达资本主义国家都已经走到了绝路，而社会主义苏联和其他人民民主国家已经繁华强大起来。...宪法起草委员会在从事起草工作时候，参照了苏联先后几种宪法和几种人民民主国家宪法。显然，以苏联为首社会主义先进国家经验，对咱们有很大协助。”由于前苏联这些法学家在论证自己理论过程中，不时地援引马克思等人关于法阐述作为“理论根据”，致使部份中华人民共和国学者在有关文献及其所衍生其他文献上，至今依然不便提出相异观点。即便是在近年之后，由于政治运动与意识形态持续性影响，使得中华人民共和国学者在改革开放之初学习西方资本主义国家立法经验时，依然是心有余悸。从而延缓了许多重要法律出台时间，或是在法律体系选取与继受上始终刻意维持着浑沌不明状态。

公有制经济型思维法律学者，普通也是服膺强调要发挥“中华人民共和国特色”学者，但是不知她们与否注意到了，马、列二人皆为不折不扣洋人。胡适曾经指出，所有主义当时都是针对特定期空之内特定问题提出详细建议。这些问题对她们所要解决问题与否有用，或与否可以从她们兴起脉络中分离出来，以便拿她们来解决另一历史环境中所产生特殊问题—这些都是开放未决。因之，胡适所说，咱们应当“多研究些问题，少谈些‘主义’”，在当今中华人民共和国依然是合用。客观地说，意识形态是任何文化社会系统中所不能缺少一种部份；在一种社会从老式转向当代化过程中，意识形态特别具备批示方向和激起社会行动重要功能。但是意识形态不应与学术思想完全脱节。正如纪尔兹（Clifford Geertz）所指出，学术研究正是使意识形态不致流入极端化最可靠保证之一。前者所提供关于政治、社会各方面对的知识，是意识形态源头活水，亦即理性基本。然而遗憾是，中华人民共和国现状，恰恰就是意识形态欠缺理性基本（欠缺纯粹学术思想支撑），同步学术思想又不具备健全发展环境，在这种大环境之下，会浮现巩献田专家等人这样阐述也就局限性为奇。诚如余英时专家所言：“学术思想如何与意识形态之间发展出一种健全辩证关系，似乎正是当前中华人民共和国知识最大课题之一。”

（二）部份法理学家意见所导致影响与检讨—非主流法学看法却发生了主流影响力

中华人民共和国法学由于各种政治、社会等因素，在八零年代后来依然难以寻正常轨道发展，法理学就是在这种特殊时空环境下，而成为了中华人民共和国法学领域中显学，其整体因素前已略为述及，因非本文主题，在此不能深论；但这样发展成果，在某种限度上影响了中华人民共和国法学整体发展方向。而个别法理学学者（如下简称为“论者”

)核心学术看法，甚至对中华人民共和国法学发展产生了一定悲观影响。本文因之称其为:“非主流法学看法却发生了主流影响力”。本文难以推测论者在为文之际，与否曾经虑及发生在近代中华人民共和国因西风东渐而带来更深一层次文化与思想上冲突;但是本文自其论点出发，却从法学角度触及了近当代以来涉及所谓“本土资源”价值探讨许多重要学者精辟思想。

1．以“本土资源”为核心阐述部份法理学家基本观点

在中华人民共和国法学界中，以“本土资源”为核心阐述论者基本观点，多数学者是绝不陌生。本文在此仅勾勒其重点之一二，别的部份看法随着本文评释，会有进一步简介;但在此必要阐明是，论者在其相似或不同著述中，时而发生与变化看法似无关系自我矛盾现象，因而本文亦偶尔借用其部份“特殊论点”以检讨其基本观点。

论者重要以为中华人民共和国法治不能按照外国行之有效法律制度来建立，这是由于市场经济所需要并不是一种抽象法治，而是一种总体上最大限度地减少总成本、增进互换发生和发展、增进财富配备最优化规则和制度，其中涉及正式法律和大量习惯惯例。“变法”引出制度变化并不必然符合市场经济需要，它不能代替社会生活中所需要大量习惯惯例;法律移植也不也许完毕这一点。中华人民共和国在法治追求中，最重要不是复制西办法律制度，而是注重中华人民共和国社会中那些通过重复博奕，而被证明能有效解决问题办法;否则正式法律不但会被规避，还也许会给社会秩序与文化带来劫难性破坏。

当国家要进入乡村社会时，国家法当代化法律精神与乡村落后经济状况、社会条件和文化观念显得格格不入。因而，国家法律要进一步乡村社会，必要对自身做出修正。以四十年代共产党统治下陕甘宁边区统治经验为例，国家法与民间法处在一种互相隔膜状态，彼此缺少共同信守信念范式。国家如果想要运用老式资源在乡村社会获得合法性话，那么国家就不应当根据强力消除民间习惯（事实上也不也许），而是与民间习惯互相沟通、互相适应、互相交涉以致互相塑造，从而重建“大老式”与“小老式”契合关系，建立共同信守范式。马锡五式审判方式与基层干部虽然欠缺法律素养，但却都是在这样范式之下运作，因此她们可以成功解决纠纷，应当予以高度必定。特别是她还体现了中华人民共和国式法律;在确认中华人民共和国有自己法理学上这一点上，这些实际例证同步尚有学术上贡献。

2．中华人民共和国法律思想根源与西办法律思想根源区别

以上内容仅为本文档的试下载部分，为可阅读页数的一半内容。如要下载或阅读全文，请访问：https://d.book118.com/377055106103006066