



高等学校法学系列教材
Gaodeng Xuexiao Faxue Xilie Jiaocai

An Introduction to Jurisprudence

法理学导论

马长山 / 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

An Introduction to Jurisprudence

法理学导论

马长山 / 主 编
苏晓宏 李桂林 丁以升 / 副主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法理学导论/马长山主编. —北京:北京大学出版社,2014.9

(高等学校法学系列教材)

ISBN 978-7-301-24674-0

I. ①法… II. ①马… III. ①法理学—高等学校—教材 IV. ①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第196841号

书 名: 法理学导论

著作责任者: 马长山 主编

责任编辑: 朱梅全 丁传斌 王业龙

标准书号: ISBN 978-7-301-24674-0/D·3654

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

新浪微博: @北京大学出版社

电子信箱: sdyy_2005@126.com

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 021-62071997

出版部 62754962

印 刷 者: 北京鑫海金澳胶印有限公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 21.75印张 414千字

2014年9月第1版 2014年9月第1次印刷

定 价: 46.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn



华东政法大学
课程和教材建设委员会

主 任 何勤华

副主任 杜志淳 顾功耘 刘晓红 林燕萍 唐 波

委 员 刘宪权 吴 弘 刘宁元 罗培新 杨正鸣

沈贵明 余素青 范玉吉 张明军 高富平

何明升 杨忠孝 丁绍宽 闵 辉 焦雅君

陈代波 金其荣 贺小勇 徐永康

秘书长 唐 波（兼）

编写说明

法理学是法科学生研习法律的重要基础和核心课程。在西方,法理学教科书有的侧重思想史与哲理阐释,有的侧重法律原理及实践操作技术,并没有一个统一的体系和版本,因而是多样化、个性化的。在我国,伴随着三十多年改革开放和民主法治建设,法学理论研究和法学教育也获得了巨大发展,形成了相对稳定的知识框架和体系。这无疑为培养统一规格和知识体系的法学专业人才培养模式奠定了良好基础,但同时也对多样化、个性化人才的培养产生了某种不利影响。为此,国家开始致力于深化教育改革,鼓励和支持探索各具特色的创新人才培养模式。相应地,各大出版社纷纷推出不同版本的教材,力争在反映国家“教学基本要求”和基本知识框架的基础上形成自己的体系和特色,从而为推进法科教育的多样化、个性化作出重要贡献。本书也是其中的努力和尝试之一。

《法理学导论》曾在华东政法大学徐永康教授的主导下,为华东政法大学等政法院校的法理学教学作出了重要贡献。为了更好地适应本科教学需要,充分反映最新的研究成果,本次对《法理学导论》进行了重新编写,并组建专家组进行了审定,力争在保证基本知识体系完整的基础上反映新的动态,采取多种引导方式来启迪学生进行深入思考,通过关注社会现实问题来强化理论的应用性。这样,就更有利于更好地培养既有深厚理论素养又有实践思维能力的专业人才。

本书是集体合作的结晶。参加本书编写的作者都是学术造诣深、教学经验丰富、从事第一线法学教育的专家学者,具体分工如下(以章节为序):

- 马长山,导论、第九章;
- 丁以升,第一章;
- 张玉堂,第二章;
- 李桂林,第三章;
- 苏晓宏,第四章、第十六章;
- 马金芳,第五章、第八章;
- 王 涛,第六章、第十三章;
- 陆宇峰,第七章、第十五章;
- 蒋德海,第十章;

潘小军,第十一章、第十二章;

张卓明,第十四章。

编写组尽管在主观意愿上是想编写一本既有理论水准又有实践应用性的高质量教科书,但能否做到这一点还有待时间的检验。同时,由于从编写到交稿、出版的时间短暂,错讹与不足在所难免,还有望学界同仁和广大师生批评指正。

本书之所以能够顺利出版,得益于华东政法大学教务处领导的关心和支持,也得益于北京大学出版社及编辑老师的鼓励和帮助,在此一并深表谢意!

编者
2014年5月

目 录

导论	(1)
----------	-----

第一编 法律的本体

第一章 法律的概念	(7)
第一节 法律的定义	(7)
第二节 法律的特征	(12)
第三节 法律的本质	(15)
第二章 法律的要素	(23)
第一节 法律的要素释义	(24)
第二节 法律概念	(27)
第三节 法律规则	(29)
第四节 法律原则	(35)
第三章 法律的渊源、体系与效力	(40)
第一节 法律渊源概述	(40)
第二节 当代中国的制定法渊源	(48)
第三节 法律分类	(50)
第四节 法律体系	(52)
第五节 法律效力	(60)
第四章 法律关系	(66)
第一节 法律关系的概念	(66)
第二节 法律关系的构成要素	(72)
第三节 权利与义务	(77)
第四节 法律事实	(80)
第五节 法律关系的运用和分析	(82)
第五章 法律行为	(87)
第一节 法律行为释义	(87)
第二节 法律行为的结构	(91)
第三节 法律行为的分类	(93)

第六章 法律责任	(97)
第一节 法律责任释义	(97)
第二节 法律责任的产生原因和构成要件	(101)
第三节 法律责任的种类	(103)
第四节 不追究法律责任、归责与免责	(107)
第五节 法律制裁	(109)

第二编 法律的历史发展

第七章 法律的演化	(113)
第一节 法的历史类型	(113)
第二节 法与社会的共同演化	(117)
第三节 当代西方主要法系	(123)
第八章 法律的继承和移植	(129)
第一节 法律的继承	(129)
第二节 法律的移植	(131)
第三节 法律全球化	(136)
第九章 法治国家的社会基础	(142)
第一节 法治的含义与构成要素	(142)
第二节 法治国家的形成与发展	(146)
第三节 法治国家的社会基础	(160)
第四节 建设社会主义法治国家	(168)
第十章 法律与社会	(190)
第一节 法律与经济	(190)
第二节 法律与政治	(194)
第三节 法律与道德	(200)
第四节 法律与宗教	(205)
第五节 法律与科学技术	(209)
第六节 法律与人权	(211)

第三编 法律的作用和价值

第十一章 法律的作用	(219)
第一节 法律的规范作用	(220)
第二节 法律的社会作用	(222)

第三节 法律的局限性	(225)
第十二章 法律的价值	(228)
第一节 法律价值概述	(228)
第二节 法律与正义	(233)
第三节 法律与秩序	(237)
第四节 法律与自由	(239)
第五节 法律与平等	(245)
第六节 法律与利益	(246)

第四编 立法与法律的运行

第十三章 立法	(255)
第一节 现代社会的立法与立法权	(256)
第二节 立法原则、立法程序与立法技术	(258)
第三节 立法体制	(267)
第十四章 法律实施	(271)
第一节 法律实施概述	(272)
第二节 执法	(273)
第三节 司法	(282)
第四节 守法	(290)
第五节 法律监督	(294)
第十五章 法律程序	(299)
第一节 法律程序概述	(300)
第二节 正当程序原则	(305)
第三节 法律程序的类型	(309)
第十六章 法律方法	(314)
第一节 法律方法的概念	(314)
第二节 主要法律方法	(318)
第三节 法律方法的应用原则	(332)

导 论

【重点问题】

1. 法理学的定义
2. 学习法理学的重要性
3. 学习法理学的方法

任何一个学习法律的人,都首先要系统地学习法理学,这不仅是由法理学的学科地位决定的,也是由法理学所提供的基本理论和知识基础决定的。因此,我们有必要了解和掌握什么是法理学、为何要学习法理学以及如何学好法理学。

一、什么是法理学

法理学是人们试图对法律现象、法律问题进行深层思考和理论回答,致力于探寻法律的最基本、最一般、最普遍规律,研究法律基本范畴、基本原理、基本原则、基本方法和基本问题的一门学问。简言之,法理学就是要探讨和研究“法”之“理”,“研究法理学的目的在于寻求自觉,寻求对法律的性质以及它的社会背景的某种程度的透彻理解”^①。应当说,人类自从有法律时就进行了法理学、法哲学的理性思考和理论探讨,无论是西方先哲柏拉图、亚里士多德,还是中国的老子、孔子、荀子等等,都形成了一定的法律思想,并逐渐和人类后来的法理思考和理论探讨汇聚成丰富而璀璨的法律思想宝库。尽管他们进行了今天看来属于法理学或法哲学方面的重要理论问题的研究,但是,那时还没有形成法理学或法哲学的独立学科(当时的法学也并未形成独立的学科)。法理学作为一门独立的学科出现,则是18世纪末19世纪初的事情。

1782年,英国功利主义哲学家和法学家边沁在《法理学定义的界限》一书中首次提出了法律实证主义分析原则,但由于该书稿在1945年才发现并出版,因而对当时未产生什么影响。1832年奥斯丁撰写出版了《法理学的范围》,提出法理学应当研究“事实上是什么样的法律”,而不是“应当是什么样的法律”,从而严格区分了“实有”和“应有”,这时才真正确立了法律概念体系的独立研究。后

^① [英]韦恩·莫里森:《法理学——从古希腊到后现代》,李桂林等译,武汉大学出版社2003年版,第3页。

经阿莫斯、马克伯、霍兰德、萨尔蒙德等人的努力,“法理学最终作为一门独立学科的开端(理论知识体系、学问和大学的法学课程)而存在”^①。但是,法理学作为一门学科的名称,在国内外有不同的看法。德国等大陆国家一般称之为法哲学或法律哲学(Legal Philosophy or Philosophy of Law),英美等国家一般称之为法理学(Jurisprudence),尽管也有人坚持二者是不同的学科,但二者的含义还是基本趋于一致的。^②为此,当代美国著名法学家波斯纳就指出:“所谓‘法理学’,我指的是关于法律这种社会现象的最基本的、最一般的和最理论化的分析。”“我们通常将对根本性问题的分析称为‘哲学’,因此,传统将法理学定义为法哲学或哲学在法律中的运用,这显然是恰当的。”^③

中文“法理学”一词源于日文汉字。1881年,日本著名法学家、日本近代法律文化主要奠基人穗积陈重教授为克服“法哲学”一词较重的形而上学色彩,将德文“Rechtsphilosophie”创造性地翻译为“法理学”,后来被引入中国。但是,新中国成立初期,我国法学理论基本照搬苏联时期的《国家与法的理论》,具有很重的政治学色彩。改革开放后,法学界才开始致力于法学独立性的探索,1981年北京大学出版社发行的法理教科书改称为《法学基础理论》,80年代中期,法理学学科名称才取得合法地位,出版的相应教科书才改称为法理学。

总之,法理学是法学的最一般、最基本的理论,它包括法律本体论、法律价值论、法律方法论及法律与社会的关系等等,是部门法学的重要理论基石。

二、为什么要学习法理学

为什么要学习法理学?这看似一个简单的问题,但并不是每个学习法律的人都十分清楚。对这个问题不清楚,就会影响到对法理学的学习和研究,甚至影响到对整个法律知识(包括部门法)的学习、理解和运用。因此,学习法理学具有重大的意义。

首先,学好法理学是学好部门法学、全面深入掌握法学理论和专业知识的需要。我们说,法理学是“法”之“理”,是对法律的基本规律、基本原理、基本原则的根本认识和总体把握,是贯穿、适用于法学各学科之中的基本理论、基本立场和基本方法,因而是各部门法学的重要理论基石。法理学关于“法律是什么”“法律为何有效”“如何适用法律”等基本问题的探讨和回答,构成了法学其他学科进行研究和探讨的重要理论前提,如果没有法理学的理论基础,就很难学好部

^① 舒国滢:《法理学学科的缘起和它在当代面临的问题》,载沈宗灵等编:《法理学与比较法论集》(下),北京大学出版社、广东高等教育出版社2000年版。

^② 参见付子堂主编:《法理学进阶》,法律出版社2006年版,第2页。

^③ [美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第1页。

门法学和法学专门知识,甚至可能会陷入简单的“法条注释主义”和“法律工具主义”的泥潭,特别是在面临重大疑难法律问题或者法律空白时,就会显得十分尴尬和无奈,很难适应法治国家建设的需要。部门法学一旦进入较深层面,都会直接融入法理学,包括刑法哲学、民法哲学、行政法哲学等等,都是如此。一些诸如罪刑法定原则、罪刑合理性和科学性、行政合理性与合法性原则、契约自由及其限制、物权公示公信原则等等具体的法律问题研究和探讨,只有立足于法理学的深层基础和理论视野才能获得可靠的解释力和说服力。

其次,学好法理学是培养高水平法律素养和能力的需要。任何高层次人才都须是“将”和“帅”的结合,也就是说,不仅要有“将”的处理具体事务的能力,也要具备运筹帷幄、统揽全局的“帅”的决策能力。对法学高层次人才来讲,就是不仅要有审理个别具体案件的能力,更要善于总结、提炼并为疑难案件处理提供基本原则和方法的能力,直至对立法、执法、司法进行分析、研究并施加影响的能力,这才是一个高水平、高素质、高能力的好法官、好检察官、好警官、好律师和好学者。这恰恰需要有很深厚的法学理论功底、牢固的法律理念、智慧的法律方法、严密的法律思维等等才能做到。但是,人们往往对此认识不清,在法学教育中也往往不受关注。为此,德国学者魏德士就曾忧心忡忡地反思到:“由于大学教育集中在局部原则领域,学生们看不到法律制度及其基础与作用方法的全貌。今天的法学教育被司法考试牵着鼻子走,它所培养出来的与其说是独立思考并具有批判能力的法学家(Rechtswissenschaftler),毋宁说是熟练使用法律的法律技术匠(Rechtstechniker)。在法学研究以及部门法的实践中,基础问题和方法论问题常常被回避甚至忽视。”^①事实上,西方很多著名的特别是对司法改革进程产生重大影响的大法官,如霍姆斯、卡多佐、波斯纳等等,都是非常著名的法理学家,也正因如此,“法官造法”才是可能的、充满法律智慧的,也才是有公信力和历史贡献的。历史也表明,任何成就大事的高层次、高水平人才,都不能没有宽阔的知识面、深厚的理论功底、别具一格的深刻思想,以及把思想付诸实践并影响现实社会的能力和水平。为此,要培养高层次的法律专门人才,就必须通过法理学的学习来培养必要的“将”“帅”结合的高素质、高能力和高水平,并为深化法学其他学科专业知识的学习、掌握和运用奠定良好基础。

再次,学好法理学是适应司法改革和培养法律共同体的需要。加快法治国家建设进程,就必须建立法律共同体,保障司法机关独立行使司法权力。但是,法律共同体并不是简单的法律专业人才的集合,而是具有共同的法律专业知识和技术、具有坚定的法律理念和丰富的社会经验、具有很强利益平衡和规则驾驭能力的法律职业队伍。我们过去往往不注重法律理念、法律精神、法律思维、法

^① [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第20页。

律方法的培养和法学理论的学习,缺少司法独立精神,因而“法律工具主义”“法律实用主义”色彩十分浓重,这直接影响到司法改革进程和司法效果。事实上,世界上并没有一成不变的法律,但却有相对不变的法律理念和法律精神。法律理念、法律精神的弘扬和培养就成为推进司法改革和构建法律共同体的关键一环。另外,法理学并不能提供直接的、实用的法律操作技术,但却能提供一种必要的法律思维能力和方法,有了这种思维能力和方法,也许并不一定会形成相应的操作技术,但若没有这种思维能力和方法,就一定不会形成一定的法律操作技术。可见,建立法律共同体就要求“法律人”应善于发现规则和恰当适用规则,而不能做僵死法条的奴隶,因而就要求培养“法律人”的共同法律信仰、法律理念、法律思维和法律方法。要做到这一点,没有对法理学的深入系统学习是不可能的。

三、如何学习法理学

法理学是对法律现象和法律生活的高度提炼、普遍概括和理论升华,因此,与其他法学学科相比,法理学具有很强的理论性、抽象性和思辨性,而且与司法实践问题缺少直接的关联。这就使得法理学的学习变得较为艰难,如何学好法理学也就成为值得探讨的问题。事实上,任何理论无论多么抽象,它都不可能脱离生活现实,法理学更是法律生活现实的反映,只要肯下工夫,找准方法,是能够把法理学学好的,并转化成良好的法律素质和能力。

首先,立足全球化视野,深入学习和解析西方法理学,并进行中西对比学习和研究。西方法理学具有悠久的历史传统,从古希腊的斯多葛学派到今天的后现代法学,形成了色彩纷呈、奔涌向前的法律思想长河,这些都是人类法律思考的结晶,是人类共同的宝贵财富,指导着人类的社会行为和法律生活,当然对后发现代化国家的法学研究和法治进程具有重要的借鉴意义。特别是自然法学、分析实证主义法学、社会学法学、经济分析法学、新马克思主义法学、后现代法学、女权主义法学等等的法律思想和理论已部分地被吸收容纳进中国法理学,并对中国法治进程产生了重要影响。因此,不了解西方法理学,不对中西法理学进行对比学习和研究,就很难开阔法理学理论视野,也很难学好法理学。在当今全球化时代,随着全球经济一体化趋势加剧,法律的交融、贯通与合作的趋向日益明显,这也需要认真对待和学习西方法理学,并进行深入的中西比较学习和研究。当然,由于政治制度、文化传统、生活习惯等因素的影响,我们对西方法理学应采取批判性的学习和研究态度,否则,照抄照搬、亦步亦趋,只能永远是缺少“话语权”的“学生”,很多西方理论“移花接木”到中国也会造成“水土不服”的难题。也就是说,批判性地接受西方法理学,不仅是我国的制度性质和国情决定的,也是建立我国在世界上的法理学“话语权”所要求的。

其次,立足本土国情,全面学习和掌握中国法理学,并直面“生活事实”和“中国问题”。虽然中国法理学需要面向西方法理学和全球视野,但是,它毕竟是要首先立足中国本土国情和解决“中国问题”的。因此,在改革开之初,我们打开国门亟须采取“拿来主义”以武装自己,但是,当中国经济逐步崛起、法学理论研究逐步兴盛之时,特别是很多西方法学理论无法回答和解决“中国问题”时,就亟须建立中国的法理学。这样,我们就必须努力全面学习和掌握中国法理学的最新成果和理论发展,尤其是善于从社会转型和法治进程中探寻和挖掘生活中的法理,关注生活现实,面对“中国问题”,从而避免抽象的理论空谈和简单的逻辑推演,也能避免对西方法学理论的照抄照搬。只有这样,才能更好地学好法理学,学活法理学,也才能学以致用,充分发挥法理学指导法律实践、回应法律生活的理论使命。

再次,立足学科兼容,注重法理学与部门法的有机结合,并强化法学理论的应用性分析。法理学固然是法学的最一般、最基本的理论,是探索法学的基本范畴、基本原理、基本原则和基本问题的,从而为其他法学学科提供思想基础和理论指引,但是,法理学并不是必然无疑的、高高在上的“老大”。事实上,只有法理学确实能为部门法提供理论指导时,它才具有基石和“统领”的作用,而且法理学的很多理论和原理都来源于对部门法学的深入思考和理论升华,是部门法学的实践过程为法理学提供了基本素材和理论源泉。如果脱离了部门法学,法理学就很可能成为一门与司法实践无涉的空洞玄学,法理学也就失去了其价值和意义。因此,要学好法理学,就必须强化学科兼容,尤其是注重部门法学的法理学分析和应用性探讨,只有这样,法理学才有了现实根基和理论活力,法理学原理和知识也才会转化成指导司法实践的精神价值和理论能力。

问题与思考

1. 什么是法理学?
2. 为什么要学习法理学?
3. 如何学好法理学?

第一编 法律的本体

第一章 法律的概念

【法律故事】

古希腊剧作家索福克勒斯在悲剧《安提戈涅》中讲述了这样一个故事：安提戈涅的兄弟浦雷尼克因为背叛城邦而被克里奥国王处死，克里奥国王还禁止人们为浦雷尼克举行葬礼。安提戈涅冒着生命危险，按照希腊宗教所规定的仪式安葬了她的兄弟。于是，克里奥国王要对安提戈涅进行惩罚。对此，安提戈涅辩论说，在埋葬她的兄弟时，她所违反的只是克里奥的法律，但是，这样做却符合更高的神的意志。在安提戈涅看来，国王的命令并不当然具有法律效力，它还必须符合神的意志，否则就是无效的。^①

第一节 法律的定义

一、法与法律

汉字“法”的古体是“灋”。西周金文中已有此字，春秋战国之交开始广泛使用。我国历史上的第一部字典即东汉许慎所著的《说文解字》注释说：“灋，刑

^① 参见[美]E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第4页。

也。平之如水,从水;廌,所以触不直者去之,从去。”^①从这一解释中可以看出,古代的“灋”和“刑”两个字是通用的。其基本含义有二:其一是公平,即所谓“从水”;其二是惩罚,即所谓“从去”。其中的“廌”又名“解廌”,亦作“獬豸”,是传说中的一种独角神兽。古书记载,一说像羊,一说像牛,一说像鹿,其说不一,但都认为它生性悍直,能区分是非曲直。廌“性知有罪,有罪触,无罪则不触”^②。显然,这是一种神明裁判的传说。我国法学界多根据《说文解字》的解释,认为法的本义是指一种判断是非曲直、惩治邪恶的规范。

不过,对于“法”字的水旁究竟是否意指“公平”这一点,法学界尚存有争议。当代著名学者蔡枢衡先生认为,说法“平之如水”,乃“后世浅人所妄增”。当“灋”这个字在汉语中刚出现时,人们的思维水平还没有达到较高的程度,以至于可以从中抽象出“公平”“均直”之类的含义。他认为,在“灋”这个字的意义构成里,“水”的含义不是象征性的,而纯粹是功能性的,是指“漂刑”,即把犯罪者置于水上,随流漂去。就是说,这里的“水”并非指“公平”,而是指“惩罚”。^③应该说,蔡枢衡先生的这一看法是颇有见地的,它符合中国人关于“法即刑”的传统观念。苏力先生则提出,在先秦的文献中,并没有强调水“平”的特征的文字,相反地,强调水自上而下流动的文字倒是不少。所以,“法”字的水旁,意味着古人强调法是自上向下颁发的命令。他还指出,20世纪以来,我国法学家之所以普遍接受许慎对“法”字的解释,把法看作“公平”的象征,其重要原因之一是他们努力强调中西“法”中的共同性。^④

汉语中的“律”字很早就与“法”字同义。据我国最早解释词义的书《尔雅》记载:“法,常也;律,常也。”^⑤《唐律疏议》也说:“律之与法,文虽有殊,其义一也。”^⑥对“律”字,《说文解字》注释说:“律,均布也。”^⑦清人段玉裁在其所撰《说文解字注》中进一步解释说:“律者,所以范天下之不一而归于一,故曰均布也。”所谓“均布”,是古代调音律的工具,把律比作均布,说明它有规范、统一人的行为之意。

我国古代称法为刑,如夏之禹刑、商之汤刑、周之吕刑。至春秋战国时期,出现刑书、刑鼎、竹刑。魏相李悝,集诸国刑典,造《法经》六篇,改刑为法。商鞅相秦,进行变法,又改法为律,萧何继之作《九章律》。此后,历代封建王朝一般把刑典称为律,只有宋、元两朝例外,宋朝称作“刑统”,元朝称作“通制”。

① 许慎:《说文解字》,中华书局1963年版,第202页。

② 王充:《论衡》,上海人民出版社1974年版,第270页。

③ 参见蔡枢衡:《中国刑法史》,广西人民出版社1983年版,第170页。

④ 参见苏力:《“法”的故事》,载《读书》1998年第7期。

⑤ 《尔雅·释诂》。

⑥ 《唐律疏议·名例》。

⑦ 许慎:《说文解字》,中华书局1963年版,第43页。

早在秦汉时,就有人将“法”“律”两字连用,合为“法律”一词。如西汉晁错称:“今法律贱商人,商人已富贵矣;尊农夫,农夫已贫贱矣。”^①但总的来说,“法”“律”两字一般是分开用的,“法律”一词在清末民初才被广泛使用,据说是受日本的影响。^②在现代汉语中,“法律”一词有广义和狭义两种用法。广义的法律是从抽象意义上而言的,指法的整体,包括由国家制定的宪法、法律、法规、规章等规范性文件和认可的判例、习惯等。就我国现在的法律来说,主要是指作为根本法的宪法、全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律、国务院制定的行政法规、某些地方国家机关制定的地方性法规等。狭义的法律是从特定或具体意义上而言的,专指拥有立法权的国家机关依照立法程序制定的规范性文件。在我国,狭义的法律仅指全国人民代表大会制定的基本法律和全国人民代表大会常务委员会制定的除基本法律以外的其他法律。为了避免上述两种意义混淆,我国多数学者习惯于把广义的法律称为法,而把狭义的法律仍称为法律。

近年来,受西方法哲学(尤其是自然法学派)的影响,我国法学界部分学者提出,应该从划分“应然法”与“实然法”的角度来区分法和法律这两个概念。法是指“应然法”,即隐藏在事物背后的客观法则或人类普遍的理性要求;而法律是指“实然法”,即现实的国家政权所制定的具体的法律。从这种意义上说,法律只是法的表现形式。值得注意的是,马克思主义经典作家也认为,法和法律是两个应该加以区别的概念。马克思认为,法是事物所固有的理性规律,而法律只是这种理性规律的表现形式。他指出:“事物的法的本质不应该去迁就法律,恰恰相反,法律倒应该去适应事物的法的本质。”^③在马克思看来,符合“事物的法的本质”的法律才是真正的法律;反之,违背“事物的法的本质”的法律只是形式上的法律,它本身就是一种非法。这一思想的积极意义在于反对国家任意立法。

二、对法律的不同界说

关于法律的定义,古今中外的思想家、法学家提出了各式各样的学说。在西方哲学界,各个法哲学流派基于各自的学术立场分别对法律作出了不同的定义。其中,比较有影响的观点主要有以下三种:

(一) 法律命令说

法律命令说是19世纪英国分析法学家奥斯丁提出的关于法律的定义。奥斯丁认为:“人们所说的准确意义上的法或规则,都是一类命令。”^④这种命令是

① 《汉书·食货志》。

② 参见郑兢毅编著:《法律大辞书》(上册),商务印书馆1936年版,第761—762页。

③ 《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社1956年版,第139页。

④ [英]奥斯丁:《法理学的范围》,刘星译,中国法制出版社2002年版,第17页。

政治上居上位者的意志的表达,政治上居下位者如不服从,就会受到制裁。就是说,法律是由主权者下达的以制裁为后盾的普遍命令。这一学说的合理之处在于它看到了“主权”在法律的制定和执行过程中的重要作用。但是,这一学说把法律看作是高高在上的主权者的“命令”,并把“制裁”上升为法律的核心要素。这不仅歪曲了法律的特征,而且会导致法律专制主义思想泛滥,成为暴政的帮凶。

(二) 法律规则说

法律规则说是当代英国分析法学家哈特提出的关于法律的定义。哈特认为,法律是由第一性规则和第二性规则两类要素结合而形成的规则体系。“第一类规则设定义务,第二类规则授予权力,公权力或私权力。”^①法律规则是法律的最主要构成要素,因此,正如哈特自己所说的那样,从法律规则的角度定义法律,就抓住了“法律科学的关键”。但是,把法律仅仅归结为单一的法律规则,是把复杂的法律问题简单化了。在法律的构成要素中,除了具体的法律规则外,还有比较抽象的法律原则和立法政策。当人们在解决法律上的权利和义务问题的时候,特别是在疑难案件中,法律原则和立法政策往往发挥着十分重要的作用。

(三) 社会控制说

社会控制说是当代美国社会法学家庞德提出的关于法律的定义。庞德指出,关于“什么是法律”这个问题,一直是一个争论不休的话题。原因在于,人们往往把三个完全不同的东西都称为法律。它们分别是:第一,法律秩序,即通过有系统地、有秩序地使用政治组织社会的强力来调整关系和安排行为的制度;第二,一批据以作出司法或行政决定的权威性资料、根据或指示;第三,司法过程和行政过程,即为了维护法律秩序依照权威性的指示以决定各种案件和争端的过程。庞德说,可以用社会控制的观念把这三种意义统一起来,这样就能得出一个关于法律的完整的定义:法律“是依照一批在司法和行政过程中使用的权威性法令来实施的高度专门形式的社会控制”^②。庞德指出,通过法律所实施的社会控制,就是对人类本性的控制。人们的要求总是无限的,但社会满足这些要求的机会却是有限的,于是,各种利益就会产生冲突,一定程度的社会控制自然必不可少。应该说,庞德的社会控制说是一个关于法律的比较完整的定义,其中包含着值得我们重视的内容。

三、法律的定义

在以苏联为代表的社会主义法学阵营里,长期流行一个关于法律的经典定

^① [英]哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第83页。

^② [美]庞德:《通过法律的社会控制·法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆1984年版,第22页。

义,它是苏联著名法学家维辛斯基于1938年代表当时的苏联法学界提出来的,因而被称作维辛斯基定义。维辛斯基定义的内容是:“法是以立法形式规定的表现统治阶级意志的行为规则和为国家政权所认可的风俗习惯和公共生活规则的总和,国家为了保护、巩固和发展对于统治阶级有利的和惬意的社会关系和秩序,以强制力量保证它的施行。”^①这个定义强调了法律以下四个方面的属性:第一,法律的规范性:法律是“以立法形式规定的行为规则”和“为国家政权所认可的风俗习惯和公共生活规则”这两类规则的总和;第二,法律的阶级性:“以立法形式规定的行为规则”直接地表现了统治阶级的意志,“风俗习惯和公共生活规则”要上升为法律规则,则必须获得国家政权的认可,因而是间接地表现了统治阶级的意志;第三,法律的政治性:法律的功能在于保护、巩固和发展对于统治阶级有利的社会关系和社会秩序;第四,法律的强制性:国家以强制力量保证法律的施行。

维辛斯基定义强调法律的规范性,明确地表达了法律的规范作用,这一点是值得肯定的。但是,从根本上说,这个定义的理论基础是斯大林时期的阶级斗争理论,因而它不可避免地存在着严重的缺陷。这个定义强调了法律的阶级性、意志性,却没有提及法律的物质制约性、规律性,没有指出统治阶级的意志归根到底是由社会的物质生活条件所决定的;这个定义强调了法律的政治职能,却没有提及法律的社会管理职能;这个定义强调了法律的国家强制性,却没有提及公民对法律的自觉认同和自觉遵守问题。这种理论上的偏颇助长了斯大林时期个人专断、践踏法治的行为。

从理论渊源上看,我国法学界关于法律的定义深受苏联法学理论的影响。20世纪50年代以后,维辛斯基定义传播到我国法学界,并在我国法学界占据主导地位。受到当时“极左”思潮的影响,我国法学界曾一度过分强调法律的阶级性,甚至把法律视作阶级斗争的工具。这种错误观念对新中国成立以后的法学研究和法制实践都产生了严重的破坏作用。20世纪80年代以来,在法律的定义问题上,我国法学界开始努力消除维辛斯基定义和“法律工具论”的负面影响。

根据我国法学界目前关于法律的定义的通说,并结合本章第二节、第三节关于法律的特征、法律的本质的分析,我们对法律作出如下定义:法律是由国家制定或认可的、以权利和义务为主要内容的、在本国主权范围内普遍适用的、以国家强制力保证实施的行为规则的总和。法律在本质上是统治阶级意志的体现,但这种意志的内容是由社会的物质生活条件所决定的。

^① [苏]维辛斯基:《国家和法的理论问题》,李樵等译,法律出版社1955年版,第100页。

第二节 法律的特征

一、法律的国家创制性

从产生方式上看,法律与其他社会规范的区别在于它有国家创制性,即法律是由国家制定或认可的。法律以外的其他社会规范无一例外地都不是由国家创制的。例如,习惯和道德往往是人们在长期的共同生活中自发形成的,宗教教规是由各种宗教组织制定的,政党的政策则是由政党的领导机构发布的。

制定和认可是国家创制法律的两种途径。所谓制定是指拥有立法权的国家机关按照一定的程序创造出新的法律规范。通过这种方式产生的法律,称为制定法或成文法。所谓认可是指有关国家机关赋予社会上已经存在的某种行为规范以法律效力。通过这种方式产生的法律,称为不成文法。国家认可法律主要有以下三种情况:第一,赋予社会上既存的习惯、道德、宗教教规等以法律效力,这是最常见的一种认可形式;第二,在判例法国家,通过对特定判例进行分析,从中概括出一定的规则或原则,并把这些规则或原则当作以后处理类似案件的根据,从而事实上赋予它们以法律效力;第三,赋予权威法学家的学说以法律效力,即在法律没有明文规定的情况下,允许援引权威法学家的学说作为处理案件的依据。

有学者提出,法律解释也是法律创制的一种主要方式。他认为:“法律的创制不是仅仅通过认可和制定,法律被认可或被制定以后还有一个再度创造的过程,这就是解释。……如果把法律仅仅理解为立法机关认可或制定的规范,容易造成多种误解,并会导致法官轻视法律的适用阶段。”^①

法律的国家创制性意味着法律出自国家,国家是法律的唯一来源。这说明,法律与国家权力之间存在着内在的、不可分割的联系。没有国家权力的支撑,任何法律都将无从产生。换言之,一切法律都是以国家名义创制的。

不过,有关国家是不是法律的唯一来源这一问题,在法学界是存有争议的。西方有的法学流派认为,法律不一定与国家政权有联系,其主要理由是习俗和学者的学说有时可以直接成为审判的依据。国内也有学者认为,虽然法律主要来源于国家,但国家并没有垄断造法的权力,除国家造法外,社会本身始终是法律的重要来源。社会造法的主要表现是,在许多国家,社会公认的价值观、部分习惯以及权威性理论可以直接成为法律。此外,许多国际组织也在创造法律,如联合国、欧盟等。虽然这些国际组织的成员是国家,但它们本身却不是国家。^②

^① 张文显主编:《法理学》,法律出版社1997年版,第56页。

^② 参见周永坤、范忠信:《法理学——市场经济下的探索》,南京大学出版社1994年版,第25页。

二、法律的行为规范性

从调整机制上看,法律与其他社会规范的区别在于它有行为规范性。法律主要是由法律规范构成的,法律规范通过设定权利和义务的方式来调整人的行为,这种独特的调整机制是其他社会规范所没有的。

首先,法律规范是一种行为规范,它通过对人们的行为提出模式化要求,从而实现调整社会关系的目的。人的行为是法律规范的直接调整对象,社会关系则是法律规范的间接调整对象。实际上,法律规范和其他任何一种社会规范一样,都是针对社会关系进行调整和控制的,但法律规范在调整社会关系时,总是以人的行为作为中介,而不是以人的思想作为中介。马克思指出:“凡是不以行为本身而以当事人的思想方式作为主要标准的法律,无非是对非法行为的公开认可。……对于法律来说,除了我的行为以外,我是根本不存在的,我根本不是法律的对象。我的行为就是我同法律打交道的唯一领域”^①。法律规范首先调整人的行为,这是法律规范区别于其他社会规范的重要特征之一。例如,道德规范主要通过思想引导和舆论压力来调整社会关系,政党规范主要通过思想控制和组织控制来调整社会关系。

其次,法律规范通过设定权利和义务的方式来调整人的行为。法律规范在逻辑上由行为模式和法律后果两部分所组成。在行为模式部分,立法者直接分配权利和义务,从而给人们的行为确立统一的标准。在法律后果部分,立法者对合法行为和违法行为分别设定不同的法律后果,从而引导、保证人们按照行为模式的要求去办事,这实际上是对权利和义务的二次分配。无论是对权利和义务的初次分配还是二次分配,立法者都努力追求权利和义务的明确性、确定性,而且非常讲究权利和义务彼此之间的匹配性和对等性。这种独特的调整方式是法律与其他社会规范的显著区别所在。有的社会规范,如道德、宗教规范侧重于义务性规定,并且主要靠人们的内心信念来遵守。还有一些社会规范,如党、团纪律规范,虽然也有权利和义务的规定,但其所规定的权利和义务往往是不明确的、不确定的,其所规定的权利和义务彼此之间还有可能是不匹配的、不对等的。

三、法律的普遍适用性

从适用范围上看,法律与其他社会规范的区别在于它有普遍适用性。由于法律是以国家名义制定并颁布实施的,它代表着国家意志,因此,是一种普遍性的社会规范。所谓法律的普遍适用性是指法律作为一个整体,在本国主权范围内具有使一切国家机关、社会组织和公民一体遵行的法律效力。法律并不是为

^① 《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社1956年版,第16—17页。

特殊保护个别人的利益而制定的,也不是为特别约束个别人的行为而设立的。法律为社会上的一切人提供行为准则,它的对象是抽象的、一般的人,而不是具体的、特定的人。任何人的合法行为都无一例外地受法律的保护,任何人的违法行为也都无一例外地受法律的制裁。

需要说明的是,说法律有普遍性,是把法律作为一个整体而言的,并不意味着每一部特定的法律都在一国全部领域内对所有的人生效。事实上,有的规范性法律文件,如地方性法规,就只在制定该规范性法律文件的国家机关所管辖的地区有效;有些规范性法律文件还可以在一国领域外发生效力;还有一些规范性法律文件是针对某一类社会成员而制定的,对其他社会成员不发生法律效力。

法律的普遍适用性是法律与其他社会规范的重要区别之一。其他社会规范往往有其特定的适用对象和适用范围,如习惯规范、道德规范和宗教规范等,并非在一国范围内对所有的人都有效,因为在不同地区或不同人群中通行着不同的习惯、道德和宗教规范。至于政党的政策,一般只对该党的各级组织和党员个人有效,没有适用上的普遍性。

四、法律的国家强制性

从实施方式上看,法律与其他社会规范的区别在于它有国家强制性,即法律是由国家强制力来保证实施的。其他的社会规范在贯彻实施上也都有一定的强制性,例如,习惯规范的实施主要靠传统力量的强制,道德规范的实施主要靠社会舆论的强制,宗教规范的实施主要靠精神力量的强制,政党规范的实施主要靠党内纪律的强制。但是,这些社会规范的强制性都仅仅是一般的强制性,而非国家强制性,因为它们是靠一般的强制力而非国家强制力来保证实施的。

所谓国家强制力是指一定的阶级为了一定的统治目的而建立起来的军队、警察、法庭、监狱等国家暴力,它由专门的国家机关按照法定程序来运用。国家强制力是一种强大的暴力性力量,是任何单个的组织和个人都无法抗拒的。法律以国家强制力作后盾,就使法律的运行有了可靠的保障。不论其主观愿望如何,任何人都必须严格遵守法律,否则就会招致国家的干预,受到相应的法律制裁。

不过,法律以国家强制力作为后盾,并不意味着在法律实施的全过程中都必须直接借助于国家暴力。在正常情况下,国家强制力隐而不发,只有当法律运行出现“病态”即有人作出了违法行为的时候,国家强制力才迸发出来,对违法者进行法律强制。实际上,人们不应过分迷信国家强制力的运用。因为,在运用国家强制力的场合,人们是被迫才遵守法律的,其守法的主动性和积极性没有发挥出来,因而很难保证法律得到充分的实施。同时,运用国家强制力需要投入一定的人力、物力和财力,这会提高法律运行的成本,不符合法律的经济性原则。正如美国学者博登海默所说:“如果人们不得不着重依赖政府强力作为实施法律

命令的手段,那么这只能表明该法律制度机能的失效而不是对其有效性和实效的肯定。”^①

值得一提的是,把法律的特征概括为以上四种属性只是我国法学界的一般看法。在法律的特征问题上,国内外均有学者持与此不同的看法。其中较有代表性的一种观点认为,法律的可诉性才是法律的重要特征所在。例如,德国法学家坎特洛维奇认为,用法律的内容、法律的国家渊源和法律的强制性来解释法律的特殊性都不甚令人满意。他指出,法律是规范外部行为并可被法院适用于具体程序的社会规则的总和,因此,法律区别于其他社会规范的最明显特征在于它的可诉性(Justiciability)。^②国内也有学者认为,可诉性是现代法治国家中法律的重要特征之一。所谓法律的可诉性是指法律作为一种规范人们外部行为的规则,可以被任何人(特别是公民和法人)在法律规定的机构中(特别是法院和仲裁机构中)通过争议解决程序(特别是诉讼程序)加以运用的可能性。它是现代法治国家的法律应有的特性。传统法学理论把法律的运行看成是由国家制定、民众执行的单向运行模式,忽视了民众对法律的积极参与,因而在法律的特征上就遗漏了法律的可诉性。在现代法治国家,法律的运行必须采用从一般大众到政府以及从政府到一般大众的不断的立法、规范、监督、反馈和修正的良性双向运行模式。在这种模式中,民众对法律的参与除被管理和机械守法外,也包括对法律的积极运用。这样,法律的可诉性就显现出来了。^③

第三节 法律的本质

一、研究法律本质的意义

现象和本质是哲学上的一对范畴。任何事物都是现象和本质的统一体,法律自然也不例外。法律的现象是指法律的外部联系,是法律本质的外部表现,是人们通过感官就可以感知到的法律的外部特征。如前所述,与其他社会规范相比,法律具有国家创制性、行为规范性、普遍适用性和国家强制性四个特征。法律的本质是指法律的内部联系,是法律区别于其他一切事物的根本属性。法律的本质隐藏于法律现象的背后,是法律内在的、深刻的、稳定的属性。人们只有通过科学的抽象思维,才能认识它、把握它。

法律的本质是法理学领域最为重要的一个学术范畴。有关法律本质问题的

^① [美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第345页。

^② See Hermann Kantorowicz, *The Definition of Law*, Cambridge University Press, 1958, p. 79.

^③ 参见王晨光:《法律的可诉性:现代法治国家中法律的特征之一》,载《法学》1998年第8期。

认识和思考,是任何一个完整的法理学理论体系不可或缺的组成部分。对法律的本质持何种态度,事关一个人的法律世界观和法律方法论,所以,古今中外的思想家、法学家在提出自己的法律思想之前,总是要首先表达自己对于法律本质问题的立场。

法律的本质问题也是被古今中外的思想家、法学家弄得最为混乱不堪的一个问题。在西方法哲学领域,从古希腊到近当代,先后出现了大大小小几十个法哲学流派。在法律的本质问题上,这些不同的法哲学流派往往各执一词,彼此之间存在着尖锐的对立。在我国法理学领域,自20世纪50年代至今,围绕法律的本质问题(尤其是法律的阶级性问题)也先后发生过多次激烈的争论。

二、法律本质的争论

在法律的本质问题上,西方法哲学界历来是学说林立,观点纷呈。其中,比较有影响的理论主要有以下四种:

(一) 神意论

神意论把法律的本质归结为神意。这种思想在古希腊早期就已发端。当时,法律被认为是由神颁布的,而人则是通过神意的启示才得知法律的。在西欧中世纪,罗马教会神学在意识形态领域占据支配地位,哲学、政治学和法学都成了神学的分支,因此,法律的本质被归结为上帝的意志。这种思想的代表性人物是13世纪意大利经院主义哲学家托马斯·阿奎那。19世纪末20世纪初以来,在法国哲学家马里旦和比利时哲学家达班等人的推动下,托马斯·阿奎那的神学主义法律思想获得了复兴,并形成了所谓的新托马斯主义法学。

(二) 理性论

理性论把法律的本质归结为理性。古希腊的斯多葛派学者认为,理性作为一种遍及宇宙的普世力量,乃是法律和正义的基础。古罗马法学家西塞罗也认为:“法律乃是自然中固有的最高理性,它允许做应该做的事情,禁止相反的行为。当这种理性确立于人的心智并得到实现,便是法律。”^①17—18世纪资产阶级革命时期,启蒙思想家将法律的本质归结为人的理性。例如,法国思想家孟德斯鸠指出:“一般地说,法律,在它支配着地球上所有人民的场合,就是人类的理性;每个国家的政治法规和民事法规应该只是把这种人类理性适用于个别的情况。”^②

(三) 公意论

公意论把法律的本质归结为公意。法国思想家卢梭明确提出:“法律乃是

① [古罗马]西塞罗:《论共和国·论法律》,王焕生译,中国政法大学出版社1997年版,第189页。

② [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1961年版,第6页。

公意的行为。”^①所以,一个人,不论他是谁,擅自发号施令就绝不能成为法律。这种观点后来被法国的《人权宣言》所肯定:“法律是公共意志的体现。”

(四) 民族精神论

民族精神论把法律的本质归结为民族精神。这是19世纪德国的历史法学派的观点。其代表人物萨维尼认为,法律绝不是那种应当由立法者以专断刻意的方式制定的东西,它深深地植根于一个民族的历史之中。就像一个民族的语言和举止一样,法律也首先是由一个民族的特性即民族精神所决定的。“法律随着民族的成长而成长,随着民族的壮大而壮大,最后,随着民族对于其民族性(nationality)的丧失而消亡。”^②

三、法律的本质属性

我国法学界的通说认为,应该从主、客观相结合的角度来认识法律的本质。从主观角度看,法律具有阶级性,反映了统治阶级的意志;从客观角度看,法律具有物质制约性,其内容归根到底是由社会的物质生活条件所决定的。所以,法律在本质上是阶级性和物质制约性的统一,是意志和规律的统一。

(一) 法律的阶级性

从现象上看,法律是由国家制定或认可的,并且是由国家强制力来保证实施的。因此,法律代表了国家的意志。但是,国家作为一种抽象的政治组织,是没有生命的,因而也就不可能有自己的意志。那么,这个所谓的国家意志究竟是谁的意志?它是不是全体社会成员的“公共意志”?马克思主义要求我们牢牢记住这样一个基本的历史事实:自从人类进入文明时代以来,始终分化为不同的阶级。不同的阶级,其意志和利益是不同的,甚至是根本对立的。因此,所谓的“公共意志”从来就是虚幻的、不存在的。从表面上看,国家是凌驾于社会之上的力量,它扮演着调停人的角色,力求把各阶级之间的利益冲突保持在秩序的范围之内,但实际上它并不是中立的,“它照例是最强大的、在经济上占统治地位的阶级的国家”^③。所以,所谓的国家意志实际上只能是统治阶级的意志,统治阶级凭借自己在经济上和政治上的统治地位,硬把本阶级的意志上升为国家意志,并宣布为法律。

法律所体现的统治阶级意志,并不是个别统治者的个人意志,也不是统治阶级内部每个成员的意志之和,而是统治阶级作为一个整体在根本利益一致基础上所形成的共同意志,是统治阶级内部各个成员的意志相互作用而产生的“合

^① [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1980年版,第51页。

^② [德]萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第9页。

^③ 《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社1995年版,第172页。

力意志”。正如恩格斯在分析历史的发展进程时所指出的那样：“最终的结果总是从许多单个的意志的相互冲突中产生出来的，而其中每一个意志，又是由于许多特殊的生活条件，才成为它所成为的那样。这样就有无数互相交错的力量，有无数个力的平行四边形，由此就产生出一个合力，即历史结果……各个人意志——其中的每一个都希望得到他的体质和外部的、归根到底是经济的情况（或是他个人的，或是一般社会性的）使他向往的东西——虽然都达不到自己的愿望，而是融合为一个总的平均数，一个总的合力，然而从这一事实中决不应作出结论说，这些意志等于零。相反地，每个意志都对合力有所贡献，因而是包括在这个合力里面的。”^①法律所反映的统治阶级意志就是统治阶级各个成员的意志相互融合而形成的一个总的“合力”，它对每个成员的意志都有所吸收又有所舍弃。

自20世纪50年代至今，法律的阶级性理论一直在我国法学界占据着主导地位，成为我国法学界关于法律本质的通说。但是，与此同时，围绕着法律的阶级性的争论，也几乎从来没有停止过。其中，主要的争论有以下三次：

第一次是20世纪50年代有关法律的阶级性和继承性之争。1956年，著名法学家杨兆龙先生撰文提出了法律的阶级性和法律的继承性的关系问题。他认为，一国的全部法律规范可以分为两大类：一类是主导性或关键性的规范，这类规范反映了特定的统治阶级的意志，在不同性质的社会之间不能继承；另一类是辅佐性或从属性的规范，这类规范规定了调整各种社会关系的一般标准以及处理各种事件的程序和方法，它没有具体的阶级性，在不同性质的社会之间可以进行“移植”或继承。^②1957年“反右派运动”开始之后，杨兆龙先生的这一观点被当作“右派”言论而受到无情批判。

第二次是20世纪80年代有关法律的阶级性和社会性之争。1978年党的十一届三中全会以后，我国法学界开始痛定思痛，对长期形成的以阶级斗争为中心的“极左”法学理论进行反思。在此背景下，周凤举先生于1980年撰文提出了法律的阶级性和法律的社会性的关系问题。他认为，在阶级社会中，一部分法律规范反映统治阶级的意志，具有阶级性；另一部分法律规范是普遍性的社会生活规范，它反映整个社会的利益和要求，而不是反映统治阶级一个阶级的意志，所以，它具有社会性，没有阶级性。^③周凤举先生的观点在我国法学界引发了一场长达十年之久的争论。通过争论，法学界多数学者倾向于认为，主要执行社会公共事务管理职能的法律是没有阶级性的。

① 《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社1995年版，第697页。

② 参见杨兆龙：《法律的阶级性和继承性》，载《华东政法学院学报》1956年第3期。

③ 参见周凤举：《法单纯是阶级斗争工具吗？——兼论法的社会性》，载《法学研究》1980年第1期。

第三次是 20 世纪 90 年代有关法律的阶级性和民主性之争。90 年代以来,我国逐渐走上了建立市场经济、建设法治国家的发展道路。在一个市场经济国家,在一个法治国家,法律的民主性是一个毋庸置疑的先决条件。所以,90 年代以来,法律的民主性受到了我国法学界的高度关注。在此背景下,一些学者以法律的民主性为切入点,对法律的阶级性理论提出了批评和质疑。例如,有学者提出,法律有“良法”与“恶法”之分,区分的标准就是看它是否具有民主性。所以,阶级性是“恶法”才具有的属性,而不是“良法”应该具备的品格。马克思、恩格斯在他们的著述中,的确曾确认过资产阶级法律的阶级性,但是,“马克思、恩格斯指出资产阶级法是资产阶级意志的体现,是批判资产阶级法的不合理性,合理的、优良的法律不应当是一个阶级意志的体现”^①。还有学者指出,在民主国家里,法律应该反映市民社会的利益诉求,而不能仅仅反映政治国家的意志、统治阶级的意志。“‘统治阶级意志论’以政治国家为出发点,把法的国家意志形式当作法的本质,因而颠倒了市民社会与政治国家的关系。尽管国家和法是脱离于市民社会的力量,但绝不能是决定和制约市民社会的力量,市民社会更不能成为实现国家目的的手段。恰恰相反,市民社会是国家和法不容置疑的出发点。”^②

(二) 法律的物质制约性

法律的阶级性表明,法律所代表的国家意志实际上就是统治阶级的意志。那么,统治阶级的意志从何而来?马克思主义认为,反映在法律中的统治阶级意志决不是凭空产生的,也不是统治者个人随心所欲的结果,而是由社会的物质生活条件所决定的。马克思指出:“社会不是以法律为基础的。那是法学家们的幻想。相反地,法律应该以社会为基础。法律应该是社会共同的、由一定物质生产方式所产生的利益和需要的表现,而不是单个的个人恣意横行。现在我手里拿着的这本 Code Napoléon(拿破仑法典)并没有创立现代的资产阶级社会。相反地,产生于十八世纪并在十九世纪继续发展的资产阶级社会,只是在这本法典中找到了它的法律的表现。这一法典一旦不再适应社会关系,它就会变成一叠不值钱的废纸。”^③

法律的物质制约性要求立法者在制定法律时必须从客观经济条件出发,而不能臆造它、违反它。马克思指出:“立法者应该把自己看做一个自然科学家。他不是制造法律,不是在发明法律,而仅仅是在表述法律”^④。立法者如果违背客观经济规律,想用一道法令阻止社会经济关系的发展,是根本办不到的。正

① 周永坤、范忠信:《法理学——市场经济下的探索》,南京大学出版社 1994 年版,第 19 页。

② 马长山:《从市民社会理论出发对法本质的再认识》,载《法学研究》1995 年第 1 期。

③ 《马克思恩格斯全集》第 6 卷,人民出版社 1961 年版,第 291—292 页。

④ 《马克思恩格斯全集》第 1 卷,人民出版社 1956 年版,第 183 页。

如马克思在批判蒲鲁东时所说的那样：“只有毫无历史知识的人才不知道：君主们在任何时候都不得不服从经济条件，并且从来不能向经济条件发号施令。无论是政治的立法或市民的立法，都只是表明和记载经济关系的要求而已。”^①由此，马克思得出一个重要结论：“法律只是事实的公认。”^②这个事实就是客观存在的一定社会经济关系。

在理解法律的物质制约性时，需要特别注意以下三个问题：

第一，法律有物质制约性并不意味着法律总是符合客观经济条件和经济规律的要求。法律应该符合客观经济条件和经济规律的要求，这是一个“应然”的命题，而法律是否符合客观经济条件和经济规律的要求，则是一个“实然”的命题。“应然”与“实然”之间总是有差距的。客观地说，在任何一个社会中，包括在我国社会主义社会中，立法不符合客观经济条件、违背客观经济规律的情况都时有发生。因为经济条件和经济规律的发展要求是一回事，人们能否认识到这种发展要求并把它反映到法律中来则是另一回事，这里面有一个从客观到主观、从社会存在到社会意识的飞跃问题。恩格斯在以民法准则为例阐述经济关系对法律的决定作用时曾说过：“如果说民法准则只是以法的形式表现了社会的经济生活条件，那么这种准则就可以依情况的不同而把这些条件有时表现得好，有时表现得坏。”^③可见，无视法律与客观经济规律之间的联系，单纯地把法律看成是主观意志的产物，固然是不对的，但无视法律的主观意志性，把法律与客观经济规律混为一谈，也同样是错误的。

第二，法律有物质制约性并不意味着社会物质生活条件以外的因素对法律就没有影响。法律的物质制约性表明，法律的内容及其发展变化受物质生活条件的制约，特别是受经济基础的制约，但不能因此就认为法律不受其他因素的影响，或者与其他社会现象无关。恩格斯在其晚年阐述唯物史观的基本原理时曾指出：“政治、法、哲学、宗教、文学、艺术等等的发展是以经济发展为基础的。但是，它们又都互相作用并对经济基础发生作用。并非只有经济状况才是原因，才是积极的，其余一切都不过是消极的结果。”^④可见，政治、哲学、宗教等经济以外的因素同样对法律有影响。看不到这一点，就无法解释实际生活中的许多法律现象。例如，在欧洲中世纪的法律中就一定有火刑；而在中国的封建制法律中就一定有笞杖。显然，这一差别绝非经济基础的差异所致。实际上，前者与欧洲中世纪的宗教观念有关，后者则与中国封建社会的伦理和政治观念有关。

恩格斯在其晚年分析社会历史的进程时还曾提出，虽然经济因素是社会历

① 《马克思恩格斯全集》第4卷，人民出版社1958年版，第121—122页。

② 同上书，第124页。

③ 《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社1995年版，第253页。

④ 同上书，第732页。

史发展中的决定性因素,但它不是唯一的决定性因素。他写到:“根据唯物史观,历史过程中的决定性因素归根到底是现实生活的生产和再生产。无论马克思或我都从来没有肯定过比这更多的东西。如果有人在这里加以歪曲,说经济因素是唯一决定性的因素,那么他就是把这个命题变成毫无内容的、抽象的、荒诞无稽的空话。”^①恩格斯进而认为,在复杂的历史过程中,经济状况是基础,但政治、法律、哲学、宗教等上层建筑领域的各种因素也对历史发展的进程产生影响,并在许多情况下决定着历史斗争的形式。从恩格斯的论述中,我们应该可以推导出这样的结论:对于法律来说,经济基础并非唯一的决定性因素,上层建筑领域的各种因素有时也对法律的发展起着某种决定性的作用。当然,从归根到底的意义上说,上层建筑领域的各种因素对法律的作用还是要通过经济基础的发展所开辟的必然性来展开的。正是从这个意义上,我们才说法律具有物质制约性。

第三,法律有物质制约性并不意味着法律就没有自己的相对独立性。法律的物质制约性说明法律的内容及其发展变化是由社会的物质生活条件所决定的。但是,法律也有自己的相对独立性,它并不随经济基础的发展而亦步亦趋,而是有一定的“惯性”,具体表现为法律的历史继承性和其自身发展的规律性。法律的相对独立性与法律的物质制约性并不矛盾。因为,一方面,法律之所以有相对独立性,正是由于不同社会的物质生活条件之间有一定的历史连续性。任何一个新的社会,在其经济基础中总会保留旧有经济的某些遗留成分和因素,这就决定了新旧社会的法律之间必然会有一定的继承性。从这一角度看,法律的相对独立性恰恰是法律的物质制约性的重要表现之一。另一方面,法律之所以有相对独立性,是由于法律除了受经济基础的制约外,还要受上层建筑领域的各种因素的影响。但是,当这些因素对法律的影响和经济基础对法律的作用方向不一致时,最终还是要让位于经济基础的发展要求。同时,这些因素自身的发展归根到底也是由经济基础所决定的。从这一角度看,法律的相对独立性只能存在于经济基础的发展要求所能允许的范围之内。

问题与思考

1. 在本章【法律故事】中,安提戈涅和克里奥国王对法律的理解有何不同?
2. 在西方法哲学(尤其是自然法学派)语境中,“法”与“法律”有何区别?
3. 法律的基本特征有哪些?
4. 法律的本质属性有哪些?
5. 如何理解法律的物质制约性与法律的相对独立性之间的关系?

^① 《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社1995年版,第695—696页。

参 考 文 献

1. 沈宗灵主编:《法理学》,北京大学出版社 2001 年版。
2. 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社 1996 年版。
3. 丁以升:《法的阶级性的理论危机》,载《法学》2005 年第 2 期。
4. [美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社 1999 年版。
5. [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社 2003 年版。

第二章 法律的要素

【引读案例】

1882年,纽约州居民帕尔默用毒药杀害了自己的祖父。其祖父曾立遗嘱把一大笔财产留给他,但是,他看到祖父有再婚可能以后,就很担心祖父会更改遗嘱,基于这一动机,帕尔默毒杀了祖父。帕尔默因杀人而被判罪入狱,这在刑事法上毫无异议,但在民事法上,他能否依法继承祖父的遗产却引起巨大争议。因当时纽约州的继承法中并无遗嘱继承人谋杀被继承人后是否仍有权继承遗产的规定。

帕尔默的姑姑们主张,既然帕尔默杀死了被继承人,那么法律就不应当再赋予他继承遗产的权利。而帕尔默的律师则争辩说,纽约州继承法并未明确规定这种情况可以导致遗嘱无效并剥夺继承人的继承权,尽管他已经犯罪入狱,但刑事惩罚和民事权利之间并无关联,亦无冲突,故根据这份有效的遗嘱,帕尔默仍然享有民事上的继承权。法院不能用流行的道德来取代对法律的执行。

此案从州法院一直上诉到联邦最高法院。审理此案的联邦最高法院法官也分成两派。一派以格雷大法官为首,认为法院不能以自己的道德立场去妄加揣测立遗嘱人的利益和意图,纽约州的法律清晰明确,没有理由弃之不用。若法院违反明确的立法剥夺当事人的权利,这就有违“罪刑法定”原则,该种情形中继承人是否应当被剥夺继承权,应当由立法机构事先作出规定,法官不能擅自决定。而以厄尔为首的另一派大法官们则认为,法律的真实含义不仅取决于法规文本,而且取决于文本之外的立法者意图,立法者的真实意图显然不会让杀人犯去继承遗产。此外,理解法律不能仅限于孤立的法律文本,法官应当创造性地构想一种与普遍的正义原则相接近的法律,从而维护整个法律体系的统一性。

最后,以厄尔大法官为首的一派意见占据了优势,以五票对四票判决剥夺了帕尔默的继承权。在这个美国法律史上的著名判决中,厄尔大法官抛弃了纽约州继承法,直接援引一条来自英国的古老法律原则——任何人不能从其自身的过错中获益。

第一节 法律的要素释义

一、法律的要素的概念

自然界的任何事物总是由不同元素以特定方式构成的。比如,我们常见的水,其水分子(H_2O)就是由两个氢原子和一个氧原子构成的;再比如,我们现代人所居住的楼房,不外乎是由钢筋、混凝土、砖头石块等物质所构建的。对于法律这种人类创造之物,尽管它不是水、房屋这样的有形物质,但自近代以来,许多法学家已经试图从科学主义的视角观察和分析法律,探究其主要构成元素,就像生物学家用显微镜观察一只被解剖的青蛙那样。这种观察和分析,目的是要探究法律这种社会现象存在的基本原理和运行的基本规律,以便给立法、司法、执法等法律实践活动提供有益的理论指导。

法律的要素,是指构成法律的主要元素或各个组成部分。不论是一个法律规范、一部单行法律,还是一个完整的法律体系,其构成的主要元素是什么,这些主要元素之间是以何种方式组成一个整体(系统)并发挥其作用的,这些都是法律要素理论所要研究的问题。

二、法律要素的确定

在法学史上,早期的学者对法律的研究,一般总是关注于法律的性质、功能、价值等宏观问题,很少有人专门深入法律条文和法律规范的内部,对法律进行微观的逻辑研究。

一般认为,19世纪的分析实证主义法学派最早开启了对法律规范理论尤其是法律要素理论的探究。功利主义法学家边沁基于语言逻辑分析立场,最早开展了对法律体系、法律规范之内部结构的研究,这种研究法律的实证主义进路,经由边沁的后辈约翰·奥斯丁发扬光大,不仅诞生了影响巨大的“法律命令论”,更由此催生了一个影响更加巨大的分析实证主义法学派。

奥斯丁的“法律命令论”,是后世学者对其法律分析理论的形象概括。奥斯丁一反此前自然法学者对法律的界定(自然法学者总是从法律的内容入手,把法律归于抽象的神意或理性),他把人们对法律内容的关注引导到法律存在形式上,即法律是如何被实际创制的,它又如何可以约束人们的行为。奥斯丁认为,所有法律的组成元素不外乎三个:主权、义务和制裁。在一个政治社会中,一个政治上的优势者(主权者)对从属于他的所有劣势者发出命令,这种命令要求劣势者必须为某行为或不得为某行为,从而构成劣势者的义务,若劣势者不服从,将面临优势者的暴力制裁。在奥斯丁的法律要素理论中,主权者的“命令”

是最核心的要素,这种理论用来解释刑事性立法很具有说服力,但对于以保障权利为主的民事法、宪法等则明显不足,故在奥斯丁之后,又有庞德、哈特、德沃金等学者分别提出新的法律要素理论模式。

美国法学家罗斯科·庞德从社会学视角理解法律的构成要素,提出法律并不仅仅包括法律规范体系,此外还应包括法律实施中适用法律的技术(如法官进行法律解释和法律推理的技术),以及特定时空条件下有关特定社会秩序的理想图景,因此,庞德法律要素理论被学者们称为“律令—技术—理想”模式。显然,作为社会法学派的代表人物,庞德的法律要素理论把视野投向社会实践,大大超越了法律规范文字所表现的封闭意义系统,法律规则作为庞德眼中的律令,仅仅是处理法律问题的权威索引,并非法律之全部。

英国当代法学家赫伯特·哈特通过对奥斯丁“法律命令论”模式的批判,成功开创了分析法学的新篇章。哈特发现,奥斯丁的命令论模式,太过强调法律的命令属性和制裁特征,不能很好地解释授权性法律以及法律的变迁问题,过分强调暴力制裁是建立法律权威和保障法律实现的唯一方式,也和多数人发自内心的自愿守法的现实不符。哈特指出,奥斯丁仅关注人们看待法律的“外在视角”,而忽视了人们看待法律的“内在视角”。

在批判奥斯丁的基础上,哈特提出自己的“规则论”法律要素理论。哈特把法律视为由第一性规则和第二性规则两类规则结合而形成的规则体系。第一性规则为人们设定义务,用来规定人们必须做的行为和不得做的行为,第二性规则授予人们权利或权力,用来授权人们确定或改变第一性规则、实施第一性规则。法律中若仅仅包括设定义务的第一性规则,那它的社会控制必然具有不确定性、僵化不变和用于维护规则的社会压力无效三种缺陷。哈特依据第二性规则的三种功能,再细分出承认规则、改变规则和审判规则三类法律规则。承认规则的功能在于确认一个规则是否属于人们必须遵守的“法律”,换言之,判定这个规则是否具有法律效力,承认规则有助于消除第一性规则的不确定。改变规则的功能在于对特定个人或机构予以授权,使其能够撤销旧的第一性规则或创立新的第一性规则,这样,就能使法律规则不断适应社会变迁,而不至于陷入静止的僵化状态。审判规则的功能在于对特定个人或机构授权,使其有权断处是否存在违反第一性规则的行为,以及如何对该行为实施制裁。总之,哈特认为法律的本质是一种规则,它是由不同属性的规则组合而成的一个规则系统,在这个系统中,最为核心的是起到确认规则之法律身份的承认规则。

在当代法律要素理论中,具有影响力的还有美国法学家罗纳德·德沃金的“规则—政策—原则论”。德沃金是具有新自然法倾向的法学家,他认为哈特的规则论对法律要素的描述太过简单和狭隘,与法律实践的复杂状况严重不符。自洽而封闭的法律规则体系,作为法学家的理想,从来就没有真正实现过。法律

的运行,除了规则之外,还需要借助政策和原则,才能有效地处理法律纷争和社会问题。在德沃金的理论中,政策是指特定社会中被设定为必须要实现的有关经济、政治或社会问题改善方面的目标,而原则则是一种任何条件下都要确保个人权利、维系公平正义或其他道德标准的要求。德沃金认为,在任何案件中,规则要么有效要么无效,二者必居其一,但在疑难复杂的案件中,法官则不得不求助于政策和原则来寻求理想的判决结果。

这几种法律要素理论可谓是各有所长,它们分别从不同的角度分析了法律内部要素结构,加深了我们对法律的理解和认知。我国法学界自20世纪80年代起也开始关注法律的要素问题,参照近年的研究成果,目前基本形成一种三要素通说,即法律的要素主要有三类:法律概念、法律规则和法律原则。

三、法律要素的功能

法律要素是法理学中一个基础性的研究范畴,它有助于人们从微观的层面真正认识法律存在的样式和运行的逻辑原理。如果说有关法律目的、价值、作用等方面的抽象研究使得法律有了生命和灵魂,那么对法律要素的实证探究,则使人们理解和运用法律有了技术上的支持。法律规范是一个由语言所构建的意义系统,它在人们的生活中扮演着一个不可或缺的角色。法律在哪里?法律究竟说了什么?仅仅有对法律的热情,并不能解决实践中对于法条和规则的复杂争论。

边沁曾指出,抽象的、整体意义上的法律(law)概念,是一种纯粹的知识存在物,仅存在于人们的意识中,只是人们为了交流而虚构出来的集合性名词,它总是由部分的、整体的或复合的具体法律(法规)所组成。而任何实际存在的法规(statute),在边沁看来都是有形的、物质意义上的具体对象,其副本可以到书店里去寻找。边沁形象地比喻说,“一项法律(a law)”和“一部法规(a statute)”相比,前者如果是“解剖者解剖出来的一条但却完整的肌肉”,那么后者就是“屠夫砍下的一块肉排或腿肉”^①。

法律要素理论的意义在于,它为人们辨识法律提供了一种分析模式或进入路径,面对任何法律规范或法律系统,每个人都可以像“庖丁解牛”那样,轻松拆解法律内部的意义结构,不同的要素,我们可以拆开它们,还可以再把不同的部分有机地整合起来。有了这种实验室模式和解剖学眼光,当面对法律这个分析研究对象时,我们同样也可以像“庖丁”那样,眼里几无全牛,法律文字的意义结构都一层一层地呈现出来,清晰可辨。

^① [英]边沁:《论一般法律》,毛国权译,上海三联书店2008年版,第16页。

第二节 法律概念

一、法律概念的含义

法律概念是法律要素中最基本的细胞,它是对具有法律意义的社会事实或社会现象的概括性表达,对于确定法律规则或法律规范的意义边界具有极其重要的意义。

概念是语言表达的基本工具。人们为了相互交流的需要,必须要就某个或某类事物或现象进行指代表述(命名),并能够使对方理解和感知言说者要传递的意义。法律概念是把那些能够产生法律意义和法律效果的事物或现象,以特有的法律术语表达出来。因为有法律意义的投射,表达该概念的法律术语就不再仅仅是个日常语言的概念,而变成了一个法律上的概念。

法律概念通常是构成法律规则意义之网的关键节点或枢纽,其内涵或外延的任何变动都会导致法律规则与社会现实之间的连接关系发生改变。例如,按照我国《消费者权益保护法》的规定,若经营者在提供商品或服务过程中存在欺诈行为,则消费者有权要求其“退一赔三”,但是,像王海这样故意购买假冒伪劣商品以期通过退赔获利的职业打假人,是否属于该法律认可的“消费者”?王海能否依据《消费者权益保护法》获得赔偿,取决于法院对“消费者”这个法律概念的理解。有的法院认为,王海的行为系知假买假的牟利行为,且其交易活动并非出于真实消费目的,故判决不支持王海的加倍赔偿诉请。

可见,法律概念对于一种适法对象具有强大的归集功能或排除功能,某个对象、某种行为是否适法,要看它是否被相应法律概念所涵盖,无论是外延上的涵盖,还是内涵上的涵盖,该对象或行为都将被纳入法律调整范围;反之,该对象则被排斥在法律调整之外。

二、法律概念的种类

法律概念根据其表达方式和指称对象属性的不同,可以分为不同的种类,比较常见的有:

(1) 主体型法律概念,主要描述那些被赋予法律权利(权力)或被施加法律义务的人或组织,如法人、原告、债务人、被告人、公民、行政机关、国家等。

(2) 客体型法律概念,主要描述的是法律主体权利或义务指向的对象,可以是某种物,也可以是其他对象,如不动产、票据、野生动物、专利、商标、人格、管制刀具等。

(3) 关系型法律概念,主要描述法律主体之间权利义务之关系的法律属性,

如夫妻、合伙、所有权、担保、债等。

(4) 事实型法律概念,主要描述具有法律意义的事件、事实或主体之行为,如出生、正当防卫、违约、侵权、犯罪、盗窃、诽谤、善意、故意、正当程序、上诉等。

对法律概念的分类并无硬性的标准,可以根据需要作进一步的不同分类。目前多数研究者对法律概念的分类都是随机列举性的,故各类型法律概念之间难免会有交叉重合,且无法涵盖全部的对象。因此,对法律概念分类的研究,尚有待推进。

三、法律概念的定义方式

法律概念的定义方式大体有两种模式,一种是在法律规范中对其含义直接明文规定或释明,另一种则在法律规范中并无专门的意义释明,其含义需要借助日常语言来理解或是由执法或司法官员依据职权予以界定。

比如,《公司法》第217条第1项规定:“高级管理人员,是指公司的经理、副经理、财务负责人,上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。”再如,《刑法》第451条规定:“本章所称战时,是指国家宣布进入战争状态、部队受领作战任务或者遭敌突然袭击时。部队执行戒严任务或者处置突发性暴力事件时,以战时论。”这都是立法明确界定相关术语、概念的常见形态。

还有一些法律概念在法律规范中并无明文解释,如父母、子女、诚实信用、善意、故意等,这些概念往往由法学家进行理论上的描述和阐释,这种理论最终影响到司法实践,法官根据通行的学说,对这类概念作原则性的把握。当然,对于个别容易引发争议的法律概念,若在立法中无明确解释或界定,司法机关会通过书面化的司法解释或司法适用意见的方式来实现对其含义的确定。比如,《合同法》规定对违约所造成的损失,违约方应当承担赔偿责任,但立法中并未对这种“损失”予以界定,最高人民法院的司法解释则对违约所造成损失的范围及赔偿标准作了进一步明确的解释。

四、不确定的法律概念

法律中的概念都是使用自然语言表达的,而语言本身总有一定的模糊性,按照哈特和一些学者的说法,任何概念,总有其意义相对确定的“核心地带”以及意义含糊的“边缘地带”。比如“车辆”,其核心地带可以包括诸如小汽车、卡车、公交车、出租车等典型形态,完全符合车辆作为一种交通工具的内涵要求,但是诸如电动玩具车、儿童踏板车、残疾人专用车、汽车模型、影视道具汽车等,则明显处于其意义的边缘地带,有些甚至已经超出交通工具的内涵范围。再如,玩具兔究竟是不是“兔子”?这些都是语言的天然模糊性所带来的问题。当然,不能仅因为语言的天然模糊性就否认法律概念的确定性——没有确定性甚至无法建

构一个概念。所以,很多学者坚持认为,明确性是法律概念的固有特征之一。大多数法律概念,诸如合同、合伙、父母、伪造、贪污、过失、动产、时效、死亡等,都属于确定的法律概念。

所谓不确定的概念,是指在有的情况下,为了使法律规定更加适应社会现实的复杂性,有些法律概念的含义具有一定的开放性。这类法律概念的不确定性通常是我们无力避免的,有时甚至是为应对复杂社会事实而故意设计的,如公共利益、公序良俗、情节严重(轻微)、不可抗力、重大误解、显失公平、善意等。

学界通常把不确定法律概念分为两类,一类是经验性概念,又称事实性概念,主要是指可依据知觉或经验感知的事实或状况,如公共场所、知名商品、公共交通工具;另一类则称规范性概念,或者叫价值性概念,主要是指需要法律适应者人为施加价值判断方可感知其意义的概念,如公共利益、善良风俗、平等、合理。前一类法律概念的不确定性主要在于其经验外延的模糊,理解时须着眼于经验对象,多作事实的判断;而后一类法律概念的不确定性则多在于其价值内涵的难以把握,理解时须着力于价值权衡,多作利益的考量。

不确定法律概念之意义在于,它有助于法律摆脱自身的僵化,弥补可能的疏漏,从而保证法律规范与社会现实之间的顺利对接。当然,无论如何,我们都必须认识到,确定的法律概念和不确定的法律概念之区分,本身只是程度的差异,是量的区别,而非质的差异。研究法律概念时,这种区分未必一定是非此即彼的,许多概念完全可以被归于相对的不同类别中。

第三节 法律规则

一、法律规则的概念和特征

在了解法律规则的具体含义之前,我们须对几个常见的概念做个简要的对比。人们常把法律定义为立法者所创制的一套行为规则体系,似乎法律就是由规则所构成的。在不严格的意义上讲,法律的确可以等同于法律规则。类似的术语还有法律规范,在广义上使用,法律规范也几乎等同于整个的法律;在狭义上使用,法律规范和法律规则一样,都是构成法律之整体的核心要素。当我们对法律进行内部的要素分析时,法律规则或法律规范主要是微观层次上的结构或部分的概念,而法律则是一个包含各组成部分的整体,二者的意义有所差别。

法律规则,作为构成法律的主要元素,是指在具体条件下为法律主体设定具体权利义务的行为准则。从性质上看,法律规则最能体现人们对于法律的认知,或者说,法律大多数时候总是以法律规则的形式展示它的面貌;而从数量上看,