

法理文丛

法理要论

张恒山 〇著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

法理要论

张恒山 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法理要论/张恒山著. —北京:北京大学出版社, 2002. 11

(法理文丛)

ISBN 7-301-05946-9

I . 法… II . 张… III . 法理学 IV . D90

书 名: 法理要论

著作责任者: 张恒山 著

责任编辑: 孙战营

标准书号: ISBN 7-301-05946-9/D·0671

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村 北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者: 北京高新特打字服务中心 51736661

印 刷 者: 三河新世纪印刷厂

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 28 印张 475 千字

2002 年 11 月第 1 版 2004 年 8 月第 3 次印刷

定 价: 38.00 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, 翻版必究

前 言

在以论证“义务重心”、反驳“权利本位”为主题的《义务先定论》这一著作的写作中,笔者幸运地发现了“三人社会”这个论证一般行为规则产生的背景条件的社会模式,基本廓清了人的自利心、利他心(道德心或良心)、理性这三种缺一不可、相互协作的用以进行行为评价和驱动的思维机制,相对确定了义务、权利这两个法学中的关键性概念的含义,这使笔者进一步产生写作一部系统地论述法理学问题的著作的愿望。现在的这本《法理要论》就是实现这一愿望的尝试。

读者们可以看出,这部著作同国内现有的绝大多数法理学教科书在关于法的基本理论问题的论述方面有很大不同。

这部著作以探寻、追求关于法的纯原理或纯粹理论原则为首要着眼点,为了获得这种纯粹理论意义上的原理原则,就必须暂时摒弃法的繁复杂乱的现实,将对法的考察的背景条件作尽可能地简化,只保留对原理原则的形成而言最必要、最基本的条件。批评者会认为由此描述的法的基本原理、原则太理想化,与现实相差太远,以至在社会现实中难以得到实现。笔者的看法是,理论研究的使命恰恰就在于要首先阐明尽可能纯粹意义上的原理,在此基础上才能进一步考虑现实社会的限制条件,对纯粹理论的原理原则加以修正,进而提出在现实社会具有可行性的、最接近于纯粹理论原理、原则的实践的原理、原则。这就像物理学家研究弹道曲线的思路:首先必须发现理想的弹道曲线;为了发现这种理想性的弹道曲线,就必须暂时抛弃现实中的各种各样具体的影响上抛物体运动的复杂因素,只研究在假设的真空条件下的弹道曲线,即,暂时仅仅考虑在将物体上抛的力与地球的引力两者共同对物体运动发生影响的情况下物体的运动轨迹状况;在获得了对在上述最简化条件下的物体运动的规律性曲线加以描述的数学公式后,在现实中再加上对各种各样实际上干扰或扰动着上抛物体运动的其他力或其他因素——譬如:风向、风速、温度、地形状况等——的作用的计算,就可以获知在各种具体情况下的物体上抛运动的运行轨迹,就可以获得一个修正的、更符合现实的弹道曲线公式,进而依此预测实际射击时的弹着点。尽管不存在

真空,尽管不存在任何在真空中运动的物体,但物理学家的这个假设理论模式仍然是成立的。尽管最后实际上对炮弹发射起指导作用的是修正后的弹道曲线公式,但如果没有对理想弹道曲线公式的探究,我们永远不可能获得可用于指导现实的弹道公式。就像没有理想弹道曲线作依据的射击“理论”必然导致射击的偏差一样,没有对纯粹理论原理原则探索的法理学必然将法律实践引向邪恶。

笔者在这部著作中摒弃了国内各法理学教科书或专著仍在明确地或隐含地坚持着的“法是统治阶级的意志的体现”这一基本观点。关于放弃这一观点的理由主要是三点:A.统治阶级意志本身不体现为法的本质;B.统治阶级意志论不是马克思、恩格斯所作的法本质定义;C.统治阶级意志论不利于当代中国的法治建设。^①笔者认为,从原理上来说,法的规则和道德规则同源,都是来自于社会成员们的认可、同意。国家意志、统治阶级意志是对法律规则的产生、发展、适用发生积极或消极、进步或反动影响的重要因素,但它们充其量像空气的阻力对上抛物体的运动轨迹所起的扰动作用一样,它们对法律规则的产生、发展、适用起不了本原性的、决定性的作用。

法作为社会自我控制的信息手段,主要依赖社会成员们的自觉遵守。既然法主要依赖于人们的自觉遵守,那么,使得人们能够自觉遵守的法,就不是因为它凶恶,不是因为它有一付恶狠狠的、不讲道理的面孔,而是因为它和善,因为它讲道理——正如笔者的导师孙国华先生所说:法是理和力的结合;理是主要的,力是辅助的——并且它所讲的道理得到社会成员们的赞同。那么,法怎样才能包含社会成员们赞同的理?惟有当法来自于社会成员们之中时,惟有当社会成员们自己来立法时,这种法才能包含社会成员们赞同的理——因为他们就是根据自己所认识的道理去立的法。即使在实际社会生活中立法的是国家或国家某个特定的机关,其所立的法也不能违背社会成员们根据自己的基本良知、理性所认识的道理,不能违背社会成员们在自己的相互交往中自发地形成的行为基本规则。这样,为了保证国家立法能够符合或基本符合社会成员们所认识的道理,就要探索社会成员们所认识的道理,为了能够揭示这种道理,就要假设社会成员们自己立法时的状况,就要在这种假设的社会成员们自己立法的模式下分析人们会根据什么理、形成什么样的基本规则。如此揭示的理和基本规则就是国家立法所要依循的基本原理或原则。只有当国家立法来自于社会成员们时,才能真

^① 在本书的第六章中对该问题作了详细阐述。

正作用于社会成员们。所以,国家不过是规则形成的中介,是一个规则加工厂。除非我们赞同法律的邪恶,允许国家可以制定邪恶的法律去迫害虐待社会全体成员,否则,我们就不可能赞同国家无需探寻社会成员们的意见和看法而专横随意地立法。这就是笔者摒弃统治阶级意志论背后的国家立法模式、以假设的社会成员们协议立法模式去分析法律规则的来源的理由。

本书所说的“协议”类似于古典自然法学所说的“社会契约”,但又明显不同于“社会契约”。古典自然法学的“社会契约”在潜含意义上以全体民众集会为立法形式或模式。无论古典自然法学的理论家们是将“社会契约”视为历史事实还是看做一种假设,实际上都脱离不了“集会”协议这种模式。这是契约论遭受批判和攻击的一个重要原因;说人类的最初的行为规则——无论叫做自然法还是叫做习惯或道德——来自于集会中的协议既不是事实,也不是有根据的假设。

本书所说的“协议”更准确地应当说是“评议”。这种“评议”所依据的假设模式是:三人社会。这种评议所依据的最简化的前提条件是:每个人都具有自利心、良心(利他心)和理性这三种各自不同的用于行为评价和驱动的思维机制。据此,笔者所提出的法的规则来源的“评议论”是指:任何社会都由三个以上的人(至少是三人)所组成;在社会生活中,任何两人在发生相互的行为作用和影响时,都不仅仅是关系到当事人双方,而是还要作用于第三方——与当事人同在的第三方会以观察评价的方式参与当事人之间的互动性的行为作用;无论当事人的某一方对该行为的作用作出什么评价,只要站在第三方的立场上作评价,由人的基本自利心、良心和理性这三种思维机制协同作用所决定,人们表示的赞同或反对态度就是相同的、一致的;最基本的道德规则和由此决定的最基本的法律规则,就是建立在这种第三方的共同的、一致的评价的基础上。这种三人社会模式的假设是对现实人类社会的最大限度的浓缩;自利心、良心、理性是对人的行为驱动思维机制的尽可能全面而又简要的概括。这种假设的模式是可以在现实社会中复原或复现的,所以,这种假设不是纯想象的产物,而是确有根据的、对现实社会的最大限度的简化把握。在此基础上进行的评价或评议不以是否举行集会为条件,而是随时随地都可以进行,甚至在第三方与当事人双方在空间、时间隔离的情况下也可以进行。这种模式下的评价或评议不仅仅是原始的,也是现实存在的——我们每一个人每天都在进行这种评价或评议。

之所以要作这种模式设定的原理分析,并不是笔者有建造理论体系的雄心或欲望,而是我们的法治建设有着理论的要求:仍以国家意志论为主题

的当代中国的主流法学理论不能为当代中国的法治建设所要遵循的基本原则提供符合逻辑的理论说明。笔者认为,当代所有可以被称为法治国的国家的政治法律制度的基本原则都是建立在契约论原理之上。可以说,没有契约论就没有法治。正是着眼于中国法治建设的迫切需要,所以,本书不大涉及西方的现代和后现代法学理论。西方现代和后现代法学理论所着眼、企图解决的问题是在法治基本构架健全、经济比较发达情况下的社会问题,这些问题同我们亟待解决的问题相比,远不是同一个层面、远不是同一个发展阶段的问题,以至这些理论还没有被我们引用的迫切性。

本书的思维逻辑大体上如下:由对人的行为驱动机制(第一章)的研究为铺垫,引入对法律规则的现象分析(第二章),进而讨论法律规则的来源——理论来源(第三章、第四章)、历史来源(第五章、第六章)、现实来源(第七章),接下去研究对立法——法律规则的现实来源——具有指导意义的最关键的问题:以正义为中心的法的价值(第八章、第九章、第十章、第十一章);再后面是对义务、法律义务、法律权利、法律责任、制裁与惩罚等概念的辨析以及关于在立法中对它们加以设定的基本原则的讨论(第十二章—第十七章)。

与现有的法理学教科书相比,本书讨论的问题可能不够全面,而本书的目的也不在于“全面”。本书首先关注的是对立法意义上的原理的推导和在符合这些原理的前提下对法的最基本概念的阐释——笔者认为这是法理学的要点问题。因此,笔者将本书取名为《法理要论》。希望本书能作为法学专业研究生们思考法理学问题时的参考书。

虽然可以说,上述理论分析的模式假设、本书形成的基本思路以及对法学的一些最基础概念——像义务、权利、责任之类——的辨析都是笔者独立思考的结果,但一个人的思维水平总是有限,如果本书在这充满了曲折和陷阱的法理思辨之路上走岔了道,只能指望读者们以自己的智慧和明辨为笔者指正。

CONTENTS 目 录

第一章 人的行为驱动机制	1
一、人的行为	1
二、人的行为驱动机制	2
三、对人的行为的社会控制	26

第二章 论法律规则	32
一、法律规则的含义	32
二、法律规则的构成	33
三、对“三要素”说的异议	35
四、对两要素说的质疑	39
五、四要素说的优点	40
六、法律规则的中心要素	42
七、法律规则的分类及其引出的问题	44
八、义务性规则与授权性规则是否有着根本区别	47

第三章 关于法律规则来源的争论	52
一、法律规则来源问题的意义	52
二、关于法律规则来源的诸种解说及评说	54
三、法律来源的社会契约论	60
四、19 世纪对自然法学的批判	62
五、对上述诸批判的评说	65
六、古典自然法学派对理性及“契约立法”的论证	72

CONTENTS 目 录

第四章 论三人社会与法律规则的来源	78
一、契约产生法律规则的理性思维形式	78
二、论理性思维的缺憾	84
三、三人社会——道德规则形成的社会背景模式	85
四、论自利心、良心和理性在形成道德规则中的 作用方式	87
五、再论自利心、良心和理性在形成道德规则 中的作用	94
六、在良心、理性协同评价的基础上形成道德规则	103
七、在评价的基础上形成的道德规则的种类	105
八、“不应当 y”(原生义务规则)、“正当”(允许性 规则)和“不应当 c”(次生义务规则)的关系	108
九、道德规则转化为法律规则的条件	111
第五章 论法律规则来源的历史事实	113
一、关于圣贤立法	114
二、关于征服者立法	115
三、关于统治者立法	119
四、关于习惯产生法律规则	122
第六章 论当代中国法治建设的观念之本	124
一、统治阶级意志论是不是马克思、恩格斯所作的 法本质定义	124
二、统治阶级意志论不利于当代中国的法治建设	127

CONTENTS 目 录

三、“两段论”的理论尴尬	133
四、契约论是当代中国法治建设的观念基础	135
五、为契约论辩护之一	137
六、为契约论辩护之二	142
第七章 论法律规则现实来源的正义问题	147
一、关于国家机关立法——代议立法的争论	147
二、法官造法与代议制下议会立法的关系	150
三、代议立法机制	152
第八章 法的价值概念与范围	166
一、国内关于“法的价值”阐释所存在的问题	167
二、对一般“价值”的认识	174
三、“法的价值”含义	182
四、法的价值名目体系	188
第九章 论正义概念	191
一、对正义加以探讨的必要性与可能性	191
二、关于“正义”的三方面含义的思考	193
三、正义的来源	205
第十章 探索法的本体正义的历史之路	215
一、探索法律正义的思路之一——社会契约论	215
二、探索法律正义的思路之二——自然法论	220

CONTENTS 目 录

三、探索法律正义的思路之三——人权	225
四、探索法律正义的思路之四——价值	234
第十一章 论法的本体正义	238
一、法的本体正义概念	238
二、法的形式正义	242
三、法的实质正义	246
四、形式正义与实质正义的联系	263
第十二章 论义务	264
一、词源学的义务含义	264
二、实践中的“义务”的含义	268
第十三章 论法律义务	294
一、关于法律义务概念的几种解说	294
二、法律义务概念	299
三、法律义务的分类	302
四、法律义务设定的合理原则	307
第十四章 法律权利概念	312
一、关于法律权利概念的几种解说	312
二、霍菲尔德的法律权利概念	315
三、法律外权利的含义	318
四、法律权利	328

CONTENTS 目 录

五、法律权利的分类	336
六、论人权概念	338
七、论法律义务与权利的关系	347
八、论法律权利设定的基本原则	350
第十五章 论财产所有权的必要性和正当性依据	353
一、所有制、所有权与个体财产所有权概念简述	353
二、财产所有权的社会必要性	356
三、马克思主义对财产私有权的认识	361
四、关于财产所有权的依据的既有理论	366
五、关于财产所有权依据的再思考	377
六、财产所有权获得社会公认的依据和表现形式	383
第十六章 论法律责任	393
一、法律责任概念	393
二、法律责任设定的理论依据	396
三、法律责任设定的原则	403
四、司法中的归责原则	406
第十七章 论制裁与惩罚	409
一、制裁的意义	409
二、关于国家惩罚权的来源	410
三、对国家立法设定惩罚所提出的形式上的限制原则	414

CONTENTS 目 录

四、对国家立法设定惩罚所提出的实质上的 限制原则	415
五、几种主要的刑罚目的论	416
六、讨论刑罚目的的方法	419
七、由契约立法模式看设定刑罚的目的	420
八、为刑罚目的的报复论辩解	423
九、由刑罚目的决定的刑罚设定的原始性原则 ——平等报复原则	426
十、刑罚设定的人道主义原则	429
十一、刑罚设定的功利主义原则	434
十二、刑罚设定的三大原则的序列关系	437

第一章 人的行为驱动机制

一、人的行为

法学的研究对象是法律。而法律规范的对象是人类的行为。法学若要弄懂法律,就必须首先弄懂人的行为以及与人的行为规律相关的问题。

总之,法学是一门实践性很强的学科。

(一) 人的行为

人的行为是人每时每刻、无所不在地做出的各种各样的活动总称。

人的行为可依不同的标准分为不同的类型。

就主体而言,人的行为可分为个体行为、群体行为。

就行为与意识的联系而言,人的行为可分为有意识行为、无意识行为。

就行为状态而言,人的行为可分为积极行为(又称主动作为)、消极行为(又称消极不作为)。

就行为的影响而言,人的行为可分为涉他行为、涉己行为。

就行为的领域而言,人的行为可分为政治行为、经济行为、法律行为等等。

这种分类可以是多种多样的。

无论人的行为处于什么状态、涉及什么领域,就其与他人相关而言,可分为以下7种:1. 损他利己行为;2. 损他不利己行为;3. 损他亦损己行为;4. 不损他利己行为;5. 利他亦利己行为;6. 利他不利己行为;7. 利他损己行为。

(二) 法律所面对的人的行为的特性

法律所面对的以及法学所研究的主要是个体的、有意识的、涉他的行为。

法律所面对的以及法学所研究的人的行为有以下特性:

1. 法律所规范的、法学所研究人的行为主要是个体行为。法律所规范

的、法学所研究的不是群体行为。群体行为问题是政治学、社会学所研究的对象。在法律中也有以多个人组织起来的群表现的主体,但在法律看来,这种群不过是个体的放大,是一种较大规模的个体。所以,法律中存在的群体不过是特定意义上的个体。

2. 法律所规范的、法学所研究的主要是受意识控制的行为。人们可能会受到潜意识控制而做出某些行为。人们也可能受到精神疾病的影响而做出某些行为,但这些行为不是法律所规范的对象,也不是法学所研究的对象。法律和法学主要以人们在自我意识控制下的行为为规范和研究对象。只是在某些特定情况下,譬如确定法律责任的时候,才涉及非意识控制的行为问题。

3. 法律所规范的、法学所研究的人的行为总是人所主动做出的或消极不做的行为之一种。也就是说,在人们的意识控制下,人们的行为总是表现为在主动做出行为和消极不做行为两者之间作选择而表现出的行为状态之一种。法律和法学并不仅仅以规范和研究主动行为为限,消极不做的行为同样是法律和法学所规范研究的对象。

4. 法律和法学所规范和研究的人的行为,无论是处于主动的作的状态或是处于消极的不做的状态,都有可能对他人发生影响或作用,以致成为涉他行为。换句话说,法律和法学所规范和研究的人的行为是以具有涉他性为前提的。不具有涉他性的行为,一种仅影响行为人自己的行为,通常不是法律和法学所关注的对象。

5. 人的涉他行为可能是对他人发生有利的影响或作用,也可能是对他人发生有害或有损的影响或作用。

法律之所以要对人的行为加以规范或控制,就是由于人的行为有涉他性,并且这种涉他性行为有可能出现损他的结果。

二、人的行为驱动机制

人的行为是受内在的思维机制所控制驱动的。驱动控制人的行为的思维机制包括两大类:感性思维机制与理性思维机制。

人的驱动行为的感性思维机制包括各种感性的需要、欲望、冲动、情感等。这些感性的需要、欲望、冲动、情感又可以分为三种:一种是可以直接引发损他行为的需要、欲望、冲动、情感;另一种是引发利己行为的需要、欲望、冲动、情感;还有一种是引发利他行为或考虑他人利益的行为的需要、欲望、

冲动、情感。对前一种需要、欲望、冲动、情感,我们将之称为损他心;对第二种,我们称之为自利心;对后一种,我们将之称为利他心,或称之为道德心,或良心、良知。

人的驱动行为的理性思维机制是和感性思维机制并存的一种思维机制。它可以和感性思维机制中的道德心或自利心相协作,从而对人的行为加以控制或有控制地驱动。

(一) 自利心对人的行为驱动特征

自利心是人的驱动行为的基本思维机制之一。

自利心驱动人的行为的特征是,当人从自身机体内部产生一种需要、或一种欲望、或一种冲动、或一种情感时,并要求人直接采取行动对自己的这种需要、或欲望、或冲动、或情感加以满足,当这种满足自身需要、欲望、冲动、情感的行为与他人的满足需要、欲望、冲动、情感的行为发生冲突时,这种自利心只考虑自己的需要、欲望、冲动或情感的满足,而不考虑他人的需要、欲望、冲动、情感的满足。

作为一个自然的人,其行为首先是受自身的感性的欲望、冲动、要求所支配的。这种感性驱动机制作用于人的行为的基本方式是,人由自身的自然构造、自然质态必然会产生出某种欲望、冲动或要求,譬如人的饮食男女的需要,在这种自然需要的支配下,人们一旦意识到这种需要,就在这种需要、冲动的驱迫、强迫下直接去寻求满足这种需要的对象,并直接以自己的行动攫取、占有所需要的对象,而不去考虑这种行为的道理或应当性问题。一个感性行为直接指挥者就是自身的自然需要,自然需要就是行为的惟一理由,除此而外绝无其他任何理由。一个感性行为在其被实施时,行为者完全不考虑这种行为对他人带来什么有利或不利后果,完全不考虑由于这种后果而进一步引起他人对自己做出什么反应,也完全不考虑因他人的这种反应性行为对自己是有利还是不利。总之,感性行为是一种不计前因后果的行为,是一种不存在深谋思虑的行为。正是感性行为的这种特征使得它既有可能行善,也有可能作恶。

自利心对任何物种而言,首先是一种本能。人的自利本能是指人对自我利益的直接感知和追求。它之所以被称为本能是因为它直接源自于人的自身,并直接服从于自身的要求、需要、欲望。它对这些要求、需要、欲望没有任何的反思,而是直接的、一味的顺从。

从自然、天赋的角度来说,自利心无所谓恶,也无所谓善。

自利心是任何物种保存自身所必要的思维机制。就这一意义而言,自利是一种“自然的权利”。这里所谓的“自然权利”不具有道德、法律的含义,即,不具有“正当性”这种社会评价的意思。任何事物要成为“权利”,必须在社会的人群中接受评价。我们在这里所说的自利心,在本源意义上,不必接受社会评价,无须接受社会评价。所以,我们不能在道德、法律意义上使用“权利”这一概念来表示自利的意义。我们在这里所谓的“自然权利”一语,是指“自利”是一种自然现象,它在保证物种的自存方面有某种积极作用。

但是,从理论上讲,自利本能使人在意识上是相互隔绝的。自利本能使每个人在意识上只考虑自己,而不考虑他人。自利本能使每个人在利益上只认知自己,不认同他人。当每个人被自利本能限制在自我、自我利益的封闭而又狭小的圈子里时,人就不是真正的人,而充其量可以被称为人科动物。因为人若仅仅表现为对自己的利益的重视,他就不可能同他人合作,就不可能与他人形成社会合作关系,不可能与他人形成社会。人的社会性活动或存在是人的生命本质存在的表现。人若没有其社会存在、社会合作的一面,就不是真正意义上的人。

由于自利心使人在与他人的利益发生冲突时,以不考虑他人的利益或损害他人利益的方式驱动自己采取行动来满足自身的需要、欲望、冲动或情感,在这一意义上,它得到了恶的评价。

自利心之所以得到恶的评价,不是由于它本身就是恶。而是由于由自利心所支配的行为一旦具有涉他性时,单纯的自利心要求人们只考虑自己的利益,而不顾他人的利益,甚至要以损害他人的利益为代价使自己的欲望得到满足。

人们使用善恶等概念不是对事物的纯客观描述,而是带有强烈的评价色彩。人们用“恶”来称谓一个行为时,不是因为这种行为本身具有“恶”的特性,而是因为这个行为对说话人本人的利益、感情等有损害。所以,人们所说的“恶”,不是自利心的“恶”,而是自利心所支配的行为的“恶”。人的自利心就其本源而言,是自然现象,无所谓善或者恶。只有当自利心外化为行为时,并且在满足利益要求的资源有限的背景下,这些行为为满足自利心的要求会和其他人的自利要求相冲突时,以致表现得具有损他性,所以被受损害人视为“恶”。换句话说,在通常的情况下,自利心所驱动的行为表现为“恶”是有条件的,即以满足人们利益需要的资源有限、资源不足为背景条件。如果资源是无限的,仅由自利心所驱动的人,通常不会主动寻求对他人的损害,不会主动寻求与他人的冲突。