

张恒山 著

法理文库

义务先定论

山东人民出版社



张恒山 著

义务先定论

图书在版编目 (CIP) 数据

义务先定论/张恒山著. — 济南: 山东人民出版社,
1999. 11

(法理文库/徐显明, 谢晖主编)

ISBN 7-209-02462-X

I. 义… II. 张… III. 义务—法的理论—研究
IV. D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 65667 号

义 务 先 定 论

张恒山 著

*

山东人民出版社出版发行

(社址: 济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码: 250001)

新华书店经销 日照市印刷厂印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 10.75 印张 4 插页 265 千字

1999 年 11 月第 1 版 1999 年 11 月第 1 次印刷

印数 1—3000

ISBN 7-209-02462-X

D·588 定价: 20.00 元

引 言

法以义务为重心,这是相对于法的权利本位论而提出的对于法的特性的判断。尽管这一观点于大多数学者的观点相左,但它有着自身的逻辑。

笔者所主张的义务重心说是指,就法律的构成而言,义务性规则是法律的主体;就法律的适用而言,义务性规则的存在是追究个体责任的前提;就法律的发展史而言,是先有义务性规则,后有授权性规则;就法律的价值而言,义务性规则是保障社会基本秩序、支撑个体自由所赖以存在和展开的框架;就义务和权利的关系而言,义务性规则的确定和对义务的信守,是权利界定和权利获得的依据。

上述各命题中的多数命题皆不难证成。最难论证的是义务和权利的关系问题。当权利本位论者提出“权利先定、义务后生”这一判断之后,要对它证伪,并证明与其相反的命题——“义务先定、权利后生”——是一件相当困难的事。

根据本人的研究结果发现,“权利先定、义务后生”这一命题是以特定的法律产生的模式为论断背景的。

DAK2.1.6

“权利先定、义务后生”以国家直接立法为法律产生的模式。权利本位者主张,国家是由个体人组成的。个人的权利是先于国家而存在的。个人的对幸福的要求和追求,是个人先定的权利。国家的立法要先规定公民的权利,然后,围绕着权利的保护而规定义务。

笔者认为,正是这种特定的法律产生模式的思维背景,表明了“权利先定、义务后生”不正确。这种看法以国家立法为法律规则产生的依据,以国家与公民个人的关系为权利来源的背景模式。在这一模式下,说“公民权利先定”,可以成立。但它证明的是公民权利对国家的先在性,而不是一般意义上的权利对义务的先在性。用公民权利对国家的先在性来证明权利对于义务的先在性,是文不对题。此外,对于“权利先定、义务后生”的这种论证,若进一步追问:个人的权利是从哪儿来的?就将使“权利先定论”陷入困境。“权利先定论”可以用“权利来自于个人的利益要求”来为自己的观点作辩解,但这不能解决问题。

在笔者看来,“权利”可以包括着个人的利益要求,但绝非仅仅个人的利益要求就可以成为权利。我们的常识告诉我们,我们作为个人的有些要求可以成为权利,有些要求却不可能成为权利。这就产生下一个问题:为什么个人的有些要求可以成为权利,而有些要求却不可能成为权利?成为权利的要求与不能成为权利的要求是根据什么标准被区别的?笔者认为,这个标准就是先在的、先定的义务性规则。

“义务先定、权利后生”是以社会契约立法为法律规则产生的模式。笔者认为,法律规则并不直接产生于国家立法,而是先行产生于社会成员们的协议。国家不可以随意立法,而是要依据社会成员已经协议的规则而立法。而社会成员们在协议规则时,从无任何规则开始,先行找到、认识并形成的只能是义务性规则,而不可能是权利或授权性规则。社会成员们相互间根据是否符合,是

否遵守义务性规则来确定相互间的权利。而国家立法的依据就是社会成员们相互间的这种义务权利划分。所以,从逻辑上说,义务是先定的。

义务先定论还可以从历史唯物论的角度加以论证。这将使我们从社会共同性需要与个人的特殊性利益要求的关系的角度来审视一般性的义务与权利的关系。

根据马克思主义的历史唯物主义的法学观点,在任何一个特定历史阶段中的特定社会中,与该历史阶段的既定的生产力发展水平相适应,人们相互间结成一定的生产关系,这些构成一定的生产方式。既定的生产方式的维持和运作,是满足人们衣、食、住、行等基本物质需要的前提,而人们的行为自由又以这些基本物质需要得到满足为前提,这样,既定的生产方式的维护和运作便成为对既定社会中人们行为自由的限制。既定的生产方式的维持和运作表现为构成这种生产方式的各种社会生产关系在生产的过程中不断地被再生产,即不断地被重复再现。

既定的社会生产关系是通过人们的既定方式的行为来体现的。既定的社会生产关系的重复再现,就是人们的既定方式的行为的重复再现。

当人们行为以一定的方式重复再现时,就形成一定的有规则的行为,人们就可以通过意识反映的过程,以语言或文字将这种行为规则表现出来。这种行为规则虽然是人们意识的现象,但它表现的是客观的社会生产关系中的内含的一定方式的行为内容。

产生后的行为规则是对一定的行为方式的描述和规定。这种规则反过来对人们的现实行为选择提供一种指引或限制:要求人们按照既定的方式去作出行为或不行为,而不得自行选择行为。这样,既定的生产方式维持自身并进行运作的内在要求,便通过要求生产关系的重复再现、要求人们一定方式的行为的重复再现而表现为要求一定的行为规则被遵守,进而表现为对人们作出行为

或不行为时进行行为方式的选择的限制,也就是对人们自主性行为自由的限制。

总之,一定的生产方式的维持和运作是使人们共同的基本物质需要得到满足的前提,所以,服从既定的生产方式的内在要求而遵守一定的行为规则、放弃一部分行为选择自由,这实际上是人们为了共同的基本物质需要得到满足而部分地放弃行为选择自由。这说明了基本物质需要与个体行为自由需要相比在人类生活中价值上的优先性。

由于对一定的行为规则的遵守是为了社会共同的基本物质资料需要得到满足,所以,遵守适应既定的生产方式的要求而产生的行为规则就是人们的自律,而不是他律。

由于遵守一定的行为规则、维持在一定的生产方式下的物质生产和再生产、满足社会共同的基本物质需要是人们行为自由的前提,所以,遵守一定的行为规则,按照既定的行为规则去行事是现实社会中的每一个人的义务。这种义务对每一个人在现实社会生产中享有的自由而言是先在地规定的。

既然适应既定的生产方式的内在要求而产生的行为规则对于每一个人的义务要求是先在地规定的,那么,每一个人在现实社会生产中享有的自由、权利在逻辑上就是因这种义务规则的规定存在而后生的。

这种逻辑上的义务先定、权利后生关系是由既定的生产力发展水平、既定的生产方式的必然性要求先在、人的社会生产中自由后定这种情况所决定的。

当然客观社会的人与人关系并不单纯是生产关系;客观社会中的行为规则也不单纯是与生产、交换行为相关的行为规则。人类社会活动的广泛性决定了人与人关系的多样性和人类社会行为规则的多样性。更一般意义上的人类社会行为规则是如何产生的?人们根据这些行为规则所承担的义务与在社会生活中享有的

权利是什么关系？这些是需要法理学研究进一步回答的问题。

但是，无论如何，马克思主义的历史唯物论所阐明的关于既定的生产力发展水平基础上的既定生产方式的必然性要求与人们在社会生产活动中的自由关系的原理，对于我们进一步研究人类社会生活的一般行为规则对个体的义务要求与人们的权利之间的关系问题来说，有着思路引导的意义。

由于在一定历史阶段中的人们社会生活方式从根本上决定于与该历史阶段的生产力发展水平相适应的社会生产方式，所以，表现人们一般社会生活方式的一般性行为规则与表现既定的社会生产方式的必然性要求的行为规则至少有相关性联系。并且，前者的产生原因与后者的产生原因相比至少有相似性或共同性。

如果说，表现既定的社会生产方式的必然性要求的行为规则的产生原因，是由于这种行为规则所意图保证满足的社会共同性基本物质需要在价值层次上优先于个体自主的需要的话，那么，表现人们一般社会生活方式的一般性行为规则的产生原因，是否由于这种一般性行为规则所意图保证满足的某种社会共同性需要在价值层次上也优先于个体自主的需要呢？我相信，循着这一思路探索下去，我们必有所获。

表现既定的社会生产方式的必然性要求的行为规则与人们社会生活中的一般性行为规则在最初形成时，都是以道德规则和习惯规则的名义表现出来。这时，它们主要依靠人们的良心、道德义务感、习惯性思维或意识而被人们自觉遵守、和依靠社会舆论作用于人们的羞耻感、荣誉感而强制人们遵守。只是当国家产生后，国家以立法的方式将这些道德规则和习惯规则中的一部分加以明文规定或在具体司法中加以适用，并以国家强制力对违反这些行为规则的行为人加以惩罚或制裁时，这些道德规则或习惯规则才上升为法律规则，才获得有形的外在强制保障。这时，由于国家意志的作用和干预，法律规则在少数场合可能与既有的道德、习惯规则

不一致,但从总体上盾,法律规则不能与产生于既定的社会生产方式和既定的一般社会生活方式中的人们的道德规则和习惯规则发生根本冲突,否则,失败的只能是“法律”规则。

这样,对法律中的义务权利的关系的分析就可以用对由客观社会关系中产生的道德、习惯的义务权利的关系的分析所代替。这种代替性具有简单性、明了性。只要这种分析所依据的模式、逻辑起点、逻辑过程不发生严重的决定性错误,并且这种逻辑过程和历史过程基本上能相互印证,那么,由这种分析所阐明的义务和权利的关系就同样能适用于法律中的义务和权利的关系。

目 录

引言	(1)
----------	-----

第一章 法的义务重心论释义

一、法的重心质疑	(1)
二、义务重心论释义	(8)
三、义务与权利、秩序与自由的优先性问题	(19)
四、论义务的价值	(24)
五、“义务重心”与“权利本位”辨析	(31)

第二章 义务的含义

一、词源学的义务含义	(42)
二、义务概念的含义	(48)
三、义务与义务性规则(规范)的联系与区别	(61)

第三章 法律义务的概念

一、关于法律义务概念的几种解说	(65)
二、法律义务概念的定义	(70)
三、法律义务的分类	(74)

第四章 法律权利概念

- 一、关于法律权利概念的几种解说 (82)
- 二、霍菲尔德的法律权利概念 (86)
- 三、法律权利的要素 (91)
- 四、关于法律权利概念的定义 (96)

第五章 法律义务与权利的关系

- 一、法律义务与权利的价值内涵 (102)
- 二、法律义务与权利的逻辑关系 (106)

第六章 古典自然法学派的义务权利生成说

第七章 马克思主义关于义务和权利、 必然和自由关系说

第八章 史前社会的义务权利关系

- 一、人类形成过程中的义务权利雏形划分 (148)
- 二、氏族社会的义务权利划分 (158)

第九章 阶级社会义务权利关系简述

- 一、古代奴隶制国家成员的义务和权利的关系 (163)
- 二、西欧封建制度中义务和权利的关系 (177)
- 三、资本主义法律的义务和权利的关系 (180)

第十章 法律义务的合理性评价

- 一、义务合理性问题的由来 (192)

二、法律义务合理性的实质性依据·····	(194)
三、关于个体自由作为义务合理性评价 标准的不可能性·····	(197)
四、关于义务合理或不合理实证分析·····	(202)
五、法律义务合理性的形式依据·····	(204)
六、法律义务合理性评价的实质依据与 形式依据的关系·····	(211)

第十一章 法学中的理性概念

一、理性的研究意义和范围·····	(217)
二、西方哲学的本体理性观·····	(219)
三、西方哲学的认知理性观·····	(221)
四、西方哲学的行为理性观·····	(224)
五、法学中的“理性”含义·····	(228)

第十二章 人类理性协议与法律规则的来源

一、人类社会法律规则来源的疑问·····	(232)
二、法律的自身特性——限制·····	(233)
三、人类行为受控、受限的理由·····	(234)
四、关于法律规则来源的诸种解说·····	(236)
五、古典自然法学家们对“契约立法”的论证·····	(243)
六、对理性的理解·····	(251)
七、论契约产生法律规则的理性思维形式·····	(256)
八、再论契约产生法律规则的理性思维形式·····	(262)
九、契约论对法律史现象的解释·····	(266)
十、契约论与历史唯物主义法律观的契合·····	(278)

第十三章 由契约产生法律规则得出的推论

- 一、由个人协议产生的推论····· (285)
- 二、由契约论到对国家权力的推论····· (288)
- 三、契约论与对代议立法的理性限制····· (293)

第十四章 论人权的道德基础

- 一、对人权依据的质疑····· (300)
- 二、人权来自于人民的相互确认····· (304)
- 三、自利心、道德心、理性——产生评判标准的
思维机制····· (307)
- 四、三人社会模式与行为评价····· (314)
- 五、人权的无害性与必要性····· (325)
- 六、人权的道德依据的意义····· (329)
- 后记 ····· (332)

第一章

法的义务重心论释义

一、法的重心质疑

在法理学改革的讨论中,形成一派几乎完全一致的认识,即法学应是权利之学,法就是权利;法就是实现社会主体的权利要求的工具。提倡者认为,建立以“权利本位主义”的法律观是改革中的法理学的中心观念。在我国,此观念颇有新意。但细细想来,疑问颇多,不敢随便赞同。

笔者的基本看法是,法虽然包括权利的宣告和规定,但法的侧重点是义务约束。

1. 禁忌、义务的出现和发展,是人类社会有序化的标志。人类社会是一种有序系统。但人类的有序社会是由动物的无序联合进化而来的。这种无序联合到有序社会的进化,就是以禁忌、义务的出现和增加而实现的。

在人类的氏族组织形成之前,人体经历过类人猿的联合体到

原始人的群体这两个发展阶段。类人猿的联合体只有自然的、动物的优势体系。这是按体力强弱的优势原则确定雄性成员的等级关系,以及在这种等级关系基础上进行的分配关系和对偶式性关系。而原始人群体为了保证其成员共存,便在食物分配方面首先清除优势原则,而采取平等分配的做法。这种做法逐渐以一种习惯规范——普遍的食物禁忌——的方式巩固下来。它要求群体的每一个成员不得把食物带走自由支配,也不得夺占群体中其他成员的食物份额,而只能就地消费自己的一份食品。这种以禁忌来限制群体成员的行动的做法,巩固了群体的团结,在基本生存需要方面控制了、有效避免了内部成员的争斗,使猿的“社会”向人的社会迈进了一大步。

至于人类的氏族社会组织,则是在这种原始人群的基础上进一步发展出各种禁忌尤其是发展了性禁忌而逐渐形成的。原始人群虽然发展了食物禁忌,但由于性关系方面仍然遵循着动物的优势原则下的对偶性行为,这就使群体中仍存在着激烈的争偶斗争和冲突。这是对群体存在的巨大威胁。这种争偶斗争严重地扰乱了原始群所从事的基本的生产活动,即狩猎活动,从而威胁到群体的生存。因此,在原始人群的狩猎以及狩猎准备时期出现性禁忌的做法。这种做法逐渐以一种习惯规范、或者以原始宗教禁忌的形式固定下来。随着生产的发展,这种禁忌期限愈来愈长。由于性禁忌期间,男女分居,于是,一方面很自然地形成男女的劳动分工,另一方面,又破坏了原始的优势原则下的对偶性关系继续存在的条件。这样,在原始人那里只剩下短时间的不受约束的性狂欢。当这种情况又导致出生率下降,使群体面临消亡的危险时,原始人被迫采取同外部群体成员发生性关系的办法来解决自己面临的两难问题:既要保持群体内部的性禁忌规范从而维护群体内部的协调团结,又要满足群体成员的性要求,有效地繁衍群体的后代。结果,由同外部群体成员发生性关系的做法产生出体格健壮、智力发

达的新人,而且形成真正的人类社会——两合氏族组织。此后,由两合氏族群体性关系产生对偶婚姻和对偶家庭。这一转变,主要是由于在两合氏族的要求稳定地发生性关系的每一对伴侣身上又承担起供养孩子的义务。当个体的两性完全承担起供养孩子的义务时,两性关系就进一步沿着巩固婚姻关系、限制婚前和婚外性关系自由的方向前进。^①

于是,我们看到,人类社会制度愈益复杂化。如果说,这种复杂化表现了人类社会的发展的话,那么,它恰恰是通过对社会个体成员附加义务、逐步限制其基本行为的自由而实现的。在人类史前时期——这是一个比人类文明史漫长得多的时期——不可能用权利的发展来表述社会的进化发展特征。任何由无序状态转变为有序状态的系统都要依靠一定的约束条件。人类社会的有序化也是如此。社会个体成员承担的义务就是这种约束条件。

2. 最初的法律规则主要由义务性规范构成。一般说来,在人类出现成文法典之前,有过很长一段的适用习惯规则的时期。于是,习惯规则就是人类法律产生的源头。

不幸的是,世界上大多数民族在形成国家前后的一段时期适用的习惯规则都无文字记载,以致无法详考。但是,有个别民族早在国家形成之前就已形成宗教。由于宗教典籍部分记载了古代习惯规则,使我们可以窥见这些规则内容之一斑。《圣经》中所记载的犹太人早期习惯规则“摩西十诫”便是一例。许多古代国家的成文法典也是以义务性规范占绝对主导地位,从公元前18世纪的古巴比伦王国的《汉谟拉比法典》,到公元5世纪~6世纪以法兰克王国的《撒利克法典》为代表的欧洲各蛮族国家的法典,都表现了同样的特征。即使“权利本位主义”的提倡者极为欣赏的罗马法,

① 参见〔苏联〕谢苗诺夫:《婚姻和家庭的起源》,中国社会科学出版社1983年版,第六、第七、第六、第九章。以下引该书,均用此版本,不再详注。

在其早期也是以义务性规范为主要内容。从散见于古典作家著作中的罗马《十二表法》残篇的内容中可见,其第六表至第十二表的条文基本上都是禁令性义务和应为性义务的规定。只有第一表至第五表的条文中,有少部分权利授予的规定。即使这些有关权利的规定,也附带有一定的条件,或要求权利获得者须履行一定的义务行为。因此,《十二表法》中的“权利”也是受到义务限制的权利。历史材料可以证明,法律从其一开始产生,强调的重心就是义务,而不是宣告权利。

3. 法律权利的宣告和规定主要是对历史义务的批判否定。自从 17、18 世纪古典自然法学派在抨击封建专制、封建等级、封建特权制度的斗争中高扬起“自由、平等”的旗帜以来,近代法律中就包括了许多关于个人权利的宣告和规定。对于这种权利的宣告和规定应如何看待?

社会连带主义法学派的代表人狄骥完全否认这种权利宣告的意义。狄骥认为,自然法学派所主张的自然权利不可能存在,在现实中,国家和公民个体也都是分别承担义务,而不是享有权利。

狄骥的观点未免偏颇。权利的规定和宣告自有其积极的社会意义,因而不能否定权利的存在。但是,法律注意的重点确实应当是义务负担,而不是权利的规定。

一般说来,权利是允许人们有行为选择的自由。法律一般不必对人们可以作什么去操心,而只要指明不可作什么和必须作什么即可。其它行为只须留待人们自行选择。也就是说,法无明文规定者,人们皆可自由行动。

当法律需要以权利宣告的方式来赋予人们行为自由时,它就是以一个改革家的身份去批判历史。每当在社会性变革(包括局部性、方面性的社会变革)发生之后,有关权利的规定就是肯定变革成果,否定以往的义务。

现代社会的一切权利内容都可用法国 1789 年《人权宣言》所