

谢晖 著

法理文库

# 法学范畴的矛盾辨思

山东人民出版社



谢晖 著

# 法学范畴的矛盾辨思

# 法学范畴的矛盾辨思

谢晖 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 19.25 印张 4 插页 475 千字

1999 年 6 月第 1 版

1999 年 6 月第 1 次印刷

印数 1—3500

ISBN7—209—02395—X

D·566 定价:28.00 元

# 法理文库

主编：徐显明  
谢 晖  
王人博

山东人民出版社

一九九九年·济南

## 目 录

BANIP / #10

## 第一章 法律本质与法律现象

## 第一节 本质:内在支配规则 ..... (2)

## 一、法、法律与法律本质研究中的问题 ..... (2)

## 二、法、法本质及其对法观念与法律观念的

## 内在支配 ..... (15)

## 三、法律本质对法律现象的支配 ..... (28)

## 第二节 现象:外在表现规则 ..... (36)

## 一、法律现象的含义 ..... (36)

## 二、法律现象表现法律本质的机理 ..... (40)

## 三、法律现象对法律本质的表现类型 ..... (47)

## 第三节 关系:表里联系规则 ..... (60)

## 一、法律本质与法律现象联系的一般方式 ..... (60)

## 二、法律本质与法律现象联系的相互性 ..... (63)

## 三、法律本质与法律现象在法律上的统一性 ..... (66)

## 第二章 法律创制与法律运行

## 第一节 创制:客观理性规则 ..... (71)

## 一、法律创制的客观规定性 ..... (72)

|                                 |       |
|---------------------------------|-------|
| 二、法律创制的主观能动性 .....              | (79)  |
| 三、法律创制之客观规定性与主观能动性<br>的协调 ..... | (85)  |
| <b>第二节 运行:忠诚服从规则</b> .....      | (87)  |
| 一、忠诚:法律运行中主体的一项道德义务 .....       | (88)  |
| 二、服从:法律运行中主体的一项伦理义务 .....       | (91)  |
| <b>第三节 关系:良性互动规则</b> .....      | (100) |
| 一、法律创制对法律运行的良性规范 .....          | (100) |
| 二、法律运行对法律创制的良性反馈 .....          | (102) |

### 第三章 法律形式与法律价值

|                                        |       |
|----------------------------------------|-------|
| <b>第一节 形式:价值合理规则</b> .....             | (106) |
| 一、价值衡平原则:法律形式之价值合理性<br>的实践基础 .....     | (107) |
| 二、价值宽容原则:法律形式之价值合理性<br>的规则基础 .....     | (110) |
| 三、价值中立原则:法律形式之价值合理性<br>的观念基础 .....     | (113) |
| <b>第二节 价值:工具(形式)合理规则</b> .....         | (117) |
| 一、法律工具的表现原则:法律价值之工具<br>合理性的立法论基础 ..... | (118) |
| 二、法律工具的功利原则:法律价值之工具<br>合理性的利益论基础 ..... | (122) |
| 三、法律工具的可操作性:法律价值之工具<br>合理性的运行论基础 ..... | (127) |
| <b>第三节 关系:内在统一规则</b> .....             | (131) |
| 一、法律价值与法律形式的一般对应方式 .....               | (131) |

|                                |       |
|--------------------------------|-------|
| 二、理性法律价值与理性法律形式之理性结合的外在标志····· | (135) |
|--------------------------------|-------|

#### 第四章 法律规范与法律事实

|                    |       |
|--------------------|-------|
| 第一节 规范:公平正义规则····· | (140) |
|--------------------|-------|

|                         |       |
|-------------------------|-------|
| 一、社会事实与法律规范间的内在关联性····· | (141) |
|-------------------------|-------|

|                         |       |
|-------------------------|-------|
| 二、社会规范与法律规范间的内在关联性····· | (148) |
|-------------------------|-------|

|                         |       |
|-------------------------|-------|
| 三、法律事实与法律规范间的内在关联性····· | (154) |
|-------------------------|-------|

|                    |       |
|--------------------|-------|
| 第二节 事实:规范至上规则····· | (157) |
|--------------------|-------|

|                  |       |
|------------------|-------|
| 一、法律至上的几个论域····· | (158) |
|------------------|-------|

|                   |       |
|-------------------|-------|
| 二、事实与法律的对位关系····· | (164) |
|-------------------|-------|

|                  |       |
|------------------|-------|
| 三、法律至上与主体至上····· | (171) |
|------------------|-------|

|                    |       |
|--------------------|-------|
| 第三节 关系:对立协调规则····· | (175) |
|--------------------|-------|

|                     |       |
|---------------------|-------|
| 一、规范与事实:形上层面对立····· | (176) |
|---------------------|-------|

|                       |       |
|-----------------------|-------|
| 二、规范与事实:社会实践中的对立····· | (178) |
|-----------------------|-------|

|                    |  |
|--------------------|--|
| 三、协调法律规范与法律事实间的冲突: |  |
|--------------------|--|

|                   |       |
|-------------------|-------|
| 一项具有永恒性的人类使命····· | (182) |
|-------------------|-------|

#### 第五章 法律权利与法律义务

|                    |       |
|--------------------|-------|
| 第一节 权利:合理代价规则····· | (188) |
|--------------------|-------|

|                              |       |
|------------------------------|-------|
| 一、从权利的人性根据看设定权利的必要与合理代价····· | (190) |
|------------------------------|-------|

|                              |       |
|------------------------------|-------|
| 二、从权利的法律限度看设定权利的必要与合理代价····· | (195) |
|------------------------------|-------|

|                              |       |
|------------------------------|-------|
| 三、从权利的实现角度看设定权利的必要与合理代价····· | (201) |
|------------------------------|-------|

|                    |       |
|--------------------|-------|
| 第二节 义务:正当目的规则····· | (208) |
|--------------------|-------|

|                        |       |
|------------------------|-------|
| 一、权利:法律义务所设定的基本目的····· | (208) |
|------------------------|-------|

|                                       |       |
|---------------------------------------|-------|
| 二、作为法律义务目的的权利之正当性与<br>义务本身的正当性问题····· | (216) |
| 三、法律义务正当地对应于正当目的机制·····               | (225) |
| <b>第三节 关系:对应互助规则</b> ·····            | (232) |
| 一、法律权利与法律义务的对应性·····                  | (232) |
| 二、法律权利与法律义务的互助互足性·····                | (240) |
| <b>第六章 法律权力与法律责任</b>                  |       |
| <b>第一节 权力:理性制约规则</b> ·····            | (253) |
| 一、权力受约的理念·····                        | (253) |
| 二、另一种权力制约的理念:通过责任的制约·····             | (265) |
| <b>第二节 责任:必要限度规则</b> ·····            | (278) |
| 一、从权力的必要性看责任限度的合理性·····               | (279) |
| 二、从权力的支配性看责任限度的合理性·····               | (290) |
| <b>第三节 关系:一体两面规则</b> ·····            | (303) |
| 一、权力与责任的一体性·····                      | (304) |
| 二、权力与责任的两面性·····                      | (311) |
| <b>第七章 法律调整与法律秩序</b>                  |       |
| <b>第一节 调整:社会有序规则</b> ·····            | (320) |
| 一、法律调整概述·····                         | (320) |
| 二、法律调整的正当目的——社会有序·····                | (337) |
| <b>第二节 秩序:技术配位规则</b> ·····            | (356) |
| 一、法律秩序的要义·····                        | (357) |
| 二、法律秩序对法律调整方式的一般要求·····               | (374) |
| <b>第三节 关系:因果联系规则</b> ·····            | (388) |
| 一、法律调整之为法律秩序的原因·····                  | (389) |
| 二、法律秩序之为法律调整的最终结果·····                | (395) |

## 第八章 法律继承与法律发展

### 第一节 继承:社会进化规则…………… (399)

- 一、法律文化视野中的法律继承:定量与定性  
的观念…………… (399)
- 二、法律继承须遵循推进法律自身进化的规则…………… (405)
- 三、法律继承须遵循推动社会进化的规则…………… (413)

### 第二节 发展:文化积累规则…………… (421)

- 一、法律发展的一般问题…………… (422)
- 二、从人类法律进化史看法律发展的文化积累  
规则…………… (428)
- 三、当代世界的法律发展与文化积累规则…………… (438)

### 第三节 关系:持续传接规则…………… (447)

- 一、法律进化的连续性…………… (448)
- 二、法律继承与法律发展表明了法律文化的  
一种必要的传承关系…………… (453)

## 第九章 法律主体与法律客体

### 第一节 主体:意志支配规则…………… (461)

- 一、法律主体的含义…………… (461)
- 二、自由意志表达对法律客体的支配…………… (471)
- 三、自由意志的载体(结晶)——法律对法律  
客体的支配…………… (478)

### 第二节 客体:行为约动规则…………… (491)

- 一、法律客体的含义及行为约动规则解说…………… (491)
- 二、法律客体之受制于法律主体…………… (502)
- 三、法律客体之所动于法律主体…………… (511)

|                                   |       |
|-----------------------------------|-------|
| <b>第三节 关系:主客平衡规则</b> .....        | (522) |
| 一、主体与客体对立的必然性及其危害.....            | (522) |
| 二、主客平衡的必然性及其人类对该平衡<br>的追求与作用..... | (526) |
| 三、法律:主客平衡的关系图式 .....              | (532) |

## 第十章 法律实体与法律程序

|                                  |       |
|----------------------------------|-------|
| <b>第一节 实体:目的限定规则</b> .....       | (539) |
| 一、法律实体的含义.....                   | (539) |
| 二、法律实体之为法律程序的目的指向.....           | (547) |
| 三、法律实体之为法律程序的目的限定.....           | (557) |
| <b>第二节 程序:意思沟通规则</b> .....       | (564) |
| 一、法律程序:研究背景、哲理基础及含义.....         | (564) |
| 二、法律程序是实现法律实体的意思沟通机制.....        | (577) |
| 三、法律程序与法律实体的对应特征及模式.....         | (584) |
| <b>第三节 关系:理想操作规则</b> .....       | (591) |
| 一、对一种流行的法律实体与法律程序关系观<br>的反思..... | (591) |
| 二、法律实体与法律程序关系的具体层次.....          | (595) |
| 三、法律实体与法律程序的理想关系及其变数.....        | (600) |
| <b>后 记</b> .....                 | (605) |

## 第一章

# 法律本质与法律现象

本质与现象既是哲学研究的一对重要范畴,同时也对其它各门学科的研究具有普遍的指导意义。在法学中,法律本质与法律现象是该学科所首先要面对的一对范畴。这是由于所有法学研究总是从法律现象的研析、探讨始,到对法律本质性的探索止。法学对社会的作用,就依赖于其对法律的本质性探索<sup>①</sup>而发挥。当然,对法律的本质性探索又是一个无止境的过程,人们不可能提供一种对法律本质的穷尽性认知,正如人们对客观世界无以达致穷尽性认知一样。法律本质寓于法律现象之中,法律现象的多样性、复杂性和变迁性必然意味着支配它的法律本质具有同样特征,这也是人们对法律现象与法律本质的认识没有穷尽的根本原因所在,同时也使法律本质与法律现象成为法学研究的基本问题(或基本范畴)。那么,借用或简单仿照本质与现象这对哲学的范畴于法

---

<sup>①</sup> 虽然在最近的法学研究中,有学者提出了法律的本质是一个“虚构的神话”的论断(参见法律文化研究中心:《法律的本质:一个虚构的神话》,载《法学》1998年第1期),但此论者本身也试图以一种“多元性”来概括法律的本质,即使他们不认为那叫法律的本质。事实上,法律的本质就在它最基本的存在样态中。

学领域,是否是法学对哲学的僭越?是否体现不出法学自身的独特性?这确实是值得思考的问题。我觉得,从一般意义上讲,每个学科都应有其独特的范畴,但也有与其它学科共同的范畴,由于后者在多学科中是共同的,所以,它被抽象成为哲学的基本范畴。但是,并不因为哲学已对这些范畴有了一般性的研究,在其它学科中就不能以其为范畴。只要具体的学科需要,则该学科完全应当从自身的特点出发,把哲学范畴具体地引入本学科,涵化为本学科的范畴。本书中的法律本质与法律现象、法律形式与法律价值等,均是从哲学的一般范畴向法学的引申。当然,法学更应注重自己独特的范畴,如法律权利与法律义务、法律权力与法律责任、法律规范与法律事实、法律实体与法律程序等等。这样,法学范畴事实上可分为从其它学科中引申来的范畴和法学自身独有的范畴两个方面。法律本质与法律现象作为法学范畴,即属于前者。

## 第一节 本质:内在支配规则

### 一、法、法律与法律本质研究中的问题

#### (一)法、法律与法律本质

在法律本质问题研究中,有必要分析法与法律这两个已引起中国法学界注意的问题。<sup>①</sup>

---

<sup>①</sup> 据笔者所知,我国学术界已就法与法律的区分做过系统论证,如李肃、潘跃新:《法与法律的概念应该严格区分》,载《法学研究》1987年第1期;公丕祥:《论法与法律的区别》,载《法学研究》1987年第4期;《再论法与法律的区别》,载《江苏社会科学》1989年第1期。梁治平:《变迁中的传统:法不等于法律》,载《读书》1993年第8期;郭道晖:《法与法律的区别——对法的本质的再认识》,载《法学研究》1994年第6期等文均对此做了区分。笔者对该问题的看法参见拙著:《法律信仰的理念与基础》,山东人民出版社1997年版,第478页以下内容。

事实上,对于两个截然有别的概念进行区分,通常是人们极易做到的事。但对两个含义比较接近,以至在很长时期内人们在观念上和理论上不加区分、视为同一的概念进行辨异,却是一时很难为人们所接受的问题。然而,对于法与法律两个概念的区分是必要的,其不仅在于认识两个概念的必要,而且在于认识法的本质之必要。

法不同于法律,这是法律思想家们长期予以探讨的问题。如斯宾诺莎对“物理之必然”——“自然法”(法)与人定法(法律)进行了区分,并对法律中应含有自然法予以特别的强调;霍布斯认为:哲学不应研究现行法律(法律),而应研究同宇宙的一切力学规律相似的自然法(法);洛克区分了自然状态下的自然法(法)与政治社会状态下的人定法(法律);孟德斯鸠区分了自然法(法)与人为法(法律);卢梭区分了自然法(法)与实在法(法律);<sup>①</sup>康德区分了“自然的权利”(法)与“实在法规定的权利”;<sup>②</sup>黑格尔区分了“理念的自由”(法)与它的真实的现实性的“普遍形式”(法律)……不仅近代思想家们对这两个词做了仔细的区分,而且在现当代,除了一些实证主义法学家外,新自然法学、新自由主义的权利法学以及法人类学等流派,都注重对这两个概念的区分。纵然一些较注重实证分析的比较法学者们,也十分注重对这两个概念的辨异,如法国比较法学家勒内·达维德在其名著《当代主要法律体系》中、美国法学家梅里曼在其《民法传统》一书中,都有关于“法不等于法律”的论述。<sup>③</sup>

那么,马、恩如何看待这一问题呢?其实,在他们那里也有过

---

① 上述有关人物的法律思想,参见张宏生主编:《西方法律思想史》,该书由北京大学出版社1983年出版。

② 参见[德]康德著:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆1997年版,第49页以下内容。

③ 参见梁治平:《变迁中的传统:法不等于法律》,载《读书》1993年第8期。

关于法与法律相区别的大量论述。

他们指出：“法是自由的肯定存在”，其“具有普遍的、理论的、不取决于个别人任性的性质”，而法律是“法的表现”，是一种“肯定的、明确的、普遍的规范”<sup>①</sup>。法与法律的关系是，法是衡量法律是否正确的唯一尺度，因而“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”。<sup>②</sup>马、恩在批判一种国家观对法与法律的混淆时指出：“国家是属于统治阶级的各个个人借以实现其共同利益的形式，是该时代的整个市民社会获得集中表现的形式，因此可以得出一个结论：一切共同的规章都是以国家为中介的，都带有政治形式。由此便产生了一种错觉，好像法律是以意志为基础的，而且是以脱离现实基础的自由意志为基础的。同样，法随后也被归结为法律。”<sup>③</sup>（重点号为笔者所加）

值得注意的是，在经常被苏联和国内学者所征引的所谓马克思关于法的定义中，马克思和恩格斯仍然对法与法律进行了深刻的区分，他们指出：“正像你们的法不过是被奉为法律的你们这个阶级的意志一样，而这种意志的内容是由你们这个阶级的物质生活条件来决定的。”<sup>④</sup>紧接着此段话的前后马、恩是这样写的：“你们的观念本身是资产阶级的生产关系和所有制关系的产物”<sup>⑤</sup>，（后接前面引文——笔者注）“你们的偏私观念使你们把自己的生产关系和所有制关系从历史的、在生产过程中是暂时的关系变成永恒的自然规律和理性规律，这种偏私观念是你们和一切灭亡了的统治阶级所共有的。”<sup>⑥</sup>（重点号为笔者所加）对照前后文，我们可以看出，首先，马克思不是对法下定义，而只是对资产阶级和一切剥削阶级的法律下定义。其次，资产阶级和剥削阶级的法律只

①② 《马克思恩格斯全集》第1卷，第71页、第139页。

③ 《马克思恩格斯全集》第3卷，第70—71页。

④⑤⑥ 《马克思恩格斯选集》第1卷，第268页。

是一种“偏私观念”，而没有反映法的本质。这种法律，正如他在批判“书报检查法”时所指出的那样：“即使它千百次地具有法律形式，也永远不能成为合法的。”<sup>①</sup> 再次，资产阶级将其“暂时的”“生产关系和所有制关系”“变成永恒的自然规律和理性规律”，恰巧是要混淆法与法律的区别，使法的本质去迁就法律。可见，马、恩在此分明是在批判受资产阶级生产关系和所有制关系所决定的偏私观念的同时，也在批判资产阶级的法——奉为法律的资产阶级意志，而不是给法律下什么普遍适用于所有社会的定义，更不是给法下定义。

如上，我们只选取了西方法学史上的论述以说明法与法律的区别，下面我们征引有关中国的材料以说明该问题。在中国“商鞅变法”“改法为律”的历史信息中，我们不难看出法与法律的区别。众所周知，法字在中文古文中写为“灋”，《说文解字》释该字为：“灋，刑也。平之如水，从水；廌，所以触不直者去之，从去”。<sup>②</sup> 在《法经》时代，人们只强调法而不强调律，而法的“平之如水”的公平特征明显使古人把作为终极价值因素的“平之如水”放在首位，而将“统治意志”降为其次，这里微露出先哲们的法律理性主义光辉，<sup>③</sup> 可惜它并未一以贯之，终其大成。那个在西北偏僻之地日益强大并终使“诸侯尽西来”<sup>④</sup> 的秦国在改革过程中，强调“均布”<sup>⑤</sup>（即具有普遍强制性）的律，其积极意义是为中国历史推出了一个统一、强大的王朝国家，此后中国历史便循着这种大一统的目标追求而曲曲折折地前行，其消极意义则是对专制的顶礼膜拜，对

① 《马克思恩格斯全集》第1卷，第72页。

② 《说文解字》，中华书局1963年影印本，第202页。

③ 商鞅以前的绝大多数政治家和学者在论法或编著法典时，奉行着王权原则，只有个别例外，因此，中国的法论不可与西方法论（尤其近现代西方法论）同日而语。

④ 李白：《古风·其三》。

⑤ 《说文解字》释律为：“律，均布也。”

申不害所谓君主“独断”<sup>①</sup>的充分肯定。律的“均布”特征即普遍强制推行特征,它否定了主体自觉的法的意向和主体普遍的法的价值追求,而只强调了君主意志之于法律的决定的至上的意义。“改法为律”的结果是人们对法与律的混同为一,以致后人认为“法亦律也,故谓之为律”,李悝“集诸国刑典,造《法经》六篇……商鞅传授,改法为律”,<sup>②</sup>似乎李悝之法与商鞅之律无所区别。从此,中国法论中的人文理性主义色彩便消失殆尽,代之而起的是专制主义法律理论和法律思想。以后即便如王充、黄宗羲一类先进的学术家和魏征、包拯一类优秀的政治家,在其论说中无不视律为法、视统治者(强者)之意志为法。

从以上资料中可以看出,法与法律是两个并不相同的概念,虽然在实践中人们并不重视其区别,但在学理上不能不对之加以区分,正如孙国华先生所正确地指出的:“对法与法律的联系与区别没有正确的理解,往往导致对法的概念和本质理解的偏差……曾有一段,人们把法归结为法律,夸大了国家权力的作用,以为法单纯是出自国家权力的东西,忽视去探索把握一定社会生活的需要、忽视法的内容。在纠正这种错误倾向的过程中,人们正确地发现了法不等于法律……”<sup>③</sup>那么,究竟什么是法、什么是法律呢?对此,人们可从不同视角进行理解,例如:

第一,从内容与形式的关系理解两者。法是法律的内容,法律是法的形式,我们“要特别注意法的内容,免得我们最终只剩下一副空洞的假面具”<sup>④</sup>。但这种理解只有在法律反映或表达了法的要求时才适用。那么,法的内容又是什么呢?

① 《申子·大体篇》。

② 长孙无忌等撰:《唐律疏议》,中华书局1983年版,第2页。

③ 孙国华主编:《法理学》,法律出版社1995年版,第47页。

④ 《马克思恩格斯全集》第1卷,第179页。

第二,从主体需求与规则表达的关系理解法与法律。从人类认识系统看,法是自由主体建立在客观规律之上的普遍的需求,即是客观规律与主体需求的特殊的对应关系,因此,在法的概念中自始便以“理”这种价值化的内容为旨。而法律则是对主体需求与客观规律对应关系的规则表达,在法律概念中应含有法这一内容,至于法律中所含的法内容之大小多少,则因立法者对法之认识的程度不同而异。

第三,从法与法律之存在状态来理解两者。在现实中,法与法律有可能实现特定历史条件下内容与形式的一致,也可能在内容与形式上并没有保持一致,这便要求法学家们绝不能以“没有无内容的形式”和“没有无形式的内容”这种教条来理解两者。当法与法律不统一时,法是一种独立的存在,它便有了另一种形式,那便是主体需求决定下的人们自然的生活——“活法”;法律也是一种独立的存在,它虽因失去法这一内容而空洞化,但却因充满了个别人的任性而“实在化”。

基于如上理解,我认为,对于法或法律下定义时应遵循法与法律从内容到形式、从本质到现象相对应的原则。只有这样,才能得出较为准确的结论。

所谓法律,是以法——建立在事物客观规律之上的主体的普遍的、一般的需求——为内容的由社会公权组织所创制的、由公权强制力和主体自觉自愿的法律意识保障实施的社会规则。这一定义表明:

第一,法律首先是一种主体的需求或者意志。从应然意义上讲,它不同于一般的需求和意志,而是社会化了的具有对所有主体普遍适用并与主体的最一般的需求相一致的意志。正如马克思所说:“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