



| 谢晖法学论著系列

# 法学范畴的矛盾辨思

谢晖 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA



谢晖法学论著系列

# 法学范畴的矛盾辨思

谢晖 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

法学范畴的矛盾辨思 / 谢晖著. —北京: 法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1141 - 2

I. ①法… II. ①谢… III. ①法哲学 IV. ①D903

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 182498 号

法学范畴的矛盾辨思

FAXUE FANCHOU DE MAODUN BIANSI

谢 晖 著

策划编辑 周丽君

责任编辑 周丽君

装帧设计 贾丹丹

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 三河市兴达印务有限公司

责任校对 王沁陶

责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 30

字数 526 千

版本 2017 年 9 月第 1 版

印次 2017 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ [www.lawpress.com.cn](http://www.lawpress.com.cn)

投稿邮箱/ [info@lawpress.com.cn](mailto:info@lawpress.com.cn)

举报维权邮箱/ [jbwq@lawpress.com.cn](mailto:jbwq@lawpress.com.cn)

销售热线/010 - 63939792

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85330678

重庆分公司/023 - 67453036

上海分公司/021 - 62071639/1636

深圳分公司/0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 1141 - 2

定价: 68.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

## 再版说明

《法学范畴的矛盾辨思》是笔者对法哲学基本范畴所做的系统思考和研究,也是目前国内所公开出版的为数不多的有关法哲学基本范畴问题研究的学术作品。

在内容上,该书就法律本质与法律现象、法律创制与法律运行、法律形式与法律价值、法律权利与法律义务、法律权力与法律责任、法律调整与法律秩序、法律继承与法律发展、法律主体与法律客体、法律实体与法律程序这 10 对“对偶式”的法学范畴及其每对范畴内部的相互关系作出了尝试性的探索(自然,法学的“对偶式”范畴不止这 10 对,其他诸如法律效力与法律实效、法律观念与法律行为、法律规范与法律运行等皆属“对偶式”范畴,但这些范畴或与前述范畴内容交叉,或因笔者对其研究不够,或者笔者在他书中已有阐述,故本书均未涉及)。

在方法上,本书着力运用辩证思维方式,把正反合的思维方法运用到每对关系的逻辑思辨中,并辅之以必要的实证资料,以说明各对范畴内部的相互关系。这种关系既不是所谓矛盾主要方面和次要方面的关系,因之,也不是每对范畴之某一方面对另一方面的支配、决定关系,毋宁说它们之间是相互决定、相互制约的关系。唯其如此,它们之间在逻辑上形成一个有机互动的整体,在实践上,只有每对范畴内部能体现出有机互动,才可能实现其整体效应。在我国法学界,这种把正反合的思想方法以及具有某种审美情

趣的探索运用于法学范畴之研究者并不多见。孙笑侠的《法的现象与观念》或许是个例外。

本书的另一特点在前述研究内容中可以看得出来,即强调范畴的“对偶式”特征。之所以强调之,是便于更好地挖掘“对偶式范畴”之间的内部关系以及其整体效应。当然,研究法学的基本范畴,未必一定要像本书所坚持的那样,关注“对偶式范畴”及其内部关系。张文显的《法哲学范畴研究》就不强调不同范畴之间的对应关系,因此,也不太关注范畴的“对偶式”特征。所以,对法学的单个范畴性话题,如规则、规则结构、权利、义务、责任等分别进行研究,未尝不能深入法学范畴之堂奥。只是由于笔者的研究兴趣和问题意识所致,更喜欢寻求把不同范畴做“对偶式”处理,并且事实上在法学范畴中也确实存在不同范畴之间的这种“对偶式关系”。这样,本书的研究,就不失为研究法学范畴的一个视角。

本书于1999年由山东人民出版社出版发行,前后印行3次共计近万册。现征得山东人民出版社及初版编辑李怀德编审的同意,也经由法律出版社及再版编辑周丽君的许可,作为“谢晖法学论著系列”之一种再版。本次再版,为保持创作时的思考原貌,没有随法律的修订与颁布做以修改。今天我在校稿时注意到,再版审稿人田甜对本书做出了如下的评价:“本书语言规范,篇章体例合理,文字运用及注释格式等十分规范,书稿质量极高。”这既是对拙著的肯定,也是对我的鞭策。在本书再版之际,特别感谢李怀德、周丽君等为它的出版、传布所做的努力!也感谢中南大学法学院及陈云良院长为该书的再版所做的宝贵支持!

谢 晖

2017年2月10日于北京

# 目 录

---

## 第一章 法律本质与法律现象 / 1

### 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 / 12

#### 三、法律本质对法律现象的支配 / 22

### 第二节 现象:外在表现规则 / 28

#### 一、法律现象的含义 / 28

#### 二、法律现象表现法律本质的机理 / 31

#### 三、法律现象对法律本质的表现类型 / 36

### 第三节 关系:表里联系规则 / 46

#### 一、法律本质与法律现象联系的一般方式 / 46

#### 二、法律本质与法律现象联系的相互性 / 49

#### 三、法律本质与法律现象在法律上的统一性 / 51

## 第二章 法律创制与法律运行 / 55

### 第一节 创制:客观理性规则 / 55

#### 一、法律创制的客观规定性 / 56

#### 二、法律创制的主观能动性 / 61

#### 三、法律创制之客观规定性与主观能动性的协调 / 65

### 第二节 运行:忠诚服从规则 / 67

#### 一、忠诚:法律运行中主体的一项道德义务 / 68

#### 二、服从:法律运行中主体的一项伦理义务 / 70

### 第三节 关系:良性互动规则 / 77

#### 一、法律创制对法律运行的良性规范 / 77

#### 二、法律运行对法律创制的良性反馈 / 79

### 第三章 法律形式与法律价值 / 81

#### 第一节 形式:价值合理规则 / 82

一、价值衡平原则:法律形式之价值合理性的实践基础 / 83

二、价值宽容原则:法律形式之价值合理性的规则基础 / 85

三、价值中立原则:法律形式之价值合理性的观念基础 / 87

#### 第二节 价值:工具(形式)合理规则 / 91

一、法律工具的表现原则:法律价值之工具合理性的立法论基础 / 91

二、法律工具的功利原则:法律价值之工具合理性的利益论基础 / 94

三、法律工具的可操作性:法律价值之工具合理性的运行论基础 / 98

#### 第三节 关系:内在统一规则 / 101

一、法律价值与法律形式的一般对应方式 / 101

二、理性法律价值与理性法律形式之理性结合的外在标志 / 104

### 第四章 法律规范与法律事实 / 108

#### 第一节 规范:公平正义规则 / 109

一、社会事实与法律规范间的内在关联性 / 109

二、社会规范与法律规范间的内在关联性 / 115

三、法律事实与法律规范间的内在关联性 / 119

#### 第二节 事实:规范至上规则 / 122

一、法律至上的几个论域 / 122

二、事实与法律的对位关系 / 127

三、法律至上与主体至上 / 132

#### 第三节 关系:对立协调规则 / 136

一、规范与事实:形上层面对立 / 136

二、规范与事实:社会实践中的对立 / 138

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 / 141

### 第五章 法律权利与法律义务 / 145

#### 第一节 权利:合理代价规则 / 146

一、从权利的人性根据看设定权利的必要与合理代价 / 147

二、从权利的法律限度看设定权利的必要与合理代价 / 151

三、从权利的实现角度看设定权利的必要与合理代价 / 155

#### 第二节 义务:正当目的规则 / 161

一、权利:法律义务所设定的基本目的 / 161

二、作为法律义务目的的权利之正当性与义务本身的正当性问题 / 167

### 三、法律义务正当地对应于正当目的的机制 / 174

## 第三节 关系:对应互助规则 / 179

### 一、法律权利与法律义务的对应性 / 180

### 二、法律权利与法律义务的互助互足性 / 185

## 第六章 法律权力与法律责任 / 195

### 第一节 权力:理性制约规则 / 196

#### 一、权力受约的理念 / 196

#### 二、另一种权力制约的理念:通过责任的制约 / 205

### 第二节 责任:必要限度规则 / 216

#### 一、从权力的必要性看责任限度的合理性 / 216

#### 二、从权力的支配性看责任限度的合理性 / 225

### 第三节 关系:一体两面规则 / 235

#### 一、权力与责任的一体性 / 235

#### 二、权力与责任的两面性 / 241

## 第七章 法律调整与法律秩序 / 247

### 第一节 调整:社会有序规则 / 248

#### 一、法律调整概述 / 248

#### 二、法律调整的正当目的——社会有序 / 261

### 第二节 秩序:技术配位规则 / 276

#### 一、法律秩序的要义 / 276

#### 二、法律秩序对法律调整方式的一般要求 / 290

### 第三节 关系:因果联系规则 / 300

#### 一、法律调整之为法律秩序的原因 / 301

#### 二、法律秩序之为法律调整的最终结果 / 305

## 第八章 法律继承与法律发展 / 308

### 第一节 继承:社会进化规则 / 309

#### 一、法律文化视野中的法律继承:定量与定性的观念 / 309

#### 二、法律继承须遵循推进法律自身进化的规则 / 313

#### 三、法律继承须遵循推动社会进化的规则 / 320

### 第二节 发展:文化积累规则 / 325

#### 一、法律发展的一般问题 / 326

#### 二、从人类法律进化史看法律发展的文化积累规则 / 331

#### 三、当代世界的法律发展与文化积累规则 / 338



### 第三节 关系:持续传接规则 / 346

#### 一、法律进化的连续性 / 346

#### 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 / 350

## 第九章 法律主体与法律客体 / 356

### 第一节 主体:意志支配规则 / 357

#### 一、法律主体的含义 / 357

#### 二、自由意志表达对法律客体的支配 / 365

#### 三、自由意志的载体(结晶)——法律对法律客体的支配 / 370

### 第二节 客体:行为约动规则 / 379

#### 一、法律客体的含义及行为约动规则解说 / 379

#### 二、法律客体之受制于法律主体 / 388

#### 三、法律客体之所动于法律主体 / 395

### 第三节 关系:主客平衡规则 / 403

#### 一、主体与客体对立的必然性及其危害 / 404

#### 二、主客平衡的必然性及其人类对该平衡的追求与作用 / 407

#### 三、法律:主客平衡的关系图式 / 411

## 第十章 法律实体与法律程序 / 415

### 第一节 实体:目的限定规则 / 416

#### 一、法律实体的含义 / 416

#### 二、法律实体之为法律程序的目的指向 / 423

#### 三、法律实体之为法律程序的目的限定 / 430

### 第二节 程序:意思沟通规则 / 436

#### 一、法律程序:研究背景、哲理基础及含义 / 436

#### 二、法律程序是实现法律实体的意思沟通机制 / 446

#### 三、法律程序与法律实体的对应特征及模式 / 451

### 第三节 关系:理想操作规则 / 457

#### 一、对一种流行的法律实体与法律程序关系观的反思 / 457

#### 二、法律实体与法律程序关系的具体层次 / 460

#### 三、法律实体与法律程序的理想关系及其变数 / 464

## 后 记 / 468

## 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,也对其他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至穷尽性认知一样。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学领域,是不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。笔者觉得,从一般意义上讲,每个学科都应有其独特的范畴,但也有与其他学科共同的范畴,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,

---

<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。

并不因为哲学已对这些范畴有了一般性的研究,在其他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。这样,法学范畴事实上可分为从其他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>

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,以致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

---

<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谢晖:《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。

(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,马克思、恩格斯如何看待这一问题呢?其实,在他们那里也有过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>④</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>⑤</sup>马克思、恩格斯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>⑥</sup>

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地区分,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>⑦</sup>在此段话的前后马克思、恩格斯是这样写的:“你们的观念本身是资产阶级的生

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》,北京大学出版社1983年版。

② 参见[德]康德:《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。

④ 《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1960年版,第71页。

⑤ 《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1960年版,第139页。

⑥ 《马克思恩格斯全集》(第3卷),人民出版社1956年版,第70~71页。(文中重点号为笔者所加)

⑦ 《马克思恩格斯选集》(第1卷),人民出版社1972年版,第268页。

产关系和所有制关系的产物”,<sup>①</sup>“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>②</sup>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>③</sup>最后,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,马克思、恩格斯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”字在中国古文中写为“灋”,《说文解字》释该字为:“灋,刑也。平之如水,从水;灋,所以触不直者去之,从去。”<sup>④</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>⑤</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>⑥</sup>的秦国在改革过程中,强调“均布”<sup>⑦</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,对申不害所谓

① 《马克思恩格斯选集》(第1卷),人民出版社1972年版,第268页。

② 《马克思恩格斯选集》(第1卷),人民出版社1972年版,第268页。(文中重点号为笔者所加)

③ 《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1960年版,第72页。

④ 《说文解字》,中华书局1963年影印本,第202页。

⑤ 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。

⑥ 李白:《古风·其三》。

⑦ 《说文解字》释律为:“律,均布也。”

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决定的至上意义。“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?

第二,从主体需求与规则表达的关系理解法与法律。在人类认识范围内,和人类相关的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对应关系,因此,在这一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

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),人民出版社1960年版,第179页。(重点号为笔者所加)

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,笔者认为,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和需要的表现,而不是单个的个人恣意横行。”<sup>①</sup>应予承认,自有文字记载以来的国家法,几乎还没有出现过毫无偏袒倾向的完全公正中立的情形,甚至在特定历史时期,使个别人的任意化为法律,从而使法律与大众要求相去甚远。远的不说,几十年前纳粹德国制定的法律就使其国内的犹太人遭到了灭顶之灾。这也是法律,但它并没有反映主体的一般需求,因此,在理论上讲,这种法律既不具有合理性,同样也不具备合法性,是不反映法之内容的法律,纵然其形式再完备,它仍然为非法之法律。法学家对之不能仅停留在规范分析上,而应当做出必要的价值评判。

第二,法律由社会公权组织创制。社会公权组织包括多个方面,其中既有创制国家法的国家组织,也有创制宗教法的宗教组织,还有创制习惯法的特定社群等。但是根据某种法律设立的不具有创制法律权力的公权组织并不能创生法律,亦即并非所有公权组织均可创制法律。公权组织必须要能代表全社会,纵然封建皇权,也是被当时的社会普遍承认并接受的公权,因此,其才能制定法律(不排除其中有“非法之法”)。宗教组织和特定的社群是以主体自觉或自然参与其中为特征的,它们所

<sup>①</sup> 《马克思恩格斯全集》(第6卷),人民出版社1961年版,第292页。

创制的宗教法、习惯法无论在过去还是现在都深刻地影响着人类。可以预料,在未来的时日中,这些法律依然会长久地影响人类的行为。还应提及的是,随着世界性交往的日益发展,作为公权组织的国际组织越来越多,这使大量的国际法律得以产生,从而使公权组织对主体需求的摄取范围更大,也为创制法律建立了新的模式。总之,由公权组织创制是主体需要规则化、社会化、法律化的基本前提和条件。

第三,法律所记载和表达的主体要求不能是空洞的苦思冥想,而必须有客观基础,必须符合客观规律。一方面,要符合主体需求产生和发展的规律;另一方面,要符合客观对象的规律性。主体需求或意志不是自天上掉下来的,而是一定的经济形态、政治结构、文化模式共同作用的结果。在没有电讯产业的历史时代,主体断难要求制定电讯方面的法律;在人们视等级制为天然合理之时代,关于民主的立法要求亦只是空谈;当“女子无才便是德”成为大众接受的文化传统时,谁会要求制定保障女子受教育的法律呢?可见,主体需求或意志纵然是一般的、普遍的,也是不能跨越时代的,有时甚至也是很难跨越空间的。所以,纵然在当今世界有放之四海的国际法律,但各层次的与某个民族、某个地方特色相关的法律更具有现实性和对主体的规范性。只有把主体需求置于前述客观规律基础上观察,才能得出真正的主体普遍需求的结论。

第四,法律是由社会公权力和主体自觉自愿的法律意识共同保障得以落实的。以往我国法理学只讲法律施行的国家强制保障性,而忽视了主体自觉自愿的法律意识是更重要的法律施行的保障机制。这一方面导致了主体对法律的畏惧感,另一方面也导致了主体对法律的疏远感。因此,在法理上强调公权力对法律施行的保障是必要的,但同时要明白,这种保障方式自始与强制相伴,以高昂成本为代价。因此,它既不是最佳的最符合效益原则的保障方式,甚至也不应当是最主要的保障方式。相反,主体与法律相适应的法律意识是推动主体发挥自觉性的精神动力,它既表现着人类的一种文明境界,也使法律的施行少耗成本,取得更大的效益。因此,在现代社会,法律施行的最基本的保障机制首先应当是主体与法律相吻合的法律意识,其次才是各种各样的社会公权力的强制保障。

综上所述,笔者认为法律的本质是建立在客观规律基础上的主体的一般的、普遍的需求,这是其内在本质。社会公权组织的创制是这一本



质得以现象化、形式化、规则化的前提,而公权力和主体与法律相一致的法律意识是这一本质从法律的形式化为社会主体普遍享有法律、从而实现其需求的外在保障。这里既表明了法律本质的静态内涵,也表达了法律本质的动态表现,从而使法律本质形成了一个有机的结构。

## (二) 法律本质研究中应注意的几个问题

1. 法律不仅是国家的共生物,同时它是整个社会的共生物。长期以来,在我国法学界盛行着没有国家就没有法律,法律随国家的产生而产生,从而国家是法律的先验存在这样一种神话,并且将这一神话归于马克思名下。事实证明,在国家之前的很长一个历史时期,法律就已经存在。20世纪以来崛起的法人类学,以大量田野调查资料证实了原始法的存在。E. 霍贝尔教授所著的《初民的法律》<sup>①</sup>一书,以丰富的资料论证了爱斯基摩人、伊富高人、平原印第安人(包括科曼奇人、基奥瓦人、切依因纳人)、特罗布里恩德人、阿散蒂人等原始人的法律,打破了法律自始与国家共生的神话。其他一些人类学家在研究古代社会结构时,无不提及原始时代的法律在构建原始社会时的作用和意义,如摩尔根的《古代社会》、<sup>②</sup>弗雷泽的《金枝》<sup>③</sup>等人类文化学名著,都以比较重要的篇幅论及或涉及原始人的法。这些饮誉世界的思想家的探索,绝不是无中生有,而是求诸事实。这要求我们不仅要在国家视野之内求证法律,而且还要把视野放在国家时代之外去观视法律。

另外,纵然在国家时代,法律也不是一元地存在于国家名下的。例如对社会和历史具有巨大影响的宗教法和习惯法,就在国家时代大量存在。有时候与国家法的地位不相伯仲,如中世纪政教分离时代;有时候影响甚至凌驾于国家法之上,如古印度婆罗门教法对国家法的影响和驾驭,伊斯兰教法在过去和现在均对大多数伊斯兰国家的法律具有决定性影响等。这表明,在国家时代,法律依然多元存在,而不是随国家一元存在。尤其国际组织的不断增多和与此相应的国际法的日益健全,更使法律在国家时代的多元存在成为一个不争的事实。不注重这一点,那么法律本质的探索只能停留在教条上,而不可能克服教条而有所更新、有所进步。

<sup>①</sup> 参见[美]霍贝尔:《初民的法律》,周勇等译,中国社会科学出版社1993年版;严存生译(名为《原始人的法》),贵州人民出版社1992年版。

<sup>②</sup> 参见[美]摩尔根:《古代社会》,柏东荪等译,商务印书馆1987年版。

<sup>③</sup> 参见[英]乔·弗雷泽:《金枝》,徐育新等译,中国民间文艺出版社1987年版。