

喻中著

(第二版)

论授权规则

从法律文本中的『可以』一词切入，对授权进行了系统的法理阐释，小处着眼，具有微观论证的风格。



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

论授权规则

喻中著

(第二版)



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

论授权规则 / 喻中著. —2 版. —北京:法律出版社,2013. 11

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5494 - 0

I. ①论… II. ①喻… III. ①法律规范—研究
IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 239792 号

©法律出版社·中国

责任编辑/侯 鹏

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/固安华明印刷厂

责任印制/沙 磊

开本/A5

印张/10 字数/252 千

版本/2013 年 11 月第 1 版

印次/2013 年 11 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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5494 - 0

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

第二版序

这本《论授权规则》是2003年下半年所著书，至今已历十载。最初，它是在谢晖先生的指导下完成的博士论文。它的第一版曾在山东人民出版社印行，责任编辑李怀德先生提供了很大的帮助。现在推出的是它的修订版。与第一版相比，新修订的第二版没有在框架上做出伤筋动骨的改造，但增补了一些新的内容，并在很多细节上做出了新的处理。

在十年后的今天重新审视这本书，我已有一种陌生感。这本书从法律文本中的“可以”一词切入，描绘了授权规则的基本样态，特别是授权规则的内部结构，在此基础上，对法律的概念进行了重新的阐述。写作此书，是希望从一个特殊的角度，映照出一个充满逻辑性的法律世界。

从内容上说，这是一本面向法律规则的技术性的书，具有微观论证的风格。但是，就我个人的偏好来看，我更喜欢思想性较强的主题。也许是因为这个缘故，我在完成了这本书之后的十年里，较少专门论述技术性的法律问题。即使是研究相对具体的法律细节问题，我也希望揭示细节问题所牵连的整体背景，希望勾画出“一斑”所寄生的“全豹”。在这本书中，我虽然强调了“法内之理”的理论价值和学术意义，但就我个人来说，“法外之理”总是能给我更大的牵引力。

在写作此书的过程中，我强调了“法内之理”与“法外之理”的差

异。就现在看来,“法内之理”与“法外之理”的划分其实也是相对的。因为“法内”与“法外”并不能截然分开,两个方面是连成一片的。只要是关于法的理论思考,就难免会涉及法律本身及其与其他事物的联系。哪怕是对一个具体法律条文的分析,也会延伸到法律条文所对应的社会关系。因此,即使是在这项关于授权规则的专题研究中,我也会就“法律是什么”这样的一般性问题提出自己的一孔之见。这些个性化的观点是否可以成立,是否具有理论意义、阐释能力,则有赖于读者的检验与批评。

以上就是我在本书第二版问世之际的一些想法,聊充“第二版序”。

喻 中

2013年8月

于首都经济贸易大学法学院

自序

与人类生活息息相关的法律,构成了一个纷繁复杂的世界;为了把它梳理得井井有条,人们曾尝试过各种各样的方法。在古罗马时代,出现了公法与私法两大法律领域;在欧洲中世纪,有永恒法、自然法、神法、人法之分;在英国法律史上,长期存在着普通法与衡平法之别;在实行“礼不下庶人、刑不上大夫”的传统中国,“礼”与“刑”又构成了规则的两种类型;在当代中国乃至世界,以法律部门为标准,把法分为民法、刑法、诉讼法、行政法等,几乎受到了普遍性的接受……通过这些不同的观察视角,我们可以看到一幅幅有序的法律图景。然而,无论人们描绘出来的是一幅什么样的图景,其目的都在于:为法律世界确立某种秩序,并最终促进人类秩序的良善与社会关系的和谐。

为了更好地寻求法律世界的内在逻辑,多年来,在阅读法律和理解秩序的过程中,我逐渐注意到了法律中的“可以”一词。作为一个频繁使用的虚词,它是表达法律授权的标志性用语。但是,长期以来,人们总是习惯于把“可以”引导的法律规则理解为授权规则,这当然是有道理的。然而,“可以”的法理意义绝非仅仅局限于此。通过这个看似不起眼的虚词,足以推演出一个完整的法律世界。

一方面,在实证意义上,无论是成文法还是习惯法,都源于国家政权的制定或认可。然而,国家政权的成立本身,却离不开人民的承

认或同意。当然,在神权国家,一个新政权的建立需要有神的旨意作为依据;在传统中国,一个新王朝的诞生,必须以“上天的意志”(即天意)作为前提条件。在现代社会,任何国家政权的成立,同样需要得到某种承认。只是,在民主大潮之下,传统的“天”或“神”的承认,变成了“人民”的承认。这就意味着,只有得到了人民承认的政权,才具有正当性;只有当人民以某种方式表达了“可以”这样的态度,一个政权才算获得了人民的同意。在实践中,人民表达这种态度的方式,就是为新政权制定一部宪法。譬如,在新中国成立前夕,通过召集具有广泛民意基础的人民政协,制定了一部具有临时宪法性质的共同纲领。这份宪法性文件既是1949年的人民政权得以建立的依据,它同时还表明,新成立的人民政权得到了社会各界的普遍同意和广泛承认,是一个正当的、合法的政权。从法理上看,人民通过共同纲领这个文本,已经表达了一个同意与承认的态度:“可以建立一个新政权”。

另一方面,由于宪法得到了人民的承认,这就意味着,人民已经同意:依照宪法建立起来的立法机构“可以”制定各种各样的法律。倘若继续坚持“可以”的视角,还会发现,立法机构制定的法律可以分为两类:第一类法律是向国家机构授予权力,即规定国家机构“可以”做什么。譬如,代议机构的权力、行政机构的权力、司法机构的权力分别是什么,以及各种权力之间的相互关系,等等,都在这一类法律中得到了明确的规定。由于权力与责任具有“一体两面”的关系,因此,法律在向这些国家机构授予权力的同时,还要规定它们各自的责任。第二类法律是向社会主体授予权利,即规定社会主体“可以”做什么。诸如自然人的权利、法人的权利、其他组织的权利,等等,都在这一类法律中得到了明确的规定。由于权利与义务不可分,因此,法律在向各种社会主体授予权利的同时,还要规定它们相应的义务。由此可见,法律蕴含了两个方面的主要功能:授予权力与授予权利。然而,无论是授予权力还是授予权利,都可以通过法律文本中的“可

以”一词来表达。

上述两个步骤,已经勾画出一幅简略的法律图景:从“可以”一词着眼,所有的法律都可以理解为“授权法”。其中,有一些“可以”,代表着向国家机构授予权力;另一些“可以”,代表着向社会主体授予权利。从“可以”一词蕴含的这两种意义来看,法律世界包含了两大领域:授予权力的法律与授予权利的法律——至于责任与义务,则分别与权力、权利相伴随。不过,追踪溯源,立法机关之所以“可以”制定这两类法律规则,是因为宪法已经作出了这样的授权;而宪法上的授权,又最终源于人民的同意。

法律中的“可以”一词,就像一面镜子;透过它,我们可以看到一幅法律世界的新图景。

目 录

第一章 导论	1
第一节 学理背景与研究要旨	1
第二节 相关文献的回顾与评论	17
第三节 规范实证方法及其理论基础	89
第二章 法律中的“可以”:存在形式与法律意义	101
第一节 “可以”的语义及其法意	101
第二节 “可以”的存在及其意义	119
第三节 “可以”的主语及其类型	137
第三章 第一类授权规则:授予权力的法律规则	149
第一节 通过“可以”考察立法权的状况	149
第二节 通过“可以”透视行政权的形态	165
第三节 通过“可以”理解司法权的本质	179
第四章 第二类授权规则:授予权利的法律规则	195
第一节 “可以”的缺席与传统的权利概念	195
第二节 “可以”的在场与权利的正当依据	202
第三节 “可以”的语境与权利的基本形态	216

第五章	法律作为两类授权规则的结合:重述法律的概念	226
第一节	权利与权力作为法律规则的核心内容	226
第二节	授予权利与授予权力是法律规则的基本功能	240
第三节	法律作为两类授权规则的结合	252
第六章	“质”、“量”、“度”:两类授权的三维透视	273
第一节	两类授权之“质”:确立秩序或保障自由	273
第二节	两类授权之“量”:法学中的“拉弗曲线”	281
第三节	两类授权之“度”:一种关于法律的方法 论与本体论	293
跋		310

第一章 导 论

第一节 学理背景与研究要旨

一、关于学理背景的一个简要回顾

清朝末年以前,中国只有不太为士大夫所看重的律学,并没有近现代意义上的法学,更没有近现代意义上的法理学。就是有限的律学知识,在中国历代知识阶层的知识体系中,基本上也处于次要地位。^{〔1〕} 这种独特的文化现象,是由古代中国人对于法的特殊观念(譬如“大刑用甲兵”之类)所决定的。

中国萌生近现代意义上的法理学,始于清朝末年那一段动荡不安的历史时期。为了实现富国强兵,为了挽救民族危亡。严复、梁启超等中国近代启蒙思想家,开始将西方各国的法律观念引入中国,以期为国家的政治维新、法律改革提供一种新鲜的思想资源。关于英、法、美、德、日等国的政治体制、法律学说的介绍和评论,成为了那个时期的法理学主流,其中的代表性人物包括王韬、郑观应、陈炽、何启、胡礼垣、汤震、陈虬、康有为、梁启超、谭嗣同、严复、沈家本、伍廷

〔1〕 在不同的历史时期,居于主导地位的知识形态主要是先秦子学、两汉经学、魏晋玄学、隋唐佛学、宋明理学、清代朴学,等等。

芳、王宠惠、薛允升等思想启蒙者或政治活动家。随着1912年中华民国的建立,尽管民法、刑法、诉讼法、法史等法学领域的研究也有了一定的规模,出现了像胡长清、林纪东、程树德等有影响的学者;尽管法理学领域也产生了像吴经熊那样的享有一定世界声誉的法学家。但是,从总体上看,20世纪上半叶,“翻译法学”、“移植法学”仍然是中国法理学的基本品格。正如蔡枢衡所指出的:“中国成文法律发达很早,但是海禁大开以前,中国没有近代式的法学。海禁大开后,变法完成前,只有外国法学著作的翻译、介绍和移植。外国法学的摘拾和祖述,都是变法完成后至于今日的现象。……祖述和摘拾成为一个国家的法学著作,教室讲话和法学论文的普遍现象,这正是殖民地风景。”〔1〕

20世纪50年代以后,中国(指中国大陆,下同)的法理学研究迈进了一个新的移植时代。与前50年相比,这个阶段的“移植法学”呈现出两个新的特点:其一,移植的对象从欧美诸国的法理学全面转向苏联的法理学,苏式法理学的概念、原则、体系成为了中国主流法理学界领会、学习的对象。其二,移植的出发点不再是清朝末年的富国强兵,而是旨在为新的政治秩序提供合法化论证与技术性支持。这个时期,法律与政治没有明显的界分,法理学也没有相对独立的学科地位,“政法学院”这样的机构名称,“政法研究”这样的期刊名称,都可以视为中国法理学(甚至整个法学)从属于政治的外在表征。20世纪70年代末80年代初出现的“人治与法治问题”大讨论〔2〕以及80年代中期兴起的“法的本质属性”大讨论〔3〕都是在这样的背景下发生的。这两场讨论,尽管影响不小,但仍然具有强烈的政治意识形态的色彩,体现了那个时代的政治话语在法理学界的一种延伸。

〔1〕 蔡枢衡:《中国法理自觉的发展》,清华大学出版社2005年版,第59~60页。

〔2〕 参见《法治与人治问题讨论集》,群众出版社1980年版。

〔3〕 参见《中国法学》1986年各期杂志。

1988年,中国法理学界在吉林长春召开了一次理论研讨会。在这次会议上,有学者提出了“权利本位论”,也有学者论证了“义务重心论”。由此,法学中的一系列基本范畴开始引起广泛的重视,并出现了一批代表性的法学作品,比如张文显的《法哲学范畴研究》(中国政法大学出版社2001年版)、张恒山的《义务先定论》(山东人民出版社1999年版)、谢晖的《法学范畴的矛盾辩思》(山东人民出版社1999年版),等等。

在20世纪的最后几年里,一些学者从社会学、文化学、经济学等视角研究法律问题,也获得了一些引人注目的学术成果。除此之外,法理学者在法律价值、法律文化、立法学、法律解释学、法制现代化、法治理论等领域,也进行了一系列广泛而深入的研究。在千年之交、世纪之交,中国法理学逐渐尝试着走出政治话语,艰难地展开了一个相对独立的学理化建构过程。

回顾20世纪中国法理学山重水复的变迁历程,可以发现一条比较清晰的历史轨迹:20世纪初期甚至整个上半叶的中国法理学,主要是在介绍、移植欧美诸国的法律思想特别是宪法学说,其目的主要在于为实现富国强兵、推行政治改革提供新的思路或新的可能性。20世纪下半叶则转向了全面推行苏联特色的法律理论,目的在于为新的政治秩序服务。一言以蔽之,移植性的法理学、政治化的法理学,构成了百年中国法学理论的主要景观。20世纪最后十年,虽然在法学范畴、法律解释、法律价值、法律文化等领域出现了一些新的气象,使中国的法理学研究呈现出政治关怀、价值追问、社会探寻与概念辨析相互交织的局面;与此同时,关于法律的若干外缘问题,例如法律的政治之维、经济之维、社会之维、价值之维、文化之维,诸如此类的宏大命题,都受到了相当的关注。但是,在一定意义上,这些关注与研究的成果,既可以说是法学理论,但似乎也可以视为政治理论、经济理论、社会理论、价值理论或文化理论的一个组成部分。虽然,在人文社会科学这个领域之内,各个学科之间的划分并非从来就有,也

不会永远凝固不变,而仅仅是一种历史的产物,^[1]而且,各个学科之间的彼此渗透也是不可避免的,甚至还值得进一步提倡。但是,学科之间的交流应当是相互的。而要实现“相互”这两个字,就意味着法理学在借鉴其他人文社会科学理论的同时,也能够向各“兄弟学科”提供一些思想资源。正如“越是民族的就越是世界的”这句名言所揭示的规律一样,只有那些专业性越强的知识才越有可能成为学科之间交流的资源。因此,哪怕仅仅就是为了促进人文社会科学内部各学科之间的彼此交流,也有必要在法理学研究中,更加强调法律自身的问题或法律内部的问题。

然而,法学特别是法理学本身的价值与使命,毕竟主要还不是为了实现学科之间的相互交流。^[2]法学特别是法理学本身的价值与使命是多方面的,但首要的基础性的目标还在于实现或深化对于法律自身的认识。法理学要有自己的政治追求、价值立场,要服务于当下的法治建设,要回应现实社会的需要,以及其他若干使命的担当。但是,所有这些使命的实现都绕不开法律这座桥,都要依赖于一定的法律秩序。于是,法律自身是什么的问题,就构成了法理学必须首先予以回答的一个前提性的问题。古希腊人提出的一个关于人的永恒主题是“认识你自己”。对于法理学而言,“认识法律自身”也是一个永恒性、根本性的问题。

与法律的政治之维、经济之维、社会之维、价值之维、文化之维等法律外缘问题相比较而言,法律自身的问题,或法律的内在问题,就是指微观性、技术性、专业性的法律问题。正是这些来自法律内部问题的理论提炼,从根本上决定了法理学何以能够成为一门与经济学、社会学、政治学等相邻学科比肩而立的独立学科。然而,百年以降,恰恰是那些来自法律自身的问题,或法律的内在问题,构成了中国近

[1] 参见[美]华勒斯坦等:《开放社会科学》,刘锋译,三联书店1997年版。

[2] 参见喻中:“法学的社会功能”,载《光明日报》2005年11月8日。

现代法理学领域中的一个相对薄弱的环节。

正是在这样的学理背景之下,近几年来,一些学者开始提倡法学研究应当从宏大叙事转向微观论证、从价值呼唤转向方法构造、从突出思想转向学术积累、从政治话语转向法言法语、从国家主义转向社会本位、从立法中心转向司法中心。概而言之,从“法外之理”转向“法内之理”,从法律“外面的世界”回到法律的“内在世界”,关注法律自身的问题,重视“纯粹法理”,努力建构或深化中国法理学的“专业槽”。〔1〕

新世纪、新千年前后的中国法理学之所以开始关注法律自身的问题,开始转向“法内之理”,大致是出于以下几个方面的机缘。

从社会分工的角度来看,中国法理学研究的这种转向,是专业分工越来越深化的逻辑结果。法国社会学家涂尔干的研究表明,社会分工既是社会进步的动因,也是社会进步的必然结果。〔2〕西方社会在近三百年里获得的突飞猛进式的发展过程,其实就是一个社会分工日益加剧的过程。社会分工与社会发展之间的这种密切关联、互为表里的基本规律,也可以用来解释学术分工与学术发展的基本关系。大约在17世纪之前,西方历史上的学术研究基本上没有专业上的严格分工。古希腊的代表性哲人只是一些热爱智慧的人,并不是专业性的“哲学专家”。中世纪的神学家同时兼有其他多种角色,并非专业的“神学专家”或“宗教学专家”。17、18世纪崛起的一大群启蒙思想家,也不大可能被归类为某种专业性的人才。换言之,所谓“百科全书式的人物”,其实都是一种学术研究专业化之前出现的现象。然而,近现代以来,特别是20世纪以来,学术研究的专业分工已

〔1〕 参见谢晖的系列论著:“转型社会的法理面向——纯粹法理学导言”,载《广东社会科学》2003年第2期;“法理学:从宏大叙事转向微观论证”,载《文史哲》2003年第4期;“徘徊在十字路口的中国法学”,载《法律科学》2003年第5期,等等,以及陈金钊:《法治与法律方法》,山东人民出版社2003年版,第121页。

〔2〕 参见[法]涂尔干:《社会分工论》,渠东译,三联书店2000年版。

经成为一个不可逆转的大趋势。尽管“先知”式的预言家或思想家偶尔也会横空出世,带给人们一些惊愕、几分惊喜,但从整体上看,那种百科全书式的人物已经越来越罕见了,甚至越来越不可能出现了。不但“人文社会科学家”很难通晓基因医学或量子力学之类的“自然科学”,就是在“人文社会科学”这样一个领域之内,各学科之间也出现了事实上的、体制化的学术分工。在当代,一个从事学术研究的人,他要么是历史学专家,要么是经济学或其他某个学科的专家。与此同时,当然也有一些从事“跨学科研究”的学者,还有一些以某个学科为主但同时兼具其他特长的知识分子,甚至还存在一些根本就不理会现行学科分工制度的“畅想者”。不可否认,这几种人里面的个别天才有时会对整个人类文明作出重大的贡献。但是,这样的现象毕竟只是极其罕见的例外。大多数甚至绝大多数的“以学术为业”者,不论他/她是否还具有其他方面的“关怀”,事实上都是侧身于某个专业领域,从事着某种专业化的知识生长(产品质量高低姑且不论),试图解决一些专业性的问题。在这样的背景下,就法理学这个特定的学科而言,专业化的法理学问题是什么?什么样的法理学知识才是专业性的法理学知识?怎么进入法理学研究才可能增加法理学专业知识的库存、才有助于积少成多地促进法理学专业知识的不断积累?或者说,我们应当形成什么样的专业意识或专业自觉?这一系列的问题在民法学者、刑法学者或诉讼法学者看来,也许根本就不是问题,因为这些领域的专业性已经比较明显了。但站在法理学或法学基础理论的角度上,这些问题都是不容回避的。从本书的立场出发,笔者认为,关于法律的政治属性、经济分析、文化解释、社会背景、价值考量等方面的问题,当然为法理学研究所必须,然而,更能体现法理学知识的专业性的领域,还在于法律自身的问题或法律的内在问题,亦即英国法学家约翰·奥斯丁所谓的“实在法”的问题,正是对于这个问题的回答,才有助于将法理学建构成为一门更加专业性的“法学二级学科”。

从当代中国所处的历史阶段来看,在经历了一个世纪的长程革命之后,中国社会明显转入了一个注重建设的新时期。“革命党”逐渐向“执政党”转化,政党的“革命意识”逐渐转变为“执政理念”,与此同时,“革命群众”逐渐换成了政治领域中的“公民”、经济领域中的“经济人”、法律领域中的“自然人”。主流意识形态强调渐进式的改革,提倡尝试性的“摸着石头过河”,主张“不争论”,等等。所有这一切,都在促使中国社会逐渐告别那个“暴风骤雨”的年代,务实、低调、稳健等品格获得了正面的评价,“宁可百日不将车,不可一日不拱卒”式的点点滴滴积累的价值,开始受到人们的普遍接受。在法律领域,逐步完善社会主义法律体系,逐渐建成社会主义法治国家,成了举国一致的基本共识、总体目标。在这样一个社会背景之下,不可能不对法理学研究领域中的问题意识、话语模式、思维方式产生着潜在的然而也是深远的影响。在革命化的、颠覆性的、强调阶级斗争的法学研究范式渐渐隐退的同时,必然出现一个关注法律自身问题、注重微观论证、强调技术建构的专业化的法理学研究范式。因为,通过这样的研究路径产生的专业化的法理学知识,才可能为当代中国的法律体系、法律制度的日臻完善提供实实在在的支持。在这个过程中,法理学作为一个相对独立的学术领域,才可能与不断变化的意识形态拉开距离,才可能以——当代诗人舒婷在《致橡树》一诗中所吟咏的——“一株木棉”的形象,矗立于整个人文社会学科之林。历史常常出现惊人的相似,19世纪30年代,由约翰·奥斯丁开其端绪的以研究实在法为主旨的法学转向,于180年之后的今天,已在中国的法理学界露出端倪,这不仅仅是一些法理学者理论自觉的结果,更是这个技术时代的必然产物。1995年,笔者曾经写过一篇短札,呼吁“低调建设”〔1〕而发生在法理学领域的这种技术化、实证化转向,也可以说是“低调建设”的一种表征。

〔1〕 参见喻中：“高调革命，低调建设”，载《读书》1995年第6期。