

论法律作为两类授权规则的结合

喻中

(山东大学法学院, 山东 济南 250100)

摘要: 尽管出现过各种关于法律的概念,但在当代中国的语境下,法律的核心是规则。法律规则并不是授权规则与义务规则的结合,法律规则是两类授权规则的结合:第一类授权规则授予权利,第二类授权规则授予权力。

关键词: 法律规则;授予权利;授予权力;法律概念

中图分类号: DF03 **文献标识码:** A **文章编号:** 1000-5315(2005)04-0026-06

一 法律作为规则

曾经有过各种各样的关于法律的概念:法是规则、法是命令、法是判决;法是神意、法是理性、法是公意、法是权力;法是正义、法是事业、法是社会控制,等等[1](46页)。但是,在当代中国的语境下,我更愿意将法律理解为规则而不是其他。对于这个判断,下文的论证思路是先破后立,即,先指出其他法律概念存在的问题,再讨论“法律作为规则”的正当依据。

法律与命令。法律作为命令的观点,主要源于英国法学家约翰·奥斯丁,他认为,“我们所说的准确意义上的法,是一种命令”[2](17页)。而且,这样的命令都“是以制裁作为后盾的”[2](20页)。简而言之,法律是主权者针对臣民的、以威胁作为后盾的命令。这样的观点尽管成功地开启了作为一个流派的分析实证主义学派,但它在哈特的名山之作《法律的概念》一书中,却受到了严厉的批评。哈特把自己批评奥斯丁的文字,概括为“一个关于失败的记录”[3](82页)。本文赞同哈特的结论,但我们提供的理由是,“命令说”不利于当代中国的法治建设。因为,如果将法律理解为主权者对臣民的命令,那就暗含了这样一个前提:整个社会是由两大阶级

组成的,其中,发出命令的是主权者阶级,接受命令的是臣民阶级;主权者阶级不但对臣民阶级发出了命令,而且这些命令还是以威胁和暴力作为后盾的。在这种情形下,法律只约束臣民阶级,不约束主权者阶级。以中国刚刚逝去的那个时代的话语来说,法律就是统治阶级对被统治阶级的命令,或者是统治阶级压迫被统治阶级的工具。然而,在当代中国,谁是统治阶级呢?如果说工人阶级或工农联盟是统治阶级,那么谁又是被统治阶级呢?如果缺少一个相对独立的被统治阶级或臣民阶级,所谓“统治阶级”又从何说起呢?如果所有的“人民群众”都是统治阶级或主权者阶级,那么他们的命令又向谁发出呢?“命令说”不仅存在这样一些逻辑上的错误,而且还可能助长中国曾经兴盛过的阶级斗争意识,助长将一个整体的社会撕裂成两大对立的阶级,助长阶级之间的不平等,助长特权意识和等级观念。除此之外,它所包含的“威胁”要素还可能助长暴力主义的法律观、专政工具的法律观、刑法中心主义的法律观,这些潜在的消极观念,与国家正在建设的市场经济、民主政治都是不相容的。

法律与判决。法律作为判决的说法,是英美法系中遵循先例原则和美国法律现实主义的必然产

收稿日期:2004-11-12

作者简介:喻中(1969—),男,重庆人,山东大学博士研究生,重庆行政学院副教授。

物。其哲学背景是英国传统的经验主义。但是,必须看到,它仅仅是一种流行于英美法系的“地方性知识”。在当代中国,一方面,法律与判决是截然两分的东西:法律是立法活动的产物,判决是司法活动的产物;不仅如此,判决还必须“以法律为准绳”,法律不但不能混同于判决,而且还是判决得以产生的大前提:判决很重要,但它不能取代法律,甚至也不是法律的一部分。另一方面,如果说在英美法系,法律帝国的言者是法院,法律帝国的王侯将相是法官[4](361—362页)。在当代中国,如果也有一个法律帝国的话,那么,这个法律帝国也是以全国人大及其常委会为中心的立法者主导的,不是“法官造法”,而是立法机关在创制法律。

法律与神意。法律作为神意的说法,主要源于古代社会。近代以来的自然法学派,也曾经主张法律是上帝的意志。在一些具有神学倾向的自然法学家那里,法律作为神意,得到了极度的推崇。然而,在当代中国的主流学说中,这样的观念几乎已经绝迹。即使是在比拟的意义上,法律也不是神的意志。

法律与理性。将法律看作理性,也是自然法学传统中的一个著名观点。比如西塞罗就认为:“真正的法律是与本性相合的理性。它是普遍适用的、不变的和永恒的;它以其指令提出义务,并以其禁令来避免做坏事。……罗马和雅典将不会有不同的法律,也不会有现在与将来不同的法律,而且只有一种永恒不变并将对一切民族和一切时代有效的法律;对于我们一切人来说,将只有一位主人或统治者,这就是上帝,因为它是这种法律的创造者、宣告者和执行法官。”[5](101页)把这段话的前后结合起来分析,可以发现,西塞罗在这里讲的作为理性的法律,只是“真正的法律”,而不是写在纸上的法律。按照西塞罗的解释,所谓永恒不变的“真正的法律”,其实就是上帝的意志。如果按照分析实证主义法学的标准,西塞罗所说的“真正的法律”恰恰不是“真正的法律”,而是比拟的法律或上帝的法律。既然“真正的法律”(即上帝的法律)是理性,那么,人世间的世俗法律也就难以称得上是理性了。在当代中国,人们谈论的法律,都是国家机构制定的世俗的法律,而不是以上帝作为创造者、宣告者和执行者的法律。这些国家机构制定的法律,自然就不能称为西塞罗所说的理性了。

法律与公意。在卢梭的传世名作中,“法律乃

是公意的行为”[6](51页)。我承认这种观点的合理性。但卢梭讲的这句话仅仅意味着:法律应当是公意的表达,仅仅是对“法律应当是什么”的一种回答,而不是对“法律是什么”的一种概括,它寄托的是一种关于法律的理想。笔者认为,“公意”本身,可以给法律的正当性、合法性提供支持与依据,但法律本身并不是公意,而且也并不必然代表公意。法律有时候与公意保持一致,但有时候又完全背离公意。比如,在古希腊时代,按照公意,苏格拉底被判处了死刑,但数千年以降,人们都认为这是一起不该发生的判决。上个世纪发生在美国的焚烧国旗案,美国社会的公意是处罚焚烧国旗者,但联邦最高法院却不同意公众的看法;不仅如此,联邦最高法院的几个法官却可以否决代表美国公意的议会立法[7]。因此,从实然的角度看,法律并不时时代表公意。从应然的角度看,法律代表公意未必会得到最优的结果。退一步说,即使法律就是公意的表达,而且公意就是最好的选择,法律与公意仍然是两回事:公意是一种无形的意志,法律是有形的规则。

法律与权力。人们认为法律是权力,即指法律是权力的派生物,或法律源于权力,或法律是有权者制定的。但是,与其说法律是权力,还不如说,权力源于法律。因为,从立法的过程来看,创制法律的立法机构确实是享有国家权力的机构,然而,权力的合法性却需要法律来赋予。在当代社会,法力法定已经成了一个基本的原则,“法无明文授权即无权力”得到了广泛的接受,以法律规制权力或以法律支配权力是当代法治建设的一个基本目标[8]。在这样的背景下,宣称法律就是权力,是不能成立的。

除此之外,法律应当维护正义,但法律本身并不是正义。“事业说”来源于美国法学家富勒,它的原意是:“法是使人们的行为服从规则治理的事业”[9](10页)。与其说这是在对法律概念的概括,还不如说它只是描述了法律的一项特征或功能。至于“社会控制说”,也是从社会学的立场上对法律功能的一种概括。

综上所述,这一系列关于法律的说法尽管从不同的角度对法律现象做出了描述,但都不是对法律概念本身的概括。本文从分析实证主义法学的立场,将法律看作规则,将法律体系看作规则体系。是因为,“法律规则是法律的主要构成要素;是法律具有独立性的最主要的支点;是法治命题能够成立的

核心范畴;是法律思维方式能够形成,法制的各个环节应重点建设和落实的成分”。不仅如此,“我国的法理学应以规则为核心构建体系”[10]。

二 法律作为授权规则

法律作为规则,对于这样的命题,新分析法学派的代表人物哈特已经作出了经典性的论证。其代表作《法律的概念》一书的第五章,标题就叫“法即第一性规则与第二性规则的结合”。在这个标题之下,哈特阐述了法律是两类规则相结合的著名观点。他所说的“第一性规则”是指设定义务的规则,“第二性规则”是指授予权力(包括权利,下同)的规则。其中,授予权力的规则又可以分为三类:承认规则、改变规则与审判规则。所谓承认规则,是指义务规则的范围到底是什么,或哪些规则可以作为义务规则,应当由承认规则来决定、来授权。所谓改变规则,是指授权某些个人或群体实行新的义务规则的规则,比如,有关立法权限、立法程序的规则,以及授予私权利的规则,比如订立遗嘱、缔结契约的规则等。所谓审判规则,是指规定审判权限、审判程序的规则。哈特认为,尽管第一性规则与第二性规则的结合不能阐明每一个问题,也不是法律制度的全部,但两者的结合是法律制度的中心[3](81—100页)。本文赞同规则是法律的中心,但不愿随意附和哈特论证的法律是设定义务的规则与授予权力的规则相结合的观点。这种观点存在的问题表现在以下三个方面。

首先,哈特认为在一个小型的、简单的原始社会中,只有设定义务的主要规则,不存在授予权力的次要规则,“在那里,社会控制的唯一手段就是群体对自己的标准行为模式的一般态度,这种态度就是为我们表征义务规则的措辞来讲的”[13](93页)。在我们看来,这种判断只是一种假设。即使能够找到某些人类学调查资料作为支持,也只不过是以现代的权利义务观念来强加于古代社会。哈特的这个判断包含了这样一些未经反省的前见:权利与义务之分是天经地义的;原始社会是前法律社会,只有义务规则;在当代的法律社会中,既有义务规则,也有授权规则。这些支配哈特的前见,既可能遮蔽我们对法律的认识,还可能阻碍我们实现对历史的“同情式的理解”。

其次,在哈特看来,正是因为设定义务的第一性规则存在诸多缺陷:不确定性、静态性、无效性,才有

必要针对这些缺陷,引入三类授权规则来分别加以克服和补救。三类授权规则,似乎都只能起到一种补救性的作用,都是为了补救义务规则的缺陷而存在的:承认规则是为了克服义务规则范围的不确定性,改变规则是为了引入新的义务规则或废除旧的义务规则,审判规则是为了给义务规则提供强制力或哈特所说的“社会压力”[3](97页)。尽管哈特还专门论述了承认规则与法的效力之间的明显的因果关系[3](101页),但第二性的授权规则似乎并没有相对独立的地位与价值。法律的效力以及授权规则本身的最终目标,似乎都仅仅在于保证义务规则的实现,都是为义务规则服务的。按照这样的思维方式,不是义务规则与授权规则的结合,而是义务规则才是法律制度的中心。

最后,将授权规则与义务规则进行二元划分,割裂了权利与义务的关联。按照哈特所谓的法律是设定义务的规则与授予权力的规则相结合的观点,设定义务的规则构成了一个相对封闭且自足的规则体系,授予权力的规则形成了另一个封闭且自足的规则体系;从历史性的角度上看,原始社会只有设定义务的第一性规则,只有现代的法律社会才出现了两类规则的结合。这种二元划分是不恰当的。因为,一方面,它没有看到,在第二性规则中,无论是授予立法权的改变规则,还是授予审判权的审判规则,都不是纯粹的授权规则,它们在授权的同时,还要为相关的权力主体设定相应的义务,立法者、审判者在行使权力的同时还必须履行相应的义务或责任。另一方面,义务规则也并非仅仅规定义务,它在规定义务的同时,也要直接或间接地规定义务所对应的权利,否则,我们就只能得出这样的结论:原始社会由于没有授予权力的第二性规则,其中的任何个人或群体都只有义务,不存在任何形态的权力(或权利)——显然,这是一个非常荒谬的结论。因此,更准确的说法是,义务规则既设定义务,它同时也要授予权力(或权利)。

将法律视为义务规则与授权规则的结合,不仅是哈特法律理论的核心命题,也是中国法学界的主流声音。在当前流行的各种法理学教材中,大致都有这样一种划分方法:法律规则可以分为权利规则与义务规则,以及兼具授予权利与设定义务的双重性质的复合规则。其中,“权利规则又称授权性规则,是规定人们可以为一定行为或不为一行为以

又可以要求他人一定行为或不为一行为法律规则。……义务规则是规定人们必须为一定行为或不为一行为的法律规则”[1](68页)。依照这样的划分方法,我们可以将所有的法律规则分成三个部分:第一部分授予权利,第二部分设定义务,第三部分既授予权利又设定义务。然而,这样的三分法是可以质疑的。因为,即使是授予权利的规则也规定了义务,而设定义务的规则同时也包含了权利的因素。比如,婚姻法第二十二条规定:“子女可以随父姓,可以随母姓。”这是一条典型的权利规则,但是,它同时也规定了这样一项义务:子女的姓氏应当在父姓和母性两者之中选择一个——这是一个应当遵守的前提条件,它构成了子女选择姓氏时的一项义务。再比如,婚姻法第三十五条规定:“离婚后,男女双方自愿恢复夫妻关系的,必须到婚姻登记机关进行复婚登记”。这是一条“必须”履行的义务规则,但它同时也规定了这样一项权利:离婚后的男女双方有复婚的权利,而且,规定“复婚登记”这项义务,也是为了保障复婚双方的权利而设置的。可见,某些权利规则具有义务规则的性质,某些义务规则也同时具有权利规则的属性。因此,把法律规则划分为权利规则与义务规则,遮蔽了权利与义务之间的关联性,割裂了不可分的权利义务关系。

三 法律作为两类授权规则的结合

笔者认为,可以把法律看作授权规则,但法律又不仅仅是授予权利的规则,而是两类授权规则的结合,其中,第一类授权规则是指授予权利的规则,第二类授权规则是指授予权力的规则。

首先,权利不同于权力。关于两者的区别,我在其他地方已经进行了辨析[11](4页)。大致说来,一方面,权利代表的是“私权利”。在当代社会,权利主要意味着自然人、企业法人或社会团体“可以”做什么的自由,比如,可以迁徙、可以结婚、可以生育、可以演出、可以制造或销售某种产品,等等。权力则是指公权力或公共权力或国家权力[11](第3章)。与权利相比,权力的实质是权力主体“可以”支配别人做什么。在当代中国,权力的最基本的主体是国家机构。另一方面,从授权规则的典型表达方式“可以”一词的角度来看,在授予权利的法律规则中,“可以”的主语基本上是自然人、企业法人或社会团体;而在授予权力的法律规则中,“可以”的主语基本上是国家或国家机构(当然也有例外)。

权利与权力之间的巨大差异,使授予权利的规则与授予权力的规则由此走向了分野。授权规则,就包含了这两类不同的法律规则,而不仅仅是指授予权利的规则。

其次,两类授权规则结合在一起,构成了法律规则的全貌,法律就是这两类授权规则的统一体。按照公法与私法的二元划分,公法规则的重心是为不同的国家机构授予权力,私法规则的核心是向不同的社会主体授予权利。比如,在中国宪法中,既有向公民授予权利的规则(第二章“公民的基本权利与义务”),也有向国家机构授予权力的规则(第三章“国家机构”);在行政法中,既有大量的向行政主体授予权力的规则,也有向行政相对人授予权利的规则;在刑法中,既有向公安、检察、法院等国家机构授予权力的规则,也有向犯罪嫌疑人、被告人、律师、被害人等主体授予权利的规则;在民法中,既有向平等的民事主体授予权利的规则,也有向国家机构授予管理权、监督权、救济权的规则。在某些法律文件中,授予权利的规则可能会多一些,比如民法、北京市人大常委会制定的《中关村科技园区条例》[12],等等;在另一些法律文件中,授予权力的规则可能会多一些,比如立法法、有关国家机构的组织法、行政监察法,等等。如果把这两种授权规则结合起来,基本上可以形成法律规则的整体图景。

再次,法律是两类授权规则的结合,并不否认设定义务的规则与设定责任(职责)的规则。只是,设定义务的规则与授予权利的规则具有一体两面性,而设定责任的规则与授予权力的规则也是一体两面的关系。即一个规则在授予权利的同时就已经规定了相应的义务,一个规则在授予权力的同时也规定了相应的责任。换个说法,授予权利的规则也是设定义务的规则,授予权力的规则也是设定责任的规则。因为,一个主体在享有授权规则授予的法律权利的同时,必须履行相应的法律义务,正如宪法第三十三条第三款的规定:“任何公民享有宪法和法律规定的权利,同时必须履行宪法和法律规定的义务”。而一个主体在享有授权规则授予的法律权力的同时,也要承担相应的法律责任,正如宪法对全国人大、全国人大常委会、国务院等主要的国家机构授予权力时的表达方式:“(某某主体)行使下列职权”。在这种授权表达方式中,在“行使”一词之前,既可以加上“可以”一词,即“(某某主体)可以行使

下列职权”,这就是一个授予权力的规则,但同时也可以加上“应当”一词,即“(某某主体)应当行使下列职权”,这就成了一个设定责任的规则。此外,汉语中的“职权”二字,也兼有“权力”与“职责”两重含义。因此,既不存在单独的授予权利的规则,授予权利的规则都是兼具设定义务的规则;也不存在单独的授予权力的规则,授予权力的规则都是兼具设定责任的规则。

最后,法律作为两类授权规则的结合,是建立在国家与社会的二元划分这一理论基础之上的。国家与社会的区别是一个令人关注的话题。据《布莱克维尔政治学百科全书》考证,是“黑格尔第一次清楚地表达了这种区别,他在其《法哲学原理》中提出不应把国家本身同‘市民社会’混为一谈”[20](741页)。在《黑格尔法哲学批判》一文中,马克思继承和扬弃了黑格尔的学说,他认为:“黑格尔把市民社会和政治社会的分离看作一种矛盾,这是他较深刻的地方。但错误的是,他满足于只从表面上解决这种矛盾,并把这种表面当做事情的本质”[14](338页)。针对这种错误,马克思的观点是:“实际上,家庭和市民社会是国家的前提,它们才是真正的活动者,而思辨的思维却把这一切头足倒置”[14](251页)。虽然,在“社会决定国家”还是“国家决定社会”的问题上,黑格尔与马克思的立场截然相反,但他们都承认国家与社会之间的二元划分。本文提出的两类授权规则,恰好可以对应于国家与社会之分:国家机构的权力源于授予权力的规则,国家机构“可以做什么”,构成了授予权力的规则的主题;社会主体的权利源于授予权利的规则,社会主体“可以做什么”,构成了授予权利的规则的主题。国家与社会是两个相对独立的领域,授予权利的规则与授予权力的规则也构成了两个相对独立的规则体系;国家与社会的复杂关系,是两类授权规则相互交错의根源。

四 两类授权规则的关系

从时间顺序来看,两类授权规则的产生各有特色,不宜一概而论。以当代中国的法律为例,1949年2月22日,中共中央发布了《关于废除国民党六法全书和确定解放区司法原则的指示》,依照此“指示”,国民政府以前制定的法律不再适用。这时候,中国共产党获得全国政权,已经成为了一个事实,这个政权代表的国家权力,已经是一个事实性的权力,

但它还不是一个法律上的权力。1949年9月21日召开的中国人民政治协商会议代表社会各界通过了《共同纲领》。在这个具有临时宪法性质的法律文件中,既有授予权力的规则,比如,它规定:“国家最高政权机关是全国人民代表大会。全国人民代表大会闭会期间,中央人民政府为行使国家政权的最高机关。”“在普选的全国人民代表大会召开以前,由中国人民政治协商会议的全体会议执行全国人民代表大会的职权。”同时也有授予权利的规则,比如,第五条规定:“中华人民共和国人民有思想、言论、出版、集会、结社、通讯、人身、迁徙、宗教信仰及示威游行的自由权。”《共同纲领》授予的某些权利,在此之前也存在,但经由《共同纲领》的授予,它们就演变成成为法律上的权利。人民政协的全体会议,在表决通过《共同纲领》的那个瞬间之前,已经在代行最高政权机关的职权,但这种职权只是一种事实性的职权,只有在《共同纲领》正式通过的那一刻起,人民政协的全体会议享有的权力,才是一种法律上的权力。从中国现行法律规则的源头(《共同纲领》)来看,两类授权规则基本上是同时产生的。但是,在美国的法律史上,1787年制定的美国宪法只有授予权力的规则。按照这些授予权力的规则,国会于1791年提出并通过了最初的十条宪法修正案(权利法案)之后,授予权利的规则才出现在宪法中。显然,美国的两类授权规则并不是同时产生的,授予权力的规则出现在前,授予权利的规则是后来补上的。

从价值顺序来看,两类授权规则具有不同的使命,承担着不同的功能。在西方法律史上,曾经有一种轻视甚至否定权利规则及其价值的观念。这种观念认为,权利是天赋的,由法律规则来授予权利,无论授权的范围有多宽,都不能穷尽应有的权利。相反,由法律规则来授予权利反而会限制权利、损害权利[15](112页)。对于这样的观点,笔者不敢赞同。因为,不通过法律规则授予的权利确实存在,我们可以称之为“天赋权利”或“事实权利”,但是,这些“天赋”的权利一旦受到侵害,也只有“天”来提供救济。问题是,“天何言哉”?难道能单纯地依赖“天罚”或“天讨”来加以救济?答案显然是否定的,也就是说,这些救济方式是虚拟的,也是靠不住的;按照“无救济即无权利”的古老信条,这些权利也是靠不住的。相反,只有通过法律规则授予的权利,才可能纳入到法律救济的范围,权利才可能得到法律上

的保障。因此,授予权利的规则是一种看得见的保障权利的方式。不仅授予权利的法律规则值得认真对待,授予权力的法律规则也具有不容忽视的价值。一方面,权力需要法律来授予。因为,在“权力神圣”的观念隐退之后,只有法律规则才能为权力提供正当性依据。不是源于法律的权力,其正当性、合法性是有疑问的。另一方面,权力也离不开法律的

约束,失去法律约束的权力是非常危险的[16]。所谓“暴政”、“苛政”,从本文的视角上看,其实就是权力失去约束的必然产物。可见,授予权力的法律规则也有其独立的价值与功能,它与授予权利的规则作用于不同的领域,在没有找到适当的标准之前,不宜对二者的价值进行随意排序。

参考文献:

- [1] 张文显. 法理学[M]. 北京:法律出版社,1997.
- [2] (英)奥斯丁. 法理学的范围[M]. 刘星译. 北京:中国法制出版社,2002.
- [3] (英)哈特. 法律的概念[M]. 张文显,等译. 北京:中国大百科全书出版社,1996.
- [4] (美)德沃金. 法律帝国[M]. 李常青译. 北京:中国大百科全书出版社,1996.
- [5] (古罗马)西塞罗. 国家篇法律篇[M]. 沈叔平,苏力译. 北京:商务印书馆,1999.
- [6] (法)卢梭. 社会契约论[M]. 何兆武译. 北京:商务印书馆,1997.
- [7] 东来. 在美国焚烧国旗是否合法[J]. 读书,1995,(10).
- [8] 喻中. 以法律规制权力[J]. 长白学刊,2002,(4).
- [9] Fuller. *The Morality of Law*[M]. The Stanford University Press. 1969.
- [10] 陈金钊. 认真对待规则——关于我国法理学研究方向的探索[J]. 法学研究,2000,(6).
- [11] 喻中. 法律文化视野中的权力[M]. 济南:山东人民出版社,2004.
- [12] 喻中. 论城市立法的概念与理念[J]. 四川大学学报,2002,(1).
- [13] 布莱克维尔政治学百科全书[M]. 北京:中国政法大学出版社,1992.
- [14] 马克思恩格斯全集:第1卷[C]. 北京:人民出版社,1956.
- [15] 李昌道. 美国宪法史稿[M]. 北京:法律出版社,1986.
- [16] 晁晖. 权力缺席与权力失约[J]. 求是学刊,2001,(1).

On Law as Combination of Two Types of Authorization Rule

YU Zhong

(Law Institute, Shangdong University, Jinan, Shangdong 250100, China)

Abstract: Although there are various kinds of legal concepts, in Chinese context the core of law is rule. Legal rule is not a combination of authorization rule and obligation rule, but a combination of two types of authorization: the first type authorizes benefit, and the second authorizes authority.

Key words: legal rule; authorization of benefit; authorization of authority; legal concept

[责任编辑:苏雪梅]