

“以权利义务为主要内容” 是法的基本特征吗？

韩立收

【摘要】中国法理学教科书多把“以权利义务为主要内容”列为法的基本特征,然而这并不妥当,主要依据在于:(1)权利义务并非法的主要内容的全部,除了权利义务以外,法还包括法律责任、职权职责等内容;(2)以权利义务为主要内容并非法的基本特征,重视权利义务的双向调整是近代法律的突出特征,而古代法律并不具有这一特征;(3)从逻辑上来讲,权利义务不可分割,任何社会规范都是以权利义务为基本内容的,并非法所独有。之所以会出现这样的误读,主要原因在于:(1)夸大了私法在法律体系中的地位和作用;(2)夸大了权利内容的重要性;(3)夸大了法与其他社会规范之间的区别。

【关键词】权利;义务;责任;职权职责;社会规范

【作者简介】韩立收(1967-),男,河北衡水人,海南大学法学院教授,法学博士(海口 570228)。

【原文出处】《福建江夏学院学报》(福州),2020.6.38~50

法的概念问题是法学研究中最基本的问题,而法的概念的阐述离不开对法的基本特征的概括和归纳。法理学教科书一般都会对法的基本特征进行探讨。在我国当代法学本科广泛使用的法理学教科书中,对法的基本特征的阐述并不一致,如有的把“普遍约束力”“明确公开性”以及“程序化的强制”等也列入在内,但几乎所有的教科书都把“以权利义务为主要内容”列为法律的基本特征^①,并把它作为法律定义的一部分。进而,人们往往认为,权利义务就是法学最基本的范畴,法学甚至可以看作是“权利义务之学”^②。该理论支撑的法理学也被称为“权利义务法理学”。

然而,西方的法理学教科书以及相关著作,却很少有“以权利义务为主要内容”是法的基本特征的类似阐述,而对法的其他基本特征则谈得很多,且与中国教科书的内容相差不大,如“法的国家意志性”以及“国家强制性”等等。^③细致地观察也会发现,国内也有学者对这一法律特征似乎重视不够^④,还有些学

者在其法理学论著中巧妙地回避了法的基本特征这一问题^⑤,自然也就不提“以权利义务为主要内容是法的基本特征”。

为什么中国法理学学者几乎众口一词地认为以权利义务为主要内容是法的基本特征,而西方学者却少有人阐述?这不得不令人产生疑问:法确实是以权利义务为主要内容,且这一点是法的基本特征吗?本文拟就此问题深入探讨,以就教于各位方家。

一、必要的说明

探讨问题之前,为了论述的方便以及避免分歧,首先我们来明确几个基本概念并对本文的论证思路予以说明。

(一)法的基本特征

从逻辑上来讲,法的基本特征包含四层意思:(1)“法”的特征,就是法所具有的特征,法不具有的不包括在内;(2)法的“特征”,即法区别于其他社会规范的特征,与其他社会规范相同的特征不包括在内;(3)法的“基本”特征,也就是能够代表法的内在

的、必不可少的重要特征,而不是一般的、外部的、不反映其本质的次要特征,缺少这一基本特征,则法的概念就不全面、不准确;(4)各法的基本特征之间不应该内容相互重叠或重复,而应该相互独立,各自含义不同。

(二)法的主要内容

法的主要内容包括以下四种含义:(1)该内容是重要的、基本的,不是次要的、无关紧要的;(2)该内容是法律的主要内容的全部,其外再没有其他主要内容,也就是说该内容具有概括性,能够整体上反映和代表法;(3)该内容无论在法律规定中,还是在法律实施中都是主要内容;(4)古今中外的一切法都是以该内容为主要内容。

(三)权利及义务

这两个概念非常难以界定,也许是法学中最难界定的两个概念。本文就涉及这两个概念上的争议。作为法学的基本概念,如果不是最重要的两个概念的话,在使用时我们认为应该遵守学术概念的基本逻辑要求:(1)前后一致,不应该概念不清,同一个概念,一个场合是一个含义,另一个场合又变成另一个含义;(2)与相近的概念应该明确界分,不能含糊模糊;(3)不应该与另一个概念循环说明或论证;(4)不能仅仅用举例的方法来阐述一个概念;(5)不能用该概念的一个特殊类型来界定该概念。必要时,应该用分为狭义概念和广义概念(或日常概念和学术概念)等方式来阐述概念。

遗憾的是,我国多数教科书中权利及义务的概念的阐述及使用,在逻辑方面却明显不妥,几乎违反了上述全部要求。教科书上的法律权利和法律义务的定义是这样的:“法律权利反映一定的社会物质生活条件所制约的行为自由,是法律所允许的权利人为了满足自己的利益而采取的、由其他人的法律义务所保证的法律手段。……法律义务反映一定的社会物质生活条件所制约的社会责任,是保障法律所规定的义务人应该按照权利人要求从事一定行为或不行为以满足权利人利益的法律手段。”^{[21]20-121}

该定义的阐述存在以下问题:(1)未进行界定,就在法的基本特征部分直接使用权利义务的概念。(2)必要的阐述也是以举例的方式阐述何谓权

利,何谓义务,如法律规定人们可以如何、人们不得如何以及人们必须如何等等,含义不清。(3)教科书后面有法定权利及法定义务的概念,似乎权利义务概念是不言而喻的,或者权利义务就是法定的权利义务。^⑤尽管在不少教科书的后面也谈到应然权利义务、法定权利义务以及实然权利义务,隐含着还有一个权利义务的概念问题,但教科书对于权利义务这两个概念却从没有正面予以明确地阐述。(4)法律权利、法律义务、义务人、权利人、自由、责任、利益等概念纠缠在一起,相互解说,循环论证,同时也非常抽象,如“满足自己的利益”“满足权利人利益”等等表述,就是从动机及目的上来表述的,非常难以理解,对于初学者尤其如此。

笔者认为,不妨这样界定这两个概念:权利就是社会规范对行为非确定的指引,就是行为自由范围的规定,对行为人来讲具有任意性;义务就是社会规范对行为确定的指引,就是对行为的约束,也即行为不自由范围的规定,对行为人具有强制性。相应的,法律权利就是法律对行为自由范围的规定,而法律义务则是法律对行为不自由范围的规定。

二、法律的主要内容不限于权利和义务

权利和义务确实属于法律的重要内容,也属于基本内容,但是法律中除了权利和义务外,还有不少其他的重要且基本的内容,仅仅谈法律以权利义务为主要内容,并不妥当。

(一)法律的基本内容还包括法律责任^⑥

1. 法律规则中涉及法律责任

按照教科书的说法,法律的要素包括法律概念、法律规则和法律原则,以法律规则为主。法律规则可谓反映法的基本特征的细胞,通过分析法律规则的结构,我们可以发现法的内容的基本要素。“(法律)规则是指具体规定权利和义务以及具体法律后果的准则,或说是对一个事实状态赋予一种确定的具体后果的各种知识和规定。”^{[21]38}法律规则的结构模式一般包括两种:一种是两要素说,包括行为模式(权利与义务的规定)和法律后果(肯定式后果和否定式后果);一种是三要素说,包括假定、处理、制裁。还有哪些法律规则的结构模式^⑦以及哪种模式比较妥当,其各自的优劣等等,本文不予探讨,但这些学说都共

同阐述了这一点:法律规范中除了权利义务,还包括法律后果,并且往往还强调了这种结构是法律区别于其他社会规范的突出特征。

法律后果是法律规则中一个不可分割的基本部分,不能被忽略。法律后果不可以简简单单用一句话,如某些教科书所讲的“权利和义务的再分配”来阐述。积极的法律后果涉及行为主体的权利,而消极的法律后果又分为两种:一种是非惩罚性的,涉及行为主体的义务;另一种具有惩罚性,这也是法律所着重关注的,涉及法律责任。

法律责任是法律规则中与权利义务并列的一个基本部分,不可或缺。实际上,在法律中法律责任直接体现法律的强制性这一法律的区别特征,法律的有效性最终也靠法律责任来保障。严格来讲,法律责任是权利义务存在的标志和前提。这不难理解,最早的立法甚至可以说是主要关于法律责任的立法。

2. 法律责任不宜用义务来涵括

法律责任是一个众说纷纭、有多种不同含义的复杂概念。^⑧法律责任与一般所谓义务有相似之处,如二者基本上都是行为主体依法应当承担的一种负担,且日常语言中有时可以互换,等等。也许正因为如此,众多的教科书把法律责任称之为因为违反第一性的义务而需要承担的第二性的义务,也就是用义务概念来涵括法律责任的概念。笔者认为,从学术观点来看二者差别甚大,把法律责任归结为一种特殊的义务不妥。

其理由在于:(1)义务与法律责任逻辑上前后相继,义务在前,法律责任在后,法律责任是因违反义务而产生的。^⑨(2)所有的法律主体都需要承担义务,而只有违反义务者才可能需要承担法律责任。(3)并非所有违反义务者都需要承担法律责任(有的权利人放弃了,就不需要承担任何责任;有的违反义务者也仅需要承担第二性的一般义务,如支付货款及相应的利息等),只有少部分法定条件下的违反义务者才需要承担法律责任。(4)义务并不必然对法律主体不利,而法律责任则总是以不利为内容。(5)义务相对的是权利,而法律责任相对的是职权。义务由法律主体自动单独履行或不履行,甚至自我设定(如合同义务),而法律责任则属于法律制裁,完全由法律

设定,往往由国家机关来强制法律主体履行,法律主体完全无法履行,或不能由自己来完全履行。有时法律责任甚至完全不需要法律主体的参与也可以得到履行,如强制划拨财产以赔偿损失等。^⑩法律责任涉及的主体及内容、承担方式与法律义务的主体及内容、承担方式明显不同。(6)法律主体有义务,这与其品行和社会评价无关,而有法律责任,则往往意味着其品行不良,社会评价不高。相应地,义务的现实存在是法律成立的前提和基础,是社会秩序良好的体现,而法律责任的现实存在则往往意味着社会秩序的混乱和破坏。

关于法律责任不宜简单称为“第二性的义务”的呼声很高,学界也众说纷纭。^⑪正是由于法律责任的特殊性及重要性,即使是坚持“法律以权利义务为主要内容”的学者,也往往在教科书中并列阐述权利、义务、法律责任这三个概念,而不是在探讨义务的概念时顺便谈及法律责任的概念。教科书中,有的三个概念各作为一章来阐述,有的“权利和义务”一章而法律责任单列一章来阐述,也有的把“权利、义务和责任”作为一章来阐述。

退一步讲,即使如教科书中所说的,把法律责任说成是义务的一种,也即第二性的义务,那么法律规则就是“双重权利义务的叠加”,即行为模式中的权利义务,以及法律后果中的新的权利义务。如果仅仅简单地讲,法律以权利义务为主要内容,那么相应地法律规则的结构就很自然变成了——“行为模式”一个部分,而不必包括“法律后果”这一部分了(这时“法律后果”也就作为一种特殊的“行为模式”来看待)。那么从这一点来看,说法律规范具有严格的逻辑结构也就无从谈起了,法律与道德及宗教规范也就区别不大了。

为了明确这种区别,将义务与法律责任并列是有必要的,且从语言使用的逻辑上来讲也是可行的,如为了突出宪法的重要性,我们就常常使用“宪法与法律”这样的说法,尽管众所周知,宪法属于广义的法律的一部分。

(二)法律的基本内容还包括职权职责^⑫

1. 法律系统离不开职权职责的因素

法律的制定及实施离不开国家机关及其工作人

员,离不开职权职责的因素。法律是由国家制定或认可的,由国家的强制力保障实施的,反映的也是国家的意志。可以说,法律的内在结构包括各个领域以及运行的各个环节(尤其是立法、执法、司法),都离不开职权职责的内容。特别需要强调的是,如果没有官方的强制力——权力(职权)在场,那么,法律责任的规定就成了一句空话,进而法律条文也就成了具文。

从法律的分类来讲,也可以看到这一点。法律包括公法和私法,私法涉及平等主体之间的关系,包括民法、商法等,主要内容包括权利义务等,但公法并非如此,它涉及不平等主体之间的关系,包括宪法、行政法、诉讼法及刑法等,主要内容包括职权职责等。职权职责是法律运行的基础和前提,而权利义务是法律运行的目的和价值所在,这两对范畴相互配合,共同发挥作用,不可或缺,一起组成法律系统的基本结构。

实际上,任何法律系统都必然包含着大量的关于职权职责的规定,没有这方面的内容国家就无法运行,如我国历史上的《唐六典》及《明会典》就主要规范这方面的内容。

2. 权利义务复合规则应为职权职责复合规则

法理学教科书认为,法律规则包括三种:授权性规则、义务性规则以及权利义务复合规则。权利义务复合规则指兼具授予权利和设定义务两种性质的法律规则。“在逻辑上,每个复合规则都可进一步分解为授权性规则和义务性规则。”^{[2]40}如果真正存在这样的复合规则且可以分解的话,那么严格说来,法律规则就只是包括两种基本类型,即授权性规则和义务性规则,或者单一规则和复合规则,但这一观点值得探讨。

在我国,人们往往举例说:服兵役及受教育既是公民的权利,也是公民的义务,从而这些规定都是权利义务复合规则。然而,依据教科书中法定的权利及义务的概念的标准,权利意味着选择“行为自由”,可以拥有,也可以不拥有,形象地说在这里“可以”意味着“可以不”。而这与义务的不可选择性是根本无法兼容的。权利是对行为的非确定性指引,而义务是对行为的确定性指引,二者如何复合? 权利义务

复合规则对行为的指引既是确定性的,又同时是非确定性的,岂非矛盾!实际上,上述两个例子都是义务性规则的例子,而不是授权性规则的例子,也根本不属于权利义务复合规则(所以有“义务兵”和“义务教育”的概念,当然考虑到概念的范围问题,实际上义务兵期之外的从事军队工作是权利,而不是义务;九年义务教育外接受教育也属于权利的范畴)。^③相信这也就是为什么有的学者根本不承认有权利义务复合规则的原因,尽管其并没有明确指出这一点。^④

权利义务复合规则,依据教科书的说法,其中绝大多数是有关国家机关及其工作人员的组织和活动的规则,包括三类:委任规则、组织规则和审判规则。这里主要就涉及职权和职责的概念,而不是权利义务的概念。考虑到职权与职责是一体两面,不可分割地“复合”在一起,可以称该规则类型为复合规则。因此,根本没有所谓可以分解为授权性规则和义务性规则的权利义务复合规则。就教科书表述的实质而言,这类规则应该称之为“职权职责复合规则”。由此,法律规则就可以分为相互并列的三种规则:授权性规则、义务规则和职权职责复合规则。^⑤既然上述三种基本规则中就有一种,不以权利及义务为内容,法律是否还能称为以权利义务为主要内容呢?

3. 法律规则结构中也包括职权职责的内容

考虑到法律规则是法的基本分析单元,我们还可以从法律规则入手来探讨问题。法律规则可以分为两个大类,一类是直接针对政府机关或官员的行为的,一类是直接针对民众行为的。前一类的法律规则的行为模式部分,自然就包括职权职责的内容。甚至可以说,这部分内容是职权职责内容的大部分。在后一类法律规则中,其行为模式部分与职权职责无直接联系,但法律后果部分却与职权职责密切相关。前述,我们从法律规则结构中的法律后果中发现了法律责任,而法律责任就包括国家机关及其工作人员的职权职责的内容。

法律规则中的法律后果这一部分,一方面包括行为主体的权利义务及责任的内容,另一方面也包括职权及职责的内容。这两种内容相并存,不可分割,甚至可以称为“一体两面”。如“杀人者判死刑”

这一法律规则(显然该规则并不完整,仅仅举例使用),其消极法律后果部分“判死刑”,就既包括行为主体的法律责任内容——被判死刑,同时也包括官员的职权职责的内容——判处死刑以及执行死刑。再如“作出重大发明创造的予以奖励”这一法律规则,其积极法律后果部分“获奖”,就既包括行为主体的权利内容——被奖励,同时也包括官员的职权职责的内容——作出奖励决定以及给予奖励。有必要说明:消极法律后果中的非惩罚性法律后果,如“宣布行为无效”等等,就未必一定直接与职权职责相关。

自然,直接针对国家机关及其工作人员行为的法律规则,其行为模式及法律后果部分都包括职权职责的内容,可谓构成“双重的职权职责”(此外,还包括国家机关及工作人员的法律后果部分)。

4. 职权职责无法被权利义务所涵括

当然,笔者也注意到:教科书认为,法律以权利义务为主要内容,“法所规定的权利和义务,不仅仅包括个人、组织(法人)及国家(作为普通法律主体)的权利和义务,而且包括国家机关及其公职人员在依法执行公务时所行使的职权和责任。”^[23]此外,与法律责任的概念不同,一般教科书也少有把职权职责的概念单列一章来阐述。笔者认为,职权职责毕竟不是一般的权利义务,在没有论证的情况下,把职权职责包含在权利义务之中,并不恰当。^⑥而教科书中,似乎把职权当成权利,把职责当成义务,在法律运行的内容中多次反复使用职权职责的概念,但并没有给出定义及解释,甚至也没有说明职权职责概念与权利义务概念之间的关系,实在是一个问题,很不严谨。^⑦

确实,职权职责与权利义务有某些相似之处,职权和权利都含有有利于行为主体自身的内容,职责和义务也都含有不利于行为主体自身的内容。但它们之间的区别更大,无法混淆,否则,就会导致概念上的混乱。^⑧(1)主体不同。职权职责的主体只能是国家机关及其工作人员^⑨,一般民众不具有职权职责,而权利义务主体则可以包括所有行为主体。(2)内容不同。职权职责的内容都是法律所明确规定的,且只与国家的治理有关,行使的程序也是严格的,而权利义务的内容则涉及几乎社会的各个方面,行使的方

式也是多种多样。(3)性质不同。职权职责属于包括宪法、行政法在内的公法的范畴,职权与职责不可分离,天然地“复合”在一起,职权不可以放弃,公法实施的原则是法无授权即禁止;权利义务属于包括民法、商法在内的私法的范畴,权利和义务相对分离,权利可以放弃,私法实施的原则是法无禁止即自由。(4)来源不同。职权职责直接来自国家机构,而权利义务则直接来自社会,甚至个人的客观需求。(5)目的不同。职权职责的目的是为了整个社会服务,而权利义务的目则是直接为社会行为主体服务。这也就是我们一般地讲“把权力关到笼子里”,而不说“把权利也关到笼子里”,一般地说“权力腐败”,而不说“权利腐败”的原因。

区分权利义务与职权职责,其意义在于:(1)明确法律包括私法和公法,法律关系包括不平等主体之间的关系和平等主体之间的关系;(2)表明法律是官员与民众共同参与的事业,进一步指出法律与政治是不可分割的;(3)强调职权与权利二者存在冲突和协调的关系,这种关系是法律的最基本关系之一,平衡二者的关系是法律的基本目的之一。^⑩不区分这两对概念则遮蔽了法律的内部结构以及内在的矛盾^⑪,且不利于区分法律与其他社会规范,甚至无意中割断了法律与政治的联系。还有,不重视职权职责,还意味着,尽管教科书的作者往往意识不到,其认识法律的视角在分析实证主义法学与法社会学之间不断徘徊、游移,使人迷惑。

童之伟教授曾对法律的基本概念进行过深入的分析,指出法律的基本概念不限于权利和义务,至少还要加上权力(职权及职责)的概念。^⑫这里探讨法律的基本概念包括哪些内容,实际上也就是在探讨法律的基本内容或主要内容包括什么。童教授的观点与本文的观点有相同之处。

正是由于不少法律学者在基本概念使用上把职权与权利、义务与责任等概念混同,导致法学研究交流上的困难。为此,美国法学家霍菲尔德对法学中“一切法律关系皆可化约为‘权利’与‘义务’”的观点进行了批判,进而对基本法律概念作了精彩的阐述,以对各概念进行澄清和区别。^[24]

综上,法律的主要内容不仅仅是权利义务,而是

权利、义务、职权职责和法律责任,那么是不是说,我们就可以把“以权利、义务、职权职责和法律责任为主要内容”作为法律的基本特征呢?原则上是可以的,但我们认为“以……为主要内容”这种方式作为法律基本特征的阐述不是最好的,因为涉及概念太多,太复杂了,且相互纠缠在一起,有循环论证之嫌,不容易把握。同时,更重要的是,这种特征阐述的主要内容与法律的其他基本特征如“国家意志性”“国家强制性”中的某些内容是重复的,如“国家意志性”中蕴含着职权职责的因素,“国家强制性”中不仅蕴含着职权职责的因素,还蕴含着法律责任的因素,没有必要再重复阐述一遍。

当然,教科书中“以权利义务为主要内容”的表述确实还包括一些法律的其他特征无法包括的东西,本文下面就来探讨这些内容。

三、重视权利义务的双向调整是近代法律的突出特征

探讨法的基本特征涉及权利义务,自然也需要理解权利与义务之间的关系。这里的关系包括形式上的关系和实质上的关系。首先,我们从外部形式表现上,也就是法律条文上来谈二者关系。

(一)法律条文并不以权利为主要内容

教科书认为,法律以权利义务为主要内容。这很容易使人认为权利义务在法律中处于相同的地位,甚至认为在法律条文中权利内容与义务内容一样多,且同等重要,但这实在是一个误解。

从古代的法律条文上来看,法律都是以义务及责任为主要内容的,很少或几乎没有权利方面的规定。古代著名的法典,如《汉谟拉比法典》《十二铜表法》《罗马法大全》《唐律疏议》等都是如此,具体条文众所周知,也就不必赘述了,但我们不能说这些著名的法典就不是法律!

近代以来,随着社会观念的转变,法律的观念以及立法技术的进步,宪法的产生,确实有关权利的条款不断增加(往往是在法典的总则中),在整个法律条文中的比例也有上升的趋势,但是尽管如此,义务及责任的条款还是在法律条文中占大多数。这并不奇怪,因为法律就是一种行为规范,其基本的功能在于给人们的行为提供指引,从而使行为具有可预测性,

进而社会保持一定的秩序。权利内容属于不确定性指引,而义务内容属于确定性指引。如果法律中大多数是权利内容,甚至完全是权利内容,则法律对行为的指引功能就会显著降低,甚至根本无法实现其指引功能,使得法律成为具文;同时,如果力图通过权利内容的推理使人们得出义务的内容,则不仅造成法律适用的困难,需要人们具有很高的逻辑推理能力,而且在文字使用上也会很啰嗦,不简洁。^③

张恒山教授反对我国广泛流行的权利本位学说,他对权利与义务的关系,进而义务的重要性有相当精辟的阐述。他认为,法律中义务先定(而不是义务本位),权利来源于义务,从逻辑上及功能上(而不是价值上)来讲,义务内容的重要性也高于权利内容。“在权利义务的关系问题上,就初始的义务权利分界而言,人类社会是先产生义务,后产生权利,权利是在义务被确定之后才被确定的。因此,就一般的权利义务关系而言,是先有义务,后有权利,义务是占主导地位的。……规则必然意味着约束。而约束性信息只有通过义务性规定才能得到表达。……义务规定是法律规则的中心要素。权利规定是一种辅助性规定。”^④这与本文的观点类似。

退一步来讲,即使我们承认权利义务共同构成法律条文的主要内容,但由于权利的具体规定很少,多数是义务的规定,且在功能上义务的规定也居于中心的位置,则笼统地讲“法律以权利义务为主要内容”也不妥。严格来讲,那样也只能说“法律条文以义务内容为主,以权利内容为辅”才比较合适。

(二)哈特的理论

最有可能支持“以权利义务为主要内容是法律的基本特征”观点的理论,也许是新分析实证主义法学派的代表人物英国著名法学家哈特先生的“规则模式论”。在名著《法律的概念》中哈特指出:法律由第一性规则与第二性规则结合而成。第一性规则设定义务,第二性规则授予权力,公权力或私权力。第一性规则涉及与物质运动或变化有关的行为;第二性规则提供了不仅引起物质运动或变化,而且引起义务或责任的产生或变更。人类社会最初是一个小型的、简单的原始社会,处于“前法律世界”,仅仅存在第一性规范,但是这类社会规则存在以下三个主

要缺点:不确定性,静态性和用以维护规则的社会压力的无效性。在一个复杂的、大型的社会,必须要有法律制度,以消除上述三个缺点。为此,需要有三种第二性的规则来补充第一性的规则,这包括承认规则、改变规则和审判规则三种成分。^{[5]92-100}下面我们来简单分析这一理论。

首先,哈特先生并没有讲“法律以权利义务为主要内容”,实际上,他除权利及义务外,还涉及了职权职责,以及法律责任的内容。其次,这仅仅是一种理论假设,并没有历史资料证明人类社会早期仅仅存在第一性规则。据人类目前掌握的资料,远古社会或称前法律社会,第二性规则仍然存在,尽管相比当代非常原始和简单,很不发达。如通过对原始社会的部落的考察,人们发现当地的人们有非常残酷的处罚犯罪的措施,绝不是对危害社会利益的行为毫无制约能力。^[6]哈特先生也承认:“全然缺乏立法和司法机构以及集中组织起来的制裁,这样的社会几乎是并不存在的。”^{[5]255}最后,这一理论也不符合逻辑。很难设想仅仅由第一性规则组成的社会规范系统的真实存在。由于第一性规则具有如哈特所讲的缺陷,尤其是强制执行规则的力量缺乏,这只能导致规则的被无视,进而被破坏,这样第一性规则实际上也就不存在了。

哈特先生的论述确实深化了我们对权利与义务二者关系的认识,如义务规则处于基础性地位,权利规则围绕义务规则而发挥作用,仅仅第一性规则并不是构成法律的最小单元,两类规则二者结合体现法律的特点等等;但它并没有证明“法律以权利义务为主要内容”,同时,也未能证明“权利与义务的结合是法律区别于其他社会规范的特点”。

(三)法律的利导性问题

有教科书认为:“法律的利导性取决于法律上的权利和义务的规定是双向的,‘双向’表现在:权利和义务是两个截然不同的事物,一个表征利益,一个表征负担,一个是主动的,一个是被动的,它们是两个相互排斥的对立面……在众多的社会规范中,只有法律是具有利导性的,只有法律是通过权利和义务的双向规定来影响人们的意识并调节有意识的活动。”^[6]也有教科书认为,法“以权利和义务为机制”,

“法的这种独特的调整方式,使它为人们提供了比道德和宗教更广泛的选择自由和机会,因而更有利于充分发挥人们的积极性、主动性和创造性。”^{[2]34}

我们大致同意上述阐述的主要内容,但是,主语有问题,并不是“法”或“法律”,而应该是“近现代法律”,更严格地来讲,是“近现代的法律条文”。在法律条文中通过权利规定与义务规定相结合的手段,以义务为主、权利为辅,对行为进行双向的调控,相对于仅仅作出义务规定(或者权利规定),更有利于行为主体明确自己行为的范围和界限,从而更有利于行为主体享有权利以及承担义务。这确实有利于人们准确地解释法律,以及适用法律,从而有利于实现法律的目的。无论在立法技术上,还是在法律的价值上这都体现了法律的发展和进步。但必须指出的是,这是法律进化到高级阶段——近现代法律阶段才凸显的特征,其在古代的法律中并不突出,甚至可以说根本就没有这一特征。

四、从逻辑上来看,任何社会规范都是以权利义务为基本内容的

退一万步讲,即使承认“法律以权利义务为主要内容”,笔者认为,这一点也不是法律的基本特征,或者严格来讲,它并非法律相对于宗教以及道德等其他社会规范的区别性特征。这里笔者从内在逻辑上来谈权利与义务二者本质上的关系,特别是二者不可分割的联系。

(一)古代的法律条文基本上都是义务规定的内容,但法律仍以权利义务为基本内容

权利义务这样的概念(甚至词汇)都是近代的产物,而近代之前,无论中外都没有这样的概念(有的社会中古代有这样的词汇,但含义明显与当代不同),而当时古代法律的存在则是不容置疑的事实,甚至已经非常发达了。古代的法律没有权利义务这样的概念,但是这样的理念还是有的。子曰:“礼云礼云,玉帛云乎哉?乐云乐云,钟鼓云乎哉?”《论语·阳货》中的这句话说的就是这个道理。

从逻辑上来讲,权利和义务是一对相应的范畴,二者相伴而生,相互作用、配合,相互依赖,有权利就有义务,有义务也必有权利,有其一必有其二,同时存在,缺一不可。^[7]前面我们谈到“法律条文中权利

的内容与义务的内容并不一样多,而主要是义务的内容,少量是权利的内容”,但不能抽象地、笼统地说“法律中义务多,权利少”,因为法律条文与法律不是同一个概念,法律条文是从具体的外在文字表现上来看问题,而法律则是从内在的逻辑上来看问题。

古代法律条文里几乎没有关于权利的直接规定,以此断定,古代法律中没有权利,仅仅规定义务,进而人们生活在只有义务的世界里,这是不可想象的。实际上,当时大致遵循这样的思路:法无禁止即可为,也就是在明文的法律义务规定之外,人们都可以享有行为的自由,或称权利。

(二)法律外其他的社会规范也是以权利义务为基本内容的

道德及宗教,尽管口头上及字面上主要体现为义务性的内容,但实质上还是从反面规定了(或默认了)人们的权利范围。道德及宗教规范并不等于道德及宗教戒律。权利和义务可以相互推理得出,有的义务规定可以由权利规定推理得出,而有的权利规定也可以由义务规定推理得出。如“要公正对待妻子”这一社会规范,就至少隐含着这样的权利规定:结婚权、妻子的身份权、妻子被公正对待的权利。设想一种社会规范,仅仅包括义务性内容,从而人们根本不知道自己自由行为的范围,这是不可思议的。道德规范主要体现在人们的行为及言语上,未必以条文的方式出现,说其包含权利性的规定也未尝不可。如古代的这一项道德规范“你可以结婚,但不可以不经父母同意而结婚”,就明显除义务外还包含着实质上的权利内容。宗教规范一般以书面的戒律的形式存在,但戒律中往往也蕴含着权利的内容,同时除了遵守戒律之外,可以推定宗教人士可以自由地从事自己的活动,也就是享有自己的权利。

说到底,任何社会规范都是告诉大家,什么是可以做的,什么是不可以做的,什么是必须做的,进而为行为划一条界限,分为两类:什么行为处于界限之内,是合乎规范的,正当的,应受保护的;什么行为处于界限之外,是违背规范的,不正当的,应受制裁的。这里面也就实质上包含着权利义务的理念:有些行为是可以做,可以不做的,这属于权利的范畴;而有些行为是必须做出的(或必须不做出的),这属于

义务的范畴。在这一点上,法律与其他社会规范的区别是量上的,而不是质上的,是技术上的(首先体现在社会规范的语言或文字表达技术上),而不是根本上的。

不仅如此,严格地深入来看,其实任何社会规范也都不是简单地规定权利和义务,而是也包含后果部分的。“对人们行为的任何规范性调整,如果只与禁止和义务相联系,就不可能是有效的。”^[7]如规定“如果伤天害理,则天打五雷轰”“如果打人,则必受舆论谴责”等等。法理学教科书认为,与一般社会规范相区别,法律规范“具有特殊的逻辑结构”或“严密的逻辑结构”,遗憾的是,一般社会规范的“普通逻辑结构”或“不大严密的逻辑结构”到底如何?它与法律规范的结构差别究竟何在?教科书却并没有予以探讨,似乎一般社会规范的结构就是法律规范结构的第一部分——行为模式。但实际上,社会规范的基本逻辑结构(实际规范运行结构,并不等于规范以语言或文字表现在外的结构)也是“行为模式—行为后果”,只是内部的亚结构的内容(尤其是行为后果的内容)比较简单、粗糙而已,其社会责任部分内容与法律责任差别很大,如制裁措施强制性弱、制裁程序及方式比较含糊、制裁组织不明确等等。单纯的一项权利或义务的规定并不构成一个逻辑完整的社会规范,而是必须至少再加上行为后果部分才可以。这也进一步说明了社会规范与法律规范一致性的一面。

(三)任何社会规范都具有应然性

教科书在论述“以权利义务为主要内容是法律的基本特征”时还指出:“法属于‘应然’的范畴,而不属于‘实然’的范畴。”^{[12]35}这实际上就是讲,法律不是仅仅要告诉大家现实中存在一件什么事,而主要是要求大家应该做某件事。^⑧笔者完全赞同这种说法,甚至还可以对此内容予以补充。这句话换一句形象化的说法,可以讲“法律规范主要是由祈使句组成的,不是由陈述句及感叹句组成的”。法律不是客观规律,不具有实然的特点。但在赞同的同时,不得不进一步指出:法的这一特征完全可以用“社会规范性”一词来概括,它并非法的区别特征,而是任何社会规范都具有的基本特征。

再退一步来讲,即使我们觉得有必要在教科书中法的基本特征部分阐述“法具有应然性”的特征,以区别于社会习惯等人们的行为模式,那也完全可以在“法是社会行为规范”这一项法的基本特征中予以阐述,不必另外重复说明。

五、错误原因分析

之所以在教科书中法的基本特征,进而法的概念的阐述中,会出现上述这样的问题,笔者认为,直接原因在于对基本学术概念的把握上:(1)对权利及义务概念的使用比较随意,在揭示部分法律现象的同时,却遮蔽了一些更为重要的法律现象。把权利义务作为法律最基本的概念,权利与义务的矛盾作为法律的基本矛盾,力求以权利义务这种简单对立、矛盾二分的思维模式来分析一切复杂的法律现象,这确实突出了法律现象内部的矛盾性以及学术概念的概括性或理论模式的简单性,但令人扼腕的是,却同时失去了最值得珍视的学术的严谨性。(2)对社会规范概念的理解不充分,把其逻辑结构和外部表现结构混淆,未对其进行深入的概念分析,对法律规范与一般社会规范之间的紧密联系体察不够。

进一步从较深刻的层面上来看,我们认为其原因可能在于如下方面:(1)古代中国官方重视公法,尤其是刑事方面的法律规定,相对不重视私法方面的法律规定,这甚至导致有些学者认为,中国古代没有民法。当代实施改革开放,中国法学向西方法学学习,“与国际接轨”,强调要重视私法,保障民事权利,民法是法律体系的基础,进而制定民法典等等,而以民法为主的私法,其主要内容勉强可以说就是权利和义务(尽管还应包括责任的内容)。无意中人们“矫枉过正”^⑤,把私法作为法律体系的核心,把其基本特征当成了全部法律的基本特征。(2)古代社会重视民众义务的规定,具有诺内特和塞尔兹尼克所谓的“压制型法”的特点,而当今时代是“权利的时代”,强调法律以维护民众权利为目的,提倡“为权利而斗争”,特别重视法律的权利方面的内容。在新的价值观念(如“权利本位”)的指导下,无意中人们也矫枉过正,夸大了有关权利的内容在法律中的地位及作用。(3)古代社会,中国重视仁治,强调法律与道德一致的一面,“德主刑辅”;西方重视宗教,强调法律与宗教一致的

一面。当代社会,重视法治,特别重视法律的特殊性及独立性,突出法律与道德、宗教等其他社会规范的区别,强调“法不容情”“法的世俗性”等。这在无意中也使得人们矫枉过正,片面夸大了这种区别。

六、结语

综上,法并不以权利义务为主要内容,法的主要内容除了权利义务之外,还包括职权职责以及法律责任;“以权利义务为主要内容”也并非法的基本特征,因为这种权利义务双向调整机制是近代法律才具有的,而古代法律并不具有这样的特征;从逻辑的角度来看,权利和义务是不可分的,权利义务是一切社会规范的基本内容,它们并非法所独有。教科书中出现对法律特征认识错误的主要原因在于:混淆了权利义务二者的内在逻辑关系与其在法律条文中的外在表现关系以及夸大了法律与一般社会规范之间的区别。

上述论证成立后,明确得出结论“以权利义务为主要内容并非法的基本特征”,为此我们就应当将该基本特征部分的内容从教科书法律的概念中去除,进而,教科书中法律规范的结构、法律规范的分类以及法律与道德等社会规范的关系等内容,都要相应地进行修改。

注释:

①中国目前广泛使用的本科《法理学》是马克思主义理论研究和建设工程重点教材(人民出版社、高等教育出版社2010年版,第34页),就持这一观点。大学广泛使用的张文显教授主编的《法理学》教科书(高等教育出版社、北京大学出版社1999年版到2004年版),孙国华、朱景文两位教授主编的《法理学》教科书(中国人民大学出版社1999年版,第34页),以及刘星著《法理学导论》(法律出版社2005年版,第45页)也持同一观点。各教科书的具体说法不完全一致,但大同小异,如“法律规定着权利义务”“法的权利义务性”“法是以规定权利义务为主要内容的社会规范,具有利导性”“以权利义务双向规定为调整机制”等。

②当然,这里所讲的法律的概念及其基本特征,主要还是从分析实证主义法学派的视角来讲的,如果从自然法学派以及法社会学派的角度来看法律,则一般不涉及这一问题。法律具有“一副普洛透斯的面孔”,法律的基本特征从不同的视角来看呈现出不同的内容。

③一般教科书中人们多把这一特征列为倒数第二特征,最后一个特征是国家强制力保证实施。有意思的是,有一本

教科书把该特征放在所有基本特征的最后,且阐述非常简略。这似乎表明作者认为这一特征的重要性较低。参见卓泽渊主编:《法学导论》,法律出版社2003年版,第16页。

④参见张恒山:《法理要论》,北京大学出版社2006年版。

⑤如果法律的基本特征,进一步也就是法律的概念,需要权利和义务的概念来说明,而权利和义务的概念本身还需要法律概念来进行解释,这样就等于循环论证了。

⑥考虑到责任一词的模糊性,所以这里采用了“法律责任”的概念。法律责任在与权利、义务等并列时,权利指法定权利或法律权利,义务指法定义务或法律义务,这里的“法律”二字也可以省略,简称为责任。

⑦有学者认为,法律规则的结构模式为“两部分四要素”,即主体规则和辅助规则两部分,前者包括规则适用条件和权利义务规定两个要素,后者包括违反义务的行为和关于违反义务的处理规定(制裁规定)两个要素。参见张恒山:《法理要论》,北京大学出版社2009年版,第36-39页。

⑧几乎每一本《法理学》教科书都会对法律责任的含义给出较大的篇幅专门予以阐释。有的教科书中法律责任的范围很广,甚至把没有违反法律义务(违法或违约)所应该承担的不利后果也归为法律责任,这使得法律责任概念的含义过多,混杂,实在不妥。

⑨有学者尽管也勉强认可“法律责任是第二性义务”的说法,但考虑到“有些制裁,只是具有终局的意义,比如,死刑,‘接受死刑处罚’的义务,不会再有新的义务产生。就终局意义的制裁而言,将其称为‘义务’,似乎是不妥当的。毕竟,义务的一个‘后续条件’是强制制裁(即新的特殊的义务)的存在,而在终局意义上的制裁之后,没有可以强制制裁的内容”。为此,其把法律责任归结为一种“负担”,而不是“新的义务”。参见刘星:《法理学导论》,法律出版社2005年版,第194-195页。

⑩刑罚的对象甚至很难说是行为主体,因为这时他/她就是一个被处罚的客体。另外,说一个人有义务被判刑,这也很不合乎义务一词的用法。

⑪参见余军、朱新力:《法律责任概念的形式构造》,《法学研究》2010年第7期。

⑫不少学者喜欢用权力职责的说法,而这混淆了职权与权力的概念。权力与职权不是同一个概念,职权是严格限制在法律范围内的,与一定的职位对应的权力,即法定的公权力,而权力概念的外延要远大于职权,如社会权力、知识权力、话语权力等。

⑬此外,还有如监护、选举、劳动以及举报犯罪问题,到底对行为主体来说是权利,还是义务,还是权利义务复合规则?人们也往往议论纷纷,莫衷一是。我们认为,监护是义务,选举和劳动及举报犯罪是权利(对于特殊人员举报犯罪是义务),它们都不是权利义务复合规则。最主要的判断依据就是它是否可以放弃。

⑭有学者将法律规范分为三种:授权性规范、义务性规范和禁止性规范,而没有权义复合性规范。参见卓泽渊主编:《法理学导论》,法律出版社2003年版,第19页;孙国华、朱景文:《法理学》,中国人民大学出版社1999年版,第283-284页;付子堂:《法理学初阶》,法律出版社2005年版,第149页。

⑮有学者把法律规则分为授权性规则、义务性规则和职权性规则。(参见公丕祥:《法理学》,复旦大学出版社2002年版,第335-336页;沈宗灵:《法理学》,高等教育出版社2009年版,第43-45页;周旺生:《法理学》,北京大学出版社2006年版,第253-256页;高其才:《法理学》,清华大学出版社2007年版,第55页。)不仅如此,还有学者在此基础上进一步明确了权力与权利的异同。其对权利、义务概念的使用是笔者所见的中国学者中最慎重、最缜密的,尽管其仍坚持“权利与权力可以互通”以及“法律主要规定权利与义务”的观点,与笔者有所不同。令人遗憾的是,他在把法律规范的逻辑结构定为“行为模式—行为后果”的情况下,认为“通过对授权性规则、义务性规则和职权性规则的分析,我们可以发觉,它们规定的内容,实际上是第一章中提到的‘行为模式’”。这里的“发觉”非常有价值,然而,其并没有由此进一步探讨“行为后果”中的规则问题,这也就使其失去了进一步揭示“行为后果”中所包含的职权职责、法律责任因素,同时,也没有认识到“行为后果”也是一种特殊的行为模式,更没有认识到“授权性规则”等中的“规则”与构成法律要素的法律规则中的“规则”,概念已经发生了变化,一项完整的法律规则应该是行为模式中的规则与行为后果中的规则的有机结合。对法律规范与法律规则的关系,其也没有理清。参见刘星:《法理学导论》,法律出版社2005年版,第77-81,44-45页。

⑯有学者也认可,法以权利义务为主要内容,但其同时指出“需要注意的是:……这里讲的‘权利’‘义务’有时也可以泛指,其中包括国家机关及其工作人员在执行公务时所行使和承担的权力、职权和职责。严格地说,权利、义务、权力和责任都有特定的含义”。这里其提出“泛指”的问题,也就是权利义务这两个概念都有广义和狭义的区别,显然意识到了以权利义务包括权力(职权)职责等所可能带来的问题,同时其又“严格地说……”表明了对“法以权利义务为主要内容”提法的犹豫不决。同时,该学者还对“法律义务与法律职责的区别”进行了分析,指出二者“在本质上是一致的”,“但二者有很大的区别。”这主要体现在:主体不同、责任范围不同、履行方式的差异以及来源不同。(参见朱力宇主编:《法理学原理与案例教程》,中国人民大学出版社2007年版,第36,148-149页。)此外,令人欣喜的是,也有学者在教科书中在阐述权利及义务概念时,探讨了“权利和权力”及“义务和职责”的关系,基本观点是,权利包含权力,职责是一种特殊的义务。(参见刘星:《法理学导论》,法律出版社2005年版,第133-136,138-139页。)令人遗憾的是,我们少有看到,学者对职权(或职责)与法律责任的关系进行比较,更少见对职权与职责之间关系的深入探讨。

⑰笔者认为,法律产生的标志不仅仅如一般教科书所说,是权利与义务的分离,还包括权力与权利的分离(也就是官与民的分离),后者似乎是更加重要的标志,尽管这一点还需要进一步的论证。

⑱就本文所主张的权利及义务的定义来看,职权职责可以仅仅用一个词如职权或职责来概括,因为它们从法律上来讲指的是一个东西,而不是两个东西。进一步,如果非要从权利义务的角度来划分的话,则只能勉强划为义务的范畴(这样前面所讲的,权义复合规则在变为职权职责复合规则后,可以

再进一步变为义务规则),因为它们是对行为的确指性指引(当然,这并不排斥官员在具体行为中的自由裁量的因素)。由这一点也可以引申出来,理解为什么人们称“官员是人民的公仆,必须全心全意为人民服务”,因为官员只有服务人民的义务,而没有可服务可不服务的权利。不过,令人遗憾的是,一般人们习惯用职权(甚至用权力)一词来代表职权职责,而且往往只重视其与权利相同的一面,而不是与义务相同的一面。

⑲有必要说明:公司等法人组织内部也有职权职责问题,属于社会权力,与国家公权力有所不同。

⑳正因为如此,有学者认为,法律规则不是授权规则与义务规则的结合,而是两类授权规则——权利规则与权力规则的结合。参见喻中:《论法律作为两种授权规则的结合》,《四川师范大学学报》(社会科学版)2005年第4期。

㉑有学者认为,在法律中权力—权利关系与权利—义务关系是并存而非统一的关系。参见范进学:《法学核心范畴系论——一种比较法的分析》,《法律科学》2001年第1期。

㉒读者可参见童之伟教授的相关论文,如《权利本位论再评议》,《中国法学》2000年第6期;《论法学的核心范畴和基本范畴》,《法学》1999年第6期;《对权利与义务关系的不同看法》,《法商研究》1998年第6期;《权利义务法学方法论缺陷剖析》,《法学评论》1998年第6期;《论变迁中的当代中国法学核心范畴》,《法学评论》2020年第2期。

㉓法律的这一特点体现在很多方面,如:我国有些学者抱怨,《游行示威法》似乎成了《限制游行示威法》;我国当前的自由贸易试验区的不少规定,往往以“负面清单”的方式出现;古今中外的军事法及军事政策基本上都是以义务及责任条款为主要内容,如著名的《三大纪律八项注意》等。

㉔有兴趣的读者可以参见霍贝尔:《原始人的法——法律

的动态比较研究》,严存生译,法律出版社2006年版;马林诺夫斯基:《原始社会的犯罪与习俗》,原江译,法律出版社2007年版。

㉕这里的权利义务关系都是指的“对同一法律主体的行为指引上”的,也即行为的自由领域以及禁止领域之间的关系。禁止领域确定了,相应的自由领域也就间接确定了,反之亦然。这里不是指一个主体有权利,另一个主体有相应的义务等“不同主体之间法律关系”的情况。遗憾的是,我国不少学者在相关论述中,并没有界定是在何种视角下的权利义务关系,而是笼统阐述。

㉖这句话也蕴含着法律的内容主要由义务及责任组成,而不是主要由权利组成的含义在内。

㉗这是借用童之伟教授在批判“权利本位论”时的用语。参见童之伟:《权利本位说再评议》,《中国法学》2000年第6期,第56页。

参考文献:

[1]张光博.权利义务要论[M].长春:吉林大学出版社,1989:4-7.

[2]《法理学》编写组.法理学[M].北京:人民出版社,2010.

[3]霍菲尔德.基本法律概念[M].张书友,编译.北京:中国法制出版社,2009:26-78.

[4]张恒山.法理要论[M].北京:北京大学出版社,2002:50.

[5]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.

[6]张文显.法理学[M].北京:法律出版社,2018:74.

[7]雅维茨.法的一般理论——哲学和社会问题[M].朱景文,译.沈阳:辽宁人民出版社,1986:105.

Is "Taking Rights and Obligations as the Main Content" the Basic Characteristic of Law?

Han Lishou

Abstract: Chinese jurisprudence textbooks often list "rights and obligations as the main content" as the basic characteristics of law, but this is not appropriate. The main reasons are: (1) The main contents of law are not only rights and obligations, but also legal responsibility, authority and responsibility. (2) Two-way adjustment of rights and obligations is a prominent characteristic of modern law, but it is not a characteristic of ancient law. (3) Logically speaking, rights and obligations are inseparable. Any social norm is based on rights and obligations. "Taking rights and obligations as the main content" is not a characteristic of law. The main reasons for this misreading are: (1) Exaggerating the status and role of private law in the legal system; (2) Exaggerating the importance of the content of rights; (3) Exaggerating the difference between law and other social norms.

Key words: right; obligation; responsibility; authority and responsibility; social norm