

法的应然与实然

李步云*

法的应然是指法应当是什么,法的实然是指法实际是什么。前者是法的理想状态,后者是法的现实状态。究竟能否将法作这样的区分,它的具体含义是什么,两者之间是什么关系,如何在实践中正确处理它们之间的矛盾与冲突,这是法哲学需要研究与回答的一个重要问题。

西方法的应然与实然理论的历史考察

在西方法律思想史上,应然法与实然法的划分,源于自然法理论,有着悠久的发展历史。自然法一开始就是作为同制定法相对应而提出来的。自然法理论后来不断发展变化,但法的应然与实然始终是其核心问题之一。十九世纪,它遭受分析实证法学派的否定和责难,也主要是围绕法的应然与实然这个问题展开的。因此,为了研究与回答法的应然与实然这一问题,有必要对此作一历史的简要考察。

自然法学说诞生于古希腊城邦国家的没落时期。随着亚历山大皇帝建立起庞大的帝国,人们不再生活在以前自给自足的城邦国家之中,要求重新认识世界和自己,斯多葛派由此兴起。这一学派和柏拉图、亚里士多德强调国家至上不同,其伦理、政治与法律思想的着重点开始转移到个人、人的本性和人的幸福。这派学说认为,人人都是上帝的儿子,因而彼此之间都是兄弟,人有共同的人性,它同自然规律是基本一致的。上帝有理性,因而人也具有理性,理性也就是自然法则。这种自然法则“教给人们必须做什么和回避什么,……它是到处适用的公正和正确的标准,其各项原则是不可改变的,无论统治者还是居民都必须遵守,因而它就是上帝的法律”。由此,这派学说提出,每个人都有两种法律必须遵守:自己城市的法律和世界城市的法律,即习惯法和自然法。自然法具有更大的权威与效力,是条例与习俗的准则。

古罗马的西赛罗继承与发展了斯多葛主义。在他看来,“法就是最高的理性,并且它固植于支配应该做的行为和禁止不应该做的行为的自然之中。”^{〔1〕}他认为,自然法先于国家和法律而存在,它同时出自两个来源:上帝的旨意和人类的本性——理性,因而也是永恒不变的。依据自然法,一切人都是平等的,都享有某种程度的人类尊严。一个国家的人们如果不彼此尊重相互的权利,社会就无法长期存在下去。自然法体现正义的统治,任何与自然法相违背的法律与制

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

〔1〕《法律篇》,转引自《西方法律思想史资料选编》,北京大学出版社,第64页。

度是不道德的、不合理的。西赛罗的理论对罗马法产生过很大的影响。

古罗马衰落时代的赛涅卡,对自然法思想引入宗教起过重要作用。他提出,每个人都是两个共和国的成员。在公民的国家里,他是一个居民,同时他又因其人性而属于一切有理性的人所组成的更大的国家。这个国家不是法律的与政治的,而是以道德与宗教为纽带。在这个国家里,一切人都是平等的,怜悯、慈善、宽容、仁爱等人道主义精神有着崇高的地位,世俗国家的公民的一些美德则居于次要的地位。这些思想后来成了基督教伦理观念的中心内容。

在近代,荷兰的格老秀斯对自然法学说的发展作出了重大贡献。他认为,自然法应是国家成文法与国际法的根本准则。他同以前的自然法理论倡导者一样,也认为自然法的渊源是上帝的意志和人类的理性,但在他的学说中已开始将自然法引入对市民社会特性与原则的分析中,包括对个人财产方面的天赋权利与社会契约关系的论证。例如,他说:“自然法的根本原则:一是各有其所有,二是各偿其所负。”^[2]他认为自然法的一系列原则乃是不证自明之公理。他举例说“上帝本身不能使二乘二不等于四,他不能颠倒是非,把本质是恶的说成是善的。”^[3]并由此推演出国内成文法和国际法的一系列内容。

英国的霍布斯是继格老秀斯之后的一位杰出的自然法学者。作为一个无神论者,他开始抛弃笼罩在自然法之上的宗教的神秘色彩,力图将自然法理论建立在科学的推理与实证的基础上。他从性恶论出发,认为人类天性中包含着求利、求安全和进行侵犯这样三种基本的要素。在自然状态中,人人享有自然权利,但由于人的天性中存在争夺、猜疑、追求荣誉等非理性的方面,因而人们是处于一种“战争状态”中,“人对人象狼一样”,其生存与安全又得不到保障。因此,自然法的第一条原理是寻求与信守和平;第二条法则则是每个人都放弃自己的一部分自然权利而组成社会,社会是契约的产物,通过契约建立社会以实现人类的自我保护的目的。由这一观点出发,他又引申出自然法的一系列原则,如:遵守信约、宽恕、平等、公道、公平分配、相互尊重等等。在他看来,自然法是理性的诫条,而不是成文的法律。它只在内心领域具有约束力,在社会里则易遭受破坏,因而需要有成文法予以保护。法律不应当是主权者的主观意志的产物,而应当源自理性,以自然法为其基础和准则。

在近代,对自然法的发展影响最大的是英国的约翰·洛克。他在《政府论》中详细描绘与论证了国家和政府出现之前的自然状态。在那时,人们彼此之间和平相处,平等相待,大家友好、互助。这一点同霍布斯认为自然状态中人人都处于战争状态不同。在自然状态下,人们的行为受自然法的支配。他说,“人们在自然法的范围内,按照他们认为合适的办法,决定他们的行动和处理他们的财产和人身,而毋须得到任何人的许可或听命于任何人的意志。”^[4]但是,他认为,这种自然状态也存在很大缺陷,主要是没有成文法作为评判是非和处理利益冲突的明确而具体的标准;缺少一些有权来执行这种成文法以处理各种争议和纠纷的裁决者;同时也没有一种政治权力和权威来保证这种执法者所作决定的执行与遵守。于是,人们就一致同意通过订立社会契约的形式来建立政治社会,成立国家。而国家的目的和宗旨是保障公民的生命、安全、自由、平等、财产和追求幸福的权利。同时,政府必须依照成文法律来行使权力和保障公民的权利。公民的这些基本权利,不是外界的恩赐,而是公民应当享有的一种自然权利和天赋权利。人们在政治国家里所放弃的,只是权利不能无限制地行使,也不能自己去处理各种违法行为。他

[2][3] 《战争与和平法》,转引自《西方法律思想史资料选编》第138、143页。

[4] 《政府论》下篇,商务印书馆1964年版,第5页。

认为,国家的制定法必须符合自然法的精神和原则,否则就是不正义的和非法的。如果政府制定和执行严重违犯自然法的精神和原则的法律,变成压迫人民的工具,人民甚至有权推翻这个政府。同霍布斯主张君主专制不同,洛克从人人平等的原则出发,主张建立民主共和政体,并主张立法、行政、外交三权分立(实际是两权分立)。洛克对自然状态、自然法、自然权利相当周密的分析和论证,使自然法思想的发展达到了一个高峰。他的自然法思想,成了制定美国《独立宣言》和法国《人权与公民权利宣言》以及建立资产阶级民主共和国的理论基础,是现代西方民主、法治与人权的主要理论依据。十七—十八世纪的古典自然法学派的代表人物,除了洛克,还有法国的孟德斯鸠、卢梭,德国的普芬道夫和意大利的贝卡利亚等人。他们在人民主权、三权分立及其他一系列民主、法治、人权原则等方面都作了各自独特的贡献。

十八世纪末十九世纪初,古典自然法学派的理论,已在西方先进工业发达国家中被吸收到制定法里面,资本主义的政治法律制度已稳固地建立起来。因而这一派的学说逐步由其顶峰状态和独尊地位发生变化,其自然法理论开始遭受新兴的实证法理学的严重挑战。首先,是大卫·休谟(1711—1766)和亚当·斯密(1723—1790)从哲学和政治经济学的角度,对自然法理论提出批评。继而有边沁(1748—1822)、詹姆斯·密尔(1773—1836)和约翰·密尔(1806—1873)等人倡导功利主义法理学,认为人的本性是“趋乐避苦”,法律的功能和目的应是实现“最大多数人的最大幸福”。以后是以奥斯丁为首倡者和主要代表的分析实证法理学的出现,主张把“实然的法”和“应然的法”区分开来,认为功利是立法者应当考虑和解决的问题,法理学需要研究的是法自身,即实在法而不是道德法。这些学派的兴起,适应了近代西方法律制度确立以后需要进一步健全法制的客观要求,并在各自侧重研究的领域和角度作出了贡献。例如,边沁从功利主义法学观出发,倡导立法和司法改革,约翰·密尔倡导代议制和选举制度改革,奥斯丁对实在法的概念、性质、分类、权利与义务等所作的深入分析等。但是,他们以不可知论作为哲学依据,认为“应当”只是一种主观价值判断,各有各的认识,没有客观标准,而把法的应然状态和实然状态截然割裂开来和绝对对立起来,则是自然法学派所不能同意的,事实上也是不科学的。

在现代西方法理学中,法的应然状态和实然状态的关系,仍然是各派主要是新自然法学派和新分析实证法学派争论的一个重大问题。现代新分析实证主义法学主要以两派为代表:一是凯尔森的纯粹法学,一是哈特的新分析法学。其中以凯尔森的纯粹法学(或称规范法学)反对自然法理论最为彻底。凯尔森认为,纯粹法学“之所以称为‘纯粹’,就因为它设法从对实在法的认识中排除一切与此无关的因素。这一主题以及认识的范围必须确定两个方向:特定的法律科学,通称为法学的学科,一方面必须同正义哲学区别开来,另一方面,同社会学、或对社会现实的认识区别开来。”^[5]纯粹法学“旨在从结构上分析实在法,而不是从心理上或经济上解释它的条件或从道德上或政治上对它的目的进行评价。”^[6]他宣称,“自己不能够回答某一法律是否合乎正义以及正义究竟包括什么要素。纯粹法学作为一门科学之所以不能回答这一问题,因为这一问题根本不能科学地回答的。”^[7]其主要论据就是,不同国家、不同阶级、不同宗教信仰的人,有完全不同的正义观。即使某些正义原则是许多人所一致同意的,但也不能说它一定正确,因为真理不能以多少人同意它就成了真理,正如“太阳围绕地球转”曾被许多人当成真理

[5] 《什么是正义》第266页,转引自沈宗灵:《现代西方法理学》,第157页。

[6] 《法律和国家概论》序言第14页,转引自沈宗灵:《现代西方法理学》第156页。

[7] 《法律和国家概论》第6页,转引自沈宗灵:《现代西方法理学》第159页。

一样。显然,纯粹法学的主要哲学倾向,是夸大了真理的相对性的一面,而走向了相对主义和不可知论。但是,纯粹法学也并没有否定相对正义的存在,并由此得出某些积极的结论。例如,既然正义是相对的,就应尊重他人的正义观,应当提倡彼此容忍。所以他又说,“‘我的’正义就是自由的正义、和平的正义、民主的正义——容忍的正义。”^{〔8〕}

五十一六十年代,新自然法学派代表人物富勒(1902—1978年)同新分析实证法学派代表人物哈特(1907—)之间进行的一场著名的论战,争论的一个中心问题,也是法的应然与实然法的相互关系。哈特的学说以逻辑实证主义的一个分支——语言分析派作为自己的哲学基础。他认为法理学的任务是对法律规则进行系统的语言和逻辑分析,提出了法律的主要规则与次要规则、法律规则的内在观点和外在观点,广义的和狭义的法律概念等理论。他承认存在“最低限度内容的自然法”,这是在以往分析实证主义法学派的立场上后退了一大步。但他的基本立场并未改变,即主张严格区分“实际是这样的法律”和“应当是这样的法律”。这同富勒一派主张两者不可分割是对立的。其中的争论涉及到了“二战”胜利后对纳粹战犯的审判这种尖锐的问题。哈特提出,“这里我们所说的法律实证主义的意思,是指这样一个简明的观点:法律反映或符合一定道德的要求,尽管事实上往往如此,然而不是一个必然的真理。”但他认为,不能仅从违反道德标准这一事实出发,就认为某一规则不是法律规则;也不能仅从合乎道德要求这一事实出发,就认为某一规则是一个法律规则。哈特提出,广义的法律包括良法(合乎道德的法)和恶法(不合道德的法);狭义的法律只承认良法是法。他主张用广义的法律概念。其理由主要是,广义法概念可以帮助人们看到法律问题的复杂性和多样性,可以防止人们简单和草率地认为某些法律无效而不服从,导致无政府主义,可以避免制定期及既往的法律,维护罪刑法定主义,况且承认一个法律有效也并不等于要求人们一定服从这一法律。富勒坚持认为,法与道德、法的应然与实然是不可分的。他提出道德有义务的道德与愿望的道德之分。前者同法律最为类似和相关,如圣经所说的“十戒”,是法的最低要求,如过幸福生活,充分发挥人的潜能等愿望,不能作为人们应尽的法律义务;它虽同法律无直接的联系,但作为法的目的是有意义的。离开法律目的(法应当是什么)也不可能正确理解法的形式,而法的形式也具有伦理价值。他提出了八条法制原则,并称之为法律的“内在道德”,或“程序自然法”。如果这些原则遭破坏,这些法律就不仅仅是“恶法”,而且就根本称不上是“法”。富勒认为法律既有内在道德,又有外在道德。前者指法律实体的道德目的,后者指法律形式和程序的道德,即法制八项原则等。他一再列举希特勒统治下的德国法制遭到严重践踏的大量事实,批评了分析实证法学认为那时也仍有法制的观点。富勒把自然法从法的实体和程序上作了区分,并强调对程序正义的研究。他强调自然法并不是什么超尘世的东西,也并非高于实在法,这些都是他的理论的独到之处。

上面,我们用了很大的篇幅,概要地介绍了西方自然法理论的发展历史,以及围绕法的应然状态与实然状况是否需要区分以及如何对待等问题所进行的若干争论,目的是为我们在下面将要提出的观点和分析提供一个背景资料,而这些思想资料在西方方法理学和法哲学的发展史上占有很重要地位。至于这些观念和理论中哪些因素和成分是科学的正确的,哪些观念和思想并不科学和合理,我们在下面将会谈及。

〔8〕《什么是正义》第24页,转引自《现代西方法理学》第163页。

马克思论法的应然与实然

马克思一生的学术活动,最早是从学习与研究法学开始的。他先是受康德与费希特理想主义法律观的重要影响,并试图建立自己的法哲学体系。在康德看来,“自在之物”与“现象”之间有一道“彼岸”与“此岸”难以超越的鸿沟。而马克思在试图构建自己体系的时候,马上就遇到了“应有”和“现有”的相互关系这个他曾认为是严重障碍的难题。但青年马克思凭借自己的天赋和勤奋很快就感觉和认识到自己原来按先验的理性原则对现实生活进行推演的哲学方法是不正确的。他承认,“在这种情况下,数学独断论的不科学的形式从一开始就成了认识真理的障碍,在这种形式下,主体围绕着事物转,这样那样议论,可是事物本身并没有形成一种多方面展开的生动的东西。”^[9]他由此提出,“在生动的思想世界的具体表现方面,例如,在法、国家、自然界、全部哲学方面……我们必须从对象的发展上细心研究对象本身,决不应该任意分割它们;事物本身的理性在这里应当作为一种自身矛盾的东西展开,并且在自身求得自己的统一。”^[10]他开始认识到,“应有”与“现有”不应截然对立,而应从“现有”出发,从“现有”事物自身矛盾的分析,来求得两者的一致。而当时他试着建构法哲学体系的失败,原因在“这里首先出现的严重障碍正是现有的东西和应有的东西之间的对立。这种对立是唯心主义所固有的;它又成了拙劣的、错误的划分的根源。”^[11]他在这里所说的“拙劣的、错误的划分”是指他自己当时构建的法哲学体系把“形式法”与“实体法”截然划分开来,并看成是互不相干的两个方面。后来他认为这种看法不对,其“错误就在于,我认为实体和形式可以而且应当各不相干地发展。结果我所得到的不是实在的形式,而是象带抽屉的书桌一类的东西,而抽屉后来又被我装上了沙子。”而实际情况应是,“形式必然从内容中产生出来;而且,形式只能是内容的进一步的发展。”^[12]马克思这里所讲的“形式法”是指制定法,即法的实然状态;“实体法”是指的应有法,即法的应然状态。同时,他所讲的“实体”与“形式”也是指“法的内容”和“法的形式。”这两个方面的问题是联系在一起。

1942年到1943年,马克思在《莱茵报》工作期间,曾广泛参与社会生活,对当时德国社会中存在的种种矛盾冲突作了认真观察、分析和研究,撰写了一系列文章,沿着唯物主义的思想路线继续前进,对法与利益、实体法与程序法、刑法与婚姻法等作了深刻论述,并对法律同社会现实的关系作了新的理论概括。马克思提出,法律应当“是事物的法的本质的普遍和真正的表达者。因此,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。”^[13]他所讲的“事物的法的本质”,是指法所调整的各种客观的社会关系的必然性和规律性。如社会关系实际是一种利益关系、伦理关系,而它们有各种不同的性质、特点和发展规律等等。例如,马克思看到了当时关于林木盗窃法的辩论背后是一种利益关系,而当时私人利益对法起着决定性作用。又如,婚姻具有伦理性,还涉及到家庭和子女,因此不应随随便便离婚,所以他认为,“婚姻不能听从已婚者的任性,相反地,已婚者的任性应该服从婚姻的本质,谁随便

[9][10][11][12] 《马克思恩格斯全集》第40卷,第10页以下。

[13] 同上书,第139页。

离婚,那他就是肯定任性。”^[14]同时,婚姻又有一个伦理的“真实性”问题,婚姻的基础——感情有没有事实上完全丧失的问题,因此,婚姻是应当可以离异的。所以他又说,“离婚仅仅是对下面这一事实的确定:某一婚姻已经死亡,它的存在仅仅是一种外表和骗局。”^[15]上述两例就是马克思提出的“事物的法的本质”的含义。

法律要适应“事物的法的本质”,就是要求立法必须以客观事实为基础,以事物的本性为前提,以客观发展规律为依据,以合理地处理利益与伦理关系为原则,充分考虑客观需要与可能,而不能主观臆断,任意妄为。所以马克思说,“立法者应该把自己看作一个自然科学家。他不是在制造法律,不是在发明法律,而仅仅是在表述法律,他把精神关系的内在规律表现在有意识的现行法律之中。如果立法者用自己的臆想来代替事物的本质,那末我们就应该责备他极端任性。同样,当私人想违反事物的本质任意妄为时,立法者也有权利把这种情况看做是极端任性。”^[16]为了在立法中保证立法者依照自己的主观意志所制定的法律能够符合客观存在的“事物的法的本质”,马克思还提出了一条非常重要的原则。他说,“要能达到这一点,只有使法律成为人民意志的自觉表现,也就是说,它应该同人民的意志一起产生并由人民的意志所创立。”^[17]

既然人们运用主观意志和认识所制定的法律必须符合客观存在的“事物的法的本质”,因此法学研究的方法就必须是从客观存在的事物的本质和规律出发,而不能从某些先验的原理和原则出发,不能从人们的这样那样的主观看法和愿望出发。他说,人们“在研究国家生活现象时,很容易走入歧途,即忽视各种关系的客观本性,而用当事人的意志来解释一切。但是存在着这样一些关系,这些关系决定私人 and 个别政权代表者的行动,而且就象呼吸一样地不以他们为转移。只要我们一开始就站在这种客观立场上,我们就不会忽此忽彼地去寻找善意或恶意,而会在初看起来似乎只有人在活动的地方看到客观关系的作用。”^[18]因此,对法律现象的研究,必须“把我们的全部叙述都建立在事实的基础上,并且竭力做到只是概括地表明这些事实。”^[19]

前面,我们引用了马克思著作中若干论述,来表明马克思主义在法的实然状态(即法律)同法的应然状态(即法律所应当反映与符合的现实社会关系及其性质与规律)两者之间相互关系问题上的基本立场和观点。尽管这些论述来自马克思的早期著作,但已臻成熟。至于制定法所应当反映和体现的“事物的法的本质”、“客观关系”究竟应当是一种怎样的性质和状况,客观社会现实和社会关系都有哪些必然联系和基本规律,在这里没有加以引证和论述,因为这是另外一个问题(虽然它同法的应然与实然问题有联系)。而这个问题是非常广泛和复杂的,马克思主义在这方面的思想十分广博和丰富,而其演变和发展也有一个复杂的过程,这也正是需要各部门法的法哲学从各个角度加以研究的。

概括地说,关于法的应然与实然,马克思主义的基本思想主要是:法的应然与实然即“法应当是什么”和“法实际是什么”的命题是成立的和科学的;法的应然是指制定法所应当反映的客观存在的现实社会关系的性质、状况与规律。法的应然与实然不应截然割裂开来和对立起来。制定法必须正确反映“事物的法的本质”。立法不是“发明法律”而是“发现法律”。它们的形成,有自然法理论的影响,吸取了自然法理论的有价值的科学的因素和成份,但主要是马克思主义创始人运用唯物主义认识论对法的现象进行独立观察和研究而得出的结论。

[14][15][16][17][18][19] 前引[13],第184页;第184页;第183页;第184页;第216页;第223页。

法的“实然”与“应然”的具体内容

在本节中,笔者将就“法实际是什么”和“法应当是什么”这一法哲学范畴,提出自己的看法和分析。

任何一种制定法,都是由法的内容、法的形式和法的精神这三个基本要素和成分所构成。这三个方面,都存在“法实际是什么”和“法应当是什么”这一问题。

法的实然状态与应然状态的主要内容,可以归结为三个基本的方面,即事物的性质、事物的规律和道德准则与价值取向。无论是制定法还是“客观法”(即“法的应有状态”、“事物的法的本质”、“客观社会关系”等等)都包含有如上三个方面的主要内容。

法的实然状态与法的应然状态,既是可分的,又是不可分的;既是一致的,又是不一致的。这就是说,某一制定法既可能完全符合“事物的法的本质”,也可能只是部分地甚至完全不符合和反映它所调整的客观社会现象、社会关系的性质、状况和规律;可能只是部分地符合或完全不符合法律自身(即法的形式)的性质和特点;或者只是部分地符合以至可能完全违背法所应当体现的道德准则和价值取向。

“法实际是什么”和“法应当是什么”两者间之所以会存在既相适应又不完全适应的情况,是由法律本身的性质和特点所决定。依照笔者的看法,法律具有两重性,是客观性与主观性的对立统一体。法律的客观性有两层含义:一是法律所调整的对象(各种社会关系)实际是客观的和应当是客观的;二是法律一经制定出来以后就具有自己的质与量、内容与形式而独立存在于人们的意识之外。法律的主观性是指,法是由人们(主要是立法者)依据其意志和愿望以及他们自己对客观事物的认识而制定出来的,今天可以这样规定,明天也可以那样规定。这就产生了这样一个基本的矛盾,即法律可能符合客观事物(包括法的调整对象和法自身)的性质、特点、规律和需求,也可能不符合或不完全符合。

下面,我们就事物的特性、规律性和伦理性,从法的内容、形式和精神三个领域分别作具体分析。

法的内容即法所调整的各种社会关系的领域十分广阔。在现代,它几乎涉及到经济、政治、文化、家庭、民族等社会现象的各个方面。尽管各种社会关系的内容纷纭复杂并且变化不定,但它们都各自具有自身的规律;它们的存在和发展,总是受其规律性的支配。立法者必须很好地理解和掌握这种规律性,并把它们体现在法律中。例如,事物彼此竞争的规律和事物彼此制约的规律,普遍存在于自然界、社会和人们的思想中。立法者就要善于运用这两个规律,通过建立某些具体的竞争机制和制约机制,来保障与促进事物的发展。事物彼此竞争,优胜劣汰,事物才具有生命力。权力不受制约,必然腐败。在公法领域,中国古代的选贤任能、科举制度;当代的公务员制度中考试、考核、择优聘用,是行政法方面竞争机制的具体运用。中国古代的御史制度,当代的各种权力制约制度和监督制度,是国家机构权力配置中,权力互相制约机制的具体运用。在私法领域,中国市场经济及其法制的建立,就是对竞争规律、制约规律、价值规律等的认可与尊重。社会发展规律是一个具有等级层次的体系。经济、政治、文化的不同领域,都有各自特殊的规律。法律在调整各种社会关系时,尊重这些规律是十分重要的。

法律调整人与人之间的社会关系,并不直接调整人和自然的关系。但立法中尊重有关的自然规律也是必要的。例如,婚姻法必须根据人生长的自然规律来规定男女结婚的年龄,根据遗

传的规律来规定婚姻的禁忌。环境保护法、自然资源法、科技法以及民法、经济法等众多法的领域,都离不开对自然规律的运用。在现代,科学技术的发展日新月异,正在全面地迅速地改变着人类生产和生活样式以至思维方式,改变着法律的内容,也在推动着法制现代化的进程。所有这些,都离不开人们对自然规律的认识和运用。

无论是在西方还是在中国,“法律”一词都含有法则和规律的意思。我们不能把法律和规律混为一谈,但两者有着内在的必然联系。法律必须体现和反映客观规律。马克思说:“法律只是在自由的无意识的自然规律变成有意识的国家法律时才起真正法律的作用。”法律“是人的行为本身必备的规律,是人的生活的自觉反映”,^[20]自由是对必然的认识和依据规律对世界的改造。法律能够更多地反映与体现客观规律,人们依法办事就能获得更多更大的自由。

法的形式是一个具有多层次内涵的概念。相对于法律所规范与调整的客观存在的社会关系而言,法律自身是一种形式。法律形式(包括程序法)作为一种特殊社会现象,有它自己质的规定性和特殊本质,它的存在是客观的,也有一个“应当是什么”的问题。法律在人类社会的出现和存在有它的必然性和合理性,并不是某个人或某些人全凭自己灵感或聪明而纯粹偶然地发明出来的。它并不是你想要就要,不想要就可以不要的东西。搞法律虚无主义,整个社会要么就出现无政府状态,要么就出现专制独裁,因而就一定会受到惩罚。法律有它自己的一般特性,如国家意志性、行为规范性、权利义务性、强制执行性等等,以及由此而产生的其他一些特性如普遍性、公开性、确定性、不溯及既往性、相对稳定性、继承性等等。法律有自己的一系列特有的范畴,如法律关系、法的渊源、法的效力、违法与犯罪、法的责任等等,所有这些,都有它们自己的特征和构成要素以及此事物与彼事物相互区别的特定界限。法律在客观和微观上都有自己的特定结构与逻辑。例如一国法律作为一个整体是依照某些特点(如内容完备、结构严谨、内部和谐、形式统一等)而有机地组成的科学体系,而不应当是各种不同法律杂乱无章地堆积在一起。作为法的细胞或法的基本单元的法规范,是由特定基本要素所组成。法律同其他社会现象如经济、政治、文化、家庭、民族等的相互关系和由此而产生的运动规律以及法律自身的运动规律,同其他社会现象的运动规律之间,即有共性的一面,(即都受哲学规律的支配)又有个性的一面(即有自己特殊的发展规律)。此外,作为以实现实体法为目的的程序法,也有它自己的一整套概念、范畴、原理与原则。总之,所有上述一切,都有它的客观性、必然性和应然状态,而不以人们的主观意识和认识为转移。它们既不是人们单凭自己的喜好用几片布料可以任意剪裁与打扮的布娃娃,也不是人们单凭自己的想象用几块泥巴可以随心所欲地捏作和塑造的小泥人。如果通过立法者的主观意志(包括愿望和认识)制定出来的法律不符合法律形式本身所应有的特征、特点和规律,它就是有重大缺陷的,以致于它可能根本就不成其为“法”;这样的“法”不可能充分发挥其应有的社会功能,甚至可能起相反的作用,阻碍社会的发展。举例说,法是国家制定和认可的,执政党的政策就不是法,执政党的政策必须经过立法机关的民主程序被采纳和正式通过才能上升为具有国家意志的法律。执政党同某些国家机构联合制定和发布的规范性文件,也不应具有法律效力。又如,法律必须公布,公民才能知道哪些事情是可以做的,哪些事情是不可以做的。因此各种内部规定,就不具有法律的性质和效力。再如,一个判决的作出,在程序上违背了诉讼法的某些基本规定,就应视为不具法律效力。如果程序法可以随随便便被违反,它就失去了自己的存在价值。

[20] 前引[13],第72页。

法的精神作为构成法的三个基本要素之一,同法的内容、法的形式相区别的一点,是它具有抽象性,但它却是客观存在的。法的精神贯穿和体现在法的内容和法的形式中。它集中地表现为法律原则和“立法旨意”。构成法的精神的主要内容,一是伦理道德,二是法的价值。前者以正义为核心,还有人道、宽容等等;后者以人权保障为核心,包括自由、平等、秩序、效率等价值。这两个方面是密切联系在一起的,其中不少内容是相通的,即相互包含、相互渗透。但是某些内容又有区别。例如,正义、平等既是一种道德准则,也是一种法律价值。法律的内容与形式除了伦理性价值,还有工具性价值。作为维护和实现人类社会的各种秩序(包括生产、工作、生活、社会等秩序)和依照法所反映的客观规律办事而提高各方面的效率,则“秩序”和“效率”就很难说是伦理准则。同时,也不是所有法律中所体现的道德准则和观念,都可以或需要归结为是法的价值。法以权利义务为轴心。法律的主要任务是促进与保障人应当享有的权利(如人身、人格权利;经济、社会、文化权利;政治权利与自由)。权利的基础是利益。法律权利就是国家权威所认可与保障的利益。自由、平等是人权和人的利益的重要内容,效率与秩序则间接同利益概念相关。因此,我们也可以把法的价值原则和伦理准则归结为主要是“利益”与“正义”。

人类是具有理性的高级动物,是生活在彼此相互依存的社会中。人都有生存和生活得好的需求,同时又要依照一定的道德准则来处理 and 维系彼此之间的相互关系。这种需求与处理社会关系的准则,可以高度概括与表现为“利益”与“正义”。法是手段,人是目的。法是实现与满足人类的生存与生活得好的各种需求以及合理(即合乎正义)地处理各种社会关系而存在的,同时实现与满足人类利益与正义的要求也是推动法律由低级向高级发展的根本动力。例如,社会主义的最终目的是实现“共同富裕”。富裕即“利益”(首先是人的物质利益,同时也包括政治的、文化的与社会的利益以及人身人格等利益)。“共同”富裕,即“正义”,它是处理各种社会关系的道德的根本准则。一方面,人类有共同的利益和道德准则,这是由人的本性和本质所决定。如人人都有生的权利、人身安全权利、人身与思想自由权利等等;同时人人也都应具有作人的人格和尊严;在人的人格和尊严上,大家都应当是平等的。另一方面,利益的享有与合理分配,又受各种社会条件首先是受社会物质生活条件的制约。由于人们所处社会地位、文化背景不同,因而又具不同的正义观。由此就决定了“法的时代精神”具有两重性:即法所应保障的利益和法应体现的正义原则,既有它的永恒性,又有它的具体性、社会性、历史性即时代性。法的时代精神,体现在法的内容中,表现为法依照一定的道德原则和法的价值取向合理地(合乎正义)确认、调整与保障各种社会关系及其所内含的各种利益关系;体现在法的形式中,则表现为法的形式本身的正义性和平等性,法在实施中也要贯彻调整各种利益关系的合理性原则。就“正义”来说,在实体法中,分配正义是主要的,在程序法中,形式正义是主要的。法的时代精神的两重性,即它的永恒性及其受时间、地点、条件的制约性,还表现为受事物存在的一定规律所支配。例如,在个人与社会的关系上,任何历史时代和任何国家,都不能把个人利益与社会利益截然对立起来,只要或只顾及一方面而不要或不顾及另一方面。但不同历史时代和不同国家及不同发展时期,其关注和强调的侧重点,又是不同的和变化的。在诸如权利与义务、秩序与自由、效率与公平等的价值选择重点以及它们发生矛盾的处理,都有这种情况。

上述种种体现为法的精神的道德准则与价值取向的性质、特点及规律,是法所固有的,具有不以人的意志为转移的客观性,而不是人们可以任意杜撰和左右的。

以上的分析和观点,是笔者对法的应然状况即法应当是什么的理解。如果这种看法是正确的,我们就可以得出如下一些结论:

一、法的实然(法实际是什么,即制定法)同法的应然(法应当是什么,即“事物的法的本质”)的内涵及其相互关系,和法与道德的关系,两者既有联系,又有区别。任何法律都包含着一定的道德准则。法律规定人们应当做什么、可以做什么、禁止做什么,其中往往体现着立法者的道德价值取向,即正义与非正义、善与恶、公正与偏袒、光荣与耻辱等等伦理观念。同时,法律与道德在它们的形成、表现形式、调整对象、调整范围、调整机制等方面也是有区别的。因此,法与道德的相互关系是一个问题,而法的应然与实然是另一个问题。后者要求回答的是法应当是什么(其中包括道德但不限于道德)和法实际是什么(其中包括道德但不限于道德)。西方学者和中国学者中,都有人把这两个问题混为一谈的情况,其观点显然是不正确的。

二、如前所述,“法应当是什么”这一概念的内涵与外延是十分丰富和宽泛的。如果说,西方三大主流法学派即自然法学派、社会法学派和分析实证法学派各自研究的侧重点,分别是法的道德基础、法的内容(利益及其分配与实现等)、法的形式(它们的概念、特征、结构等),那么,它们所得出的那些具有科学价值和符合客观实际的结论,或结论中所包含的某些合理的因素和成分,都是属于或部分属于“法应当是什么”这一范畴的内容及其表现。因此那种认为法的道德基础是属于“法的应然”这一范畴,法的形式是属于“法的实然”这一范畴的看法,或者把“法应当是什么”和“法实际是什么”这两者截然割裂开来或绝对对立起来的观点,也是不正确的。

三、自然法理论经历了几千年的发展变化,不同历史时期的不同学者提出过种种不同的看法和阐释,赋予了它以种种不同的含义、原理与原则,其中既包含有某些合理的科学的成分和因素,也包含有不少不科学的、不符合客观实际的结论、因素和成分。自然法理论认为,制定法应符合“自然规律”、“事物的性质”;应体现“社会正义”与“人类理性”;应尊重人的“尊严”和“价值”;人“生而自由”、“生而平等”;“法是手段,人是目的”等等,并不是一点没有道理。但是自然法理论具有神秘性和先验性,它否认“人性”及其一系列原则如“理性”、“正义”等等的社会性与历史性,则是唯心主义的。对自然法理论作出全面、深入的分析与评价,不是本文的任务。但是可以说,简单地对它全盘肯定或全盘否定,都是不正确的。

四、研究法的实然与应然的科学内涵及其相互关系,具有重大的理论与实践意义。它有利于克服法学的“唯意志论”和法学教条主义与经验主义。法学研究的根本任务是在于科学地认识与揭示法的内容、法的形式和法的精神自身所固有的性质、特点和规律,使自己的主观认识符合客观实际。立法者在制定法律的时候,自己的意志、愿望、要求和认识,也必须符合法的调整对象、法的形式所固有的性质、特点和规律以及法所应当具有的道德准则和价值取向。这是对法学研究和立法工作的根本要求。看不到或不承认法的“应然性”是客观存在的,法有应然实然之分,制定法必须符合“法的应然状态”;就难以避免法学家们纯凭个人的主观想象去创造“理论”;也难以防止立法者单凭自己的“意志”而不尊重事物的性质和客观规律而任意创制法律。