

论法律效力

张根大*

一、导 论

(一) 法律效力的概念

在传统上,法律效力是指法律规范的生效范围。即法律规范对什么人、在什么地方和什么时间产生效力。^[1]本人对这一传统的法律效力概念坚持两条:一要有所发展;二要以此为研究的出发点。正如凯尔森所说:“对一个概念下定义的任何企图,必须要将表示该概念的这个词的通常用法当做它的出发点。”^[2]

许多学者对法律效力的这一传统概念提出了批评并作了新的定义。^[3]其中有代表性的观点是:“所谓法律效力是指,法律及其部分派生文件、文书所具有的,以国家强制力为保证的,在所适用的时间、空间范围内,赋予有关主体行使其权利(或权力)的作用力以及约束有关主体履行其义务(或责任)的作用力之总和”。^[4]该定义包括三个基本要素:第一要素是,法律效力是一种作用力,而不是效力范围;第二要素是,法律效力这种作用力施及的范围是时间、空间和有关主体;第三要素是,法律效力这种作用力产生于法律及其部分派生文件和文书。本文对该定义的观点是:肯定第一要素,扩大第二要素,缩小第三要素。

肯定第一要素是因为:首先,法律效力从最基本的词义上看也应该是一种“力”,是一种作用力,而不应该是一种“范围”;其次,这种作用力不应仅指约束力,而应包括约束力和赋予力两个方面:

* 最高人民法院执行办,法学博士。

[1] 参见邹瑜、顾明总主编:《法学大辞典》,中国政法大学出版社出版 1991 年版,第 1044 页。绝大多数法学辞典和法学教材使用这种传统的法律效力概念。例如,《中国大百科全书·法学卷》,中国大百科全书出版社出版 1984 年版,第 85 页;乔伟主编:《新编法学辞典》,山东人民出版社 1985 年版,第 642 页;章若龙等编:《简明法律辞典》,河北辞书出版社 1986 年版,第 12 页;孙国华主编:《法理学教程》,中国人民大学出版社 1994 年版,第 441 页;张贵成、刘全国主编:《法理学》,中国政法大学出版社 1992 年版,第 250 页。

[2] [奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社出版 1996 年版,第 4 页。

[3] 参见张楚:《法律效力定义刍议》,《法学与实践》,1998 年第 1 期;夏华、倪振峰:《法律效力新论》,《政治与法律》1988 年第 3 期;刘小文:《法律效力构成简析》,《法律科学》1994 年第 2 期;杨春福:《论法律效力》,《法律科学》1997 年第 1 期;潘晓娣:《法律效力的再认识》,《河北法学》1993 年第 1 期;姚建宗:《法律效力论纲》,《法商研究》1996 年第 4 期。

[4] 陈世荣:《法律效力论》,《法学研究》1994 年第 4 期。

扩大第二要素是因为:法律效力的作用力施及的范围除了时间、空间和有关主体三个方面的范围外,还应包括事项方面的范围。本文主张法律效力的范围为四维度。^[5]

缩小第三要素是因为:第一,法律效力只能是法律的效力,不包括派生文件、文书的效力,派生文件、文书——例如判决书、合同书,是适用法律和实施法律后所产生的效力,是法律上的效力或法律认可的效力。虽然有时候我们也称判决书、合同书等文件、文书具有法律效力,但是这时的法律效力与作为法理学上的法律效力不能同日而语,这是由于法律效力一词多义造成的。法理学上的法律效力只能是法律的效力。第二,法律效力和派生文件、文书的法律效力只能用“效力”来包括,而不能用法律效力来包括。第三,派生文件、文书的效力范围是特定的、具体的,而法律效力的范围是泛指、抽象的,不能把两种效力范围纳入同一概念之中。

有的学者在研究法律效力概念时,完全抛开了法律效力传统的基本内容,并彻底否定了以上代表性的观点。指出,法律效力是合法行为产生法律上效果的保证力,实际上也是对合法行为的保证力。其中合法行为可分为立法行为和法的实施行为,而法的实施行为又可分为执法行为和守法行为。法律规范的效力实为立法行为所具有的法律效力,判决书的法律效力是执法行为所具有的法律效力,合同书的法律效力是守法行为所具有的法律效力。^[6]

本文对该观点持批评态度。

批评之一:该观点存在逻辑上的矛盾。其一,法律效力究竟是合法行为所具有的保证力还是对合法行为的保证力?前者说明保证力来自于合法行为,后者说明保证力施加于合法行为。该观点在此思维混乱。其二,判断合法行为的依据是什么?常识告诉我们,判断某一行为是否合法行为的依据只能是具有法律效力的法律而不是失效的法律。所以,只有明确法律效力后才能明确合法行为。

批评之二:该观点的立论基础存有疑问。该观点把法律规范的效力、判决书的效力、合同书的效力等都统一于合法行为的效力,其理论基础之一是法律规范的效力实为立法行为的效力。本文认为,法律规范不能等同于立法行为。法律规范与立法行为不是等同关系,而是因果关系。立法行为产生法律规范,立法行为终结之时就是法律规范产生之时。

本文对法律效力所下的定义是:法律效力是法律在时间、地域、对象、事项四个维度中所具有的国家强制作用力。

(二) 法律效力的本原

法律效力的本原是指法律产生效力的根本基础,是对法律效力的法哲学思考。法律效力的本原不同于法律的本质而又紧密地与法律的本质联系在一起。不同的法律本质观产生了不同的法律效力本原论。“分析实证主义法学派坚持法律的逻辑效力观,认为法律效力不过是国家的强制力与约束力,故举凡出自有立法权的机关制定的规则便当然成为有效力的法律;自然法学派捍卫其基本传统,持法律的伦理效力观,认为从终极意义上看,法律的效力就是法律的道德约束力,因而有效力的法律必定是符合正义原则和道德要求的法律;社会法学派认为,法律的效力本质上乃是法律的实际效果,即法律对社会成员在事实上的实际约束力,这是一种法律的事实效力观;现实主义法学派则干脆将法律的效力归结为人们的心理因素,持法律的心理效力观,认为人们对法律的态度是法律效力的标准,有效的法律也就是被社会成员认同与肯定并

[5] 关于法律效力的范围为四维度的观点,将在本文第二部分中作具体论证。

[6] 参见李琦:《法律效力:合法行为发生法律上效果之保证力》,《法学研究》1995年第2期。

作为行动指南的法律。”^[7]应该说西方各种法律效力本原论都在某个侧面揭示了部分真理,这是值得我们借鉴的,但同时也应该指出,西方法学家把部分真理夸大,以致于对其余的东西视而不见,因此对法律效力本原观仍没有一个全面的见解。这是因为他们“没有能够超出他们自己的时代所给予他们的限制。”^[8]

本文主张:国家权力是法律效力的形式本原,知识和经验是法律效力的实质本原。

法律为什么会有效力?法律之所以具有效力在形式上是因为国家运用国家权力赋予法律以效力。例如《中华人民共和国民事诉讼法通则》之所以具有效力是因为,第一,该法第156条规定:“本法自1987年1月1日起施行”;第二,中华人民共和国主席代表国家发布主席令,赋予该法具有法律效力。民法通则发生效力的两个根据都是国家行使国家权力的结果。

知识和经验是法律效力的实质本原可以从两个方面来加以说明。一方面,法律规范内容本身是知识和经验的产物。如果法律规范的内容违背客观真理,脱离知识和经验,即使国家通过国家权力强行赋予法律以效力,也不可能在实际生活中得到真正贯彻落实,会失去法律的实效。另一方面,人类选择法律这种形式并通过国家权力赋予法律以效力从而达到治理社会的目的,这也是知识和经验的产物。人们通过无数次的实践,通过理性思考,获得了通过法律并赋予法律以效力让人们来共同遵守的治理社会的方法,这个发展过程是知识和经验的产物。

就法律的内容而言,“构成其内在力量的主要成分,是凝结于其中的具有真理性的知识和经验。”^[9]绝大多数的人不去杀人主要的不是因为刑法有一条文规定杀人要处刑,而是因为从人类的知识和经验中得出结论:不能杀人。所以我们在制定法律时一定要认识到这一点,要使法律反映人类社会的知识和经验。这种知识和经验包括古人的、今人的、别人的、自己的知识和经验;包括自然科学的、社会科学的知识和经验。这种知识和经验是作为整体的知识和经验而不是个体的知识和经验;这种知识和经验是被提升了的作为客观规律的真理性的知识和经验,是具有客观性而非纯主观性的知识和经验。

(三) 法律效力的结构

研究法律效力的结构实质上是研究法律效力由哪些相对独立而又相互关联的要素构成;研究法律效力结构的过程实质上是把法律效力拆散为若干要素再把各要素组合为有机整体的过程。根据这一理解,研究法律效力的结构必须遵循以下原则。第一,独立性原则。法律效力的各构成要素必须相对独立,否则很难成其为某一要素;第二,关联性原则。法律效力的各构成要素必须相互关联,否则很难组合为有机整体;第三,整体性原则。法律效力的各构成要素之和结合在一起等于完整的法律效力,即部分之和既不大于也不小于整体;第四,有用性原则。结构分析必须具有理论或实践意义。

有人对法律效力的结构作了如下分析:“国家强制性是法律效力的本质属性,取得合法性是法律效力的形式特征,而实施可行性是法律效力实现的关键所在。三要素的结合便构成完全的法律效力。”^[10]本文认为该观点不具科学性,违背了整体性原则和关联性原则。如果说国家强制性是法律效力的构成要素之一,那么人们就要问:这种国家强制性载于何物之上?作用于

[7] 前引[6],姚建宗文。

[8] 《马克思恩格斯选集》第3卷,第57页。

[9] 刘瀚:《法律为什么有力量》,《中国社会科学院研究生院学报》1992年第6期。

[10] 前引[6],刘小文文。

什么范围之内? 运载国家强制性的载体和国家强制性的作用范围这两个要素到哪儿去了? 如果说取得合法性是法律效力的又一构成要素, 那么人们还要问: 作为评价是否合法的标准一定是法律, 这个法律的法律效力构成中是否还有一个取得合法性的要素? 如果说实施可行性是法律效力构成中一个不可缺少的因素, 那么人们还要问: 法律效力的实施可行性和法律的实施可行性有什么区别? 法律效力的实施可行性与国家强制性、取得合法性有什么必然联系? 这一法律效力的构成分析之所以产生以上种种无法回答或没有回答的问题, 是因为其作者在分解和组合法律效力时没有把同一标准贯彻于分析的全过程, 正如在拆卸和组装一台机器时一样, 一会儿从上拆到下, 一会儿从左拆到右, 而在组装时装了一半就告结束, 这样的机器必定无法运转。

本文认为, 法律效力的结构分析, 可以是多角度的, 具有多样性, 但在选定某一角度后必须把该角度贯彻于结构分析的始终。

法律效力的结构可以有内部结构和外部结构之分, 也可以有动态结构和静态结构之分。这里以法律效力定义为基础着重分析内部动态结构: 法律效力由作用力、维度、载体三个要素构成。作用力是法律效力结构中的核心要素; 维度是对作用力的时间、地域、对象、事项的界定要素; 载体是运载作用力的不可缺少的一个要素, 作用力载于作为整体的广义的法律之上。

法律效力的作用力除了有约束力和赋予力的分类外, 还可以从心理的角度划分规范压力和规范动力。^{〔1〕} 从动态的角度又可划分为应然作用力和实然作用力。应然作用力派生应然法律效力,^{〔2〕} 实然作用力派生实然法律效力。^{〔3〕}

二、法律效力的维度

(一) 法律效力四维论

法律效力作为一种作用力只有传送到一定的范围内才能发挥其作用, 而法律效力传送的范围是由各个方面构成的有机整体, 这个整体就是法律效力的维度。其中, 每一个方面构成一个维度。

有人认为, 法律效力的确没有效力范围的内容,^{〔4〕} 即主张法律效力无维度论。该观点的错误存在于两个方面。一方面, 法律效力具有时、地、人三方面的范围是被大家所公认和接受的观点, 全盘否定难以被人们所接受; 另一方面, 在客观上讲法律效力应该有范围的界定, 法律效力不应无边无际, 也不应无处安身。因而该观点既不现实也不科学。

又有人认为, “法律效力是法律对人的作用力, 离开了法律的规制对象人, 便无所谓效力。至于法律在时间和空间上的效力, 不过是对法律效力所起作用或应起作用的对象人的时空定位而已; 至于法律在事方面的效力最终还得落实到具体的人上来。”^{〔5〕} 法律效力对人具有作用力, 这一点无可置疑, 但把法律效力的属时、属地、属事效力理解为从属于属人效力, 而否定其

〔1〕 前引〔6〕, 姚建宗文。

〔2〕 应然法律效力的详细论述见本文第三部分。

〔3〕 实然法律效力的详细论述见本文第四部分。

〔4〕 前引〔6〕, 潘晓娣文。

〔5〕 前引〔6〕, 姚建宗文。

为并列的维度关系,就难以让笔者苟同。

法律效力的时、地、人、事四个方面应该是并列关系,而不应该是从属关系。我们不仅应该看到,时、地、事是落在规制对象人上的时、地、事;我们还应该看到,时、地、人是事项中的时、地、人;而且我们还应更进一步看到,某地发生的涉及某人的事项,只有在某个时间范围内才能谈及法律效力的问题,某时发生的涉及某人的事项只有在某个地域内才能谈及法律效力问题。总之,时、地、人、事四个方面是相互制约、相互关联的,它们实质上是一种相互从属的并列关系,是法律效力的四个维度。

还有人认为,法律具有三度:一是时间度,二是空间度,三是事实度。其中地域和人合为空间度。^{〔6〕}这种法律的三度论实质上是法律效力的三维论。本文主张,地和人不宜合在一起作为一个维度,而应分开作为两个维度,理由有三:(1)地和人虽其关系特别密切,但也有其相对独立性;(2)随着科技的发展,人类已经对外星和海底进行了探索,这样的“无人”之地主要是与国家产生联系,而不是直接与人产生联系;(3)地和人分开作为两个维度有利于对此问题的深化研究。

传统的法律效力观认为,法律效力包括时间、地域和对人效力三个维度。它否定了法律效力的事项维度。

事实上,事项维度是法律效力不可缺少的一个维度。“为了要决定人们必须如何行为,就一定要决定何时和何地他们才必须在所规定的方式下行为。至于他们应如何行为,什么行为他们应做或不做,那是一个规范的属事效力范围。”^{〔7〕}法律只对其调整的事项产生效力,而不是调整社会生活中的所有事项,有些事项应由道德规范、宗教规范来调整,因而法律效力应该有事项维度的界定。

把事项纳入法律效力维度之中具有积极的作用。第一,完善了法律效力的维度理论。例如问及《民法通则》的法律效力时,必须从四个方面加以回答:(1)民法通则自1987年1月1日始生效,在此之前无法律效力,此乃法律效力的时间维度。(2)民法通则不是普天下有效的,此乃法律效力的地域维度。(3)民法通则对外国人在外国的行为不一定具有法律效力,此乃法律效力的对象维度。(4)民法通则对杀人行为不具法律效力,而对民事活动具有法律效力,此乃法律效力的事项维度。第二,有利于对事项维度作更加深入的研究。对事项维度的深入研究有利于立法和执法的完善,有利于社会主义法制建设。

(二) 时间维度

传统法理学在分析法律效力的时间维度时采用两分法:生效日之后失效日之前为有效;生效日之前失效日之后为无效。此论粗看之下不无道理,细想之后尚存问题。例如《中华人民共和国香港特别行政区基本法》于1997年7月1日始生效,但在其生效前的1996年12月16日国务院总理根据该未生效的法律任命了董建华为香港特别行政区第一任行政长官,对此应作何解释呢?为了解决诸如此类大量存在的现实问题,本文提出了法律效力时间维度的三分法。在法律通过并公布后至法律生效前,具有相对法律效力;在法律生效后至法律失效前,称为有效;在法律通过并分布前及法律失效后,为无效。

相对法律效力的概念包含着三层含义。第一,相对法律效力的作用力也是国家强制作用

〔6〕 参见吴经熊:《法律的三度论》,载《法学论集》,台湾华冈出版有限公司1977年版,第1页以下。

〔7〕 前引〔2〕,凯尔森书,第45页。

力,而不是法律指导作用力和教育作用力这种非国家强制性的作用力,因此相对法律效力也属法律效力的范畴。第二,相对法律效力的载体已经是称之为法律的东西,而不是法律草案,因此相对法律效力不同于无法律效力。第三,相对法律效力的范围具有局限性,因此相对法律效力不同完全的法律效力即通常的有效。

相对法律效力介于无效和有效之间,是一种特殊的法律效力。它不同于民法学中的民事行为的相对效力。在民法学中,民事行为的相对效力是指可撤销和可变更的民事行为的效力状态。其效力状态可依民事行为人的主观态度而发生变化,如果民事行为人申请撤销或变更该民事行为,则经法院认定可使原处于相对效力的民事行为变为无效民事行为;如果民事行为人不申请撤销或变更,则该相对效力的民事行为可以是有效的。所以相对效力的民事行为是不确定效力的民事行为。但是相对法律效力是不依人的意志为改变的客观状态,是确定效力性质的法律效力状态。

从辩证法的角度看,相对法律效力之中有绝对法律效力的因素。正如马克思主义认识论所阐明的相对真理之中包含着绝对真理的部分因素一样。在法律通过并公布后至法律生效前就整体而言,这时的法律是具有而且只具有相对法律效力,但是整体上的相对法律效力落实到具体的对象和具体的事项上就会变成绝对效力。例如香港基本法就整体而言,在1996年有而且只有相对法律效力,但落实到国务院任命香港特别行政区第一任行政长官这一具体事项上就具有绝对效力的因素。

要研究法律效力的时间维度,还必须研究法律的溯及力问题。法学界对此问题的讨论,主要有两种观点,一派认为法律不应溯及既往,另一派主张法律可以溯及既往。本文的观点是法律不溯既往是法制原则,但应有公法上的从轻例外和私法上的自治例外。

法律不溯既往是一项法制原则:首先,作为一项法制原则既必须强调立法上的法律不溯及既往,又必须强调司法、执法上的法律不溯及既往。立法上的法律不溯及既往和司法、执法上的法律不溯及既往是有区别的。例如,我们现在来制定一部法律,专门处理“文革”时期遗留下来的“大字报”问题,则该法就具立法上的溯及既往效力;又例如我国刑法规定的“从轻兼从旧”中的溯及既往是司法上的原则。其次,法律不溯及既往事实上已成为一项法制原则。法律不溯及既往体现在现代世界各国的立法和司法实践之中,体现在法学界和人民大众的承认和接受之中。总的说来,在立法上溯及既往已经罕见,在司法上、执法上溯及既往也受到严格限制。再次,法律不溯及既往应该成为现代社会的一项法制原则。应不应该的问题,主要的是价值分析问题。马克思主义认为,人的解放,即人的自由是社会生活的最高价值,是人类奋斗的最高目标。^{〔8〕}要追求人的自由,必须贯彻法律不溯及既往原则。“按照法律下自由的原则,不存在非法律所规定的任何强制。法律沉默即一切自由。”^{〔9〕}另外,应不应该的问题,也是逻辑分析的问题。从逻辑上看,人们之所以要对自己的行为负法律责任,是因为人们对自己的行为具有预见性和选择性,如果法律溯及既往就破坏了这种预见性和选择性。

但是,任何原则都是相对的,都可能例外。法律不溯及既往原则亦如此。如果把原则推向极端只会产生相反作用。例外情况的存在,并不影响法律不溯及既往作为一项法制原则的成

〔8〕参见李德顺:《价值论》,中国人民大学出版社1987年版,第187页。

〔9〕[英]米尔恩:《人的权利与人的多样性——人权哲学》,夏勇、张志铭译,中国大百科全书出版社1995年版,第131页。

立。这是因为: (1) 例外是次要的, 原则和例外的关系是主次关系; (2) 例外是少量的, 其数量的比例关系决定着质的区别; (3) 例外是暂时的, 例外只是存在于某个或某几个暂时的阶段, 而不贯穿于始终。例外的次要性、少量性、暂时性决定了在立法上不应有法律不溯及既往的例外。

在司法、执法上法律不溯及既往原则的例外可以分为两类: 一类是公法上的从轻例外; 另一类是私法上的自治例外。从轻例外有利于保护行为人的利益, 符合社会发展总趋势的要求。但是从轻例外, 不适用于私法领域, 不适用于民事制裁。例如, 因违约必须处以违约金, 如果违约金的法定数额在新法与旧法的规定上不一致, 即使新法规定得比旧法要轻, 也不能作为例外, 因为这样的从轻例外不利于保护守约方的利益。而且, 在私法领域有许多时候难以用轻或重来衡量。在私法领域的法律不溯及既往的例外可以用自治例外来概括。下列三种情况可视为自治例外: (1) 当事人在行为时约定当法律修改时以修改后的法律作为处理当事人之间争议的依据; (2) 新的法律解除了旧法律中的国家干预; (3) 新法律公布后生效前当事人依据新法律所作的行为, 可运用新法律来处理争议。在这三种情况下, 应该允许新法律具有溯及既往的效力, 作为法律不溯及既往原则的例外。

(三) 地域维度

关于法律效力的地域维度, 大多数学者的理论和大多数国家的实践都采用以域内效力为基础域外效力为补充的观点。为此不作赘述, 本文着重讨论域内效力的整体与部分问题。

我们说一个国家的法律在其域内具有法律效力, 是就法律整体而言的。就是说, 域内效力的原则并不能导出: 一个国家的每一部法律都在该国家的整个域内具有法律效力。事实上, 有的法律只在域内的部分地区具有法律效力。那么, 一个国家的法律, 哪些应是整个域内有效, 哪些应是部分域内有效? 判断的标准是什么?

关于判断一部法律的域内效力是整体域内还是部分域内的标准问题, 有人认为: 一般情况下, 中央国家机关制定的法律, 在整个域内具有效力, 地方国家机关制定的法律只在其所辖区域内具有效力。但有两种例外: (1) 有些法律虽由中央国家机关制定, 但其法律本身明确了在部分域内适用, 则该法律只在部分域内有效, 例如我国《渔港水域交通安全管理条例》, 虽为中央国家机关制定, 但只在“沿海以渔业为主的渔港及其水域”这个部分域内有效, 而非中国整个域内有效。(2) 有些法律虽由地方国家机关制定, 但其法律的特定内容要涉及到地方机关所辖的区域以外的整个国家域内, 则该法在整个域内有效。例如《上海市企业债券管理办法》, 虽为地方机关制定, 但因该法规定在该市以外地区发行债券的该市企业也适用该法而导致其域内效力由部分扩大到整体。^[20] 对此观点, 本文对其一般情况论述表示支持, 对其“但书”表示反对。

反对第一条“但书”的理由为: 法律的适用不同于法律的效力, 在某一范围内适用并不等于只在某一范围有效。《渔港水域交通安全管理条例》只在沿海某些渔港水域适用, 并不能直接得出在其他地域没有法律效力, 该条例作为国务院制定的行政法规, 应在全国有效, 任何地方国家机关、企事业单位、法人和自然人都应自觉遵守。比如说, 某省人大及其常委会的所在地虽不在“渔港及其水域”, 但是其在制定地方性法规时不得与此条例相违背, 因为此条例虽不在该省人大及其常委会所在地适用, 却在其所在地生效。“不能认为不具司法适用效力就没有法律效力。”^[21]

[20] 参见卢云主编:《法学基础理论》, 中国政法大学出版社 1994 年版, 第 383 页以下。

[21] 刘瀚:《法学与法制》, 社会科学文献出版社 1994 年版, 第 93 页。

反对第二条“但书”的理由有三条:第一,地方国家机关只能制定在本辖区内生效的地方性法律,这是单一制国家结构形式的国家关于中央和地方权力分配的基本要求。第二,有些地方性法规的内容涉及到其辖区之外的法人和自然人的行为,是从属人效力的角度而言的,并非属地范围的扩大。第三,某地司法机关并没有义务在依照另一地的地方性法规去裁判某一案件。我国解决区际法律冲突的司法实践告诉我们:某省法院在裁判时只有依照全国性法律和本省法律进行裁判的义务,而没有必须依照外省地方性法律进行裁判的义务。

综上所述,可以得出结论:判断一部法律是在整个域内生效还是在部分域内生效,只有一个标准,即只能依据制定机关是中央国家机关还是地方国家机关来判断。是中央国家机关制定的法律在全国有效,是地方国家机关制定的法规只能在其辖区内有效。

用这个结论就可以较为理想地解释《中华人民共和国香港基本法》的地域效力问题。虽然“香港特别行政区基本法的主要内容是关于香港特别行政区的法律”,^[22]是对香港特别行政区的政治、经济、文化、教育等社会制度的规定,而不是对中华人民共和国整个领域的社会制度的规定;虽然香港特别行政区基本法关于香港社会制度的规定只能在香港这个区域实施,而不能在其他区域实施,但是香港特别行政区基本法作为全国人大制定的法律,应该是全国性法律,“应在全国范围内有效,全国的一切国家机关、社会团体、企事业单位和公民都必须遵守……不宜理解为基本法只能在香港特别行政区范围内实施,其效力仅限于香港特别行政区。”^[23]

(四)对象维度

法律效力的对象维度即法律效力的对人范围。为什么要把对人范围改变名称为对象维度呢?这是因为:(1)表述为法律效力的对象维度可以与法律效力的时间维度、地域维度、事项维度相对应,构成法律效力维度的四维空间,形成统一体,使之更加科学化、系统化。(2)相反,如果表述为法律效力的对人范围,容易使人们只注重自然人而忽视法律上的拟制人。法律效力的对人范围中的“人”应该包括自然人和法律拟制人。^[24](3)概念的选择,从某种意义上讲是法律技术的问题。“法律词语技术不仅是法律价值判断中的思考手段,还是对其结果进行传递的手段。”^[25]判断中的思考和对结果的准确传递都要求词语力求反映客观现实。对象维度比对人范围更具判断的正确性和传递的准确性。

关于法律效力的对象维度,原则上说,某一国家的法律对其国内对象具有法律效力,在特定条件下,对国外对象也具法律效力。

鉴于许多国家的法律通常包括全国性法律和地方性法律两大部分,因而必须分清:全国性法律对全国范围内的对象有效,地方性法律只对其地方辖区内的对象有效。但是有人认为:“有的法律规定只对特定的人生效,即仅适用于特定的人,如《惩治军人违反职责罪条例》就只适用

[22] 肖蔚云主编:《一国两制与香港基本法律制度》,北京大学出版社1990年版,第102页。

[23] 王叔文主编:《香港特别行政区基本法导论》,中共中央党校出版社1990年版,第72页以下。

[24] 凯尔森不同意法人为独立的法律关系主体,他认为:法人没有自己的意志,说法人有意志正如原始人以灵魂赋予自然中的事物那种万物有灵论的信念是一样的错误;法人的行为必须通过作为机关的那些人来实现,而那些人有权力代表法人是由于组成该法人的成员的认可,归根结底是成员的权利义务,但成员的权利义务在行使或承担方式上因组成法人而与自然人有所不同,这是因为此时已变成自然人的集体权利义务了。此观点可参考凯尔森:《法与国家的一般理论》一书。笔者反对凯尔森此观点,而把法人理论的现行通说,即法人具有独立的法律人格,作为论证基础。

[25] [日]川岛武宜:《现代化与法》,王志安等译,中国政法大学出版社1994年版,第260页。

于现役军人。”^[26] 此说不能成立。理由如下: 法律规则恰如体育比赛规则, 体育比赛规则是对运动员的要求, 适用于运动员, 但体育比赛规则也是对裁判员的命令, 对裁判员也具有效力。《惩治军人违反职责罪条例》是对军人的要求, 但也是对法官的约束, 对法官具有效力。《惩治军人违反职责罪条例》是对军人的禁止性规定, 由此延伸了也是对全国人民的保护, 保护力也是法律作用力的一种表现形式, 进而说明该法律对全国人民都有效力。应当认为, 法律效力的对象维度与法律的适用对象范围是有区别的。一般说来, 法律效力的对象范围比法律的适用对象范围要大。

研究法律效力的对象维度, 还必须研究一个边缘性问题: 国家本身是否法律效力对象维度中的一员? 就是说, 法律由国家制定, 国家制定出来的法律是否又制约着国家自身呢? 这个问题应当用历史的眼光来看待。在奴隶社会和封建社会, 法律效力的对象维度中不包括国家本身。因为那时的体制为朕即国家, 法律不能制约代表国家的人的行为。但是到了资本主义社会和社会主义社会, 国家在这种社会形态下, 具有了法律责任, 国家的行为也要受到自己制定的法律的约束, 国家成了法律效力对象维度中的一员。但是根据“平等之间无统治权”^[27] 这一国际公认的规则, 只有自己国家的法律才对该国产生法律效力, 任何其他国家的法律对该国家不产生法律效力。而且本国法律对国家的法律效力主要的是体现为赋予力, 其次才是约束力。

(五) 事项维度

美国法学家布莱克曾经说过: “法律本身是一种社会控制, 但是还有其他多种社会控制方式存在于社会生活中, 存在于家庭、友谊、邻里关系、村落、部落、职业、组织和各种群体中。”^[28] 法律只能调整应该由法律调整的事项, 法律对那些不属自己调整的事项不具法律效力。那么, 哪些事项属于法律效力的事项维度而哪些事项又不属于法律效力的事项维度呢? 这涉及到事项维度的立法限制问题。人们难以详细罗列立法限制的清单, 但人们可以说国家立法权至少应在以下三个方面的事项上受到限制。

第一, 由人权观引伸出来的国家立法权的限制: 国家不得制定侵犯人权的法律。人权作为人的权利已经得到了国际社会的普遍认同。^[29] 希特勒的德国运用国家权力(包括国家立法权在内) 践踏人权的时代已经成为历史。人们有理由、有权利要求国家在立法权的行使中受到人权观的限制。

第二, 由道德观引伸出来的国家立法权的限制: 国家不得制定违背人类基本道德的法律。在今天, 几乎所有的人类社会都是有政府治理的人类社会, 它们基本上采取了民族国家的形

[26] 前引 [20], 卢云主编书, 第 384 页。另外, 《惩治军人违反职责罪条例》已纳入我国现行刑法之中, 这更能说明此说不能成立。我们应该说整部刑法对整个域内对象有效, 而不应该说有些章节条款对整个域内对象有效, 有些章节条款对部分域内对象有效。

[27] [英] 詹宁斯、瓦茨修订: 《奥本海国际法》, 王铁崖等译, 中国大百科全书出版社 1995 年版, 第 277 页。

[28] [美] 布莱克: 《法律的运作行为》, 唐越、苏力译, 中国政法大学出版社 1994 年版, 第 7 页。

[29] 参见夏勇主编: 《走向权利的时代》, 中国政法大学出版社 1995 年版。该书认为: 在我们这个时代, 让更多的人获得更多的权利, 已经成为人类的共同理想。随着社会的发展, 人权也在发展。20 世纪以前的人权观, 着重于个人自由主义为核心的消极人权观。国家负有不干涉个人自由的消极义务。但是从 20 世纪以后, 一些新的社会、经济需求, 不仅要依靠社会经济系统来满足, 而且还要依靠法律来设计和表达。人们普遍认为, 国家有责任通过积极行为, 通过国家的立法来保障公民的社会经济需求。在现代人权体系中, 崛起了处于传统私法权利体系和公法权利体系之间的社会权利体系。但是本文讨论的是有关法律效力事项维度而引起的国家立法权限制问题, 因而主要是从国家的消极权利方面论述的。

式。每一个民族国家都构成一个共同体。在这个共同体中,“共同体成员有义务服从政府,政府则受委托行使共同体的团体权力权,拥有组织和调控其成员活动的权威。不过,作为共同体内部的一个代理机构,政府应该和共同体成员一样,服从构成共同体实际道德的共同道德与特定道德的结合体。”^[60]政府必须遵守共同体的基本道德,国家的立法权不得破坏基本道德。即使国家对有些事项的立法对国家整体利益有所裨益,但当其不符合共同道德而不受人民欢迎时,国家立法权也应该退缩。

第三,由法治观引伸出来的国家立法权的限制:国家不得制定有背法治原则的法律。所有的法治论者都强调以下几点:一是有法可依,这个法应该是普遍性的规范,而不是针对特定人的规范。二是任何人都要严格依法办事,包括国家领导人在内的所有的人都必须遵守法律。三是法律面前人人平等,无论是谁,只要违法犯罪都要受到制裁,不允许有超越法律的特权。

三、应然法律效力

(一) 应然法律效力与法律的位阶

应然法律效力是指法律在时间、地域、对象、事项等四个维度中所具有的应然国家强制作用力。法律的位阶是指一部法律在某个国家整个法律体系中的纵向地位。一部法律的地位越高,其位阶也越高。法律位阶的高低是由立法主体的地位高低决定的。

应然法律效力与法律的位阶之区别主要有四个方面:

第一,从形式逻辑关于概念的类别上看,应然法律效力是一个独立概念、绝对概念。人们可以对一部单独的法律作出是否具有应然法律效力的判断,不需要借助于其他的法律来比较后作出判断。例如《中华人民共和国对外贸易法》自1994年7月1日起就具有应然法律效力,我们没有借助于其他的法律就作出了判断。然而,法律的位阶是一个比较概念、相对概念。“相对概念所反映的事物的特有属性和关系是与其他事物相比较而存在的。”^[61]法律的位阶之确定,离不开与其他法律的比较,法律的位阶是对整个法律体系中某一部法律的地位界定。如果一个国家只有一部法律,就没有法律位阶之说,但仍有应然法律效力之说。《中华人民共和国对外贸易法》位阶的确定是基于与其他各种法律的位阶相比较后才得出的。

第二,从两个概念的核心要素看,应然法律效力强调的是国家强制作用力。而法律的位阶强调的是法律的地位。地位和作用力是两种不同性质的要素。法律位阶高并不意味着法律的国家强制作用力强。正如一个人的地位高并不意味着这个人的权力大一样,国防部长的地位肯定高于县工商局长的地位,但就工商行政管理事务方面而言,县工商局长的权力要大于国防部长。《中华人民共和国兵役法》的位阶比《中华人民共和国企业法人登记管理条例》的位阶要高,但是对一个去工商行政管理部门登记的人来说,对其产生国家强制作用力的不是兵役法,而是企业法人登记管理条例。

第三,从确定根据上看,应然法律效力的确定根据是立法程序的合理性和法律内容的合理性,法律位阶的确定根据是制定法律的机关在整个国家机关体系中的地位。应然法律效力与法律规范内容有关,法律位阶与该法律的内容无关。一部法律可以因新法代替旧法而使得旧法失

[60] 前引[19],米尔恩书,第190页。

[61] 诸葛殷同等:《形式逻辑原理》,人民出版社1982年版,第39页。

去应然法律效力,即一部法律可因内容的改变而使应然法律效力改变,但是法律的位阶不因法律内容的改变而改变。例如《中华人民共和国宪法》因多次修改而使应然法律效力多次变化,但《中华人民共和国宪法》的位阶始终是最高地位的法律,不因内容的变化而使宪法位阶产生变化。

第四,从作用和功能上看,应然法律效力的作用在于:为法律的实施、产生实然法律效力、发挥法律的社会作用奠定基础。法律的位阶的作用在于:(1)为满足法律体系结构有序的需要。(2)为满足母法作为子法制定依据的需要。只有高位阶的法律才能作为低位阶法律的制定依据。一个国家的宪法是其他所有法律的母法。马克思曾经用“宪法——法律的法律”^[62]来说明宪法的最高法律地位和最高法律位阶。(3)为满足立法权限在不同地位的国家机关之间划分的需要。由于拥有立法权限的各国家机关有地位高低之区分才能实现统治集团的顺利统治,所以必须分出法律位阶的高低才能适应这种现实社会的要求。

尽管应然法律效力和法律的位阶之间具有很大的区别,但是“如果离开了各种意识形态形式之间的相互影响和作用,意识形态本身也不可能得到发展。”^[63]作为意识形态领域中两种具体形式的应然法律效力和法律的位阶之间也存在着千丝万缕的联系。

应然法律效力与法律位阶之间的联系是多方面的,其中一个重要的联系是:低位阶法律的应然法律效力与高位阶法律的内容相联系。低位阶法律的内容不得与高位阶法律的内容相矛盾,因为法律体系应该是和谐统一的,决不允许在其体系中存在着一个高位阶的法律与一个低位阶的法律相矛盾而又同时具有应然法律效力。当它们矛盾时,对于低位阶的法律而言,就意味着:或者是它可能被废除(如果它是一个司法判决,就以通常方式废除;如果是一个法律,就以非通常方式废除);或者是它可能是无效的。它的无效性就意味着法律认识对它的存在的否定。^[64]这说明了低位阶法律的内容与高位阶法律的内容相矛盾时,可以导致低位阶法律的应然法律效力丧失。

(二) 应然法律效力现行层次论

现行的法律效力观实质上是应然法律效力观,法律效力的现行层次论实质上是应然法律效力现行层次论。本文着重研究中国学者的法律效力现行层次论。^[65]

我国学者关于法律效力现行层次论的观点,可以概括为三个方面。

首先,法律效力是有层次的。法律效力不仅存在效力有或无的质的规定性,而且在有效的法律之中,还存在着效力层次高低的量的规定性。“法律规范是有等级的,它涉及到各自的效力大小和相互间的从属关系。”^[66]根据不同的法律效力层次,可以构建一个有机的法律效力体系。

其次,法律效力的层次来源于法律本身的位阶层次和法治的要求。“由于法律本身是有层次或等级划分的,因而其效力当然具有层次或等级性。”^[67]

[62] 《马克思恩格斯选集》第1卷,第426页。

[63] 李光灿、吕世伦主编:《马克思恩格斯法律思想史》,法律出版社1991年版,第744页。

[64] 前引[2],凯尔森书,第182页。

[65] 本文研究法律效力层次论,先作介绍,再作评析。介绍是客观地综合各个学者的主要观点。笔者以前也持这种观点,经过进一步研究后发现必须修正自己的观点。

[66] 前引[6],张楚文。

[67] 前引[6],姚建宗文。

再次,我国法律的效力层次是多层次性的结构体系。对法律效力层次的具体划分尚有争议,但大致可以概括为五个层次。(1)宪法具有最高法律效力;(2)全国人大制定的基本法律具有仅次于宪法的第二层次的效力;(3)全国人大常委会制定的法律具有第三层次的效力;(4)国务院制定的行政法规具有第四层次的效力;(5)地方立法机关制定的地方性法规具有第五层次的法律效力。

我国学者关于法律效力现行层次论的观点,存在明显的缺陷。

缺陷之一:自相矛盾性。

假定有A、B、C三部法律,其中A法律由全国人大制定,B法律由全国人大常委会制定,C法律由国务院制定。如果法律效力现行层次论的观点是成立的,则A、B、C三部法律的法律效力关系是: $A > B > C$ 。然而,这个不等式可以通过三种情况的推理来证明具有自相矛盾性。第一种情况:A与B相抵触,A与C亦相抵触,则A有效,B和C都无效。结论是 $B = C = \text{无效}$;第二种情况:A与B相抵触,A与C不抵触,则A有效,B无效,C有效。结论是 $B < C$,因为无效 $<$ 有效;第三种情况:A、B、C三部法律都不抵触,三部法律都有效,则三部法律都应由国家强制力保障实施,人们应该象遵守A法律那样遵守B法律、C法律;司法机关应该象保障A法律那样来保障B法律、C法律的实施;违反A法律应受到制裁,违反B法律、C法律也应受到制裁。总之,对有效法律而言,其产生的国家强制作用力是相同的。结论是 $A = B = C = \text{有效}$ 。三种情况下的推理结果都与作为法律效力现行层次论的命题相矛盾,究其原因在于:法律效力现行层次论的命题是假命题,其观点不能成立。

缺陷之二:不可实践性。

法律效力现行层阶论在实践中如何操作呢?例如某甲杀死某乙,调整这一社会关系的法律至少有两部,一是宪法;二是刑法。按法律效力现行层次论的观点,宪法的效力高于刑法的效力,那么在这一案例中如何体现这种效力高低之分呢?实践告诉我们,对某甲按刑法处罚,通过刑法的实施而保障宪法的实施。在司法中无法体现其效力高与低的区分。

也许有人会认为效力高低之区分在实践中不体现于司法上,而体现于立法上。此说更难成立。因为:如果有法律效力层次之分的话,那么也只能是法律与法律比较而得出的层次之分,而不能也不应该是法律与法律草案的比较而分出层次。在立法时,确实应该做到,法律草案的内容应符合更高地位的立法主体已经制定的法律的内容,但这只不过是立法主体在行使立法权时的限制。例如,在制定刑法时,刑法内容必须符合宪法,但这不是宪法和刑法比较后效力高低决定的,作为刑法,此时还是刑法草案,无法与宪法比较效力高低。刑法实施后发现与宪法相抵触,则不是刑法效力低的问题,而是抵触为无效的问题。宪法作为判别刑法是否有效的依据不是因为宪法效力高,而是因为宪法位阶高。

缺陷之三:概念混淆性。

我们承认法律有位阶高低之分,但法律位阶的高低不等于法律效力的高低。如果法律效力有高低强弱之区分的话,那么应该在时间、地域、对象、事项上体现出国家强制作用力大小的区分。事实上在任何一个法律效力的维度中都没有体现法律效力有高低强弱之区分。

在时间维度上,只有先后、长短之分,法律生效时间在前或法律生效时间长并不能说明法律效力高;在地域维度上,只有大小之分,法律生效的地域范围大并不能说明法律效力高,新疆的地方性法规并没有比海南的地方性法规效力要高;在对象维度上,只有多少之分,法律适用的对象多并不说明法律效力高,四川的地方性法规的效力并没有比西藏的地方性法规效力要

高;在事项维度上,两部法律调整同一事项要求互不矛盾,不矛盾即无效力高低,如矛盾则低位阶法律无效,如果两部法律调整不同事项,则无法比较效力高低。

综上所述,法律与法律之间有位阶高低之分,但没有效力高低之分。宪法具有最高法律地位,或者说宪法是最高位阶的法律。外国在界定宪法地位时通常使用地位最高的概念,而不使用效力最高的概念。例如日本宪法规定:“本宪法为国家最高法规,凡与本宪法条款相违反的法律、法令、诏敕以及有关国务的其他行为的全部或一种,一律无效。”^{〔68〕}这里的最高法规应该指最高地位的法规,这是法律位阶高低的确定。然而我国宪法在序言中却规定:“本法具有最高法律效力。”我们认为这是我国宪法规定得不科学的地方。学术上可以对现行宪法的不合理规定进行探讨,以促使宪法向科学化、合理化的方向发展。

(三) 应然法律效力层次新论

应然法律效力层次新论的核心思想是:某一有效法律与另一有效法律之间没有效力层次的区分,生效法律和失效法律之间没有效力层次的可比性,法律和法律草案之间没有效力层次的可比性。同一法律在不同的时间阶段,可以有效力层次之分,在法律生效后失效前是完全的应然法律效力,为法律效力的第一层次,在法律公布后至法律生效前是相对的应然法律效力,为法律效力的第二层次。应然法律效力层次新论可用来刻画同一法律在不同时间段的效力状态的不同性。这种不同性因比较的对象是同一事物,只是时间阶段不同而体现出效力状态不同,它是具有可比的同不同性。比较,应是某些条件不变的情况下,当另外一个或一些条件产生变化时产生的不同结果的比较,如果没有任何确定的条件则无法比较。

应然法律效力层次新论在理论上必须解决的问题是:把应然法律效力分为完全的应然法律效力和相对的应然法律效力是否符合法律效力层次划分的逻辑性。首先,完全的应然法律效力和相对的应然法律效力这种层次划分都是针对有效法律或有一定效力的法律而言的,是法律效力数量上的区分,而不是有效和无效之间质的区分;其次,完全的应然法律效力和相对的应然法律效力都是针对同一法律在不同时间段的法律效力层次而作出的划分,具有层次高低的可比性;再次,完全的应然法律效力确实在效力层次上高于相对的应然法律效力。相对的应然法律效力,其国家强制作用力是不完全的,是部分的;其法律效力的发生是有条件的,是相对的。完全高于不完全,整体高于部分,无条件高于有条件,绝对高于相对。

应然法律效力层次新论在实践中必须解决的问题是:当位阶不同的两部法律相矛盾而有权机关还没有宣告低位阶的法律是无效的情况下,司法机关应该适用哪一部法律?行为主体应该依据哪一部法律行事?本文的结论是司法机关应该适用高位阶的法律,行为主体应该依据高位阶的法律行事。这并不是因为低位阶法律效力低于高位阶法律效力,而是因为低位阶法律虽然还没有从形式上宣告为无效的法律,但实质上已经是无效的法律了,由于实质无效而不能适用,不能作为行为主体的行为准则。当低位阶的法律、法规与高位阶的法律、法规相矛盾时,“从形式上看,这些法律、法规具有效力;从实质上看,由于它们与宪法(和上位阶法律)相抵触而失去了效力。虽然对其无效的认可必须按照法定程序,但是肯定这些法律、法规不具有法律效力是确定无疑的。”^{〔69〕}一旦按法定程序宣告低位阶法律因与高位阶法律相矛盾而无效时,应认为这种宣告具有溯及力,即自始无效。当然作为一个良好的法律秩序应该有一种及时宣告的恰当

〔68〕 许崇德主编:《中国宪法》,中国人民大学出版社1989年版,第22页。

〔69〕 前引〔6〕,刘小天文。

程序,以达到形式上的完备。

四、实然法律效力

(一) 实然法律效力的概念和特点

实然法律效力是法律在时间、地域、对象和事项四个维度中所具有的实然国家强制作用力。它与法律的实效同义。实然法律效力有两个显著的特点。

第一,具有量的规定性

在正常情况下,任何法律的实然法律效力的量,不可能是百分之百,也不可能是零。实然法律效力总是在百分之百和零之间。“确实,某项规则得到完全执行几乎闻所未闻。”^[40]同样,某项法规从来没有得到执行,也极为罕见。

为什么实然法律效力的量的规定性总是小于百分之百?除了经验的证明之外,还可以作出理性的分析:违法和守法是共存于社会生活中的一对矛盾,没有违法也就用不着法律,其反命题应该是,有法律的存在本身就说明了必然有违法的存在,自然就可延伸出法律的完全执行是不可能的。

为什么实然法律效力的量的规定性总是大于零?德国古典哲学的唯物主义者费尔巴哈曾经说过:“人本身是一个依照目的而活动的东西;他没有一个目的,他什么事都做不出来。”^[41]人的行为是由目的驱使的,立法是由社会需要驱使的。因为社会需要法律,所以制定出来的法律总会在社会中产生作用,总会产生实然法律效力,至少可以产生部分的实然法律效力。

实然法律效力的量的规定性特点为科学地认识法律的作用提供了指导,为批判“法律万能论”和“法律无用论”提供了武器。法律具有作用,但不是万能的,也不是无用的。要求每一项法律在每一时刻都产生实然法律效力是幼稚的,看到有的法律没有被执行而叹息法律无用是过于悲观的。“法律是一种政治措施,是一种政策。”^[42]必须和其他的政治措施和政策配合起来,共同来治理社会,在矛盾中起作用,在矛盾中前进。

第二,具有量的可变性

实然法律效力的量不是在立法中预定的,而是在社会实践中、在法律实施中,不断变化的。它随着法制环境的改变而改变。人们的努力方向应该是努力提高实然法律效力的量,使实然法律效力尽量接近应然法律效力。^[43]

(二) 两种实然法律效力观评析

关于实然法律效力问题,西方国家许多学者,诸如凯尔森、哈特、琼斯、罗斯、博登海默、竹

[40] [美] 弗里德曼:《法律制度》,李琼英、林欣译,中国政法大学出版社1994年版,第109页。

[41] 费尔巴哈哲学著作选集》下集,三联书店出版社1962年版,第627页。

[42] 列宁:《论马克思主义的讽刺和“帝国主义经济主义”》,《列宁全集》第23卷,第41页以下。

[43] 提高实然法律效力的对策研究是一项复杂而又艰巨的任务。笔者认为,这是一项系统工程,不仅涉及到立法问题、司法问题、执行问题、守法问题、监督问题,而且涉及到诸问题的相互协调处理问题。因受篇幅所限,在此对该问题的具体研究从略。

下贤等和我国的部分学者都有所论述,^[44]归纳之,有两种实然法律效力观:一是法律效力实质上是实然法律效力;二是实然法律效力不是法律效力的组成部分。

斯堪的那维亚的法律现实主义者阿尔夫·罗斯认为,通过他的解释,他已将法律效力问题从规范‘应当是什么’的领域中排除了出去,并将其牢固地扎根于人类态度与精神体验这个经验‘是什么’的土壤中来;通过他的解释,他已将法律效力问题从规范理想领域中排除了出去,并将它变成了一种现实的现象。^[45]这是一种法律效力即实然法律效力的观点。

罗斯的观点强调法律效力是‘事实’的观念,认为法律效力是法律对社会成员实际上或事实上的约束力。因而那些从不或不继续对社会生活起作用的法律不能被看作是真正有效的法律。这一观点使我们在探讨法律效力问题时把思考问题的重心从法律规范本身转移到法律实施状况上来,具有积极意义。但是,罗斯的观点,把法律效力单纯归结为实然法律效力是片面的。法律效力除了‘事实上的效力’之外,客观上也存在着‘应当的效力’。一个法律规范,只有具备‘应当的效力’后才能去实施,才会产生实然法律效力。如果除了实然法律效力之外不存在应然法律效力,那么一部法律就在没有效力的状况下就去实施了,这样的话,法律的实施就会失去前提条件。

以凯尔森为代表的一些学者主张:实然法律效力不是法律效力的组成部分。‘法律效力的意思是法律规范是有约束力的,人们应当象法律规范所规定的那样行为,应当服从和适用法律规范。法律实效的意思是人们实际上就象根据法律规范规定的应当那样行为而行为,规范实际上被适用和服从。’^[46]凯尔森还用具体的例子来证明法律效力有别于实然法律效力。“一个法律规范禁止偷窃,它规定法官必须惩罚每一个偷窃者。这一规则对所有的人、对从而被禁止从事偷窃的人、对必须服从该规则的人,即国民,都是有效力的。这就是说,这一法律规则即使在它缺乏实效的情况下,也是有效力的。正是在这种情况下,这一法律规则必须由法官加以适用,那么它就不仅对国民,而且对适用法律的机关,都是有效力的。即使偷窃者万一能逃脱,因而法官也就无法惩罚他并适用法律规则,但这一规则仍保留其效力。因而,在特殊情况下,即使这一规则,在其所规定的制裁条件已具备,然而法官却发现他本人无法下令制裁这种意义上,并无实效,但这一规则对法官来说,却仍是有效力的。”^[47]我国学者深受凯尔森观点影响,认为没有实效的法律并不能否认其法律效力的存在。^[48]

凯尔森的学说用精深的逻辑方法指出了法律效力和实然法律效力的区别,但是应当特别强调指出的是,凯尔森的实然法律效力观是有严重缺陷的。其缺陷是:把法律效力默示为应然法律效力。凯尔森在界定法律效力为法律所具有的约束力的同时,默示了‘有约束力’即为‘应当有约束力’,并且排斥了‘实际有约束力’。事实上‘有约束力’本身并没有指出是‘应当有’还是‘实际有’,并不能把‘有约束力’片面地理解为‘应当有约束力’,而应该把它理解为‘应当有

[44] 前引②凯尔森文;[英]哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版;[美]博登海默:《法理学》,邓正来等译,华夏出版社1987年版;[日]竹下贤:《法律的存在与效力》(1985年日文版)等著作和我国学者的一些论文。

[45] 参见罗斯:《走向现实主义法理学》,转引自博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,华夏出版社1987年版,第320页以下。

[46] 前引②,凯尔森书,第42页。

[47] 前引②,凯尔森书,第31页以下。

[48] 参见前引③,杨春福文;沈宗灵:《论法律的实行》,《法学研究》1988年第2期。

约束力”和“实际有约束力”两个方面。本文认为,法律效力包括应然法律效力和实然法律效力两个方面,法律效力和实然法律效力是整体与部分的关系,其区别也是整体和部分的區別。

(三) 法律效力的应然和实然双重性

从哲学上看,法律效力包括应然法律效力和实然法律效力两个方面。如果我们承认有法律的实效,即存在实然法律效力,那么与此相对应,我们也不能否认应然法律效力的存在。应然和实然是一对哲学范畴,是一个事物的两个方面。应然法律效力以实然法律效力存在为前提,实然法律效力以应然法律效力存在为前提,应然法律效力与实然法律效力统一于法律效力之中。应然法律效力是“应有”的东西,实然法律效力是“现有”的东西。马克思主义认为,“应有”与“现有”是统一的,如果离开“现有”而钟情于“应有”,把“应有”和“现有”对立起来,这样去探索法律的真理,只不过是浪费精力和时间而已。这种探索法律真理的原则是有严重问题的。按照这一原则,法哲学体系的理论部分与实证部分似乎是互相漠不关心的东西,一个在彼岸,一个在此岸。这样,法的精神和真理消失了。^[49]

从逻辑上看,法律效力包括应然法律效力和实然法律效力两个方面。应然法律效力是法律效力的逻辑起点,实然法律效力是法律效力的逻辑终点。某一法律,只有当具有应然法律效力时,才能付诸实施,才能被有关机关所适用,才能要求人们去遵守。进一步,一部法律只有通过实施,才能显现出其国家强制作用力,体现为实然法律效力。实然法律效力是应然法律效力的逻辑延伸,是应然法律效力的继续和深化。从应然法律效力到实然法律效力构成了法律效力的动态发展过程。在这个动态过程中,“法律效力涉及法的制定和法的实施全过程,它不仅意味着静态法律条文本身所确定的效力,也意味着法律实施过程中,从法律实施的结果所显示出来的效力。”^[50]

从综合法学的观点看,法律效力包括应然法律效力和实然法律效力两个方面。综合法学的代表人物博登海默认为,法律仿佛是一座有许多厅、室、角落的大厦,用一盏灯很难同时照到每个厅室和角落。因此,从不同的角度去观察法律会有不同的结论。自然法学派观察到了法律的价值,分析法学派观测到了法律的形式,社会法学派观测到了法律的事实。法律必须把价值、形式、事实结合起来。^[51]综合法学从方法论上由片面研究走向综合研究,这是值得我们借鉴的。法律效力也必须把价值、形式、事实结合起来。自然法学派认为,法律只有符合正义才有效力;分析法学派认为,法律只有依法定程序制定才有效力,这两派的法律效力都是应然法律效力,包括应然法律效力的价值和形式两个方面。社会法学派认为,法律只有在实际生活中起作用时才有效力,这是实然法律效力。自然法学派、分析法学派、社会法学派的综合为法律效力包括应然法律效力和实然法律效力两个方面提供了一种借鉴的理论。应然法律效力和实然法律效力的综合才是完整的法律效力,只强调一种法律效力而忽视另一种法律效力都是不完整的法律效力。

从实践上看,法律效力包括应然法律效力和实然法律效力两个方面。法律的价值只有通过法律的实施才能真正体现出来,法律效力的国家强制作用力也只有通过法律的实施发挥出来。从这个意义上讲,实然法律效力不仅应该称之为法律效力,而且比应然法律效力更为重要。法

[49] 参见前引 [3], 李光灿、吕世伦主编书,第44页以下。

[50] 前引 [3], 潘晓娣文。

[51] 转引自沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第425页以下。

学家的目光必须放到活生生的法律实践中去,“法律理论必须研究规范体系在其社会现实中的实际存在。不考虑社会现实——它与规范的存在主义相对应——的法律科学是不可思议的。”^[62]研究法律效力也必须把重心放在实然法律效力上。研究法律效力必须回答现实向我们提出的问题:希特勒统治时的德国魏玛宪法具有法律效力吗?科学的回答应该是:那时的德国魏玛宪法具有应然法律效力,因为它没有被正当程序所废除;但是没有实然法律效力,因为在实际生活中根本不起作用。由此可见,说法效力包括应然法律效力和实然法律效力两个方面更符合法律实践的要求。

《中国人权百科全书》出版

享有充分的人权是人类长期以来的理想。在实现这一理想的过程中,无数的经验、智慧、观念、制度以及人物、事件经年累积,形成了一个关于人权的独特而浩瀚的知识领域。为了让更多的人得以更多地了解和利用人权知识宝库,充分尊重和保障人权,自1992年7月,中国社会科学院法学研究所和中国社会科学院人权研究中心开始组织编写人权百科全书。全书主体内容从逻辑上分为七个方面,即人权总论、人权历史、权利与自由、国际人权文件、各国人权立法概况、人权案例以及人权组织和机构。共收辞条1046个。全书160余万字。

人权研究在我国起步较晚,该书的多数辞条尚属初次撰写。编撰工作以国际人权文献、中国和有关国家的宪法、法律、法规以及中外经典著作为主要依据,同时也参阅了一些重要的中外文工具书。为保证辞条释文质量,编委会要求编撰者对所涉及的问题先作深入研究,并通过编辑会议和审稿程序讨论和解决疑难问题,从而将辞书编写和人权研究结合起来。在叙述有关学说、制度、机构、人物及事件时,按辞书编撰的一般规则,有定论的按定论介绍,有争论的则介绍不同见解,或概念其客观内容,避免妄加褒贬扬抑。当然,任何学者对知识的整理和介绍,都不可能不带有某种民族的、文化的特色。作为一本由中国学者编撰的主要面向中国读者的书,该书在辞条的选择和撰写上,既注意介绍一般的人权知识,也充分重视适当突出中国的历史文化背景和当代政治法律背景,以适应依法治国、建设社会主义法治国家的需要。

这部辞书的编写历时五载余。著名学者王家福教授、刘海年教授任主编,近百位专家、学者参与撰稿,二十余位学者参加编审工作。该书于1998年2月由中国大百科全书出版社出版。责任编辑杜晓光。

(田木)

[62] [英]麦考密克、[奥]魏因贝格尔:《制度法论》,周叶谦译,中国政法大学出版社1994年版,第56页。