

关键词丛书 主编 / 张一兵

KEYWORD SERIES

法哲学关键词

KEYS OF
LEGAL PHILOSOPHY

◆ 夏锦文 主编

 江苏人民出版社

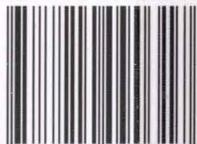
关键词丛书

KEYWORD SERIES

本书精选当代法哲学最具广泛性、代表性和时代性的24个关键词，从本质性、学术性、思想性三个方面，对这些关键词的内在规定性、发展演变的思想脉络以及与其他概念之间的相互关联进行了学术梳理、深度解读和充分阐释。本书在具备丰富的法律理性和知识力量的同时，融入法学之外的社会科学知识和传统人文智慧，以现代公共理性、道义担当和人文关切对这些关键词及其背后的社会变迁、思想发展与法律进步进行了充满情感且富有理性的思考与诠释。从而，既显示了法哲学关键词所固有的理论魅力、实践性质与生活根基，又展现了法哲学对现实社会的强大而深刻的反思和批判能力。

上架建议 法学 / 哲学

ISBN 978-7-214-09031-7



9 787214 090317 >

定价:42.00元

关键词丛书 主编 / 张一兵

KEYWORD SERIES

法哲学关键词

KEYS OF
LEGAL PHILOSOPHY

◆ 夏锦文 主编

 江苏人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

法哲学关键词/夏锦文主编. —南京: 江苏人民出版社, 2012. 12
(关键词丛书)
ISBN 978-7-214-09031-7

I. ①法… II. ①夏… III. ①法哲学—研究 IV.
①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 312806 号

书 名 法哲学关键词

主 编 夏锦文
责任编辑 王 溪 戴亦梁
出版发行 凤凰出版传媒股份有限公司
江苏人民出版社
出版社地址 南京市湖南路 1 号 A 楼, 邮编: 210009
出版社网址 <http://www.jspph.com>
<http://jspph.taobao.com>
经 销 凤凰出版传媒股份有限公司
照 排 江苏凤凰制版有限公司
印 刷 江苏凤凰通达印刷有限公司
开 本 960 毫米×1 304 毫米 1/32
印 张 15.75 插页 2
字 数 420 千字
版 次 2013 年 7 月第 1 版 2013 年 7 月第 1 次印刷
标准书号 ISBN 978-7-214-09031-7
定 价 42.00 元

(江苏人民出版社图书凡印装错误可向承印厂调换)

目 录

前言 1

权利(right) 1

权力(power) 26

正义(justice) 41

秩序(order) 63

正当程序(due process) 78

法治(the rule of law) 94

自然法(natural law) 116

实在法(positive law) 140

法律规则(legal rule) 156

法律原则(legal principle) 176

法律体系(legal system) 195

立法(legislation) 216

法律效力(validity of law) 231

- 法律行为(legal action) 257
- 法律关系(legal relation) 282
- 法律责任(legal responsibility) 300
- 司法(justice) 314
- 法律解释(interpretation of law) 341
- 法律推理(legal reasoning) 363
- 司法审查(judicial review) 384
- 法律文化(legal culture) 405
- 法律语言(legal language) 424
- 法律职业(legal profession) 442
- 后现代法学(postmodern jurisprudence) 468

权利(right)

在法哲学领域,和正义、公平、自由等范畴一样,权利这一术语吸引中外众多思想家投入了相当多的关注和思考。这种普遍的兴趣、思考和论争,既决定于权利范畴在整个法学理论体系中的重要基石地位,又昭示了人们围绕权利问题所作阐释的复杂性和多样性。

确切地说,权利问题甚或权利这一概念是法学演进至近现代方才凸显出来的。这是法律文明对整个人类解放事业和人的主体性发展的理论与制度反映。对于复兴于上一世纪 80 年代的中国法学而言,由当时的历史背景所决定,权利理论尤其受到法学家们的青睐。学者们经过论辩最终达成了相当程度的一致:权利和义务是法的基本元素,“权利(包括义务),如同经济关系、经济学中的商品一样,在法律关系与立法中是最基本的细胞,在立法体系中最基本的元素,在法学中最基本的范畴”^①;“认识了权利也就认识了法,揭示了权利的真谛也就揭示了法的真谛”^②。在 20 世纪的最后二十年,“以权利和义务为基本范畴重构法学理论”从口号转化为行动,并且成绩斐然,有学者称之为“当代中国法学领

① 郭道晖:《论法定权利与权利立法》,载《法制现代化研究》第 1 卷,南京师范大学出版社 1995 年版,第 23 页。

② 文正邦:《有关权利问题的法哲学思考》,载《中国法学》1991 年第 2 期,第 47 页。

域最重大的事件之一”^①。在当下中国法学界,不仅权利理论是一种十分重要的学术研究范式,而且原本只具有描述、分析意义的权利范畴,已然被注入了浓厚的价值意蕴,甚至有学者直接把权利作为法的价值要素之一来看待。

权利概念的源与流

权利作为一种文化和制度现象,是与法律现象一同出现在人类社会的,正如英国学者米尔恩所论断的那样,“权利概念为社会生活所必需”^②。米尔恩指出,在古希腊时代,希腊人虽然没有能从字面上译成我们所谓“权利”的单词,但他们显然拥有对权利概念的有效理解。他从财产关系和契约关系在人类社会生活中的必然存在论证了权利观念和权利规则的必然存在:

财产制度的某种形式为社会生活所必需。没有它,社会成员就无法占有、分配、使用和维护团体和个人的生存所必需的物质资料。承诺也是必要的。没有它,社会成员就不能签订并执行协议,就不能从事制度化合作,而这种合作正是社会生活的要素之一。这些制度和做法均由规则来构成,规则必然要授予权利,而不论有没有单个的词语来表达这些权利。财产规则必定授予人们获取、转让物质资料和劳务的权利。承诺规则必定授予受约人要求守约的权利。^③

米尔恩还指出,“此外,权利概念还是社会成员资格概念的一部分。……根据成员资格,伙伴成员之间应该相互提供某种行为和不行”^④。也就是说,权利是社会成员生存于社会整体当中进行社会交往的

① 张文显:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社1993年版,第73页。

② [英]A. J. M. 米尔恩:《人的权利与人的多样性》,夏勇、张志铭译,中国大百科全书出版社1995年版,第9页。

③ 同上书,第8页。

④ 同上书,第8—9页。

必然产物。米尔恩的分析不但论证了权利现象与人类文明相伴而生的历史必然性,更深刻地揭示了社会经济交往活动之于权利观念的决定性本体意义。

诚然,权利和义务,“作为明确的法哲学概念(范畴),它们仅有 300 余年的历史”^①,因为“直到中世纪结束前夕,古代和中世纪语言里没有任何可以被准确地译成我们所谓‘权利’的语词”^②。英国学者梅因、哈特和美国学者庞德等人的研究表明,古希腊思想家并没有直接议论权利问题的词句,在他们的著作中根本没有出现过“权利”之词,他们的语汇中也不存在与现代法学中的“权利”等值或内涵相当的词语。^③

然而毫无疑问,尽管在古希腊哲学中没有明确的权利概念,但古希腊的思想家们从伦理学、政治学的角度所讨论的正义以及正义的标准问题,无可避免地必然触及到权利问题。在亚里士多德那里,作为“天生的政治动物”的人,一旦成为城邦的一分子(公民),就由城邦分配给予参与政治生活和参加城邦管理的资格;在斯多葛学派那里,一个人不再仅是城邦的一分子,而是整个人类中的一个完整独立单位,每个人基于不可分享的自身内心世界而获得了自我独立的人格和相互平等的地位。可见,古希腊哲学中蕴含的权利思想乃是通过对人的主体性的关注来谈论正当性或正义性的,这也就是最初的权利观念的萌芽形态。这个萌芽特别注重于从个人与城邦、个人与社会的关系角度论述“权利”问题,更是对后世的权利理论发展产生了重大的影响。^④

罗马法是人类古代法律制度的顶峰之作,在罗马法中也并没有确切的、单独的权利概念。“但是罗马人却以法律,即政治组织社会的强力的系统适用,来支持凡是正当的或正义的事情,而这就引到权利的观念上

① 张文显:《法哲学范畴研究(修订版)》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 281 页。

② [英]A. J. M. 米尔恩:《人的权利与人的多样性》,夏勇、张志铭译,中国大百科全书出版社 1995 年版,第 6 页。

③ 张文显:《法哲学范畴研究(修订版)》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 282 页。

④ 杨春福:《权利法哲学研究导论》,南京大学出版社 2000 年版,第 11—12 页。

来了。”^①也就是说,罗马法已经运用具体的法律制度和技术相当程度地实现了权利的观念,确如梅因所言,“概括的权利这个用语不是古典的,但法律学有这个观念,应该完全归功于罗马法”^②。根据庞德的介绍,当今译为“一个权利”的拉丁词“**Jus**”在罗马法中有十余种含义,其中四种接近于我们今天所理解的“权利”:一是受到法律支持的习惯或道德的权威,例如家长的权威;二是权力,即一种受到法律支持的习惯权力或道德权力,例如所有人出卖其所有物的权力;三是自由,即一种受到法律保护的正当自由,例如一个人有在自己的土地上建造房屋的自由,而无论这所房屋多么丑陋并触犯了邻居的审美感;四是法律地位,即公民或非公民在法律秩序中的地位与人格。^③这四种含义无一不与今天的权利概念密切相关。正是因此,马克思说:“其实是罗马人最先制定了私有财产的权利、抽象权利、私人权利、抽象人格的权利。”^④

在神学思想占据绝对统治地位的中世纪,被包容在神学中的法学理论关注的是上帝统治人类的特权即神权而非人的权利,权利观念随着人的主体性泯灭在封建等级式的社会关系中而失去了生长的土壤。不过,后期的托马斯·阿奎那提出了把权利理解为“正当要求”,并从自然法理念的角度把人的某些正当要求称之为“天然权利”。中世纪末期,资本主义生产方式的发展使权利观念成为社会主体不可避免的自觉,权利理论也因之滥觞。作为“权利”的“**Jus**”开始明确地区别于作为“法”的“**Jus**”和作为“正当”的“**Jus**”。**Jus**的这三种语义开始用文字予以确定和传播。荷兰古典自然法学的代表人物格劳秀斯率先区分了“**Jus**”的这三种不同含义,并“把权利看作一种品质,认为权利是人作为一个理性动物所固有的

① [美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制、法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆1984年版,第44页。

② [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第102页。

③ [美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制、法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆1984年版,第44—45页。

④ 马克思:《黑格尔法哲学批判》,载《马克思恩格斯全集》第一卷,人民出版社1956年版,第382页。

一种品质。由于它是一种道德品质,就使得一个人拥有某些东西或做某些事情是正当的和正义的”^①。

至17、18世纪,古典自然法学派作为资产阶级革命的思想先锋在反封建、反专制的斗争中高举起了平等、自由、“自然权利”、“天赋人权”等旗帜,其代表人物霍布斯、洛克、孟德斯鸠、卢梭等人分别从不同的侧面阐发了启蒙时期的权利理论。

霍布斯认为,在充满了“每个人对每个人的战争”的自然状态中,任何个人都有利用一切可能的办法来保护自己的自然权利。所谓自然权利“就是每一个人按照自己所愿意的方式运用自己的力量保全自己的天性——也就是保全自己的生命——的自由”^②。在这里,霍布斯用自由来解释权利,进而指出人们为了避免战争可以通过让渡或放弃权利(自由)而达成契约、实现和平。

与霍布斯相反,洛克心目中的前于国家的自然状态是一种自由、平等的“完备无缺的自由状态”,在这种自然状态中存在着体现人类理性的自然法。自然法设定了人与人之间的平等和独立关系,同时也设定了每个人与生俱来的生命、健康、自由和财产等自然权利。^③而立基于社会契约之上的政府制定并执行法律,不过是为了保障人们的自然权利。

在孟德斯鸠那里,人们在法律上的公民权利和政治权利都应是人类理性即自然法的体现。“每个国家的政治法规和民事法规应该只是把这种人类理性适用于个别的情况。”^④众所周知,孟德斯鸠通过政治权力分立并相互制衡的制度设计,实现了他在权利保障方面最伟大的理论贡献。孟德斯鸠洞见到,只有在权力相互约束的政治体制下,公民才能拥有真正的自由权利。

① [美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制、法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆1984年版,第45页。

② [英]霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1986年版,第94页。

③ [英]洛克:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第5—7页。

④ [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1961年版,第6页。

卢梭的权利思想同样建立在自然法理论基础之上,他也把权利首先看作是个人在自然状态下享有的自由、生命、财产等天赋权利。在卢梭的社会契约论中,人们在完全平等的基础上自愿联合起来建立国家,国家的主权者是作为一个整体的人民共同体,它能够通过制定法律来有效地保障公民的权利。与洛克不同,卢梭不认为结合成政治联合体的人们可以继续拥有一些不可让渡的权利。反之,他认为如果个人保留了某些权利那么联合体也就不完美了,“于是自然状态便会继续下去,而结合就必然会转变为暴政或者是空话”^①。所以,卢梭的社会契约论要求“每个结合者及其自身的一切权利全部都转让给整个集体”^②。这个由公民组成的至高无上的团体将保证个人重新得到因放弃自然权利而失去的东西。^③

18至19世纪的哲理法学派是古典自然法学在德国的特殊面相。其代表人物康德在《法的形而上学原理——权利的科学》一书中集中表达了他的权利思想。“自由”是康德法哲学中的核心概念,也是康德心目中的核心权利。他明确指出:“只有一种天赋的权利,即与生俱来的自由。……它是每个人由于他的人性而具有的独一无二的、原生的、与生俱来的权利。……这是每个人生来就有的品质,根据这种品质,通过权利的概念,他应该是他自己的主人。”^④所谓自由,乃是每个人独立于别人的强制意志,在自身意识支配下行动,并且同时能够和其他人的自由相

① [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆2003年修订版,第20页。

② 同上书,第19页。

③ 在这样的理论假设下,“公意”在卢梭哲学中自然而然地成为一个核心概念。在由契约缔造的政治社会中,个人不服从其他任何人的意志而只服从“公意”,即政治共同体的意志。所以罗斯科·庞德说:“对卢梭来说,法律不是自然法或永恒的权利和正义原则的体现,而只是公意的体现。”(转引自[美]E.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64页注释[2])。因为卢梭认为“并没有而且也不可能有任何一种根本法律是可以约束人民共同体的,哪怕是社会契约本身”。而且“主权者就没有、而且也不能有与他们的利益相反的任何利益;因此,主权权力就无需对于臣民提供任何保证,因为共同体不可能想要损害它的全体成员”。([法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆2003年版,第22—23页。)

④ [德]康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第50页。

并存、相协调。康德的理论不仅强调了自由(权利)的主观意志性,而且强调了自由(权利)是一个主体间的关系概念。另外,康德把权利做出了两种角度的区分:其一为“自然的权利”与“实在法规定的权利”——“自然的权利以先验的纯粹理性的原则为根据;实在的或法律的权利是由立法者的意志规定的”;其二为“天赋的权利”与“获得的权利”——“天赋的权利是每个人根据自然而享有的权利,它不依赖于经验中的一切法律条例。获得的权利是以上述法律条例为根据的权利”^①。

同卢梭一样,康德的律法其实不是来自自然法的印证,而是来自人民的联合意志。也就是说,律法是主权者的联合意志的产物,而不是自然正义的产物。也同卢梭一样,康德认为人民在订立“原始契约”时无须对自然权利有所保留,因为“最高权力本来就存在于人民之中,因此,每个公民(仅仅作为臣民)的一切权利,特别是作为国家官吏的一切权利,都必须从这个最高权力中派生出来”^②。由于康德认为主权者是一切律法的渊源,它本身就不会作恶,因此作为主权者化身的国家对于臣民只有权利,没有义务。忍受立法权的滥用是人民的义务——即使他们忍无可忍。而且由于人们的自由和权利只能由立法机关多数人的意志加以保护,因此在康德那里司法机关无权决定立法的合法性与否。^③ 在有的学者看来,康德的法哲学理论显现出一种深度的“悖反”,即“其政治哲学的立论表面上是自然法的,而其在国家与律法学说的神髓则是律法实证的”^④。

19世纪中期以后,随着西方资本主义的发展和各民族国家的建立,由商品经济生产方式决定的律法调整系统日渐发达,法学发生了“从哲学到科学”的转向。分析法学的兴起,使得权利不再只是一个政治哲学的话语,而被作为一个律法学的基本概念总结出来,进而成为一系列技

① [德]康德:《法的形而上学原理——权利的科学校》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第49页。

② 同上书,第176页。

③ [美]E.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71—74页。

④ 刘军宁:《共和·民主·宪政——自由主义思想研究》,上海三联书店1998年版,第141页。

术化的、可操作的制度安排。换言之,权利的研究进入实证化阶段。古典自然法学的自然权利理论遭到了分析法学颠覆式的批判。英美分析法学家们主张权利是法律的产物,人的权利来自于实证法的规定;假想的法律或自然法只能产生出假想的权利,自然权利是一派胡言。边沁认为,权利这个概念应该限定在法律的范围内,因为道德上对权利提出的需求和主张本身并不是权利,正如饥饿者的需求不是面包一样。伯克说,我能理解什么是英国人的权利,但不能理解什么是人的权利(自然权利)。^①

19世纪末,以实用主义和功利主义哲学为指导的德国法学家耶林,用“利益”来界定权利概念,从而在根本上改变了自然法学派和哲理法学派的权力观念,也部分地否定了分析法学家在权利分析上的形式主义。耶林认为:“权利就是由受到法律保护的一种利益。所有的利益并不都是权利。只有为法律所承认和保障的利益才是权利。”^②耶林以利益为落脚点的权利理论,对后世特别是对以庞德为代表的社会学法学影响极大。

20世纪初期,分析法学派开始注重对权利进行具体内容和类型的研究,并把权利与义务、法律关系等概念联系起来讨论,丰富了权利理论。美国分析法学家霍菲尔德把权利和义务视作法律的“最低公分母”,以此强调对权利和义务进行分析的重要性。^③霍菲尔德认为,权利一词可能包含“特权”、“要求”、“权力”和“豁免”四种含义。其中“特权”是指权利人对任何人都不负有做某事的义务,例如某人任意打发闲暇时光的权利、随意留胡须的权利,这也就是狭义上的自由(权);“要求”是指权利人有权要求他人对自己给予积极协助或不得干预,例如老年人领取养老金的权利、要约人要求对方信守诺言的权利,这也可以理解为主张(权);

① 张文显:《法哲学范畴研究(修订版)》,中国政法大学出版社2001年版,第285页。

② [美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制、法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆1984年版,第46页。

③ 张文显:《法哲学范畴研究(修订版)》,中国政法大学出版社2001年版,第285页。

“权力”是指权利人有资格或能力创设或改变某种法律关系,例如产权人出卖或赠与自己的财产、警察有权询问案件当事人;“豁免”是指权利人具有免除某种责任的资格,例如国会议员不因他在国会里的发言而受法律的追究。^①权利的这四种含义相应地会形成四种法律关系:(1)狭义的权利—义务关系,它意味着“我主张,你必须”;(2)特权—无权关系,它意味着“我可以,你不能限制我”;(3)权力—责任关系,它意味着“我能够,你必须接受”;(4)豁免—无能力关系,它意味着“我可以免除,你不能强加”。^②显然,这些法律关系种类基本囊括了现实社会生活中的可能性,而其成功的前提即在于霍菲尔德对权利范畴的类型界定。霍菲尔德对权利和义务及由它们组合成的各种类型的法律关系的分析在英美法系各国产生了深远的影响。

20世纪40年代,美国社会学法理学的代表人物庞德考察和梳理了法学史上的权利概念的多种意义,对各种权利概念进行了比较研究。他指出,权利这个词比别的任何一个词的含义都丰富,它至少在六种所指上被人们使用:^③一是指利益,是基于伦理的理由应当加以承认和保障的利益,也就是人们认为应当为政府所承认并付诸实施的各种主张或要求;二是指得到法律实际承认和界定的利益,这种法律确认连同保障该利益的法律实施,庞德称之为广义的法律权利;三是指通过政治社会的强力来强制另一个人或所有其他人去从事一定行为或不从事一定行为的能力,庞德称之为狭义的法律权利;四是指一种创立、改变或剥夺各种狭义法律权利从而创立或改变各种义务的能力,庞德称之为法律上的权力;五是指某些可以说是法律上不过问的情况,也就是某些对自然能力在法律上不加限制的情况,这就是自由权,这里同时包括在特定场合下免除对过错负责的特殊情况,即特权;六

① [英]A. J. M. 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118页。

② 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第492—493页。

③ [美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制、法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆1984年版,第46—48页。

是指纯伦理意义上的正义。“利益,利益加上保障这种利益的法律工具,狭义的法律权利、权力、自由权和特权,这六者在任何细心的思考里,都需要加以区别。”^①

二战以后,美国自由主义法学代表人物罗纳德·德沃金为权利理论的发展做出了杰出的贡献。权利理论是德沃金全部法学理论的核心、基调与主旋律,德沃金的法学理论体系就建立在权利理论之上。为此,德沃金的理论又被称为“权利法学”,被视为古典自然法和自然权利学说的现代版本。^② 在德沃金的权利理论中,权利既可能是由法律规定的,也可能是政治或道德上的;既可能是指实证权利,也可能是指自然权利;既是个人的道德主张,也是公民对抗政府的正当理由。与长期支配英美法哲学的法律实证主义和功利主义相反,德沃金认为权利是法律的道德权威所在,是人们对法律有信心的理由。他明确指出:“自然权利的思想并不是一个十足的玄学概念。……任何以权利为基础的理论都必然认为权利不仅仅是有目的的立法的产物,或者明确的社会习俗的产物,而是判断立法和习俗的独立根据。”^③

在德沃金的权利学说中,核心权利不是自由而是平等。他认为,在一个自由主义的平等概念所支配的国家里,每位公民都有一种受到平等关心和尊重的权利。“这一抽象的权利可以包括两种不同的权利。第一种权利是受到平等对待的权利,……第二种权利是作为平等的人受到对待的权利。”^④其中后者不是一种平等分配利益和机会的权利,而是在有关应当如何分配某些利益和机会的政治决定中受到平等关心和尊重的权利。德沃金主张“作为平等的人受到对待的权利”必须被当作自由主义平等概念的根本要素。

① [美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制、法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆1984年版,第48页。

② 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第70—71页。

③ [美]罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,上海三联书店2008年版,第238页。

④ 同上书,第362页。

规范主义权利观之反思

“众多的法学家们绞尽脑汁提出的多种多样的关于权利的解说没有一种得到过普遍赞同的殊荣。所以,研究权利概念,给‘权利’作一定义性解说,常常被认为是一件出力不讨好的事。”^①尽管如此,学者们依然在这条艰辛的道路上孜孜以求,其结果不乏真知灼见。关于权利范畴的种种释义和界定,有学者详尽介绍、整理、并提炼了中外法学中的八种主要主张,即资格说、主张说、自由说、利益说、法力说、可能说、规范说和选择说,并中肯地评判了它们各自的理论优势和积极意义以及显在的片面性缺点。^②

权利概念的多样性充分表明了权利现象包含着多种属性、多种要素。上述八种关于权利范畴的界定都一定程度地揭示了权利的某个或某些要素、特征,有着一定的科学性、合理性。但是,它们也都同时忽略了权利属性的多样性以及这些属性的内在联系,片面地强调某一要素,导致其他要素的缺失。其中,资格说、法力说、可能说、规范说和选择说站在实证规范主义法学的立场上,将法律的规定或承认作为权利的前提,在实证法框架内描述、分析权利现象,更多地展示了权利的外部特征;主张说、自由说和利益说跳出法律审视权利,侧重于从权利的主体或者权利的本来来定义权利,显现了更为浓厚的哲学意味,洞见了权利现象的若干本质属性,如主体性、主观性、客观性等。显然,两个阵营的结论是由其各自的方法决定的。从这个意义上说,我们无法得出孰优孰劣的判断。

在我国法学界,由于长期受前苏联法学的影响,20世纪90年代之前的权利理论基本上将权利界定在法律规定或法律授予的前提之下,呈现出鲜明的规范主义的权利观;在权利与法律的逻辑关系上,认为法律乃

^① 刘作翔:《法律的理想与理想的法律》,载《政治与法律》,1995年第1期。

^② 张文显:《法哲学范畴研究(修订版)》,中国政法大学出版社2001年版,第300—309页。

是权利的母体,权利来自法律的赋予或认可,即权利就是法律权利(法定权利)。这种观点除了在前述“可能说”和“规范说”中能够得到鲜明的体现以外,还有许多类似的定义,举如“权利指法律对法律关系主体能够作出或不作出一定行为,以及要求他人相应作出或不作出一定行为的许可与保障”^①。又如“权利是规定或隐含在法律规范中、实现于法律关系中的主体以相对自由的作为或不作为的方式获得利益的一种手段”^②。再如“权利是指国家对人们依照法律规定可以自主决定作出的某种行为的许可和保障,人们通过实施这样的行为直接或间接地获取一定的利益”^③。

笔者认为,法理学(法哲学)的学科性质决定了它的任务是“跳出法律来研究法律”,“权利”作为法理学(法哲学)的基本分析工具必须有其超越实证法律的理性位置。因此,我认为上述立足于规范主义立场的权利定义有如下两点缺陷:

第一,它的规范主义态度使得权利绝对地被界定在实证法律规范之内,强调权利“是由法律规范明文规定或至少可以从法律规范的精神中推定出来的”^④。这种界定显然无法回答现实法律之外的其他社会法权要求的归属问题。马克思在《关于林木盗窃法的辩论》一文中指出,尽管贫民们捡枯枝的习惯并未得到法律的确认甚至还遭到了法律的惩罚,但是“在贫民阶级的这些习惯中存在着本能的权利感,这些习惯的根源是肯定的和合法的”^⑤。在这里马克思将贫民捡枯枝的权利称为“习惯权利”,这时候权利的表现形态是习惯。因此,人类社会的权利现象绝不能简单地归之于法定权利。虽然该观点的主张者可能意识到了定义的此

① 《中国大百科全书·法学卷》,中国大百科全书出版社 1984 年版,第 458 页。

② 张文显:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社 1993 年版,第 82 页;张文显主编:《马克思主义法理学》,吉林大学出版社 1993 年版,第 320 页。

③ 王勇飞、张贵成主编:《中国法理学研究综述与评价》,中国政法大学出版社 1992 年版,第 286 页。

④ 张文显:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社 1993 年版,第 82 页。

⑤ 马克思:《关于林木盗窃法的辩论》,载《马克思恩格斯全集》第一卷,人民出版社 1956 年版,第 147 页。

种局限性,但其申辩的理由是,“在没有得到法律或法律机关承认之前,法外的权利主张只是一种主观要求,没有客观的法律效力”^①。不辩自明的是,那些未被法律规范所肯定的即权利主张和权利关系虽然没有法律效力,但依然是客观的社会存在。正如马克思所给出的例证那样:“出版法就是出版自由在立法上的认可。它是法的表现,因为它是自由的肯定存在。所以,甚至当它完全没有被采用的时候,例如,在北美,它也是应当存在。”^②因此,只有进一步将权利区分为应有权利与法定权利,将应有权利作为权利现象的一种表现形态,才能科学地回答权利的本质问题、权利与法的关系问题,也才能摆脱规范实证主义的方法论缺陷。

第二,这一定义只强调了权利的工具意义,即把权利仅仅看作“一种手段”,而忽略了权利之于法律的本体意义。^③其实这个缺陷是以第一个缺陷为前提的。既然下定义者把权利只归结为法定权利,那么权利也就只能沦为实现法律的手段,而无视权利的本体价值。笔者认为,终极意义上的权利本身就是人类的一种基本价值和目的的象征,而不是达到其他任何目的的手段。权利就其本质来说是人的主体性的要求。充分弘扬人的主体性是全人类的永恒价值,权利正是这种价值的载体或确证方式。

20世纪90年代以后,过去的权利法定观和权利工具论在我国法理学领域日渐淡出,学者们对权利概念的界定往往更多地表现为对上述多种权利学说中的某两个或几个要素的糅合。例如,有学者将资格说与可能说结合起来,认为“所谓权利,实际上就是人们为满足一定的需要,获

① 张文显:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社1993年版,第82页。

② 马克思:《关于出版自由和公布等级会议记录的辩论》,载《马克思恩格斯全集》第一卷,人民出版社1956年版,第71—72页。

③ “手段说”在我国法学界并非一家之言,其赞同者甚众,如:“权利意指法律中的主体以相对自由地作为或不作为的法定方式获得利益的一种能动的手段。”(徐显明:《公民权利义务通论》,群众出版社1991年版,第12页。)又如:“权利是法律关系中的主体以相对自由的作为或不作为的法定方式获得利益的一种能动的手段。”(林喆:《权力腐败与权力制约》,法律出版社1997年版,第189页。)

求一定的利益而采取一定行为的资格和可能性”^①。有学者将自由说与利益说结合起来,认为“权利是由社会经济结构和文化发展所制约的人们在社会关系中的行为自由及其界限,它意味着人的积极性、创造性的发挥和对物质的、精神的利益的享有”^②。还有学者将主张说与利益说结合起来,认为“对于人们现在习见习用的权利概念,可以由两个方面去理解。一方面,它表现为主张、要求或者合理的期待。另一方面,这些主观意向又同客观的利益发生密切的关联”^③。诚如有的学者所言,权利包含着多方面的属性(要素),其中主要有利益、主张、资格、权能^④、自由等,“对于一项权利的成立来讲,这五个要素是必不可少的。以其中任何一种要素为原点,以其他要素为内容,给权利下一个定义,都不为错。这就要看你强调权利属性的哪个方面”^⑤。

从表面上看,权利是私人化的事情,是人的主体独立性的观念体现和制度承认,是法律制度对社会成员的正当利益主张和主体地位的确认和实现;权利甚至显化了个人与个人之间、社会与国家之间的分立乃至对抗。“但实际上,现代权利制度不会激化只会容纳社会共同体的分裂与对抗并将其保持在适当的范围内,通过权利义务关系的调整使其得以缓释。这是解决社会冲突的制度化方式”,因为“对个人权利的承认不仅意味着对个人需求和个人身份的个人性的承认,而且意味着对个人需求和个人身份的社会性的承认。因此,权利的发展,意味着社会结合方式的改进”^⑥。权利观念和权利制度的实质,乃是随着对人主体性的承认与捍卫而同时作出的对社会主体分立与协作关系的最为恰当的合理安排。

① 吕世伦、文正邦主编:《法哲学论》,中国人民大学出版社1999年版,第544页。

② 武步云:《马克思主义哲学引论》,陕西人民出版社1992年版,第199—200页。

③ 梁治平:《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》,中国政法大学出版社1991年版,第160页。

④ 该学者将权能解释为“权威和能力”笔者认为不妥。权能即是指权利能力,因此用“权能”来定义权利是同义反复。参见夏勇《人权概念起源》,中国政法大学出版社1992年版,第44页。

⑤ 夏勇:《人权概念起源》,中国政法大学出版社1992年版,第44页。

⑥ 夏勇主编:《走向权利的时代(修订版)》,中国政法大学出版社2000年版,第11页。

由此,我们得到了两个认识权利的视角,一是个体意义上的权利(主张),二是整体意义上的权利(关系)。其中后者更为根本地揭示了权利的本质意义:权利是一个表征“关系”的范畴,权利表达了社会主体之间的一种社会关系,一种普遍的、正当的利益关系;这种普遍的、正当的社会关系是对原本等级制的、人的相互依赖的社会关系的反动,是现代中国社会之社会关系结构的基本存在面相。

因此笔者认为,权利是一定的社会物质生活条件下由社会主体所提出的正当利益主张而形成的普遍化、固定化的社会关系,这种利益关系构成了法律的基本内容,社会主体凭借法律的肯定获得实现利益关系的资格、能力与自由。这个定义用“(社会)关系”来界定和指称权利范畴,同时充分考虑、吸纳权利现象的多重属性和特征,是一个更具有综合性的权利概念。这一定义表明,权利既是主观的又是客观的,既是价值的又是实证的。权利是主观的,因为它表达了社会主体的正当性意志主张;权利是客观的,因为它源于由一定社会物质条件决定的利益需要,是以利益为内容的社会关系。^①权利是价值的,因为它体现了人的主体性地位与自由;权利是实证的,因为它是社会主体凭借法律而获得的一种资格和能力。

权利的类型理论

关于权利的分类,从不同的标准出发必然可以得出一些各自在其言说语境中逻辑自洽的结论。例如有学者根据权利的内容之重要性程度将权利分为基本权利和普通权利,根据权利的效力范围分为一般权

^① 将权利理解为一种“关系”,除了马克思主义权利观外,西方也有学者作此表述,权利首先“只涉及一个人对另一个人的外在的和实践的关系,因为通过他们的行为这件事,他们可能间接地或直接地彼此影响”。([德]康德:《法的形而上学原理——权利科学》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第39页。)
“所谓‘权利’,关系到个人(或以个人同等资格在社会关系中出现的团体及公司等)与个人之间的一定形式的社会关系。”([日]川岛武宜:《现代化与法》,申政武、渠涛、李旺、王志安译,中国政法大学出版社1994年版,第143页。)

利(对世权)和特殊权利(对人权),根据权利与义务之间的因果关系分为第一性权利(原有权利)和第二性权利(补救权利),根据主体实现其意志和利益的方式分为行动权利和接受权利。^①又有学者根据权利所反映的法律关系的性质将权利分为政治权利、财产权利、人身权利等,根据权利相应义务人的范围分为绝对权利与相对权利,根据权利发生的因果关系分为原权与派生权,根据权利之间固有的主从关系分为主权利与从权利。^②凡此种种,不胜枚举,但仔细考量,却可以体会出它们无外乎两种认识论倾向,其一是致力于从权利的具体内容上区分权利的不同种类,其二是从权利运行的角度揭示、甄别权利的不同实现方式。前者有助于我们看清权利“有什么”,后者有助于我们明白权利“是怎样的”。

从实证分析功能和逻辑严整性的角度来看,以权利的实现方式为标准把权利分为“行为权”和“接受权”,对于认识权利有着明显的分析优势。当代人权理论家米尔恩极为赞同这一看法。他指出,所谓行为权是指有资格去做某事或以某种方式做某事的权利,比如投票、保持沉默;所谓接受权是指有资格接受某物或以某种方式受到对待的权利,比如受到尊重、接受养老金。^③这种权利分类理论在逻辑上做到了周延,并且十分有助于法律制度的创制、分析和适用。

无独有偶,前述美国分析法学家霍菲尔德将权利区分为“特权”、“要求”、“权力”和“豁免”四种类型,也是从实现方式的角度进行的。其实,米尔恩的二分法与霍菲尔德的四分法在理论上是可以实现对接的,或者说后者只是前者的再细分。具体地说,米尔恩将权利分为接受权与行为权,其中接受权包括了积极的接受权和消极接受权,积极的接受权是指权利人有资格要求他人给予自己某种待遇,亦即霍菲尔德的“要求”权;

① 李龙主编:《法理学》,武汉大学出版社1996年版,第189—190页。

② 《辞海》,上海辞书出版社1989年版,第1411页。

③ [英]A. J. M. 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112页。

消极接受权是指权利人有资格要求他人不以某种方式对待自己,亦即霍菲尔的“豁免”权。就行为权而言,包括了“自主”行为的权利和“主他”行为的权利,“自主”行为的权利即是霍菲尔的“特权”(自由权),“主他”行为的权利也就是霍菲尔的“权力”。^①

上述无论米尔恩还是霍菲尔的权利类型理论之所以具有法律方法上的优势,乃是由于其分类的标准仅着眼于权利的实现方式,从而回避了权利的具体内容的繁杂,甚至回避了因权利的主观性而带来的道德差异问题。但毫无疑问,他们的成功仅限于分析法学视域内,他们的权利类型理论并没有也不容易跳出实证法律的范围在本体论层面解决“外于法律的”权利现象的多样性问题。

如前所述,在我国法学界曾经长期存在一个根深蒂固的权利观念,就是强调权利与法律的不可分割性,仅仅承认法律意义上的现有权利(法定权利),而忽视或不承认应有权利(道德权利),认为合法性是权利的本质属性。^②此种态度不同程度地体现在大量著述和辞书所下的权利定义之中。诚然,从不同的视角人们可以对权利现象作出哲学的、社会学的、经济学的、政治学的、法学的等多种阐释,每一种视角的选择即意味着在揭示权利现象某一层面属性的同时也暴露了该选择的方法论局限。但是,在法哲学层面将权利进行应然与实然、价值与事实、规范与实证的逻辑类型区分是十分必要的。只有逻辑地——同时也是历史地——将权利概念作出几种形态的分层解剖,才能从纵向上澄清权利现象的生发与嬗变过程和阶段,才能科学地厘定权利与法律的关系,才能帮助我们从权利的视角揭示法律的本质属性,也才能真正阐明“权利本位”的理论内涵。为此,这种权利的类型或曰形态理论较其他现象层面的分类更具有学术意义。

① [英]A. J. M. 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 118—119 页。

② 我国法学中所称的合法性通常是指“合乎实在法律的规定性”,而非西方法学中讨论的作为“正当性”、“正统性”意义上的“合法性”。这亦是规范主义的法学立场使然。

1. 应有权利(道德权利)

关于应有权利的存在根据及其对于现有权利的优先性问题,有学者从马克思主义唯物史观出发,在哲学和法学两个层面做出了极有说服力的论说。该学者认为,应有权利是人的生存和发展的基本价值需要,“是人的价值的集中体现或载体,是人作为社会主体的价值确证方式,是主体资格的权能表现。它反映了主体的不可遏止的权利需要和权利本能感”^①。人的应有权利包括那些属于生存、生理一类性质的需要以及高级的精神需要,所有这些需要的具体社会形式便是利益。利益是社会主体的行为目标和内在动力,也是主体的应有权利赖以存在和实现的最深厚的根源。“人们奋斗所争取的一切都同他们的利益有关”^②,而权利总是直接或间接地表达着一定的利益,法律对应有权利的确认和保护,实际上就是对一定利益和获得一定利益的行为方式的保障。

因此,根据马克思主义法哲学观,一定社会的物质生活条件决定了社会主体的各种具体需要和利益要求,形形色色的利益要求在社会主体的现实实践中被普遍化、抽象化、固定化,被赋予应有权利的理念。它们在经典作家的著述中往往被表达为“习惯权利”或“法权要求”;一定社会条件下的人们因“法权要求”而结成的社会关系被称为“法权关系”。“法权要求”和“法权关系”乃是现实法律规范的本源。正是因此,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”^③。所以,应有权利是法律上的权利(现有权利)的原生形态,是现有权利被确认的客观根据。对于现实法律规范和现有权利来说,应有权利具有本体意义。

20世纪90年代中期以后,我国大陆越来越多的学者接受了应有权

① 公丕祥:《合法性问题:权利概念的法哲学思考》,载《社会科学战线》1992年第3期。

② 马克思:《关于出版自由和公布等级会议记录的辩论》,载《马克思恩格斯全集》第一卷,人民出版社1956年版,第82页。

③ 马克思:《论离婚法草案》,载《马克思恩格斯全集》第一卷,人民出版社1956年版,第183页。

利的概念,认同了权利的应有与现有(法定)之分。他们对应有权利所下的定义也具有很大的一致性,例如:“权利的最初形态就是‘应有权利’或习惯权利,即人们基于一定的社会物质生活条件而产生的权利要求,或公民作为社会主体在现实条件下和可以预见的范围内应当具有的一切权利。”^①“应有权利是权利的初始形态,它是特定社会的人们基于一定的社会物质生活条件和文化传统而产生出来的权利需要和权利要求,是主体认为或被承认应当享有的权利。”^②

尚须进一步言明的是,应有权利并不完全等同于社会主体具体的利益要求,而是后者的抽象化、社会化形态。首先,应有权利产生于一定的社会物质生活条件下,是利益要求的综合性、整体性反映,因而不包括社会个体成员不切实际的利益主张,它虽然是一个富有意志色彩的概念,但却并非是个体的任意;其次,它的生发过程始终伴随着正当与否的正当性评判,承载了群体的价值观念,往往外在地表现为社会整体的道德主张(因之应有权利又被称为“道德权利”),它更多地具有社会意义而非个体意义,因此它也不可能包括“偷窃权”之类的利益主张。一如有学者指出的那样,“应有权利作为一个价值判断的定向选择,它的‘应有’之意在于:尚未为法律确认为法定权利,而实际上构成法定权利价值原则、基础的那些权利必须是合道德性的权利”^③。

2. 现有权利(法定权利)

现有权利,即法律意义上的权利或有法律根据的权利。法律性因素是现有权利区别于应有权利的最显著特征,因此现有权利也被称为“法定权利”或“法律权利”,以与“道德权利”相对应。

从现象上看,现有权利来自于法律规范的直接规定或法律原则的推定,实质上它是应有权利的制度化、规范化形态。应有权利通过立法者这一中介,以国家意志的形式外化为现有权利。因此一个立法过程可以

① 吕世伦、文正邦主编:《法哲学论》,中国人民大学出版社1999年版,第550页。

② 张文显:《法哲学范畴研究(修订版)》,中国政法大学出版社2001年版,第311页。

③ 程燎原、王人博:《赢得神圣——权利及其救济通论》,山东人民出版社1993年版,第315页。

被看作是应有权利向现有权利转化的过程,一部法律文明史可以被认为是应有权利的制度化历史。

应有权利之于现有权利的优先性至少可以概括为两个方面:

第一,应有权利是现有权利的本源。应有权利是社会主体在一定社会条件下形成的直接权利要求,它直接来源于深厚的社会经济生活关系,因而它与社会经济关系的联系更为密切,作为权利现象它具有客观必然的性质。现有权利是应有权利在国家的中介下以法律形式表现出来的权利体系,是应有权利的派生形态。尽管现有权利也反映着一定社会的物质生活条件和经济关系,但这种反映是以国家立法为桥梁的间接反映,它不可避免地受到立法者主观因素的干扰,因而带有偶然性的性质。因此,应有权利对于现有权利具有决定性的本体意义。

第二,应有权利对于现有权利具有评价和矫正功能。一方面,正因为应有权利与社会生活的联系具有直接性、必然性,所以它时刻敏感地跟随社会生活的发展变化而发生内容上的嬗变,因此动态性是应有权利的一个基本特性。相对而言,现有权利的制度外壳决定了它的相对静态性特征,现有权利一经确立,它就要为形成并巩固一定的有秩序的社会生活而努力。另一方面,从应有权利制度化为现有权利是一个充满着立法者主观意志和立法技术因素的过程,故而应有权利不可能完整、准确地外化为现有权利,总是无法避免内容与形式的偏差。

总之,在应有权利与现有权利之间,存在着动态与静态、主观与客观的特质差异,这决定了两者在现实生活中决非是一一对应的,而是时刻矛盾、冲突着的。所以,现有权利总是不同程度地表达着、实现着应有权利而又远离应有权利,但归根到底摆脱不了应有权利的评判和矫正。应有权利与现有权利的辨证统一矛盾运动,实质上即是法的主观与客观、内容与形式的矛盾关系,它决定了法律制度乃至整个人类法律文明的不断丰富和演进。

3. 实有权利(现实权利)

应有权利和现有权利是权利的应有状态和现实状态的分别描述,但

在现实生活中,现有权利(法定权利)往往并未完全实现为法律主体的实有权利,即“纸上的权利”并未真正被权利主体所享有。^① 这种情况的出现有可能是由于权利主体没有主张或自动放弃了法定权利,也有可能是法定权利被某种外力——包括国家——所褫夺乃至成为一纸空文。因此,“权利的第三种形态,即处于最后发展阶段的便是‘实有权利’,它是通过法律的实施、法律效果的实现、特定的权利义务关系的建立,达到人们对法定权利的真正享有、对相应义务的确实承担,是人们权利和利益的实现和完成,是自在自为的权利”^②。有的学者将实有权利称为“现实权利”：“‘现实权利’是一个易于理解又难以精确的概念。简单地讲,现实权利就是法定权利实现的结果或形成的一种实有状态。它的着眼点是实践方面,意指现实社会关系中已实现了的权利。”^③在笔者看来,权利的现实化形态有两个阶段(层级),现有权利(法定权利)是权利的现实化的第一阶段(层级),实有权利是权利的现实化的第二阶段(层级)。

从应有权利制度化为现有权利,再从现有权利现实化为实有权利,构成了权利实现的整个过程。也就是说,权利的实现包括了两个从应然到实然的过程:应有权利被制度化、法律化为现有权利是第一个从应然到实然的转化过程;现有权利在现实生活中真正实现为社会主体的实有权利是第二个从应然到实然的过程。应有权利是权利的主张形态,现有权利是权利的制度形态,而实有权利是权利的结果形态。这三个形态的权利分别侧重体现了权利的三个属性——正当性、合法性、现实性。

权利和义务:一枚硬币的正反面

就现代法学理论和法律制度而言,无论从逻辑还是现实的角度看,法律现象大都可以归纳为权利和义务的问题;在某一法律关系内部,权

① “现有权利”一词往往会被人理解为主体实际实现了的权利。因此为与实有权利相区别,将现有权利表述为“法定权利”更加准确、明了。

② 吕世伦、文正邦主编:《法哲学论》,中国人民大学出版社1999年版,第550页。

③ 程燎原、王人博:《赢得神圣——权利及其救济通论》,山东人民出版社1993年版,第336页。

利和义务具有高度的统一性。梅因曾经提出了一个“概括的权利”用来指称抽象的、作为一个范畴的“权利”概念：“我们应该设法把我们每一个人对世界上其余人的全部法律关系，聚集在一个概念之下。不论这些法律关系的性质和构成是怎样，这些法律关系在集合起来后，就成为了一个概括的权利”；他特别强调，“在这个用语中不但应该包括权利并且也应该包括义务”^①。因此，权利只是“权利和义务统一体”的一种简约表达。形象地说，权利和义务乃是一枚硬币的正反面，当我们主张或审视一个权利时，我们一定是在面对一个权利和义务的关系整体。

硬币的正面究竟是权利还是义务，取决于不同时代和地域的法律所追求的目的和价值。如果一种法律的功能出发点和价值归宿以权利的保障和实现为指向，权利便是这枚硬币的正面，即谓之“权利本位”；反之，以义务的强制和履行为指向，义务则是这枚硬币的正面，即谓之“义务本位”。毫无疑问，人类法律文明成长的走向，可以大体描述为从义务本位走向权利本位。

因此，强调权利与义务的高度统一性，并不意味着认同权利与义务的价值均等。权利和义务在法律体系中担当着不同的法律价值取向和立法目的，故而在价值比较上两者就有主次之分。诚如有学者所言：“在一个民主社会里，对一种自由的法律而言，社会主体只能从权利的意义上去把握义务的法律规则，这与专制社会的情形恰恰相反。在自由的法律中，义务只能从权利中派生出来，相反权利不能产生于义务。”^②

权利义务的辩证统一关系，可以从四个角度概括为结构上的相关关系、数量上的等值关系、功能上的互补关系、价值上的主次关系。^③ 这在我国当下法学界已经基本达成共识。但是，在权利和义务的关系问题的细节上，其实在不同的学者那里有着大为不同的理解。依笔者之见，主

① [英]梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1959年版，第102页。

② 程燎原、王人博：《赢得神圣——权利及其救济通论》，山东人民出版社1993年版，第36—37页。

③ 张文显主编：《法理学》，法律出版社1997年版，第120页。

要存在两个方面的错误认识。

第一,人们更多地将权利和义务作为法律的两个元素来看待,更多地注意两者的区别以及它们相互间的相辅相成的必然关联。这在实证法的框架内和法律分析的思维路线上是没有问题的,甚至是绝对必要的。但在法哲学的本体论意义上,这种将权利和义务二元化的认识必然遮蔽了权利和义务在本原上的同一性。事实上,义务并不是独立于权利之外的一个异在物,义务不过是权利的对象化,是权利的特殊形态的他在,是主体和内容发生了转化的权利。不认识到这一点,就无法真正理解权利和义务的统一性、一致性。

第二,有些学者把权利和义务的统一性理解为权利和义务统一于主体一身,即某一主体一旦拥有了一项权利,便必然同时承担了一定的义务;在民主平等的社会里,不存在只有权利没有义务或只有义务没有权利的情形。例如:“权利与义务显然具有二重关系:一方面是一个人的权利与他人的义务的关系;另一方面则是一个人的权利与他自己的义务的关系。”^①这种观点将权利和义务的统一体误当作某一社会主体,而不是由不同社会主体所构成的社会关系。

笔者认为,权利和义务的对立统一关系乃是对某一社会关系或曰法律关系的具体表达方式,即权利和义务的统一性必然要在至少两个不同的社会主体之间达成——其中之一是权利主体,另一个是义务主体。因此,笔者并不同意“权利与义务统一于某一社会主体一身”的看法。具体来说,权利与义务的统一性永远是权利主体 A 与义务主体 B 的统一性。即便是在诸如买卖之类的双边权利义务关系当中,买方取得商品的权利是与卖方交付商品的义务相对应的,卖方取得货币的权利是与买方支付货币的义务相对应的,买卖双方的权利和义务将他们结合为一个法律关系统一体。尽管在其间任何一方都既有权利又有义务,但卖方的权利所对应的义务在买方那里,而非自身,反之亦然。因此,权利与义务的统一

^① 孙英:《权利义务新探》,载《中国人民大学学报》1996年第1期,第37页。

一,绝非是指社会主体在享有权利的同时必然担负义务,而是指社会主体在享有权利时必然有其他主体担负着相应的义务。美国学者范伯格亦曾指出:

赋予一个人的权利在逻辑上至少需要有一个对他负有义务的他人存在。权利拥有者自身必须拥有义务在逻辑上绝不是一个必然命题。……权利和义务的逻辑相关学说并不断言,个人的权利必须以履行他本人的义务为条件,而只是说,他的权利必须与别人的应尽的义务相关联。这不仅是一种似乎很有道理的学说,而且,对某些各类的权利和义务来说,它在逻辑上也是无懈可击的。……一切义务都需要以他人的权利为条件,同时,一切权利都需要以他人的义务为条件。^①

有学者用“受教育权”或“劳动权”等具体权利类型来论证这些权利既是社会主体的权利又是义务。^② 在笔者看来,把接受教育和参加劳动看作是社会主体的一般义务是不可思议的。在现代政治文明社会中,谁有权力迫使任何人接受教育或参加劳动?即使是在押服刑人员所从事的劳动活动,从现代刑罚和狱政理念上也应解释为一项权利。受教育权和劳动权是人权事业发展到今天各文明国家用宪法所肯定的基本人权,是各个文明国家(政府)为保障这些基本人权对自己所做的政治承诺,其具体实现方案便是形式各异的义务教育法和劳动法。国家用这些法律制度来保障公民受教育权、劳动权等基本权利的实现。因此,无论公民的受教育权还是劳动权,其对应的义务主体是国家(政府),国家(政府)有义务向每个公民提供必要的机会、资源、资金和制度条件以满足其权利需求。

从这个结论看来,正确地认识权利和义务的统一性问题就显得特别

① [美]J. 范伯格:《自由、权利和社会正义》,王守昌、戴栩译,贵州人民出版社1998年版,第87—89页。

② 程燎原、王人博:《赢得神圣——权利及其救济通论》,山东人民出版社1993年版,第36页。

具有理论价值乃至现实意义。因为它涉及到公民的权利——尤其是那些被宪法和基本法律确认的基本权利如何实现的问题,涉及到这些权利的义务人究竟是谁的问题,涉及到公民权利与国家权力——即国家在公法上的义务——的对应性问题。笔者认为,权力乃是义务在公法关系上的特殊表现方式,是一种国家不可不为而又不可滥为的积极义务。如果说“权利—义务”这一组分析工具是现代法学在私法领域的基本研究范式,那么“权利—权力”这一组分析工具则是现代法学在公法领域的基本研究范式。进而言之,在现代民主社会,权力的本质就是义务,是国家(政府)面对全体公民权利的义务。只有将国家(政府)权力界定为义务在公法领域的特殊表现形式,才能从理论逻辑上厘清权利与权力的关系,才能从价值理念上彻底捍卫权利本位的法律观,才能在公法学领域继续坚持“权利和义务是法学核心范畴”的理论主张,也才能在现实法治实践中切实保障权利之于权力的价值优先地位。

权力(power)

权力是政治哲学和法哲学中的一个重要概念。在中国法学的研究中,特别是改革开放以来诸如有关“权利本位”、“权大,还是法大”、“权力腐败”、“宪政”的讨论都同权力密切相关。从法哲学的角度研究权力,其中关键的问题是如何看待权力和法律的关系。上述中国法学对权力的讨论都离不开这个根本的问题。本文将从三个方面来论述权力。首先,笔者将简要梳理权力在学术史中的内涵;其次,笔者将从法律发生学的角度论述权力同法律的关系,即法律是权力创造的吗?再次,笔者将论述在当下建设宪政国家的背景下对权力限制的两种维度。

权力的内涵

权力是一个在学术界争议很大的概念。^① 有学者将这些争论归纳为

① 笔者在这里不准备给权力下一个概念。但为了分析的方便,笔者可以给出一些代表性的权力概念供读者参考。有学者从这几个角度对思想史中的权力概念做出了归纳:1. 以权力的本源内涵为基础来解读权力:权力是一种能力或力量。持这种观点的代表人物有亚里士多德、洛克、卢梭、韦伯等。2. 以人性为基础来解读权力:权力是满足人性欲求(利益诉求)的工具。持这种观点的代表人物有马基雅维利、霍布斯等。3. 以结构功能主义为基础来解读权力:权力是结构的产物和体现。持这种观点的代表人物有帕森斯、吉登斯等。4. 以后现代主义为基础来解读权力:权力是多元、分散、非中心化的网络关系。持这种观点的代表人物主要是福柯。参见赵全军、陈艳艳:《权力概念的多面解读》,载《云南社会科学》2004年第4期。

七种学说:有关权力的因果论、关系论、集体论、信息流论、一维论、二维论、三维论。^① 这几种不同的学说由于视角不同,对权力内涵的分析也有所差异。总体而言,这些对权力内涵的分析紧紧围绕着究竟是从事实上还是从规范意义上认识权力,是从结果上还是从作为过程的权力运用出发认识权力展开讨论。有学者主要是从行为主义的角度出发,认为从事实上存在强制和控制关系的才存在权力,又有人依然是从事实出发认为行为主义还不足以认识权力事实,因为在行为的背后可能依然隐藏着一些不明显的强制和控制关系。以上这两种学说其实都是注重作为过程的权力运用。还有学者所持的观点不同,他们不仅看到作为过程的权力运用,即“做……权力(power to)”,还看到权力意味着一种“能力”,一种“统治……的权力(power over)”。^② 对于西方这些学说,有学者归纳了几个特点:哲学基点的人性恶的假设、方法论上有浓厚的实证主义色彩、过分强调权力与强制的关联。^③

虽然不同的思想家所处的立场不同导致了对权力的理解差异,但是,我们依然能从中把握权力的基本内涵。

首先,权力意味着一种关系。无论观察者采取什么立场,权力始终意味着它是权力主体和权力对象之间的一种控制关系。也就是说,无论是“做……权力(power to)”还是“统治……的权力(power over)”都不能否认权力对象的存在。当然,至于权力这种控制关系是一种实际的控制关系,还是一种“能力”,是一种动态的关系还是静态的关系,在学术界中还有争论。

其次,权力意味着控制。当然,关于“控制”的强弱程度,学界存在不同的认识。比如一维论就只是观察到明显的控制关系而忽视了潜在的控制关系,二维论虽然观察到了潜在的控制关系但却没能更进一步揭示

① 李元书、李宏宇:《试论权力的实质、渊源和特性》,载《学习与探索》2001年第6期。

② [美]史蒂文·卢卡斯:《权力——一种激进的观点》,彭斌译,江苏人民出版社2008年版,第23页。

③ 周永坤:《规范权力——权力的法理研究》,法律出版社2006年版,第102页。

出价值观、利益观、宗教观等对形成控制关系起到的潜在作用,三维论将“控制”进一步扩展为一种“影响力”,看到了“诱导、激励、劝说”等手段对形成控制关系的作用。^①实际上三维论将权力的概念进一步扩大了。因此,我们可以将这些学说归结为“强控制论”或“弱控制论”,对“控制”程度的不同理解,直接导致权力内涵的变化,但都不能否认“控制”在权力概念中的地位。

第三,权力的背后是利益。有学者指出,权力关系中利益关系的主要形式有四种:(1) B 的利益与 A 的利益相反,A 使或强制 B 牺牲自己的利益服从 A 的利益。(2) B 的利益与 A 的利益在总方向上一致或在根本、长远方面是共同的、一致的,即 A 对 B 的领导、指挥、命令,B 对 A 的服从都是实现或维护共同的或长远的利益,只是 A 在向 B 发出服从指令时,B 还未认识到他与 A 的相互行为是为了共同的长远的利益。(3) A、B 双方的利益关系是一种互惠的关系,只不过 A 的利益大于 B 的利益。(4) 统治者把自己或所属阶级、阶层、集团的价值观、利益观,通过各种通讯形式社会化为人民的、人类共同的根本利益。由于社会化的作用,人们逐渐接受统治者的社会化从而在心理上自愿服从统治者的统治。^②从这几种形式中我们可以看出,作为权力主体的 A 始终处于主动的、有利的地位。

第四,权力在现代法治社会中更多的是一个规范性概念而非事实概念。这一点与西方很多学者对权力概念的理解有着很大的差异。虽然行为主义对西方的思想影响十分巨大,造成了思想家多从社会事实的角度出发来定义权力,但是,也有一些思想家从规范和价值的角度来定义权力。比如从结构主义出发来理解权力的帕森斯,在他看来,“权力依赖于‘制度性权威’,同时也‘被设想成一种为了有效的集体行动而集合起来的责任或者义务的普遍化的媒介’。与之相反,‘通过强制或者强制手

① [美]史蒂文·卢卡斯:《权力——一种激进的观点》,彭斌译,江苏人民出版社 2008 年版,第 25 页。

② 李元书、李宏宇:《试论权力的实质、渊源和特性》,载《学习与探索》2001 年第 6 期。

段相威胁,而不是运用合法的或者正当的方式,根本不能被恰当地称为权力的运用……”^①。著名思想家阿伦特反对在概念上将权力与武力、暴力结合起来。权力需要的是“合法性”,而“暴力是工具性的,是为实现某种目的的手段,然而它‘永远不会成为合法的’。权力‘完全不会成为实现某种目的的手段,(权力)实际是使一群人能够根据目的一手段的范畴进行思考和行动的根本条件’”^②。权力不单纯在事实上是一种“控制”关系,在现代社会它还是一种具有正当性的控制关系,而非赤裸裸的暴力。

权力与法律

作为法学领域内的权力,学者始终关注一个核心的问题:如何规范权力。而如何规范权力在法学领域又充分体现在如何规范立法权、行政权和司法权上,尤其是行政权。在立法权的规范行使上,我们关注的是如何配置权力和权利之间的关系;在行政权的行使上,我们关注的是如何限制行政机关扩张权力;在司法权的行使上,我们关注的是如何遏制司法腐败并保障司法独立。这种对权力的关注方式笔者可以称之为“法律之下的权力”。但是,我们不能忽视在法律同权力的关系中还存在这样一个维度,我们姑且称为“法律之上的权力”,它关注的是在原初意义上权力同法律之间的关系,即权力(立法权)是法律产生的必然前提吗?在西方思想史上,这个问题十分重要,它是导致人们对法律性质的认识产生巨大差异的关键原因。因此,我们将着重从法律发生学的角度来考察权力同法律之间的关系,尤其是立法权同法律之间的关系。恰如有学者采取的问式:权力与法律:谁创造了谁?^③或者更为直接地转换为这样一种问式:法律是经由立法权创造的吗?对于以上问题我们将主要从西

① [美]史蒂文·卢卡斯:《权力——一种激进的观点》,彭斌译,江苏人民出版社2008年版,第20页。

② 同上书,第22页。

③ 周永坤:《规范权力——权力的法理研究》,法律出版社2006年版,第165页。

方法律思想史出发来加以探讨。

1. 中世纪及其之前的时期

在中世纪及其之前的时期，“发现法律”观在西方社会中占据支配地位。^①这就意味着权力本身并不能理所当然地宣示“这就是法律”，而是在它之上悬置了一个评价它是否正当的东西。发现法律的观念由来已久。狄摩赛尼斯认为，“每一种法律都是一种发现，是神赐予的礼物——明智者的戒规”^②。亚里士多德主张，“不正义的法律就不是法”。在亚氏那里，“自然正义”是立法者必须遵循的规范，立法受到“自然正义”的约束。立法要实现正当，就必须符合“自然正义”。西塞罗更是明确提出了自己的法律观。他认为：“真正的法律乃是正确的理性，它与自然和谐一致，它散播至所有的人，且亘古不变、万世长存；它以其命令召唤人履行义务，以其禁令约束人们为非作歹。人类立法不得企图背离该法，这是一项神圣义务；而且不得毁损该法，更不得废弃该法。”^③制定法，如果不遵循自然法，它就不具备法的资格，就是不正当的。对于权力和法律之间的关系而言，法律并不是权力创造的。恰如论者所言，“在自发地发现法律的程序传统中，法律则始终被理解为理性的产物，而非权力的产物；它的效力也来自于理性的力量，而非权力的赐予；法律出自法官的技艺理性或法学家的科学探究，而非主权者之颁布”^④。

在中世纪传统中，那种认为“立法”不是在创制法律，而只是在发现法律和陈述法律，权力并非法律产生的必然因素这种思想始终占据着支配地位。在这种思想的支配下，将立法作为一种权力并且将这种权力赋予某个机关是不可能的。在对分权学说史的考察中，维尔也考察了古代

① 这个时期的“法律”同我们现在理解的法律不是一个意思。现代意义上的法律就是立法，而中世纪及其以前的时期法律和立法却是二分的。

② Holland, *Elements of Jurisprudence* (12th ed. 1916). 转引自[美]爱德华·S. 考文：《美国宪法的“高级法”背景》，强世功译，生活·读书·新知三联书店1996年版，第1页。

③ Lactantius, *Div. Inst. (Robets and Donaldson tr. 1871)* VI, 8, 370 转引自[美]爱德华·S. 考文：《美国宪法的“高级法”背景》，强世功译，生活·读书·新知三联书店1997年版，第5页。

④ 秋风：《立宪的技艺》，北京大学出版社2005年版，第23—24页。

和中世纪的法律观,“由人制定法律的思想服从于下面这样一种关于法律的观点,即法律是确定不变的神启的习惯模式,它可以由人来适用和解释,但不能由人来改变。就‘立法’的人来说,他们实际上是在宣布法律,澄清这一法律究竟是什么,而不是创造法律。立法实际是司法程序的组成部分”^①。在中世纪及其以前时期,立法依靠的是“发现法律”,它只是“符合更高法律的一种工具”,而非真正制定法律的权力。这也决定了立法活动不是独立的,立法的正当性不能由立法机构的权力来证明,而应当由高于立法的“法律”来证明。考夫曼在《法律哲学》“法律概念的历史发展”一节中也详细地指出了法律与“制定法”之间的关系。^②他指出中世纪及其以前的制定法同现代意义上的制定法有着很大的不同。现代意义上的制定法同布丹的主权理论有着深厚的思想渊源联系,现代意义上的制定法注重的是立法权行使的形式效力,而非对内容上的价值判断。^③由此看来,在中世纪及其之前的时期,权力同法律并非一种必然关系。

2. 理性自然法占据支配地位的时期

随着布丹经典主权学说的诞生,立法作为一种主权的象征冲破了以前受到抑制的状态,并将它逐渐演化为由特定机关掌握的权力。同时,另外一个学说也相伴影响了立法权在政治权力舞台上的作用,那就是自然法学说在17、18世纪的转向,即理性主义自然法的诞生。理性自然法相信人的理性能力能够创制法律,法律可以经由人的理性制定出来,同时,由于权力分立思想的出现,专门反映人民意志的立法机关就成了制定法律的权力机关,理性自然法导致了人们对立法法典化的推崇,这一时期是立法繁荣的时期。

理性自然法使得立法权的正面功能得到极大地发挥,通过立法的方式实现了那个时代的法律目的。博登海默也指出,“它(指自然法哲

① [英]维尔:《宪政与分权》,苏力译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第23页。

② [德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第200—210页。

③ 此处指的现代意义上的制定法,主要是指法律实证主义支配下的制定法。

学——引者注)掀起了一场强有力的立法运动。自然法的倡导者认为,通过运用理性的力量,人们能够发现一个理想的法律制度,因此很自然,他们都力图系统地规划出自然法的各种规则和原则,并将它们全部纳入一部法典之中。这样,约在18世纪中叶,人们启动了一场立法运动。……所有上述法典,通过赋予其效力范围内所有的人以一定的自由、平等和安全,实现并实施了古典自然法学派所提出的某些基本要求。”^①当然,理性自然法时期对立法权采取了积极的态度并不能证明它们将权力视为法律产生的前提,实际上,此时法律的权威并非来自权力,而是理性,是理性创造了法律,而非权力创造了法律,权力被赋予了更多的规范意义。

3. 历史法学派占据支配地位的时期

在历史法学派代表人物萨维尼看来,法律和语言、风俗一样,是一种“民族精神”和“民族共同意识”的反映。法律绝不是那种由立法者以专断刻意的方式制定的东西。萨维尼认为:

人们可以看到,在有据可查的历史发展的最早时期,法律就已具备了为某个民族所固有的特征,就像他们的语言、举止和构成有自己的特征一样。不仅如此,这些现象绝不是孤立存在的。它们不过是自然地、不可分割地联系在一起的某个民族所独有的才能和取向,它们只是特定属性的表象。把它们联结为一体的,乃是这个民族的共同信念和具有内在必然性的共同意识,而不是因偶然的和专断的缘故而产生的观念。^②

因此,立足于民族精神和民族共同意识,历史法学派对“权力创造法律”保有十分的警醒。然而这种警醒并非是反对立法。萨维尼认为有两种类型的立法。一种是拥有立法权的人试图通过立法来体现其政治意

^① [美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第64页。

^② *Legislation and Jurisprudence*, p. 24. 转引自[美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第89页。

志,而这种立法者的意志基本上是任意的、专断的,作为这样的意志之表现的法律不可避免地要与其他部分的法发生矛盾,因此,这种立法往往是对法的一种有害无益的侵蚀,应该尽量避免使用这种手段。第二种类型的立法具有积极的影响。“由于单个的法的原则的确可能存在不明确、不确定的情况,但是司法又要求法必须具有确定性。在这种情况下,出现了一种类型的立法,作为对习惯法的帮助,消除其中的疑问和不确定性的因素,使其规范明确,保持其纯正,使其成为现实的、反映人民的真实意志的法。”^①历史法学派否认立法具有任何创造性的作用,只认可那种“条理性立法”方式,赞成那种对习惯法的归纳、总结的立法。很显然,权力本身并不能证明法律具有天然的正当,而必须由更高的权威——民族精神来证明。权力在历史法学派那里应当充当的是“表述”作用而非“创造”功能。

4. 19世纪以来的法律实证主义

法律实证主义的兴起同当时社会的政治、经济的发展密切相关。对法律确定性和稳定性的追求胜于对法律创造性的追求。因此,在这个时期,人们对法律的认识主要立足于“权威”,立足于国家意志的存在,国家权力在法律实证主义中的地位就显得尤为重要。恰如庞德指出:“分析法学家所强调的并不是法律律令内容的起源方式,而是法律律令得到国家刻意承认的事实。在这种观点中,重要者,亦即基本的特性,乃是国家制定或以权威方式承认法律的这个事实。在这个意义上,法律乃是‘人所具有的有意识的和日益确定的意志的一个产物’。”^②下面,笔者将对法律实证主义的代表人物奥斯丁、凯尔森和哈特的思想进行简要讨论。

奥斯丁关于法律性质的认识,即认为法律就是实际存在的由人制定的法,在他的理论脉络中由于主权者至高无上,是不能受到法律限制的,因此,这种认识加深了这样一种观念:立法者的权力是无限的。“法律越

^① 许章润主编:《萨维尼与历史法学派》,广西师范大学出版社2004年版,第190页。

^② [美]罗斯科·庞德:《法理学》(第一卷),邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第76页。

被认为只是实在法,亦即法律赐予者的命令,这种法律也就越难对立法者的行动施加任何约束。”^①在奥斯丁那里,很显然,权力同法律的关系是必然的,关键是行使权力的主体是否是主权者,法律必然是主权者通过其权力制定的。

凯尔森认为:“自然法所针对的问题是一个永恒的问题,即现行法的后面还隐藏着什么……。任何人如果揭开其面纱而且不闭上眼睛的话,就会发现权力的怪物在盯着他。”^②在纯粹法学看来,权力是法的效力基础。这样,纯粹法学将心理学、社会学、伦理学等都排除在了法律科学的范围之外,法律是一个内在封闭的重视逻辑结构的东西。凯尔森认为,每个国家都是根据法律加以统治的,国家只不过是强制规范的总和。这样,法治就仅仅是一种纯粹形式化的概念,“它仅仅要求国家的一切行动都需由立法机构授权”^③。权力成为了宣示法律的必备要素。

哈特在批判奥斯丁的基础上,对法律与权力的关系进行了深入的改造。在哈特看来,法律制度的基础在于承认规则,而承认规则并不是权力行使的结果,而是一种社会事实、一种社会实践。在笔者看来,哈特理论脉络中对于法律的认识已经超越了那种视法律为立法的简单的“外在的视角”。亦即,对于哈特来讲,法律已经不能用一种政治权力来论证其正当,这种评价标准应当纳入到社会实践中去考察,而不是仅仅看到外在的权力行使的形式。法律的权威性并不能用“强制与服从”这种对应关系来论证,必须从隐藏在权力背后的东西中寻求法律文本的权威性。一个显见的例子是,在奥斯丁意义上,习惯和判例是主权者的“默示”的命令,其权威性来源依然是主权者的意志,习惯和判例在于立法权“默许地”行使,但在哈特看来,这种认识是错误的,他认为:

把一个标准对另一个标准的相对从属性与派生性区分开是重要的,因为这两种观念的混淆会产生出对这样一种观点的以假乱真

① [美]罗斯科·庞德:《法理学》(第一卷),邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第99页。

② [德]魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2005年版,第215页。

③ [意]布鲁诺·莱奥尼:《自由与法律》,秋风译,吉林人民出版社2004年版,第341页。

的支持:即全部法律基本上或“实际上”(即使只是“默许地”)是立法的产物。在我们的制度中,习惯和判例从属于立法,因为习惯法规和普通法规则可能被法规剥夺其法的资格。然而,它们之所以具有法的资格(可能是不确定的),不是依靠立法权的“默许地”行使,而是依靠一个承认规则的认可,该承认规则给予它们这种虽是从属的、但却是独立的地位。^①

对于承认规则而言,它并不是权力行使的结果,而是一种社会事实。哈特认为:

在一个法律制度的日常生活中,它的承认规则是很少明确地作为一个规则制定出来的,尽管偶然地,英国法院可能用一般的措辞宣布在相关的法律标准中,一个标准对另一个标准的相对地位,就像它们宣布议会的立法有高于其他的法源或拟议的法源的至上性。就大部分情况而言,承认规则不是被陈述的,但其存在是通过法院或其他官员、私人或私人顾问确认特殊规则的方式显示出来的。^②

哈特的“承认规则”取代了奥斯丁理论的“主权者”的地位,在奥斯丁看来,主权者的命令就是法律,主权者本身是不能受到法律限制的。而在哈特看来,正是因为“承认规则”,权力(立法权)行使的结果即法律文本才能有效,而非权力本身天然地证明其有效。因此,从最深层次的意义讲,在哈特那里,权力同法律之间的关系远没有“承认规则”与法律的关系那么重要。

5. 普通法法治理论

与大陆法系以制定法为核心构建法治理论不同,哈耶克和莱奥尼建构了一种普通法法治理论。他们批判了“权力创造法律”的观点。哈耶克对用“立法权”这个概念十分谨慎,其定义也十分严格,在他的著作中,这个词用得并不多。在哈耶克看来,如果按照三权分立的要求,立法权

^{①②} [英]哈特:《法律的概念》,张文显、郑成良、杜景义、宋金娜译,中国大百科全书出版社1996年版,第102页。

力、执行权力和司法权力中的立法权应当是制定一般性规则的权力,而不是制定政府治理的即时性命令。但是,“立法权”这个概念极其使人误导,因为当下的“立法机构”往往是将制定正当行为规则和组织规则都归为“立法权”的名义下,这样,就会使人误认为立法机构所制定的法律一体是由“意志”决定的刻意制定的产物。

在哈耶克看来,如果将法律仅仅视为立法意志的产物,将法律视为立法者刻意创制的产物,这种观点实际上割裂了社会秩序的一个重要方面,即自生自发秩序的存在。在哈耶克看来,那种刻意创制的规则系统仅仅只是法律的一个部分。哈耶克指出:“显而易见,社会生活中确实存在着这样一种规则系统:尽管它的存在不仅独立于立法者的意志,甚至还独立于立法者的知识,但是它却得到了人们的普遍遵守,而且立法者也常常让法官去发现或适用这些规则。”^①在哈耶克看来,经由立法权创制的规则仅仅只是社会秩序规则系统的一部分,而不是像凯尔森认为的那样,任何规则的背后都隐藏着权力这个根本的东西。对于维系自生自发秩序的规则而言,它并不预设权力的存在是其产生的前提,相反,是否以维系自生自发秩序为根本目的是判断权力是否正当行使的根本标准。

权力限制:外在限制与内在限度

现代意义上的权力是具有合法性的权力,即权力的行使必须以法律为依据。通过法律来规范权力的行使,可以最大限度地限制权力的扩张本性,制止权力腐败,从而保障人们的权利。对权力限制而言,学术界一般认为有这样几种路径:“以法制权”、“以民制权”、“以德制权”、“以权制权”。这几种方案中,“以权制权”这种方案又尤受到人们的关注。其实,这种方案是一种“建构论”的权力制约观,即通过一种理性设计的制度来制约权力的行使,但是忽视了权力内在所具备的限度。通过创制一种新

^① [英]哈耶克:《法律、立法与自由》(第二卷),邓正来、张守东、李静冰译,中国大百科全书出版社2000年版,第77页。

的权力来限制旧的权力,而这种新的权力又需要一种更新的权力进行限制,这就使权力的限制陷入了一种循环。因此,我们需要一种视角的转换,即不仅应当认识到权力存在外在限制,而且还存在着内在限度。

从西方三权分立所具备的内涵中我们看不到权力自身存在的内在限度。在维尔看来,分权学说主要包含四个因素。分权学说的首要内容是将政府机构分为三个范畴:立法机关、执行机关和司法机关。分权学说的第二个因素是政府有三种具体的“职能”,“职能”与机构是不同的,职能可以分割给很多机构行使,也可以由一个机构行使。分权学说的第三个要素是“人员分离”。也即这三个机构的人员组成应当分离,且成员身份不能重叠。分权学说的第四个因素是,如果遵循关于机构、职能和人员的建议,那么政府的每个部门都将成为对其他部门行使专断权力的制约,以及因为只限于行使其自身的职能,政府各部门便无法对其他部门行使不当的控制或影响。^①

从表面上来看三权分立的内涵,无论是分权还是制衡,它只是权力的外在限制,即将权力分为立法权、行政权和司法权,三种权力各司其职,互相制约,不能超越界限染指到其他权力。但是,这并不意味着三种权力自身不存在规范性的限度。对立法权而言,如果按照形式化的理解,立法的职能和权威被立法机关所垄断,这就当然地推出一个命题即什么是“法”,由谁来宣示“法”的权力由立法机构所独自享有。“把立法视作为一种独特的活动实际上预设了一种独立的法律定义,而且如果把立法机关所规定的一切东西都称为法律,那么,立法这个术语也就毫无意义了。”^②这种外在的权力制约机制如果不界定权力本身具备的限度,保障人的自由从根本上就得不到实现。

然而,在西方思想家那里,界定诸项权力的内在限度的努力在法律实证主义的“命令理论”盛行以前从来没有停止过。洛克就指出,“立法

① [英]维尔:《宪政与分权》,苏力译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第14—17页。

② [英]哈耶克:《法律、立法与自由》(第一卷),邓正来、张守东、李静冰译,中国大百科全书出版社2000年版,第204页。

机关或最高权威不能让自己承担起以临时性的专断命令进行统治的权力”，“那些运用这种权威的人们应当制定普遍性的规则”。^①更为重要的是，洛克在提出“立法权至上”的同时也指出立法权的范围，即不能任意地侵犯或剥夺人们的“生命、自由和财产”。维尔也指出，价值因素对于分权的思想是至关重要的，“构成了每一政治过程之要害和核心的程序也许可以视为特定社会的价值模式的制度化表现。这些价值模式是极其复杂的，但宽泛地说来，现今时代政府的三种主要程序的演化反映了西方世界中赋予三种支配性价值的重要性，这就是效率、民主和正义”^②。那种剥离了价值因素的分权将有悖于分权的真正目的。

对于立法权我们应当看到其内在限度之外，行政权也是一样。有论者指出了几种控制行政权的思路。一是用司法权控制行政权，这也是一种权力制约权力的思路；二是用程序设置来控制行政权；三是以责任控制行政权；四是社会对行政权的控制。该论者并指出，“以权利控制行政权的着眼点，是从行政权外部制约入手的，其并不能就解决行政权主体自身控制的问题，且权利控制停留在对侵权行为发生之后的事后追惩上，并在很大程度上取决于公民权利意识和权利观念的发育程度和善用程度。”“行政权的控制主要是对行政主体行为的事先限制和约束，应侧重于内部控制、自我控制，即建立一种机制，从行政权主体的内部结构上，使行政权主体的权力行为过程受到某种自我限制和约束。”^③我们赞同这种说法。对行政权的控制仅从外部控制是不够的，我们以立法权和行政权交叉的地方即行政立法权为例。在当下行政立法权扩大的背景下，我们更应当改变的是行政立法的思维。虽然立法机关可以通过“立法保留”和严格限制“授权立法”的方式来规范行政立法权的行使，但是，在当下转型时期，社会对立法的需求要求赋予行政机关较强应对社会变迁的能力。那么，行政立法权作为一个应对社会变迁的重要权力赋予行

① [英]维尔：《宪政与分权》，苏力译，生活·读书·新知三联书店1997年版，第59页。

② 同上书，第332页。

③ 胡建淼主编：《公权力研究》，浙江大学出版社2005年版，第348页。

政机构也具有了合理性。威利斯指出,“委托立法权(行政立法权——引者注)的行使已经拥有很长的历史;随着政府活动领域的扩展,委托立法权的使用对于有效地处理现代国家的事务变得十分必要;公务员系统最适合于提供有效利用这些权力所必需的专业素养;这些权力在实践中实际得到使用的方式完全具备‘新专制主义’的特质”^①。必须指出的是,行政立法权具有较强的“建构”功能,这就有可能使得行政立法权的行使处于十分泛化的境地,从而脱离社会对立法的真实需求而无法控制。这就需要我们z从内在限度的角度来考察对行政立法权的限制。从内在限度出发来限制行政立法权,这就要求我们在理念上必须更新那种以“统治”和“管理”的行政理念,将其转化为“服务”社会需求的行政立法理念。这样,我们就不仅仅单纯从制度上探讨如何限制行政权,而是从行政权内部存在的限度出发来探讨对行政权的限制。从内在限度出发探讨对行政权的限制就应当将行政权的限制纳入到建设“服务型政府”这个新的行政理念中来。这就要求行政立法处理好公民的权利和政府的权力之间的关系;要求行政立法权力的行使必须以民主为前提;要求行政立法权力是一种谦虚的、有限的权力,应当充分重视社会的自治职能而不是一味以实现“管理”公民为目的。

司法权作为保障正义的“最后一道屏障”,一直以来在西方都是充当“权力限制权力”这种外在限制的重要角色。但是我们较多地关注司法权对于其他权力的制约,而较少关注司法权自身的控制。实际上,正是基于司法权具有自身控制的品性,在普通法国家司法权才得以获得崇高的地位。在普通法系中,司法权体现的是法官的理性,法官在选择适用何种习惯、判例时适用的理性。它重视法官的知识结构,是一种“人为的理性”,依赖一种进化式的、试错的方式推进规则的演进。这种“理性”的约束实际上是普通法系法官司法权力永葆生命力的核心所在。虽然大陆法系重视通过立法的方式来建构规则,司法权只能严格按照成文法来

^① [英]马丁·洛克林:《公法与政治理论》,郑戈译,商务印书馆2002年版,第234页。

适用法律,但是,严格适用法律的背后实际上依然存在法官利用自身的理性对规则和事实关系的判断。正是基于此,我们制定了法官的职业伦理准则,并采取措施提高法官的职业技能和法律素养,这些方式都是司法权内在限度的表现。恰如论者指出:“法官可能由于自私、不合格和恶意而滥用权力,但是,上诉程序、法律意见须有说服力、职业道德和其他方面的限制使法官对自己的行为负责。”^①一种跨越了外在限制而认识到司法权的内在限度将大大提升司法权的威信。

^① 美国法官万斯庭语。转引自胡建森主编《公权力研究》,浙江大学出版社 2005 年版,第 400 页。

正义(justice)

历史雄辩地证明：正义已经成为人类永远也无法斩断的戈尔迪之节。^①对正义问题的讨论，历史上从未停止；现在没有停止；将来不会停止……正因如此，人类社会的历史从某种程度上来说就是一部不断地追求正义的历史。正义的重要性也决定了它必然成为不同学科研究的重要问题，哲学、经济学、历史学、社会学等学科，无不关注正义问题。在某种程度上说，伦理学、法学和政治学亦将对正义的关注置于首位。作为私人的存在，正义在个人的道德生活中获得实现；作为公民的存在，正义在每个人的法律生活中得以证成；作为社会的一个分子，正义在政治制度中必须得到体现——毕竟，政治制度之要旨在于建立人与人之间联结的纽带。

既然正义能够受到人们的如此青睐，成为人类在理论和实践领域追逐的重要价值目标，那么我们必然会提出这样的问题：我们为什么需要正义？

^① 戈尔迪之结(Gordian Knot)，希腊神话故事。古代弗里加王戈尔迪系了一个绳结，称能解此结者可亚细亚王。用宝剑斩断了戈尔迪绳结的亚历山大后来建立了马其顿王国。戈尔迪之结后用来特指某个难以解决的问题。

为什么要正义？

物以稀为贵。正义的匮乏，或曰正义作为一种稀缺资源的本性，决定了人类对正义的极度渴求。当然，如果我们再深入追求正义所以匮乏的原因，那么人的本性——人的两面性问题便倏然进入人们的视野。换言之，人的自然属性和社会属性与作为自然的人与社会的人的生存条件之间的矛盾，是正义成为之于“人”而言的稀缺资源的根本原因。

1. 人的有限的利他主义

关于人到底是利己、利他，还是性善、性恶的问题属于“人性论”研究的对象。在1740年完成的著作《人性论》中，英国哲学家休谟虽然提出了“自私是和人性不可分离的，并且是我们的组织和结构中所固有的”^①命题，但这部出版后并未引起较大影响的著作并未涉及构建一个人性论的基本体系问题。我国学者王海明认为，人类的行为从目的和手段的角度共分为利己、利他、害己、害他四个方面；而这四个方面分别作为目的与手段的分类组合，将造就16种伦理行为。^②通过对这些行为的分析，人的行为目的无非是：

我对我自己的爱必最多，我为了我自己谋利益必最多，亦即自爱必多于爱人、为己必多于为人，说到底，每个人必定恒久为自己，而只能偶尔为他人：恒久者，多数之谓也；超过一半之谓也；偶尔者，少数之谓也，不及一半之谓也。这就是“爱有差等”之人性定律。^③

从总体上来说，人的利己行为的总数必然多于利他行为的总数——尽管有相当数量的行为是以利己为目的却以利他为手段的。概言之，总体上的利己是所有人行为的最终指向。

人类行为总体上的利己倾向，在人们的生活实践中以及学理上都有

① [英]休谟：《人性论》，关文运译，商务印书馆1980年版，第625页。

② 王海明：《人性论》，商务印书馆2005年，第345—351页。

③ 同上书，第112页。

明确的反映。所谓“人不为己、天诛地灭”的中国式俗语,与英国哲学家霍布斯关于人可以“不择手段地保全自己的生命的论述,在论证人之利己本性的作用上没有质的不同。此外,人类行为的利己本性也很容易在现实生活中捕捉到相关例证。例如,一名职员因红灯而受阻于单位门口,如果她闯过这个红灯就能及时赶到单位从而避免因迟到而被扣发该月200元钱的奖金,在这种情况下,她就极有可能闯过红灯,为免受200元钱的罚款而及时赶到单位——她如此行为的代价是害人:别人必须为她闯红灯而让路。从性质上来说,这是一种利己害人的行为。如果她赶到单位的时间非常充裕,不闯红灯同样不会迟到,因此她决定遵守交通规则赶到单位:她首先赢得了“一个守规则的良好公民”的名声;其次别人也受益于她这种不闯红灯的行为;最后,她还没有因迟到而被罚款200元钱。从性质上来说,这是一种利己利人的行为。将这两种行为选择结合起来,我们不难发现“利己”构成了人们行为选择的最终价值目标。

“利己”虽则总是遭到人们的诟病,但它却是人种繁衍的重要保障。每个人通过“利己”的方式实现自保,使社会得以以较低的成本而存续。因此,“利己”可能是不道德的行为,但却是一种合伦理的行为。

2. 生活资源的相对匮乏

在英国法学家哈特看来,“有限的资源”属于最低限度内容的自然法。^① 人类的生活物品、甚至是生活必需品,都远没有人们想象中的那样丰盈。如果有朝一日人类实现了马克思所谓的“共产主义”社会:人们生活在一个社会产品极大丰富的社会中,那时人们可以各取所需。在这样的社会形态中,正义或者已经失去了容身之所。在一个没有物质利益冲突的社会中,正义的原则是不必要的;即便正义原则还会存在,它的内容也必然会与现在大异其趣。

当然,生活资源的匮乏都是“相对”的。这里所谓的“相对”匮乏,是指生活资源相对于人的能力而言的匮乏。试想,如果让生活于原始社会

^① [英]哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第182页。

的“初民”拥有现在人类的科学与技术力量,在地球上只有少量原始人群的情况下,“初民”们因其所赖以生存的生活资源的相对富足,不正义的情形或许会鲜有发生。从微观层面看,这里所说的“相对”还意味着人与人之间能力的相对差别。在任何时代、任何地点都普遍存在的人与人之间的差异——包括体力的和脑力的差异、男性的和女性的差异、历史的和现状的差异、自然的和社会的差异,都极大地影响了每个人获得生活资源的能力。人与人之间获得资源能力的种种差异,成为不正义发生的重要源头。

3. 人的“群性”是正义存在的社会基础

对于生活在孤岛上的鲁宾逊和星期五来说,是无所谓正义与非义的。同样,鲁宾逊对重返人群的渴望,也深刻地揭示了人的“群性”——即人只有在人群中才能定义自己之为人的重要属性。

早在马克思提出“人的本质不是单个人所固有的抽象物,在其现实性上,它是一切社会关系的总和”^①的论断之前,很多古希腊、古罗马的先哲就大量地论述了人的“群性”本质。在论述城邦自然形成的过程时,亚里士多德指出:

我们确认自然生成的城邦先于个人,就因为[个人只是城邦的组成部分],每一个隔离的个人都不足以自给其生活,必须共同集合于城邦这个整体[才能大家满足其需要]。凡隔离而自外于城邦的人……他如果不是一只野兽,那就是一位神祇。^②

既然脱离了城邦的“人”非神即兽,那么“城邦”就是人成为人的条件。在亚里士多德生活的时代,政治国家与市民社会还没有明显的界分。因此,城邦不过是人与人之间以某种方式联合起来的集合体。这一点,在古罗马哲学家、政治家西塞罗论述国家时得到了鲜明的体现:

^① 马克思:《关于费尔巴哈的提纲》,载《马克思恩格斯选集》第一卷,人民出版社1995年版,第56页。

^② [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版,第9页。

国家乃人民之事业。但人民不是人们某种随意聚合的集合体，而是许多人基于法的一致和利益的共同而结合起来的集合体。这种联合的首要原因主要不在于人的软弱性，而在于人的某种天生的聚合性。^①

西塞罗从人的“天生的聚合性”的角度定义了国家。像亚里士多德一样，人与人的联合是人成为人的条件。

既然人与人的联合是人存在的条件，那么如何将人与人联合起来就成为对每个人而言利益攸关的重大问题——这一重大问题往往是政治学研究的主题。以人类目前的经验观之，使每个人心悦诚服地自觉维护一个群体的存在，是该群体能够永葆生命力的不二法门。以此观之，正义就是将群体自觉地联合起来的最重要因素。关于此点，《荀子·王制》曾经指出：“人何以能群？曰，分。分何以能行？曰，义。”换言之，人的群性决定了人对正义的渴求；同时正义的存在也是人成为人的条件。

4. 正义衡量标准的存在

正义衡量标准的客观性，使社会的人之追求正义成为可能。按照荀子的解释，合理的“分”就是正义的标准。一个在大街上完全按照交通规则行走的人，莫名其妙地被警察罚款是不正义的——这说明，正义有着客观的标准。因此，即便是希特勒认为他制定的、灭绝犹太人的法案是“正义”的，但却无法阻止更多的人持不同之观点。

尽管正义标准是客观的，但正义的这一属性除了吊足了人们追求正义的胃口外，对人们实现普遍的正义并没有实质性的帮助。因为影响正义标准客观性的两个因素造就了人们追求正义的难度：第一，正义的客观标准是随着时间的推移、社会的进步而不断变化的。例如，在亚里士多德的时代，奴隶被视为财产而不可能成为公民；但奴隶在当今世界中却已经消亡。还有，相比于人类历史上女性没有选举权的状况，进入 20 世纪以来世界上的大多数国家陆续给予了妇女以参政议政的权利。客

^① [古罗马]西塞罗：《论共和国、论法律》，王焕生译，中国政法大学出版社 1997 年版，第 39 页。

观的正义标准随着时空的变化而变化。第二,正义的客观标准要通过人们的主观意识表达出来。正义客观标准的表达渠道,增加了人们了解正义的难度。这种对正义的不同感觉往往在人们之间造成巨大的反差,严重的情况下甚至可能造成社会的无序。

总之,之于人类社会而言,正义是不可或缺的粘合剂。虽然如此,正义在不同的时代却有着千变万化的面孔。就像约翰·穆勒所说的那样:

究竟什么是正义的问题存在着同样多的意见分歧和争论。不仅不同的民族和个人对正义有着不同的理解,即便在同一个人的心中,正义也不是一个规则、原则或行为准则,而表现为多个规则、原则或行为准则,它们的要求并不总是一致的,因此在它们之间进行取舍时,个人或者要受某种外部标准的影响,或者要受他自己的个人偏好影响。^①

正因如此,正义是只能被描述而不能被定义的人类生活必需品。也恰恰是从这个层面上来讲,考察正义在人类社会发 展过程中的面貌就成了人们探索其含义的重要组成部分。

正义的历史形态及实现路径——西方政治法律思想史的检视

令人魂牵梦绕的正义,使人类历史上无数思想家竞相为之折腰。从古希腊的柏拉图、亚里士多德以来,人们一直没有停止过对正义的探讨。因此,在人类历史的不同发展阶段,正义也留下了不同的思想形态。

1. 城邦政制下的正义观

Polis 是希腊语,在英语中一般被翻译为“city state”,在汉语中则被普遍地译为“城邦”。城邦是由城市以及城市周围的土地所组成的城市国家的简称(这种“国家”当然与我们现代意义上的国家有着天壤之别)。

^① [英]约翰·穆勒:《功利主义》,徐大建译,世纪出版集团、上海人民出版社 2008 年版,第 56 页。

城邦是古希腊人生存的条件——没有城邦隶属的人是野蛮人。因此,古希腊城邦中的公民(不包括妇女、儿童和奴隶)必须以维护城邦的存续为第一要务,因为之于每一个公民而言,城邦的消亡意味着“人”的身份的丧失。换言之,只有在“人是城邦的公民而几乎没有什么个人自由”的背景下,人们才能对古希腊的正义观有着正确的理解。柏拉图、亚里士多德都是在这一背景下阐释其正义理论的。

在反驳色拉叙马霍斯提出的“正义是强者的利益”的说法时,柏拉图指出,“正义是至善之一,是世界上最好的东西之一。那些所谓最好的东西,就是指不仅它们的结果好,尤其指它们本身好”^①。正义就是善,它包括个人的正义和城邦的正义两个主要方面。

人的灵魂(心灵)由理性、激情和欲望三部分组成。这三种品质所起的作用也不相同:理性起领导作用;激情和欲望受理性的领导;激情在本质上来说更倾向与理性保持一致。“我们每一个人如果自身内的各种品质在自身内各起各的作用,那他就也是正义的,即也是做他本分的事情的。”^②概言之,一个人的灵魂的三个组成部分如果能够各自发挥各自的作用,那么这个人就是一个正义的人、一个有节制的人、一个至善的人。

城邦的正义一如个人的正义。在柏拉图看来,人类对社会分工的需要是组建城邦的最大动因。一个城邦的存在,至少需要农夫、工匠和商人等劳动者;需要城邦的护卫者和城邦的谋划者三种人。当劳动者拥有节制的美德(与人的灵魂中的欲望相对应)、护卫者拥有勇敢的美德(与激情相对应)、谋划者拥有智慧的美德时(与理性相对应),城邦的正义也就实现了。城邦的正义,“就是有自己的东西干自己的事情”^③。只有在组成城邦的人们“各司其职”的前提下,人们组建城邦的最终目标——实现全体公民的最大幸福,才能获得实现。而实现全体公民的最大幸福,也是正义的最终追求。

① [古希腊]柏拉图:《理想国》,郭斌和、张竹明译,商务印书馆1986年版,第56页。

② 同上书,第169页。

③ 同上书,第155页。

亚里士多德的正义理论,继承并突破了柏拉图的观点。政治学上的善就是“正义”,正义以公共利益为依归。按照一般的认识,正义是某些事物的“平等”(均等)观念。在这方面,这种世俗之见恰好和我们在伦理学上作哲学研究时所得的结论相同。简而言之,正义包含两个因素——事物和应该接受事物的人;大家认为相等的人就该配给到相等的事物。^①

亚里士多德对政治学上的善给予了比较充分的阐释。他对正义做出了抽象的正义和具体的正义的划分。抽象的正义也被称为总体的正义、城邦的正义、政治的正义、社会的正义,而在英文中则经常被译为“abstract just”、“social just”。抽象的正义是从正义的质料、正义的构成要素的角度对正义的阐释。抽象的正义主要是指守法,且其要求遵守的“法律”是一种最广泛意义上的法。这种最广泛意义上的法律不仅包括成文法,还包括神谕、人们的信仰以及日常生活中形成的习惯。亚里士多德把抽象的正义分为自然的正义(the natural just)和传统的正义(the conventional just,也被译为“约定的正义”)两类。

政治的公正,或者是自然的,或者是传统的。自然的公正对全体的公民都有同一的效力,不管人们承认还是不承认。而传统的公正在开始时,是既可以这样也可以那样,然而一旦制订下来,就只能是这样了。^②

自然的正义针对普遍性的对象,其效力与人的因素并没有必然的联系。例如,火在波斯和希腊都一样燃烧。传统的正义针对具体的事情,其效力来源于人们的约定。传统的正义赖以生发的根据有二:法律和习惯。与自然的正义相较,传统的正义更具变动性。但在传统的正义确立之后,其变动性将大大减弱,甚至是不可变动的。

与抽象的正义相对应的具体的正义(particular justice),也叫做特殊的正义、部分的正义。这种正义,“处于做不公正的事情和受不公正的待遇之间”^③。作不公正的事情,是所得过多;受不公正的待遇,是所得过

① [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版,第148页。

② 苗力田主编:《亚里士多德全集》(第8卷),中国人民大学出版社1992年版,第108页。

③ 同上书,第106页。

少;而正义恰恰是对二者的平均。因此,模拟卢梭给政府下定义的办法,^①具体的正义可以被表述为:具体的正义² = 作不公正的事情 × 受不公正的待遇。

亚里士多德把具体的正义分为分配的正义和矫正的正义。分配的正义,就是城邦公民按几何比例原则分配城邦的公共物品的一种正义。“分配性的公正,是按照所说的比例关系对公物的分配。(这种分配永远是出于公共财物,按照各自提供物品所有的比例。)不公正则是这种公正的对立物,是比例的违背。”^②承担不同职责的公民,是城邦得以维系的必要条件。因此,每个公民因其职责的不同而对城邦的不同贡献,就成了在分配城邦的公共物品时的重要参考尺度。“正义在于成比例”^③,是对分配正义的最好说明。分配的正义是在公民为了城邦的整体利益,以公民的身份参与城邦活动时运用的一种正义原则。矫正的正义,是指城邦中的公民为了私人的利益而相互交往时,对私人物品以算术比例原则进行分配的一种正义。矫正正义的重要功能在于,将算术平等作为矫正交往双方行为的准则——即以所得和所失绝对数量的多少作为衡量双方行为正当性的标准。在买卖、抵押、借贷、出租等自愿的交往活动中,除非人们的所得与所失能够大体相抵,否则交往无法进行。通过分配正义所实现的比例平等和矫正正义所实现的算术平等,具体的正义就可以实现人与人之间平等的目标。

与抽象的和具体的正义分类相比,“公平”与“交换的正义”不是独立的正义分类。^④

2. 自然法理念下的正义观

自然法思想为考察正义提供了崭新的视角。虽然自然法理念在不

① 卢梭在《社会契约论》中对政府的描述可以概括为“主权者:政府 = 政府:臣民,亦即政府² = 主权者 × 臣民”的公式。具体参见卢梭《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆 1980 年版,第 76—77 页。

② 苗力田主编:《亚里士多德全集》(第 8 卷),中国人民大学出版社 1992 年版,第 101 页。

③ [古希腊]亚里士多德:《尼各马可伦理学》,廖申白译注,商务印书馆 2003 年版,第 135 页。

④ 孙文恺:《亚里士多德正义分类理论的知识考古》,载《金陵法律评论》2008 年秋季卷。

同的时代有着不同的表现形式,但自然法具有某些基本的内核。

至于这些原理的内容,有时看法或有不同,但一般都坚认存在着一种客观道德原理,其依宇宙之性而在,可恃理性探得,而自然法的精神即含蕴其中矣。这些原理构成了自然法。^①

概言之,作为一种永恒的、抽象的、正当的理念成为衡量实在法的尺度,是自然法思想的核心理念。因此,自然法理念下的正义观,也基本上是以一种抽象的、先验的、主观的理念为标准的正义观。

在人类历史上,这种正义观念占据了长时间的统治地位。作为反对自然法观念的重要代表人物,纯粹法学的代表人物凯尔森也不否认自然法在人类法律思想史上的长期统治地位:

自然法作者们还用一种从教父们起到康德为止都一直保留的老一套说法,即实在法是从自然法中得来全部效力的;实在法实质上不过是自然法的产物;法律或判决的作出并不是任意创造,这不过复制了总是存在了的那种真正法律,而一当实在法(复本)和自然法(范本或模型)相矛盾时,它就不能有任何效力。^②

实际上,这种观念甚至还远早于中世纪初期的教父。在初期斯多葛学派那里,自然法作为一种独立于实在法的观念,在人们的描述中就具备了永恒性,并成为衡量实在法的标准。在古罗马的西塞罗那里,自然法更被描述为普遍存在的、永恒的、最早的、源于神的理性而具有最高效力的法。^③更有甚者,西塞罗还把自然法确定为衡量实在法法律效力的标准,他是“第一位主张在实在法悖逆于自然法时,应将其彻底否定的法学家”^④。有悖于自然法的实在法,不符合正义的基本要求,因此没有法律效力。

① [英]丹尼斯·劳埃德:《法理学》,许章润译,法律出版社2007年版,第42页。

② [奥地利]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国政法大学出版社1996年版,第454页。

③ 孙文恺:《论西塞罗自然法思想的折衷主义特质》,载《苏州大学学报》2007年第6期。

④ [英]丹尼斯·劳埃德:《法理学》,许章润译,法律出版社2007年版,第59页。

基督教的出现在很大程度上改变了人们的正义观、改变了自然法。“自然法观念的历史表明,基督教在其形成之初就接过了自然法观念。”^①安布罗斯、哲罗姆和奥古斯丁三位博士以及后来的教皇格里高利都对自然法作过较为深入的阐发。试图将自然法重新拉回世俗界的经院哲学家是托马斯·阿奎那。阿奎那把法律分为永恒法、自然法、神法和人法的尝试,给予了自然法以相对独立的活动空间;阿奎那力图融合亚里士多德和奥古斯丁、理性与信仰的智识努力也为自然法后来的发展发挥了巨大的作用。阿奎那对“至善”的理解,^②可以使人们从中把握他的正义观,“善即当行,这是自然的道德律的至上诫条。因而,狭义的自然法的最高和基本规范可表述如下:正义即当行”^③。在这种基本观念的指导下,阿奎那认为“功利或正义全在于某一内在活动与另一内在活动之间按照某种平等关系能有适当的比例”。具体言之,阿奎那又把正义分为自然的正义和实在的正义两类。前者就是指自然之理;而后者则是指通过协议与共同的意志而达成的适当比例。阿奎那认为,正义的目的在于调整人们之间的关系,在于推进公共的幸福。“按照这个意义来说,只要正义能够导使人们致力于公共幸福,一切德行都可以归入正义的范围。”^④因此,作为一个基督教经院哲学家,托马斯·阿奎那的自然法思想打着鲜明的世俗化的烙印。对阿奎那自然法思想与正义之间的关系作如下概括应该还是比较恰当的:“阿克顿爵士主张托马斯·阿奎那才是第一个自由党。因为他采取了最先的一步,把正义观念世俗化,脱离宗教势力。在他之前,正义在教会长老的学说里,固早被视为纯粹是神学上的理念。”^⑤

① [德]海因里希·罗门:《自然法的观念史和哲学》,姚中秋译,上海三联书店2007年版,第32页。

② 刘素民:《托马斯·阿奎那自然法思想研究》,人民出版社2007年版,第267—273页。

③ [德]海因里希·罗门:《自然法的观念史和哲学》,姚中秋译,上海三联书店2007年版,第44页。

④ [意大利]托马斯·阿奎那:《阿奎那政治著作选》,商务印书馆1982年版,第139页。

⑤ [美]罗斯科·庞德:《法律、道德及正义》,载《庞德法学文述》,雷宾南、张文伯译,中国政法大学出版社2005年版,第265页。

格老秀斯以降,自然法真正驶入了世俗化的发展道路。在《战争与和平法》一书中,格老秀斯的理论贡献在于把自然法与实在法整合于国际法之中。“可以说,他标志着从形而上学的自然法到唯理主义的自然法的转型。”^①此后的自然法倡导者如霍布斯、洛克、孟德斯鸠、卢梭等人虽然对自然法有着不同的认识,但基本上都因袭了一条唯理主义的自然法进路。这种自然法理念的重要外在表现就是通过社会契约把自然法与实在法联结起来:人们在自然法的指导下,根据自己的理性达成了社会契约并进而制定了法律。换言之,实在法是人们理性的社会契约活动的结果,不符合自然法要求的实在法就是不正义的法律。因此,违背自然法的实在法就不存在合法性,人们也就可以不服从这样法律的规制从而推翻不符合自然法的实在法。

西方政治法律思想的发展,在相当长的时间内都受自然法思想的支配。自然法对人类如此强大的吸引力可以从两个方面获得说明:其一,自然法对人类理性的高度倚重,使人类肯定了自己存在的尊严与价值。自然法假设人类通过自己的理性探索,就能发现乃至达成道德上的化境。这本身就是人类最希望看到的、一种承认自己存在价值的假设。其二,自然法通过为实在法“设定效力标准”的方式,为人类设定了一个可以追求的正义目标。正因如此,自然法下的正义追求耗去了人类相当的精力。

概言之,自然法理念下的正义观要求:人类制定的实在法只要能够满足自然法的要求,正义就能够获得实现。在抽象的思维方式中研究正义的方法,很快就受到了功利主义哲学的挑战。

3. 功利主义的正义观

在抽象的自然法视角下考察正义的方法,受到了功利主义思想的有力挑战。以边沁、詹姆斯·密尔和约翰·密尔父子为代表的功利主义者

^① [德]海因里希·罗门:《自然法的观念史和哲学》,姚中秋译,上海三联书店2007年版,第65页。

反对自然法抽象的考察法律与正义问题的方法论,强调以实证的功利主义的方法取代自然法的地位。功利主义的出现打破了契约论对 17、18 世纪西方政治法律思想界的支配地位,并逐渐在 19 世纪的政治哲学、道德哲学以及法哲学研究中取而代之。

在边沁看来,所谓功利是指任何客体的这么一种性质:由此,它倾向于给利益有关者带来实惠、好处、快乐、利益或幸福(所有这些在此含义相同),或者倾向于防止利益有关者遭受损害、痛苦、祸患或不幸(这些也含义相同);如果利益有关者是一般的共同体,那就是共同体的幸福,如果是具体的人,那就是这个人的幸福。^①

具体说来,当一个事物或一项行动有利于增大一个人或一个共同体的快乐的总和,或有利于减小一个人或一个共同体的痛苦,那么这个事物或这项行动就是符合功利主义原则的。在边沁等功利主义者看来,符合功利原则的事物或行动,也就是符合正义的。

此后的功利主义者约翰·密尔(也译为穆勒),坚持并进一步阐释了功利主义的原则。功利是衡量一切行为正义与否的重要标准。“一切正义的问题也都是利益的问题,这始终是显而易见的;两者的不同之处在于正义附有一种特殊的情感,从而使正义有别于利益。”^②与边沁只强调快乐的量不同,密尔还强调快乐的质——“做一个不满足的人比作一个满足的猪好”是对他强调快乐的“质”的最好说明。当然,功利主义者从整体上强调以实证的方法探求正义问题,他们认为可以通过快乐与痛苦的质量的计算,得出一个事物或一项行动导致的快乐多与痛苦,还是痛苦多于快乐。以此为基点,功利主义者可以进而衡量该事物或该行动到底是正义的还是不正义的。

功利主义的正义观在思想界产生了重要影响。功利主义的正义观在思想界占据统治地位的状况,几乎一直持续到罗尔斯《正义论》一书

① [英]边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆 2000 年版,第 58 页。

② [英]约翰·穆勒:《功利主义》,徐大建译,世纪出版集团、上海人民出版社 2008 年版,第 65 页。

的出版。

4. 正义理论的当代不同观点

1971年,经过了长期理论准备的罗尔斯发表了《正义论》一书。该书的出版不仅使政治哲学讨论的主题从自由转变为正义,而且它还具有两个重要的理论贡献:

《正义论》的作用是双重的:一方面,它有力地反驳了功利主义,使后者失去了一百多年的统治地位;另一方面,它改造了古典契约论,以“原初状态”的形式提出了新契约论,恢复了契约论在政治哲学中的应有地位。^①

罗尔斯的正义理论引起了人们的广泛争论。从宏观的理论角度看,当代正义理论有自由主义、社群主义和后现代主义等理论派别。当然,在不同的理论派别内部还有不同的理论分支,而且每个理论分支之间也存在着巨大的争论。

倡导自由主义正义理论的人物,主要有美国思想家罗尔斯(John Rawls)、诺齐克(Robert Nozick)、德沃金(Ronald Dworkin)以及英国学者拉兹(Joseph Raz)等人。从其理论的价值取向看,他们都是自由主义者。然而,他们的观点却存在着巨大的分歧,而且后三者把批判的矛头都指向了罗尔斯。

罗尔斯认为,正义是社会制度的首要价值。用罗尔斯自己的话来说:正义的主要问题是社会的基本结构,或更准确地说,是社会主要制度分配基本权利和义务,决定由社会合作产生的利益之划分的方式。^②

社会基本结构的正义所以如此重要,是因为它的影响十分深刻并自始至终。罗尔斯把社会基本结构定义为,“社会的主要政治制度、社会制度和经济制度以及它们是如何融合成为一个世代相传的社会合作之统

① 姚大志:《何谓正义:当代西方政治哲学研究》,人民出版社2007年版,第22页。

② [美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社1988年版,第5页。

一体系的”^①。换言之,社会基本结构或曰社会制度的正义是罗尔斯的正义理论所关注的首要问题。

什么样的社会制度是正义的呢?经过繁复的推演,罗尔斯得出了关于正义的两个基本原则:

第一个原则,每个人对于所有人所拥有的最广泛平等的基本自由体系相容的类似自由体系都应有一种平等的权利。第二个原则,社会和经济的的不平等应这样安排,使它们:(1)在与正义的储存原则一致的情况下,适合于最少受惠者的最大利益;并且,(2)依系于在机会公平平等的条件下职务和地位向所有人开放。^②

概言之,第一个原则也被称为平等的自由原则,是关于平等的分配原则:所有人对基本的自由享有最广泛而又平等的权利。第二个原则内部又包含两个内容,它们都是关于不平等的分配原则:其中第一部分被称为差别原则——社会不平等的制度安排要有利于弱者;第二部分又被称为公平的机会平等原则——所有人在获得相应职务和地位时都具有平等的机会。在后期的《作为公平的正义》一书中,罗尔斯对这两个原则的区别作了进一步的说明。罗尔斯认为,第一个正义原则适用于宪政实质问题,而第二个原则是不适用于宪政实质问题的原则。由这两个区别出发,两个原则又出现了四个次级的区别:(1)第一个正义原则应用于立宪大会阶段;第二个原则适用于立法阶段;(2)第一个正义原则所解决的宪政实质问题是更为迫切的任务,而第二个原则则反之;(3)第一个原则所针对的宪政实质问题是否得到解决是很容易判断的,而第二原则针对的问题是否得到解决不容易判断;(4)对第一原则所针对的宪政实质问题容易达成共识,而对第二原则所针对的问题,人们很难达成共识。^③

罗尔斯提出的两个正义原则如此关键,那么其合理性的论证方式又

① [美]约翰·罗尔斯:《政治自由主义》,万俊人译,译林出版社2000年版,第11—12页。

② [美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社1988年版,第292页。

③ [美]约翰·罗尔斯:《作为公平的正义》,姚大志译,上海三联书店2002年版,第76—78页。

是怎样的呢？对此问题，罗尔斯假想了一个原初状态（*original position*）。他把原初状态定义为：一种其间所达到的任何契约都是公平的状态，是一种各方在其中都是作为道德人的平等代表、选择的结果不受偶然因素或社会力量的相对平衡所决定的状态。这样，作为公平的正义从一开始就能使用纯粹程序正义的观念。^①

换言之，原初状态就是人们选择正义原则的条件、环境。当然，原初状态也有相应的条件。例如，原初状态所拥有的客观环境利于人们的合作；原初状态中每个人对其他人的利益并不感兴趣；人们在选择正义原则时处于无知之幕（*veil of ignorance*）后，即人们在选择正义原则时对他人的经济地位、天赋、信仰、出身、教育状况等问题一无所知；此外，原初状态下的人们都知道并向往“善”，否则人们没有选择正义原则的动力。

罗尔斯在原初状态下论证出来的正义原则，打着鲜明的自由主义烙印。虽然存在着对其理论的各种批评，但罗尔斯在正义理论方面还是做出了卓越的贡献。

20世纪80年代，一种被称为“社群主义”（*communitarianism*）的理论开始对罗尔斯的正义理论进行猛烈的批判。社群主义者的主要代表人物有麦金太尔（*Alasdair MacIntyre*）、泰勒（*Charles Taylor*）、沃尔泽（*Michael Walzer*），但其中最重要的人物是美国哈佛大学教授桑德尔（*Michael Sandel*）。他也是第一个打出了“社群主义”的旗帜以批判罗尔斯的人。

1982年，桑德尔出版了他的著作《自由主义与正义的局限》，该书对罗尔斯的正义理论进行了系统的批判。桑德尔站在社群主义的立场对罗尔斯正义理论的批判，主要表现在他对后者理论所赖以存在的道德主体之上。桑德尔以罗尔斯理论赖以存在的“原始状态”和“无知之幕”的假说为基础，认为后者的理论建立在离群索居的、孤立的、道德的个人的

^① [美]约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学出版社1988年版，第115页。

基础上。由于这种对人的假设不能成立,因此罗尔斯的正义理论也就存在着巨大的缺陷。在桑德尔看来,人通过品格、自我认识和友谊而生活在特定的历史中,生活在特定的共同体中。如果脱离了历史和共同体,那么人就失去了安身立命的根本。^① 社群主义视野下的罗尔斯的正义理论,就是建立在脱离历史和共同体基础上的正义论。

除了桑德尔外,其他如麦金太尔、沃尔泽等人虽然对正义理论的阐述进路不同,但其理论前提都建立在生活在具体历史中的、社会的人的假设之上。这也是社群主义的正义理论与自由主义的正义理论的重要区别。

后现代主义的正义论出现于20世纪60年代,其代表人物主要有利奥塔(Jean-Francois Lyotard)、罗蒂(Richard Rorty)、福柯(Michel Foucault)等人。与自由主义或社群主义的正义理论意在建构自己的正义理论不同,后现代主义的正义理论是批判性的或者说是颠覆性的。例如,利奥塔认为,根本就没有正义社会的模式,甚至根本就没有正义社会;正义是超验的,这种超验的正义因此就是空的,更进一步也就没有判定正义的权威。与利奥塔不同,福柯则以权力为中心概念,对正义问题进行了讨论。^②

综上所述,我们不难发现:罗尔斯对当代正义理论的探讨做出了杰出的贡献。他的理论在引起了人们广泛讨论正义实现路径的同时,也因“社会制度的正义乃首要的正义”的基本命题所具有的强烈实践性,而为当代各民族国家在推进社会的公平正义时提供了重要的灵感来源。

当代中国探寻社会制度正义的理论与实践

中华人民共和国的成立是中国人民在共产党的领导下进行的、构建使每个人成为国家主人的、正义的社会制度的伟大实践。此后,中国人

① [美]迈克尔·J.桑德尔:《自由主义与正义的局限》,万俊人、唐文明、张之锋、殷迈译,译林出版社2001年版,第216—222页。

② 姚大志:《何谓正义:当代西方政治哲学研究》,人民出版社2007年版,第321—401页。

民在国家建设的过程中,又在不同的历史时期提出了不同的正义理念以推进社会制度的正义性。

1. 形式平等的正义观

作为人民民主专政的社会主义国家,中华人民共和国在其成立之初所确立的政治制度为广大的劳动人民成为国家的主人提供了政治保障。为使这种政治保障有着坚实的经济基础,国家将工作的重心转移到经济建设上。对此,毛泽东一直强调解放生产力的重要性。社会主义革命的目的是为了解放生产力。农业和手工业由个体的所有制变为社会主义的集体所有制,私营工商业由资本主义所有制变为社会主义所有制,必然是生产力大大地获得解放。这样就为大大地发展工业和农业的生产创造了社会条件。^①

在发展生产力思想的指导下,国家在建国之后前三年的主要目标是恢复国民经济和进行相应的社会改革。此后,直到1956年社会主义制度建成之前,国家还对各种经济形式进行了社会主义的改造工作。

在《关于正确处理人民内部矛盾的问题》中,毛泽东对发展生产力的重要性仍然有着清醒的认识,“在社会主义社会中,基本的矛盾仍然是生产关系和生产力之间的矛盾,上层建筑和经济基础之间的矛盾”^②。然而,在社会主义建设的实践中,随着大跃进、合作化等“左”倾经济措施的推行,形式平等的分配方式在经济建设中占据了上风。这种形式上绝对平等的分配措施,不利于调动人民的生产积极性,极大地阻碍了社会主义社会的生产力的发展。此后爆发的文化大革命,又使人们关注的重心从经济建设上转移开来。因之,形式平等的正义理念对生产力的阻碍状况到十一届三中全会之前都没有根本性的改观。

2. “效率优先、兼顾公平”的正义观

十一届三中全会后,伴随以市场为主导的价值取向的改革,我国政

^① 《毛泽东文集》第7卷,人民出版社1999年版,第1页。

^② 同上书,第214页。

府开始了讲求效率,拉开收入差距,“让一部分人先富起来”的分配策略。经过一段时间的发展,“兼顾效率与公平”作为经验被写进了十四大的决议。这种模式后来被概括为“效率优先、兼顾公平”的原则。^①具体言之,“效率优先,兼顾公平”分配原则是中国在特殊时期提出的具有特定时代特征的发展策略。该原则提出时,中国的现代化建设尚处于起步阶段,而市场经济因素亦是初露端倪。在此情况下,“效率优先,兼顾公平”的提法顺应了特殊历史时期的需要,具有相当的历史合理性。“效率优先,兼顾公平”包含这样两层含义:其一,应当在重点关注经济效益的同时,也不要忽略公平问题,对之应当予以适当的关注;其二,当经济效率问题和公平问题两者间出现抵触、矛盾甚至是对立的时候,应当首先考虑前者而不是后者,有时甚至为了确保“经济效益”可以暂时牺牲“公平”。^②

在“效益优先,兼顾公平”原则的指导下,我国的经济确实取得了长足进展。然而,伴随着中国经济的高速发展,由于“兼顾”而导致的公平失衡问题也非常尖锐地凸现出来:东西部的差别、城乡差别、贫富分化等一系列影响社会稳定的不公平现象豁然闯入人们的视野。这些现象的出现也反映了“效率优先,兼顾公平”提法的局限性:该提法的价值在于“破旧”,即冲击、消解以往的计划经济和平均主义;但这种分配原则在“立新”,即对现代社会进行制度设计和安排方面显得有些力不从心。毕竟邓小平在改革开放之初也曾经指出:“如果导致两极分化,改革就算失败了。”^③从这个角度出发,社会的公平正义与有“效率”地发展经济相比,也是改革追求的重要价值目标。

针对大量出现的社会不公现象,正确的做法应当是:向正义回归,以社会正义为基本的理念和准则,促进分配制度向合理的发展方向发展,建立

① 《求是》杂志 2005 年第 23 期刊登的文章指出:“我们 1993 年提出的口号是‘效率优先,兼顾公平’,这在当时是有很强的针对性的,那就是‘平均主义’与‘大锅饭’,为了克服这个弊端才提出这个口号”。这种观点揭示了“效率优先,兼顾公平”的产生和发展历程。

② 吴忠民:《社会公正论》,山东人民出版社 2004 年版,第 389—390 页。

③ 《邓小平文选》第三卷,人民出版社 1993 年版,第 139 页。

一个人人共享、普遍受益的现代社会。正是在这样的背景下,我国政府提出了构建和谐社会的根本目标。

3. 构建和谐社会的正义观

二十多年以市场为导向的经济体制改革,不仅打破了计划经济体制下的利益格局,而且还催生了大量的利益主体和群体,从而形成了多元化的利益格局。在此情形下,不同利益主体和群体之间的矛盾尤其是利益矛盾大量出现了:前述东西部的差别、城乡差别和贫富悬殊现象都是这种利益矛盾的体现。此外,人的发展与自然环境之间的关系也出现了前所未有的紧张关系。为了调和彼此之间存在着矛盾的利益关系,我国政府提出了构建社会主义和谐社会的基本理念,并在这一理念的指导下为建构和谐的社会而努力。

中共十六大和十六届三中全会,从全面建设小康社会、开创中国特色社会主义事业新局面的全局出发,明确提出构建社会主义和谐社会的战略任务,并将其作为加强党的执政能力建设的重要内容。2004年9月,党的十六届四中全会则明确地提出了“和谐社会”的概念,并强调“坚持以人为本、全面协调可持续发展的科学发展观”。这个发展的核心具体表现为农村与城市和谐发展、人与自然和谐发展、人与社会和谐发展、社会与经济和谐发展、政治与经济和谐发展、物质文明与精神文明和谐发展。十六届四中全会的决议指出:“坚持最广泛最充分地调动一切积极因素,不断提高构建社会主义和谐社会的能力。”

和谐社会主要是指民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的社会。民主法治,就是社会主义民主得到充分发扬,依法治国基本方略得到切实落实,各方面积极因素得到广泛调动;公平正义,就是社会各方面的利益关系得到妥善协调,人民内部矛盾和其他社会矛盾得到正确处理,社会公平和正义得到切实维护和实现;诚信友爱,就是全社会互帮互助、诚实守信,全体人民平等友爱、融洽相处;充满活力,就是能够使一切有利于社会进步的创造愿望得到尊重,创造活动得到支持,创造才能得到发挥,创造成果得到肯定;安定有序,就

是社会组织机制健全,社会管理完善,社会秩序良好,人民群众安居乐业,社会保持安定团结;人与自然和谐相处,就是生产发展,生活富裕,生态良好。以上这些基本特征是相互联系、相互作用的。

和谐社会的建设在某种意义上强调了社会公平正义与经济效率具有同等的重要性。这点在十六大报告中所提及的“一次分配注重效率,二次分配注重公平”中得到了鲜明的体现。和谐社会概念的提出不仅反映了我党执政能力和执政水平的提高,同时也表明我国政府更加关注社会和谐、社会公平和社会正义。这一执政思路的转变说明,中国特色社会主义事业和现代化建设的总体布局,已经由经济、政治、文化的“三位一体”扩展为经济、政治、文化、社会的“四位一体”。

尽管年轻的共和国才过六十岁,但新中国的正义观已经发生了三次大规模的嬗变。在不同的历史阶段,不同的正义观都发挥了相应的作用:建国初期形式平等的正义观为实现社会主义公有制经济在国民经济中的主体地位发挥了重要作用;“效率优先、兼顾公平”的正义观为确立市场主导的经济体制改革起到了输血打气的作用;而当下中国推动的建设和谐社会的正义观,则有利于整个国家各领域综合而全面地发展、有利于推动社会安定团结的政治局面。

当然,我们也必须认识到我国正义观的上述转变主要表现在经济体制领域内,而构建正义的政治体制、司法体制等社会的基本制度仍然是摆在中国人民面前的重要任务。我国正义观在短时间内如此巨大的变化也恰恰说明:“一部社会改良的历史,就是一系列的社会变迁,在这一系列的变迁中,曾经被认为是社会存在的基本必需品的风习或制度,一个接一个地不断转变成了人人唾弃的非正义的残暴的东西。”^①毋庸置疑,正义的标准与理念是变动不居的,但是作为一种观念上的正义将是永恒的、不变的。就像英国哲学家埃德蒙·柏克所说的那样:“有一种东

^① [英]约翰·穆勒:《功利主义》,徐大建译,世纪出版集团、上海人民出版社2008年版,第64页。

西,并且只有这种东西恒久不变,它先于这个世界而存在,并且也将存在于这个世界自身的组织结构之中;它就是正义。”^①

对正义的不懈追求,是推动人类社会向前发展的重要动力!

^① [美]卡尔·J.弗里德里希:《超验正义》,周勇、王丽芝译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第17页。

秩序(order)

秩序以其广泛地存在于自然界和人类社会之中,而成为自然界和人类社会的重要属性。春夏秋冬四时的更替是地球上时间嬗变的秩序;山区植被由低海拔向高海拔依次呈阔叶林、针阔混交林、针叶林的次第分布是植物的生长秩序;而“雁阵惊寒,声断衡阳之浦”则描述了动物界的一种秩序景观;此外,“邻国相望,鸡犬之声相闻,民至老死,不相往来”则描述了一种人类生活的秩序。概言之,自然界大抵是按照特定的秩序运转的。那么,什么是秩序?它包括哪些种类?秩序对人类何以能够成为可能和必须?如何实现良好的秩序?

秩序的基本含义

在汉语中,秩序被指认为“人或事物所在的位置,含有整齐守规则之意”^①。在英语中,秩序(order)似乎与命令有着密切的关联。当然,无论从哪个角度看,秩序都是人或事物与规则统一的结果。美国法学家埃德加·博登海默把秩序定义为:“在自然进程和社会进程中都存在着某种

^①《辞海》,上海辞书出版社 1999 年版缩印本,第 2201 页。

程度的一致性、连续性和确定性。”^①从这种意义上讲,秩序总是与无序、混乱相对立的。后者是对事物发展的断裂性、无规则性之现象的描述。秩序的概念揭示了它应有以下几个方面特点。

第一,秩序的形成以规则的存在为前提。规则的存在是秩序形成的前提条件。当然,这里的规则需要做广义的理解:它包括自然法则和人类生活中形成的各种社会规则。包罗万象的自然秩序因遵守特定的自然法则而形成;而人类社会秩序的形成则有赖于宗教、习惯、政治、法律、道德等各种规则。

第二,秩序具有动态性。不可否认,秩序更多地具有稳定、静态的特质。但是由于秩序与发展之间的辩证关系,秩序又恰恰成为用以说明发展的重要概念。完全静止不变的东西是无所谓秩序的——尽管之于自然界而言完全地静止不变永远是一种理想。从运动的绝对性这层意义上来说,秩序作为一个描述动态事物的概念而带有鲜明的动态性。

第三,秩序具有连续性、确定性。这一特性决定了事物的发展变化都是有章可循的,也决定了事物发展的可预测性。正是因为这一特点,我们可以明确地知道:春季之后是夏季,经过秋、冬的更替再回到春季;故意杀人者在文明社会中必将受到法律的制裁。这些都是对秩序在自然界和人类社会中体现出来的连续性、确定性的证明。

根据不同的标准,我们可以把秩序分成若干不同的种类。例如,根据秩序存在的空间状态,我们可以将其分为内部秩序、外部秩序;根据秩序赖以形成的规则,我们可以把秩序分为政治秩序、经济秩序、法律秩序、道德秩序、宗教秩序……根据人们可以观察的动态效果判断,秩序可以被分为动态秩序和静态秩序,“雁阵惊寒,声断衡阳之浦”就是一种动态的秩序;而山区植被的分布状况就是一种静态的秩序。当然,静态秩序和动态秩序的分别也是相对的——物质运动的绝对性决定了静态秩

^① [美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 228 页。

序永远都是相对的静态秩序。如此众多的“秩序”，无不显示出秩序分类的复杂性。在所有的秩序分类中，我们认为自然秩序与社会秩序的划分有着最重要的理论和现实意义。

根据秩序的形成是否受人的意志的支配，我们可以把秩序分为自然秩序和社会秩序。自然秩序是不以人的意志为转移而形成的秩序：四时的更替、植被的自然分布等秩序的形成不为人的意志所支配，因此属于典型的自然秩序。自然秩序不受人类意志支配的属性决定了它更倾向于一种事实，它只能成为人们观察的对象。对自然秩序，英国法学家菲尼斯曾做过这样的概括：“所有这些都是一种秩序中的事实，它们外在于我们自己的理解，而我们的理解只能发现它们。这种秩序通常被称为自然秩序。”^①

与自然秩序相对的社会秩序，其形成甚至被破坏都与人的意志有着直接的关联。换言之，如果说自然秩序的主体是包括人在内的动物、植物以及没有生命的自然物，那么社会秩序的主体只能是人本身。人类的生产、生活无不形成特定的秩序：作为教师，其正常的生活和工作活动将形成教学秩序、科研秩序以及特定的生活秩序；其他任何职业亦然。从根本上来说，社会秩序之形成由于受人类意志支配的特点，为人类发挥自己的主观能动性、创造良好的社会秩序提供了理论和现实的空间。

无论自然秩序还是社会秩序，它们对人类而言不仅是休戚相关的，而且二者间还存在着紧密的联系。自然秩序虽然不受人的意志支配，但它却构成了社会秩序赖以建立的基础。例如，中国人民通过对四时更替的观察创造了太阴历、二十四节气等反映自然秩序的规则，并以之计时、安排农业生产活动从而形成了相应的社会秩序。对于自然秩序，人们只能去观察、适应，而无法对其进行有效的改造。如果人类活动在某些方面违背了自然秩序，那么这些活动的目的非但不能达到，而且还可能会

^① [美]约翰·菲尼斯：《自然法与自然权利》，董娇娇、杨奕、梁晓晖译，中国政法大学出版社2005年版，第301页。

遭到自然的惩罚。人类在改造自己生活状况的过程中对自然环境的破坏,就是对这种关联性的最好的例证。在尊重自然秩序基础上形成的社会秩序,是人类生产、生活的基本场景。违背了自然秩序的社会秩序不仅无以为继,甚至是根本无从建立的。从此视角出发,建立自然秩序与社会秩序之间的和谐关系,构成了人类有意识地型塑社会秩序的重要前提。

社会秩序之于人类而言的重要意义,决定了它必然是法律追求的重要价值之一。在社会学的意义上看,法律与秩序更像是同义语,“规则和秩序本身,对任何要摆脱单纯偶然性或任意性而取得社会的固定性和独立性的生产方式来说,是一个必不可少的要素”^①。关于法律与秩序之间的密切联系,人们有过颇多的论述。将这些论点概括起来,其核心无非是:任何法律制度都追求社会发展的连续性、稳定性和有序性。“所有秩序,无论是我们在生命伊始的混沌状态中所发现的,或是我们所要致力于促成的,都可从法律引申出它们的名称。”^②秩序所以构成法的基本价值追求,最根本的原因在于二者内在的包容关系:良好的法律得到严格的执行,其结果必然造就良善的秩序;而良善的秩序也必然内在包含着法律规则的主旨。正是从这个意义上来说,“与法律永相伴随的基本价值,便是社会秩序。消除社会混乱是社会生活的必要条件”^③。

社会秩序的形成机制——社会秩序的必要性与可能性

秩序的必要性与可能性,不仅蕴含着秩序的重要性,还意味着秩序形成的机制。那么,秩序是如何形成的呢?自然秩序对人类而言的不可选择性,决定了我们研究社会秩序形成的可能与必要才有着更切实

①《马克思恩格斯全集》第二十五卷,人民出版社1974年版,第894页。

②[德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第1页。

③[英]彼得·斯坦、约翰·香德:《西方社会的法律价值》,王献平译,中国法制出版社2004年版,第45页。

的意义。

个人的“安全”是社会秩序存在的首要原因。在古典自然法学家关于自然状态的描述中,这一因素可以获得很好的证明。例如,英国哲学家霍布斯认为,由于人天性中的竞争、猜疑和荣誉感,使人类早期的生活处于一种不断的争斗中——霍布斯将人与人之间不断争斗的状态称为战争状态。

这种人人相互为战的战争状态,还会产生一种结果,那便是不可能有任何事情是不公道的。是和非以及公正与不公正的观念在这儿都不能存在。没有公共权力的地方就没有法律,而没有法律的地方就无所谓不公正。暴力与欺诈在战争中是两种主要的美德。^①

由于自然状态下人的安全得不到有效的保障,因此过渡到社会状态的第一自然法原则便是“寻求和平、信守和平”。尽管对自然状态有着不同的描述,但法国学者孟德斯鸠在将自然法概括为四个方面的内容——爱好和平、寻找食物、自然的爱慕以及过社会生活——时,仍然将“和平应当是自然法的第一条”置于自然法原则的首要位置。^② 和平与安全的对应,使秩序成为人类生存的首要条件。

在个人的“安全”得到有效保证后,“发展”的问题随之而来。“发展”是事物的本质属性之一:就像一棵小树逐渐成长为大树一样,人以及人类社会也会经历一个不断成长的过程。从经验的角度看,任何事物的发展都需要能量的累积——人类社会的发展当然亦不例外。按照既有的秩序、或者说按照传统的规则行事,是人类社会累积能量的重要方式。遵循秩序衍生出来的事物发展的延续性,使人们之间的利益冲突及冲突解决方式仍然大致维持在人们能够接受的水平上,从而避免了人类生存过程中的过多能耗、降低了人类的生存成本。这是法律所追求的社会秩序的重要价值目标之一:“使社会中各个成员的人身和财产得到保障,使

① [英]霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1985年版,第96页。

② [法]孟德斯鸠:《论法的精神》上册,张雁深译,商务印书馆1961年版,第4页。

他们的精力不必因操心在自我保护而消耗殆尽。”^①通过这种方式积聚起来的能量,为人类社会的发展提供了条件。

遵守既有的规则、维护现行的秩序以保证人类社会生活的有序性和连续性,不仅为人类的发展积蓄了能量,而且也是人类的基本心理需求,是人类安全需要的进一步满足。

在世界上寻求安全和稳定的努力还有一些范围更广的方面,这些方面见于一种极为常见的偏爱:偏爱熟悉的事物,而不是不熟悉的事物;或者是已知的事物,而不是未知的事物。^②因之,有秩序的生活不仅为人类生存、发展所必需,也符合人类基本的心理需求。

自然秩序与社会秩序在形成机制上存在着差别。简言之,“必然性的规则(法则)”是自然秩序形成的机制:自然秩序的形成不仅要有规则(法则),同时这种规则(法则)还受到必然性的保障。需要指出的是,这里的规则(法则)就是法(即英文中的 law),只不过是一种受自然必然性支配的法。以万有引力定律(the law of gravity)为例,距离地球特定距离的物品受“定律”的支配都“必然”地向地面坠落。对于自然秩序,人类只能去认识、把握并顺应之。

与自然秩序不同,社会秩序的形成是人类有意识地进行社会控制的结果。“旨在防止越轨并鼓励遵从的努力就是社会控制。社会控制主要有两种类型:内在控制和外在控制。”^③内在控制通过激励机制鼓励人们遵守规则;外在控制通过约束机制强制人们遵守规则。当然,无论哪种社会控制模式,它的有效实现以形成社会秩序都需要三个重要的要素:组织、规则与权威。

组织是将人们为特定目标粘合于一处以实现秩序的前提之一——组织就是精心设计的以达到某种特定目标的社会群体。从社会学的视

① [英]彼德·斯坦、约翰·香德:《西方社会的法律价值》,王献平译,中国法制出版社 2004 年版,第 48 页。

② [美]马斯洛:《动机与人格》,许金声等译,华夏出版社 1987 年版,第 47 页。

③ [美]戴维·波普诺:《社会学》(第十版),李强等译,中国人民大学出版社 1999 年版,第 208 页。

角看,组织的成员往往是不固定的,其权力常常集中在领导手中,其内部有着较明确的劳动分工与权威分配。^①无论是正式的组织还是非正式的组织,相应的约束手段——规则,都是保证其正常运转的另一个重要条件。规则大量地存在于工会、学校、公司、政府以及民间团体等正式和非正式的社会组织中,就是对规则乃进行社会控制之必要条件的最好证明。此外,作为保证规则的执行力量,权威是联合组织和规则的重要手段。一个有规则、有组织的群体中,如果规则对组织中的人们的压力是无效的,那么由于规则不可能得到良好的执行而必将导致无序的状态。关于这一问题,洛克甚至在描述自然状态下的自然法何以能够有效时,作了这样的概括,“自然法和世界上有关人类的一切其他法律一样,如果在自然状态中没有人拥有执行自然法的权力,以保护无辜和约束罪犯,那么自然法就毫无用处了”^②。

也就是说,没有权威保证的自然法都是无效的。以此观之,执行规则的权威确系社会秩序形成的重要保障:从某种意义上讲,舆论压力之保障道德规则的遵行、内心确信之保障宗教规则的遵行、外在强制之保障法律规则的遵行都是权威之于社会秩序形成的例证(当然,并非道德规则仅依靠舆论压力得以实现,就像宗教和法律规则也不是仅依靠内心确信和外在强制保证实现一样)。通过组织、规则和权威的联合作用,良好的社会控制得以实现;作为良好的社会控制的现实形态,社会秩序得以形成。

社会秩序的形成是一个异常复杂的过程。在推动社会秩序形成的规则要素中,道德、宗教、政策、风俗、习惯、法律等编织了一个推动社会秩序形成的无缝之网。不可否认,“自十六世纪以来,法律已经成为社会控制的最高手段了”^③。因此,在社会秩序形成的规则要素中,法律发挥

① [美]戴维·波普诺:《社会学》(第十版),李强等译,中国人民大学出版社1999年版,第190页。

② [英]洛克:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第7页。

③ [美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制、法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆1984年版,第131页。

了举足轻重的作用——建立和维护阶级统治秩序和社会生活秩序、建立生产和交换秩序、建立权力运行秩序等。然而,在促动秩序生成的机制上,法律又是怎样发挥作用的呢?

对于法律如何促成秩序的实现,美国法学家庞德进行过较好的概括,“在当前的社会中,我们主要依靠的是政治组织社会的强力。我们力图通过有秩序地和系统地使用强力,来调整关系和安排行为”^①。具体言之,法律是通过安排行为和调整关系的手段,以实现社会秩序的。

第一,法律对个人行为的安排。以安排行为的手段实现秩序,是法律对个人行为发挥作用的基本方式。概言之,法律对个人行为的安排主要表现为指引、评价、预测、强制和教育等方面。

法律对个人行为的指引机制,是指法律以规定权利和义务的手段要求人们可为以及不可为哪些行为的行为安排方式;法律对个人行为的评价机制,是指以法律作为行为的标准和尺度,对人们的行为进行判断和衡量;法律对个人行为的预测机制,主要是指人们可以根据法律对行为人为行为后果的一种揣测和衡量,例如国家机关工作人员以及行为人都可以通过法律对该行为之法律后果进行预测;法律对个人行为的强制机制,主要表现为国家对个人行为的制裁;而法律对个人行为的教育机制,则表现为法律把某些价值观固化为一定的法律符号,以形成相应的法律意识形态从而对人们的行为产生良性的指引。例如,法律规定“不得盗窃”。甲不盗窃他人财产是为该规则指引机制之表现;如果甲盗窃他人财产,他根据法律完全可以预知自己行为的违法性(预测),并最终导致国家机关裁定其行为违法(国家机关对其盗窃的否定性评价),从而应该承担相应法律责任(强制)。从甲盗窃他人财产而受处罚的事例中,人们认识到不应盗窃他人的财产(教育)。

通过对个人行为的安排,法律为秩序的形成创造了个人的条件。

^① [美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制、法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆1984年版,第10页。

第二,法律对社会关系的调整。作为单个人形成的综合体,社会中光有对个人行为的良好安排还不足以形成良好的秩序。个体利益冲突的不可避免性,要求法律对人与人之间的社会关系进行调整。法律作为社会关系的调整器,在调整人们之间关系以形成良好秩序方面发挥着不可替代的作用。

根据马克思主义的观点,法律对社会关系的调整主要表现为对阶级统治关系和正常的生产、生活等社会关系的调整两个方面。通过确定并以相应手段维护何者为统治阶级、何者为被统治阶级的方式,法律实现了对阶级统治关系的调整。而法律对生产、生活等社会关系的调整更多地体现在人们日常的生产生活实践中——以法律手段进行水利、交通等基础设施建设就是法律在调整社会关系作用的表现。法律对这两种社会关系的调整,存在着密切的联系。就像恩格斯在《反杜林论》中概括的那样:

政治统治到处都是以执行某种社会职能为基础,而且政治统治只有在它执行了它的这种社会职能时才能持续下去。不管在波斯和印度兴起和衰落的专制政府有多少,每一个专制政府都十分清楚地知道它们首先是河谷灌溉的总管,在那里,没有灌溉就不可能有农业。^①

法律所调整的人们之间的关系归根结底是利益关系。因此,因势利导地对人们之间的利益进行公平分配,是法律实现社会秩序的根本所在。诚如庞德所云:“一个法律制度通过下面一系列办法来达到,或无论如何力图达到法律秩序的目的:承认某些利益;由司法过程(今天还要加上行政过程)按照一种权威性技术所发展和适用的各种法令来确定在什么限度内承认与实现那些利益;以及努力保障在确定限度内被承认的利

^① 恩格斯:《反杜林论》,载《马克思恩格斯选集》(第三卷),人民出版社1995年版,第523页。

益。”^①换言之,秩序的目的在某种意义上也恰恰是为了恰当地保护社会成员的利益。

从法律的角度看,秩序是法律调整进程的终点;从广泛的社会规则的角度看,秩序的形成又不仅仅是法律规则单独作用的结果:“在正常情形下,传统、习惯、业经确立的惯例、文化模式、社会规范和法律规范,都有助于将集体生活的发展趋势控制在合理稳定的范围之内。”^②因此,秩序的形成有赖于各种社会因素的协调配合。

秩序与自由、正义

与秩序主要是社会的一种属性不同,“自由”在当代则更多地与个人相关联。不可否认,古代人的自由与现代人的自由有着较大的差别,“对于罗马人来说,自由与其说是个人属性,不如说是社会或群体的属性”^③。古代人对个人自由的漠视在柏拉图的《理想国》一书中也能得到证明:个人的自由在“理想国”中必须服膺于城邦整体的利益。启蒙运动以降,忽视个人自由的状况获得了根本的改观。在重视个人自由的当今世界,如何界定自由的限度?又如何保障个人自由与社会秩序的协调呢?

“人是生而自由的,但却无往不在枷锁之中。自以为是其他一切的主人的人,反而比其他一切更是奴隶。”^④在思考上述问题时,卢梭的观点或许对我们有重要的启发:首先,自由是受“枷锁”限制的自由;其次,使其他一切人成为奴隶的专制同样不能获得自由。因此,自由秩序的实现,有赖于对无政府和专制状态的克服。

① [美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制、法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆1984年版,第35页。

② [美]E.博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第236页。

③ [英]彼德·斯坦、约翰·香德:《西方社会的法律价值》,王献平译,中国法制出版社2004年版,第201页。关于古代人的自由与现代人自由差别的论述,可以参见[法]邦雅曼·贡斯当《古代人的自由与现代人的自由》,阎克文、刘曼贵译,商务印书馆1999年版,第24—48页。

④ [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1980年版,第8页。

1. 作为秩序对立面的“无政府”与“专制”

与自然秩序的自然必然性不同,社会秩序的形成依赖于人们的理性和自由意志。因此,秩序“对于具有理性和自由意志的存在来说,它则是一种自由的秩序、一种道德性秩序”^①。以此观之,失却了理性和自由意志的“秩序”就不成其为秩序。这种对秩序的反动主要表现为两个方面:个人的意志和行为不受任何限制的无政府状态;对个人的意志和行为进行全面的专制。

无政府主义宣扬“个人万能”,主张绝对自由、反对一切权威。它是极端的个人主义和主观唯心主义思想在现实生活中的表现:无政府主义者主张无国家、无政治、无法律,反对一切组织、纪律。这种将个人自由发挥于极致的做法,将每个人视为自己的绝对主宰。尽管一些无政府主义者在理论上假设人是不会侵犯他人利益的“善”者,但现实的情况却是:人类社会并非由天使组成的。每个人无度的自由在个人私利的驱使下转化为无秩序的混乱状态——无政府的自由观必然导致无政府的失序状态。正因如此,秩序与绝对的、不受任何限制的自由是不相容的。

与无政府直接导致形式上的失序不同,专制在某种程度上甚至可以塑造形式上的“秩序”。例如,在商君“弃灰于道者,弃市”的严苛法律制度下,敢怒不敢言的百姓也能展示出“秩序”的面向。在专制制度下,这样的例子并不少见。然而,这样的“秩序”在本质上不具备秩序的基本要素:社会秩序以人类能够发挥自由意志为前提。专制对自由意志的戕害,表现为一个人或少部分人完全支配了其他人的自由意志。专制制度下表面上形成的“秩序”除了具备了人类社会秩序的形式外,在本质上与动物形成的“自然秩序”没有什么区别。因此,专制是失序的另一种极端表现形式。

^① [德]海因里希·罗门:《自然法的观念史和哲学》,姚中秋译,上海三联书店2007年版,第157页。

为达成社会秩序,人类必须寻求能够有效克服无政府和专制的基本途径。

2. 正义是界定秩序与自由的价值尺度

诚如前述,一个表面上“秩序”的社会却可能是失序的。其中的根本原因在于,以专制方式形成的秩序是不正义的。正义与自由、秩序之间的关系可以通过如下例子获得说明:一根以个人自由和社会秩序为两端的尺子,正义就像一个根据社会实际情况而不断在尺子中间左右移动的刻度。当正义的刻度偏向于自由一方时,秩序的要求就相对松散一些;反之,人们的自由可能就会受到稍多的限制。当然,无论正义的刻度停在中间的哪一点(而不是停在两端),其形成的秩序都是包含自由的秩序,就像它给予人们的自由也是包含秩序的自由一样。换言之,秩序和自由作为人类追求的重要价值目标,其正当性是通过正义而获得保证的。

那么,现实中能够有效地在自由和秩序的标尺中间划出正义刻度的工具是什么呢?在法治已成为人们公认的“善治”模式下,法律无疑成了标出上述刻度的最重要工具。“为了防止为数众多的意志相互抵触的无政府状态,法律限制了私人的权力。为了防止一个专制政府的暴政,法律控制了统治当局的权力。法律试图通过把秩序与规则性引入私人交往和政府机构运作之中的方式而在我们上节所描述的两种社会生活的极端形式之间维持一种折衷或平衡。”^①通过对自由和秩序的相应规定,法律排除了无政府和专制两种可能的失序状态,从而为人类社会实现秩序下的自由和有自由的秩序铺平了道路。

毋庸讳言,人们对以法律手段在自由和秩序的标尺中间标出怎样的刻度存在巨大的争论。而英国学者约翰·密尔给出的、被后人称为“伤害原则”的刻度给人们留下了深刻印象:

^① [美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第246页。

人类之所以有理有权可以各别地或者集体地对其中任何分子的行动自由进行干涉,唯一的目的是自我防卫。这就是说,对于文明群体中的任一成员,所以能够施用一种权力以反其意志而不失为正当,唯一的目的是要防止对他人的危害。若说为了那人自己的好处,不论是物质上的或者是精神上的好处,那不成为充足的理由。……任何人的行为,只有涉及他人的那部分才须对社会负责。在仅只涉及本人的那部分,他的独立性在权利上则是绝对的。对于本人自己,对于他自己的身和心,个人乃是最高主权者。^①

简言之,在不伤害他人的情况下,一个人对自己的行为有绝对的支配权。在1958年纪念密尔的《论自由》发表一百周年时,密尔的这种自由观又被同为英国哲学家伯林发展为人所熟知的“消极自由”。在这种自由观下,人们在保证自己不伤害他人自由的同时,实现了社会的秩序。

没有自由的秩序和没有秩序的自由,都表现为对秩序的最大反动——失序。诚如西塞罗所云:如果我们想要获得自由,那就得成为法律的奴隶。成为法律的奴隶,是实现自由与秩序良好契合的唯一路径。

秩序与进步

秩序是表述事物发展连续性的概念,因此,秩序与进步并没有根本的冲突:只有在特定的秩序中,事物才更有可能获得渐进的发展。然而,秩序与社会动荡乃至社会革命却是对立的。为保证社会在秩序的条件下获得健康的发展而不致引发病态的社会革命和动荡,很多学者研究了秩序和进步之间的关系。在这些思想家中,法国社会学家孔德最具代表性。

1. 孔德对秩序与进步的论述

客观地说,“秩序与进步”是对孔德社会学思想的最好概括。在说明

^① [英]约翰·密尔:《论自由》,程崇华译,商务印书馆1959年版,第9—10页。

实证主义协会所追求的“秩序与进步”时,孔德指出,“这一口号肯定符合未来社会的真正性质,因为它预示着人类两种普遍需要的根本协调,而这一协调既是政治上的也是哲学上的”^①。对秩序与进步的研究,使孔德将其社会学理论分为社会静力学和社会动力学两个部分。

如何实现秩序是社会静力学研究的归宿。孔德认为,社会静力学在于考察社会行动和社会系统各不同部分的反映规律,研究构成社会机体的各部分之间的平衡与和谐。对社会机体各部分之间的平衡与和谐之研究所以必要,是因为它们构成了社会正常运转的基本条件;一旦这些条件遭到破坏,社会运转就会发生障碍,并进而造成社会病态:社会革命与社会动荡。为了实现社会系统的各组成部分之间的良好平衡与和谐,语言、宗教、社会分工等社会制度显得尤其重要——这些制度在维护社会秩序方面具有广泛而重要的功能。

社会动力学研究的核心是如何解释社会的历史进步。关于社会的进步,孔德认为人类社会的进步证明了三个阶段的发展规律。“这个规律是:我们的每一个主要观念,我们的每一个知识部门,都相继经历三个不同的理论阶段:神学阶段,或虚构阶段;形而上学阶段,或抽象阶段;科学阶段,或实证阶段。”^②实证阶段是社会发展的顶峰,也是一种最有可能实现秩序与和谐的阶段。在社会发展三阶段的理论基础上,孔德认为人们之间的合作可以加快社会进步的速度。在掌握关于社会进步的历史材料后,再加以符合实际的政治行动,人们就能够制定出符合社会发展的具体措施。

总之,孔德认为秩序和进步是相得益彰的。人们之间在秩序的框架内实现良好的合作,是推动社会进步的重要途径。

2. 稳定与发展:当代中国面临的秩序与进步课题

针对中国的具体国情,秩序与进步自然地转变为稳定与发展之间的

① [法]奥古斯特·孔德:《论实证精神》,黄建华译,商务印书馆1996年版,第82页。

② 洪谦主编:《西方现代资产阶级哲学论著选辑》,商务印书馆1964年版,第25页。

关系。早在1989年2月26日,邓小平在会见美国总统布什时指出,“中国的问题,压倒一切的是需要稳定。没有稳定的环境,什么都搞不成,已经取得的成果也会失掉”^①。不发生社会动荡,保持社会稳定、维持社会秩序,不仅是人们进行日常生产、生活的前提,也是确保国家不断取得进步的基础。

然而,就像秩序也是动态中的秩序一样,稳定也是动态中的稳定,也是相对的。对于这一问题,邓小平在1992年视察武昌、深圳、珠海、上海等地时发表的谈话中指出,“对于我们这样发展中的大国来说,经济要发展得快一点,不可能总是那么平平静静、稳稳当当。要注意经济稳定、协调地发展,但稳定和协调也是相对的,不是绝对的。发展才是硬道理”^②。在社会秩序的稳定有了基本保障的前提下,邓小平进一步强调了发展的问题。在秩序中求发展,在发展中保稳定,这是摆在中国人民面前的时代课题。

不可否认,秩序与稳定并不意味着因循守旧、裹足不前。守旧和停滞由于背离了社会发展的基本规律和要求,因此必然带来不稳定和失序。进步与发展也不意味着盲目冒进、一味地追求经济发展的高指标,它也要照顾到社会各阶层的利益和意志,实现不同社会阶层的合作与共赢——这也是实现社会秩序与稳定的基本要求。在当代中国,实现稳定与发展之动态平衡的唯一方式是改革。改革是“动态”的秩序的要求,社会秩序的不断变迁要求改革相应的社会关系;改革是发展的要求,通过把改革造成的“动荡”控制在一定范围内,整个社会得以在稳定的氛围中获得健康的发展与进步。

改革作为稳定与发展的平衡器,必须被纳入法治的轨道上。惟其如此,改革才可能摆脱受个别和少数领导人意志的支配,才可能成为广大人民为自己谋求福祉的活动。由此视角出发,“加强社会主义民主、健全社会主义法治”是确保改革在稳定的前提下不断推动社会发展的不二途径。

① 《邓小平文选》第三卷,人民出版社1993年版,第284页。

② 同上书,第377页。

正当程序(due process)

正当程序,也称正当法律程序(Due Process of Law),是普通法国家特别是美国宪法上的一项原则。美国联邦宪法修正案第5条规定:“非经大陪审官提起诉讼,人民不得被判死罪或其他大名誉罪,惟发生于陆海军中或发生于战时或公共危险时期服现役之民团中案件,不在此限;受同一犯罪处分者,不得令其遭受两次有关生命或身体上的危险;在任何刑事案件中不得强迫任何人证明自己的犯罪;未经正当法律手续不得剥夺任何人的生命、自由或财产;凡私有财产,非有适当赔偿,不得收为公用。”另于修正案第14条规定:“凡出生或规划于合众国并受其管辖之人,皆为合众国及其所居之州的居民。无论何州,不得制定或施行剥夺合众国公民之特权或特免的法律;亦不得于未经正当法律手续前使任何人丧失其生命、自由、或财产,并不得不予该州管辖区内之任何人以法律上的同等保护。”受美国联邦宪法的影响,美国多数州宪法也作了类似规定,正当法律程序遂成为美国联邦和各州共同遵守的普遍原则。

正当法律程序尽管是美国宪法上的一项原则,但从历史渊源看,它

肇始于英国的自然公正原则。^① 因此,追寻自然公正原则的历史渊源是理解和把握正当法律程序原则发展脉络的必由之路。

与自然公正原则之关系

自然公正(natural justice),有人也翻译为自然正义,可以追溯到英国中世纪。1215年英国《大宪章》(Magna Charta)(俗称《自由大宪章》)第39条规定:“任何自由民,未经其同等贵族之依法裁判或经国法判决,皆不得被逮捕、监禁、没收财产、剥夺法律保护权、流放或加以任何其他伤害。”^②这可以说是自然公正原则的最早规定。1354年的《自由律》第三章也规定:“任何人不论其财产或身份如何,不得未经正当法律程序,加以逮捕、监禁、剥夺继承权或处以死刑。”^③

自然公正概念的核心是“公正”。有人甚至认为英国古老的自然公正概念就是目前广为人知的公正原则(doctrine of fairness)。^④ 在近代英国法律实践中,这个概念通常表示处理纠纷的一般原则和最起码标准,其具体内容可分为两个方面:(1)任何人不能做自己案件的法官(nemo iudex in parte sua);(2)公正地听取各方的意见(audi alteram partem)。根据第一个原则,如果法官与判决结果有任何法律上或金钱上的利害关系,或者法官有偏袒的可能性或迹象,那么,该法官就不得审理此案。根据第二个原则,法官应给予所有当事人平等的申辩机会,认真听取各方意见,平等对待,公正判断。^⑤

自然公正的“自然”表明了它与自然法之间存在的紧密联系。在中

① 城仲模:《行政法之一般法律原则》(一),台湾三民书局股份有限公司1999年版,第56页。

② 李龙:《宪法基础理论》,武汉大学出版社1999年版,第3页。

③ 刘庆瑞:《比较宪法》,三民书局1987年版,第58页。有人将其翻译为:“未经法律的正当程序进行答辩,对任何财产和身份拥有者一律不得剥夺其土地或住所,不得逮捕或监禁,不得剥夺其继承权和生命。”参见[英]丹宁勋爵《法律的正当程序》,李克强译,法律出版社1999年版,第1页。

④ 张越:《英国行政法》,中国政法大学出版社2004年版,第490页。

⑤ 《牛津法律大辞典》,光明日报出版社1988年版,第628—629页。

世纪,英国的自然公正概念常常与自然法、衡平法、最高法和其他类似概念相通,它们被看成事物不可移易的一部分,因此在理论上即便是立法机关也不得与之相悖。这种理念一直延续至17世纪,甚至还微弱地延入18世纪。1610年,在博汉姆大夫案中,它达到最高水平。在这个案件中,剑桥大学一名叫博汉姆的外科医生未经医师协会许可便擅自在伦敦市开业,医师协会要给予罚款与监禁。医师协会依据的法律规定,罚款一半交国王,一半归协会。这样医师协会便在自己的裁决中有经济利益,成为自己案件的法官。首席法官柯克(Coke)不同意医师协会的裁决。作为理由,他甚至说,如果议会制定的法律让某人作自己案件的法官或以别的方式触犯普通法的理性,法院可以宣布该法无效。随后在1614年的Day v. Savadge (1614) Hobart 85.案中,Hobart说,如果与自然公正相冲突,例如使一个人成为他自己案件的法官,那么即使议会的法律也是无效的,因为自然法是不可改变的。1710年霍特首席法官也曾发表过类似的观点。霍特说,如果议会的法律命令同一个人既作当事人又作法官,那就是无效的,这远非过激之词,而是非常合乎情理、千真万确的。他还说,议会的法律不能使通奸合法,虽然它能使离婚与再婚合法化。然而,进入近代以后,随着英国议会主权理论的兴起,自然公正原则约束议会立法的思想就逐渐淡出历史的舞台。^①

当自然公正原则失去对议会立法的约束力后,它主要成为约束法官审判行为的原则。但随着历史的发展,这一原则的适用范围在其他方面逐渐得到扩展。自然公正原则首先在行政活动中得到应用。在18、19世纪,英国地方政府的绝大部分权力如高速公路管理、济贫法实施管理、酒业许可管理等均由地方治安官掌握。这些地方治安官的许多决定因为偏袒被法院宣布无效。1705年王座法院因为一位地方治安官的参与而撤销了一项高速公路命令,因为他也是高速公路的勘测员,其行为处于争议之中。首席法官霍尔特将它与法院案件一样对待。1730年法院

^① [英]威廉·韦德:《行政法》,徐炳、楚建译,中国大百科全书出版社1997年版,第98—99页。

撤销了一项有关迁移一位贫民的命令,因为其中一个地方治安官是该贫民居住区的居民和纳税人。到了 20 世纪,自然公正原则依然是英国行政法的最基本原则之一。不过,在第二次世界大战后的很长一段时期,由于司法热衷于限制行政权力、保护个人自由,显示出明显的司法能动主义特征,被批评有悖公共利益,再加上战时紧急状态下行政机关被授予大量的行政裁量权,自由裁量行为又被认为是纯行政行为而不受程序正当原则支配,于是司法沉默了,自然公正原则一度在英国行政法中几乎被彻底抛弃。直到 1963 年,贵族院在处理“理奇诉鲍德温”一案时认为,政府在做出解雇警察局长的决定之前,并没有听取被解雇人的个人意见,因此这种解雇决定是非法的。这个判决标志着英国司法政策的重大变迁,表明自然公正原则重新回归到行政法领域。“不久法院作出了一系列判决,使行政法恢复了元气并重新建立了与过去的联系。自然正义原则获得了适当的适用,它给行政正当程序规则提供了广阔的基础。”^①

在英国行政法领域,正当程序原则要求行政机关在行使权力时保持最低限度的公正,也包括公平听证和避免偏私两项规则。避免偏私要求行政行为必须由没有利益牵连的人作出;公平听证原则要求行政机关在做出不利于公民的行政决定时必须听取对方的意见,公民有为自己辩护的权利。其中,后者主要又包含三项具体内容:一是公民有在合理时间以前得到通知的权利;二是公民有了解行政机关的论点和根据的权利;三是公民有为自己辩护的权利。一句话,公民有获得公平听证的权利,尽管听证不一定像法院开庭审理一样正式和复杂。如果行政机关在作出对于当事人有重要影响的行政决定时违反公平听证的原则,则该行政决定会被法院认定为无效的决定;即使是对当事人影响较小的行政决定,也会被认为是可撤销的决定。^②

① [英]威廉·韦德:《行政法》,徐炳、楚建译,中国大百科全书出版社 1997 年版,第 21 页。

② 周佑勇:《行政法的正当程序原则》,载《中国社会科学》2004 年第 4 期,第 116 页。

在私法领域,在解释合同时法院也适用这一原则。比如,法院认为,工会或俱乐部接受工人作为会员,接受了他们签署的文件,工会或俱乐部便默许公正地对待他们,按规则办事;会员资格也意味着工会或俱乐部应公正地行使他们的权力。如果没有经过听证程序,工会或俱乐部并不得开除工人或其成员。这一原理也同样适用于大学成员,包括学生在内。^①

还是在17、18世纪,“国法”和正当法律程序概念就逐渐由英国传到美洲,被视为保障人权的重要制度。美国宪法中的正当程序原则是对自然公正原则的继承和发展。不过,自然公正原则不仅影响着普通法国家的法律发展,而且对欧洲大陆的法律也产生了一定的影响,特别是对欧共体法的发展。比如,1977年,欧洲议会的部长委员会根据成员国法律和实践的情况在行政法领域提出了建议,要求成员国必须遵守5项原则,这5项原则是:(1)受审判的权利(辩论、论据);(2)在行政行为之前获得有关信息;(3)在行政程序中的协助与代理;(4)在行政程序中或在合理时间内应请求陈述理由;(5)指明救济及所给的时间限制。可以看出,自然公正思想在欧共体法中得到了一定程度的体现。

正当法律程序在美国

正当法律程序虽然源自英国的自然公正原则,但正当法律程序在美国的发展却对自然公正原则有所超越。根据美国法院的解释,宪法规定的正当法律程序具有两方面的意义:其一,正当法律程序是一个程序性的规则,称为程序性的正当法律程序。这种意义的正当法律程序要求政府的正式行动必须符合对个人的最低公正标准,如得到充分的通知、在做出裁决之前提供有意义的听证;其二,正当法律程序是一个实体法的概念,称为实质性的正当法律程序。这种意义的正当法律程序要求国会

^① [英]威廉·韦德:《行政法》,徐炳、楚建译,中国大百科全书出版社1997年版,第99—100页。

所制定的法律,必须符合公平与正义。如果法律剥夺个人的生命、自由或财产,不符合公正与正义的标准,法院将宣告其无效。^①下面从程序性正当法律程序和实体性正当法律程序两个方面加以介绍。

1. 程序性正当法律程序

正当法律程序的程序性内涵是其最原始的意蕴。起初,这一原则适用于法院对犯罪嫌疑人定罪判刑,剥夺其人身自由或财产的情形。但是目前,这一原则已不限于此,通常与国会的立法程序、法院的审判程序和行政机关的行政程序相结合。它要求公权力机关特别是司法机关和行政机关在决定有关个人权利的事务之前,应进行公正无私的听证,给予当事人充分地陈述意见的机会。

怎样的程序才是符合程序性正当法律程序呢?美国法院的审查一般经历如下两个步骤:

第一,判断正当法律程序条款是否适用。在美国历史上,围绕程序性正当法律程序适用范围的争议主要来自于对自由、权利的不同解释。按照美国宪法关于正当法律程序的规定,正当法律程序是对人民生命、自由和财产予以保障的条款。这就是说,只有在行政机关等公权力机关所采用的程序将剥夺人民的生命、自由或财产时,才受正当法律程序的限制。关于生命的解释不存在异议。但是,何谓“自由”和“财产”,却不无争议。

关于权利,美国法院起初采用了权利(rights)和特惠(privilege)的划分标准。他们认为,如果人民拥有某种特价物品,如汽车、房子,则他对汽车和房子就拥有权利;而某人从政府那里所获得的其他利益,如政府工作、福利待遇,只能算是一种特惠。权利是受正当法律程序保护的,特惠则不受正当法律程序保护。^②

1951年,在 *Balley v. Richardson* 一案中,政府以不忠诚为由解聘

^① 周佑勇:《行政法的正当程序原则》,载《中国社会科学》2004年第4期,第116页。

^② 城仲模:《行政法之一般法律原则》,台湾三民书局股份有限公司1999年版,第61—62页。

了职员 Bailey 女士。在解聘之前,政府为该女士提供了申辩的机会。但是,该女士要求举行听证。政府没有准许。Bailey 女士起诉后,法院认为,政府聘任并不是一种财产,也不属于一种契约,更算不上一种自由和生命。因此,政府聘任仅仅是一种特惠,未经听证程序加以裁决,不违反正当法律程序。

但是,这种划分方法后来逐渐被抛弃。法院逐渐将正当法律程序保护适用于传统权利概念之外的其他一些利益。1959年,在 *Greene v. McElroy* 案中,法院扩张解释了权利,将福利保险视为一种权利,要求政府在撤销福利保险之前举行听证。1961年,在 *Cafeteria Workers v. McElroy* 案中,美国联邦最高法院宣告放弃权利—特惠的划分方法,代之以平衡政府和个人之间利益的“平衡”法。1970年,在 *Goldberg v. Kelly* 案中,美国联邦最高法院认为接受公共福利是一种权利,并表示权利和特惠的划分不再适用于公共福利的给付。1972年,在 *Board of Regents v. Roth* 案中,美国联邦最高法院最终表示,“完全地拒绝对权利和特惠作机械的划分”。

关于自由,美国最高法院于20世纪70年代也采用了扩张解释,从而将正当法律程序适用于较为广泛的领域。但是,在这一方面,美国法院的立场不是很一致。学者 Davis 主张,生命、自由和财产应作整体的解释,只要公权力机关的行为会使人民遭受损害,就应受到正当法律程序的保护。学者 Van Alstyne 认为,自由应作广义的解释,包括事实上的自由权利,以防范政府独断恣意的决定程序的伤害。^①

第二,判断是否符合正当法律程序。起初,美国法院的意见是,如果公权力机关的决定影响到个人或少数人受保护的利益时,则该机关应当举行听证程序;如果公权力机关的决定影响到多数人时,则没有必要举行听证程序。这是因为,政治程序本来就在于保护多数人的利益不受公权力机关的不当侵害,而要保护个别人的利益,只有要求公权力机关采

^① 城仲模:《行政法之一般法律原则》,台湾三民书局股份有限公司1999年版,第62—63页。

用确实能保障个人公平的決定程序方能达到目的。

到了 20 世纪 70 年代,美国法院放弃了上述主张,开始评估特定类型的机关行为的特点,并针对不同类型的行为确定不同的程序标准。以行政机关的行为为例,有时候要求行政机关必须在其行动之前就提供所有的程序,有时候则仅要求行政机关以简易程序作出行政行为。对行政机关和司法机关在程序上的要求并不相同,行政机关无需履行司法机关遵循的所有程序,但最低的要求如告知、听证和说明理由等还是必须遵守的。^①

2. 实体性正当法律程序

前面已经讲明,英国的自然公正原则起初具有浓厚的自然法色彩,在 17 世纪乃至 18 世纪初曾具有实体法的功能,对立法机关的立法具有一定的约束力。但是到了近代,随着英国议会主权理论的兴起,自然公正原则的实体功能基本丧失,转化为一个单纯的程序性原则。

自然公正原则移植到美国并以正当法律程序的名义出现后,由于美国奉行三权分立制衡的总统制,自然公正原则的自然法思想便有可能得到一定地发扬,这一原则在作为程序性原则发挥作用的同时,也发展为一个实体性的原则,对立法机关之立法发挥了制约作用,成为法院司法审查的主要宪法依据。但是,正当法律程序发展成为一项实体性原则,也经历了一段较为复杂的历程。

作为权利法案的美国宪法修正案第 5 条是 1791 年通过的。麦迪逊将正当程序写入他起草的权利法案初稿时,他只把正当程序看作一种程序上的保障。他的观点不过是汉密尔顿在 1787 年对一项纽约州法律所表述的观点。纽约州的这部法律包含了如下规定:除非依照“正当法律程序”,否则,应保证任何人不被剥夺特定的权利。麦迪逊的正当程序概念也很可能来自于纽约州的这项立法,而且显然是用“正当法律程序”一词来取代最初来自英国大宪章的“国法”措辞。因此,“‘正当程序’一词

^① 城仲模:《行政法之一般法律原则》,台湾三民书局股份有限公司 1999 年版,第 63—64 页。

具有一种技术上的精确含义。他只适用于法院的诉讼过程和程序,从来不能设计一项立法机关的法案”^①。

但是,在发展实体性的正当法律程序之前,美国法院对政府权力已经具有实质性的限制。除了像契约条款这种明确规定的宪法限制外,早期的美国法官,包括联邦和各州的法官,还利用自然权利和社会契约来限制政府的权力。在这种意义上,各种宪法都被看成是对自然法的宣告。这样,尽管在美国宪法中可能没有规定任何限制,立法机关仍被禁止提出抑善扬恶的、破坏美国自由原则和有关自由契约原则的法案。他们还认为,社会和政府的性质也决定了对立法权的实质性限制。这些限制植根于更广泛和更牢固的自然权利的基础之上,并不完全依赖于宪法条款的规定。^②

但进入 19 世纪,随着规范实证主义法学的发展,自然法思想衰落了。上述自然法思想为限制立法权所提供的辩护便不能继续得到人们的信任和支持,于是美国人将目光转向在正当程序条款中包含的明示的限制。原本程序性的正当法律程序便添加了实体性的内涵。这种转变的标志是 1856 年的怀尼哈默诉人民案。

怀尼哈默案起因于一项纽约州法律。该法律禁止出售非医用烈性酒,并禁止在住所之外的任何地方储放这种酒。这部法律还进一步规定,立即销毁全部保存的不符合规定的酒类;如有违反,以轻罪论处。纽约州法院认为:“该法的实施,消灭和破坏了这个州的公民拥有烈性酒的财产权。”这恐怕与正当程序条款的精神不符。在这样的判决中,法院明确地赋予了正当程序一种实质性的含义,用实质性正当程序代替了自然法。

但是,怀尼哈默案所确立原则很快遇到了麻烦。1857 年,美国联邦

① [美]施瓦茨:《权利法案:文献史》第 2 卷,第 919 页(1971 年)。转引自[美]伯纳德·施瓦茨《美国法律史》,王军等译,中国政法大学出版社 1990 年版,第 55 页。

② [美]伯纳德·施瓦茨:《美国法律史》,王军等译,中国政法大学出版社 1990 年版,第 55—56 页。

最高法院按照怀尼哈默案的精神对德雷德·斯考特案作出判决。德雷德·斯考特案涉及的是密苏里妥协案,该法案禁止用奴隶充当的财产。法院认为,奴隶和酒类一样是一种财产,国会在这片领土上无权处理作为财产的奴隶制问题,因此密苏里妥协案是违宪的。德雷德·斯考特案判决带来的结果是灾难性的。不论法律上的逻辑如何,奴隶制的反对者不可能将美国联邦最高法院的这一判决作为定论接受下来,美国内战最终爆发了。

内战结束后,1868年发生了两件对美国公法发展产生深刻影响的大事件:第一,第14条修正案作为内战的奖励加入了美国宪法。第14条修正案一方面标志着公民权的全民化,另一方面标志着正当法律程序对州政府具有了约束力;第二,库利的《宪法性限制》一书出版了。

《宪法性限制》这一标题表明了,作者的意图是阐述宪法对于美国州政府权力的限制。库利的理论核心包含在第11章“‘国法’对财产的保护”中。如前所述,“国法”原来是英国大宪章第39章中的措辞,而美国的正当法律程序条款正来源于此。早在爱德华三世时期“国法”就被重新措辞为“正当法律程序”。两个半世纪之后,柯克认为这两个词的含义是相同的。虽然在1791年的宪法修正案第5条中美国人已使用了正当法律程序,但在库利写作《宪法性限制》时,大多数州的宪法还保留了“国法”的用法。库利第11章的标题即由此而来。^①

库利的理论是,根据保护财产权的自然法,正当程序和天赋权利可以相提并论。这就意味着,正当程序本身就是对财产权的重要的实质性保护。这样,财产权的保护伞就包括了所有对政府干预财产权的行为所作的来自宪法的明示和默示的限制。库利的这一理论使怀尼哈默案的观点得到了广泛的传播,使实质性正当法律程序从德雷德·斯考特案所带来的困境中解脱了出来。美国公法学者施瓦茨对此作了高度的评价:

^① [美]伯纳德·施瓦茨:《美国法律史》,王军等译,中国政法大学出版社1990年版,第117页。

“库利几乎完全靠自己一个人运用第 14 条修正案的正当程序条款,为美国公法的实质性发展开辟了道路,并将宪法的重点从人身权移到财产权上去。”^①

但是库利的理论真正影响法院判决还有待时日。在 1873 年的屠宰场案和 1877 年的格兰格案中,美国法院依然判决正当程序条款没有使立法机关立法的权力从属于司法审查,“人们要想制止国会滥用权力,只能寄希望于投票选举,而不能求助于法院”。然而,在以后的十年里,格兰格案的观点逐渐被放弃了。法院不久就认为,制定法规的权力不是征用权,税率确定得是否合理是一个必须按照正当法律程序进行司法调查的问题。这样,法院就再次确立了这样一个规则:正当法律程序允许法院对税率立法的实质进行复审,至少有权决定某项特定税率是否过低了,以致变成了征用。^②

与此同时,一些州法院也步联邦最高法院之后尘,将正当法律程序作为一项实体性规则运用于司法审查。这方面典型的案例是 1885 年纽约州法院审理的合租公寓雪茄烟案。在这个案件中,纽约州法院认为,为正当法律程序保护的自由权意味着,一个人有权按照自己的意愿选择生活、工作的地点和方式;对他的选择或对他的工作地点加以限制就等于违反了宪法保护的基本自由权。禁止在 3 户以上的房客共同租用的公寓中生产雪茄烟的法案显然蛮横地剥夺了人民的财产和部分人身自由权,违反了正当法律程序,因而是违宪的,应予以撤销。此后,纽约州法院的判决在各州得到了仿效,实体性正当法律程序成为法院审查立法合宪与否的主要依据。

正当法律程序的传播

正当法律程序生成于英美,在英美法系国家有很大影响。但是,正当法律程序在大陆法系和我国也产生了一定的影响。下面主要以正当程序

① [美]伯纳德·施瓦茨:《美国法律史》,王军等译,中国政法大学出版社 1990 年版,第 118 页。

② 同上书,第 118—119 页。

在行政法中的发展为例加以说明。

大陆法系国家深受法国传统的“公共权力学说”的影响,行政法指“调整行政活动的国内公法”^①,主要包括行政组织、行政活动和行政法院三部分,核心是公共权力的行使。^② 所以大陆法系的传统行政法理论,“把行政法的主要目标放在用法律对行政权力的根据加以说明和对行政权力的范围加以限定上,而原则上对行政作用究竟应通过什么样的程序和过程来进行这一点似乎并不关心”^③。这就是说,大陆法系行政法主要关注的是行政实体和行政诉讼问题而不是行政程序问题。^④

大陆法系行政法“重实体而轻程序”的传统导致了大陆法系国家近代以来行政法中的严格规则控权模式。严格规则模式的特点是:从行政行为的结果着眼,注重行政实体规则的制定,通过详细的实体规则实现法律对行政权力的控制功能,行政主体的法律适用技术侧重于严格遵循行政实体法。这与着眼于行政行为的过程,侧重于行政程序的合理设计,通过合理的行政程序设计来控制行政权力,行政主体的法律适用技术以正当程序下的行政决定为特征的正当程序控权模式形成了鲜明的对照。^⑤

严格规则模式在 19 世纪法典主义的影响下,被视为理想的行政法模式,在大陆法系国家得到广泛效仿,正当程序模式在这些国家一直没有得到发展。但是,进入 20 世纪以后,各国社会问题日益增多,社会关系日趋复杂。为了有效地维护公共利益,西方国家授予行政机关广泛的自由裁量权和准立法权、准司法权。从摇篮到坟墓,行政权无处不在、无孔不入。这样,立法机关对行政机关和相对人所提供的行为标准也就日渐模糊,如“不得滥用权力”、“正当”、“公共利益”等等,行政机关不得不依多重标准即法律、政策、道德标准进行裁量,仅靠实体法规则对行政自由裁量权实行监控明显无力。同时,授权立法、职权立法日益盛行,法律与行政的界限日渐不

① 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社 1988 年版,第 13 页。

② 周佑勇:《行政法原论》,中国方正出版社 2002 年版,第 73 页。

③ [日]和田英夫:《现代行政法》,倪健民等译,中国广播电视出版社 1993 年版,第 15 页。

④⑤ 周佑勇:《行政法的正当程序原则》,载《中国社会科学》2004 年第 4 期,第 118 页。

清,依法行政原则的应有价值日益消减。于是,大陆法系国家开始修正和完善其严格规则模式,引进正当程序理念,纷纷制定行政程序法和行政程序性法律规范。^①如大陆法系的奥地利于1926年制定了世界上第一部行政程序法,其后,意大利(1955年)、西班牙(1958年)、德国(1966年)等国家也先后制定了行政程序法典。即使行政官僚色彩最浓、程序传统最淡漠的法国也于1979年制定了《行政行为说明理由和改善行政机关和公民关系法》。由此可见,“用程序控权取代实体控权,从注重行政行为的合乎实体法规则向注重行政行为的合乎程序性转变,或者说以正当程序模式的行政法来弥补严格规则模式之不足,已成为当代行政法发展的主流”^②。

在中国,本没有正当法律程序的概念,传统上对于程序的价值也重视不够,更不用说在宪法中规定正当法律程序原则了。但是,自上个世纪末期以来,我国学者开始认识到程序和正当法律程序的价值,加强了这一方面的研究和介绍。如季卫东所著《法律程序的意义》(载季卫东《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版)、孙笑侠所著《法律对行政的控制——现代行政法的法理解释》(山东人民出版社1999年版)、汪进元所著《论宪法的正当程序原则》(载《法学研究》2001年第2期)、周佑勇所著《行政法的正当法律程序原则》(载《中国社会科学》2004年第4期)、汪进元、汪新胜所著《程序控权论》(载《法学评论》2004年第4期)、洪东英所著《正当程序的价值:对下落不明当事人诉权利的保护》(载《法学》2004年第8期)、于群所著《正当程序的标准与法治》(载《社会科学战线》2005年第04期)、杨叶红所著《正当程序:获取对公共利益同意与支持的要径》(载《求索》2007年10期)等等,与此同时对于国外相关论著的翻译和介绍更是不胜枚举。

伴随着学界的介绍和研究,我国的一些法律规定在一定程度上已体现了正当法律程序原则,特别规定了作为正当法律程序核心内容的

① 周佑勇:《行政法的正当程序原则》,载《中国社会科学》2004年第4期,第118页。

② 同上书,第118页。

回避制度、听证制度等。1996年出台的《行政处罚法》^①率先确立了行政回避制度和听证制度。该法第37条规定:执法人员与当事人有利害关系的,应当回避。第42条规定:行政机关作出责令,停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚决定之前,应当告知当事人有要求举行听证的权利;当事人要求听证的,行政机关应当组织听证。此后,2000年制定的《立法法》^②将听证制度引入立法程序。该法第34条规定:列入常务委员会会议议程的法律案,法律委员会、有关的专门委员会和常务委员会工作机构应当听取各方面的意见。听取意见可以采取座谈会、论证会、听证会等多种形式。第58条规定:行政法规在起草过程中,应当广泛听取有关机关、组织和公民的意见。听取意见可以采取座谈会、论证会、听证会等多种形式。2003年制定的《行政许可法》^③第36条规定:行政机关对行政许可申请进行审查时,发现行政许可事项直接关系他人重大利益的,应当告知该利害关系人。申请人、利害关系人有权进行陈述和申辩。行政机关应当听取申请人、利害关系人的意见。第46条规定:法律、法规、规章规定实施行政许可应当听证的事项,或者行政机关认为需要听证的其他涉及公共利益的重大行政许可事项,行政机关应当向社会公告,并举行听证。第47条规定:行政许可直接涉及申请人与他人之间重大利益关系的,行政机关在作出行政许可决定前,应当告知申请人、利害关系人享有要求听证的权利;申请人、利害关系人在被告知听证权利之日起五日内提出听证申请的,行政机关应当在二十日内组织听证。第48条规定,行政机关应当指定审查该行政许可申请的工作人员以外的人员为听证主持人,申请人、利害关系人认为主持人与该行政许可事项有直接利害关系的,有权申请回避。经由这些法律规定,听证制度已适用于我国的

① 中华人民共和国第八届全国人民代表大会第四次会议于1996年3月17日通过,自1996年10月1日起施行。

② 2000年3月15日第九届全国人民代表大会第三次会议通过。

③ 中华人民共和国第十届全国人民代表大会常务委员会第四次会议于2003年8月27日通过,自2004年7月1日起施行。

立法机关、行政机关和司法机关等等。但是,国内研究正当程序的学者认为,听证制度在我国还存在如下几个方面的问题:①

首先,听证适用的范围太小。就立法听证而言,现行《立法法》仅规定全国人大常委会制定法律和国务院等制定行政法规、行政规章时可以适用听证程序;而全国人大制定法律时,只有在全国人大闭会期间,由全国人大常委会代为接受的法律议案可以准用听证程序;此外,全国人大自行接受的法律议案的审议及享有立法权的地方国家权力机关在制定地方性法规时,是否适用听证,没有明确的规定;同时,听证程序是否适用于司法实践不明确。尽管在实践中法院受理再审案件后作为决定是否启动再审程序的一个前置程序也在使用,但是现行的《民事诉讼法》、《民事诉讼法》和《行政诉讼法》及《国家赔偿法》等均没有相应的规定。

其次,参与听证的人员代表性不强。从立法上说,《立法法》第34条和第58条明确规定,制定法律和行政法规应听取有关机关、组织和公民的意见,而且《行政法规制定程序条例》②第21条、③第22条④和《规章制定程序条例》⑤第15条⑥等均规定,制定行政法规和行政规章直接涉及公民、法人和其他组织的切身利益时,应听取有关公民、法人和其他组织的意见。但在实践中,应邀参加的人员主要是相关的国家机关工作人员和专家学者,而有关利害关系人没有或很少有人参加。

最后,违背听证程序的法律后果不够健全,也没有配套的制度予以

① 汪进元:《程序控权论》,载《法学评论》2004年第4期,第34页。

② 中华人民共和国国务院令 第321号,自2002年1月1日起施行。

③ 第21条规定:行政法规送审稿涉及重大、疑难问题的,国务院法制机构应当召开由有关单位、专家参加的座谈会、论证会,听取意见,研究论证。

④ 第22条规定:行政法规送审稿直接涉及公民、法人或者其他组织的切身利益的,国务院法制机构可以举行听证会,听取有关机关、组织和公民的意见。

⑤ 第322号国务院令公布,自2002年1月1日起施行。

⑥ 第15条规定:起草的规章直接涉及公民、法人或者其他组织切身利益,有关机关、组织或者公民对其有重大意见分歧的,应当向社会公布,征求社会各界的意见;起草单位也可以举行听证会。

纠正。由于我国尚没有确立违宪审查制度,立法机关的立法行为(包括行政立法行为等)违背听证程序的规定难以纠正。

鉴于前述情况,我国有学者建议,我国应当大胆地借鉴西方国家的成熟经验,对作出可能影响利害关系人利益的国家行为应广泛地启用听证程序,而且对违反听证程序法规定的行为予以法律上的补救措施和制裁措施。^①

^① 汪进元:《程序控权论》,载《法学评论》2004年第4期,第34页。

法治(the rule of law)

什么是法治？在亚里士多德看来，“法治应包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该是制订的良好的法律”^①。显然，亚里士多德从比较抽象的角度界定法治基本内涵。在国家政权的组织形式上，亚里士多德同柏拉图一样，主张混合政体是国家权力的合理结构形式。罗马共和国继承和发展了这一法治概念，确立了社会应该接受法律统治的基本理念。

中世纪法治的概念建立在君主和上帝之间的契约以及君主和臣民之间的契约基础上，1215年自由大宪章确立了君主受法律约束的观念和制度，17世纪至18世纪思想家们对欧洲和北美洲的政府形式和根据进行了大量的思考，在法治的概念上提出了政治国家行动的合法性问题，洛克等人认为，政治国家建立在民众同意的基础上，未获得民众同意支持的政治国家的行动无效；同时也提出了政治国家的适当结构问题，孟德斯鸠认为立法权、行政权和司法权构成政治国家的分权制约的权力结构；1789年通过的《美利坚合众国宪法》确立了三权分立的国家权力结构，1791年通过的《人权法案》确立了正当程序原则，阐明了这样的概念：

^① [古希腊]亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年版，第199页。

必须通过防止最高统治者滥用权力的各种机制,保障个人的人权不受国家潜在的专制侵害,从而通过正当程序原则体现了英美法系国家的法治概念。

在近现代西方,戴西的法治理论具有巨大的影响,被认为是最为著名的“法治”概念。在其名著《宪法律例》一书中,他指出法治本身由三个要素所构成:第一,法律具有超越包括政府的广泛的自由裁量权在内的任何专制权力的至高无上的绝对权威;第二,任何公民都必须服从在一般法院里实施的国家一般法律;第三,权力不是建立在抽象的宪法性文件上,而是建立在法院作出的实际判决上。^①应该说戴西的法治概念揭示了法治的一个重要的特点,即在法治社会中,法律具有至上性权威,法律高于权力,权力必须接受法律的制约。强调司法对人权的保护和通过司法权威实现和延伸法律权威。

1959年,世界法学家大会在著名的《德里宣言》中对法治的概念进行了界定。该“宣言”指出法治具有下列三个方面的含义:第一,在法治下的自由社会中,立法机构的作用是创造并维护坚持个人尊严的条件。这种尊严要求不仅承认其公民和政治权利,而且建立全面发展其个性所必需的社会、经济、教育和文化条件;第二,法律不仅要制止行政权的滥用提供法律保障,而且要使政府能有效地维护法律秩序,借以保证人们具有充分的社会和经济生活条件;第三,司法独立和律师业的自由是法治的必要条件,法律要保证任何人不会因为依法办事而受到人格、名誉、财产和地位的损失。显然,“宣言”所关注的乃是从法治运作的立法、行政和司法三个环节揭示其各自的价值内涵。考虑到当代政治基本上是政党政治,法治的结构要素至少应该包括政党依法执政、立法民主科学、执法高效公平、司法公平正义、社会普遍守法。

自从亚里士多德提出著名的法治理论以来,建立法治国家就成为人

① [英]罗杰·科特威尔:《法律社会学导论》,潘大松、刘丽君、林燕萍、刘海善译,华夏出版社1989年版,第184页。

类孜孜追求的理想目标之一；树立法律权威和实现法律统治的程度也就相应地视作衡量政治文明程度的重要标尺。在当代中国，随着社会主义市场经济和民主政治的建构和运作，实现“依法治国，建设社会主义法治国家”也已经是最重要的时代价值诉求。

法治的基本内容

许多学者从法治的原则和法治社会的基本标志来阐述法治的基本内容或基本要素。在拉兹看来，法治的八项原则是：法不应溯及既往，应公开和明确；法律应相对稳定；特别法的制订应受公开、稳定、明确的一般规则指导；保障司法独立；遵守公开审理、不得偏见的自然正义原则；法院有审查议会立法和行政立法等行为的审查权；法院应易于接近，省时节费；预防犯罪的机构在行使裁量权中不得滥用法律；^①富勒认为法律应该是普遍的、公开的、可预见的、明确的、一致的、能够被遵守的、稳定的和被执行的；^②在哈耶克那里，法律的一般性和事先的规定、法律的稳定性和法律平等地适用任何人构成了法治的基本原则。^③夏勇提出了法治的“十大规诫”：有普遍的法律；法律为公众知晓；法律可预期；法律明确；法律无内在矛盾；法律可循；法律稳定；法律高于政府；司法权威和司法公正。^④张文显提出了法治社会的六项基本标志：社会生活的基本方面接受公正的法律的治理；宪法和法律高于任何个人、群体、政党的意志；国家的一切权力根源于法律并依法行使，公民在法律面前一律平等；凡是法律没有禁止的都是合法或准许的；公民权利非经法定程序不得剥夺。^⑤综合这些观点，可以看出法治涉及立宪主义、法律的自治性和权威

① J. Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, 1979, pp. 214-219.

② Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, 1969, pp. 46-91.

③ [英]弗里德里希·冯·哈耶克：《自由秩序原理》（上册），邓正来译，生活·读书·新知三联书店1997年版，第73—83页。

④ 夏勇：《法治是什么——渊源、规诫与价值》，载《中国社会科学》1999年版，第117—143页。

⑤ 张文显：《法学基本范畴研究》，中国政法大学出版社1993年版，第289页。

性、权力受法律的控制、司法独立等诸方面的内容。

1. 立宪主义

“宪法的存在被广泛视为民主制和法治的一个必须先决条件。”^①在美国的法律传统中,对比较崇高意义上的法律的诉求常常立基于立宪主义的政治理念,到十九世纪初,“在美国的民主制中,法治作为美国和欧洲的指导性原则的地位已牢固确立,法治的标志是人们对于立宪主义具有信念,认为它是被统治者的同意的证明,并相信政府本身受到法律的限制,不得专横地行使权力,且个人被赋予某些不可剥夺的权利,即使合法组成的政府的行动也不得剥夺此类权利”^②。宪法阐述了人民同意用于自我约束的基本规则和价值观念,宪法草案一旦经过民主程序通过就成为组织国家机构的蓝图,成为检查国家机构此后任何行动是否合法的有效性标准。法治要求宪法确立一个完善的基本权利体系,这个体系应该包括个人自由、作为一个法律共同体成员所应当享有的成员权利、获得法律救济的权利、机会均等地参与意见形成和意志形成过程的法律创制权利和社会保障权利。^③立法职能能否有效发挥的核心是选举权,必须允许符合法律条件的所有公民参加选举,“通过选举产生行使代表身份的立法部门,该部门通过的法律应当体现所有公民在协调行事的情况下本可通过的法律,条件是假设所有的公民实际上能够集会讨论所有此类立法问题”^④。

权利体系要能够生成和实施,只有通过那些作出对集体有约束力之决定的政治组织才能实现,政治权力通过法律形式为权利体系的确立和实现提供了可能途径和基本保障。正是由于政治权力的作用,法律才具

① [美]巴里·海格:《法治:决策者概念指南》,曼斯菲尔德太平洋事务中心译,中国政法大学出版社2005年版,第35页。

② 同上书,第18页。

③ [德]哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2003年版,第149—153页。

④ [美]巴里·海格:《法治:决策者概念指南》,曼斯菲尔德太平洋事务中心译,中国政法大学出版社2005年版,第49页。

有了形成稳定的行为期待的功能。权力分立是权利一体保护的必然要求,权力分立使民主制度从根本上有别于专制主义。专制主义将人权分割开来,使其制度化,这是权力不分的必然结果。与此相反,民主制度将人权的不可分割性上升为原则,这是权力分开的必然结果。权力的分立越彻底,人权的不可分割性就越有保障。现代国家内部的三大权力之间的分立,确保了与行政权分立的立法权由公民来行使或在公民的监督下行使;通过强制性规定法官对于行政权力与立法权力的独立地位,分权还确保了公民关系与法律关系的有效性。^① 构成每一个政治过程之要害和核心程序也许可以视为特定社会的价值模式的制度化表现。西方世界中赋予三种支配性价值的重要性,这就是民主、效率和正义,立法机构旨在实现民主价值,行政机关以效率作为价值取向,司法机关以正义作为价值目标;在现实中,效率、民主和正义这三种价值存在着尖锐的冲突,把这种冲突制度化并加以控制的要求从根本上促成了权力分立的概念。^②

基于立宪主义基础之上的法治图式,体现了自由资本主义的价值诉求,这种自由主义的法治模式,强调市民社会与政治国家的二元对立,把个人权利与政治权力视为对立的两极,它强调政治权力的运作以不危害个人权利和自由为界限。在自由主义模式中,对司法与行政的严格法律限制导致了经典的分权格局,其前提和目的是对国家权力的任意意志进行法律的规制,以防止其对公民自治领域的侵犯。政治权力的分立建立在集体决策的时间纬度的基础上,立法者作出对未来行动者有约束力的决定;而法官对案件的判决是一种取向于过去的行为,它把主要注意力集中于已经物化为现行法律的政治立法者过去的决定;行政部门则处理当前出现的现实问题。

① [法]米海依尔·戴尔玛斯-马蒂:《世界法的三个挑战》,罗结珍、郑爱青、赵海峰译,法律出版社2001年版,第40页。

② [英]M.J.C. 维尔:《宪政与分权》,苏力译,生活·读书·三联书店1997年版,第332—333页。

此外,司法权与立法权必须严格区分,这是一个自由国家的首要原则。法律应当由一部分人制定,在立法时这部分人无从预见这些法律对具体人和事的影响,而在法律制定之后由另一部分人即司法机构实施,这有利于防止立法者的偏向对公共正义完整性的侵损。立法权能与司法权能的分立使立法机构进行立法和决策时只能考虑普遍效果和普遍趋势,这有利于产生无偏私的有益的法律。^① 在昂格尔看来,“为了确保普遍性,行政必须与立法相分离;而为了确保一致性,审判必然与行政相分离。实际上,这两个分离恰恰是法治理想的核心。通过这两种分离,法律制度被假定为是社会组织的平衡器”^②。

2. 法律的自治性与权威性

法治要求法律具有自治性和权威性。“法律应在任何方面受到尊重而保持无上的权威,执政人员和公民团体只应在法律(通则)所不及的‘个别’事例上有所抉择,两者都不应该侵犯法律。”^③ 实行法治就是要树立法律的至高无上的权威。在法律与其他社会规范相冲突的时候,其他社会规范都要服从于法律,法律是评判主体行为合法性的唯一的和最高的标准和尺度,任何社会主体都没有超越宪法和法律的特权,都必须在宪法和法律的范围内活动,任何违反法律的行为都将受到法律的惩罚和制裁。具体言之,国家立法机关要严格按照国家的立法规范和法制监督的规范行使其立法权和监督权;国家行政机关及其公职人员在行使国家行政管理权的过程中,严格按照法律规定办事,使行政法律规范所规定的行政机关及其相对人的权利义务关系转化为现有的行为模式,行政法律规范所要求的应有的行政法律关系转化为现有的行政法律秩序;国家司法机关严格按照法律规定公正、合法地司法,保证司法的合法性和公正性,保障诉讼当事人的合法的诉讼权利和实体权利;公民自觉按照法

① [英]弗里德里希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》(上卷),邓正来译,三联书店1997年版,第218—219页。

② [美]R. M. 昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,译林出版社2001年版,第51页。

③ [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版,第192页。

律规定的要求自觉守法,依法主张和维护自己的合法权益,依法履行法定义务和承担法律责任,并且能够积极行使政治权利,参与国家权力的法律 and 政策的制定过程,以保证其合法性和有效性。

法律的自治性和权威性是和法律体系结构的和谐与完整密不可分的。完备、和谐、有机统一的法律体系是现代法治的基础和前提条件。现代法律体系的完备性要求法律能够成为对社会进行全面控制的基本准则,必须能够覆盖主要的社会关系领域,不能出现过于宽泛的法律调整的空白领域,否则,就无法实现法律对社会关系的全面调整;法律体系的和谐要求法律部门、原则、标准和规范等之间应当协调一致,不能出现矛盾;同位法之间不能相矛盾,应尽量避免不同法律对同一社会关系进行交叉调整,即使存在法律交叉的现象,同位法也应当协调一致,彼此耦合;法律规范的结构应该完整和严密,法律规范具有法律逻辑上的确定性和可操作性,法律规范的逻辑结构齐全,其事实状态预设、行为模式安排和法律后果处理三要素不得残缺,形成有机统一的整体。

法律的自治性和权威性还来源于法律内容的正当性。在柏拉图看来,服务公共利益是法律的正当角色。“我们的立法的全部要害,是让公民在尽可能相互友好的环境中过最幸福的生活。”^①法律应该使所有的社会主体均获得同样的权利,必须为公民权利的实现提供积极主动的条件。只有这样法律自身才具有正当性和合法性。在哈贝马斯看来,法律的合法性来源于一种以“人民主权”原则为基础的立法程序,它承认每一个公民享有共同的权利与福利。公民通过“政治自主方式”^②,以宪法制定者的身份来阐释和安排其基本权利,从而把那些共同体成员相互承认的权利纳入到现代权利秩序体系之中。从这个意义上说,“一个现代化

① [古希腊]柏拉图:《法律篇》,张智仁、何勤华译,上海人民出版社2001年版,第154页。

② 哈贝马斯认为公民只有在私域自主受到平等保护的基础上充分独立时,他们才能够适当地利用其公域自主,另一方面,只有公民在恰当地运用政治自主时,他们才能在私域自主方面达到自愿的节制。参见[德]哈贝马斯《法治与民主的内在联系》,景跃进译,载《中国社会科学辑刊》(香港),1994年(总第9期)。

的法律制度必然同时是一个有机协调的合理的现代权利体系。正是在这里,充分展示了现代法律的精髓所在”^①。法律合法性的关键在于要通过一套法律程序保证公民能够最大限度地参与立法活动,最大限度地保障公民的表达权利,让立法程序成为汇集民意、表达民意和达成共识的权威机制,以期把人民的利益诉求变成政治意志,进而转化成法律意志,取得法律权利的权威形式。简言之,法律的合法性来自于立法的民主性。立法的民主性不仅是保证法律合法的基础,而且还是保证法律不断适应社会发展要求、不断符合人民利益诉求的关键。

3. 权力受法律的控制

法治意味着个人必须能够采用某些程序方法去质疑立法、行政和司法机关的行动是否符合宪法,是否符合保障人权的宗旨。

因此必须建立机制,为公民个人提供这一选择:如果立法部门通过法律,必须使公民能够对该法律是否符合宪法提出质疑;如果行政首脑采取一项行动,必须使公民能够对该行动是否合法或符合宪法提出质疑;以及如果司法部门采取一项行动,必须使公民能够针对该行动提出上诉;如已向最高级别的司法部门提出所有上诉,则必须设有某种机制,以寻求制定新的法律推翻法院解释和执行的现有法律。^②

A. T. 默克尔认为,法治的基本特征是:社会生活的统治形式和统治手段是法律;国家机关不仅仅运用法律,而且其本身也为法律所支配。^③ 控制权力有多种途径,但法律程序是控制权力的最有效的制度机制。立法程序的制度化和法律化对于保证立法的科学化、规范化,减少或避免立法的随意性以及保持法律的连续性、稳定性和权威性,

^① 公丕祥:《法制现代化的理论逻辑》,中国政法大学出版社1999年版,第264—265页。

^② [美]巴里·海格:《法治:决策者概念指南》,曼斯菲尔德太平洋事务中心译,中国政法大学出版社2005年版,第41—42页。

^③ [美]A. T. 默克尔:《法治国的观念和形态》,载《法学译丛》1983年第5期。

更好地发挥法律的作用,都具有极其重要的意义。^①在这里,立法程序的透明度对保证立法的公正合理性极其重要,“立法部门在辩论期间特别应当向公众开放,任何拟议的立法均应予以宣布、公布并给予充分的辩论时间,以便使对之关心和可能受其影响的公民发表意见”^②。不仅立法程序是控制立法权力的有效机制,行政程序同样是规范和控制行政程序的关键机制。民主原则要求对范围日益扩大的政府活动进行有力的约束,行政程序就是公民监督行政执法行为的一种手段。行政程序必须遵循程序法定、程序公开、程序公平、保证效率等原则;司法活动的程序化是实现司法的公正、高效和权威目标的前提。司法活动程序性的标准主要由程序的平等性、程序的中立性、程序的终局性等构成。司法行为主要是一种按照既定的规则和程序独立进行判断的活动,而程序平等性是实现这种判断过程、产生公正结果的必要条件。裁判者的中立要求法官作为裁判的主体在冲突的诉讼各方之间以不偏不倚的立场进行裁判,而不受任何其他可能影响公正审判的因素的干扰。司法的终局性意味着在解决争议的诸多方式中,只有司法裁判是终局的,生效的司法裁判具有既判力。

4. 司法独立

在普通法系国家法院是解释宪法和法律、裁决纠纷的司法机关,是实现以权力制约权力的这一法治概念的执行者。“要实现法治,就必须有一个独立的司法部门,有权力对立法和行政部门的行动进行司法审查,因为司法部门是执行两种确保法治的关键机制的机构:三权分立及不同权力部门之间的制衡。”^③在普通法系国家,如果法院解决案件涉及立法部门通过的法律有违背宪法的嫌疑,涉及对行政部门实行了法律范围以外的行动或错误地应用了法律,法院必须对此进行审查裁决,如果

^① 沈宗灵:《法理学》,高等教育出版社1994年版,第288页。

^② [美]巴里·海格:《法治:决策者概念指南》,曼斯菲尔德太平洋事务中心译,中国政法大学出版社2005年版,第58页。

^③ 同上书,第43页。

案件涉及立法和行政部门之间的权限争议,法院必须用司法程序解决其争议。

在哈耶克看来,如果行政领域未得到专门法院的管辖或规定,公民实际上就会处于专断的行政裁定的支配之下,要遏制住这种侵蚀法治的趋势,建立某种独立的法院,由它来受理所有行政案件的上诉请求就成为一种迫切需要;^①在他看来,司法的中立性、参与性、平等性、判断性和终局性,决定了司法机关是最具权威的解释主体。“解释是任何规则适用的一个不可缺少的步骤。警察、检察官和文职官员在他们工作的每个阶段也都在进行解释……这些解释与法官解释的区别在于,司法解释具有权威性品质,而其他官员的解释,尽管通常被接受为有效解释,但原则上要服从司法审查。”^②在汉密尔顿看来,解释法律仍是法院的责任,“宪法与法律相较,以宪法为准;人民与其代表相较,以人民的意志为准”^③。从法理上讲,对法律的终极解释权应该是法官,而不是立法机关,因为,如果由立法机关再来解释法律,就变成了制定法律和适用法律两种权力的合二为一,缺少应有的相互制约。因为宪法是人民意志的直接体现,所以宪法的权威高于议会及其立法的权威,“最高立法机构是从宪法中获得其权力和权威的,所以它不能超越宪法所设定的范围,因为它如果超越宪法所设定的权限,那么它就必定摧毁它自己的基础”^④。

因此,独立的司法部门对确保社会的每一成员包括国家机关及其官员都奉行法治至关重要。为了保证司法部门的真正独立,必须设立法官职业保障机制,规定法官的终身任期,保障法官的薪酬、工作条件和威

① [英]弗里德利希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》,邓正来译,三联书店1997年版,第314页。

② [英]M. J. C. 维尔:《宪政与分权》,苏力译,三联书店1997年版,第313页。

③ [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如、在汉、舒逊译,商务印书馆1997年版,第393页。

④ [英]弗里德利希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》,邓正来译,三联书店1997年版,第398页。

信,使法官免遭外部压力。

法治的价值及其局限性

法治具有多方面的价值。“法治的价值意义就在于保障和促进公民的权利,并且要创造一个正常的社会生活条件,使个人的合法愿望和尊严能够在这些条件下实现。正是在这个意义上,法治也意味着法律是对国家权力的制约。”^①

随着人类社会的发展,法治理念逐渐从古代侧重于对国家权力的制约向注重于人权保护的方向转化,在制约国家权力的同时也强调国家对公民积极自由和权利的保护,要求国家创造物质条件和法律条件为公民的生存和发展提供必要的基础条件。以宪法为主导的法律体系和法律机制是对正义、自由、平等、安全等价值的制度化安排,是对价值基本原则的权威性阐释。从法律制度演化的历史进程可以清晰地看到,高度发达的法律程序体系是人类为了保障社会主体基本权利的目标而出现并发展起来的。保障权利是法治的价值目标。一般说来,人们所追求和期望的是对社会主体合法权益的维护,保护权利是法律调整的出发点和归宿,没有保障权利的目标,法律活动就失去了目的指向。因此,法治理论和实践是与权利意识联系在一起。法治是与特定的物质生活条件下人们的最高价值追求联系在一起,是以保障公民的权利为本位,以实现更高层次的民主为宗旨的。法治的目的在于维护、保障公民的权利,而不是为了便于国家对公民的统治与干涉。因之,法律的创制与实施过程及其结果应该体现对于社会主体权利的充分关注。一方面,立法必须使权利的合理性转化为合法性,使合乎理性要求和社会发展客观要求的应有权利合乎法律的规定。“以制度保障每一个人的权利、以制度约束个人的恣意,构成了当代政治文明的核心。”^②另一方面,人们对法律公正

① 公丕祥:《中国法制现代化的进程》,中国人民公安大学出版社 1991 年版,第 100 页。

② 齐延平:《人权与法治》,山东人民出版社 2003 年版,第 19 页。

的最直观的认识来源于对司法裁决和行政决定所产生结果公正性的认识。如果司法和执法不能保护社会主体的权利,人们将根本不服从这样的安排,会对法律产生抵触情绪,甚至会以破坏性的方式积极地抵抗法律的权威。因之,权利体系和权利主体意识是宪政理论的基石范畴之一,对社会主体权利的合理安排和切实保护是法治的重要价值目标。

巴里·海格认为:“即使人们有些理由抵制法治或至少对其表示怀疑,有一件事似乎毋庸置疑:西方的决策者将继续主张法治作为发展成成熟的民主制度并建立完善和可长期维持的经济增长的必要性前提,而亚洲各国和其他地区的领导人通常也是接受这些目标的。”

但是,法律不是万能的,法治也有其局限性。在法治社会中,法律和道德仍然有着千丝万缕的联系,法律与伦理道德在司法立法、法律规范的解释、适用法律标准以及司法自由裁量这些场合发生联系。^①

1. 司法立法仍然需要伦理道德的指导

在人类社会关系网络中存在着各种利益关系,有些利益有可能基于伦理规范、习惯规范、宗教规范而获得正当性,从而以道德权利、习惯权利的形式获得人们的认可。这些权利如果没有取得法律的形式是无法获得司法保护的。与此相联系,由于法律对权利的列举总是无法穷尽的,如果仅以法律上规定的权利作为司法保护的依据,则势必会导致对公民其他权利的忽视。按照法不禁止即自由和权利推定原则,权利的享有不必受到法律规定的限制。因此,在法律没有对公民权利作出明确规定的时候,就需要法官创造性地根据社会正义和公平原则来推定和扩张公民的权利,而社会正义和公平原则本质则属于法律伦理的范畴。司法对权利的确认和扩张主要是通过司法造法的形式来进行的。司法不仅通过先例为后续类似的纠纷提供裁决的理由,从而获得判例法规则的地位,而且它还还为立法创制具有普遍效力的规范性法律文件提供了坚实的基础,因而司法阐述的法律理由迟早都会转变为成文法的内容,进而司

^① [美]罗斯科·庞德:《法律与道德》,陈林林译,中国政法大学出版社2003年版,第63页。

法判例所蕴涵的伦理精神也会通过立法的吸收变成法律伦理。

雅典人通过衡平的司法理念,借助于司法程序发现法律、确认权利和保障权利。在缺少可适用于某一案件的法律规定时,雅典人期望陪审员采用最接近公平的观念作出裁判。因此,雅典陪审员常常根据当时社会生活的道德原则和伦理准则对纠纷作出最恰当的裁断。从这种意义上讲,古雅典诉讼法律制度内含了法官自由创制法律的因素。构成罗马私法体系核心的万民法也主要是通过法官及其法学家的系统阐释而形成的。在当时罗马人深受自然法的影响,裁判官在缺少法律明文规定的情况下,通过自然法内涵的衡平理念,依据正义和合理原则作出法律判决,塑造了罗马判例法制度,极大地发展了罗马私法。这种司法裁决与严格意义上的法具有同样的效力,从而与英国的大法官法庭发展出来的司法制度有着惊人的相似之处。衡平是与法律共存的标准,具有调节和补充法律的功能,因而衡平精神得到了罗马法庭的尊重,成为当事人在法庭辩论中广泛采用的利器。^①

2. 法律规范的司法解释仍然需要道德理论的指引

立法主体的认识能力的有限性、立法技术的时代限制、法律语言释义不完全性以及社会关系的复杂多变性决定了立法不可能把所有的社会关系和社会行为的普遍特征和事实状态全部规定在严格的法律规范之中。当然,司法解释是在一定的目的论的指导下进行的。司法解释的目的诉求必然要求法官在不同利益冲突中作出价值选择。正如庞德所言:“有时候也会出现这种情况,一条由当局所设的法律规范是如此的含混不清,使得真实的解释成为了一种必要。在解释过程中,有可能出现这种情况,即法官作为最后的保障,必须从伦理的立场出发,判别几种可能解释的相关价值。”^②诺内特、塞尔兹尼克也认为:

在一种发达的体系中,法律判断的逻辑与道德判断和实际判断

^① [爱尔兰]J. M. 凯利:《西方法律思想简史》,王笑红译,法律出版社2002年版,第52页。

^② [美]罗斯科·庞德:《法律与道德》,陈林林译,中国政法大学出版社2003年,第88页。

的逻辑变得紧密和谐起来。随着法律变得更加结构开放,随着它的渊源的丰富和认知能力的提高,法律决疑术失去了其独特性。要在具体案件中决定法律上的是非,就必须考虑多种目的,考虑各种情势约束和实际选择。确定道德义务的过程或作出谨慎、实际的决策的过程,基本上也可以说是如此。^①

程序正义或目的正义的直接因素是同福利国家的内在发展密切关联的,司法解释的目的诉求和价值判断也是在严密的程序正义的保障下进行的。在哈贝马斯看来:“在法律商谈中法律诠释的运用性论据不仅同政治的目标性论据相连,而且同道德的论证性论据相连。”^②程序具有道德性,法律的判断和道德的论证只有通过公正的程序才能获得合法性,进而形成社会接受的普遍伦理准则。换言之,“程序主义的法律和对于原则的道德论证,是相互蕴含的。合法律性只有在如下程度上才能产生合法性:法律秩序对随着法律实证化而产生的论证需要做出反思的反应,作为这种反应的结果,一种能受到得到商谈影响的法律的决策程序获得了建制形式。”^③当然,这种法律的决策程序包括立法的民主程序和司法的正当程序。当法官对法律规范的解释施加价值选择,对合同条文作有利于弱势当事人一方解释时,“人们就有必要通过颠倒法律秩序对处于不利境地的群体的态度来补偿现存的不平等。某些群体之间的优先地位就渐渐转化为某些个人、以及特殊状况的优先”^④。这种目的导向的司法解释和对社会道德伦理原则的接纳更需要程序正义的支撑。

3. 司法的自由裁量仍然需要以道德伦理原则为基础

当法律规定在某种事实条件下,一定法律关系中当事人承担一定

① 诺内特、塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会》,张志铭译,中国政法大学出版社1994年版,第99—100页。

② [德]哈贝马斯:《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2003年版,第584页。

③ 同上书,第581—582页。

④ [美]R. M. 昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,译林出版社2001年版,第191—192页。

范围的法律责任时,就意味着法律规则的适用过程中存在着自由裁量的空间,这时就必定存在着司法自由裁量。自由裁量必定通过司法的行动方向表现出来,总是同规则的个别化适用、法官的正确感和公正感密切相关。当然,司法自由裁量也是一种容易滥用的权力,所以必须受一定的伦理性的法律原则和伦理性的法律适用标准的制约。在庞德看来,“使自由裁量变得可以容忍的正确方法,或许就是承认此时我们已进入了伦理学领域,而伦理学同样是一门科学,并且也包含了一些原则”^①。

司法适用中自由裁量成分的多少取决于社会伦理对司法的确定性和司法的个别化的要求。在一般社会安全特别强调司法行为的确定性和统一性的所有场合,人们总是倾向于将法律看作是一个预先设定的、机械适用的规范集合体。民事法律体系的结构和民事法律规范的性质表明,民法不可能是一个能够涵盖所有未来民事行为种类和性质的机械性的规范体系,当存在于个体生活之中的社会利益特别强调个别对待时,民事司法的自由裁量是实现社会正义要求的不可或缺的司法机制,这时也就必然要求通过司法伦理实现司法自由裁量行为的确化。^② 罗斯科·庞德指出:

人类行为的规范,以及决定在民事活动中何种行为应当负责以及如何负责的规范,都容有高度的个别化适用。的确,在这种场合中,法律适用一个审慎的人在当时采取的行为标准,并把这个标准指示给陪审团。实际上,这一标准被看作一条道德命题,用来整合具体案件中的各人对公正性和合理性的见解。^③

西方社会的司法历史表明,法律适用中的伦理因素从来都未曾被排除出司法裁决之外,民法的伦理因素在法律标准的适用层面上一直起着

① [美]罗斯科·庞德:《法律与道德》,陈林林译,中国政法大学出版社2003年,第86页。

② 同上书,第104页。

③ 同上书,第105—106页。

重要的作用。

我们法律上有关过失的注意义务标准、公平竞争标准,受托人的诚实管理标准、罗马法上有关特殊交易的诚实信用标准、或者说罗马法上关于一个谨慎而又勤勉的完全行为能力在此类情况下的行为标准,都包含了一种有关公正或合理的理念。此外,就像所有道德规范那样,这些法律标准在适用过程中可以实现个别对待。它们并不是机械地适用于一系列抽象的事实,而是根据每一个案子的具体情势进行适用的。这种适用凭着对公正和平等的洞察力进行,它有着很大的自由度,包含了对决行为之详情的道德判断。^①

法治面临的挑战与应对策略

自由资本主义时期确定起来的法治理论和法治模式对代议制民主、市场经济体制和多元文化的形成和发展起到极大的促进作用,但是进入福利资本主义时期,这种民主法治形式受到了极大的冲击,形式法治所主张的权力分立制衡结构、基本权利体系、法律的自治等基本原则面临着政治国家和市民社会的渗透和互动、公法和私法的渗透和互动、目的导向的福利立法、行政立法和行政司法的迅速发展、法律全球化及其国际法治所带来的挑战,许多国家开始探索形式法治和实质法治的融合途径,提出了应对挑战的基本思路 and 对策。

1. 福利权利对古典权力结构和权利体系的挑战

西方社会进入福利国家时代,市民社会与政治国家出现一定程度的趋同、接近,权利与权力的界限被打破,国家不再是社会秩序的消极监护人,私权利在某种程度上被认为是政府权力的本体,社会已不再是个体单纯的联合,出现了新的社会组织。因此这种变化必然导致了权利体系

^① [美]罗斯科·庞德:《法律与道德》,陈林林译,中国政法大学出版社2003年,第81—82页。

的变化。以个人自由主义为核心的近代消极权利观念正让位于以政府积极行为为特征的积极权利观念；近代社会及革命所确立的权利理念与权利体系，在不同程度上为更广泛的国际社会所认同；具有浓厚的政治和法律意义的近代权利结构，正在扩展为社会、经济、文化的权利以及和平与发展的权利系统，侧重于个体化的近代权利制度，也正在发展成为融个体权利与集体权利于一体的权利安排体系。^① 新的权利纳入现代权利体系中后，相对于政治权力不再是消极的了，因而要求政治权力积极主动地发挥应有的作用。这样就必须对传统宪政秩序中政治权力的分配和运行予以重新架构。

在福利国家的架构内，国家权力不仅仅限于抵御外国侵略和保持国内秩序，而且还应当积极主动地对经济生活和社会生活予以理性干预，不仅要履行社会管理职能而且还要主动地为社会提供服务，以创造必要的条件，帮助公民实现其宪法赋予的基本权利，获得平等的生存和发展的机会。与这种理念和社会结构相适应，许多西方国家都不同程度地调整了权力的配置格局。在过去的一个世纪里，美国总统的行政权力日益得到扩张，而议会的权力却有所收缩，同时在美国出现了独立的“第四部门”^②，它集一定的立法权、行政权和司法权于一身；就法国而言，总统权力的扩大已经突破了“议会主权至上”的原则束缚。而在英国，首相逐渐集立法与行政权于一身，修正了英国的“议会主权”原则，使首相成为事实上的国家元首。

在维尔看来，三权分立的权力结构正是民主、效率和正义三种工具性价值的产物。然而社会正义这一新价值打乱了先前的政府职能和机构的三分，正日益威胁着权力分立的逻辑，并已经为现代政府增添了一个新维度。它导致了新结构的创建、新程序的演进，其意蕴超出了价值、

① 夏勇主编：《走向权利的时代——中国公民权利发展研究》，中国政法大学出版社 1995 年版，第 5—9 页（绪论）。

② 指美国近年来出现的大量的“独立管制机构”，其性质虽是行政机关，但是却不受总统的领导。它不仅享有行政权，还享有一定的立法权和准司法权，集行政、立法和司法权于一身，打破了传统的三权分立体制，因而人们认为它的出现是对总统权力的“侵蚀”。

结构和程序仅仅在数量上的增加。^①

实现社会正义意味的不仅仅是分配新物品和服务；它还意味着控制经济以保证完全就业，试图保证农民和工薪者收入稳定，控制垄断，保持一定水平的公共开支，控制收支平衡以及其他。而实现这些目的的措施却与旧价值正好交叉；特别是它们侵犯了民主控制机制和司法程序，并且，它们要求政府有比昔日大得多的协调性。^②

在福利国家时代，政党已经成为典型的政府结构，履行着广泛的协调职能。“以大众为基础的现代政党就是与强调社会正义的价值紧密联系的。事实上，20世纪的政党就是这样一个结构，通过它社会正义的价值已经实现了，就如同在先前的时代代议制议会是民主制得以实现的结构一样。”^③ 社会正义价值已经在政党活动的程序中实现了制度化，“政党的过程已经逐渐包括了选举、立法和执行过程，而且事实上也包括了司法过程。这种新价值以及保证其实现的一些结构的兴起，必定意味着任何表面化的‘权力分立’观已经死亡”^④。

当然，满足协调职能和控制职能之间的平衡要求的程序和结构还不止这些，还有一些新程序来满足社会正义这种新价值的需要。独立的管制委员会或行政审判庭的程序就是增强政府协调职能的尝试。显而易见，政府的控制职能和协调职能必须通过组织结构来实现。在结构层面上，任何组织性的结构都是由科层结构和同等结构两部分组成。同等结构组织与一般规则的制定似乎是内在地紧密联系在一起，而等级结构的组织则非常适合于法律的执行和适用。“西方政府体制的运作可以视为在这两种组织类型之间的一种张力，可以视为在这种组织的价值和另一种组织的价值之间的一种不断选择，可以视为把等级结构的速度和效率

① [英]M.J.C. 维尔：《宪政与分权》，苏力译，生活·读书·三联书店 1997 年版，第 332—333 页。

②③ 同上书，第 333 页。

④ 同上书，第 334 页。

与从同等结构中获得的信息和同意相结合的一种努力。”^①

2. 实质法治对形式法治的挑战

福利资本主义的兴起,要求法律制度应该正视形式平等条件下存在的实际上的不平等,因而也需要确立机会补偿原则,并在这些原则指导下实现形式正义和实质正义的有机结合。在罗尔斯看来,社会正义原则对社会控制来说是必要的,并且构成社会合作条件的基础。因此,他主张对于由社会成员自然条件造成的不平等,社会应该采取补救措施。现代资本主义国家在面对因形式机会与实际机会脱节而导致的问题时,往往会采取确保基本需要的平等去补充基本权利平等的方法,这就意味着要赋予社会地位低下的人以应对生活急需之境况的特权。颁布最低工资法、建立福利制度等都是为了实现这一目的的政策。

对形式平等缺陷的弥补意味着要注重对社会弱势群体在制度安排上给予特别的保护,意味着要加强社会保障方面的立法,这在一定程度上也会导致法律适用上的目的导向,导致伦理道德和社会正义原则进入司法过程,从而影响法律的普遍性和自治性。同时,自治性法律逐步走向回应型法律。“社会中的法律最好被理解成一种行为或事业,即执行社会任务的活的制度。法律制度也不仅仅是规则的整体,它还要对社会的需要、压力和灵感作出相应的反应。”^②为了保证法律的自治和完整性而不能有效地回应社会变化的需要,因而也就必然地内含着开放性和完整性之间的矛盾。完整性意味着法律机构应该牢牢地束缚于既有的法律规则体系的约束,对周围的环境采取漠视的态度,从而在获得完整性保障的同时却失去了回应社会的敏感性;而开放性则意味着宽泛地授予法律机关某种自由裁量权,以便官员的行为可以保持在灵活、适应和自我纠正的状态。如何调适完整性和开放性的矛盾,这就需要一种新的法

① [英]M. J. C. 维尔:《宪政与分权》,苏力译,生活·读书·三联书店 1997 年版,第 322—323 页。

② Leonard broom, philip selznick, “sociology: A Text with Adapted Readings”, Harper & Bow publisher, 1977, 6th education, p. 408.

治范式,能够通过引入目的考量及时回应社会的需要,而回应型机构在把握其完整性所不可或缺的要素的同时,也考虑在其所处环境中的各种新的力量,把社会的压力理解为认识的来源和自我纠正的契机。认真地对待目的考量就能够对自由裁量权施加适度的控制以减少制度屈服的危险。

诚然,实质法治在冲击形式法治的同时,也在一定程度上弥补了形式法治的缺陷。但是实质法治本身也存在着某些不足。实质法治对实质正义和权利补偿的追求,必然要增加自由裁量权失控和私人自治受侵犯的危险,因此西方在注意到实质法治的不可避免性的同时,仍然看重形式法治的重要性,力图通过公正的程序机制实现二者的协调。

3. 全球法治对国家主权的挑战

人类正在进入一个新的全球化时代,全球化浪潮正通过对人们交往空间和交往方式的改变极大地影响着人们的经济、政治、文化和社会生活方式,改变着人们之间的社会关系形式和社会交往规则,对各个主权国家的法律生活世界造成了源源不断的影响,导致了全球性的法律重构运动,在经济交往领域、共同面对的政治问题和文化交往领域出现了法律的趋同化和一体化现象,对主权国家的经济主权、政治主权和文化主权构成冲击。在全球化时代,人权保护也进入了国际层面,要求主权国家履行人权国际保护的义务,从而推动了全球法治的进程。

世界范围内贸易规则的统一,标志着经济的法治化已经从民族国家拓展到区域和全球层面;WTO协议的创制和实施意味着大多数国家的对外贸易管理制度和措施都已经处于世界贸易组织的各类规则之下,成员国已不能任意确定其关税水平,也不能任意行使配额、许可等进出口管理措施,WTO协议与规则所规定的国民待遇原则、非歧视原则、公平贸易原则、透明原则对成员国的立法、行政和司法有着积极影响。根据WTO的要求,各成员国设立和完善了独立于行政机构的公正的司法裁判机关,对相关的行政行为行使司法审查的权力,进而推动了各成员国法治化的进程;根据WTO协议和规则的要求,各成员国制定的相关法

律、法规、司法解释、司法判例以及其他规范性文件都应该遵循透明性原则与非歧视原则。世界贸易组织所立的争端解决机制在维护 WTO 协议和规则的至上权威、推进成员国之间的经济合作、解决经济纠纷方面起着越来越重要的作用。

在人权保障方面,联合国通过的有关人权公约体系初步形成了国际人权保障法律制度构架。《公民权利和政治权利公约》的实施,充分发挥了人权事务委员会的准司法机制的人权保障功能。国际社会、主权国家和民族地区应该通过立法、行政和司法机制保障和促进社会主体的权利,创造一个正常的社会生活条件,使个人的合法愿望和自主意识能够在这样的条件下实现,应该是人类文明成长的标志和法律调整机制的价值所在;在区域层次上,欧洲联盟通过欧洲法院和欧洲人权法院促进了欧洲一体化的进程。欧洲法院利用先予裁决权威、司法解释权威、司法审查权威和咨询管辖权威维护了欧盟法的统一,保障了欧盟法的基本原则和基本制度在各成员国的统一实施。欧洲法院事实上成为欧盟法的又一个创制中心,它通过司法审判为欧盟发展了新的法律原则、并利用司法判例有效调整了各成员国之间的相互关系,进一步明确和提升了欧盟组织的法律地位;欧洲法院还通过判例式的司法解释,使框架式的欧盟法律得以具体化,从而在整个欧盟和各成员国中得到有效的实施,由此创立了法律实施的新模式。欧洲人权法院在提高整个欧洲人权保护的水平、维护人的尊严和价值方面,充分发挥了权威性的调整作用,确立了《欧洲人权公约》的相对至上的权威。

在人权全球保护的理论方面,哈贝马斯继承和发展了康德的世界公民权利理论,强调通过民主程序解决规范与事实之间的矛盾,解决政治权利和社会经济文化权利之间的价值分歧。在哈贝马斯看来,只有民主程序能够使得议题和提议、信息和理由的自由流动、确保政治意志形成过程具有平等对待各方意见的商谈理性,只有保障公民政治参与权、交往权的充分行使以便通过公共领域的自治达到私人领域的自治,才能实

现对公民的经济、社会和文化权利以及政治权利的整体性、一体性保护。^① 哈贝马斯认为,任何个体既是国家公民,也是法律意义上的世界公民,个体在国际共同体中应当直接享有法律地位。公民身份的二重化意味着既要对人权进行国内保护,又有必要实行国际保护。有了世界公民权利,国内外的社会交往以及政治交往的法律化过程之间就可以建立起一种对称的关系。为了加强人权的国际保护,“世界公民权利必须加以制度化,并对所有政府都具有约束力。国家共同体必须以制裁作为威胁,至少能够做到督促它的成员作出合法的行为”^②。诚然,既然存在人权的三重保护问题就有可能出现两种保护机制的冲突问题,片面强调人权的国际司法保护就可能导致人权政治对国家主权的干涉。为此,应该通过国际商谈在世界公民权利的层面上把国际关系从自然状态转向法律状态;^③同时坚持人权国际保护的辅助性原则和国家评判余地原则,要求首先在国内法的范围内穷尽权利救济的办法,只有在国内法无能为力时,才允许超国家力量的干预。

① [德]哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店 2003 年版,第 686 页。

②③ [德]哈贝马斯:《包容他者》,曹卫东译,上海人民出版社 2002 年版,第 206 页。

自然法(natural law)

在西方法学史上,几乎没有什么法学流派像自然法学那样延续了二千余年的漫长历史而少有断裂,也几乎没有什么法学思想对我们今天的法律生活产生了如此深刻而现实的影响。由于自然法学最初的思维向度是人性与秩序的关系,从而它把握了法律这一关于人类行为规范的事业的核心问题,为后继者的思考留下了或许永远不会枯竭的智慧空间。无论是近代古典自然法学对理性的极度推崇,还是新自然法学对道德的重新寻找,都始终内在于人性和秩序这个永恒的话语秩序之中。它不像法律实证主义、社会法学那样,似乎仅仅只是特定时代人类思维兴趣的一种昙花一现;它也不像历史法学那样,将思想限定于曾经发生了什么而不去追问应当怎样以及未来怎样。尤其重要的是,自然法学并不仅仅是一种法学思想派别,它的突出功效在于它为现代法律制度的形成提供了思想源泉,甚至直接设计促成了现代政治法律制度,并且正在为我们未来的法律生活秩序进行着自我完善和深入发展。作为一脉相承的一种法学思想流派,理解自然法学不应该仅仅关注它在历史发展过程中的一个片段,而应该系统而全面地加以把握。

人之本性与宇宙法则的浑然一体:自然法思想滥觞

自然法思想的历程相继经历了古希腊古罗马的自然主义自然法、中世纪的宗教自然法和近代理性主义自然法三个基本阶段和理论形态。自然法思想作为西方法学流派的重要一维,缘起于古希腊、古罗马思想家的政治、法律学说。古希腊时代的“自然”(nature)一词的本意指物质宇宙,是世界的初始存在,亚里士多德将其引申为事物的本性,由于早期希腊哲学家将物质宇宙看做某种规律和单一原则的表现,从而“自然”一词的概念意指构成物质世界的法则。后期希腊各学派则对“自然”一词进行了演绎发挥,不仅将“自然”理解为有形的宇宙,也将其拓展到思想、理想、惯例、社会伦理和道德等非物质宇宙世界,使得自然现象与社会伦理和道德世界同构化,进而以自然规律和法则为根据,推演和论证社会伦理道德和国家政治法律的一般原则。斯多葛学派的创始人之一芝诺最早对自然法进行了定义并提出了自然平等、世界国家、世界政府和世界法律的自然法思想。在芝诺等斯多葛哲学思想家看来,所谓“自然”,就是支配性原则(ruling principle),它遍及整个宇宙,本质上具有理性的品格。芝诺认为整个宇宙乃是由一种实质构成的,这种实质就是理性,因此,自然法就是理性法。斯多葛派学者认为:“理性作为一种遍及宇宙的普世力量,乃是法律和正义的基础。……存在着一种基于理性的普遍的自然法,它在整个宇宙中都是普遍有效的。它的要求对世界各地的任何人都有约束力。”^①

亚里士多德虽然没有系统提出自然法思想,不过,他关于国家起源的解释则是按照一种自然起源论进行的。他将国家或城邦的产生基础界定为家庭,家庭是因为生理的自然、为了满足日常生活的需要而建立起来的社会基本形式,进而家庭联合成村坊,村坊组合成城邦,国家经由

^① [美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第13页。

家庭、村坊、城邦的形成过程是一个决定于人类本性的自然演化过程，因为人天然地是一种社会或政治动物。

古罗马的西塞罗最早较为系统地提出了自然法理论。西塞罗深受斯多葛派哲学影响，他认为，“法律是根据古老的、一切事物的始源自然表述的对正义和非正义区分，人类法律受自然法指导，保障和维护高尚者”^①。在西塞罗的自然法思想中，自然——理性——正义三者等而视之。西塞罗所指的自然根本上是人之天性禀赋：人由神的礼物装备和美化起来，人们相互间存在一种共同的生活准则，人与人之间通过某种仁慈和善意以及法的共同性相维系。西塞罗认为，人由神明创造并被赋予理性，所谓理性，是进行推测、论证、批驳、阐述、综合、作结论的智慧。所谓正义，西塞罗将其与理性人对待他人的态度联系起来，“智者的理性和思想应当是衡量正义与非正义的标准。理性人的特征是按照理性给与每个人以应得的东西，……这种态度最初也许仅限于家庭、亲戚和朋友；然而随着文明的扩展，这种态度必定会扩大适用于同胞和政治同盟，最后还会扩展至全人类”^②。这种按照理性给与每个人以应得的东西就是正义感，西塞罗将正义视作法律的一种根本性质，法律与正义同义，在西塞罗眼中，完全非正义的法律不具有法律的性质。

中世纪经院哲学的伟大代表托马斯·阿奎那把法律划分为永恒法、自然法、神法和人法四种类型。永恒法是“上帝的统治计划”。是指导宇宙中一切运动的神之理性和智慧，所有隶属于神辖范围的天地万物，都受永恒法的支配和调整，只有上帝才掌握和懂得永恒法的整体。所谓自然法，托马斯·阿奎那将其视为上帝统治人类的法律，是永恒法在理性动物人类中的体现，由人的物理和心理特性组成，是作为理性动物的人类对永恒法的参与，是神意在作为理性动物的人类身上留下的痕迹，自然法是对神的理性命令——永恒法的不完善的反映。自然法依靠某些

① [古罗马]西塞罗：《论共和国、论法律》，中国政法大学出版社1997年版，第221页。

② [美]E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第14页。

一般性规则指引人的活动,这些一般性规则中最基本的规则就是行善避恶,自然法包含一些引人向善的理性命令,这些命令是“自然的”,与自我保护的本能或性本能是自然的一样,“任何人都有一种按理性行事的自然倾向,亦即按美德行事的自然倾向。因而根据这种考虑,所有善举都是由自然法规定的,因为每个人的理性都会自然地命令他做出善举”^①。

通过对早期西方自然法思想源流的简略梳理,我们不难发现,自然法思想的产生,内在表达了人们对那种高于实在法之上的那种理想法的期望和追求,在实在法存在明显缺陷或者无法正确反映和调整社会关系的现实面前,早期思想家借助于理性概念以及对理性本质的揭示,要么将自然法理解成理性的化身,要么通过理性对宇宙万物和世界秩序的把握,将自然法与事物的内在法则联系起来,在国家法律之上拟制一个更高的自然法价值理想和价值准则,并由此而阐发对人类社会发展的美好理想。这种与理性结合的早期自然法思想为近代西方古典自然法学的兴起埋下了种子,经过中世纪神学的洗礼和宗教革命,至17世纪得以充分萌发。

理性的自负与使命:近代古典自然法学要义

古典自然法学的兴起驱动于笛卡尔的理性主义。笛卡尔启动的实践哲学对理论哲学(形而上学)的改造和取代运动,将那种虚幻和抽象的理性概念限定于概括的、具体的、分析的理解之上,进而促使近代自然法完全沉浸于唯理论的科学理解之中,“在此,理性(Ratio)不仅是正确的法之认识工具,也是其源泉。理性,人的理性!赋予人以自然律法”^②。对理性的极度遵从以及对理性进行的认识论化的定性和改造,既促成了理性成为“正确之法”的根本决定力量,也要求对法的本质的揭示必须按照

① [美]E.博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第30页。

② [德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版,第78—79页。

理性的认识论属性要求进行。因此,按照考夫曼的看法,在法哲学挣脱了神学之后,自然法世俗化了,“在发现‘正确的法’时,人们在方法上完全是严格按照规定先去探寻人的‘本性’,当然是经验的,而不是道德的本性!然后,好像人是纯实在的,就去按照逻辑推导出人的‘自然的’权利和义务”^①。亦即,古典自然法学的兴起是现代理性主义的法学延伸,它奉理性主义为圭臬,在自然科学开始盛行并蓬勃发展的背景和氛围中,古典自然法学遵照唯理论方法确立自然法思想的前提假定并推演人的自然权利和义务。在这种理路中,自然法既是人类理性的化身,也是理性揭示的对象,按照人类的普遍理性,人们可以推演并创造适用于人类的法律,自然法就是一种高于并指导国家政治法律制度的人类理性。

格老秀斯是古典自然法学的开创者和奠基人,他的自然法思想建立在遍及宇宙的永恒理性之上,将自然法定义为“一种理性的命令,它指示任何与合乎理性的本性相一致的行为就有一种道德上的必要性;反之,就是道德上的罪恶行为”^②。在这种自然法前提和理性化假定基础上,格老秀斯首先对作为理性之根本的人性本质作出了界定:人的特性中存在一种对社会生活的强烈欲求,并且这种社会生活是那种按照他们的智识标准跟那些与他们自己同属一类的人过一种和平和有组织的生活,并向往互爱。进而,格老秀斯对自然法与实在法的关系做出了界定:自然法之母就是人性(理性),自然法是遵守契约的约束力所在,而遵守契约是市民法之母。从而,自然法与实在法之间的基本逻辑关系就是,人性/理性是自然法的基础,自然法是实在法的根据。最后,格老秀斯将自然法与正义联系起来,把正义界定为自然法的根本性质。进而,格老秀斯基于理性基础和人的社会性属性,推导出—

① [德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版,第79页。

② [美]E.博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第42页。

系列自然法原则:遵守契约;各有其所有,各偿其所负;不对他人施暴;犯罪应得到惩罚。

霍布斯的自然法学说虽然也建立在人性和理性基础之上,但是,霍布斯对人性的假定与格老秀斯完全相左。霍布斯完全否定了早期形而上学自然法的自然观,他认为人是一部由各种物理量驱动机器,自然法与人本身的完善无关,而是自然状态中的客观法则,从而,霍布斯被认为是实现自然法观念从古典向近代转型的关键人物。^① 首先,霍布斯假定了自然状态下人们的生活:自私自利、相互猜疑、充满恶意、野蛮残忍、互不信任。在霍布斯那里,自然状态中的人是一种反社会生物,一种自私自利者,人与人之间是一种狼与狼的关系,相对于他人,人有获得一切利益的愿望和自然权利,因此,在自然状态下,人的能力平等(智力和体力),人自私自利和贪得无厌,从而,“在没有一个公共权力使大家慑服的时候,人们便处在所谓的战争状态下”^②。由于战争状态的不安全性和非稳定性,人类要实现自己的自然权利就需要对这种秩序进行超越,这种超越需要依靠激情和理性,“使人们倾向于和平的激情是对死亡的畏惧,对舒适生活所必需的事物的欲望,以及通过自己的勤劳取得一切的希望。于是理智便指示出可以使人同意的方便易行的和平条件。这种和平条件在其他场合也称为自然律”^③。所谓激情,是指人在自然状态下所具有的放弃战争状态和倾向和平状态的愿望,包括对死亡的强烈恐惧、对便利生活必需品的渴望、以及通过组织起来的劳动而得到这些物品的愿望。显然,上述情感无法在自然状态下获得满足,因此人的理性得以激发,霍布斯把这种理性称作自然律并具体化为若干自然法原则:寻求和平、信守和平;对等地放弃自然权利;人与人之间订立并履行契约;感恩;和顺;宽宥;劝导向善;尊重他人;平等待人;秉公办事;等等。概括言

① 柯岚:《“自然”与“自然法”概念的古今之异——关于自然法学术史的一个初步反思》,载《法律科学》2008年第5期。

② [英]霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1985年版,第94页。

③ 同上书,第96—97页。

之,就是“己所不欲,勿施于人”。在实现以上自然法则的路径问题上,霍布斯基于他对自然状态之不安全非稳定性质以及人的自然能力大体平等的假定,人类欲实现和平,只有相互订立契约,相互放弃自己的自然权利,把大家的权力和力量托付给一个人或一个能通过多数意见把大家的意志化为一个意志的多数人集体,这个人或集体就是伟大的“利维坦”——主权者运用从公民那里集合起来的权力和力量以实现所有人的和平和权利。

洛克的自然法理论的提出同样也建立在他关于自然状态的假定之上。首先,洛克以“自然状态”为逻辑起点,认为在法律产生之前,人类生活在一种“自然状态”之中。与霍布斯不同,洛克所假想的自然状态并非为一种狼与狼的关系,而是相反,“那是一种完备无缺的自由状态,他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,而毋需得到任何人的许可或听命于任何人的意志”。“这也是一种平等的状态,在这种状态中,一切权力和管辖权都是相互的,没有一个人享有多于别人的权力。”^①在洛克看来,自然状态是一种人人自由和平等的世界,而非那种相互敌对和彼此毁灭的战争状态。进而,洛克指出,自然状态“虽然这是自由的状态,却不是放任的状态”,受自然法支配,“自然状态有一种为人人所应遵守的自然法对它起着支配作用;而理性,也就是自然法,教导着有意遵从理性的全人类:人们既然是平等和独立的,任何人就不得侵害他人的生命、健康、自由和财产”^②。然后,洛克列述了自然状态下人们所普遍享有的自然权利:平等权、自由权、生命权、健康权、财产权,等。这些权利是造物主给予的,是与生俱来的,在任何情况下都不受任何人侵犯。不过,在洛克看来,自然状态下的人们虽得到自然法的保护而能够处于一种完备无缺的状态,但是,这种自然状态与政治社会(公民社会)相比,存在着明显缺陷,使自然权利经

① [英]洛克:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第5页。

② 同上书,第6页。

常处于遭受侵犯的危险之中,因为在自然状态下,每个人都把生命置于任何他人的权利之下,都有丧失生命的危险,每个人都享有权利毁灭威胁他人。在自然状态下,缺少明文规定且众所周知的法律,自然法的约束力明显不足;缺少依法裁判的公正裁判者,人们运用自然法裁判关于自己的案件,必然带有私心、偏见、感情用事和报复性强;另外,缺少公共权力保证判决的执行。这样,自然状态下的人们虽然享有种种自然法权利,但这种权利既不安全,也经常无法保证,从而,人们需要建立并加入政治社会以避免“战争状态”,“避免这种战争状态是人类组成社会和脱离自然状态的一个重要原因”^①。由此,洛克推论出国家立法权和行政权的原因和根据问题,在其自然法理论逻辑中提出社会契约论,“真正的和唯一的政治社会是,在这个社会中,每一成员都放弃了这一自然权力,把所有不排斥他可以向社会所建立的法律请求保护的事项都交由社会处理”^②。霍布斯把社会契约界定为公民完全服从专制君主立法,让渡出全部自然权利,与霍布斯形成鲜明差异的是,洛克则认为,人们在政治社会中依然享有完全的自然权利,让渡给政府的只是那些实施自然法的权利。因此,洛克自然法理论逻辑下的政府形式是一种有限权力政府,立法机关必须按照社会利益所要求的程度对部分自然权利加以处理,否则就超出了“公众福利”要求,人民就有权进行反抗。

孟德斯鸠自然法理论的论证逻辑,首先开始于这样一个假定,“从最广泛的意义上来说,法是由事物的性质产生出来的必然关系。在这个意义上,一切存在物都有它们的法”^③。这里所指的“法”,意指事物存在的根据和法则,是决定客观自然和人类社会的根本决定力量。在此基础上,孟德斯鸠提出人为法的概念,从人类社会关系的角度界定了法律的概念,“一般地说,法律,在它支配着地球上所有人民的场合,就是人类的理性;每个国家的政治法规和民事法规应该只是把这种人类理性适用于

① [英]洛克:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第15页。

② 同上书,第53页。

③ [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1959年版,第1页。

个别的情况”^①。进而,孟德斯鸠将法与理性关联起来,认为法就是理性,“是有一个根本理性存在着的。法就是这个根本理性和各种存在物之间的关系,同时也是存在物彼此之间的关系”^②。孟德斯鸠将抽象的理性认作自然法的基础,自然法是为法的基础,这种论调与其他自然法学家没有不同。不过,孟德斯鸠关于自然法理性基础的论述从人的自然属性和社会属性两个方面进行了区分,“人,作为一个‘物理的存在物’来说,是和一切物体一样,受不变的规律的支配。作为一个‘智能的存在物’来说,人是不断地违背上帝所制定的规律的,并且改变自己所制定的规律”^③。这意味着,事物的性质一方面表现在人性恒定普遍的趋向和特性之中,部分表现在人性变化不定的趋向和特性之中。如何把握这种复杂难解的事物的性质以及人性,孟德斯鸠最终求助于自然法:

在所有这些规律之先存在着的,就是自然法。所以称为自然法,是因为它们是单纯渊源于我们生命的本质。如果要很好地认识自然法,就应该考察社会建立以前的人类。自然法就是人类在这样一种状态之下所接受的规律。^④

然后,孟德斯鸠开始假想自然状态下的人性,亦即自然法的四条原则:其一,和平,因为在自然状态下,人十分软弱怯懦自卑,第一需要是保存生命;其二,寻找食物,人出于软弱和生存的需要必须获得食物以生存;其三,爱慕;第四,向往社会生活。对社会生活的追求必须避免战争状态,从而必须制定法律;因为战争状态的类别差异,从而人为法也分为三类,“作为这个大行星上的居民,人类在不同人民之间的关系上是有法律的,这就是国际法。社会是应该加以维持的;作为社会的生活者,人类在治者与被治者的关系上是有法律的,这就是政治法。此外,人类在一切公民的关系上也有法律,这就是民法。”^⑤再进一步,孟德斯鸠深入分

①② [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1959年版,第1页。

③④ 同上书,第4页。

⑤ 同上书,第6页。

析了作为法律之构成基础的必然关系的相对性和偶然性,如不同国家的法律差别,法律与国家政体的协调性,法律与所在地自然条件的关系,法律与居民信仰、性情、财富状况、人口、风俗习惯之间的适宜性,以及法律与法律之间的相互适合等。孟德斯鸠自然法理论因循一条根据事物的性质对法律进行定性和阐述的逻辑路线行进,最终进入其“法的精神”的核心地带:权力理论。他的自然法理论的闪光之处在于他的权力分立学说。与洛克相同,孟德斯鸠同样认为自由是国家应予实现的最高目标,他把自由分为哲学上的自由和政治上的自由:前者指能够行使自己的意志,至少是相信在行使自己的意志;后者指不受其他公民侵犯的自由。既然政治自由是公民个人的安全问题,而公民个人是无力保证的,从而需要一种政治制度。在进行政体划分的基础上,孟德斯鸠对政体的要素——权力的本性进行了这样一个著名的论断:“一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才休止。”“从事物的性质来说,要防止权力滥用,就必须以权力约束权力。”^①进而,孟德斯鸠将最可靠的政府形式界定为立法、行政和司法三权分立的政府。

卢梭的自然法理论独树一帜。虽然和霍布斯、洛克等人一样,卢梭关于自然法的论述也是从人性和自然状态开始,但是,他对人性的假定与霍布斯相反,自然状态下的人类并非那种狼与狼的关系,人类彼此之间没有任何道德上的关系,也没有权利义务关系,“他们既不可能是善的也不可能是恶的,既无所谓邪恶也无所谓美德”^②。在自然状态下,人类并没有正义、所有权、统治、服从等概念,人们依靠自然感情过着和睦快乐的生活,他批评以往的自然法学家将理性观念强加于自然人,认为“思考的状态是违反自然的一种状态,而沉思的人是一种变了质的动物”^③。在自然状态下,人们过着孤立、自由而平等的生活,只存在年龄、健康、体

① [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1959年版,第184页。

② [法]卢梭:《论人类不平等的起源和基础》,李常山译,商务印书馆1962年版,第97页。

③ 同上书,第79页。

力等方面的差别,不存在政治上或道德上的不平等,没有国家和法律,没有私有财产,没有奴役和被奴役的现象,自然状态是人类的黄金时代。卢梭的浪漫主义自然法思想明显表现出对理性的不信任以及对情感的看重,在他看来,在人类理性之先,人类的心灵活动决定于两个原理:其一,对自身的安适和生存十分渴望和关切;其二,对同类的不幸和痛苦感到怜悯。“自然法的一切规则正是从这两个原理的协调和配合中产生出来的。”^①然而,卢梭对自然状态的假象进行描述的目的并非像其他自然法学家那样从中归结出若干自然法原则为实在法提供评价和遵照标准,他的目的在于,通过对自然状态下的人类美好生活状态的描述及其内在原理和法则的揭示,将文明社会作为一个反差性对照,进而比较性地揭露人类不平等的起源以及文明社会中政治和法律制度在创造不平等、暴力镇压、权力专制、利益侵犯等方面的根本问题所在,进而论述如何改变和完善文明社会中政治和法律制度的方向。这样,卢梭视野中的自然状态下的自由平等生活及其法律则毋宁是对文明社会中政治法律制度进行改造和完善的一种浪漫主义参照目标。由自然状态过渡到文明社会,卢梭论证了人类不平等的起源和发展的三个阶段:第一阶段,私有制和社会权威的产生,导致富人与穷人的区分;第二阶段,国家权力机关的建立,富人获得权力并通过法律维护其权利和更大利益,国家的产生根本上则是富人掠夺穷人的一项阴谋;第三阶段,暴君的出现,暴君政体的形成使社会成为一个彻底的专制社会,君主践踏法律,奴役穷人。在《社会契约论》中,卢梭虽然不再完全否定人类文明的进步以及文明社会较之自然状态的高级性,但是,在这种文明社会中,要实现人的平等、权利和自由,避免剥削、暴政和专制,人们需要通过共同订立契约进行结合:“要寻找一种结合的形式,使它能以全部共同的力量来维护和保障每个结合者的人身和财富,并且由于这一结合而使每一个与全体相联合的个人又

① [法]卢梭:《论人类不平等的起源和基础》,李常山译,商务印书馆1962年版,第67页。

只不过是服从自己本人,并且仍然像以往一样地自由。”^①这就是卢梭所创立的以每个结合者将一切权利全部让渡给整个集体为根本精神的社会契约论。在这种社会契约论中,卢梭主张每个人向社会全部转让自己的权利,并且毫无保留,“因为,首先,每个人都把自己全部地奉献出来,所以对于所有的人条件便都是同等的,……其次,转让既然是毫无保留的,所以联合体也就会尽可能地完美,而每个结合者也就不会再有什么要求了。……最后,每个人既然是向全体奉献自己,他就并没有向任何人奉献出自己”^②。在理论上完成了全部个人向社会转让全部权力之后,卢梭提出了“公意”概念并进一步阐述了人民主权论思想。所谓“公意”,是指“我们每个人都以其自身及其全部的力量共同置于公意的最高指导之下,并且我们在共同体中接纳每一个成员作为全体之不可分割的一部分”^③。通过权利转让和建立在公意基础上的政治体获得绝对权力,是一种属于全体人民的国家主权,它不可转让,是绝对的、神圣的、不可侵犯而至高无上的,不可代表。进而,卢梭设计并论证了他的政治法律方案:立法权高于行政权和司法权;法律需经全体人民同意,否则无效;法律是公意,是我们自己意志的记录;法律既具有意志的普遍性,也具有对象的普遍性;法律也是人们约定的产物。应当认为,卢梭的自然法理论在两个方面突破了其他自然法学派思想。一是他的法律意志说,否定了大量自然法学家所主张的法律是根据自然法原则所制定的规则的观点;二是法律公意说,否定了以霍布斯为代表的法律是统治者命令的立场。

古典自然法学作为一种立基于理性主义之上的法律思想运动产生了极其深刻的影响,并在西方国家政治法律制度的现代化进程中发挥了极其重要的作用,自然法学家对现代法律制度的基本原则和构成要素的创造性阐释,为作为现代文明之重要一环的法律秩序提供了先决条件并

① [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1980年版,第23页。

② 同上书,第23—24页。

③ 同上书,第24—25页。

奠定了坚实基础,生命权(霍布斯)、财产权(洛克)、自由权(孟德斯鸠)、平等权(卢梭)等自然权利的创造,既在个人道德实践上产生了极其重要的影响,更在现代政治制度设计中得到了有效兑现,法治、公民权利、权力分立与制衡、政治民主等现代国家政治法律制度的根本依据其实就是自然法学所倡导的一系列价值准则。《普鲁士腓特烈大帝法典》(1774)、《拿破仑法典》(1804)、《德国民法典》(1896)、《瑞士民法典》(1907)等现代国家的著名法典以及美国的宪政实践,无不烙下了自然法学的深深印记。然而,由于自然法学对理性的极度推崇,将所有法律的基本价值基础构建在理性之上,理性主义既成为认识法律价值准则的根据,又成为发现和创造设计政治法律制度的方法,从而使自然法学的方法论突出表现出“非历史的简单程式和任意的假设为其特点”,博登海默十分肯定地评价道,“他们通过无视历史并将注意力集中在努力发现一种理想的法律和正义制度的方面,也完成了一项重要的使命,其意义大大超过了仅研究法制史的学者所做的工作”^①。倘若没有自然法学、尤其是近代古典自然法学对现代文明的贡献,我们很难假设,仅仅按照历史的惯性自行演化,或是基于历史启示的人为设计,现代政治法律制度到底会呈现出怎样一幅景象?对此,梅因在批评自然法学家对自然状态所进行的缺乏历史根据的假设以及论证自然法准则的含糊其辞的同时,也肯定了自然法学的积极意义,“这个理论在哲学上虽然有其缺陷,我们却不能因此而忽视其对于人类的重要性。真的,如果自然法没有成为古代世界中一种普遍的信念,这就很难说思想的历史、因此也就是人类的历史,究竟会朝哪个方向发展了”^②。然而,正是因为对理性的过分自信也过于依赖,使得自然法学理论的想象力发挥得十分明显。如果说历史法学对自然法学的批判矛头指向其理性论证只是想象的并缺乏历史事实基础,并没有完全否定其实际影响力,那么 19 世纪以后的新兴法学思潮则完全否定

① [美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社 1999 年版,第 63 页。

② [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆 1959 年版,第 43 页。

了自然法学的理性主义路线。边沁尖锐地批评自然法学是一种修辞上的胡闹,所谓的自然权利根本上是一种脱离政治国家法律实践的虚构的法律原则和权利体系。于是边沁从实在法的性质出发,区分了立法学和法理学,前者是一个关于法律应该是什么的伦理学问题,后者才是真正的法律科学,所谓权利只能从实在法上寻找答案,国家的起源并非社会契约,而是臣民对于主权者的一种服从习惯,最终他以人的趋利避害为根本人性基础创立了功利主义法学。奥斯丁、凯尔森的分析法学的创立是对自然法学的再一次无情批判。奥斯丁将法理学从其他学科中分离出来,将法理学的适当对象限定于实在法,并且同样认为社会起源的主要原因在于社会大众急切地希望逃离无政府状态,是一种“习惯性服从”的结果,并将法律的本质界定为“主权者的命令”。凯尔森的纯粹法学则立场鲜明,与自然法学界限分明:“纯粹法理论乃实在法理论,……纯粹法理论之旨趣在于认知其研究对象。换言之,其试图回答‘何谓法律’或‘法律从何而来’。而无意于对‘法律应当如何’或‘法律应如何制定’等问题强作解人。”^①

法律的道德性皈依:新自然法学

自然法学在 19 世纪的中落并不注定这种基于理性假定基础上的法学思想不再枯木逢春。20 世纪初期,尤其是二战以后,自然法学重生而复兴。诚然,自然法学因其缺乏经验基础的理性主义性质遭受实证主义(科学主义)的围攻和抛弃,但是,实证主义的经验验证和科学精神在极其复杂的社会、经济、政治、文化等影响法律多种因素面前根本无法承诺法律的真理。新自然法学的兴起,促成因素很多,其中,德国纳粹法律的专横和对人道主义的暴力践踏,以及二战战犯审判所遭遇的法律适用的尴尬,20 世纪美国发生的黑人运动、反越战、女权运动等多项政治事件,

^① [奥地利]凯尔森:《纯粹法理论》,张书友译,中国法制出版社 2008 年版,第 37 页。

对新自然法学的兴起无疑发挥了极为重要的推动作用。

马里旦新托马斯主义法律思想是新自然法学的重要一派。马里旦认为近代古典自然法学因为对人为理性的过分自信、依赖和滥用,是人类意志代替上帝成为自然法的最高来源和起因,以自然神论、泛神论,最后是公开的无神论等形式,反对将自然法的本质归结为上帝的意志。马里旦将法律依次划分为永恒法、自然法和实在法,在自然法和实在法之间还包括万民法或国际法。永恒法是上帝统治整个宇宙的法律,地位最高。自然法是人类对永恒法的一种参与。实在法的效力根据是自然法。进而,马里旦从本体论和方法论两个维度阐释了自然法的要素。自然法的本体论要素指其本源或本质问题。人具有共同的人性且是一种智慧生物,了解自己的行动并且能决定自己所追求的目的,因此,“正是靠着人性的力量,才有这样一种秩序或安排,它们是人的理性所能发现的,并且人的意志为了要使他同人类基本的和必然的目的合拍,就一定要按照他们行动。不成文法或自然法就不外乎是这样”^①。亦即,本体论意义上的自然法“是从人性或本质中产生的有关人类的合适而正当行为的规则或理想秩序”^②。在认识论意义上,自然法是一种不成文法,相当难于认识,例如,“行善避恶”是一条箴规,但它并非自然法本身,它只是自然法的序言和原则,而真正的自然法只能随着人们道德良知的发展而逐渐发现和认识,并且“只有等到福音渗入到了人的本体的最深之处,自然法才会开花并达到完美的境地”^③。对自然法的认识方法不同于那种以理性知识认识几何原理的方式,并非通过概念判断方式来获得自然法知识,在根本上说,自然法知识的获得只能通过人类本性的倾向,随着人类道德的不断完善和社会经验的不断进步,人类对自然法的认识将不断深入和发展。

① [法]马里旦:《人和国家》,转引自沈宗灵《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第103—104页。

② 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第57页。

③ [法]马里旦:《人和国家》,转引自沈宗灵《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第105页。

在实在法与自然法的关系问题上,马里旦认为,实在法低于自然法,依赖于自然法而存在,是自然法的延伸和拓展。自然法是处理必然地与“行善避恶”相联系的权利义务关系,而实在法则处理与“行善避恶”偶然地相联系的权利义务关系。如果说对自然法的认识依赖于人类的本性倾向,那么,对实在法的认识却是通过理性判断完成。按照这种自然法学原理,马里旦进一步论述了他的人权思想。马里旦认为,世界各地不同的人们因文明或文化差异而对人权概念的理解不同,但他们可以就人权问题达成实践协议,这种实践协议并非建立在共同的理论和意识形态或共同的解释原则基础之上,却可以在实践意识形态以及当前人们默认的基本行为原则之上。自然法是人权哲学的基础或理性基础,如果没有一个充分的自然法观念,人们就不可能认识人权,因为规定我们基本权利和基本义务的就是自然法。法律必须是一种理性的秩序,而自然法是一种神圣理性的秩序,自然法之所以是法律,因为他是人们对上帝永恒法的参与。进而,马里旦进一步分析了人权的概念。他认为,人权概念外延很广,既包括自然法规定的权利,也包括实在法规定的权利。自然法规定的权利包括生存权、人身自由权、追求完善的道德生活权、所有权等基本权利。实在法规定的权利主要是对自然法规定权利在特定社会历史条件下的落实、运用和保障问题。以财产权为例,人类自然地有权享有自然物质财富,这是一种自然法规定的私有权问题,但就私有权的具体形态而言,因社会经济发展状况的差异,私有财产制度可通过实在法根据具体情况加以规定。在各种权利类别中,他认为自然人权是不能让与的,因为它以人的本性为依据,而任何人的本性是不能丧失的,如生存权和追求幸福生活权;有些权利是基本上不能让与的,如结社权、言论自由权,实在法可以对这类权利的实现方式进行限制。另外,由于自然法的基础决定于人的本性倾向,人类道德良知的不断完善将有助于更好地认识自然法,因此,人权除了一般人权之外,还有特殊人权,即存在新、旧权利的矛盾问题。马里旦认为,新权利既是因为社会发展变化所引发的,也是与旧权利进行斗争的结果。最后,马里旦认为,任何人权都不是

绝对的无条件的,它们的行使是有条件的受限制的。

富勒的新自然法理论是在关于纳粹德国战犯审判的法律适用问题以及与哈特的分析实证主义法学进行论辩的过程中产生的,他将法律与道德紧密结合起来,强调法律与道德的不可分离。在富勒看来,立法本身就带有实体的道德目的,法律的存在本身也应该以一系列法治原则为前提。哈特为代表的法律实证主义坚持法律与道德的区分,把实在法与理想法区分开来,是“秩序”与“好秩序”的区分,法律只代表一种单纯的秩序,好秩序则是一种符合正义和道德的秩序。在富勒看来,“法律,单纯作为秩序来说,包含了它自己固有的道德性,如果我们要建立可称为法律的任何东西,甚至是坏法律,必须尊重这种秩序的道德性”^①。以二战后审判纳粹的法院不承认纳粹法是法律为例,哈特认为,它是法律,但太邪恶,以致应该拒绝使用。富勒则认为,纳粹法这种缺乏内在道德的法律根本就不是法律。富勒将道德划分为愿望的道德和义务的道德两种类型。愿望的道德以人类所能达致的最高境界为出发点,“它是善的生活的道德、卓越的道德以及充分实现人之力量的道德”。“义务的道德则是从最低点出发。它确立了使有序社会成为可能或者使有序社会得以达致其特定目标的那些基本规则。”^②在富勒看来,义务的道德与法律极为相似,它经常直接转变为法律,只是需要进行相应的技术处理。愿望的道德虽然与法律没有直接联系,但它根本上就是法律所追求的最高目标,是人类合乎理性地存在的一个必要条件,是法律的实体自然法。进而,富勒区分了法律的外在道德和内在道德。法律的外在道德指其实体目标,内在道德指广义上的法律程序性品格问题,是法律本身在制定、颁布、执行、解释等方面所内在的价值,是程序的自然法,“法律的内在道德不是某种添附或强加到法律的力量之上的某种东西,而是那种力量本身的基本条件”^③。在此基础上,富勒明确提出并详细论述了这种程序自

① 转引自沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第71页。

② [美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第7—8页。

③ 同上书,第180页。

然法的八项基本构成要素,即他所称的法制原则:法律的一般性、颁布、适用于将来而非溯及既往、法律的清晰性、避免法律中的自相矛盾、法律的可行性、法律的稳定性、官方行为与法律的一致性。

通常,罗尔斯的正义论法学也被归入新自然法学名下,因为他的正义理论因循了一条洛克—卢梭—康德的社会契约论路线,将功利主义作为批判靶子,意义重大地论述了社会制度的首要价值——正义问题。在罗尔斯看来,功利主义存在根本的理论缺陷:其一,它只考虑最大限度地满足人们欲望的总量,而未能安排这一总量在个体间如何分配的问题;其二,功利主义只考虑幸福的量的问题,而不去考虑幸福的质的问题,对欲望的类别及先后次序没有区分和排序。从而,“一个社会,当它不仅被设计得旨在推进它的成员的利益,而且也有效地受着一种公开的正义观管理时,它就是一个组织良好的社会。亦即,它是一个这样的社会,在那里:(1)每个人都接受、也知道别人接受同样的正义原则;(2)基本的社会制度普遍地满足、也普遍为人所知地满足这些原则”^①。罗尔斯认为,正义是社会制度的首要价值,问题在于,这种作为社会制度的首要价值的正义的具体内涵是什么?怎么得出?他们包括哪些具体的正义原则?这就牵引出罗尔斯导出他的关于社会正义两个基本原则的那个著名的思想程序问题。罗尔斯认为,公平是正义的基础,正义不外乎公平,而无知才能公平。要确立一个正义的社会制度的有关原则,社会成员必须抛开各自的偏见,类似于一种无知状态,只有不掺杂任何个人偏见的社会制度原则才是公平的,也才是正义的。于是,罗尔斯假定,要订立一项公平的社会契约,人们必须处于一种“无知之幕”(veil of ignorance)的状态下进行,在这种状态下,人们虽然都是理性的人,但他们并不知道自己所处的社会地位、阶级立场、以及自己的能力、天赋,甚至对自己的将来也一无所知,他们唯一所愿望的,就是在将来能够生活在一个对任何人而言都不会因为自然或社会的偶然原因获利或吃亏的社会制度之下。因

^① [美]罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社1988年版,第3页。

此,罗尔斯同样借用了自然法理论家那种自然状态下人们订立社会契约的场景,他将其称作“原初状态”(original position),不过,这种“原处状态”的假定对于罗尔斯来说完全只是一个思想实验,用来作为一个导出正义原则的理论思维工具,并非如古典自然法学家那样将其设想为一个实际存在的社会阶段状态。通过这个思想程序,罗尔斯导出了两个关于社会正义的著名原则。第一个原则:每个人对与其他人所拥有的最广泛的基本自由体系相容的类似自由体系都应有一种平等的权利。第二个原则:社会的经济的不平等应这样安排,使它们①被合理地期望适合于每一个人的利益;并且②依系于地位和职务向所有人开放。① 第一个原则是平等自由原则,它要求在社会基本制度设计中保证人们平等的基本权利和自由,是首要的立宪原则,这一原则根本上是一个程序原则,旨在设计出一个公正的程序以保证公民的平等自由权,以实现通过公平程序使正义结果(具体立法层面)与正义原则相一致,而非与功利原则相一致。第二个原则适用于社会制度建立后的社会、经济不平等方面,即权利和义务的公平配置问题,它包括两层含义:其一,收入和财富分配是不平等的,但应保证对最少受惠者有利,称为差别原则;其二,人们的权力和地位也是不平等的,但是这种权力和地位应该通过制度保证向所有具备相同条件者开放,称为平等机会原则。以上两个原则根本上是立宪和立法层面的原则,在法治实践层面,罗尔斯进一步提出了四条原则:① 法律的可行性;② 相同案件同等处理;③ 法无明文规定不为罪;④ 自然正义观(主要适用于司法领域,如合理的审判程序和证据规则、法官的公正和独立、任何人不得审理与本人有关的案件、审判公开和公正等)。

德沃金的法学理论通常被称作“权利论”法学或“价值论”法学,因其学说的核心主题是权利问题,并且这种权利根本上也是一种道德权利。德沃金的“权利论”法学思想是在对法律实证主义和功利主义法学进行批判的基础上阐述论证的,他的权利论的核心内容是“平等关怀和尊重

① [美]罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社1988年版,第56页。

的权利”，这一权利论思想的基本内涵是，“政府必须关心它统治下的人民，就是说，把他们当作有能力经受痛苦和挫折的人；政府必须尊重它统治下的人民，就是说，把他们当作有能力根据他们应当如何生活的理性概念组织起来并采取行动的人。政府必须不仅仅关心和尊重人民，而且必须平等地关心和尊重人民。它千万不要根据由于某些人值得更多地关注从而授予其更多的权利这一理由而不平等地分配利益和机会。它千万不要根据某个公民的某一集团良好生活的概念更高尚或高于另一个公民的同样概念而限制自由权”^①。德沃金得出这一权利论观点的论证逻辑分为两个方面：其一，平等不仅是经济权利的基础，而且是政治权利的基础，个人权利观念起源于平等观念；其二，政府之所以要尊重和关怀人民，一是保证形式平等下的实质平等，二是政府不应该把某种美好生活的概念强加于人民，否则就陷入功利主义泥潭。正是在这种逻辑中，德沃金提出了公民反对政府的权利理论，“在我们的社会里，一个人有时确实享有强硬意义上的不服从法律的权利。每当法律错误地侵犯他反对政府的权利时，他就享有这个权利。不服从法律的权利不是孤立存在的，除了与其他的反对政府的权利相关之外，它还与良心有关。它只是这些反对政府权利的一个方面，除非否认存在着任何这一类的权利，否则在原则上，此项权利是不能予以否认的”^②。这种观点实际上是在对功利主义法学进行批判的基础上得出的，它意味着，集体目标并非否定个人权利的绝对理由。德沃金批判了法律实证主义，认为权利并不像法律实证主义者所宣称的那样只存在于立法规则之中，德沃金认为，“实证主义是一种规则模式，而且是为了一种规则体系的模式。它所主张的关于法律是单一的基本检验标准的这个中心思想，迫使我们忽视那些非规则的各种准则的重要作用”^③。按照德沃金的看法，法官判决或律

① [美]德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社 1998 年版，第 357 页。

② 同上书，第 253 页。

③ 同上书，第 40 页。

师辩护经常需要使用法律规则以外的标准,如原则和政策,尤其是在疑难案件中,因此,法律不仅包括规则,也包括原则和政策。继而,德沃金将法律的构成划分为规则、原则和政策等要素。规则是在“全部或者没有”的形势下适用的,即规则要么有效,要么无效。原则是人们在一定情况下所必须考虑的,但它本身并不一定解决实际问题,它是分配性的,是关于尊重和保障个人权利的一种政治决定。政策是综合性的,是为促进或保护整个社会的某种集体目标所作出的一种政治决定。

当代西方自然法学的命运

自然法学作为西方法学流派的重要一维,对现代西方政治法律制度的建构和发展产生了极其重要的影响,在各类法学思想流派中,其生命力和影响力甚至是无与伦比的。今天,自然法学在当代西方法律哲学上的地位虽然依然十分突出,但其面貌和性质已经发生了深刻改变,具体表现在以下几个方面。

第一,在认识方法上,近代古典自然法学所奉行的那种理性主义科学认识论理论立场已然转变为当代新自然法学的价值合理性实践判断立场。近代古典自然法学是理性主义的产物,深受现代自然科学认识论、方法论的影响,将自然状态拟制成一个客观存在的人类状态,将人性假定为可以通过理性方法加以确认的对象,最终既运用理性推论人的自然权利,也将自然权利还原为人性的核心构成要素。二十世纪以后,人们放弃了那条将道德价值问题比附客观自然问题的认识思维路线,逐渐发现,“自然法和正义原则毕竟是规范人类行为和政治法律制度的价值型准则,用科学思维方式来理解自然法并不是严格意义上的论证,顶多是一种自然和人事之间的比附”^①。可以认为,击中近代古典自然法学要害的利器是价值相对主义和多元论,理性主义的自负既能够对多种不同

^① 申建林:《西方自然法理论的当代走向分析》,载《环球法律评论》2007年第3期。

价值论属性的自然权利加以揭示,却也因为理性假定前提的不同和理性运用方法的差异,使得不同的自然法学家所得出的结论各有差异。这是受到实证主义法学攻击的命门。今天,新自然法学家在区分了道德价值范畴与客观真理范畴性差异的前提下,要么不再将自然权利解读为内容完全可以通过理性确定的一种客观实在,要么不但承认了价值相对论和多元主义,并且将其作为一种认识论立场并从方法论层面实现价值整合和制度设计。马里旦认为,人的理性认识自然法的真正方式并不是通过理性知识,并不是通过概念判断而得来的明确的知识,而是通过人类本性的倾向而得来的知识,是一种人的共同本性中模糊不清却又必有的知识,“在这中间,理智为了要进行判断,就求教并倾听悠久趋向的颤动的弦线在这一问题上所发出的内在旋律”^①。例如,罗尔斯的政治自由主义根本上就是面对价值论——道德实践领域所呈现出的道德主观主义、价值相对主义困境所论证的一种通过合理性政治法律制度设计予以突破的实践学说。按照罗尔斯的方案,惟有设计一种以能够容忍各种完备性学说(宗教学说、哲学学说和道德学说)、并不以任何一种完备性学说为根据的、又能够为各种完备性学说所认可乃至支持(重叠共识)的政治正义观念为内容的立宪政体。^② 可以认为,这种作为或宽容、或整合各种完备性学说的政治正义观念中的立宪政体势必在性质上是程序性的,并且这种作为处置各种完备性学说以获得重叠共识的程序政体显然已经获得了独立价值。

第二,在规范性质上,近代古典自然法所追求的实体自然法已然嬗变为新自然法学所注重的程序自然法。古典自然法学的规范性质根本上是实体性的,即追求有关自然权利和国家权力限制的实质性、确定性内容,试图将这些内容一劳永逸地确定下来,并成为实在法的根本依据和实现目标。然而,法律作为一种文化价值关联性范畴,它永远处于不

^① [法]马里旦:《人和国家》。转引自沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第105页。

^② [美]罗尔斯:《政治自由主义》,万俊人译,译林出版社2000年版,第13页。

断变化的社会环境之中,既没有永恒不变的国家和社会,也没有永远内容正确而确定的自然法。博登海默指出:“没有一项法律规则的实在内容是能够先验确定。”^①作为价值范畴的自然法准则决不是永恒有效的,从而,新自然法学家放弃了古典自然法学家那种先验论立场,将对自然法的关注重心由实体性内容揭示转向程序性方法探索,因为在今天这样一个变动不居的社会中,价值的多元化不仅是一种现实,而且构成了未来社会的演化趋向。从而,试图一劳永逸地、先验地确认自然法的内容的任何努力必将是徒劳无功的,我们唯一能把握的应该是追问以怎样的公平法律程序既在立法上也在司法和行政过程中确认公民权利义务并实现和保护其得以有效实现。于是,富勒就提出了以上八项程序自然法要求,罗尔斯所提出的四条法律原则根本上也是程序性的。菲尼斯则近似富勒的观点,对法治的良好状态提出了八条标准:规则适用于将来;规则能够被遵守;法律应是已经公布的;规则是明确的;规则是相互一致的;规则是稳定的,裁决和命令的制作是由本身是公布的、清楚的、稳定的和相对一般的规则指导的;制定、执行和适用规则者有责任遵守与其活动相关的规则。^②

第三,在有效性上,自然法不再成为必然高于并指导实在法的道德准则,对实在法不再具有直接规范有效性。在古典自然法学中,自然法被看做高于实在法并要求实在法切实遵循,自然法成为实在法的规范根据,违背自然法道德准则的实在法被认为是无效的法律。然而,今天的自然法学已经放弃了自然法之于实在法的这种规范有效性地位理论,转变为一种“纯规范理论”,这种理论主张将法律义务与自然法所要求的道德义务严格分开,“尽管违背自然法的法律是错误的,但他们仍然是有效的国家法。这类自然法学家既不打算通过自然法说明和限定法律或法律义务的性质和范围,更不会利用自然法直接规范实在法,他们承认自

① [美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社 1999 年版,第 174 页。

② 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社 1996 年版,第 76 页。

然法,仅仅是为了对实在法的单纯评价”^①。新自然法学家之所以要放弃自然法相对于实在法的这种规范性地位,主要原因在于,一方面,自然法道德准则在遭遇今天这样一个纷繁复杂的价值多元化社会时经常是空洞而抽象的,另一方面,道德有效性不能完全替代法律有效性,尤其在法律的程序技术和实践日臻完善的情况下,更应该尊重法律程序的内在道德性或程序自然法的独立性地位,因此罗尔斯才说,“正如一种现存宪法所规定的立法的合法性并不构成承认它的一种充足理由一样,一个法律的不正义也不是不服从它的充足理由”^②。

① 申建林:《西方自然法理论的当代走向分析》,载《环球法律评论》2007年第3期。

② [美]罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社1988年版,第339页。

实在法(positive law)

按照德国学者科殷的观察,“‘实在法’这个表达方式产生于中世纪的法的理论;它首先出现在阿贝拉德的著作里,然后出现在12世纪以来的法国的教会派那里”^①。一般认为,对实在法的真正“纯粹的”研究是从奥斯丁开始的,因而奥斯丁也被认为是界定了实在法的范围。

奥斯丁的法理学认为特殊的政治社团是法的土壤。法作为一种政治统治工具,与在理想社会存在的以及依靠自然法或其他非政治权威存在的伦理规范或法不相同。实在法,也就是严格意义上的法,是由作为最高政治统治者的君主或权力机构直接制定的,也可由处于对君主服从地位的次级政治统治者来制定,为保护公民自身的合法权益,还可以由公民自己来制定。所有实在法都是直接命令或间接命令。^②

在奥斯丁以前,法学研究的路径主要是集中在自然法的理论框架中,普遍性的思路是为现实法律制度的正当性建立超验的判断标准。这种自然法的思路从古典时代的自然理性判准,经由中世时期的上帝理性

^① [德]科殷:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社2002年版,第171页。

^② [英]沃克:《牛津法律大辞典》,李双元等译,法律出版社2003年版,第880—881页。

的判准,再到近代社会的人的理性的判准,始终着力于在法律制度以外寻找法律制度正当性的根据。换言之,在自然法的传统中,法律制度的有效性具有一个终极的渊源,这一渊源是建立于法律制度之上的一个不证自明的标准。

实在法研究的兴起可以被认为是欧洲早期经验主义哲学思想在法学研究领域的运用,其历史并不悠久。凯尔森指出:“只是随着 19 世纪的开始,在处理社会理论上才开始出现因果方法的倾向。社会学不再提倡探讨正义,而却提倡探讨人的实际行为中的因果必然性;它并不谋求决定人应当如何行为,而却成为了他们实际上如何行为以及根据因果法则一定行为的研究。”^①为了将法学研究变成一种“真正意义上的科学”,需要排除法学研究中涉及伦理判断的因素,因为伦理判断无法通过经验获得验证,而只能通过理性的推导获得证成,所以这种研究不具有科学性。凯尔森认为法学研究要想变得科学,就“只有将法学局限于对实在法的结构分析上”^②。从这一点来看,实在法的研究实际上是想将法学变成一门能够通过经验而不是通过理性进行证成的科学。至少到 20 世纪,“实证主义使自己限于实在法的理论及其解释。因而,它切望保持‘正义的’和‘合法的’之间的区别以至对比,也即体现在法律哲学和法律科学之间的鲜明的分立的那种对立”^③。但是,实在法研究却并不因为其注重经验证成而无需解决法律制度的正当性问题。相反,实在法在发展的过程中始终遭遇的问题是:当我们不再从法律制度的外部寻求法律制度正当性判准的时候,法律制度自身的正当性如何可以通过制度内部的因素获得证成。实在法不仅认为可能,而且设计了很多标准,但是每一个标准都毫无疑问地获得了自然法学者们的强烈批判。实在法研究和自然法研究之间的争议由此延续至今,方兴未艾,二者之间仍然无法获

① [奥]汉斯·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 1996 年版,第 426 页。

② 同上书,第 III—IV 页。

③ 同上书,第 426 页。

得一致。

实在法的概念与本质

1. 实在法的概念

实在法从最基本的表象出发,可以认为是实际存在的法律制度。在广义的法律认知中,实在法当然是一个组成部分,除此之外,还可能存在于自然法、上帝法、神法等等并不以实在法的形式存在的法。从更深层次的角度而言,实在法反映的是制度存在的“事实”,而自然法、上帝法、神法等等则反映的是制度存在的“应当”。也就是说,后者是实在法的“法”,规定着实在法的形式和内容,也可以说是实在法是否有效的判断标准。由此得出的结论就是,所有违反这些判准的实在法都可以被认为是无效的,因而也就不具有“法”的身份,也就是说——“不是法律”。不过,这里有两个问题令人疑惑:其一是既然实在法还需要这些标准进行检验,而不符合这些标准的实在法就不是法律,那么当实在法被认为不是法的时候,什么是法呢?是不是当实在法不是法的时候,自然法就可以承担实在法的功能呢?如果是这样,那么实在法为什么会存在呢?问题二就是如果所有的实在法都需要符合一些标准才能具有效力,那么这些判断实在法的标准(也就是自然法)的效力又是由什么来决定的呢?这两个问题实际上触及实在法研究的核心。因为自然法传统始终将自然法的存在视为不证自明的公理,所以,自然法之下的实在制度是可以从公理推导而来的。但是,公理往往只是理性的假设,并不能从经验的角度进行证成。因此,实在法研究的兴起实际上是对自然法传统固有缺陷的一种反思,甚至也可以说是自然法传统的补充。

实在法究竟如何界定?这是一个多面的疑问,因而也有多面的理解。没有人怀疑实在法本身是以某种形式表达出来的制度结构,其形式背后必然具有一定的内容。分歧在于对内容的理解。自然法传统一般都将实在法的内容理解为是决定于超验理性的因素;而实证主义则将实

在法的内容理解为经验性的因素;马克思主义法学观则将其理解为最终决定于社会客观经济生活的法权要求。^① 我们认为,概念一般是指对事物的质的规定性的表述。在哲学上,概念是“反映客观事物的本质属性的思维形式。它是在实践的基础上运用科学抽象思维的产物。……在概念形成阶段,人的认识已从感性认识上升到理性认识,把握另外事物的本质。科学认识的成果,都是通过形成各种概念来加以总结和概括的。科学的理性认识,只有借助于概念才能进行”^②。概念实际上是人们在认识客观世界的过程中发挥能动性的结果,它是科学认识形成的起点。随着客观世界的发展,人的认识也必然随之不断发展,正如列宁所说,“人的概念并不是不动的,而是永恒运动的,相互转化的,往返流动的;否则它就不能反映活生生的生活”^③。同时,运动着的客观世界具有的相对静止的特征又决定了认识过程的相对稳定性。因此,从人与客观世界的关系的角度理解概念,就可以发现概念具有主观与客观相统一、外延与内涵相统一、灵活性与确定性相统一的特征。^④ 实在法的概念也应该反映实在法本质的规定性,这就要求在界定此概念前,必须探求实在法的本质。从更深层次来看,实在法概念的界定不仅是解说了实在法的本质,而且是关涉到如何认识本质的问题,也就是说是一个关涉认识论的问题。

2. 实在法的本质

事物的本质反映事物内部的质的规定性,而这种规定性又是事物内部诸多矛盾运动的反映。因而,把握事物内部的矛盾运动就成为认识事物本质的关键,也正是在这一点上,不同的认识路径和不同的认识水平决定了对事物本质不同、甚至对立的认识结果。

科股从秩序的角度将实在法理解为一种和平的秩序,“这种秩序在

① 孙国华主编:《马克思主义法理学研究:关于法的概念和本质的原理》,群众出版社 1996 年版。

② 陈章龙、沈勇、方仪主编:《新编哲学辞典》,南京出版社 1990 年版,第 373 页。

③ 《列宁全集》,第 38 卷,人民出版社 1959 年版,第 277 页。

④ 陈章龙、沈勇、方仪主编:《新编哲学辞典》,南京出版社 1990 年版,第 373—374 页。

某一个特定的社会群体里,在某一段特定的时间具有效力。实在法通过有约束力的规则,安排这个群体的人的共同生活;它由存在于这个群体内的某一种权威来体现,来承担”^①。这是一种整体的认识路径,表明实在法的存在本身意味着一种社会秩序的形成。实在法具有约束力、服从和权威三个基本的要素,通过三要素之间的运动造就并稳定着一定社会的秩序。正是通过实在法的效力,使得社会秩序具有“和平的”表征。方孔从实在法的客观和主观两个面向认为实在法是决定于一定客观因素的人为的制度形式,其内容决定于自然法,制度变迁的意义仅仅在于人为的结果与自然法要求的契合度,制度发展的意义在于人为的结果与自然法的要求更加接近。他指出:“虽然法律在本质上——自然法层次上——是客观的,不以人的意志为转移的,但实在法却是人的智慧的产物,因而人的意志可以决定和改变。……因为实在法是为人的产品,只要我们依自然法为基准,力求最真实地反映它,我们可以精益求精,拥有更好的法律制度。”^②

凯尔森从哲理的角度理解实在法的本质。他认为实在法的本质之一显然就体现在实在法的强制特性中,因为没有强制的规则是不能被称为法律规则的,没有强制力的制度也就不成其为实在法制度。从这个角度而言,“实在法实质上是一个强制秩序”^③。因为强制是人类内部相互关系的一种形式,所以,实在法的效力与作为一种社会事实的人类关系紧密相联,因而也就缺乏自然法传统中的不证自明的公理性。^④而正是因为缺乏这种不证自明的公理,就必然需要一个经验性的效力证成才能完成实在法制度的强制性。凯尔森认为:

实在法作为人类的、专断的秩序,其规则缺乏自明的正当性,必然要求一个机关来实现强制行为,并且显示出从强制秩序进化为一

① [德]科殷:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社 2002 年版,第 171 页。

② 方孔:《实在法原理:第一法哲学沉思录》,商务印书馆 2007 年版,第 63 页。

③④ [奥]汉斯·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 1996 年版,第 427 页。

种专门的强制“组织”的内在倾向。这一强制秩序,尤其是当它成为一种组织时,就等于国家。这样也就可以说,国家是实在法的完善形式。^①

这样,凯尔森才将实在法建立在国家及其强制能力的基础之上,将实在法的本质界定为一种强制秩序。沿着这一逻辑,凯尔森进一步将实在法研究引向实证主义的范围。实在法的强制性由于决定于国家及其强制能力,因而实在法必然与社会中客观存在的人与人之间的关系产生紧密的联系,从而反映社会关系的实际状态,实在法实际上也就是一种社会事实的状态(秩序形态)。这种状态并不因为社会主体的喜好与厌恶而存在或消灭,相反,无论社会主体是否喜欢,实在法作为一种社会存在的事实是不容改变的。凯尔森指出:“就对自然法的关系来说,实在法就仿佛是某种人为的,即某种由经验的、人的意志行为所做出的事物,这种行为是发生在是(being)的领域中的,即发生在实际事件领域中的。这样一来,实在法就仿佛是面对着作为价值的自然法的一种现实。实在法好坏的可能性就来自这种关系。”^②简言之,社会主体可以对实在法进行善或恶的评价,但是即使是一个“恶”的实在法,它依然是“存在着”的实在法,并且依然以法的名义存在着,绝不是不存在的法。这实际上反映了实证主义的一个普遍的理念,也就是说,不反对价值判断,但是反对将价值判断等同于事实存在。据此,凯尔森又向前跨了一大步,将实在法作为一种强制秩序的本质看作是一种价值的存在,试图在实证主义的视野下统一事实与价值。他指出:

实在法,作为一个规范,从其本身的内在角度来说,是一种“应当”并因而就是一种价值,并在这种外观下,面对着人的实际行为的现实,实在法评定这种行为是合法的或非法的行为。这其实就是法

① [奥]汉斯·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1996年版,第428页。

② 同上书,第429页。

律的实证性问题：法律同时体现为“应当”和“是”，而在逻辑上，这两个范畴是相互排斥的。^①

我们认为，凯尔森在这一点上似乎走得太远了，因为事实的存在本身如果说具有价值的话，那是事实本身的价值，而不是判断事物是否具有正当性（也就是“应当”）的价值。实在法存在的价值与实在法是否正当的价值评价是两个不同的问题，是不能混为一谈的。

实在法的有效性

我们认为，实在法的效力是与一定社会生活条件相适应的、社会主体通过法律在对象、空间、时间、事件四个纬度中调整社会关系、实现社会整体价值取向的能力，它由法律的应然效力与实然效力组成。这样的界定主要包含三个层面的含义：（1）可以表现法律与特定社会生活条件之间的辩证关系；（2）可以体现法律效力是一种静态与动态相结合的概念，因为社会关系的调整是一个动态的过程，而仅仅说明国家强制作用力只是指一个静态的概念；（3）基于以上两点，就可以说明“良法”和“恶法”的效力是不同的，与特定社会生活条件不相适应或不能够对社会关系进行有效合理调整以实现社会正义的法律就是没有效力或会丧失效力的。

对实在法效力进行界定以及对实在法的效力范围进行描述都是对实在法效力性问题的解读和研究。但是，实证主义法学需要解决的决不是“实在法的效力是什么？”或者“实在法在什么样的范围中有效？”这样一些问题，其需要解决的问题是“实在法为什么是有效力的？”以及另一个相关的问题“实在法怎样才算是有效力的？”

从最一般的层面上来说，效力就是力量，或者约束力。因此，实在法效力的来源这样一个问题的设问就是要求说明法律的约束力量从何

^① [奥]汉斯·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1996年版，第429页。

而来。对于任何一个事物,如果对它的疑问触及其根源,那么就成了一个不折不扣的哲学问题。“当你有了一个令人辗转反侧的问题而又不清楚应该如何去解答它时,这便是哲学的开端了。”^①几乎可以说,从古希腊的思想家开始,这一疑问就一直伴随着西方法律思想的发展,如影随形地困扰着一代又一代法学家。概括而言,对这一问题的论述主要有两种不同的理论出发点。一种出发点主要是自然理性的观点,认为法律的效力并不能从法律自身中去寻找,它存在于法律之外;另外一种出发点主要是实证主义法学的观点,认为法律的效力就在于实在法存在的现象之中,以实在法的存在就是实在法有效的依据的观念为起点,仅在实体的层面上揭示作为一种现实对象存在的法律规则的效力。

早期的古希腊学者将实在法的效力归结于众神之神宙斯,认为人间的法与神法是对应的;后来,希腊诡辩派的学者倾向于将人间的强权看成是实在法的效力的现实渊源,这一思想对后来西方法律思想产生了迄今未能磨灭的影响。从柏拉图、亚里士多德到古罗马时代的法学家或政治家们开始思考两个非常重要的概念——理性和正义。在这一时期,实在法的效力的当然渊源显然在于抽象正义之中,正义的法就是有效力的法。此时的理性概念还只是思想家精神世界的抽象观念而已,他们肯定没有想到理性和正义两个概念在其后长达几千年的岁月中一直是西方社会科学诠释的核心概念,更加没有想到这种诠释竟然造就了西方法学界如此缤纷多彩的理论格局。

我们把众多的法哲学理论分为两个大的学派,第一,自然法学派。在当代西方法哲学中,新自然法学派把实在法的效力来源归结于伦理的约束力,这一学派认为实在法之所以有效力,根本原因就在于道德对实在法的最终约束力。富勒认为:“法律,单纯作为秩序来说,包含了它自

^① [英]布莱恩·麦基编:《思想家:当代哲学的创造者们》,周穗明、翁寒松译,翟宏彪校,三联书店1987年版,第20页。

己固有的道德性,如果我们建立可称为法律的任何东西,甚至是坏法律,就必须尊重这种秩序的道德性。”^①新自然法学的伦理效力观认为法律有正义和不正义之分,而正义的标准就在于人的基本伦理观上,所以,实在法的效力来源于社会道德所体现的价值取向对它的要求。

第二,实证主义学派。实证主义将研究对象的范围限定在经验的范围之中,坚决反对先验的哲学思辨和伦理思考,否认人对事物本体的认识的可能性。在法律实证主义的理论中,法律就是实在法,而所谓实在法,也就是国家确立的法律规则。分析实证主义法学的理论渊源在哲学上以分析哲学的传统为基础,其目标就是“通过辨识法律概念并将它们分解成构成它们基本成分来阐明法律的概念”^②。实在法的效力也是分析法学试图辨析的关键概念之一,对此,凯尔森在其理论中不遗余力地做了这项工作。^③对于实在法的效力来源,他严格区分了效力(“应当”的效力)和实效(“是”的效力),认为,实在法的效力源泉不在于法律规则规定了什么,也不在于法律规则与社会普遍的道德观念有何种关系,只在于这一规则的制定是否是主权者以合法的程序进行的。就实在法本身而言,其存在就表明了它是有效力的,“一个规范效力的理由,不同于对‘是’的陈述的真实性测验,不是规范符合于现实。……规范并非因为它是有实效所以才有效力。……一个规范效力的理由始终是一个规范,而不是事实。探求一个规范效力的理由并不导致回到现实去,而是导致回到由此可以引出(……)第一个规范的另一个规范”^④。

二战以后,哈特在坚持分析法学基本理论前提的基础上,充分运用后期维特根斯坦的语言分析哲学的理论方法,力图维持分析法学理论大厦的稳固,型构新的理论体系。在哈特的理论中,实在法效力的根据“就

① [美]富勒:《实证主义和忠于法律—答哈特教授》,载《哈佛法律评论》1958年,第71卷,第645页。转引自沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第71页。

② [美]E.博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第129页。

③ [奥]凯尔森:《国家与法的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,附录。

④ 同上书,第124—125页。

是肯定它已通过所有承认规则所提供的判准,并成为法律体系规则中的一员”^①。面对实在法与道德之间不可调和的矛盾,他在其理论中将法律规则的最终渊源建立于一个较为隐晦的所谓的最低限度的道德之上。因为他也不得不承认“‘实证主义者’不能否认这些都是事实,亦不能否认,法律体系的稳定性部分地依赖于法律与道德的这些对应”^②。当代的制度法学在构建法哲学理论的过程中纳入了对社会事实的研究和关注,因此,制度法论对实在法效力的研究是将视角放在一个很宽泛的社会现实的范围之上的形而上的理论论证。制度法学不再坚持法律与道德的决然分离,相反,制度法学承认法律与道德之间的必然联系,同时也就承认法律规则与价值判断之间的必然联系。^③ 所以,实在法的效力问题也就不再只是规则内部的叙述,而是给予规则的外部环境以足够的重视了。制度法学认为:“从法律能动性的观点看,法律的有效性取决于法律体系内在的逻辑关系,从而可能承认法律存在于时间坐标之内。有效性能够确立的基础是规范——逻辑的演绎法,其前提是法律秩序的规范及其相关的事实认定。”^④

马克思主义认为,“法的关系正像国家的形式一样,既不能从它们本身来理解,也不能从所谓人类精神的一般发展来理解,相反,它们根源于物质的生活关系……”^⑤因此,实在法的效力的最终来源既非国家强制力;也非抽象的最低限度的道德;也非所谓的“多元化”的事实来源;更不是预设的自然状态或“天意”(或上帝)的安排,而是决定于一定时期的社会物质生活。我们认为,从实在法产生的过程来看,法律的生成目的就在于使主体的行为规则化,这种规则化的行为有助于使主体的生活及其

① [英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》(第二版),许家馨、李冠宜译,法律出版社 2006 年版,第 97 页。

② 同上书,第 188 页。

③ [英]麦考密克、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 165 页。

④ 同上书,第 53 页。

⑤ 《马克思恩格斯选集》(第 2 版),人民出版社 1995 年版,第 32 页。

生活的环境有序化。在交往过程中,每一个个体的行为与他人的行为之间都会有不一致的地方,因此,有序的环境必然依赖于个体交往过程中的规则认同,一旦认同了规则,就表明主体的行为会服从于规则具体的规制要求,从这一点来说,“法律需要一个同意的权力去支持”^①,认同就是产生实在法效力的最初原因。这种认同可能在一些特定的时期,强制性显得更加高一些而已。另外,国家产生以后,物质性制裁已经成为社会权威运行的主要手段,权威的行使机构成为特定的国家机关,社会权威高度集中到国家手中,成为国家的政治权力。无论如何,这些都不能改变实在法的效力的真正源泉,也就是一定社会生活条件下的社会主体对实在法的认同。

实在法与自然法

与实在法联系最紧密的另一个概念也许就是自然法了,这不仅仅是因为实在法研究本身是通过对自然法研究的传统进行反思的结果,还因为实在法研究逐步产生并拓展以后,法学家们分成了两大阵营,并且整个现代法哲学几乎都是在两大阵营从未间断的理论论辩中逐步前行的。一直到今天,这种论辩仍然胜负未定。实在法学家们至今无法证成其理论中的“终极规则”(无论是凯尔森的基本规范还是哈特的承认规则)的效力渊源,而自然法学家们也无法就作为实在法效力渊源的超验标准究竟有哪些形成一致意见。不过,正是两大阵营长期不懈的争论,从一个角度证明了实在法和自然法之间的紧密关联。

1. 实在法的自然法基础

很多学者都坚持认为实在法应当存在一个基础,这一基础就是自然法。支持这一观点的学者大部分是自然法传统的学者,不过观点还是有所区别。早在古罗马时代,西塞罗曾经指出,“法律乃是自然中固有的最

^① 费孝通:《乡土社会、生育制度》,北京大学出版社1998年版,第75页。

高理性,它允许做应该做的事情,禁止相反的行为。当这种理性确立于人的心智并得到实现,便是法律”^①。当代学者也认为,断然分离实在法和自然法错误的,因为自然法确实构成了评判实在法的尺度。^②同时,也应当看到实在法产生的文化渊源,并且正是在这一渊源中,实在法获得了效力的认同。“自然法恰恰生活……在实在法里。后者吸收了正义的原则,恰恰是由这里引申出它自己的内在的权威,对于它的作用也好,对于立法者的命令也好,这种内在的权威都同样是必要的。”^③不过,单方面强调自然法决定实在法的时代毕竟已经逝去,自然法本身并不能代替实在法形成社会的基本秩序。在这个意义上,自然法和实在法共存和互动应当是可以理解的。首先值得注意的是:

正义的规则构成实在法赖以创建的实质渊源之一;但是,另一方面,实在法在应用和解释里所获得的生机勃勃的发展中,又一再追溯到正义所要求的东西上,从中得到滋养。如果没有那种追溯,那种法的发展根本是无法理解的;倘若法官们不想公正地判决个案,那么,什么东西应该促使他们偏离法律的条文、偏离机械的应用法律呢?^④

从实在法构成秩序的角度来说,我们“在论述自然法时,永远不可能是谈论一个完整的、随时随地都可以应用的制度,而是仅仅涉及正义的一些原则。但是,这些原则需要进行某种具体化,才能应用于某些特定的生活情景。这种必要的改造由实证化来完成,实证化把哪些原则变为具体的、切实可行的法的规则。这是一种至关重要的、创造性的贡献”^⑤。

不过,纯粹的实证主义不理这一套。他们认为,自然法和实在法是两个无法统一的体系,虽然二者之间关系明确,但是相异之处依然明显。

① [德]科殷:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社2002年版,第15页。

② 同上书,第165页。

③ 同上书,第163页。

④ 同上书,第165页。

⑤ 同上书,第171—172页。

其一,“自然法学说,……其特征是往往依靠‘自然秩序’的假设而运行。在这一‘自然秩序’中所通行的、治理人的行为的那些规则,不像实在法规则,并不是因为它们是由一个特定的人类权威所‘人为地’制定的才有效,而是因为它们来之于上帝、自然或理性并因而也就是善的、正确的和正义的规则,所以才有效。”^①问题在于,这些所谓善的、正义的以及正确的等等标准具有相当的模糊性和变动性,最终由谁去确定这些标准是自然法不可回避的难题。实证主义并不否认这些标准的积极意义,但是他们并不认为这些标准是可以实现的。也就是说,自然法为实在法确立的效力渊源实际上并不“实在”,从而以此为标准的实在法也不会存在“实在”的效力。其二,“既然自然法观念是‘自然秩序’的观念,结果就是其规则直接来自自然、上帝或理性,就像逻辑规则那样是立即自明的,因而并不要求以武力来加以实现”^②。如果是这样,那么怎样理解实在法的强制性呢?作为一种抽象的规范,自然法不可能成为强制性的规则,其运行不具有现实性。因此,“自然法秩序,果真存在的话,在其适用于具体社会生活条件时,必然要使之成为实在的,因为自然法的一般抽象规范通过人的行为只能成为具体的、个别的规范”^③。这样一来,自然法最终还是要依靠实在法才能实现,那么实现的结果究竟是实在法效力的实现还是自然法抽象价值的实现就成为判断上的难题。

2. 实在法的独立性

自然法学家强调自然法作为实在法的基础的重要性,实证主义法学家则强调实在法的存在及其效力实现无需与自然法构成关联。他们看重的是实在法自身的独立价值及其存在的独立意义。并由此构成了实证主义法学的理论基础。那么如何理解实在法的相对独立性呢?

坚持实在法绝对独立的凯尔森注意到实在法和自然法之间界限的模糊性,因此决意将二者进行分离。他首先针对实在法研究和自然法研

①② [奥]汉斯·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1996年版,第427页。

③ 同上书,第433页。

究的界限指出,“凡企图将实在法推出到其相对的、假设的根基以外,即从一个证明实在法效力的假设有有效力的基本规范移向一个绝对有效力的基本规范(由于明显的政治理由而经常出现的一种企图),就意味着放弃实在法和自然法之间的区分。它就意味着自然法理论对实在法的科学处理的侵犯,如果容许与自然科学来类比的话,那就是形而上学对科学领域的侵犯”^①。然后,他分析了自然法自身的非独立性特征,指出了自然法必须对实在法产生依赖,因为自然法的效力乃是需要通过主体的行为才能产生意义的。也就是说,“在理想上不依人的活动和意愿为转移的自然法规范,为了实行其目的,最后就会要求人的行为的中介。上述目的就是人们之间关系的决定。因而,自然法的实现就有赖于人们的知识和意志,通过这些人的作为将抽象的自然法转化为一种具体的法律关系。至于鉴于人的知识和意愿的不充分,自然法(始终推定它是存在的)的这样一种实现,到底能实现到何种程度,那是另一个问题。无论如何,在这里我们遇到了自然法观念的局限性,这是必须加以承认的”^②。凯尔森并非认为实在法理论完美无缺,他通过分析实在法理论的缺陷证明了实在法理论同时也是一个“断臂的维纳斯”。他认为实在法理论的局限性之一就是“基础规范之所以有效力,并不是因为它已在一定方式上被创造出来,而却是因为它的效力是依靠其内容而被推定的。因而,就像一个自然法规范一样,不管它仅仅有假设的效力,但却是有有效力的。纯实在法观念,就如自然法观念一样,有其局限性”^③。凯尔森提出的实在法理论的局限性之二在于“一个实在法律秩序中的基础规范的意义,不能像‘实在性’观念所要求的那样,被定为纯粹的和简单的委托。基础规范不能仅仅指建立一个制造法律的机关。的确,它一定不包括任何会在实质的、绝对的‘正义’意义上决定其实在法律秩序规范的事物。实在

① [奥]汉斯·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1996年版,第432页。

② 同上书,第434页。

③ 同上书,第438页。这一缺陷正是哈特在《法律的概念》中最想解决的问题,并因此用承认规则代替了凯尔森的“基础规范”,部分解决了凯尔森所谓的实在法理论的第一个局限性。

法律秩序的基础规范不能有保证这一体系的‘正义’的功能。这与‘实在法’原则是不可调和的。”^①这个缺陷可以被看作是凯尔森对实在法的价值期待的不足,这个局限性也是实在法研究自身也许永远无法解决的。^②

凯尔森的纯粹法学理论在二战以后受到批判,对其的批判后来由哈特进行了回应。在1964年哈特发表《法律的概念》一书以后,分析实证主义被认为是向自然法进行了有限的妥协。实际上,从实在法研究来看,这种妥协也可以看作是实在法研究与与时俱进的结果。我们认为,孤立地分析实在法或者自然法的地位是没有意义的。我们既不能无视实在法研究是在自然法研究进行了千余年的基础上逐步开拓出来的新的领域,也不能无视实在法作为自然法效力实现的条件这一现实;既不能否定实在法与自然法研究具有共同的理论追求,也不能否定两种研究在西方的学术史中实际上具有同样的文化背景和文化语境。基于这样的认识,有学者认为,实在法的独立性首先体现在实在法形式上的自主性,不受自然法变化的影响。“没有了自然法基础,实在法便是无源之水、无根之木。即便如此,也不意味着一旦离开了自然法基础,实在法就立刻消失得无影无踪了。一个实在法构件,如机构或规则,一旦物化出来,它便成了物质世界一个客观、独立的存在。即便相应的自然法基础已经消失,书本上写的那一行字依然存在,人们依然能看到曾经活的规则的形式。就像一棵树因为根部的腐烂已经死去,但朽木依在。这就是实在法构件的相对独立性。”^③如果不是无视实在法形式本身并不表示实在法的全部这一事实,我们必然认为实在法和自然法的关系至少有两个层面:第一,从表象上看,任何一个法律制度实际上都是由自然法和实在法共

① [奥]汉斯·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1996年版,第438页。

② 无论是奥斯丁、凯尔森。还是哈特、拉兹、科勒曼等实证主义法学家,都不会支持一种纯粹恶的法律制度,其理论中对法律与道德的分离并非证明他们没有社会道德感或者反对社会正义。恰恰相反,从他们的作品中仍然感受到他们对社会正义的向往,以及对一个完美的法律制度和法律秩序的追求。他们所做的只是希望法哲学研究更加科学化,更加能够被经验所证明。

③ 方孔:《实在法原理:第一法哲学沉思录》,商务印书馆2007年版,第246页。

同构成的,自然法是实在法的内容,实在法是自然法的制度形式,虽然二者不一定总是统一的;第二,从实质来看,实在法构成了社会主体法权要求的制度化形式,但是主体的法权要求往往又是反映在自然法中的,所以,自然法构成了主体法权与实在法的中间环节,从这个角度而言,自然法即是法权要求的形式表现,又是实在法的内容体现。

法律规则(legal rule)

法哲学研究以“法律是什么?”为根本问题,始终关注法律的最基础性问题的研究。法律规则是法律最表象的形式,因而长期以来,法律规则一直是法哲学研究的基本对象。自从哈特 1964 年发表著名的《法律的概念》一书以来,围绕着法律规则的研究及争论跨越了两个世纪,延续了近半个世纪,至今尚未发现终结的迹象。因而,无论是在现实的法律构成方面,还是在法哲学的关注程度方面,法律规则都无疑扮演着关键的角色。法哲学层面对法律规则的研究主要涉及法律规则的概念、法律规则与相关概念的意义界分、法律规则的体系以及法律规则的效力等方面。

法律规则的内涵分析

规则一词有广义和狭义两个层面的含义,广义的规则包含了自然界的规则和社会的规则。狭义的规则主要是指有关人的活动的规则,法学研究中的规则通常是取其狭义的含义。中国法理学界一般是从作为行为主体的人的活动的角度将狭义的规则分为技术规则与社会规则两种类别,其中技术规则是处理人于自然关系时所必须遵循的规则,“它们规

定人们如何使用自然力、生产工具等,以有效地利用生产工具,开发自然资源”^①。社会规则“泛指在人类社会生活中调整人们之间交互行为的准则”^②。有的学者从社会秩序与人的行为之间关系的角度界定规则的概念,认为规则“一般是指在形成社会秩序的过程中所出现的,为全体成员所遵守的行为准则的总和”^③。还有学者将人的行为规则分成技术性规则和社会性规则,同时界分了二者与技术规则和社会规则的区别。^④ 在这位学者看来,社会规则是涵盖范围最广的人的行为规则,它既包括技术性规则,又包括社会性规则,但由于社会规则产生的基础是社会关系,所以,应该不能包含技术规则。从这一点来看,这位学者也就是将人的行为规则分为技术规则与社会规则两大类。哲学家维特根斯坦研究了规则的本性,他将规则界定为人们之间的一种协定,但是人们并不因为遵守协定而使行为符合规则,而是首先学会遵守规则,然后才知道达成协议。他还认为,对规则的遵守实际上是一种非个人的行为,它是社会的一种公共事务。^⑤ 美国当代语言哲学家约翰·希尔尼则将规则分为构造性规则和控制性规则,前者确立或制定了社会领域中有意义行为的新形式;后者支配着有意义行为已有的、在逻辑上是独立的形式。^⑥

规则首先是人们对事物或人自身运动的重复性的一种理性认识,规则存在的实质涵义就在于事物的运动或人的活动具有一定的规律性,这种规律性引导事物的运动或人的活动具有重复相似的特征。人的行为的影响因素比较复杂,首先,行为人自身的控制力作用着其行为的重复相似,这种控制力根源上来自于行为人的需求。对自然的回应产生了个

① 沈宗灵主编:《法理学》,高等教育出版社1994年版,第31页。

② 同上书,第32页。

③ 陈金钊:《法律解释的哲理》,山东人民出版社1999年版,第210页。

④ 赵震江主编:《法律社会学》,北京大学出版社1998年版,第120页。

⑤ [德]维特根斯坦:《哲学研究》,李步楼译,陈维杭校,商务印书馆1996年版,第147—202页。

⑥ [美]菲力普·劳顿、玛丽·路易丝·毕肖普:《生存的哲学》,胡建华、陈新夏、张保生译,湖南人民出版社1988年版,第276页。转引自张保生《法律推理的理论与方法》,中国政法大学出版社2000年版,第426—427页。

人在自然界活动的规则,对他人活动的回应产生人与人之间的交往,在交往过程中形成了认同;其次,这种控制力还可以来自于行为人之外的社会权威力量。通过强迫性的交往,产生复杂的认同机制,从而达到生成行为规则的目的。总之,人的行为规则就是人通过与自然的接触或与他人的交往而形成的相对固定的行为模式。

我们认为,法律规则是指通过一定的程序产生的、具体规定行为主体的权利和义务以及规定对违反规则的行为人赋予一定的法律后果的、具有严密逻辑结构的行为准则。法律规则是社会规则的组成部分。法律规则首先是人的活动,没有人的活动,法律规则就没有存在的基础。法律规则中还体现着社会的活动,这种社会活动的表现形式就是社会关系的建立和发展。法律规则中体现着社会活动过程中对社会权威的集中运用,通过强迫性的认同使得个体的行为符合于社会既定的主体行为规则。法律规则应该具有以下五个方面的规定性:第一,法律规则是规制人的行为的准则,人的行为活动是法律规则存在的前提,法律规则不涉及人的思想活动和意志状态;第二,法律规则的内容是对行为主体的权利和义务的明确规定,这一规定使得法律规则成为人类社会从权利义务不分到权利和义务明确分离的重要标志;第三,法律规则具有严密的逻辑结构,这种逻辑结构的存在使行为人可以对自己或他人的行为后果作一定的预期,也可以使规则的适用更好地排除人的主观因素,达到形式合理化的要求;第四,法律规则的产生是依赖于一定的程序,程序化的产生过程是法律规则不同于其他社会规则的显著特征;第五,法律规则必然具备对违反规则的行为的否定性评价和对违规者施加的法律后果,也就是说法律规则中必然带有强制性的因素。这种强制性因素既有精神性强制,又有物质性强制,并且法律规则突显出的往往是物质性强制的特征。

法律规则与法律规范之间的区别首先是规则与规范之间的概念区别,在我国法理学研究中,有人使用法律规则,也有人使用法律规范,表达的意思基本相同。西方学者大多也不作严格的区分。但是凯尔森区

分了“规则”和“规范”的实际意义,认为有权创制法律的机关所作的规定性的陈述可以称为“规范”,而法律科学对规范所作的叙述性的陈述则只能称为“规则”。^① 在英语中,规范(norm)和规则(rule)的涵义是近似的,只不过规则更加具有命令和强制的特征;规范则带有较强的标准、准则的特征,强制程度要低一些。^② 在中文中,规则和规范基本上也是同义的。^③ 一般使用中并没有严格区别,多数地方使用的是“规则”,而不是“规范”。因为我们认为,大部分法律规则并不只是对主体行为标准的设定,更是表达了社会集团对权力使用的一种宣告,是对行动者将来行为的一种强制表达,行动者如果不遵守这个规则,就会为社会整体的意志所排斥,当然地会受到集中化的社会权力的制裁。因此,在这个层面上,法律规则不是在任何意义上都可以与法律规范相混同的。

作为法的实体组成部分的法律原则与法律规则之间也是有区别的。法律原则的概念存在不同的理解,^④不过一般学者都同意法律原则应该是法律规则适用的基础和依据,它体现了法律规则中一定的价值因素。我们认为,法律原则是法律规则外在形式与内在价值的媒介,通过法律原则规定了法律规则蕴涵的价值取向,并通过这种反映使法律规则在适用过程中达到价值合理性的目标。所以,法律原则是法律规则的价值体现和适用的一般性准则。关于法律规则与法律原则的区别,德沃金认为“一个规则和一个原则的差别在于,一个规则对于一个预定的事件作出

① [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1996年版,第49页。

② 参见 *Oxford Advanced Learners Dictionary Of Current English*, 2ed edition。或 *Webster's Ninth New Collegiate Dictionary*(1983)。

③ 《辞海》(缩印本),上海人民出版社1980年版,第1440页。

④ 庞德认为:“一个原则是一种用来进行法律论证的权威性出发点。”([美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制、法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,杨昌裕、楼邦彦校,商务印书馆1984年版,第24页。)中国法理学界对法律原则的概念也存在不同的看法,有的学者认为法律原则是“法律上规定的用以进行法律推理的准则。”(沈宗灵主编:《法理学》,北京大学出版社2000年版,第53页。)也有学者指出:“法律原则是指可以作为规则的基础或本源的综合性和稳定性原理和准则。”(张文显:《二十世纪西方哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第391页。)还有学者将法律原则直接定义为法律规则的目的。(参见张保生《法律推理的理论与方法》,中国政法大学出版社2000年版,第434页。)

一个固定的反应；而一个原则指导我们在决定如何对一个特定的事件作出反应时，指导我们对特定因素的思考”^①。我们认为，这种区别首先体现在法律原则的运行是一种“共生性”的活动，不同的原则之间在同时适用时需要进行一定的“权衡”。^② 规则的运用则表现为一种“决疑式”的活动，对于特定的事实，能够适用的最后一一定是通过“非此即彼”的推理方式选择出的那个规则。其次，法律原则反映的既是法律规则中的价值取向，更是对原则创立者整体价值取向的体现。所以，对原则的理解不同于对规则的解释，原则所蕴涵精神的诠释要比规则的解释有更大的空间和灵活性。最后，虽然原则是规则适用的依据，但是在大多数情况下，原则只能发现问题，而规则最终被用来解决问题。实践中，往往通过原则的诠释来对规则进行重新的解释，使其能够适应解决特定问题的需要。^③

法的实体中另外一个重要组成部分就是法律概念。^④ 法律概念“乃是解决法律问题所必需的和必不可少的工具。没有限定严格的专门概

① [美]德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社 1998 年版，第 18 页。

② 德沃金认为，“‘权衡’是原则的特定属性，这一属性允许我们在相互冲突的原则中协调。”参见[美]德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社 1998 年版，第 19—20 页。

③ 对于德沃金的法律原则与法律规则之间区分的观点，哈特曾经进行过详细的批判，对法律规则的非此即彼的适用性特征表示了疑问。参见[英]H. L. A. 哈特《法律的概念》（第二版），许家馨、李冠宜译，法律出版社 2006 年版，第 240—244 页。

④ 法律概念的理解同样是多样化的，庞德就认为：“一个概念是一种可以容纳各种情况的权威性范畴，因而，当人们把这些情况放进适当的框子里时，一系列的规则、原则和标准就可以适用了。”（[美]罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制、法律的任务》，沈宗灵、董世忠译，杨昌裕、楼邦彦校，商务印书馆 1984 年版，第 24 页。）台湾学者黄茂荣认为：“概念之意义设定为：概念所欲描述之对象的特征，已经被穷尽地列举。所谓‘穷尽地列举’，事实上，其本身即系基于一个概念性设定。该设定假设，概念所包含之特征已经被穷尽地列举，而且它所列举的特征属于在该概念之涵摄上所不可缺少、不可替代的特征。”（黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 39 页。）从这个角度来说，法律概念必然是一个理性认识和归纳的成果，所以，有人定义为“法律思想家通过对法律现象研究以后进行归纳而产生的具有一般意义或抽象意义的概念。”（陈金钊：《法律解释的哲理》，山东人民出版社 1999 年版，第 262 页。）另外也有学者认为：“法律概念是法律上规定的或人们在法律推理中通用的概念。”（沈宗灵主编：《法理学》，北京大学出版社 2000 年版，第 51 页。）

念,我们便不能清楚地和理性地思考法律问题。没有概念,我们便无法将我们对法律的思考转变为语言,也无法以一种可理解的方式把这些思考传达给他人。如果我们试图完全否弃概念,那么整个法律大厦就将化为灰烬”^①。美国法学家霍尔菲尔德称之为“法律最小公分母”(the lowest common denominators of the law)。^② 我们认为,法律概念是指对法律现象本质的抽象表述,是形成法律规则和法律原则的基本元素。法律概念不同于一般的概念的特征表现在:第一,法律概念是经过法律认可的对法律现象的抽象表述,它既反映人的思维的能动性,又反映了创制法律的社会集团的整体意志性;第二,法律概念是反映一种社会现象的特定的概念,它不同于反映自然界事物的具体的概念,所以随着社会的发展,法律概念的表述会产生较大的差异,不同的国家和地区、不同的社会发展阶段对于同一个法律现象的认识和界定是不一样的;第三,法律概念与法律规则和法律原则三者之间有着紧密的联系,三者共同构成了法的实体,形成了不可分割的整体。其生成同样是在人在交往过程中达至认同的结果,一般而言属于事实性认同的结果。

法律规则的体系:分析实证主义的规则理论

1. 分析实证主义法学的信条

实证主义传统从启蒙时代开始一直延续至今,其学术传统已经分化为若干支流,但是实证主义学术传统仍然具有共同的学术理念,这一学术理念就是坚守休谟以来的事实与价值的分离命题,以实在的社会现象为对象,将现象的存在与现象的价值评价相分离,从而试图在实在的范围内完成对现象的研究。这一学术传统在法哲学领域表现为从边沁以来不断传承并持续创新的法律实证主义研究,其间包括分析实证主义法

① [美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第486页。

② 同上书,第488页。

学、纯粹法学、实用主义法学、社会实证主义法学以及经济分析法学等等学术流派。每一个流派都以实在法的研究为对象,以法律的存在与法律是否应当存在的分离为基本命题,运用不同的方法对法律规则及其相关问题展开多角度的研究。在与自然法传统的不断论辩中,法哲学层面的规则研究得以在深度和广度两个方面都有所突破,其中分析实证主义法学对法律规则的展开尤为细致。

比克斯认为,“法律实证主义建立在这种信念——假设或信条——之上,即法律是什么的问题与法律应当是什么的问题相分离(并且必须分离)”^①。这是休谟事实与价值分离命题在法哲学层面的表述,也是分析实证主义与自然法传统相互对立的基本面。与哈特之前的分析法学和纯粹法学不同的是,哈特既没有将道德粗暴地排除在法律规则之外,将法律规则的存在直接等同于法律规则的有效,也没有将法律规则的效力溯及到法律规则之外的“基本规范”^②中,他将法律规则的有效性界定在法律规则体系的内部,运用承认规则解决了法律规则的效力授权问题。^③通过这一努力,哈特避免了在法律规则体系之外寻求法律规则效力依据的困难,践行了实证主义法学将法律与道德相分离的核心理念。为此,哈特运用后期维特根斯坦的理论,拒绝将分析实证主义法学看作是一种“证成性”的理论体系,而将分析实证主义法学看成是一种“描述性”的理论体系,是对一种社会事实(法律规则)的描述。^④作为一种事实

① [美]比克斯:《法理学:理论与语境》,邱昭继译,法律出版社2007年版,第40页。

② 实际上,哈特在《法律的概念》中对凯尔森运用“基本规范”命题建立法律规则的效力链的做法进行了批判,这种批判一方面是对实证主义法学传统的清理,同时也是为了回应自然法学对分析实证主义法学的理论诘难。参见[英]H. L. A. 哈特《法律的概念》(第二版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第18—26页。

③ 哈特的承认规则的命题曾经受到包括德沃金在内的新自然法学家的批评,主要的问题在于新自然法学家们认为承认规则虽然解决了凯尔森“基本规范”命题所面临的逻辑难题,但是哈特同时也没有回答承认规则本身的效力来源的问题。也正是从这个问题出发,新自然法学家们认为哈特实际上最终没有能够摆脱凯尔森的错误,从而再次宣布了在法律规则体系中寻找法律规则效力的终极来源的努力的失败。

④ [英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》(第二版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第13—17页。

的描述,分析实证主义法学建立在一个基础性的论断上,即“法律的恰当描述是有价值的目标和任务,并且描述是一项需要与道德判断相分离(考虑现行法的价值和法律应当怎样形成和改变)的任务”^①。实际上,无论是奥斯丁,还是凯尔森和哈特,都未曾拒绝关注道德规则,也未曾否认道德规则对于社会秩序积极意义。哈特也不否认在法律实践中,法官的裁判标准可能会是道德规则,但不能就此断定该道德规则就是法律规则,更不能断定法律规则的效力可以通过道德得以证成。哈特的承认规则命题说明,即使法律规则体系中包含着道德规则,也是可能的,那只不过是因通过承认规则确认了这些道德规则在法律上的效力,丝毫不能构成法律与道德不相分离的证成。

2. 两种类型的法律规则

在哈特之前,对于“法律是什么?”这一问题的回答就已经存在许多种答案,即便在分析实证主义法学的领域中,也有奥斯丁的命令说和凯尔森的基本规范理论,不过在哈特看来,他们的理论都是将本来复杂的问题简单化了。所以他“反对把所有法律规则还原为一些简单类型的变体,……强调法律的多样性”^②。由于法律规则是任何一个国家法律的基本单元,并且为了不使问题简单化,他分辨了法律规则的不同形态,并且将法律规则分为基本的两大类。“第一种类型的规则科以义务;第二种类型的规则授予权力,包括公共的或私人的。第一种类型的规则规范的对象是人们具体的行为或变动;第二种类型的规则的运作方式不只是导致了具体行为或变动的规则,也产生了责任或义务的创设或改变的规定。”^③两种类型的法律规则并非总是同时存在于法律体系中,从历史的角度看,有一个先后的问题。在人类社会早期,只有第一类规则(也就是初级规则)作为社会秩序的调控工具。不过,哈特认为,完全由初级规则控制的社会具有三个方面的缺陷,“首先,这种群体生活所依赖的规则并

① [美]比克斯:《法理学:理论与语境》,邱昭继译,法律出版社2007年版,第39页。

② 同上书,第46页。

③ [英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》(第二版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第77页。

不会形成一个体系,而只会是一批个别独立的标准,没有任何可供鉴别的或共同的标识。……第二个缺陷是初级规则的静态性格。……第三个缺陷是,用以维持规则的社会压力是分散的,因而是无效率的”^①。因而,较为复杂的社会必须引进新的法律规则以弥补初级规则的不足。

次级规则包括三种,即改变规则(或称变迁规则)、审判规则(或称裁判规则)以及承认规则,分别用以解决早期社会完全由初级规则治理所引起的三种缺陷。“初级规则所涉及的是个人必须去做或不可以做的行为,相对地,次级规则都是关于初级规则本身。它们规定了初级规则被确定、引进、废止、变动的方式,以及违规事实被决定性地确认的方式。”^②在一个成熟的社会中,两种法律规则都必须存在。

一个法体系的存在最少必须具备两个条件。一方面,那些符合法体系终极判准因而而是有效的行为规则,必须普遍地被服从;另一方面,这个法体系当中提供效力判准的承认规则,加上变迁规则与裁判规则,这几种所谓的次级规则必须被政府官员实在地接受,作为衡量官员行为的共同的、公共的标准。^③

正是在这个高度上,哈特认为法哲学要想成为真正的科学,就必须理解两种类型法律规则的存在及其组合。^④在次级规则中,哈特指出,“在一个成熟的法体系中,包含着一条承认规则,任何规则都要通过符合该承认规则所提供的判准,才能成为此法体系的一员”^⑤。所以,承认规则是法体系中最重要规则,因为其他法律规则的效力都是根据承认规则才得以确立的。

比克斯认为,“哈特理论的核心是承认规则概念:官员据以决定哪些

① [英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》(第二版),许家馨、李冠宜译,法律出版社 2006 年版,第 87—88 页。

② 同上书,第 89 页。

③ 同上书,第 110 页。

④ [英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》(第二版),许家馨、李冠宜译,法律出版社 2006 年版,第 77 页。

⑤ 同上书,第 104 页。

规则是、哪些规则不是法律体系的组成部分的一系列标准。被适用的标准用来作为官员行为正当性的参考,虽然某种程度上那些行为也创制这类标准”^①。同时“承认规则会指出某个或某些特征,如果一个规则具有这个或这些特征,众人就会决定性地把这些特征当作正面指示,确认此规则是该群体的规则,而应由该社会的压力加以支持”^②。所以,承认规则实际上可以被看成是一种“社会惯习性规则”,并且因为是一种社会惯习性规则,从而承认规则应当被看成是一种社会事实。“承认规则是不同于体系内其他规则的。主张承认规则存在的说法,只能是一种外部的陈述。尽管当体系内其他从属于承认规则的规则,可以在已被人们普遍漠视时继续有效,或说继续‘存在’,只因它单单符合承认规则之判准,承认规则存在的形态,却必须是法院、政府官员和一般人民,在援引其所含判准以鉴别法律时,所为之复杂但通常是一致的实践活动本身。承认规则的存在是事实问题。”^③在这里,哈特通过将承认规则这一法律规则效力的最终判准界定为社会事实,从而分离了该规则中可能存在的价值判断因素。用他自己的话说,“承认规则表达或表征了法律实证主义的基本信条:官员一致赞同的惯习性标准决定哪些规则是、哪些规则不是法律体系构成部分;这反过来着重指出了法律识别与道德评价的分离,以及关于法律是什么的陈述与关于法律应是什么的陈述的分离。”^④但是,承认规则无论是怎样的社会事实,它首先是一种法律规则。因而,承认规则应当是法律和事实的统一体,“一方面,我们若把承认规则称为‘法律’,是因为承认规则提供了鉴别体系内其他规则之判准,可以说,它是法体系内尺度的提供者,也因此,鉴于其重要性,使得它值得我们称之为‘法律’;另一方面,若我们把承认规则称为‘事实’,则是因为主张承认规则存在,就是在对一件实在的事实做一项外部陈述,这事实是关于

① [美]比克斯:《法理学:理论与语境》,邱昭继译,法律出版社2007年版,第47页。

② [英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》(第二版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第89页。

③ 同上书,第104页。

④ [美]比克斯:《法理学:理论与语境》,邱昭继译,法律出版社2007年版,第48页。

在一个有实效的法体系内,规则如何被鉴别出来”^①。

3. 法律规则的“内在方面”

实证主义法学对法律规则效力的研究必然涉及的问题就是,当我们说一个法律规则有实效的时候,当然是说这条法律规则预期的效力能够在社会实践中得以实现,而效力的实现前提就是该法律规则能够为社会主体所服从。于是,法律规则的效力问题中有一个非常值得关注的问题就是,人们为什么要服从法律规则?对这一问题的回答当然涉及人们是如何在社会实践中服从法律规则的?又是如何违反法律规则的?这两个方面的问题。

哈特当然不能、也不愿意放弃回答这些基本问题的努力。他创设了“社会惯习命题”^②,该命题表明,“在任何时刻,任何依照规则(无论是不是法律的规则)运转的社会生活,皆可能处于以下两种不同类型的人所构成的紧张关系中,一方面,有一种人接受规则并自愿合作以维持规则,并愿从规则的角度来看待他们自己和他人的行为;另一方面则是那些拒绝规则的人,他们从外在观点来看待规则,而将之视为惩罚可能发生的征兆”^③。通过“社会惯习命题”,哈特表明,法律规则只有在主体将该规则内化为个人的习惯性行为,并且同时内化为评价他人行为合理性的标准的前提下,才实现了该法律规则的效力,该规则才“真正”具备了约束力。^④这一观点被称为规则的“内在方面”理论,该理论被认为是哈特法律方法的核心。^⑤法律规则的实效要想实现,主体必须深刻认同法律规则,而主体对法律规则的认同取决于主体与法律规则之间的关系,哈特称为主体参与法律规则的程度。哈特运用后期维特根斯坦对语言的哲学解释理论,指出主体对法律规则的服从与主体参与法律规则的角度有

① [英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》(第二版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第106页。

② 同上书,第49—63页。

③ 同上书,第86页。

④ [美]比克斯:《法理学:理论与语境》,邱昭继译,法律出版社2007年版,第45页。

⑤ 同上书,第48页。

决定性关系。他坚持主体需要以法律规则创制者的角度参与法律规则,才能真正理解法律规则,同时也才能认同法律规则,这与维特根斯坦所提出的以语言使用者的角度理解和解读语词的观点是一致的。这就是哈特法律规则的“内在方面”的基本语境^①。

法律规则的效力:理论梳理与概念阐释

无论是自然法传统,还是实证主义法哲学的研究,其研究的目标始终是在两个层面上不断深入,其一是以规则为主体的法律的效力问题,随之而来的更深层的问题就是需要回答“法律是什么”这一问题。因为只有回答了法律是什么,才能说清楚哪些规则是法律层面的(也就是有效力的),哪些规则不是法律层面的。因此,这两个问题是逻辑上递进的,关系上互动的。

1. 前现代的观点

对于法律效力的理解,中西方学者有着多样化的解说。在“前柏拉图”时期,古希腊的智者从自然主义的哲理出发,认为法律规则与自然界的规则一样,是弱肉强食的产物,同时他们又从现实的规则表象出发,在规则效力的概念中一般都引入了人的因素。正如普罗塔哥拉所说:“人是万物的尺度,是存在的事物存在的尺度,也是不存在的事物不存在的尺度。”^②柏拉图的法律思想产生于古希腊城邦逐渐衰落的时代,在柏拉图那里,法律规则的效力就是自然理性的力量。亚里士多德也将法律规则的效力定位于理性的力量,“法律……可以被定义为‘不受任何感情因素影响理性’”^③。只不过在他这里,理性的含义与边界发生了变化,柏拉图的理性基本上还是人的理性,这种理性中带有人的情感因素的成分,但是亚里士多德的理性观更加接近于人对自然理性的服从,表现在

① [美]比克斯:《法理学:理论与语境》,邱昭继译,法律出版社2007年版,第49页。

② 顾肃:《西方政治法律思想史》,南京大学出版社1994年版,第17页。

③ [美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第11页。

亚氏的法律观中,人定法的秩序必须符合自然法应有秩序的规定。在欧洲中世纪时代,法学与其他科学一样都成了基督教的奴仆,规则效力的概念主要是从基督教教义的角度予以诠释的。奥古斯丁认为,上帝的理性就是真理所在,是公正之源、正义之源,所以,人法同样体现着上帝正义的性质,其力量就是正义的力量,同时也就是理性的力量。托马斯·阿奎那吸收了古希腊和古罗马的哲学思想,尤其是亚里士多德的思想,把法律看成是自然的产物,只不过自然界的主宰与人间的主宰一样,都是永恒的上帝。自然法规则的产生是自然发展的产物,有着自己的过程和历史。它是人与动物乃至世间万物的律法,是“我们赖以辨别善恶的自然理性之光”^①。人间的法律规则的效力就是自然理性对人的行为的约束力,自然法的效力则是上帝理性的力量之体现。

从欧洲中世纪结束到西方资产阶级革命完成的这段时间,西方法律思想史的主流理论主要是古典理性主义自然法思想。这一思想表现了对人在社会中的地位 and 命运的终极关怀,体现着古希腊和古罗马理性主义的复归,表现在法律思想中则是否弃了中世纪上帝理性在法律理性中的位置,将法律看成是人自身活动的交往行为的结果,从而完成了从自然主义自然法思想向理性主义自然法思想的转变。斯宾诺莎在他的自然法理论中提出了人的“天然状态”论学说,他认为,法律规则的产生是自然法的产物。但他的自然法是建立在抽象的人性上的理论,其根源在于人的欲望。规则的生成则是人天性中对不安全的恐惧和对幸福的向往的结果。因此,在他的思想中法律规则的效力就是渴望安全和幸福的天性对人的行为的约束力。^② 霍布斯从人性恶的理念出发建构其自然法理论体系,他认为由于人的自私自利的本性,使得每个人都只会从自身的欲望和目的出发去寻求自己的私利,因此自然状态下的人类生活就是一种战争状态,全靠一己之力满足自己的欲望。国家制订法律来约束人

① [意]阿奎那:《阿奎那政治著作选》,马清槐译,商务印书馆1963年版,第107页。

② [荷]斯宾诺莎:《神学政治论》,温锡增译,商务印书馆1982年版,第210—225页。

们的行为,“法律,普遍说来都不是建议,而是命令,也不是任何一个人对任何另一个人的命令,而是专对原先有义务服从的人民发布的那种人的命令;至于国法则只是加上了发布命令的人的名称。”^①从斯宾诺莎和霍布斯的理论中可以发现两个人的理论体系都是建立在人性恶的人性论基础上的,从人性恶推导出人的行为中的私利性和排他性。因此得出法律规则的效力只能是对人的行为的约束。稍晚于二人的古典理性主义自然法学的代表人物洛克和卢梭与古典自然法学派的其他人物一样,“热衷于描述人类社会的自然状态,刻意地想象和追求一套自然法则,用以作为现实社会的规范模式”^②。洛克认为,自然法就是人的理性,“理性也就是自然法,教导着有意遵从理性的全人类:人们既然都是平等和独立的,任何人就不得侵害他人的生命、健康、自由和财产”^③。然而,洛克同时指出,自然法的规制作用由于缺乏专门的集中机构的权力运行,就显得力量不足。这就需要社会形成专门的法律规则,通过法律规则背后的权力保障使得个人行为回到理性作用的范围之中。法律规则的表面力量就是现实的权力,其背后的力量则是自然法的理性力量。卢梭的理论起点不同于以往古典自然法理论家的思想,在他的理论中我们可以看到更多的现实主义的倾向。他认为,法律的产生意味着人的活动的不自由,在自由与束缚的矛盾中,人们就必然地组成某种共同体,将个人的意志置于公共的意志统治之下,这样就形成了社会契约。卢梭认为法律对于个人而言只不过是既包含了自己的意志、又包含着公共意志的一种规则,人生活在法律下仍然是自由的。因此,不要设想没有法律的绝对的行为自由,“根本就不存在没有法律的自由”^④。法律规则的效力就是社会公意的体现,就是社会公共权力的运用。所以,规则的效力就是社会权力,即社会强制力,这种强制力的基础就是社会的共同意志而非任何

① [英]霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1986年版,第206页。

② 严存生主编:《新编西方法律思想史》,陕西人民出版社1996年版,第113—114页。

③ [英]洛克:《政府论》(下),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第6页。

④ [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1980年第二版,第24页,注2。

个人的意志,这种共同意志来源于个人意志的有机结合。

2. 现代的理解

近代以来,西方法学思想发生了巨大的变化,关于法律规则的效力问题也产生了多种解释。张文显教授归纳有四种观点:即逻辑的效力观、伦理的效力观、事实的效力观和心理的效力观。^①实际上这四种观点也可以归入两大阵营,即事实的效力观和价值的效力观。其中事实的效力观又有两种不同的视角,这就是分析实证主义法学和社会学法学两个流派。效力的概念是分析法学派分析的一个重要概念。这一学派坚持将理论的逻辑起点放在实在法的规则研究上,在他们看来,法律规则的效力就是法律规则所表明的“力”,至于规则中的“理”则并非法理学的研究对象。这一学派的理论正是以此为基点回溯规则产生的机理,从而将规则的效力简化为强者的命令,这种命令如果经过特定的程序由有权发出命令的人发出,此时的规则就成为法律规则。正如奥斯丁所说的那样,法律和规则就是强制的命令,“如果你表达或宣布一个希望,即希望我做或不做某个行为,而且,如果我不服从你的希望,你就会以一种邪恶降临于我,那么,你的希望的表达或宣布就是一个命令”^②。从这个论点上来说,奥斯丁的效力观建立在一种力量的控制理论上,认为法律规则的效力就是一种具有预设性惩罚的强制力。在奥斯丁的理论中如果说还有边沁的功利主义道德目的的影响的话,那么凯尔森的理论中则努力要将道德因素完全抛开,将西方学术史上延续了上千年的法律与正义之间的必然联系彻底割断,建构完全“实证”的纯粹法学。凯尔森比奥斯丁还要细致地分析了效力的概念以及它和实效的关系,他认为奥斯丁的命令说有不足之处,即法律规则的效力并不是来自于命令本身,因为“命令的约束力并不‘来’自命令本身,而却来自发出命令的条件。假定法律规则是有约束力的命令,那么显然,那些命令中之所以有约束力,就因为这

① 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第433—447页。

② J. Austin, *Lectures on Jurisprudence*, Beijing: China Social Sciences Publishing House, 1999, p. 86.

些命令是由有权限的机关所发出的”^①。因此,他将法律规则的效力规定为规范的特殊存在,而规范则是有效力的法律规则^②。所以,法律规则的效力就是法律规则的约束力。他的规则理论成为西方法哲学理论的一个里程碑,引发了至今未衰的规则分析的浪潮。只不过,随着时代的发展,规则研究也在不断地进步。哈特的规则理论突破了奥斯丁的命令说,建构了“约定说”。^③从而将“命令者”也纳入到命令之中,成为受命令约束的主体,他的规则效力概念基本上是凯尔森概念的发展,也将规则的效力定义为一种特殊的存在,这种存在就表明约束力的存在。^④不同的是,凯尔森概念中的存在是一种纯粹的逻辑存在,而哈特的存在则是一种事实的存在,可见此时的分析法学已经受到了法社会学的某些影响。麦考密克和魏因贝格尔将法律规则看成是一个社会制度化事实的一部分,其理论叙述力图超越传统的凯尔森和哈特的分析法学的理论框架,将规则的效力建立在多元化的基础之上。因此,他们的理论强调法律规则效力的二重性,试图统一法律规则的应然效力和实然效力。“他们也重视道德,但这基本上限定在制度性道德的范围之内;他们也重视理性,但这主要是实践的理性;他们承认法的教义性,但这必须是以考虑社会现实为前提的。因此,他们强调教义学和法社会学在本体论上的统一”^⑤。简单来说,他们认为法律规则的效力是一个动态的概念,应该从规则运动的过程中探求规则效力的确切定义,它既不是统一的正当化依据(道德效力),也不是纯粹的强制力,而是建立在实践交往基础上的说服的力量。现代社会学法学坚持从社会的角度研究法律的学术特征,将

① [奥]凯尔森:《国家与法的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第33页。

② 同上书,第32页。

③ 哈特在谈到约定的意义的时候认为:“对于理解法律的许多特征而言(尽管不是全部),这个约定的模型在许多方面都远比胁迫命令的模型要好。”参见[英]H. L. A. 哈特《法律的概念》(第二版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第42页。

④ 正是在这一点上,我们认为,在对法律规则效力的概念问题上,或者说在法律规则的终极效力渊源上,哈特对凯尔森有所超越,但是并不太多。

⑤ 季卫东:“‘应然’与‘实然’的制度性结合”,参见[英]麦考密克、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,译序,第2页。

法律规则的效力研究与社会运动和社会主体的社会生活联系起来,探求法律规则存在的基础和来源。如当代美国法学家弗里德曼将法律规则的效力与社会主体的法律行为紧密联系,他将规则的效力看成是多种因素共同作用的结果,也就是规则中的制裁力、集体文化和亚文化的压力和主体心理(内心声音)的力量的合力。一般而言,现当代的社会学法学理论普遍都将法律规则的效力视为社会多种行为规制力的综合作用力。^①

3. 一个综合性阐释

法律规则的效力包括应然效力和实然效力两个组成部分,法律规则的应然效力是指通过法律规则的实际存在而表现出来的调整具体的社会关系的能力,这种效力只是表明一定社会生活条件下的集中化的社会权力的实际存在。法律规则的实然效力则是应然效力的实现,它是一个形态的概念表述,表明了法律规则应然效力的实现状态。同时也是一个程序化的概念表述,表明法律规则效力从应然效力向实然效力、从形式实效向实质实效运动的动态过程。这一过程性表述就包含了两个层面的过程,从法律规则效力的总体运动过程来看,就是已经产生了应然效力的法律规则在社会生活中发挥着调整社会关系的实然作用,在这个发挥作用的过程中,应然效力过渡成为实然效力;从实然效力自身运动的内部来看,存在着两个阶段,首先是法律规则对社会主体行为的具体规制为社会主体所认同,从而产生社会主体的行为符合于法律规则对行为

① 其他实证法学派如经济分析法学、结构主义法学、符号法学等都或多或少地持有这类实证观点,如经济分析法学就认为规则的存在是人作为理性经济人进行理性选择的结果,规则效力实际上就是法律规则对于特定的人或社会的经济利益、语言符号学认为法律规则的效力应该从法律规则的话语和词语使用的实际效用来理解,其效力就是词语对于人思想的约束力。另外,西方法学中的心理学法学、现象学法学的一些学者则将法律规则的效力定义为主体在社会生活中对于规则背后处罚的紧张或恐惧的精神力量。如德国哲学家施密茨认为:“规范是通过在意志上克控制德做或不做的行为,有意识地为可能的顺从安排一种程序,即安排一种期待。”([德]赫尔曼·施密茨:《新现象学》,庞学铨、李张林译,上海译文出版社1997年版,第78页。)并且他说:“来源于良心的道德规范也就是我说意义上的法规范。”([德]赫尔曼·施密茨:《新现象学》,庞学铨、李张林译,上海译文出版社1997年版,第96页。)基于这样的法认识,他显然会将法律规则的效力等同于个人的道德约束力。

规制的要求的现象,这一现象的产生使法律规则效力获得形式上的实现,产生法律规则的形式实效;其次是在法律规则形式实效已经形成的基础上,法律规则中所蕴涵的价值取向在效力运动的过程中与一定的社会整体的价值取向产生契合,社会整体的价值取向通过法律规则效力的运动得到实现。因此,在法律规则实效的运行过程中,相应的社会关系已经通过法律规则进行了调整,在保障社会效率的前提下,社会秩序得到恢复和保障,社会正义得以实现。所以,法律规则的应然效力是一个静态的概念,而法律规则的实然效力则是一个静态与动态相结合的概念。法律规则的应然效力是实然效力的前提和基础,没有应然效力,实然效力就成为无源之水;实然效力则是应然效力的目标,不能到达实然效力的应然效力是没有意义的“纸上效力”。

通过以上的分析,我们认为法律规则效力应当有以下规定性:

第一,法律规则的效力是主观与客观相统一的产物。法律规则的效力与法律的效力一样是人类社会一定历史发展阶段的产物,它的最终决定因素就是这一社会的客观的经济生活。列宁认为,法律虽然其表现为一种意志,具有主观的表现形式,但就其内容来讲却是客观的,因为决定这一意志的社会物质生活条件是客观的,是不以哪个人或哪个阶级的主观意志为转移的。^①因此,法律规则的效力存在既是人自身活动的结果,其中蕴涵着人的意志,同时,这种活动又是由其背后的客观社会物质条件所决定的,是为了满足一定社会条件下人的客观需要而产生的效力。

第二,法律规则的效力是静态与动态相统一的概念。静态的含义在于,法律规则的效力首先决定于它的存在,这种存在是一种合理的存在,也就是说适应客观现实的存在,因此这样的存在就表明法律规则是具备效力的。动态的含义在于法律规则的效力的完整意义在于它的实现,这一实现既是主体对规则效力的认识和认同过程,又是主体对规则的遵守,同时还是规则的价值取向与社会整体价值取向的契合过程和实现过

^① 龚廷泰:《列宁法律思想研究》,南京师范大学出版社2000年版,第28页。

程。因此,法律规则效力的概念中反映的是静态与动态的统一。

第三,法律规则的效力是事实与价值相统一的概念。近代以来,在西方方法理学研究的学术传统中,事实与价值的二元化一直是学术流派分化的焦点所在。有的坚持二元化,有的坚持一元化。我们认为,事实与价值之间并不是截然分离的,事实的存在如果反映着人的一定的劳动,反映着人在具体的社会生活中的一定的需求,那么,这种事实的存在就一定蕴涵着人的交往行为,也就一定蕴涵着一定的价值因素。否则,这种事实的存在就必然是毫无意义的事实。另一方面,价值从反映人的交往活动的角度或者反映人的某种需要的角度而言,它必须具备合适的价值载体,否则这种价值就是一种脱离实在的社会生活的价值,纯粹是一种形而上的抽象的价值,在这种情形下,价值的存在必然也是毫无意义的。因此,事实和价值之间本来就存在某种必然的内在联系,从学术研究的角度硬性地割断它们之间的必然联系,总是从所谓的“科学”的角度去建构法哲学的研究体系是不妥当的,从理论上也会陷入无法承受诘问的窘迫境地。

第四,法律规则的效力反映的是一定社会物质生活条件下人的交往活动。毋庸置疑,与法律规则的效力关系最紧密的是人在社会生活中的行为,因此,通过人自身的行为和人与人之间的交往行为的认真分析才能使我们认识到法律规则从一般的人的行为规则中产生出来的客观的过程,通过对人与人的交往行为的分析才能廓清法律规则效力产生的机理和效力的真正的源泉。只有始终关注于人本身,法律规则的效力才是活生生的效力;也只有关注于人的行为本身,法律规则的效力的运动规律才能真正可以揭示出来。脱离了人的规则只能是自然界的自然规则;同样,脱离了人的活动的规则的效力只能是一种纯粹的、理论的抽象建构;最后,脱离了人与人之间交往活动的法律规则的效力只能是一种虚伪的应然设想,无法真正反映出客观社会生活的现实。

第五,规则中反映的是社会集团对集中化社会权力的运用。一般认为,阶级社会的法律,其保障力在于国家的政治权力。但是,我们认为,

法律规则的产生与作为法律规则有机统一体的法律系统的产生具有细微的差别,在原始社会中,作为社会权力集中运行的某些较为确定的社会规则实际上已经具有了法律规则的特征,即明确化、程序化、专门化和物质性强制的特征。但是这些规则只是零散的社会规则的高级阶段,并没有形成系统化的规则集合体和系统化的权力运行机制。另外,现代社会交往的跨国界趋势也使得国家权力作为规则效力唯一的保障力的地位受到挑战,超国界的社会集团权威在国际法律的某些实践中已经突破了单一的国家权力的边界,形成了国际化的社会权威的集中行使,但是寻求国家间的规则知识的交往和认同仍然是现代国际法律效力存在的主要依据。

法律原则(legal principle)

在我国大陆法理学教科书中,学者们一般将法律原则视为法律的基本要素之一,与法律概念、法律规则等相并列。^①也就是说,法律原则在我们的法学基本理论中占据着“基础范畴”的地位。但与这一基础性地位并不匹配的是,有关法律原则的基本理论研究在我国大陆法学界一直处于萎靡的状态。21世纪以来,法律原则理论的这种遭遇有了较为明显的改观,其原因可以归结为中国现实法治实践吁求的结果。因为显而易见的是,近年来我国大陆法学界针对法律原则的研究大都围绕法律原则的适用问题而展开。^②相比较而言,我国台湾地区关于法律原则的研究

① 通说认为,法律的要素包括法律概念、法律规范(法律规则)和法律原则。学界也有观点认为,法律规范、法律原则、法律概念、法律技术和法律标准都是法律的要素。在笔者看来,将法律概念与法律规范、法律原则等相并列作为法律的要素缺乏逻辑标准,或者说通行的“法律的要素”理论本身是值得怀疑的,当然这不属于此处讨论的问题。

② 我国大陆地区研究法律原则的适用问题的代表作主要有,葛洪义:《法律原则在法律推理中的地位和作用——一个比较的研究》,《法学研究》2002年第6期;舒国滢:《法律原则适用中的难题何在》,《苏州大学学报(哲社版)》2004年第6期;陈林林:《基于法律原则的裁判》,《法学研究》2006年第3期;林来梵、张卓明:《法律原则的司法适用——从规范性法学方法论角度的一个分析》,《中国法学》2006年第2期;陈景辉:《原则、自由裁量与依法裁判》,《法学研究》2006年第5期。

则更为全面与精致。^①

与上述法律的三要素理论密切相关的是,许多学者并不严格区分法律规则与法律规范,将两者作为可以互相替代使用的概念,或者把法律规则视为法律规范的唯一表现形态。与此同时,他们将法律原则与法律规则(法律规范)并列为法律的构成要素,从而在逻辑上必然地在法律原则与法律规范之间划出了非此即彼的界线,不把法律原则看作法律规范的表现形态。既然法律原则不是法律规范的一种,那么它也就不具备直接用以规范法律主体之行为的功能。这种结论与日渐兴盛的法律原则适用问题研究显然是相悖反的。在笔者看来,否认或忽视法律原则的直接规范意义正是长期以来我国大陆法学界法律原则理论研究低迷的根本原因所在。

法律原则的不同境遇

对法律的不同理解决定和区分了林林总总的法学流派。无论是哈特(Hart)、德沃金(Dworkin)还是梅利曼(Merriman),他们均认为形成一个法学派系的核心因素即是对“法律是什么”这一问题拥有一个基本的共识,而对于法律的不同认识则构成了不同法学流派之间的基本区别。在“法律是什么”这一终极命题面前,对于法律原则的态度在任何学派中都是举足轻重的。通过法律原则这扇窗,我们可能洞见的是各个法学流派在近一个世纪内的风云变幻。

① 我国台湾地区近年来有关法律原则问题的代表作主要有,颜厥安:《法与道德——由一个哲学的核心问题检讨德国战后法思想的发展》,《政大法学评论》第47期(1993);庄世同:《论法律原则的地位——为消极的法律原则理论而辩》,《辅仁法学》第19期(2000);颜厥安:《规则、理性与法治》,《台大法学论丛》第33卷第2期(2002);张嘉尹:《法律原则、法律体系与法概念论——Robert阿列克西法律原则理论初探》,《辅仁法学》第24期(2003);陈显武:《论法学上规则与原则之区分——由非单调逻辑的观点出发》,《台大法学论丛》第34卷第1期(2005);王鹏翔:《论基本权的规范结构》,《台大法学论丛》第34卷第2期(2005);王鹏翔:《基本权作为最佳化命令与框架秩序——从原则理论初探立法余地(gesetzgeberische Spielräume)问题》,《东吴法律学报》第18卷第3期(2007)。

提及法律原则,人们普遍认为学界最负盛名也最具原创性的学者当首推美国法学家罗纳德·德沃金。但准确的说,早在二战结束之后、德沃金之前,埃赛尔(Esser)、拉伦兹(Larenz)、卡纳瑞斯(Canaris)等德国学者即对法律原则有过深入的论述,德沃金的贡献在于使法律原则理论取得突破性进展并真正引起国际性的大争论。继德沃金之后,法律原则理论的集大成者是阿列克西(Alex)。阿列克西不仅对德沃金的法律原则理论加以分析与修正,而且还将其理论运用到基本权的分析上,发展出一套精致、严谨的基本权理论。

其实,对于法律原则的不同态度绝非是德沃金或阿列克西等少数学者的强大声势所能遮蔽的。从对待法律原则的态度这一视角出发,我们可以简单地地区分出“形式主义法学”、“规则怀疑主义法学”、“新分析实证主义法学”和“新自然法学”等几大主流派别。^①它们对待法律原则的态度与法官的自由裁量权密切相关。也可以说,只有大体了解这几大派别有关法律诠释的基本观点,我们才能更准确而全面地认识法律原则。

“形式主义法学”认为,法律是一个完整无缺的规则体系,法律规则具有其肯定的、不变的和确定的内容;每个规则均是一个一般性的命题,法官只需运用逻辑上的演绎法,将其适用于具体的个案,便能得到正确的判决。法院和法官的职责即在于找出相关的法律规则,予以宣示并机械地适用到个案;也正是因为法律体系是完备的,故而每一个案件均能找到惟一的正确判决,法官没有也不需要自由裁量权,更没有创设新法的权力。

“规则怀疑主义法学”则主张,无论是法律规则还是法律原则都是高度不确定的。在审理案件时,法官的直觉、价值判断、个人偏好和政治取

^① 有关这四种派别之观点的梳理可参见陈弘毅《当代西方法律解释学初探》,载于梁治平编《法律解释问题》,法律出版社1998年版,第10页以下;谢晖、陈金钊《法律:诠释与应用——法律诠释学》,上海译文出版社2002年版,第7页以下。有关“形式主义法学”、“规则怀疑主义法学”的论述可参见[英]H. L. A. 哈特《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第119页以下。有关德沃金观点的引述可参见[美]罗纳德·德沃金《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,第40页以下。

向才是最关键的決定因素。为此,法官应当具有而且事实上也具有高度的自由裁量权。

以哈特为代表的“新分析实证主义法学”反对前两种观点,认为二者均过于片面、偏激。哈特也主张法律是一个规则体系,但这一体系并不是完整无缺的,它有着核心范围与边缘地带所构成的双重结构。处于法律体系核心范围的法律规则具有明确的、无可置疑的涵义,在司法裁判的适用中具有确定性、可预测性,此种情形下法官没有自由裁量权;在法律体系的边缘地带,法律具有开放结构,这一范围内的法律规则是不确定的或缺失的,法官在做出判决时具有自由裁量权并能够创设新的规则。

“新自然法学”在德沃金的带领下认为哈特的理论仍然是不正确的。诚然,在法律的核心范围,法律规则具有确定性,司法裁判具有可预测性。但哈特在他所谓的法律的边缘地带上犯了错误。法律规则在边缘地带的确可能是不确定的或者缺失的,但哈特没有洞识到法律规范中法律原则与政策的存在。法律规范是由规则、原则、政策——而不是仅仅由规则——构成的一个整体完善的结构体系,法律原则在法律的边缘地带发挥着明确的指引作用,决定着司法裁判的结果。在此种情形下,法官仍然没有自由裁量权。

以上各派关于自由裁量权的迥异观点导致了法律原则在各自理论中的不同境遇,其间暗藏着有关法律原则的一系列问题:我们需不需要法律原则?法律规范中除了法律规则有没有法律原则?如果有,法律原则是什么?法律规则与法律原则是什么关系,如何区分二者?法律原则如何适用?

为什么需要法律原则?

对法律原则存在与否的争论主要围绕一个问题展开,即追问法律原则存在的意义。其中反对法律原则的声音大多是从规范评价(而不是事

实描述)的层面上发出的。如美国法学家斯卡鲁(Schauer)认为,任何规范陈述,包括法律、命令、规则、标准乃至原则等均应具有三大特点,即确定性、正规范性以及重量性。但是,与法律规则不同的是,法律原则并不具有固定的上述三大特征的组合,形成不了公认的基本属性,因而成为不了一个显著的规范类型。既然如此,还不如将法律原则抛弃。^① 斯卡鲁的同行拉里·亚历山大(Larry Alexander)和肯尼思·克雷斯(Ken Kress)则试图通过指出法律原则在道德上的不正确性以及适用上的不明确性这两点来说明法律原则缺乏规范吸引力,进而否认法律原则的存在。他们明确地说:

我们反对法律原则的理由主要是规范性的理由。法律原则在规范上要么无吸引力要么是多余的。如果法律原则指示的结果不同于道德原则和法律规则所指示的,那么它们在规范上无吸引力。另外,如果它们指示的是法律规则和道德原则所指示的同一结果,那么它们在规范上是多余的。如果规范上的无吸引力和多余性可算作是反对规范的形而上学之存在,那么我们反对法律原则所阐述的理由也是反对它们的存在之理由。^②

笔者认为,无论是斯卡鲁还是亚历山大和克雷斯,他们反对法律原则存在的观点都是值得商榷的。

首先,斯卡鲁提出的规范陈述的三大属性确实有助于我们加深对某些社会规范的定位与理解,且仅从这三大属性来看,法律原则的确不能成为一个独立的规范类型。但是,斯卡鲁忽视了规范的其他面相,以及法律原则在这些其他面相上具备特有属性的可能性。英国伦理学家哈惹(Hare)就曾指出,原则事实上具有普遍性与规约性这两大固定的属

^① Frederick Schauer, "Prescriptions in Three Dimensions", 82 *Iowa Law Review* (1997), pp. 911 - 922.

^② [美]拉里·亚历山大、肯尼思·克雷斯:《反对法律原则》,载[美]安德雷·马默主编:《法律与解释——法哲学论文集》,张卓明、徐宗立等译,法律出版社2006年版,第382页脚注[96]。

性。^① 中国台湾地区学者庄世同先生则进一步认为,原则在普遍性、规约性之外还具备可证立性。^② 不管怎样,斯卡鲁所主张的原则因欠缺他所强调的规范属性而不成其为一个独立的规范类型之观点是片面的。

其次,亚历山大与克雷斯认为法律原则可能由于不符合道德原则,或者由于与法律规则相比不具有确定性,因而缺乏规范吸引力,但是他们均未向我们揭示出任何一种具有实质内涵的道德理论,或确立一个客观的道德验证标准,用以证成法律原则可能存在道德瑕疵的结论。另外,法律规则相较于法律原则在明确性上并不具有绝对的优势,法律原则也可以非常特殊和具体,^③更何况法律原则有无确定性与其存在与否是两个不相关的问题。即使退一步讲,我们假设法律原则在规范的向度是不可欲的,也不能因此得出在事实向度上法律原则不存在的结论,否则即犯下了一个很明显的逻辑错误。

最后,笔者认为,探寻法律原则的存在与否不能仅仅以其能够给我们带来什么、有何效用作为判准。法律原则存在之本身有其独立的意义,这个意义简单地讲就是它构成了人之现代主体性的法律基础。

关于法律规则的限度以及法律原则在法律生活中的必要性,美国社会学法学的代表人物罗斯科·庞德从社会的法律需求这一向度做出了令人信服的论说:

为每一种详细的事态制定精确的法规是不可能的。立法者有时候有一种外行人甚至在今天也常常有的想法,希望有一部包含着对法院或法官可能遇到的每一个明确、详细的事态都定有明确与详细法规的完整法典。但是全部经验表明,这种想法完全是不切合实际的。与法律秩序的各种限制进行着紧张斗争的无限人类才智、生活环境的无限多样、一切事物都不能避免的变化、以及不断进步的

① R. M. Hare, *Freedom and Reason*, Oxford: Clarendon Press, 1963, pp. 30 - 50.

② 庄世同:《论法律原则的地位——为消极的法律原则理论而辩》,载《辅仁法学》2000年第19期。

③ [英]戴维·M. 沃克:《牛津法律大辞典》,李双元等译,法律出版社2003年版,第898页。

发明和发现都使一套绝对完整的法规无从谈起,……要是没有相应的原则可供参考,那么在这些事物的不断发展和连续出现中,法院是不可能跟上形势的需要的,这个因素随着经济秩序日益复杂而日益趋于重要。^①

为此庞德认为,在控制、治理现代社会的如此巨大的工程中,要想在“只有较少规则的场合下进行工作,并有把握来应付那些没有现成规则可循的各种新情况”^②,就需要借助法律原则的作用,而且这样一些法律原则构成了进行法律推理的权威性出发点。

新分析法学派的米尔恩运用逻辑分析的方法同样证成了法律原则在法律体系中存在的必要性。米尔恩认为,法律得以存在、得以发挥作用是离不开道德(原则)的,^③道德(原则)构成了法律存在之前提:

道德在逻辑上先于法律。没有法律可以有道德,但没有道德就不会有法律。这是因为,法律可以创设特定的义务,但无法创设服从法律的一般义务。一项要求服从法律的法律将是没有意义的。它必须以它竭力创设的那种东西的存在为先决条件,这种东西就是服从法律的一般义务。这种义务必须、也有必要是道德性的。假如没有这种义务,那么服从法律就仅仅是谨慎一类的问题,而不是必须做正当事情的问题。^④

德沃金对法律原则存在的必要性的思考主要源于他的法治观与“权

① [美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制、法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆1984年版,第97—98页。

② 同上书,第25—26页。

③ 在米尔恩的语境中,原则与道德在一定程度上是通用的。

④ [英]A. J. M. 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35页。同样的观点在其他学者那里也有类似的表述,举如德沃金:“我们只有承认法律既包括法律规则也包括法律原则,才能解释我们对于法律的特别的尊敬”(参见[美]罗纳德·德沃金《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,中文版序言第5页);又如贝勒斯:“规则通常是由原则证成的”([美]迈克尔·D. 贝勒斯:《法律的原则——一个规范的分析》,张文显、宋金娜、朱卫国、黄文艺译,中国大百科全书出版社1996年版,第13页)。

利命题”。^① 关于法治,德沃金认为必须立基于两个基本原则,即民主社会应当由经过民主选举、并且对多数负责的男女人士来统治,以及不得法外定罪、法外处罚,^②以确保法秩序的“安定性”与“正确性”。^③ 因此,法律原则是法治之所以成为法治、权利得以切实保障的核心。在德沃金看来这就是我们为什么需要法律原则的根本理由。在德沃金的权利理论中,法律原则甚至被提升为与权利相等同的高度,用其本人的话来说,“权利即是来源于政治道德原则的法律原则”。^④ 当然,德沃金也在庞德和米尔恩的意义上考虑法律原则存在的必要性,包括在法律漏洞、规则悖反(又称个案裁量)等情形下法律原则适用的重要性。

总而言之,法律原则之存在有其功能与价值上的意义。从功能意义上看,法律原则构成了法律推理的权威性出发点,证成并补充法律规则;从价值意义上看,法律原则促成了民众对法律的尊重,并构成了民众权利保障的基石。因此,作为一个事实描述,法律原则一直客观存在并发挥着实际效用;作为一个规范诉求,法律原则也是可欲的。

① 有必要说明的是,德沃金至少在两种意义上使用“原则”这个词,一个是在区分原则与政策的意义上使用,一个则是在区分原则与规则的意义上使用。在谈及原则存在的必要性的问题上,德沃金更多是从宪政的视角也就是在前一个意义上使用的。在德沃金那里,法治思想被区分为“法条书”法治观和“权利”法治观,或者区分为自然法学派的法治观、形式主义法治观与价值中立主义法治观,其最终都导出他自己所青睐的法治观,即以一致性为核心的权利法治观。具体可参见[美]罗纳德·德沃金《论合法性与法治》,郭琿译,载许章润主编《清华法学》(第一卷),清华大学出版社2003年版,第3—6页;[美]罗纳德·德沃金《原则问题》,张国清译,江苏人民出版社2005年版,第6—7页。有关“权利命题”的界定可参见[美]罗纳德·德沃金《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,第122、138、163页;季卫东《法律体系的多元与整合——与德沃金教授商榷解释方法论问题》,载许章润主编《清华法学》(第一卷),清华大学出版社2003年版,第67页。

② [美]罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,第119页。

③ 有关法秩序的“安定性”与“正确性”这两大基本价值的详细阐述与讨论,林立《论“法律原则”的可争议性及为“柔性的法价值秩序”辩护》,载许章润主编《清华法学》(第一卷),清华大学出版社2003年版,第76—77页。

④ [美]罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,中文版序言第21页。

法律原则的概念辨析

法律原则在大陆法系传统和普通法系传统下的生成机理固然有所不同,从直观上看前者得自于立法者的审慎思考,后者“是法律工作者将司法经验组织起来的产品”。^①但从功能上说,法律原则在两者那里并无太大区别,都是一种用来进行法律论证的权威性出发点,只不过在普通法系法律原则的实际功效更为显著。我国大陆学者大多从功能的意义上认识法律原则,故而对法律原则的概念表述一般停留于描述层面。举如有学者指出:

“原则”一词来自拉丁语(*principium*),其语义是“开始、起源、基础”。在法学中,法律原则是指可以作为规则的基础或本源的综合性、稳定性原理和准则。原则的特点是,它不预先规定任何确定的、具体的事实状态,没有规定具体的权利和义务,更没有规定确定的法律后果。但是,它指导和协调着全部社会关系或某一领域的社会关系的法律调整机制。在制定法律规则时,进行司法推理或选择法律行为时,原则都是不可缺少的。特别是在遇到新奇案件或疑难案件,因而需要平衡互相重迭或冲突的利益,为案件寻找合法的解决办法时,原则就是十分重要的了。^②

纵观德沃金的主要代表作《认真对待权利》和《法律帝国》,我们可以将他理解并运用的“法的模式”^③界定为“规则—政策—原则”模式,就此我们也可以得知,要把握好法律原则就必须精确地区分法律原则与法律政策以及法律原则与法律规则。

① [美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制,法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆1984年版,第24—25页。

② 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第390—391页。

③ “法的模式”是指法这种社会现象的简化或抽象化的形式,是人们为了克服或解释法是什么或由什么元素构成而使用的概念。(参见张文显《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第369页。)

1. 原则与政策

我国大陆法学界通常将法律原则区分为政策性原则和公理性原则，因此政策与原则这两个事物在法律文本上往往被混同。但在德沃金那里政策和原则之间还是存有重大区别，用他自己的话说就是：

在大多情况下，我总是概括地使用“原则”这个词汇，用以指出法律规则之外的其他准则的总体。但是，有时候，我也会更精确一些，把原则和政策区别开来……我把这样的准则称为“政策”，它们规定一个必须实现的目标，一般是关于社会的某些经济、政治或者社会问题的改善……我把这样的一个准则称为“原则”，它应该得到遵守，并不是因为它将促进或者保证被认为合乎需要的经济、政治或者社会形势而是因为它是公平、正义的要求，或者是其他道德层面的要求。^①

更精确地说，“原则的论据意在确立个人权利；政策的论据意在确立集体目标，原则是描述权利的陈述；政策是描述目标的陈述”。^② 此外，在立法和司法中，政策和原则的作用是不同的。一般地说，任何复杂的立法法案都需要考虑政策和原则两个方面，即使是一个主要是政策性问题的法案，也需要以一定原则来论证它的目的。另一方面，一个主要依靠原则的法案，例如反对种族歧视的法案，在对政策产生严重后果时，这种权利立法可能就不能成立。但在司法中情况却有所不同，司法更多依靠的是原则而不是政策。在一个有关法律规定十分明确的案件中，即使该法律来自于政策，但法院的处理仍是以原则而不应以政策作为根据。^③

当然，德沃金也承认政策和原则的区别不是绝对的，在政策所追求

① [美] 罗纳德·德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社 1998 年版，第 40—41 页。

② 同上书，第 126 页。

③ 张文显：《二十世纪西方法哲学思潮研究》，法律出版社 1996 年版，第 383—384 页。有关司法裁判主要是原则裁判而不是政策裁判的论述还有很多，具体可参见 [美] 罗纳德·德沃金《原则问题》，张国清译，江苏人民出版社 2005 年版，第 1—3 章；亦可见 [美] 罗纳德·德沃金《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社 1998 年版，第 133 页。

的社会目标与体现权利的原则相一致时,两者的区分就几乎不复存在了。

2. 原则与规则

原则与规则的关系比较复杂,较之原则与政策的关系也更为重要。有学者认为原则就是规则,两者其实是同一的,还有学者认为两者具有性质上的差别,又有学者主张两者只有程度上的区别。我们赞同德沃金对规则与原则的原创性区分,并将阿列克西在批判地继承德沃金理论基础上发展出的新的区分理论作为我们有关原则区别于规则的观点。

德沃金基于对 *Riggs vs Palmer* 和 *Henningsen vs Bloomfield Motors* 这两个疑难案件的分析,指出规则与原则之间的区别不是程度上的而是逻辑上的,这种区别可归纳为三个方面:^①

第一,规则具有明确的构成要件,适用到个案中仅有两种可能性——或者规则有效,其法律效果必须被接受;或者规则无效,其全然无涉于判决。也就是说,规则是以“全有或全无”的方式发挥作用的。反之,原则并不具有构成要件。在个案裁判中,原则只是在相关情形涉及的情况下指出了某种需要被考虑的方向,说明了主张某种方针的理由,但并不要求必须据此作出判决。而且,在个案中原则没有被当成理由接受并不意味着它无效,原则仍在法律体系之中发挥效力,并可能在另一种案情下起决定性的作用。

第二,规则具有“一般—例外”结构。规则的“一般—例外”结构设定了可以排除使用该规则的各种例外情况,规则与相反的事例无法共存。规则的例外是可以而且应当被穷尽的,因为例外补充得越多,规则就越准确。虽然列举全部例外可能使规则的外观显得过于臃肿,但这至少在理论上是可行且可欲的。原则虽然也有例外,但这种例外是无法也不需

^① [美] 罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社 1998 年版,第 43—46 页。贝勒斯的相关论述与德沃金较为相同,具体可参见[美] 迈克尔·D. 贝勒斯《法律的原则——一个规范的分析》,张文显、宋金娜、朱卫国、黄文艺译,中国大百科全书出版社 1996 年版,第 12—13 页。有关德沃金区分理论的总结可参见[美] 布赖恩·H. 比克斯《牛津法律理论词典》,邱昭继等译,法律出版社 2007 年版,第 179 页。

要被穷尽的,对例外的列举只是有助于加深我们对原则重要性的认识,并不能使关于原则的表述变得更准确和更完全。这一区分其实也表明了规则与原则在确定性上的差异。因为规则所有的例外都可被列举,所以规则具有绝对的确定性,而原则的例外的不可穷尽使其确定性大为降低。同时,这也可以进一步解释二者在发挥作用的方式上的区别:由于规则具有绝对的确定性,所以规则以“全有或全无”的方式适用,要么有效,要么无效;而原则的确定性只是程度的问题,所以原则与个案之间的关系可能是多样的。

第三,原则具有分量的特性。由规则与原则的第一个区分可知,原则之间的选择并不是非此即彼的关系,当各个原则在司法过程中互相交叉时,冲突的解决必须考虑有关原则的分量的强弱,结合具体的案情作出判断。与原则不同,规则没有分量层面上的问题。在两条规则相冲突的时候,会展现明显的逻辑悖论,即必然表现为一者有效,一者无效。规则冲突的解决是依靠规则的效力等级规则或者遵循原则衡量的结果。虽然规则也有重要性的向度,但这种向度是功能意义上的而不是本质意义上的。规则表现不了原则所具有的合乎逻辑法则的交叉情形。

德沃金对规则与原则的区分使得学界对法律规范的逻辑结构有了进一步的认识,但德沃金对逻辑结构的描述还是较简单与初步的。在阿列克西看来,德沃金的区分建立在他的规则具有“一般—例外”结构的理论上,但他对规则例外可以穷尽的直觉式主张实际上并不确切。^①阿列克西认为,我们以过去的某个时间为起点,以当下为终点,或许可以将这一时间段内所有的规则例外列明,但在所有的例外皆无助于法院的裁判的情况下,可否创设新的例外便成为一个问题。现代法秩序一般并不作禁止创设新例外的规定。在禁止性规定不存在的情况下,法律规范下的

^① 陈显武:《论法学上规则与原则之区分—由非单调逻辑的观点出发》,《台大法学论丛》第34卷第1期(2005);陈景辉:《原则、自由裁量与依法裁判》,《法学研究》2006年第5期。拉兹的类似观点参见陈景辉:《原则与法律的来源——拉兹的排他性法实证主义》,《比较法研究》2006年第4期。

原则为规则创设新的例外便成为可能。基于原则的例外不可数,即可知此种情况下规则的例外也可能是不可数的。另外,德沃金有关原则具有分量特性的主张是颇具洞识力的,但他没有关注到绝对原则的存在。毫无疑问,其他的任何原则均须让位于绝对原则,在这一点上不存在分量的权衡。^① 基于对这两个缺陷的指正,阿列克西提出了他对规则和原则的区分理论。

首先,规则是确定性命令,原则是最佳化命令。^② 阿列克西将原则定义为一种要求事物在相对于事实上与法律上的可能范围之内,以尽可能高的程度被实现的规范。^③ 原则的这种能够在不同程度上被实现的特性即是最佳化命令的最形象的表达。原则所要求的实现程度除需诉诸于事实上的可能性之外,还取决于在法律上的可能性。这意味着原则的适用必须考虑到涉及案件的与其具有紧张关系的其他原则,^④方能决定该原则的法效果是否能够成立。因此,原则的典型适用方式乃是衡量。相反,规则是一种只能被实现或者不被实现的规范。若一条规则有效,即应该不多也不少地去做到该规则所要求的内容,而没有实现程度的问题,即使在存在例外的情况下也是在例外与一般之间选其一。故此阿列

① 张嘉尹:《法律原则、法律体系与法概念论——Robert 阿列克西法律原则理论初探》,《辅仁法学》第 24 期(2003)。其实,德国法学界早已看到基本人权的“绝对不可侵犯的核心”的问题。也就是说,有一些“核心”的人权,是国家或一个团体在任何情况下也不能加以设限或侵犯的。这个想法,在德国宪法(基本法)第 19 条第 2 项已明定出来:“没有任何一种情况可允许基本权的本质内涵遭受侵犯”。这个宪法条文规定了对基本人权设限的界限,即不可伤及基本人权的本质内容,这被学界称为“限制的限制”,亦即为绝对原则。有关这一点的引述参见林立:《论“法律原则”的可争议性及为“柔性的法价值秩序”辩护》,载许章润主编《清华法学》(第一卷),清华大学出版社 2003 年版,第 83 页注释①。

② 王鹏翔:《论基本权的规范结构》,载《台大法学论丛》第 34 卷第 2 期(2005);陈显武:《论法学上规则与原则之区分——由非单调逻辑的观点出发》,载《台大法学论丛》第 34 卷第 1 期(2005)。

③ 王鹏翔:《论基本权的规范结构》,载《台大法学论丛》第 34 卷第 2 期(2005)。

④ 有学者认为将涉案原则之间的碰撞也界说成冲突关系并不准确,因为这不合原则可最佳化的特征;而称之为紧张关系更为恰当,因为原则之间一般不存在绝对的优先性。(参见陈显武《论法学上规则与原则之区分——由非单调逻辑的观点出发》,载《台大法学论丛》第 34 卷第 1 期(2005)。)

克西将规则称之为确定性命令。规则的典型适用方式是涵摄——若个案事实符合规则的构成要件,即应接受该规则的法效果。^① 基于两者在实现程度上的差异,阿列克西也认为规则与原则之间是逻辑上而不是程度上的区别。

其次,规则与原则具有不同的初步性特征。初步性是指起初具有可行性,但可以因其他阻却事由而不实行。原则因为分量的特性而具有显明的初步性。规则固然具有确定性,但在原则为规则创设例外的情形下,规则的例外是不可数的,因此规则在此时也就具有了初步性的特征。这就需要对两者的初步性特征进行分析。阿列克西认为两者在初步性上具有的差异,主要体现在原则碰撞的领域。原则碰撞包括两种类型,即纯粹的原则碰撞与涉及规则的原则碰撞。从抽象的层面看,除了绝对原则之外,原则一般具有相同的初步性,原则之间通常不具有绝对的优先性,亦即原则彼此间是等位阶的。这从它仅考虑重要性的向度(分量)即可作出哪一个原则优先的判断中得到印证。但在涉及规则的原则碰撞中,^②要基于前一个原则相较于后一个原则的优先地位,进而为后一原则所支持的规则创设例外的做法,仅凭权衡是不够的。因为欲根据原则对规则创设新例外者,需要负担强论证责任。他除了必须证成为何所要求的原则在内容上优于规则的规定,还必须证成为何在此条件下,该原则实现的重要性是如此之高,以至于可以偏离形式原则。^③ 因为我们一般必须遵循“禁止向一般条款逃逸”的法治准则。由此我们可以看出,在

① 王鹏翔:《论基本权的规范结构》,载《台大法学论丛》第34卷第2期(2005)。

② 所谓涉及规则的原则碰撞,是指在案件裁量中出现了规则悖反的情况,也就是适用该涉案规则会导致严重的个案不公,故而需要运用原则破除此规则,进而发生该原则与规则背后之原则碰撞的情形。

③ 形式原则如“由合法权威制定的规则必须遵守”、“无特别理由不得偏离历来的实务见解”等具有宪政意义上的重要性,这源于对合法权威的尊重。这种尊重基于如下的假设,即合法权威具有超越于我们的能力和资格,在制定规则之前能进行全面的考虑并作出正确的衡量,因而比个人的判断更具效率性和正确性。(参见王鹏翔《规则、原则与法律说理》,《月旦法学教室》第53期。)对形式原则重要性的说明,有学者引述了“独立理据”的观点,并指出认真对待权利之前需要认真对待规则。(参见颜厥安《规则、理性与法治》,载《台大法学论丛》第33卷第2期(2002)。)

原则为规则创设例外的情形下,规则的初步性要强于原则的初步性。

最后,规则与原则的碰撞法则也不一样。如果两个规范同时适用到个案上会产生互相矛盾的后果,那么这两个规范就存在规范碰撞。阿列克西认为,原则和规则在逻辑结构上的不同最清楚地表现在规范碰撞的不同解决方式上。^① (1) 规则冲突。阿列克西认为规则冲突有两解,如果不将相冲突的规则之一作为例外条款嵌入另一规则,那么其中之一就要被宣布为无效。例如,“下课铃响前,不得离开教室”与“火警铃响后,必须离开房间”这两个规则之间的冲突,就是通过将后一规则视为前一规则之例外的方式得到解决的。之所以采取这种方式对待规则之间的冲突,原因在于此类冲突涉及效力问题。法律效力的概念不同于社会效力或者规范强度,因此法律效力不存在程度问题,无法将其阶段化处理。^② (2) 原则碰撞。如前所述,原则的选择不像规则冲突那样是非此即彼的关系。在原则碰撞中何者具有优先性,只能根据个案情形衡量孰重孰轻来判断。也就是说,原则碰撞乃是通过察看个案情形,经由确定原则之间的“条件式优先关系”来解决的。^③

综上所述,法律原则是法律规范——而非法律——的一个重要构成要素,法律规范由法律原则与法律规则组成。法律原则与法律规则相互区别、相互联系,并且是法律规则得以形成的前提和基础。在立法、执法和司法裁判等法律实现的过程中,法律原则既是可以直接用以调整社会关系的规范,又是法律论证得以展开的基本出发点;在法治理论的研究视域下,由于法律原则与应有权利存在着更为密切的内在一致性,故而具有着促使形式法治迈向实质法治的功能。

① 王鹏翔:《论基本权的规范结构》,载《台大法学论丛》第34卷第2期(2005);陈显武:《论法学上规则与原则之区分——由非单调逻辑的观点出发》,载《台大法学论丛》第34卷第1期(2005)。

② 张嘉尹:《法律原则、法律体系与法概念论——Robert阿列克西法律原则理论初探》,载《辅仁法学》第24期(2003)。

③ 王鹏翔:《论基本权的规范结构》,载《台大法学论丛》第34卷第2期(2005)。

法律原则的适用

法律原则的适用包括两大阶段,一是法律原则的识别,二是法律原则的具体应用。

既然法律规范包括法律规则与法律原则两种类型,且哈特用于鉴别法律规则的承认规则无法鉴别法律原则,^①那么自然就会引发一个疑问,即法律原则依靠什么进行识别?这也是法律原则得以适用之前提。对此,德沃金给出了自己的答案:“作为法律原则的这些原则并不源于某些立法机关或者法院的特定的决定,而是源于在相当长的时间里形成的一种职业和公共正当意识。这些原则的持续的力量,来源于这种意识的保持。”^②德沃金认为,法律原则源于公共正当意识,并且需要得到制度性支持,但我们事实上无法提供一个设计好的鉴别公式,用来检验一条原则成为一个法律原则需要多少制度上的支持,需要哪一种制度上的支持,也不能用来确定它的量度和尺度,那么“只有可以证明被引证的原则与从前那些未被取消的先例保持一致,与这一体制在假设的环境中准备做出的判决也是一致的,这时,根据责任理论,原则的论据才能为一项特殊的判决提供论证。”^③

有学者总结指出,对于“原则”的寻获,德沃金早期在《认真对待权

① 哈特关于习惯经“承认规则”确认成为法律的观点,在德沃金看来形成了理论上的一个漏洞:哈特无法成功区分法律上的习惯规则与道德上的习惯规则,只能退到依据社会是否把习惯实践看作具有法律约束力来判断。这就会使基本规则(承认规则)的意义降低,也就是说事实上社会的承认程度与承认规则构成了两个鉴别标准。这同时即已说明承认规则是有限度的,有一些规则在其鉴别范围之外,其效力可能来源于原则、政策,而不是完全来源于承认规则。承认规则试图鉴别原则的努力正如它鉴别习惯那样失败了,法律是一个规则的体系的说服力也随之动摇。同时,承认规则不能为确认原则提供鉴别标准,原则也同样由于其自身的分量属性、无法穷尽性,不能成为规则的承认规则。(参见[美]罗纳德·德沃金《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,第62—67页。)

② [美]罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,第62—63页。

③ 同上书,第121页。

利》一书中认为它取决于“在法律人职业阶层及大众身上长年所发展的一种妥当感”及“制度上的支持”(institutional support);到了后期,在《法律的帝国》一书中,德沃金更进一步要求每个案件审理中所使用的“法律原则”都能在过去的判例中同样解释得通。可见,“制度上的支持”才是认定一个道德原则是否能够同时成为法律原则的关键判断标准。^①综合可知,具备客观道德基础并能融通既有法制的原则才能是法律原则。从另一方面来看,上文所述的原则与政策以及规则的区别也是我们识别法律原则的一个重要标准。

法律原则的具体应用是另一个富有意义的论题。中国大陆地区的学者们在论及法律原则时,大都将主要的精力和笔墨集中于法律原则的司法适用上,并形成了些许共识。但笔者认为,我们对“法律原则的适用”往往缺乏一种前提性的反思。众所周知,普通法系的法律渊源包括由法院判例累积而成的、独立于制定法体系的普通法判例法。有关这一部分的判例法的运用和解释是迥异于成文法的,它依赖于特有的政治道德与伦理客观主义,^②表现出普通法司法实践的独有特征。法律原则理论发端并成熟于普通法司法实践,对我们而言这是一个陌生的法律文明传统,享有其独特的历史经验。如果我们不具备进行语境置换的意识和能力,在大陆法系传统的实践背景下直接照搬普通法司法实践孕育而出的法律原则适用理论,即使谈不上走火入魔,至少也有些不伦不类,且也有碍于我们把握法律原则的真谛。借鉴是必要的,但我们相信需要对普

① 林立:《论“法律原则”的可争议性及为“柔性的法价值秩序”辩护》,载许章润主编《清华法学》(第一卷),清华大学出版社2003年版,第78—79页。然而文中该论者接着认为,德沃金的这一原则识别理论导致了他的理论的保守性:德沃金主张用以判案的“最佳”的“原则”最后竟然就是指“最符合”既有体制而已,这便会造成法官可能适用传统上邪恶的先例的恶果。但笔者认为,该论者混淆了两样东西,即识别原则的标准与原则本身的道德性。原则的识别需要它能够融通既有法制,但这并不意味着能够融通法制的这个原则就是保守的、甚至反道德的。此外在《认真对待权利》一书中德沃金用较大篇幅谈到了对先例体系中反平等、反民主等错误先例的处理问题。(参见[美]罗纳德·德沃金《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,第161—163页。)

② 有关西方道德客观主义的解读可参见[英]布赖恩·莱特编《法律和道德领域的客观性》,高中等译,中国政法大学出版社2007年版。

通法传统下的法律原则理论这种地方性知识进行再地方化。

关于法律原则的适用,同样抱持法治的情怀,却存有完全两立的学术主张。一派认为法律原则的适用必然伴随的是强自由裁量,同时必须对适用原则进行裁判而引致的强自由裁量加以有效的限制,以使其尽可能与依法裁判这一基本的法治理念相一致。^① 另一派则主张法律原则的适用是反自由裁量的,这是法律原则契合法治的最重要表现。^② 由于法律原则相较于法律规则更具概括性,也由于法律原则具有着眼于特殊、具体的个案而追求实质正义的特性,因此法律规则具有适用上的优先性。愈确定、具体的规范愈拥有适用的优先性,这不仅符合事物的性质,而且也是人类的认识论和逻辑规律所要求的。^③ 所以适用法律原则时就需要对为什么不(优先)适用法律规则做出说明。

笔者以为,立基于经典的原则理论以及道德客观主义,法律原则的适用是一个无涉自由裁量的过程。我们不能因为法律原则的适用需要具体化、需要去解释其适用的理据就认定裁量的空间很大、自由选择不可避免。也许我们会因为主客观各种因素最后选错了某一法律原则,但切合个案的那个正确的法律原则依旧存在,依旧等待着选择者(法官)去揭示和适用。这就好比做 $1+1$ 的数学题,我们可以基于各种可知、不可知的原因给出等于 3、4 或 5 的答案,但正确的答案 2 依旧存在。这就是说,仅仅因为人类的可错误性就判定法律原则的适用伴随着自由裁量并不准确。

① 例如英国学者米尔恩说:“规则的要求是具体的,因而可以用明确的命令和禁令加以系统地表述。原则的要求具有更程度的一般性,因而需要依照具体场合作解释。这就是为什么必须行使自由裁量权,以及我们已经看到的为什么原则给充满理解的行为提供了根据的原因。但是,如果要满足原则的要求,就必须注意理解个别情况,这也即是依照具体场合作解释的含义所在。”([英]A. J. M. 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 24 页。)中国大陆地区学者的类似观点可参见陈景辉《原则、自由裁量与依法裁判》,载《法学研究》2006 年第 5 期。

② 最精确地表达这一点的是德沃金。德沃金反对实证主义法学坚持自由裁量权的观点,认为法律是全面完善的封闭体系。(参见[美]罗纳德·德沃金《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社 1998 年版,第 34 页以下。)

③ 舒国滢:《法律原则适用中的难题何在》,载《苏州大学学报(哲社版)》2004 年第 6 期。

既然法律规则的适用具有优先性,适用法律原则就需要较强的论证。这主要体现在法律原则得以成为个案裁判的适用规范所需满足的前提性条件上。一般认为这样的条件有三个:^①(1) 穷尽法律规则。法律适用的基本准则是规则之治,法官判案的任务即是寻找适案的规则。只有在相关规则缺失的情况下,法律原则才能作为“漏洞补充”的角色发挥作用。(2) 出现规则悖反或曰维护个案正义。规则裁判的结果一般即被认为是正义的结果,但司法实践中不可避免地会出现适用既有规则导致个案判决极为不公的现象,这个时候就需要对法律规则进行实质审查,法律原则在此就可以为了强烈的个案正义破除规则适用的优先性。(3) 需要更强理由。正如上文在论述法律原则的初步性时所提及的,欲破除规则而适用原则,需要负担强论证责任;除了必须证成为何在系争条件下所要求的原则在内容上优于规则的规定,还必须证成为何在此条件下,该原则实现的重要性是如此之高,以至于可以偏离形式原则。换句话说,如果法律规则没有穷尽或者不是为了个案强烈的公正或者没有更强理由,那么就不可以适用法律原则。

解决了法律原则司法运用的适格问题,我们还需要进一步关注法律原则的具体应用问题,即法律原则适用于裁判之时,它可以直接涵摄到个案吗?笔者认为答案仍然是否定的。适格的法律原则在司法运用之时必须实现具体化,也就是说需要经过原则衡量,根据特定的案情形成“条件式的优先关系”。这一过程应当尽可能详尽地以一系列严谨、缜密的法律解释、推理和论证在司法裁判文书中展现出来。^②

^① 舒国滢:《法律原则适用中的难题何在》,载《苏州大学学报(哲社版)》2004年第6期。

^② 也有学者认为,上述法律原则适用的条件及方式实质上达不到预期的理论目标,在实际操作中仍会不可避免的沦为强自由裁量;只有根据阿列克西的原则碰撞法则与重力公式才能较好地解决这一理论与实践难题;法律原则适用的恰当条件应是新的三个限制条件,即普遍性条件、比例原则、不得违反法律体系性要求。详细论述请参见陈景辉《原则、自由裁量与依法裁判》,《法学研究》2006年第5期。有关阿列克西原则适用的论述还可参见陈显武《论法学上规则与原则之区分—由非单调逻辑的观点出发》,载《台大法学论丛》第34卷第1期(2005);王鹏翔《论基本权的规范结构》,载《台大法学论丛》第34卷第2期(2005)。

法律体系(legal system)

人类对体系化(或曰系统化)的追求由来已久。“体系”(“系统”)一词来源于古希腊语,它蕴含着部分构成整体的思想。古希腊“百科全书”的思想家亚里士多德对世间万物的研究,有意无意地构建了一个内容包罗万象的思想体系。此后的东罗马帝国皇帝查士丁尼更是倾其全力试图构建一个包罗万象的《国法大全》,以致他认为《国法大全》已经完善到无需且禁止人们解释的程度。^①这种体系化的思维方式在文艺复兴、启蒙运动之后,逐渐成为人们思考问题的主流方法之一。无论是黑格尔还是稍后一些的马克思,他们都试图构建一个有自己特色的、庞大的思想体系。这一思维方式在二十世纪四十年代发展到顶峰:美籍奥地利人、理论生物学家 L. V. 贝塔朗非(L. Von. Bertalanffy)于 1945 年发表了《关于一般系统论》的论文,此后这一理论渐入人们的视线并发展成为一门兼具逻辑和数学性质的新兴科学——“系统论”。

为什么体系化的思维方式之于人类具有如此巨大的吸引力?该思维方式在文艺复兴之后大肆勃兴的现象说明,人类对理性的高度自信与

^① [美] 艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社 1992 年版,第六章。

倚重当为体系化建构的重要动力来源。经过文艺复兴、宗教改革以及稍晚的启蒙运动后,人类自信地认为:通过理性的思维能力,我们完全有能力建构一套关于某一问题的知识体系;并且也只有将某一单独现象置于体系之中,我们才更有可能精准地把握前者。

体系化的思维方法从其产生之初,大抵应用于被我们称之为“科学”的领域。虽然人们对法学是否是一门“科学”的看法存在着巨大的争论,但法学研究与法律实践对作为“科学”之标志的“逻辑”的高度依赖,使人们对法律现象进行体系化的研究成为可能。特别值得一提的是,法律制度追求正义的秉赋又使人们对法律进行体系化的研究显得尤为必要。“人类力求将公平正义(法律伦理的要求)以可靠而且可以理解的方法(合理化的要求)实现在人间的努力,已促使法律学采用体系思维向体系化的方向运动”。^①

因之,法律体系(legal system),就是人们以体系化的思维方法研究法律现象的产物。

法律体系的含义

1. 外国学者对法律体系的界定

虽然人们在很久以前就开始用系统化的方法研究法律现象,但英国学者约瑟夫·拉兹却明确地指出:“凯尔森是公开而又充分研究法律体系概念的第一人,但是,在奥斯丁的著作中已经隐藏了一种比较完整的法律体系理论”^②。时至今日,法律作为系统的观念在法律实践和法律科

① 黄茂荣:《法学方法与现代民法》(增订四版),登翊印刷有限公司2002年版,第529—530页。

② [英]约瑟夫·拉兹:《法律体系的概念》,吴玉章译,中国法制出版社2003年版,导言第5页。凯尔森(H. Kelsen)与系统论的创始人贝塔朗非(L. Von Bertalanffy)一样,都是美籍奥地利人。作为前奥地利最高宪法法院法官的凯尔森,因二战爆发于1940年流亡美国,并先后在哈佛大学和加利福尼亚大学任教。按照拉兹的说法,如果凯尔森是第一个公开而又充分地研究法律体系概念的人,那么他的这种研究方法似应与贝塔朗非有着重要关联。同时,拉兹的观点也恰好说明,以体系的方法研究法律现象虽然起步很早,但真正大规模的研究应开始于系统论萌芽或产生之后。

学的不同阶段,正以一种可操作性理想(regulative ideal)的形式而不断展开。^①

诚然,在奥斯丁开创法理学之前,人们将法律现象置于哲学、伦理学以及政治学等学科的研究范畴之内。从古希腊的柏拉图、亚里士多德,到启蒙运动时期的格老秀斯、霍布斯、洛克、卢梭、孟德斯鸠等人,他们无一例外地遵循着上述研究脉络。英国学者奥斯丁提出的法律乃是“主权者对其臣民所发布的一般性命令”的命题,提醒人们注意到法律体系由“主权者”、“命令”(与此有着重要关联的是“义务”)和“制裁”等要素构成。^②此后,一些继承了分析实证主义法学之衣钵的学者又进一步完善了关于法律体系的理论。例如,凯尔森提出的“规范等级体系”理论,哈特提出的法律体系由“主要规则”和“次要规则”构成的理论,都对界定法律体系的内涵做出了相应的理论贡献。

与分析法学派侧重于关注法律体系的内在构成要素不同,法律社会学以及自然法学则侧重于强调法律体系的内在构成要素与法律体系的外在价值标准之间的协调问题。例如,美国社会学法学的集大成者庞德认为,“法律包括各种法令、技术和理想:即按照权威性的传统理想由一种权威性的技术加以发展和适用的一批权威性法令”^③。而带有比较鲜明的自然法学色彩的美国当代法学家罗纳德·德沃金则认为,规则、原则和政策构成了法律体系的基本元素。此外,德国的概念法学派主张法律体系为封闭的逻辑体系;而利益(或价值)法学派认为法律体系是开放的利益(或价值)体系。而日本学者认为,“法律体系是指严格定义的概念和被某些原则合理化的规则组成的规范性构造,目的是实现预期的

① J. Bengoetxea, “Legal System as a Regulative Ideal” in H. J. Koch and U. Neumann, *Legal System and Practical Reason*, ARSP Beiheft 53 (Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 1994), pp. 65 - 80.

② [英]约翰·奥斯丁:《法理学的范围》,刘星译,中国法制出版社2002年版,第13—41页。

③ [美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制、法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆1984年版,第22页。

社会控制”^①。各种关于法律体系内涵的观点纷至沓来、不一而足。

各种不同观点的交锋,使兼具不同派别优点的法律体系概念凸显出来。约瑟夫·拉兹对法律体系的界定即属此类。拉兹认为,一个完整的法律体系理论应该试图回答四个方面的问题:(1)回答一个法律体系的存在标准是什么的存在问题; (2)回答一种法律归属于一种体系的标准又是什么的特征问题; (3)回答所有的法律体系是否都有一个共同的结构、某类法律体系是否具有共同的结构等问题的结构问题; (4)回答所有法律体系是否都具有某些不可或缺的内容等问题的内容问题。^② 法律体系理论研究范围的这一界定,为我们理解法律体系的内涵提供了新的思路。

2. 我国学者对法律体系的界定以及我们的观点

我国法学界对法律体系的研究继承了前苏联的传统。例如,苏联学者拉扎列夫认为,“法律体系,是指全部法律规范根据调整的对象和方式分为法律部门和法律制度”^③;而阿列克谢耶夫则认为,法是一个完整、复杂的系统,其主要构成因素是法律规范和法律文件。^④ 不难看出,这些关于法律体系的观点都在一定程度上带有分析实证主义法学的色彩。

我国学者对法律体系的界定大体上因袭了这一思路。例如,有学者认为法律体系“是指由一国现行的全部法律规范按照不同的法律部门分类组合而形成的一个成体系化的有机联系的整体”^⑤。有人认为,“法的体系是法的内部结构,指一国现行法既分为不同部门而有内在统

① [日]千叶正士:《法律多元》,强世功、王宇洁、范愉、董娟、彭冰、赵晓力译,中国政法大学出版社 1997 年版,第 173 页以下。

② [英]约瑟夫·拉兹:《法律体系的概念》,吴玉章译,中国法制出版社 2003 年版,导言第 2—3 页。

③ [俄]B. B. 拉扎列夫主编:《法与国家的一般理论》,王哲等译,法律出版社 1999 年版,第 38—39 页。

④ [前苏联]C. C. 阿列克谢耶夫:《法的一般理论》(上册),黄良平、丁文琪译,法律出版社 1988 年版,第 247 页。

⑤ 张文显主编:《法理学》(第三版),法律出版社 2007 年版,第 148 页。

一、有机联系的系统”^①。国内学者大致将法律体系定义为,由一个国家现行的法律部门组成的和谐统一的整体。换言之,国内对法律体系的概念大都倾向于对静态法律制度(法律部门)的描述。

将法律体系界定为静态的现行法律部门的集合体,降低了人们认知法律体系的难度。这样的定义对法律的执行、适用、遵守以及人们法律意识的提高都有着极为重要的现实意义。然而,我们同样不能忽视的是,“在很大程度上,系统化是在日常实践中达致的。它是法律人通过司法裁决和学术性法律著作中的解释而意欲达致的一个目标”^②。正因如此,在理论上界定一个能够容纳静态的法律部门和动态的法律运行过程的法律体系概念,就显得尤为必要。

基于此,法律体系就意味着一个国家现行的法律制度和法律实践按照一定的逻辑结构所组成的有机联系的整体。这一定义包含着两个方面的内容:(1) 法律体系包含着静态的法律制度和动态的法律实践。静态的法律制度就是指构成一个国家或地区的法律渊源的各种规范性法律文件;而动态的法律实践则包括实施静态法律制度的执法、司法、守法等活动。(2) 法律制度和法律实践是按照一定的逻辑结构联系起来的。逻辑是法律制度和法律实践必须遵守的基本法则,也是法律体系得以形成的关键所在。例如,法律概念内涵的统一、周延,是法律制度合逻辑性的表现;而演绎推理、归纳推理、类比推理等推理方法的广泛应用,则集中说明了法律实践的合逻辑性。

合逻辑性是来自于法律体系内部并推动其形成的内在动力。作为法律体系形成动因的合逻辑性首先表现为法律概念,进而表现为法律规则、法律制度和法律部门的合逻辑性。这种规则层面上的合逻辑性要求法律概念的统一、法律制度的和谐以及法律部门的齐全,从而使一个国家现行的法律制度在逻辑上尽可能形成一个自洽的系统。推动法律体

① 孙国华、朱景文主编:《法理学》,中国人民大学出版社1999年版,第293页。

② [比利时]马克·范·胡克:《法律的沟通之维》,孙国东译,法律出版社2008年版,第147页。

系得以形成的合逻辑性其次表现为人们行为的合逻辑性,亦即很大程度上的人们行为的合理性。法律作为调整人们行为的社会规范,基于人们行为的合逻辑性而塑造了其自身运行过程的合逻辑性。例如,犯罪嫌疑人行为的合逻辑性,就为公安、检察机关侦破案件提供了可能。概言之,人们在主观方面创造法律制度的合逻辑性与法律调整人们的客观行为的合逻辑性,构成了法律体系形成的逻辑动力的内涵。

3. 法律体系的特点

法律体系是静态的法律制度和动态的法律实践的集合体。作为法律现象之集合体的法律体系,既具有系统的基本属性,又带有鲜明的法律特色。

第一,法律体系的整体性。体系(或曰系统)的核心思想就是整体观念。亚里士多德所提出的“整体大于部分之和”的原理,就是对这一思想的最好诠释。因此,法律体系的各构成要素不是孤立地存在着,而是都处于法律体系的一定位置上,并起着特定的作用。法律体系的内部各要素间相互关联,构成了一个不可分割的有机整体。

法律体系的整体性首先表现为静态的法律制度在效力上的整体性。组成静态法律体系的法律部门虽然种类繁多,但各法律部门在效力上却层次分明,共同构成了一个在效力位阶上像金字塔般的一个法律制度的整体。各不同的法律部门虽然在整个法律体系中发挥不同的作用,却也构成了整个体系中不可或缺的基本环节。

法律体系的整体性其次表现为动态的法律实践在功能上的整体性。静态的法律部门只有在对社会关系的调整中才能发挥相互配合、相互渗透、相互补充的功能。法律部门如果不能在现实生活中发挥切实的作用,法律的社会控制功能就无从获得实现。以中国为例,传统中国“刑民不分,诸法合体”的法律整体构造,为法律功能的实现提供了较为单一的制度手段:对刑事法律制度的过分强调,使刑法成为调整各种社会关系的最重要工具。当代中国对法律部门的明确划分,使法律体系对社会关系的调整必须依靠各不同法律部门的密切合作。换言之,法律部门正是

在对现实的社会关系进行调整的过程中,通过相互的协调与配合,才获得了形成动态的法律体系的途径。

第二,法律体系的关联性。法律体系的关联性,是法律体系的整体性的延续,它意味着在共同价值观的指导下,法律体系的各个构成要素能够形成一个彼此间发生密切联系的等级结构。在某种意义上说,法律体系的关联性,也意味着法律体系的构成要素之间的等级结构性。

“法律体系的等级结构的确立,对于建构合理的法律体系具有重要的意义,对于法律的有效实施也具有重要的意义”^①。正因如此,无论是哈特的“主要规则”和“次要规则”理论,还是凯尔森所构建的“基本规范—宪法—一般规范—个别规范”的规则体系理论,其间都注意到了法律体系的构成要素之间的等级结构。在当代世界各国的法律体系中,宪法在静态的法律制度中大多具有最高的法律效力,从而居于规则体系的顶端。在法律实践中,法律的实施活动之间也存在着密切的关联。因此,没有法律体系构成要素的等级结构,就没有它们之间的关联。

第三,法律体系的开放性。法律体系的开放性,是对法律现象进行系统研究的要求。系统研究要求对整个系统、系统的构成要素以及系统运行所依赖的环境的相互关系和变动的规律性进行综合的考察。因此,“法律必须稳定,但又不能静止不变”^②,就成了一句颠破不灭的真理!

从现实的角度看,法律体系开放性的原因是多重的。法律体系所调整的社会关系的变动不居决定了法律必须因时、因地而变。此外,贯穿整个法律体系的价值观也必然随着社会的变迁而不断变化。

法律体系的开放性,要求静态的法律制度必须随着社会的变迁而不断进行修正,所谓法的废、改、立就是静态的法律制度对社会变迁的适应手段。而动态的法律体系的开放性,则要求执法、司法机关能够以符合时代要求的法律技术、价值观念,使执法、司法活动与不断变迁的社会现

① 卓泽渊:《法治国家论》,法律出版社2008年版,第343页。

② [美]罗斯科·庞德:《法律史解释》,邓正来译,中国法制出版社2002年版,第2页。

实保持一致。有些学者所提出的“立法模式的适应之路”和“司法模式的适应之路”，所说的也就是法律体系这方面的特性。^①

第四，法律体系的国家性。作为上层建筑的最核心内容，法律体系与国家密切相关。根据马克思主义的一般理论，没有国家就没有法律，也就不会有法律体系。从这个角度看，法律体系的国家性是法律体系区别于其他规则体系的重要特征之一。^②

法律体系的国家性不仅表现在一个法律体系仅在该国主权所及的范围内有着普遍的法律效力，而且还意味着静态和动态的法律体系都带有“国家”的痕迹。例如，作为法律体系构成要素的法律制度、法律部门的制定、修改、废止、解释都必须由国家进行；而动态的法律体系的国家性，则异常鲜明地体现为法律运行对国家强制力的依赖。法律体系的国家性是法律体系的重要特征。

法律体系的分类

根据不同的标准，法律体系可以被分为若干不同的种类。法律体系分类的多维度，有助于我们全方位地把握法律体系的内涵。

1. 历史法律体系和现行法律体系

以法律体系存在的时间为标准，可以把法律体系分为历史法律体系和现行法律体系。

从历史文化的角度考察法律体系，其内涵与法系是等同的。这也正是法国比较法学家勒内·达维德(Rene David)以《当代主要法律体系》，用以分析我们一直称之为“法系”的原因。法系的划分标准，是法的历史文化传统和法的外部表现形式。例如，中华法系是以儒家的法律文化传

^① 谢晖、陈金钊：《法理学》，高等教育出版社2005年版，第49页。

^② 哈特的“承认规则”和凯尔森的“基本规范”，都是认定一个规则是否属于法律规则体系的重要标准。也就是说，这两个重要的概念在某种程度上都是用来界定法律体系界限的工具——比利时学者胡克称其为“闭合规则”。法律体系的国家性虽比上述两种标准看似粗糙，但因其操作性更强而具有自己的优势。

统为纽带,以“刑民不分、诸法合体”为外在表现形式的法律体系;英美法系是以经验主义的法律文化传统为主线,以判例法为主要外在表现形式的法律体系;而大陆法系则以理性主义的文化传统为指导,以成文法为法律的主要表现形式的法律体系……在此,我们且以大陆法系和英美法系为例,说明历史法律体系的构成要素和运行状态。

大陆法系是以罗马法传统为基础发展起来的法律制度的总称。与古罗马法学家乌尔比安最早提出公、私法的划分相联系,公法与私法成为大陆法系法律制度的基本构成要素。在法律实践中,大陆法系以理性主义为指导思想,将既有的成文法运用于待决案件中。因此,大陆法系在法律实践中主要运用演绎的法律推理方式;而且大陆法系对成文法的重视又使其静态法律制度的建构高度倚重于立法活动。英美法系主要以英国十一世纪的普通法为基础发展起来,因此普通法和十四世纪发展起来的衡平法构成了该法系的基本构成要素。在法律实践中,英美法系以经验主义(现实中更多地表现为实用主义)为指导,以“先例必须遵守”的原则处理待决案件。这种争议解决途径更多地表现为法律实践活动中的类比法律推理或归纳法律推理的思维方式。此外,英美法系对先例的重视,又决定了其静态法律制度的建构对司法活动的高度依赖。^① 这里还需说明的是,随着时间的推移,两大法系也逐渐发生了深刻的变化。例如,大陆法系法律制度的核心已由早期的私法(特别是民法)逐渐转变为公法(特别是宪法);英美和大陆法系的法律精神逐渐从早期强调公民的个人自由过渡到社会利益;两大法系也出现了逐步合拢的发展趋势。

2. 应然的法律体系和实在的法律体系

以对法律内涵界定的基本学理分歧为标准,法律体系可以被分为应然的法律体系和实在的法律体系。

自然法学强调对应然法律体系的研究。在这种法律观看来,自然法

^① 与大陆法系和英美法系不同,中华法系在静态法律制度的构成上表现为“刑民不分、诸法合体”基本特征,在法律实践中又以追求法律的实质合理性为价值目标。对实质合理性价值目标的追求,又是通过“无讼”、“行政兼理司法”等具体的法律实践实现的。

是一个普遍使用的法律体系,“自然法的头一个伟大成就见于法律的固有领域,也就是见于具有普遍效力的一个法律体系的奠基”^①。自然法的观念发端于古希腊的斯多葛学派,经西塞罗的发展以及托马斯·阿奎那等人的神学改造后,于17、18世纪在启蒙思想家那里重现勃勃生机。作为与应然法相对应的实在法,其良善与否的评价标准必须来自于应然法。“一项更高级法律支配常规立法的观念,乃是一渊源极为深远的观念。在18世纪,此一更高级的法律通常被认为是上帝之法、或自然法、或理性法”^②。以此观点看,自然法就是包含着人类的理性原则、自由观念、正义标准等基本内容,可用以处理人类各种争端的重要裁判准则;也是一个在逻辑上自足的法律体。按照这样的观点,不符合自然法要求的实在法就是恶法,也就不具备法律的资格。

对应然法律体系的责难主要来自怀疑论、功利主义以及历史法学。在反对者看来,“法律并不是由那些从公理性或不证自明的原则中推论出来的清晰的理性结论所构成的体系。它不是一套人的理性可以构建出道德几何学的演绎结论体”^③。在这种思潮的冲击下,强调法律的研究对象仅为实在法的分析实证主义法学最终在19世纪占了上风。分析实证主义侧重于强调法律的外在形式。法律制度只要具备“法律”的外壳——由国家制定、公布并由国家强制力保证施行等外在要素,无论其内容良善与否,它都具有法律的基本素质。简言之,“恶法亦法”是分析实证主义法学较具代表性的观点。

伴随着自然法学和分析实证法学两大派别争论的深入,它们之间也互相汲取了对方大量的合理性因素。在自然法学大量地强调法律的国

① [意大利]A. P. 登特列夫(d'Entreves):《自然法》,李日章译,台北联经出版事业公司2000年版,第11页。

② [英]弗里德利希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》(上),邓正来译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第224页。

③ [德]海因利希·罗门:《自然法的观念史和哲学》,姚中秋译,上海三联书店2007年版,第99—100页。

家性、形式性要素的同时,^①分析法学也逐渐接纳了自然法学的某些理论。例如,哈特在其名著《法律的概念》中,就指出了“自然法的最低限度内容”。这些内容包括人的脆弱性、大体上的平等、有限的利他主义、有限的资源以及有限的理解和意志的力量等五个方面的要素。^②从总体的发展趋势来说,随着人们讨论的深入,应然的法律体系与实在的法律体系之间的界限,已经变得越来越模糊。

3. 静态的法律体系和动态的法律体系

以法律体系的存在形态为标准,法律体系可以被分为静态的法律体系和动态的法律体系。

静态的法律体系由静态的法律规则,更确切地说是由法律部门构成。所谓法律部门,“是指根据一定的标准和原则,按照法律规范自身的不同性质、调整社会关系的不同领域和不同方法等所划分的同类法律规范的总和”^③。法律部门是法律体系的基本组成要素,各个不同的法律部门的有机组合,便成为一国的法律体系。作为法律体系的基本构成单位,法律部门的形成又取决于人们之间的社会关系。由人们的行为关系所组成的社会关系客观地要求规则的调整,法律部门就是基于人们之间的社会关系的不同类别而设定的。其次,对同一类社会关系的不同调整方法,也是区分法律部门划分的又一重要标准。例如,民法作为一个独立的法律部门主要调整平等主体之间的财产关系和人身关系;而行政法律部门则主要调整不平等主体之间的财产和人身关系。

顾名思义,动态的法律体系由法律规则的运动状态组成。法律规则

① 例如,分析实证法学的代表人物之一哈特,提出了“最低限度内容的自然法”的主张。带有自然法色彩的德国学者罗伯特·阿列克西,除强调法律需要具备内容的正确而外,还认为法律的权威性制定和社会实效性也是法律必不可少的要素。上述发展倾向,是自然法和分析实证法学相互影响的最好佐证。

② [英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社 2006 年版,第 180—185 页。

③ 张文显主编:《法理学》(第三版),法律出版社 2007 年版,第 151 页。

的运动状态集中地表现为法律规则对人们行为冲突的裁断。^①冲突裁断间的关联,使冲突的裁断之间联结成一个能够裁决各种冲突的无缝之网。例如,1804年公布的《拿破仑民法典》第四条明确规定,“审判员借口没有法律或法律不明确不完备而拒绝受理者,得依拒绝审判罪追溯之”。这一规定建立在既有法律体系完全可以在运动中解决一切冲突的假设之上。冲突裁断间的关联通过法律推理获得实现。在法律实践中,法律推理主要包括三大种类,即演绎法律推理、归纳法律推理和类比法律推理。演绎法律推理是一种从一般到特殊的法律推理方式,三段论是其主要表现形式——成文法国家根据成文法对冲突的裁决大多属于这类法律推理模式。归纳法律推理是一种从特殊到一般的法律推理方式——从若干个别案件的处理经验中得出一般的规则模式的推理是为典型。而类比推理则属于一种从个别到个别的法律推理方式,普通法系国家在个案处理中采取的“遵循先例”原则是类比推理的典型代表。通过法律推理,冲突的裁断之间产生了必然的联系。冲突裁断的一致性、公平性要求,使法律部门在运动的状态下形成了一个严密的动态的法律体系。

静态的法律体系和动态的法律体系有着紧密的关系,而且二者也可以被视为一个问题的两个方面。静态的法律体系只有在获得实施的情况下,才证明了自身存在的价值;动态的法律体系只有以现行有效的法律规则为前提,才符合动态法律体系的根本价值目标。换言之,动态的法律体系证明了静态法律体系的存在,并为静态法律体系的修改、完善提供了经验性素材;静态的法律体系为动态法律体系的形成提供了前提

^① 黄茂荣:《法学方法与现代民法》(第五版),法律出版社2007年版,第532—538页。这里需要指出的是,由于人们的自觉守法行为而使法律规则得以正常实现的状态,不宜列入动态法律体系的范畴。其中原因至少有以下诸端:第一,人们自觉践行法律规则的行为,无法在主观上定性为法律、道德抑或是宗教行为。毕竟,人们在依法律规定而行时,可以是自觉的、也可以是不自觉的——其动机可以说是相当复杂的。第二,人们自觉践行法律规则的行为,没有显性的涉法因素。至少与冲突的解决相比,人们自觉践行法律的行为几乎可以被视为没有法律规则渗透于其中。第三,将人们自觉践行法律的行为从动态法律体系中剥离出去,不仅有利于降低学理上的分析成本,而且更与人们的普通意识相符合。因此,我们在此更愿意用美国联邦最高法院大法官霍姆斯所谓的“坏人论”的观点,来看待动态的法律体系。

和相应的程序。

法律体系的影响性因素

“自十六世纪以来,法律已经成为社会控制的最高手段了。”^①在此之前,宗教的、道德的手段是人类社会进行治理的主要工具。从法律发展的上述历史背景可以推出,法律体系作为人类社会基本的治理手段,决不是孤立存在而是必然与其他的社会控制手段发生相互作用的。对于这一问题,法国思想家孟德斯鸠在其名著《论法的精神》中,对政体、宗教、气候、土壤、贸易等各种因素对法律体系的影响进行了深入而详尽的分析。在马克思主义经典作家那里,法律体系被视为上层建筑的重要组成部分,受经济基础的决定。在其反作用于经济基础的同时,法律体系亦与哲学、政治、宗教、历史、艺术等上层建筑的其他领域产生重要联系。各种不同的理论对影响法律体系的重要因素都有不同的认识。在此,我们以法律体系的国家性视角,将影响法律体系的主要因素归结为如下几个方面。

第一,国家主权的因素。主权概念的出现,从根本上改变了世界的面貌。主权概念赋予一个民族以生命力,从而使国家成为“行走在大地上的神”。完整的国家主权是创建完整的法律体系的重要保证。无论按照博丹、格老秀斯还是后来的霍布斯、洛克等人的观点,立法权是主权的最重要表现形式。独立、完整的主权,是自由行使立法权的前提。反之,因没有独立的国家主权而产生的立法权缺陷,必然造成该国法律体系的不完整。例如,我国清朝末年因帝国主义列强的入侵,而出现的有损国家主权以及法律体系完整性的“领事裁判权”、“会审公廨”就是最好的例证。

第二,国家性质的因素。在政治学上,“国家性质和国家本质、国体

^① [美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制、法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆1984年版,第131页。

等是同义语,指的是国家的阶级本质,即在一个国家里各个阶级在国家政治生活中的地位,其中哪个阶级是统治阶级,哪个阶级是被统治阶级”^①。也就是说,国家的性质是由在政治上占优势的阶级的性质所决定的。法律体系作为在政治上占优势的阶级实现社会控制的最重要手段,其内容、性质、功能受后者的决定性影响。马克思主义将法律的历史类型区分为奴隶制法、封建制法、资本主义法和社会主义法的主要依据,也恰在于此。

第三,国家形式的因素。国家形式是国家性质的表现,亦即一个在政治上占优势的阶级如何组织自己的权力,从而有效地实现统治。“国家形式就是一国统治阶级实现国家权力的形式,包括国家政权组织形式和国家结构形式”^②。以此观之,国家形式包括政权组织形式和国家结构形式两个方面的内容。

国家政权组织形式,主要是指如何组织、安排掌握国家权力的机关以及各机关之间的关系,从而使国家权力机关之间形成有效的合作、实现国家职能。从某种意义上来说,国家政权组织形式与政体有某些内涵上的重叠。“政府的形式以最高权力、即立法权的隶属关系而定,……制定法律的权归谁这一点就决定国家是什么形式。”^③国家政权的运行模式对法律体系有着重要的影响。例如,英国作为议会君主立宪制的国家与实行总统制共和制的美国在法律体系上有着很大的不同;我国作为社会主义国家实行人民代表大会制的政权组织形式,这又决定了我国的法律体系与上述国家有着根本的不同。

国家的结构形式主要是指国家的整体与部分、中央与地方之间的关系,国家结构形式主要包括单一制和联邦制两种类型。单一制国家由于全国只有一部宪法、一个中央国家机关体系等因素,决定了其法律体系也是一元的——我国的全国人民代表大会及常委会制定的法律在全国

① 周叶中主编:《宪法》,高等教育出版社、北京大学出版社2000年版,第190页。

② 同上书,第210页。

③ [英]洛克:《政府论》(下册),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第81页。

范围内发生法律效力就是最好的例证。联邦制国家由于存在联邦和联邦组成单位之间的二元政权组织系统,因此其法律体系也是二元的。以美国为例,联邦和各州各有自己的宪法,其法律机构的设置也各自不同。

第四,一个国家的经济发展水平与主流的意识形态的因素。一个国家的整体的经济发展水平和主流意识形态,与国家的性质和形式等问题有着重要联系。由于二者与法律体系之间的特殊关系,这里有必要对其进行独立的说明。

一个国家的经济发展水平决定着一个国家法律体系的创制和运作水平。马克思对此问题曾有过深刻的论述,他认为一个国家的法律是从人们的物质关系以及人们由此而产生的相互斗争中产生,人们的自由意志并不是法律的基础,“那些决不依个人‘意志’为转移的个人的物质生活,即他们的相互制约的生产方式和交往形式,是国家的现实基础,而且在一切还必须要有分工和私有制的阶段上,都是完全不依个人的意志为转移的”^①。马克思关于国家和法律制度产生、发展水平的观点,是物质决定意识、经济基础决定上层建筑的基本哲学原理在上述领域运用的结果。

一个国家的主流意识形态作为上层建筑的重要组成部分与法律体系之间有着强烈的互动。国家的主流意识形态,亦即统治阶级的意识形态,往往成为一个国家法律体系建构和运行的指导思想。不同的指导思想,对不同法律体系的运行方式及价值目标的设定都有着关键性作用。例如,四项基本原则作为我国主流的意识形态,对我国法律体系的建立及其运行中的价值选择具有支配性的地位。

除了上述与国家相关的影响法律体系的主要因素以外,一个国家法律机构的设置、法律职业者的总体素质、法学理论的研究水平等诸多因素都对一国的法律体系有着重要影响。

^① 马克思、恩格斯:《德意志意识形态》,载《马克思恩格斯全集》第三卷,人民出版社1960年版,第363页、第377—378页。

法律体系的存在条件与价值目标

1. 法律体系的存在条件

法律体系的存在条件是研究法律体系问题的题中应有之意——这也是很多法学家共同关心的问题。法律体系的存在问题决定了法律的效力、运行及其价值目标等根本性的问题。

美国学者戈尔丁认为,如果一个法律体系存在于 S,那么它就要求以下条件必须获得满足:“1. S 中存在着法律;2. S 中存在着改变和制定法律的机关;3. S 中存在着裁决违法行为的机关;4. S 中存在着实施法律的机关;5. S 中存在着解决个人之间争端的机关”。^① 概言之,上述文字是从现象学的角度对法律体系存在的一种“描述”:法律规则以及制定、修改和保证法律规则实施的机关等现象证明着法律体系的存在。从整体上看,分析法学与自然法学论证法律体系存在的条件更具影响力。富勒和哈特证明法律体系存在的理论可以较好地说明两派的观点。

美国学者富勒认为,“法律的内在道德”是法律体系存在的必要条件。所谓“法律的内在道德”包括八个方面的内容:(1) 法律的一般性。即必须存在针对大多数人必须遵守的法律规则。(2) 法律必须公布。即需要让人们明白他们需要按照什么样的行为方式而行。(它服从于边际效用原则,因此属于愿望的道德。)(3) 法律不能溯及既往。(4) 法律要清晰、明确。当然,清晰性也是有限度的。立法者在必要的情况下必须将某些无法清晰表达的东西交由司法人员去解释。(5) 法律规则之间不能存在矛盾。(6) 法律要具有可操作性。即法律不要求人们做不可能的事。(7) 法律的稳定性。法律不能朝令夕改,让人们感到无所适从。(8) 官方行动与法律之间的一致性。也就是政府守法的问题。^② 富勒认为这八个方面紧密相关,而且它们关涉到一个法律体系的证成问题。毕

① [美]戈尔丁:《法律哲学》,齐海滨译,生活·读书·新知三联书店 1987 年版,第 20 页。

② [美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆 2005 年版,第 55—107 页。

竟,“这八个方向中任何一个方向上的全面失败都不仅仅会导致一套糟糕的法律体系;它所导致的是一种不能被恰当地称为一套法律体系的东西”^①。通过强调法律和道德之间有着紧密的联系,富勒得出“合道德性”构成了法律体系存在的前提。换言之,富勒所代表的自然法学大多通过法律以外的因素证明法律体系的存在。

哈特则遵循了一条从法律规则自身证明法律体系存在的思路。在他看来,“承认规则”是法律体系存在的前提。作为次要规则之一的承认规则,“会指出某个或某些特征,如果一个规则具有这个或这些特征,众人就会决定性地把这些特征当作正面指示,确认此规则是该群体的规则,而应由该社会的压力加以支持”^②。承认规则具有终极性,一个得到“承认规则”承认的规则,才具备法律规则的资质。当然,承认规则的效力不是“假设”出来的,而是客观地存在着。承认规则的这一特性,与其存在的形态有关。按照哈特的说法:

法官、政府官员与其他人日常的实践活动乃是承认规则所真实存在的地方,……如果这种规则确实存在于社会群体的实践当中,我们就没有必要另外再去讨论这项社会规则‘有没有效力’,尽管它到底有没有价值或合不合意是大可质疑的。……承认规则存在的形态,却必须是法院、政府官员和一般人民,在援引其所含判准以鉴别法律时,所为之复杂但通常是一致的实践活动本身。承认规则的存在是事实问题。^③

从强调承认规则乃是一种“事实问题”可以看出,哈特的承认规则已经远远超出了纯粹的“规则”范围,它已经渗透到社会学法学所强调的“事实”领域。这一特色也为哈特的法律理论打上了某些社会学的烙印。

富勒和哈特分别从法律以外的道德因素和法律自身寻求法律体系存在条件的思路,对我们思考法律体系存在的条件应有重要启发。法律体系自身的有效性(合法性)和价值追求的合理性两方面,应该是法律体

① [美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆 2005 年版,第 47 页。

② [英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社 2006 年版,第 89 页。

③ 同上书,第 103—104 页。

系存在的必备前提。如果将这两个方面的要素共同建立于社会事实的基础上,那么完美的法律体系就具备了可能的存在条件。从这个角度看,自然法学、分析法学和社会学法学三大法学主流派为人们思考法律体系存在条件做出了重要的理论贡献。

2. 法律体系的价值目标

法律体系的价值目标是审视其存在条件的另一个视角,它主要表现为对价值目标的“体系性”追求方面。“体系不仅对法律资料的鸟瞰和实务有帮助,也是重新认识既存之关连,进一步发展法律的基础。一个只着重于个别问题的科学,不可能由发现存在于问题间之更大更广的关连,进一步发现蕴藏其间之原理原则。”^①无论之于静态的还是动态的法律体系,这种体系性的价值目标都有着重要的现实意义。

体系性的价值目标对于静态法律体系的首要要求是它的合逻辑性。法律体系的合逻辑性要求法律部门乃至法律规则之间的和谐一致,而不能产生相互的冲突。一个内部法律规则、法律部门不相冲突的法律体系,因其明确、清晰的特点将强化法律体系的效力。当然,法律体系的合逻辑性并不排除法律体系的开放性。也就是说,法律体系因社会事实的不断变化而调整、修改所产生的开放性特征,不仅是“体系性”的基本要求,且在某种程度上也是法律体系合逻辑性的体现。

与静态法律体系主要追求规范的合逻辑性不同,动态法律体系追求的价值目标是冲突的公正裁断。换言之,动态法律体系追求的目标恰恰是静态法律体系实施的社会效果。从这个角度看,“正义”是动态法律体系追求的首要价值目标。因此,如何处理严格遵守法律的形式正义与争端处理的良好结果的实质正义的冲突,就成为法律实践中的重要难题之一。

当代中国法律体系的相关问题

任何法律体系都不是抽象地存在的。按照吴经熊先生的说法,法律

^① 黄茂荣:《法学方法与现代民法》(第五版),法律出版社2007年版,第572页。

体系的存在有三个重要的维度。法律体系存在的“三度论”主要是指：(一) 时间度：所有法律均存续于一定时间中，都具有时间的属性。(二) 空间度：所有的法律，均在一定的领域，或对一定的人民（如游牧民族），发生效力，没有一种法律，其效力范围是普天下的，它的管辖权是毫无限制的。(三) 事实度：所有法律均与事实有关，……每一法律均统制一定的事件，或一类的情事。不论它是真实的，或是拟制假定的事实，均构成法律的一面。可见，每一法律均有三度，无时间，无效力范围，和无事实争点的法律是不存在的。^①

法律体系存在的时间度、空间度和事实度，也是考察我国法律体系的重要视角。

1. 时间度的考察——从传统向现代过渡的法律体系

以《唐律疏议》为标志的“中华法系”，在中国乃至东亚各国法律制度发展的历史上产生了重要影响。鸦片战争以来，洋人的“坚船利炮”逐渐动摇乃至摧毁了在中国业已存续了二千多年的中华法系的根基。清末的“戊戌变法”特别是沈家本主持的修律，标志着我国法律体系由传统向现代的正式过渡。

“从广泛的意义上讲，法制现代化是一个变革的概念，是传统法制向现代法制的历史性跃进。……法制现代化无疑是一个创新的过程，其实质乃是从人治型的价值—规范体系向法治型的价值—规范体系的转变。”^②这场被人们称为“法制现代化”的传统法制向现代法制的跃动，构成了中国法律体系近百年来发展的世界历史背景和主旋律。中华民族悠久的历史文化遗产、庞大的人口数量、多灾多难的近代史等诸多因素，决定了中国的法制现代化必然是一个艰苦的历程。在构建社会主义市场经济体制的基本需求下，我国静态法律体系的建构和动态法律体系的运转都必须与之进行制度和精神方面的沟通与适应。在法制现代化大

^① 吴经熊：《法律哲学研究》，清华大学出版社 2005 年版，第 17 页。

^② 公不祥：《法制现代化的理论逻辑》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 2 页。

潮的冲击下,当代中国法律体系面临着新的发展机遇与挑战。

2. 空间度的考察——建设有中国特色的法律体系

当代中国的法律体系,就是在中国主权所及的范围内、对中国公民普遍有效的法律体系。法律体系的地域性、民族性的特点决定了我国必须建构有自己特色的法律体系。“中国特色法律体系,应当是以中国国情为特色基础,以中国传统为历史前提,以中国现实为客观依据。”^①基于中国特色法律体系建设的基本要求,我党曾于1997年中共十五大提出,并于2002年中共十六大重申了“到2010年形成中国特色社会主义法律体系”的建设目标。

我国单一制的国家结构形式也决定了上述法律体系在全国范围内普遍有效。这里需要说明的是,为解决单一制国家结构形式所面临的历史问题和民族问题,我国在单一制的框架内分别实行了特别行政区制度和民族区域自治制度。两种制度的实施,在中华人民共和国境内开辟了“特别行政区”和少数民族实行自治的“自治区”。由于两种地区都是我国领土不可分割的组成部分,因此我国“一元多层次”的立法体系性质并未受到影响。^②相形于民族自治地方在立法、行政等方面的自治权,香港、澳门等特别行政区的法律体系设计,使当代中国的法律体系“增加了其多元性,变成一个有丰富内容的复合体”^③。

这样一个有丰富内容的法律体系复合体,可以被简单地概括为“一国两制三法四域”。亦即中华人民共和国境内的大陆的社会主义制度和香港、澳门的资本主义制度共存;香港的普通法传统、澳门的大陆法传统以及大陆的社会主义法传统相得益彰;以及台湾回归后所形成的大陆、香港、澳门、台湾四个法律空间领域。“一国两制三法四域”的法律效力

① 卓泽渊:《法治国家论》,法律出版社2008年版,第356页。

② 我国的单一制国家结构形式决定了我国的立法体系是“一元多层次”的。“一元”意味着我国只有一个立法体系,而不像联邦制国家那样有中央、各联邦两个相对独立的立法体系。“多层次”是指我国的中央和地方国家权力机关和行政机关内部还有若干享有立法权的机关,从而构成了一个包含着不同层次的立法机构的立法体系。

③ 陈弘毅:《法治、启蒙与现代法的精神》,中国政法大学出版社1998年版,第277页。

空间格局,在全国人大及常委会和中央人民政府的统一领导和协调下,并不影响我国法律体系的根本性质。

3. 事实度的考察——转型期的法律体系

与我国法律体系由传统向现代相适应,当代中国社会的巨大变迁也对法律体系的构建提出了巨大挑战。之于法律体系而言,社会变迁所造成的社会关系的复杂性、多维性对法律调整的力度、手段、方式提出了新的课题。这种不断变化的社会事实要求静态法律体系具备周详内容的同时,还要求法律体系具有适当的弹性。此外,法律实践中如何处理、平衡各种动态的利益关系,把握时代发展的脉搏和趋势,也对法律体系的建构和运行提出了诸多难题。总之,建构完善的有中国特色的法律体系并使之在现实生活中得到良好的运行,已经成为摆在中国人民面前的一项艰巨使命。

立法(legislation)

在现代法律哲学中,“立法”占据了重要的位置。在整个法律哲学中,对法律性质的追问是一个经久不衰的主题。而对法律性质的追问,必然会涉及到对立法的态度。因此,我们可以从西方法律哲学的发展历史中去探寻立法安身立命的根据问题。这些有关立法的最根本的问题我们可以归结为以下几个:什么人能为我们立法?为什么我们要服从这些人为我们制定的法律?法律就是立法吗?对以上问题的不同回答构成了西方不同思想流派的特质之一。在今天我们建设社会主义法治国家的进程中,对立法的这些根本问题的探讨无疑会使我们直面当今立法应当具备的功能及其存在的内在限度,从而发挥立法在推动法治国家建设中的积极作用。

立法的概念

对中国法学界而言,截至目前为止,尚未有一个被普遍接受的立法概念。现存的立法定义,由于语义分析上的差异,或者表达形式上的区别,呈现着多样化的状态。但是,它们都有一些核心的共同点。在主体上,都认为立法的主体是特定的立法机关;在客体上,认为是制定“法律”

或“规范性法律文件”；而它们的核心在于认为立法是对规范性法律文件的“制定”、“修改”、“废止”即“立”、“改”、“废”的活动。^① 总体而言，这些立法的定义普遍存在以下两个方面的问题。

首先，倾向于唯理主义的法律建构观。在上述定义中，立法被突出强调的是“法的创制”、“法的创造”、“法的创立”、“法的制定”等，这种定义体现出理性主义的色彩，好像法律是被立法机关“创造”出来的，权利是立法机关赋予的，是一种典型的唯理主义立法观。唯理主义的立法观强调的是立法者的主观建构，片面追求实现立法者的主观意图而忽视立法的社会根基，重视建构社会秩序而忽略社会秩序本身的进化演进。当然，当下中国这种唯理主义的立法观有其历史传统的原因，特别是大陆法系传统对中国的深远影响。但是，如果论者因为“法系”具有各自独特的特点继而武断认为大陆法系是以“理性立法”为特点的立法方式，而经验式的渐进立法乃是普通法系所独有的东西，这种观点是片面的。事实上，大陆法系也越来越重视以经验为基础的“判例法”作为法律发展的重要方式。茨威格特和克茨在《比较法总论》中指出，“当立法者因需要对生活中出现的新问题作出具体规定而日渐负担过重，判例法必然会从这些缺口打入；因此，制定法正在失去它先前所具有的突出地位，正如拉贝尔所言，‘现在它只不过是一种普遍确信的表达’”^②。在法系不断走向“融合”的前提下，如果秉持“理性立法”和“经验立法”之间非此即彼的认识将会封闭诸多有益的问题。在这些问题中，我们尤其需要注意立法的限度问题，也即立法不单纯是一个理性建构的过程，而更是以社会对立法的需求为限制的。理性主义的立法观过分夸大了立法者在立法过程

① 笔者列举几个具有代表性的立法概念：“立法又称法的制定，通常是指一定的国家机关按照法定职权和程序，制定、修改和废止法律及其他规范性法律文件的一种专门活动，一般简称为法的立、改、废活动。”“法的创制，又称法的创立，法的制定，最通常的称之为‘立法’。”“是指一切国家机关，即从中央到地方的各级国家权力机关和国家行政机关，依据法定权限和法定程序制定、修改和废止各种规范性文件的活动。”“立法是指国家最高权力机关及其常设机关，依据法定权限和法定程序，制定、修改和废止法律的活动。”

② [德]K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，法律出版社 2003 年版，第 392 页。

中的作用,过多地强调了立法者的“建构”而无视立法者的“阐明”,实际上立法应当是一个发现或证立的过程,其最初的动因是来自社会对立法的需求而非立法者本身。

其次,对立法的“内容”作简单化处理。在当今的立法定义中,其对象是“法律”、“规范性法律文件”、“规范性文件”,这些定义表现出似乎立法是“无限”的,没有对立法之“法”作严格的探讨。对立法之“法”的内容作简单化的处理就极为可能造成立法的社会维度的缺失,因为这极有可能使得那些立足于生活中有着深厚传统渊源并同人们联系十分密切的习惯等规则丧失应予尊重的地位。

西方思想史中立法背后的理论支撑

立法作为人类活动的一种现象,并不是人类社会存在之初就有的,它的出现及其发展背后始终有其理论支撑。特别是后来将立法作为一种权力,交付给特定机构行使立法权时,它的理论支撑更显得重要。这些理论支撑我们可以归结为以下三个问题:谁有权为我们立法?有什么理由使得我们去服从悬置于我们之上的主体(个人或集体)为我们制定的规则?立法是唯一的法律吗?对这些问题的回答构成了立法安身立命的根据。然而,正是这几个问题,在思想史中却出现诸多的差异,这些差异决定了不同的立法观,当然,思想家在回答这些问题时是同其所处的特定时空联系在一起,这一点我们尤其需要注意。

1. 主权理论

主权理论解决了谁有权为我们立法的问题。享有立法权的主权者当然地具有为我们立法的正当性。《布莱克韦尔政治学百科全书》中对“主权”是这样叙述的:“主权第一个属性是它的地位:它是政治法律体系中的最高权力;第二属性是它的序列:它是政治法律体系中最终的或最高的决策权力;主权的第三属性是它的效力:它包含普遍性的概念,意在影响一切行为;主权的第四属性是自主:统治者在与其它机构的关系上

(内部的或外部的、国内的或国外的机构)必须享有独立性,不能隶属于它们。”^①布丹在《国家论》中提出主权的逻辑是,他对罗马法的考察应当从对法律本身的考察转向对“产生法律的政治制度”的研究,这就必然涉及一个最基本的问题:什么人或机构处于等级秩序的顶点?这种地位的实体具有制定有约束力的法律的权威,并在行使其立法权时具有不受到任何其他限制(包括法律的限制)的权威。布丹把主权界定为制定普通法律的至高无上的而又不可分割的权力,这种最高立法权力的归属方式决定了国家具有君主制、贵族制或民主制的不同性质。在布丹看来,主权并不取决于法律的正道与否,而取决于制定法律的权力,这项权力臣民无权抵抗或也无需他们同意。主权具有绝对性、不可分割性、永久性。^②

卢梭以社会契约和公意为基础建立了人民主权学说。其主要内容是:第一,主权或公意都在于全体人民,永远不可转让;第二,公意即是公共的或全体的,也是不可分割的,这种意志一经宣示就成为一种主权行为,并且构成法律;第三,主权是不可代表的,它只能是一个意志或另一个意志,人民的议员并不是人民的代表,而是人民的奴仆;第四,主权是绝对的、至高无上的和不可侵犯的;第五,主权可以保护个人自由免于他人的侵犯,没有主权就没有自由,故强迫而服从公意或主权亦即可以保障个人的自由;第六,公意总是公正和体现公共利益的,不会有错误。^③在卢梭的理论脉络中,立基于“人民”和“公意”两个核心概念基础上,立法权是从属于主权的,而主权就是不可分割、不能转让、不可代表的,作为主权的主体当然可以为我们立法。

“议会主权”学说可以追溯到16世纪晚期的英国,此后布莱克·斯通在《英国法评论》中提到了议会主权,百哲特和戴雪都信奉“议会主权”学说。议会主权或议会至上意味着“议会拥有制定或不制定任何法律的

① 邓正来主编:《布莱克韦尔政治学百科全书》,中国政法大学出版社2002年版,第778页。

② 同上书,第66—67页。

③ 戚渊:《论立法权》,中国法制出版社2002年6月版,第43页。

权力,意味着英国法律不承认任何团体或任何个人拥有推翻或废止议会立法的权利”^①。戴雪区分了法律主权和政治主权,他认为,“法律主权只是一个法律概念,仅意味着不受任何法律限制的法律制定权。然而‘一国之中的某机构在政治上拥有主权或最高权力,其意志最终要获得该国公民的服从’。因此,议会是法律主权者,而选民则是政治主权者”^②。在这点上,我们可以在洛克那里找到一些线索。洛克虽然没有直接探讨主权,但是他指出立法权是最高的权力。^③ 洛克认为,“在一切场合,只要政府存在,立法权是最高的权力,因为谁能够对另一个人订立法律就必须是在他之上”^④。

总之,无论是君主主权、人民主权还是议会主权,作为主权者,它们都有为我们立法的权力。立法权是归属于主权的,它是享有主权的最为明显的特征,因此,谁享有主权,当然地就具有了为我们立法的权力,具有立法的正当性。

2. 理性主义

从思想史的角度来考察,立法的蓬勃发展离不开另一个理论支撑,即理性主义。既然立法代表的是理性,那么,我们相信立法是一种当然的“善”,从而我们就可以积极动用理性力量来建构法律,并且因为法律是理性的反映,它是必然正确的,我们当然需要服从法律,服从法律就是服从人的理性。

① [英]詹宁斯:《法与宪法》,龚祥瑞、侯健译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第98页。

② 同上书,第101页。

③ 洛克的立法权观同其他思想家的思想明显不同,他鲜明地提出了立法权的范围,而不是像布丹主权观念那样认为主权是不可分割、绝对的,这就涉及到了立法权行使的价值取向。洛克受着自然法思想的影响,因此,立法也必然受到自然法的限制。他认为,首先,立法权对于人民的生命和财产不是、并且也不可能是绝对地专断的;第二,立法或最高权力机关不能揽有权力,以临时的专断命令来进行统治,而是必须以颁布过的经常有效的法律并由有资格的著名法官来执行司法和判断臣民的权利;第三,最高权力,未经本人同意,不能取得任何人的财产的任何部分;第四,立法机关不能把制定法律的权力转让给任何人,因为既然它只是得自人民的一种委托权力,享有这种权力的人就不能把它转让给他人。(参见[英]洛克《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆2004年版,第82—88页。)

④ [英]洛克:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆2004年版,第92页。

理性主义主要是兴起于 17、18 世纪欧陆国家的“建构论理性主义”^①。它在法律哲学上的表现就是理性自然法的兴起。理性自然法把自然法归为人的理性,把自然法视为理性的建构,自然法的确定性和自明性是不证自明的,上帝也不能更改。格老秀斯曾以数学来类比自然法的确定性和自明性,他认为,自然法的基本原则是属于公理性的,就像几何学的定理一样。理性自然法同人类立法的关系是十分密切的,因为从自然法中可以创造出一种完整的、自成体系的私法规则体系,这种体系在任何地方、任何时候都有绝对的效力。而发现这种规则体系的方法之一是对那些通行于一切开化民族的法律制度中的规则进行经验性的观察,如果一条规则在所有地方都被当作法律看待,这就是它源自于人类自然理性的证明。而另一种方法是通过“先验方法”,即通过逻辑推理,从人类本性直接表现出来的基本原则中发现它们。^② 庞德在《法理学》第一卷中指出:“18 世纪自然法学派的法学家认为,一种全设且完善的法律体系可以根据那些可以经由理性而被发现的自然法(即理想法)原则得到建构。他们认为,这些自然法原则可以从抽象的人性中推论出来。”^③

理性自然法大大推动了立法者在社会中的立法,因为,人能够依靠自身的理性能力制定法律,一种完善的法律体系可以根据理性得到建构,人类对自己的理性能力信心百倍。庞德在《法律史解释》中指出:

自然法学派的立法理论认为,只要通过理性的努力,法学家就能够塑造一部作为最高法律智慧而由法官按一种机械的方式加以实施的完美无缺的法典。在这种思想的影响下,人们往往会蔑视历史并无视传统上的法律材料。在他们看来,人们所要求的所有东西都可以由理性独立地完成,就好像过去从来就不存在立法似的。惟

① 关于建构论理性主义和进化论理性主义的区别,参见[英]哈耶克:《法律、立法与自由》(第一卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社 2000 年版,第 1—51 页。

② [英]彼得·斯坦、约翰·香德:《西方社会的法律价值》,王献平译,中国法制出版社 2004 年版,第 15 页。

③ [美]罗斯科·庞德:《法理学》(第一卷),邓正来译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 47—48 页。

一需要做的就是下述三件事情：第一，调动国内最强有力的理性；第二，通过运用这种理性去建构一部完美的法典；第三，使那些具有较少理性的人臣服于该法典的规定。^①

启蒙运动的自然法体系对 18 世纪的司法实践、法学理论以及该时期的大规模的立法和法典化运动提供了智识支持，并起到了决定性的作用。就这一时期的法典化运动而言，它包括了 1749 年公布的《腓特烈大帝法典》的第一草案、1794 年的普鲁士普通邦法、1804 年的拿破仑民法典、1811 年的奥地利普通民法典。立法和法典化时期的历史功绩是巨大的，可以说，这几部著名的法典奠定了民法法系的地位，后来的国家在进行私法立法或法典化时，对这几部法典的重视和借鉴是有目共睹的，理性主义为弘扬立法提供了理论支撑。

3. 国家实证主义

国家实证主义将法律限制在立法的范围内，即法律就是立法机关通过立法而成的制定法，这就极大地提高了立法及其制定法的地位。如果我们将国家实证主义支配下的制定法同之前时期的制定法相比，就会发现，它已经不同于在中世纪及其以前的那种位于“高级法”之下的结合了价值内容的制定法，这种制定法的效力“仅仅取决于遵守形式上的立法程序，取决于统治者正式有效意志的存在，而非制定法的内容。……实证性成为法律的‘性质’”^②。在自然法学和历史法学占据支配地位的年代里，国家实证主义的制定法理念并没有取得胜利。在理性自然法占据支配地位的时代，虽然带来了立法和法典化运动，但是理性自然法强调的是一种“自然的制定法”，即使国家在制定法律中占据重要角色，但是支撑着立法活动的背后却是“理性”，理性是高于制定法的。庞德指出，在法律史上，人们处理法律的稳定和变化所依赖的路线有三种：权威、哲学和历史。^③ 在理性自然法时期，革命和理性主义都要求变革旧时代的

① [美]罗斯科·庞德：《法律史解释》，邓正来译，中国法制出版社 2002 年版，第 20—21 页。

② [德]考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社 2004 年版，第 213 页。

③ [美]罗斯科·庞德：《法律史解释》，邓正来译，中国法制出版社 2002 年版，第 4 页。

法律和体制,是一个创造性的时代,因此,在这个时期更为强调的是一种“哲学”观念,而非权威。在历史法学派占据支配地位的时代,萨维尼等反对刻意的立法,在“民族精神”的指导下,习惯法才是最重要的法律形式,制定法起到的只是使法律具有“条理性”的作用,因此,这一时期强调的是“历史”。

直到 19 世纪后期,由于社会、经济等各方面因素的影响,对法律安定性的要求剧增。权威的观念得到加强。权威的观念符合了人们对法律稳定性的诉求。恰如庞德所说,“按照这种方式(即权威观——引者注)进行思考的人对法律稳定必要性的关注,远甚于他们对法律变化必要性的关注。他们通常都否认法律的变化,至少是很容易就对法律表象后面不断发生的变化熟视无睹”^①。而权威观在这个时期的表现就是将法律视为主权者的命令体,其效力最终依赖于主权者的权威,立法的建构性功能不断得到张扬。权威观将国家权力作为了法的效力基础,法律成了立法者依据其意志刻意创制的产物。这种观念同布丹经典主权学说中对权力绝对主义的强调如出一辙。考夫曼指出,“19 世纪制定法概念发展上重要的前提,乃是由布丹发其开端的新国家观”,“这个新国家观的意义在于,国家意志主体作为统治者颁布制定法。不过这时候,如此正当化的制定法,效力来自于统治者的权力,而有如统治者本身般,同样不受限制且同样不容辩驳”^②。这样,现代制定法同古代制定法概念就产生了分野,古代的制定法概念,是结合制定法形式和制定法内容的概念,而现在,制定法的效力却取决于是否遵循立法程序,取决于国家意志的存在。考夫曼指出,这种对制定法形式和制定法内容的分解,预告着“即使统治者一项全然不正当而且不道德的命令,只要遵守当时宪法所规定的立法程序,亦将被接受为有效的制定法,而且被要求应对它加以服从”^③。因此,在脱离了将法律视为内容和形式结合体的情况下,仅仅

① [美]罗斯科·庞德:《法律史解释》,邓正来译,中国法制出版社 2002 年版,第 5 页。

② [德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社 2004 年版,第 213 页。

③ 同上书,第 215 页。

重视制定法形成的“形式”，论证“制定法上的不法”是不可能的。考夫曼对现代制定法的理念表示了担忧，因为它很容易被绝对化。这将造成人们对制定法的盲目依赖，同时将制定法作为规制人们相互行为的唯一规范。

至此，从主权观念形成到 19 世纪后期以来，伴随着理性主义、民族主义、权力分立思想，以及在 19 世纪末，立法者的地位得到民主的合法化，国家实证主义取得了全面的胜利。大陆法系重视立法的思想同后来发展起来的法律实证主义之间实现了契合。立法机关及其创制的制定法的权威得到了极大的推崇，其结果就是排斥其他机关诸如法院的立法职能，立法机关制定的国家法处于绝对的优势地位。在这一点上，大陆法系同普通法系之间的区别表现得尤为明显。哈耶克指出，在英国，“支配法院审判的法律乃是普通法，亦即一种独立于任何个人意志、而且既约束独立的法院又为这些法院所发展的法律；对于普通法，议会很少会加以干预，即使做出了干预，其目的也主要是为了澄清某一法律系统内的疑点。人们甚至可以这样认为，权力分立制度之所以在英国得到确立，并不是因为仅有‘立法机关’立法，而恰恰是因为它并不立法：这是因为在英国，法律是由那些独立于指导和支配政府的权力——亦即那个被错误地称之为‘立法机关’的机构所具备的权力——的法院决定的”^①。

当我们揭示出立法在发展历史上受到的这些“理论负载”的影响之后，我们必须批判性地检视这些理论所具备的内在限度。那就是，主权学说、理性自然法和实证主义由于受着其理论关注点的影响，它们都忽略了一个重要的维度，即从“社会”入手来看待立法。在主权学说那里，由于关注权力的最终权威，关注立法的效力依据，它忽略了权力针对的对象；在理性自然法那里，由于崇尚理性至上，认为经由理性推断的立法都是正当的，也忽视了社会自身对立法的需求；在国家实证主义那里，它

^① [英]哈耶克：《法律、立法与自由》（第一卷），邓正来等译，中国大百科全书出版社 2000 年版，第 131—132 页。

将立法等同于法律,同主权理论一样,它关注的是立法的形式而非立法反映的内容,对立法背后的社会根基没有加以重视。总结出这些“理论负载”的缺陷之后,为了尽量减少它对当下中国产生的负面影响,我们必须对立法进行一种“过程性”的理解,探索立法活动展开的过程,特别是从法的生成角度或法律发生学的角度理解立法过程。而这里的关键是我们需要认识到立法的最深层次动因并不是来自主权、理性或国家,而是来自于社会对立法的需求。

作为反映社会需求的立法

从重视立法对社会秩序的建构功能转向重视立法对社会需求的反映功能是当下立法思维转化的重要任务。立法的社会性我们可以从马克思经典著作中得到启示。马克思主义关于法的本质的一些经典论述证明了立法必须植根于社会。马克思指出,“法的关系正像国家的形式一样,既不能从它们本身来理解,也不能从所谓人类精神的一般发展来理解,相反,它们根源于物质的生活关系”^①。“正像你们的法不过是奉为法律的你们这个阶级的意志一样,而这种意志的内容是由你们这个阶级的物质生活条件来决定的。”^②“君主们在任何时候都不得不服从经济条件,并且从来不能向经济条件发号施令。无论是政治的立法或市民的立法,都只是表明和记载经济关系的要求而已。”^③“但社会不是以法律为基础的,那是法学家的幻想。相反,法律应该以社会为基础。法律应该是社会共同的,由一定的物质生产方式所产生的利益和需要的表现,而不是单个人恣意横行。”^④从马克思主义这些经典论述我们可以看出,法是根源于社会的,立法必须以社会为基础,而不能超越社会基础进行任意立法。社会基础是立法的根基,是立法的出发点和归宿,立法的每一

① 《马克思恩格斯选集》第2卷,人民出版社1972年版,第82页。

② 《马克思恩格斯全集》第4卷,人民出版社1958年版,第121—122页。

③ 《马克思恩格斯选集》第3卷,人民出版社1972年版,第219页。

④ 《马克思恩格斯全集》第6卷,人民出版社1961年版,第291—292页。

个环节都来自于社会的需求,它是立法具有生命力的决定性因素。

回到当下中国,在中国建设法治国家的过程中,立法发挥了“起点”作用,它为我们提供了良好的制度基础。当然,也存在许多问题,尤其是法律的功效问题。虽然我们为建立健全社会主义法律体系做出了巨大的努力,到目前法律体系的框架基本健全,但是在具体立法中也存在立法质量不高的情况。这其中的原因是多样的,但一个关键的原因是忽视或曲解立法的社会需求,或者更为明确地说,我们对中国现实还是不够了解的。以我国建设法治国家的道路选择的争论为例,姚建宗在《法治的生态环境》一书中对我国法治的生活立场进行了检讨,他在充分肯定了我国在转型时期建构主义的法治理论与实践在推进我国法治建设的积极作用的同时,指出“建构主义的法治理论与实践看到了理性以及以理性为基础的现代性努力对现实的人及其生活的巨大影响与可能的改造,但它对此作了过高估计,而对社会既成的传统与习俗的作用又过分低估甚至根本忽视了”^①。他同时对进化论的法治道路与实践提出了批评,指出它“低估了现代性对中国社会的现实影响,并不恰当地过分夸大了传统与习俗等本土资源对中国法治建设的积极意义”^②。持进化主义的法治理论与实践主张的学者在克服中国建设中的精英主义与城市中心主义的同时,自己“本身却又带着精英主义与城市中心主义的痕迹”。因此,他指出,无论是建构主义的法治理论与实践主张,还是进化主义的法治理论与实践主张,都从各自的立场和视角方面曲解了中国法制建设得以展开的客观现实,都不同程度地误解了现实的中国人及其生活世界。由此,他提出了“生活场景”这个核心概念。他指出,“‘生活场景’便在很大程度上克服了建构主义的法治理论与实践和进化主义的法治理论与实践在中国社会之应用所各自显现出来的缺陷,纠正了它们在思考中国现时的法治建设问题时对中国的社会现实这一中国法治生成与展开的背景、条件、环境与空间的误解,它把中国许多学者和法律人对法治

^{①②} 姚建宗:《法治的生态环境》,山东人民出版社 2003 年版,第 25 页。

及其背景、条件、环境与空间的简化与纯化思考作了尽可能与其本来样态的复杂性大体一致的回复和还原处理”^①。这种理论开放出一种对于法治社会理解的一个重要维度,即从人的现实社会生活入手来理解立法和法律。在当今建设法治国家的“立法阶段”中,如果从现实中活生生个人的需求出发来理解立法,这种努力就不同于建构论或进化论非此即彼的判断,而社会需求同个人需求正是源与流的关系,因此,关注个人的需求也是关注整个社会对立法的需求的方式,个人对立法的需求在总体上就会汇成整个社会对立法的需求。从建构论和进化论的争论之间引入社会需求这个维度来看待立法,就可能在建构论和进化论就国家这个角色的功能上开放出一种可能的路径。一方面,关注社会需求,从社会层面入手来研究立法,就重视了社会生活本身的生成、发展和演进过程;另一方面,通过对社会需求的研究,在社会基础上,立法需要在适当的价值取向支配下完成对社会需求的规范、调整和引导,这就体现了立法的国家参与,体现了立法者建构性一面。从立法的社会需求入手,不仅要关注立法的社会需求的自我生成的层面,也要关注到这些社会需求是如何被立法者在立法当中加以建构的层面。这就在某种程度上既吸收了建构论的观点,也吸收了进化论的观点。

在本文看来,立法仅仅是法的生成中的一个阶段,是社会对规则的需求继而需要通过文本化的法律形式表现出来的一个必经阶段。因此,在这种认识的前提下我们来重新认识当下学术界对“国家法”和“民间法”之间的争论时,就有了一个新的思路。如果将国家法和民间法看成两个极端,要么认为“国家法”应当让位于“民间法”,要么认为“国家法”应当统合“民间法”,这就是一种非此即彼的认识。如果我们将这种争论放入法的生成这个范畴时,就会发现,无论是“国家法”还是“民间法”都只是社会对规则的需求而已,社会对规则的需求并非仅仅通过制定法的形式来表现出来,当然也包括社会中自生自发的人们赖以遵循的没有用

^① 姚建宗:《法治的生态环境》,山东人民出版社2003年版,第37页。

文字表达出来的规则。在这种认识的前提下,制定法当然需要表现一种“谦虚”的态度,因为在整个法的生成过程中,制定法不是人们赖以遵循的规则的全部。^①当然,制定法的“谦虚态度”并不是说制定法的功能仅仅是作整理和条理性的工作。庞德就指出:“立法有两种类型:一种是历史法学派所认为的那种条理型立法(an organizing type),另一种则是创造型立法。”^②在历史法学派看来,立法仅仅是需要把蕴含于历史中的那些法律材料通过立法的形式归纳出来,而否认法律人在其中的创造作用。但是在法律史中法律人的创造作用从来没有停止过,柯克等人就是典型的例子。庞德对法律人的创造性寄予了深厚的期望,也对法律人在特定时空下的作用寄予了很高的期望。既然制定法的功能不仅仅在于对现行秩序的描述和归纳,那么,制定法对社会秩序的塑造功能就必须得到承认,这种认识不仅仅立足于当下中国同历史法学派所处的特定时空的不同,更在于当下中国由于从前现代到现代的转型中社会对立法的需求所致。

如果将立法纳入到整个法的生成的过程中考察,就会开放出更多的问题。上述对“国家法”同“民间法”之间争论的重新思考就是一例。此外,从制度层面上来说,也会给我们很多启示。当下人们对立法程序制度的认识一般停留在正式立法程序阶段,而忽略了一个重要的阶段即立

① 笔者赞同将制定法和“民间法”都纳入到一种广义的立法学研究范畴中。“广义的立法学研究,毫无疑问仍以国家立法活动为主体或主导,但是在系统研究国家立法活动的基础上,对国家认可法律规范以及法律发生的其他形式也要给予足够的研究,诸如判例法的形成(法官造法)、本土资源的开发等等都将包括在广义立法学的研究之中。从这种理论视角出发,立法在不同国家肯定会有不同特点,由此也必将使立法研究展现出一幅生动绚丽的画卷。即使就我国而言,现行法律体系所包含的法律规范,其来源也不应是单一的,而应是多元的;如果从活法的意义上说,现行法律体系的规范构成的多元性更是毋庸置疑的。”(<http://www.legaltheory.com.cn/info.asp?id=269>)笔者赞同的理由是这种广义的立法学研究看到了社会对规则需求的多样性,并且其中必然涉及到制定法与未成文规则之间的比较,有利于改变我们的“立法优位”和“立法万能”的认识。但是,笔者也必须指出,将“民间法”纳入到广义的立法学研究范畴,也存在制定法统合“民间法”的危险。只有在我们认识到社会秩序对规则的需求不仅仅在于对成文法的需求,而且也在于对其他未成文规则的需求前提下,立法才具有“谦虚”的品质。

② [美]罗斯科·庞德:《法律史解释》,邓正来译,中国法制出版社2002年版,第203页。

法的前程序阶段,实际上后者在笔者看来才是更为重要的。“法律发生的主体或主导部分是国家立法,这种国家专门机关的立法活动分为前后两个基本阶段,即前立法程序阶段和立法程序阶段,这两个阶段共同构成法的生成阶段。我们提出法的生成阶段,旨在把国家的立法活动纳入整个法的社会运行之中,成为法的社会运行的有机组成部分。在国内现在的立法学教材和有关学术论文中,对法律生成的第一阶段即前程序阶段,关注甚少,研究不多,大都把它视为立法的准备阶段而排斥在立法活动之外,进而排斥于法的社会运行之外。可以肯定,这种观点不仅是陈旧的,而且是不科学的,在立法理论和实践中是有害的。因为这一阶段恰恰是法的胚胎孕育的重要阶段,是法生命之起点,法的社会运行的循环往复过程真正发端于此。”^①对立法的前程序阶段的研究和重视,必将现有的立法学研究范畴引向一个更为广阔的天地,对推进立法学的研究水平具有极为重要的意义。

在法的生成这个概念下考察立法的过程,立法应当分为以下几个阶段。立法的最终根源在于社会需求,而这种社会需求主要表现为社会的秩序化需求。社会的秩序化需求不仅仅表现为对立法的需求,也表现为对其他规则的需求,因此,可以统称为对规则的需求。在对规则的需求中,有一部分需要用文字的形式固定下来指导人们的行为,其具体表现就是对立法的需求。当然,哪一部分是需要通过立法的方式用文字表达出来,这需要立法者进行详尽的立法论证,主要涉及法律同其他规则的比较,这个过程尤为复杂。在笔者看来,立法的社会需求有其独特的表现方式,也就是说,立法的社会需求进入立法者的视野应当是有一定依据的。只有在立法的社会需求进入到立法者的视野时,才有可能展开立法进程。从程序上讲,首先是立法的准备阶段,当今学术界一般将立法的准备阶段分为立法规划、立法决策、立法建议和法案的起草四个阶段,

^① 参见吉林大学理论法学研究中心网站:<http://www.legalthecory.com.cn/info.asp?id=269>。

但是需要强调指出,这里的立法规划是建立在社会出现对立法的需求时才有可能,而不是立法者的“主观”规划。在立法的准备阶段完成之后,才能进入到立法的正式程序阶段,包括议案的提出、议案的审议、议案的表决通过和法律的公布几个阶段。在法律公布实施之后,法律能否在现实中实现,是否达到立法目的,我们还需要对它进行评估,即展开立法的后评估阶段。在此基础上还需要对现行法律进行补充、完善、修改、废止,这一阶段仍然应当划入立法的范围。

法律效力 (validity of law)

应然状态下的法律作为“冰冷的理性”和“静态的规范”，何以对主体纷繁复杂的行为起到规范和调整作用？何以使最残暴的君王在象征法律的独角兽面前俯首听命？何以使变幻莫测的社会关系归于安定？又何以使人们绎动不息的心灵世界得以安宁？一言以蔽之，法律为什么对人们的行为具有约束力？

静止的法律在符合一定的法律规格时，就会蕴含着对法律调整对象产生作用的能力，这种能力是使法律从规范的静态存在走向实践的动态存在的内在根据。它是法律本身的内在因素，也是法律得以存在的必要条件；它是实现社会法律控制和调整的关键性因素，是建立和维护社会法律秩序的核心问题，是法律权威的重要根基；它与法律的正常运转、法律实效的获得息息相关；它是法律作用于整个社会的现实力量，在价值上属于法律的生命力。如果法律失去了效力，法律规则的宣示将无异于空气振动，立法将失去意义；法律的实施和遵守、一切执法和司法活动将寸步难行。

具备了法律效力的条文并不是束之高阁的观赏物，它并不以其诞生为目的，相反，诞生仅仅是一个开始，“法律的生命在于它的实行”^①。通

^① [美] 庞德：《法理学》第一卷，（美国）西方出版公司 1959 年英文版，第 353 页。

过在社会生活中的实行,法律由规范(可能)转化为现实(真实),由书本上的法成为行动中的法,使人们“实际上就像根据法律规定的应当那样行为而行为,规范实际上被适用和服从”^①。法律的实行,是法律效力转换为法律实效,法律实效进一步推动法律的完善并催生出具有更高效力的法律,该法律进而产生更高实效的环形运动过程。当这种良性循环一步步带来理想的法律秩序时,我们看到的是这种进化而来的法律效力所生成的由法律至上、法治政府、多数公民守法护法、法律秩序井然和谐等法治时代因子共同组成的繁荣景象。而在实现这一理想景象的过程中,无数的经验、智慧、观念、制度以及人物、事件经年累积,形成了一个关于法律效力的独特而浩瀚的知识领域。

众说纷纭的法律效力

法律效力是一个在法律实践中较为常用,而且貌似通俗易懂的法律概念。通常人们将其理解甚至等同于“法律的约束力”或者“法律的效力范围”,这在应用层面上并没有太大问题,但一旦我们要刨根究底地对“什么是法律效力”作理论上的定义研究,各种争论即纷至沓来,正如奥古斯丁对时间的困惑,“那么时间究竟是什么?没有人问我,我倒清楚,有人问我,我想说明,便茫然不解了”^②。这正反映了任何一个法律概念,因其背后复杂多样的法律现象,而难以对其作出恰当的理论概括。费尽心思拟对法律效力下定义的人们往往因视野的有限和表达的偏差而有失偏颇,顾此失彼,而这也营造了学术界对法律效力众说纷纭、多方争辩的热闹景象。

自从法学界着眼于对“法律效力本身是什么”的研究以来,对法律效力的定义大致提出了以下几种代表性的观点。一是“生效范围说”,这种观点将法律效力等同于法律规范的生效范围,即法律规范对什么

① [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1996年版,第42页。

② [古罗马]奥古斯丁:《忏悔录》,周士良译,商务印书馆1963年版,第242页。

人、在什么地方和什么时间产生效力。这是法律效力一词的传统定义,出现在绝大多数的法学辞典和统编版的法学教材中。先撇开其科学性不谈,仅代表性、权威性、影响面之广、影响力之深已再无其他定义可及。^① 不过,这一概念的缺陷是非常明显的,从逻辑上看它转移了被定义者本身,将被定义者错位为与之相关联的另一概念,因此招致了国内许多学者的质疑和批评。在此基础上,一些学者提出了第二种观点,即“规范说”,认为法律效力是法律规范对人们的普遍约束力。^② 这种观点是对传统“生效范围说”的发展,有其进步性,但不足也显而易见。第三种是“法律文件说”,又可分为“规范性法律文件说”和“法律性文件说”。前者主张法律效力只是宪法、法律、行政法规等规范性法律文件所具有的属性,不包括其派生文件、文书的效力,而且排除合法行为的法律效力。^③ 后者则认为法律效力不仅是指规范性法律文件的效力,还应包括判决书、合同书等非规范性法律文件的法律效力,这种观点也坚决否认行为的法律效力。^④ 第四种是“合法行为说”,提出法律效力的实质只应是合法行为的效力,具体是指“合法行为发生法律效果之保证力”,并且认为一切法律文件的法律效力最终可统一于

① 这种传统定义可见于《中国大百科全书·法学卷》,中国大百科全书出版社 1984 年版,第 85 页;乔伟主编《新编法学词典》,山东人民出版社 1985 年版,第 642 页;章若龙《简明法律辞典》,河北辞书出版社 1986 年版,第 12 页;邹瑜、顾明《法学大辞典》,中国政法大学出版社 1991 年版,第 1044 页;孙国华《法理学教程》,中国人民大学出版社 1994 年版,第 441 页;张贵成、刘金国《法理学》,中国政法大学出版社 1992 年版,第 250 页。

② 张楚的《法律效力定义刍议》,载《法学与实践》1988 年第 1 期;夏华、倪振峰:《法律效力新论》,载《政治与法律》1988 年第 3 期;刘小文:《法律效力构成简析》,载《法律科学》1994 年第 2 期。

③ 张根大:《论法律效力》,载《法学研究》1998 年第 2 期;张根大:《法律效力论》,法律出版社 1999 年版,第 12—21 页。

④ 陈世荣:《法律效力论》,载《法学研究》1994 年第 4 期。该定义是:“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)的作用力的总和。”

合法行为的法律效力,两者是现象与本质的关系。^①但这种观点被认为“完全抛开了法律效力传统的基本内容,彻底否定了以上代表性的观点”^②,并受到强烈的批评,“该观点本身存在着许多逻辑上的矛盾、立法基础存有质疑、对法律效力概念的特征揭示不够明确”^③。第五种是“力量说”,即法律效力是法律所具有的一种作用于其对象的合目的性的力量,可以从三个方面理解:这种力量是法律所具有的本质力量;是法律规范作用于其调整对象的一种外部力量;一种合目的性的力量。^④第六种是“综合说”,这种观点对法律效力并不作理论上的明确定义,而是指出它在不同语境下有不同含义,“一是指生效范围,二是指效力等级,三是指法律效力用于非规范性法律文件的效力或拘束力,四是指法律行为的合法性与有效性”^⑤。这种观点试图囊括以上诸种说法,但因其并未对法律效力作出统一界定,故并不能成为一种定义。

对法律效力这样一个字面上浅显易懂的概念竟然会出现以上多种说法,而且角度不同,立场迥异,甚至引起针锋相对的争论,的确引起我们的深思。法学界意见的不统一主要还是缘于法律效力这个词在法律文献和法律实践中的不同语境、不同场合下各有用法,人们试图总结各种用法下法律效力的共同意义,通过理论上的定义来探寻对这个语词的统一理解,以便更好地服务于法律实践。法律效力在现实中的多样用法是理论探讨和多方争辩的源泉,因此对法律效力下定义,毫无疑义就应当以法律效力的现实用法为基础,并以获得统一的解释为目的。正如凯尔森所言,“对一个概念下定义的任何企图,必须要将表示该概念的这

① 李琦:《法律效力:“合法行为发生法律效力之保证力”——兼与陈世荣商榷》,载《法学研究》1995年第2期。

② 张根大:《论法律效力》,载《法学研究》1998年第2期。

③ 张根大:《法律效力论》,法律出版社1999年版,第15—18页。

④ 杨春福:《论法律效力》,载《法律科学》1997年1期;徐永康:《法理学》,上海人民出版社2003年版,第339—340页;包玉秋:《法理学研究》,人民出版社2007年版,第76页。

⑤ 孙笑侠:《法理学》,中国政法大学出版社1996年版,第173页。

词的通常用法作为它的出发点”^①。根据各种资料可见,法律效力在现实中有多种用法,其多样性和复杂性比法律效力的理论争端有过之而无不及。我们在此试举两例:

宪法序言:“本宪法以法律的形式确认了中国各族人民奋斗的成果,规定了国家的根本制度和根本任务,是国家的根本法,具有最高的法律效力。”(规范性法律文件有法律效力)

《民事诉讼法》第 89 条:“调解书经双方当事人签收后,即具有法律效力。”(非规范性法律文件有法律效力)

从法律效力的各种通常用法看来,无论是规范性法律文件,还是非规范性法律文件,甚至英美法系的司法判例,都可以具有法律效力。这些在法律实践中人们习以为常的用法不仅客观存在,而且不能轻易予以否认。因此,任何对于法律效力的界定都必须能同时涵盖和解释以上各种用法,至少能够自圆其说,否则便会漏洞百出,前后矛盾。而我们前面列举的各种定义,都不能统一法律效力在法律实践中的各种用法,只是从某一种意义上表述对法律效力的理解。^②

因此,我们有必要寻求一种包容性更大、能涵盖法律效力各种现实用法的定义,凯尔森指出,“一个在范围上大体和习惯用法相符合的法律概念,在其他情况相同时,比一个只能适用于很狭窄现象的概念显然要好一些”^③。可是,在做这项看似简单、实则艰辛的工作时,我们感到如此为难和力不从心。法律效力已渗入法律领域中的每个角落,遍布于错综复杂的法律现象之中,任何一种对法律效力的界定,似乎都不能全面反

① [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 1996 年版,第 4 页。

② 对“法律文件说”、“合法行为说”等各种法律效力概念的辨析与评论,参见黄金荣《法律效力定义研究述评》,载《研究生法学》1998 年第 4 期;张根大《法律效力论》,法律出版社 1999 年版,第 12—21 页。

③ [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 1996 年版,第 5 页。

映概念的精义。最后,我们欲借助法律逻辑学上的说明语词定义方法^①,尝试将法律效力理解为“法律的效力”,也就是:法律效力是指由国家制定或认可的法律及其表现形式对主体行为所具有的约束力。

在这里,“法律及其表现形式”是一个内涵和外延极广的概念,它既包含了我们通常讲的成文法及法律文件^②,也包括了英美的判例法。^③只要一种法律的表现形式能对主体行为产生法律上的约束力(而不是道德上、心理上的),我们就可以认为这种形式具有法律效力。

法律效力源自何处

在对法律效力进行定义研究的过程中,我们很容易联想到这样一个问题:法律效力的来源和根据何在?为什么一项法律规则能要求它所指向的人们必须遵行?这其实就是法律效力的本原问题。所谓本原,“希腊文为 *arche*,原意是开始。指构成世界万物的根源、元素、始基或共同基础”^④。作为哲学术语的本原与法律效力相结合所构成的“法律效力本原”这个语词,就是指法律产生效力的根本基础。它要解决“法律为什么

① 逻辑学上的定义可分为两大类,即事物定义(提示名称的被指称者的特有属性的定义方法)和语词定义(揭示语词名称的特定意义的定义方法),而语词定义又可分为说明语词定义和规定语词定义。说明语词定义旨在揭示一个语词名称已确定的意义,规定语词定义是对一个语词的意义作出某种规定。参见黄厚仁、黄菊丽《法律逻辑基础》,中国政法大学出版社1990年版,第26—30页。我们认为,法律效力一词的习惯用法不仅很多,而且已经是确定的客观事实。因此,用说明语词定义的方法来界定比较适宜。而“法律文件说”、“合法行为说”等都是用规定性定义的方法来定义法律效力,它们在某个方面解释了法律效力的某些性质,但并不完全准确。学界已有学者运用过说明语词定义方法来研究法律效力,参见黄金荣《法律效力定义研究述评》,载《研究生法学》1998年第4期。

② 这里的法律文件,包括规范性法律文件,也包括非规范性的法律文件(如判决书、裁定书、逮捕证、许可证、合同等)。非规范性的法律文件在经过法定程序后也具有约束力,任何人不得违反。但是,非规范性法律文件是适用法律的结果而不是法律本身,因此不具有普遍约束力。参见夏锦文《法律实施及其相关概念辨析》,载《法学论坛》2003年第6期。

③ 英美法系以判例法为主要的法律渊源,以“遵循先例”为主要的司法审判原则。而中国不是判例法国家,也没有建立以“成文法为主,判例补充为辅”的新型“成文法+判例”的模式;在司法实践中,判例仅是一种重要的参照物,并没有法定约束力。

④ 《哲学大辞典》(马克思主义哲学卷),上海辞书出版社1985年版,第188页。

有效力”这一问题,意在対法律效力作哲学的思考。德国《布洛克豪斯百科全书》甚至将它作为法哲学的首要问题:

法哲学“主要的问题”是:1. 效力问题,法律要求每个人以它作为自己的行为准则加以承认和遵守。这种要求使法律与个人发生了对立,于是就产生了下述问题:提出这一要求的根据是什么?立法者能否赋予任何一项规定以法律效力?^①

在法律效力理论体系中,法律效力的定义和本原具有根本意义,一方面,二者共同回答了“法的效力是什么”和“什么样的法具有效力”的问题,因而是其他层级问题的基础;另一方面,二者又相互关联,它们合起来被称作“法的有效性”问题。

在法律效力的来源问题上,西方学者的研究进路主要有四种类型,即:自然法学派“伦理的效力观”、实证主义法学派“逻辑的效力观”、社会法学派“事实的效力观”、社会心理学派“心理的效力观”。^② 其一,自然法学派认为“法”包括自然法和实在法,前者是客观规律和事物本质的体现,具有绝对的权威,后者则只是反映了人类自身的意志,必须符合前者才有效。法律效力就是一个“伦理的观念”(ethical notion),它源于某种正义或道德准则,这种有效性就是“伦理的有效性”。其二,分析实证主义法学认为只要由有权主体通过合法程序制定和发布的实在法就是有效的,法律效力是一个“逻辑的观念”(logical notion),是一个“应然”。凯尔森认为法律规范的效力来自一个基本规范,并且被预定为有效力。^③ 哈特也认为,应当把“法律上有效”和“道德上正当”相区别开来,法的效力归于一个最终的规则,即“承认规则”。“承认规则”本身不存在效力问

① 《布洛克豪斯百科全书》第十五卷,第 512 页,转引自上海社会科学院法学研究所编译《法学总论》,知识出版社 1981 年版,第 45 页。

② 张文显:《当代西方法学思潮》,辽宁人民出版社 1988 年版,第 394—409 页;杨春福:《论法律效力》,载《法律科学》1997 年第 1 期。

③ [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 1996 年版,第 132 页。

题,它作为一个事实而存在。“毫无疑问,承认规则实际存在于法官、官员和其他人的实践中。”^①其三,社会法学派认为法律效力是一个“事实的观念”(factual notion),法律效力就是法律对社会成员的实际的或事实上的约束力,亦即“实效”。法律效力作为法的规范意旨和功能的实现状态,其基础和重要标志就是法律规则的实效。其四,社会心理学认为,法律效力是一个“心理的观念”(psychological notion)。法律效力取决于法对人们施加的心理影响和人们接受其约束的心理态度。“法律的效力是以它所引起的爱戴和尊重为转移的,而这种爱戴和尊重是以内心感到法律公正和合理为转移的。”^②

我们在解读西方各大法学派的法律效力本源观时,被他们各自学说中所折射出的智慧和理性所深深折服。不能否认,西方各法学流派对法律效力来源的论说无不闪耀着真理的光芒,洋溢着令后人无比钦佩的思想。但真理是一个多面体,西方各种法律效力本原观却都只是在某个侧面揭示了部分真理,并将其过分夸大,使之发出强烈的光芒。这样,其发出的真理之光越强烈越璀璨,就越容易遮蔽法律效力来源的其他层面,使我们不能对法律效力的来源获得一个清晰而全面的了解。对于精彩纷呈、各有侧重的西方法律效力本原观,“采取闭目塞听态度是不可取的,对它不加分析批判地介绍,甚至加以推崇,也是错误的”^③。在科学评判^④的基础上,国内不少学者对法律效力的本原提出了各种富有创新性的观点。有的学者认为,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^⑤;有的学者认为,法律效力的来源可分为直接来源和间接来源两个层次,前者是国家的权力,表现为国家的强制力,后者

① [英]哈特:《法律的概念》,张文显、郑成良、杜景义、宋金娜译,中国大百科全书出版社1996年版,第110页。

② 转引自《西方法律思想史资料选编》,北京大学出版社1983年版,第341页。

③ 沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第36页。

④ 对西方法律效力本原观的评判,参见张根大《法律效力论》,法律出版社1999年版,第39—43页;文正邦:《法律效力的法哲学反思》,载《云南法学》2000年第2期。

⑤ 张根大:《法律效力论》,法律出版社1999年版,第43—48页;刘瀚:《法律为什么有力量》,载《中国社会科学院研究生院学报》1992年第6期。

(也是最终来源)是一定的社会物质生活条件^①;有的学者从文化层面上探讨了法律效力的文化演绎逻辑,认为法律的效力是与立法的合目的性、法的合规律性、程序的正当性等方面法律自身之文化合法性问题紧密相关并由后者所演绎、派生而来的^②;有的学者反驳了“法律自身之文化合法性”的观点,认为法律效力本原的发现是一种经验求证^③;有的学者认为法律效力的实体根据在于法律的合需要性和合规律性(统称合目的性),形式根据则在于对语言工具的遵行和对内部正当程序和外部必要强制的合理性追求。^④等等。

法律效力的本原究竟是什么?在剖析和总结了以上各种观点后,我们尝试着按照从形式到实质、从表层到核心的思考路径进行分层研究。我们认为,法律效力的来源不是单一的,而是多元的;不是平面的,而是多维的。实际上,法律效力是一个结构完整、逻辑严密的来源体系。

首先,处于最底层、起奠基作用的是以经济关系为核心的社会物质生活条件,是法律效力的最终本原,也是人们不容易看到的、最深层次的本原。正是它决定了一定社会经济条件的法权要求,也就最终决定了法律的效力。“法律效力的最终本原是社会物质生活条件”这一论断来源于马克思主义的一个命题,“法的现象受社会经济关系制约”。对于这一命题的正当性,我们毋庸置疑。在马克思理论的百科全书——《资本论》及其手稿中,马克思全面地分析了构成法的基础的社会经济关系,认为法是一定社会经济条件的法权要求,是经济关系的意志化形态,并且揭示了法权关系与经济生活的内在联系——“经济关系产生出法权关系”^⑤。社会经济关系是法的现象产生、发展和变化的决定性力量的根源,马克思指出,“法的关系,是一种反映着经济关系的意志关系,这种法

① 杨春福:《论法律效力》,载《法律科学》1997年第1期。

② 梁忠前:《法效力的逻辑探寻——法律效力的文化辨析》,载《法律科学》1998年第1期。

③ 刘婵秀:《法律效力的经验证成》,载《法律科学》2001年第1期。

④ 谢晖:《论法律效力》,载《法学研究》2003年第5期。

⑤ 《马克思恩格斯全集》第十九卷,人民出版社1965年版,第18—19页。

的关系或意志关系的内容是由这种经济关系本身决定的”^①。马克思主义法律观的发展历程告诉我们,仅仅依靠对理性的研究是不足以科学解释法律现象的本质的,如果停留在理性的层面,认为理性是法律效力的终极渊源,就会陷入唯心主义的泥潭。尽管人类理性的中介性作用使法律具备了意志性、主观性和偶然性,但是法律的内容最终是受一定的客观物质生活条件制约的。

只有毫无历史知识的人才不知道:君主们在任何时候都不得不服从经济条件,并且从来不能向经济条件发号施令。无论是政治的立法或市民的立法,都只是表明和记载经济关系的要求而已。^②

如果法律不以一定的经济关系为基础而制定,其必将导致国家统治基础的崩溃,整个法律效力来源体系将从最底部发生塌陷,最终使法律效力土崩瓦解。因此,由经济关系为核心的一定的社会物质生活条件是法律效力的终极本原。

其次,由社会物质生活条件所决定并衍生出的整个社会基础和人类文化理性,因其所包括的一切经济的、历史的、社会的、文化的和心理的因素都深深影响并决定着一定社会中的法及其效力,而成为法律效力的第二层本原。中外许多法学家的观点对我们研讨这一问题具有重要的方法论意义。当代法理学家 E. 博登海默认为,现代法律是一个结构复杂的网络,人们“不可能根据任何单一的、绝对的因素或原因去解释法律制度。若干社会的经济的、心理的、历史和文化的因素以及若干价值判断,影响和决定着立法和司法……”^③美国著名法学家罗斯科·庞德在批判分析四种法律史解释理论的基础上,表现出了对那种根据单一因素解释法律的做法的否定以及对法律应该与其他社会科学相结合的关系的

① 《马克思恩格斯全集》,第二十三卷,人民出版社 1972 年版,第 102 页。

② 《马克思恩格斯全集》,第四卷,人民出版社 1964 年版,第 121—122 页。

③ [美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,华夏出版社 1987 年版,第 200 页。

强调。^①黑格尔也曾深刻指出：“法的概念就其生成来说是属于法学范围之外的，它的演绎在这里被预先假定着，而且它应该作为已知的东西而接受。”^②马克思强调：

社会不是以法律为基础的，那是法学家们的幻想。相反地，法律应该以社会为基础。法律应该是社会共同的、由一定的物质生产方式所产生的利益和需要的表现，而不是单个和个人恣意横行。现在在我手里拿着的这本《拿破仑法典》并没有创立现代的资产阶级社会。相反地，产生于18世纪并在19世纪继续发展的资产阶级社会，只是在这本法典中找到了它的法律体现。^③

据此，法律是以其“属于法学范围之外”的社会生活基础和人类文化理性为前提的，对现实中法律现象的深入研究，必须以考察整个社会为基础，即“社会生活的发展与变化对现有立法提出了新的要求，因而形成了制定新的法律的客观必要性”^④。

第三，由整个人类社会所决定的并通过国家权力实现的“法律的内在正当性”和“法律的外在强制性”，^⑤是法律效力的第三层本原，也是人们比较容易看到的、表层次的本原。“法律的外在强制性”是法律能够发挥效力的不可或缺的因素。尽管在现代各国，尤其是在西方，法律强制力观念的弱化已是不争的事实，^⑥不过离开了某种强制力量的保障作用，法律的软弱将不难想象。尽管我们承认把法律效力的本原仅仅归于某

① 在庞德看来，每一种解释都试图把握某种单一的重要因素，并且“把这种单一因素确立成自己的法律之神，作为支撑法律律令的不容置疑的权威和法律发展中的终极动因”。参见[美]庞德《法律史解释》，邓正来译，中国法制出版社2002年版，第29页。

② [德]黑格尔：《法哲学原理》，转引自《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第436页。

③ 《马克思恩格斯全集》，第6卷，人民出版社1961年版，第291页。

④ 公丕祥：《权利现象的逻辑》，山东人民出版社2002年版，第162页。

⑤ “法律的内在正当性”和“法律的外在强制性”这对语词，引自包玉秋：《法理学研究》，人民出版社2007年版，第80页。

⑥ 关于西方法律强制力观念弱化的阐述，参见刘星：《法律“强制力”观念的弱化——当代西方法理学的本体论变革》，载《外国法译评》1995年第3期。

种强制力,只能使法律被动地发生效力,而难以产生事实上的实效,但强制力在法律效力生成机制中的有限性并不能抹杀它的重要性。任何针对全体公民所设计的法律不可避免地会遭受到个别主体、个别行为的否定和侵害。这时,法律之外的力量就显得尤其重要。法律的外在强制力,在法律效力本原体系中是不可遗忘的一个层面。

“法律的内在正当性”,则使法律获得了人类文化生活上的普遍有效性,是法律效力内在的文化特质。它可以分为两个层面:一是法律的内容的正当性,即合目的性,这是构成“法律的内在正当性”的实体根据。法律作为一种社会调控系统,具有一定的目的性。恩格斯在《论住宅问题》中谈到:

在社会发展某个很早的阶段,产生了这样的一种需要:把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同的规则概括起来,设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯,后来便成了法律。^①

由此可以看出,法律的产生就是基于“有序地调节人类生活的需要”这样一个目的。实在法意义上的法律是人类各种需要的产物,任何法律皆为实现人的某种需要和目的而制定,法律就是主体需要的规范表达。因此脱离人类需要,与人类的目的不符合的一切法律都不可能自觉地对人类的行为和活动产生任何效力。^②当然,必须指出,法律不可能对人的需要实行一视同仁的保护,关于这一点,我们可以借用梅因的观点加以分析。梅因在政治社会意义上将人的发展分为两个阶段,即身份社会中

①《马克思恩格斯全集》,第十八卷,人民出版社1964年版,第309页。

②人类的需要是一个极为复杂的问题,究竟法律反映何种需要才算正当,论点不一。马斯洛的“格式塔心理学”认为,人的需要由低到高分为五个层次,分别为生理需要、安全需要、归属和爱的需要、尊重需要、发展和自我实现需要。依此前后排列,每种排列在前的需要都构成后一位需要的基础。而不论何种需要,在逻辑上都构成法律效力的根据。参见[美]弗兰克·G.戈布尔《第三思潮:马斯洛心理学》,吕明、陈红雯译,上海译文出版社2006年版,第32—47页。

的人和契约社会中的人。^① 在身份社会中,法律对人们需要的表达一般集中于位居上层的统治阶层。按照布莱克的分析,在当时的“义务本位”社会,法律权利与主体的社会地位之间呈正比,而法律义务与之呈反比。^② 而在契约社会,法律上对人们需要的表达,不再以身份为原则。现实生活中可能存在的以身份差别为特征的事例并不能轻易更改人们身份平等的原则。无论是近代以来的代议制立法,还是现代的全民公决制立法,^③都表明了法律对主体需要的深切关注,而这也是构成“法律的内在正当性”的法律效力本原之一。二是法律的形式正当性,这是构成“法律的内在正当性”的形式根据。它主要包括对法律正当程序的坚守和对语法、逻辑、修辞等语言工具的尊重。^④ 法律的基本目的在于追求公正,但人们在追求实体公正方面往往无能为力,正如赞恩所说,“我们可以预见,人永远不会像蚂蚁那样尽善尽美地守法并服从于其社会生活的规则,一成不变。因为如果真有那一天,那么人将不能够改变生活的规则,也就不能够进步了”^⑤。有鉴于此,自近代以来,人们更多的是通过形式公正来实现实体公正。因此,法律的正当程序毫无疑问即是使法律具备法治原则下的效力和价值的必要条件。“历史的考察和分析表明,缺乏完备的程序要件的法制是难以协调运作的,硬要推行之,则极易与古代法家的严刑峻法同构化。其结果,往往是‘治法’存,‘法治’亡。”^⑥法律

① 梅因认为,从古代社会到近代社会的人类进化史,是一个从身份社会到契约社会的进化史。在身份社会中,人在政治社会意义上被划分为不同的“天生的”等级;在契约社会,人在政治社会意义上大体平等。参见[英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第97页。

② 参见[美]唐纳德·布莱克:《社会学视野中的司法》,郭星华等译,[美]麦宜生审校,法律出版社2002年版,第7—8页。

③ 全民公决制立法使民众直接进入立法活动,从而在法律中不断推进对主体需要的表达。如俄罗斯、白俄罗斯等国家关于宪法的全民公决、加拿大关于魁北克省自治问题的全民公决、澳大利亚关于国家政体问题的全民公决、爱尔兰关于堕胎法案的全民公决、挪威关于是否加入“马斯特里赫特条约”的全民公决;塞尔维亚和黑山共和国关于国家政体问题的全民公决等等。参见谢晖:《论法律效力》,载《法学研究》2003年第5期。

④ 谢晖:《论法律效力》,载《法学研究》2003年第5期。

⑤ [美]约翰·麦·赞恩:《法律的故事》,刘昕、胡凝译,江苏人民出版社1998年版,第13页。

⑥ 季卫东:《法律程序的意义》,载《中国社会科学》1993年第1期。

的形式合理不仅要求程序正当,而且要求法律规范在逻辑技术层面上要尊重语法、逻辑、修辞等语言工具。法律语言应当规范、科学,高度符合法理逻辑,以利于法律效力的实现。法律语言的应用过程,实质上也是一个进行法律逻辑推理的过程。“法律的推理应当从真实到真实,而不应当从真实到象征或从象征到真实。”^①值得一提的是,对“法律的内在正当性”的两个层面,富勒在其理论体系中已将它们完美地结合且统一起来,分别称之为法律的“外在道德”(即“实体自然法”)和“内在道德”(程序自然法)。他特别强调法律的内在道德,认为内在道德所包含的八个要素(也即法治原则)是法律本身得以存在的前提。^②

法律效力的运作机理

以经济关系为核心的社会物质生活条件及由其决定并衍生出的整个社会基础,以及由整个人类社会所决定的“法律的内在正当性”和“法律的外在强制性”,共同构成了一个逻辑严密的法律效力来源体系。那么,从本原处产生的法律效力,是如何作用于主体行为的呢?这就涉及法律效力的运作机理问题。我们认为,法律效力作为一种约束力,是通过其载体——法律,施加到一定的范围内的。

首先,法律效力只有通过某个事物才能传送到各个方面,运载法律效力这种约束力的事物就是法律效力的载体。这里的法律是广义的,正如我们前面所总结出来的法律效力概念中的法律,既包含了我们通常讲的成文法及法律文件,也包括了英美法系的判例法。其一,成文法是我们最常见的法律效力载体,它浓缩了中西方各个时期的法律文明,是了解整个人类法律文化乃至整个社会最集中最权威的典籍。放眼华夏,有着悠久历史文化传统的中华民族,曾经在几千年的漫长岁月中积淀了光

① [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(下册),张雁深译,商务印书馆1982年版,第296—297页。

② 美国著名法学家朗·富勒在其代表作《法律的道德性》一书中指出,法律内在道德的八个要素是:一般性、公布、非溯及既往、明确、不矛盾、可为人遵守、稳定性、官方行为与法律的一致性。

辉煌的中华法制文明,创立了独树一帜的中华法系,形成了绵延不断、特色鲜明、异彩纷呈的中国传统法律文化,傲然屹立于世界法律之林。在中国悠久的法制历史中,国家制定法始终处于正统地位,是中华法系的主干,在各种法律渊源中起着支配的指导作用,而且辗转承袭,未曾中断,形成了继受关系十分清楚的制定法系统。肇始于《法经》,终结于《清律》的中国封建法典,源远流长,存在着明显的承续性,反映了社会历史发展的轨迹,而且还出现过《唐律》这样雄踞世界法律之林的代表性法典,在中外法律史上产生了巨大的影响。在西方,法典编纂的优秀范例也是比比皆是,无论是影响千古的法律巨著《优士丁尼国法大全》,还是以法典编纂闻名于世的民法法系中的各成文法典,抑或有着悠久判例传统的英美法系国家所制定的诸如《美国宪法》这样名扬天下的优秀成果,都以其丰富的内容、完备的形式、先进的技术因素、深厚的理论功底、勇于创新的气魄、高度的实用性与现实性、广泛的影响力证明了成文法典对振兴本国和传播异邦的重要意义。达维德认为:“法典的编纂是一种帮助罗马日耳曼法系在欧洲和欧洲以外地区传播的绝妙手段。”^①其二,英美法系的判例法,作为最主要、最基本的法律渊源,与法典一起构成了社会的法律之网。所谓判例法,一般是指高级法院的判决,或者说一个判决中所包含的法律原则或规则,对高法或其他法院以后的审判具有作为一种先例的约束力或说服力。判例法的基础是“遵循先例”。值得一提的是,我们认为,这里所说的作为法律效力载体的判例法,是专属于英美法系的。虽然在大陆法系国家,也存在着发挥重要作用的判例,^②但它与英美法系的判例法是有区别的,大陆法系的判例只是非正式意义上的法律渊源,法院判决并不具有对于以后司法活动的约束力。因此,它并

① [法]勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第61页。

② 梅丽曼曾从公正角度论证了判例的合理性:“一个仅仅作出对案件当事人有拘束力的判决,而既不受自己又不受其他法律先前判决拘束的法院,是不能保证行政行为的合法性的。实际需要的是,应当采取‘类推适用’判例的合理办法——判决的效力不仅限于当事人,而且适用于其他类似的案件——来处理行政行为是否合法的诉讼。”参见[美]约翰·亨利·梅丽曼《大陆法系》,顾培东、禄正平译,知识出版社1984年版,第156页。

不能算是法律效力的载体。当然,也有例外,比如作为大陆法系保持法典化传统的代表性国家——法国,在其行政法领域并没有一部行政基本法,法国行政法的主要渊源并不是成文法典,而是由逐年公开发表的最高行政法院的判例。^①

成文法和判例法都是法律效力传送到外部世界的载体,而载体的质量如何会直接影响法律效力这种约束力发挥的程度。因此,要使法律效力达到最大程度的发挥,就必须提高作为法律效力载体的成文法和判例法的质量。而客观地讲,作为法律效力载体的成文法和判例法各有利弊,成文法便于理解和适用,但它禁锢和窒息了法官的能动性和创造性,使法官沦为工匠般的法律的奴婢,并且成文法往往难以适应社会的情势变迁和司法个案的特殊情形。但是我们所追求的司法合理性目标,必然要求成文法与司法个案相适应^②;判例法的灵活性和可比性较强,易于随机应变,相对于静态的成文法,判例法明显带有一种有机生长的动态特性,尤其是对司法个案具有较强的适应性,有利于确保司法个案的公正,但判例法显然过于凸显了法官的权威和所谓法官“造法”的权力。可见,纯粹的成文法或判例法都有其自身无法突破的局限性,相互取长补短、共同促进法律效力的发挥应是今后发展的趋势。

法律效力作为一种约束力,并不是凝固在载体上的约束力,也不是留存在人们脑海中的约束力。这种约束力只有传送到一定的范围内才能发挥作用。而法律效力所传送的范围,是由各个方面构成的有机整

① 出现这一例外的原因,与法国的行政法治发展进程有关。法国本国学者对行政判例的评价是:“如果我们设想立法者大笔一挥,取消全部民法条文,法国将无民法存在;如果他们取消全部刑法条文,法国将无刑法存在;但是如果他们取消全部行政法条文,法国的行政法仍然存在,因为行政法的重要原则不在成文法中,而存在于判例之中。”参见[法]弗德尔《行政法》,1984年法文版,第107页。转引自王名扬:《法国行政法》,法律出版社1989年版,第19页。

② 形式合理性法律背景下的司法合理性有着独特的基本内涵,内涵之一就是:司法判决思维的逻辑结构是将形式实在法的抽象性规则严格适用于具体案件事实;司法的任务就是将这种具有确定意义的法律规则适用于案件事实之上。相关的论述,参见夏锦文《现代性语境中的司法合理性谱系》,载《法学》2005年第11期。

体,即法律效力的维度。其中,每一个方面构成一个维度。对此,有不少学者提出了各种法律效力维度论,有主张“法律效力没有法的适用范围的内容”的“法律效力无维度论”,^①有主张把法律效力的范围仅仅归结为对人的范围的“法律效力单一维度论”,^②有将“属地”和“属人”合为空间维度,认为法律具有时间、空间、事实三个维度的“法律效力三维论”^③,等等。

我们认为,法律效力的四个维度,即时间、地域、对象和事项维度,也就是国内法学教材上经常提到的“法律的时间效力”、“法律的空间效力”、“法律的对人效力”、“法律的对事效力”。

法律的空间效力是指法律生效的地域范围,包括域内效力和域外效力两个方面。法律的域内效力是基于国家主权而产生的,它意味着一国法律的效力可以及于该国主权管辖的全部领域,而在该国主权管辖领域以外则无效。当一国的立法体制规定中央和地方政府均享有一定立法权时,域内效力原则又被进一步扩展为法律的域内效力及于其制定机关管辖的领域。法律的域外效力则指法律在其制定国管辖领域以外的效力。殖民时期法律的域外效力通常表现为宗主国的治外法权。现代社会中,随着国际交往的日益频繁,为了保护本国国家和公民的利益,在相互平等的基础上,许多国家也规定本国某些法律具有域外效力。如我国在民事和婚姻家庭等方面的一些法律,实现有条件的域外效力原则。我国刑法也规定,对一些发生在我国境外的犯罪行为,可以适用我国刑法的规定追究犯罪者的刑事责任。^④

法律的时间效力是指法律的有效期间,包括法律何时生效、何时失效和有无溯及力的问题。在这里,我们有必要着重探讨一下法律的溯及力问题,它又称法律溯及既往的效力,是指新法律可否适用于其生效以

① 潘晓娣:《法律效力的再认识》,载《河北法学》1993年第1期。

② 姚建宗:《法律效力论纲》,载《法商研究》1996年第4期。

③ 吴经熊:《法律的三度论》,载《中华学术与现代文化丛书》第九册——《法学论集》,(台北)华冈出版有限公司1977年10月版,第1—4页。

④ 公丕祥主编:《法理学》,复旦大学出版社2002年版,第383页。

前发生的事件和行为的问题。如果可以适用,则该法律就有溯及力;否则就没有。现代国家一般通行的原则有两个,首先是“法律不溯及既往”原则,即国家不能用现在制定的法律指导人们过去的行为,更不能由于人们过去从事了某种当时是合法而现在看来是违法的行为而依照现在的法律处罚他们。不少学者认为,“法律不溯及既往”应当是法治的基本原则之一。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。^①而人的解放和自由,包含在法律下的自由。“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。”^②要实现法律下的自由,必须贯彻“法律不溯及既往”原则。如果法律溯及既往,人们就无法判断自己的行为是否在法律下是自由的。其次,作为“法律不溯及既往”原则的例外,许多国家同时还认为法律规范的效力可以有条件地适用既往行为,即所谓“有利追溯”的原则。^③

法律的对人效力,^④也称法律的对象效力,是指一国法律可以适用的主体范围,即对哪些主体有约束力。不同国家以及一国的不同部门法在确定其适用的对象范围时可以遵循不同的原则,通常包括属地主义原则、属人主义原则、保护主义原则、结合主义原则等。我国现行法律所采取的结合主义原则,既体现了国家主权,加强了对本国和本国公民的保护,同时也充分尊重了别国的主权。^⑤

法律的对事效力,即法律效力的事项维度,是指“国内法律秩序的属

① 李德顺:《价值论》,中国人民大学出版社1987年版,第187页。

② [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。

③ 在我国民法中,“有利追溯”的原则表现为,如果先前的某种行为或关系在行为时并不符合当时法律的规定,但依现行法律则是合法的,并且相关各方都有利,就应当依新法律承认其合法性并予以保护。在我国刑法中,“有利追溯”表现为“从旧兼从轻”原则,即新法律在原则上不溯及既往,但新法律不认为是犯罪或者处罚较轻的,适用新法律。

④ 注意这里的“人”包括自然人和法人。虽然凯尔森在《法与国家的一般理论》中并不同意法人是独立的法律关系主体,但我们仍认为法人具有独立的法律人格。

⑤ 公丕祥主编:《法理学》,复旦大学出版社2002年版,第388页。

事效力范围的问题,通常就体现为国家在其对国民的关系中有多大权限的问题”^①。法律效力的事项维度经凯尔森提出后,被一些学者所肯定并写入著述或教材中。^② 法律效力的事项维度是法律效力不可缺少的一个维度,它意味着法律调整的客观对象的复杂性与具体性。凯尔森指出:

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。调整人们宗教生活的规范涉及另一种属事范围,它不同于调整人们经济生活的规范的范围。^③

有的事项,属于宗教规范或道德规范调整的范围,法律对其没有法律效力;有的事项,属于法律调整的范围,法律对其具有法律效力,但不同的事项由不同的法律调整,调整该事项的法律对该事项才具有法律效力。

我们知道,并不是社会生活中的一切事项都可以纳入法律的调整范围,这涉及对国家权力的限制问题。马克思主义和资产阶级思想家都认为,国家权力必须受到限制。如卢梭指出:

凡是一个公民能为国家所做的任何服务,一经主权者要求,就应该立即去做;可是主权者这方面,却决不能给臣民加以任何一种对于集体是毫无用处的约束;他甚至于不可以有这种意图,因为在理性的法则之下,恰如在自然的法则之下一样,任何事情绝不能是毫无理由的。^④

国家权力应当受到限制,但我们难以列举受限制的各个方面。对

① [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 1996 年版,第 269 页。

② 吴经熊:《法律的三度论》,载《中华学术与现代文化丛书》第九册——《法学论集》,(台北)华冈出版有限公司 1977 年 10 月版,第 1—2 页;张根大:《法律效力论》,法律出版社 1999 年版,第 87—101 页;徐永康主编:《法理学》,上海人民出版社 2003 年版,第 355—357 页。

③ [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 1996 年版,第 45 页。

④ [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆 1980 年版,第 42 页。

此,有的学者尝试着列举了国家立法权在某些事项上应当受到的限制:国家不能制定侵犯人权的法律;不能制定违背人类基本道德的法律;不能制定有违法治原则的法律,等等。^① 总之,社会控制手段多种多样,并非每个事项都是由法律来控制的。“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。”^② 法律只能调整应该由法律调整的事项,法律对那些不属于自己调整的事项不具法律效力。

从效力到实效:法律发展的社会文化意义

在对法律效力进行研讨时,我们必须注意区分法律效力及其相关概念。这些概念主要是法律实效、法律效果与法律效益。这里,我们着重探讨法律效力与法律实效的关系,因为法律效力与法律实效的区别以及相互转化的运动规律推动了法律的发展,在法律文化史上具有不同寻常的意义。

法律实效(*efficacy of law*)一般是指具有效力的法律在实际社会生活中被执行、适用和遵守的情况,即法律的实质有效性。从法律实效的角度研究法律,可以帮助我们在更广泛的空间和时间观察法律,进而更充分地发挥法律的社会调控功能。^③ 瞿同祖先生指出:

研究法律自离不开条文的分析,这是研究的根据。但仅仅研究条文是不够的,我们应该注意法律的实效问题。条文的规定是一回事,法律的实施又是一回事,某一法律不一定能执行,成为具文。社会现实与法律条文之间,往往存在着一定的差距。如果只注重条文,而不注意实施情况,只能说是条文的、形式的、表现的研究,而不

① 张根大:《法律效力论》,法律出版社1999年版,第94—95页。

② [美]唐纳德·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。

③ 夏锦文:《法律实施及其相关概念辨析》,载《法学论坛》2003年第6期。

是活动的、功能的研究。我们应该知道法律社会上的实施情况,是否有效,推行的程度如何,对人民的生活有什么影响等。^①

博登海默在其著作《法理学》中,首次区分了法律的效力与功效(实效):

一条法律律令的效力必须同其在社会制度中的功效区别开来……功效问题所涉及的是法律规范可适用于的那些人是否真正遵守这些规范的问题。而另一方面,对法律效力的探求,则是试图确定一条法律规范是否值得遵守,亦即私人或政府官员是否应当遵守它。在法律制度的一些部门中,在一条法规的效力与功效之间完全有可能产生分歧。例如,一个被法院确认为符合宪法的法规,却不能在实际社会中起到有效的社会行为标准的作用。^②

凯尔森也论述了法的“效力”与法的“实效”的区别:

法律的效力有别于法律实效的性质是什么呢?这种不同可以用一个例子来加以说明:一个法律规则禁止偷窃,他规定法官必须惩罚每个偷窃者。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。……即使偷窃者万一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。……我们所说的“效力”,意思就是指规范的特殊存在。说一个规范有效力就是说我们假定它的存在,或者就是说,我们假定它对那些其行为由它所调整的人具有“约束力”。^③

① 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局 1981 年版,第 2 页。

② [美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,华夏出版社 1987 年版,第 318 页、第 325 页。

③ [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 1996 年版,第 31—32 页。

在我们看来,法律效力与法律实效是两个确有区别的概念。其一,法律效力是指法律的约束力,属于“应然”的范畴;法律实效则是指法律的实际实施状态,属于“实然”的范畴。其二,法律效力主要依赖于法律的形式有效性,即哪一个国家机关按照何种程序制定的法律规范才具有法律效力;法律实效则主要表征法律的实质有效性,即哪一些法律被人们实际遵守、执行或适用。其三,法律效力是为了说明何种规范性文件才是法律,具有法律约束力,而法律实效则表示具有法律效力的法律的实际实施情况,即是否被很好地实施。其四,法律具有统一的效力,但法律实施却不一定具有同样的实效。自古以来的大量法律,其实施结果不尽相同,甚至同一件法律在不同地域会受到不同的对待。综上所述,法律效力着重讨论“应然”状态的静止的法律是否符合一定的法律规格;法律实效则力图分析“实然”状态的运动中的法律所产生的实际结果。两者是对生成过程中的法的不同阶段进行分析的概念工具。^①

那么,我们不由自主会问:为什么很多有效力的法律在实际生活中却不能收到应有的实效呢?理想与现实的落差归因何处?影响法律实效的因素有哪些?如何才能提高法律的实际效果?对这些问题,有很多法学家进行过探讨,并且寻找了很多答案。我们认为,至少有一点必须关注,那就是:以社会为基础的法律在某一领域的实施过程中,要想取得预期的实效,就必须尊重该领域的社会状况和文化传统。

法律效力与法律实效的脱节和矛盾,以及法律在应用过程中对一定的社会和传统加以关照的重要性,在以清末变法修律为开端的中国法制现代化运动中表现得淋漓尽致。自清末变法修律以来,西风东渐,西方发达国家崭新的法律观念和法律制度对正处于急切变法更张、救亡图存、振兴中华的热忱之中的爱国进步人士有着莫大的吸引力,如日中天的西方法学思潮和法律制度如潮水般涌入中国,一时之间,“言必称罗

^① 张文显主编:《法理学》,高等教育出版社1999年版,第263页;夏锦文:《法律实施及其相关概念辨析》,载《法学论坛》2003年第6期。

马”或“言必称西方”成为中国法学界一道独特的风景。西方法律大规模、长时段地被引进华夏大地,中国开启了轰轰烈烈而又十分艰辛的法制现代化历程。历经清末(1902—1911年)、南京临时政府(1911年10月—1912年9月)、北洋政府(1912年9月—1927年4月)、南京国民政府(1927年5月—1949年10月)四个阶段,最终在不到半个世纪的时间里形成了一个以近代西方法律原则和法律制度为框架的新的法律体系——六法体系。通过法典引进和法律移植,20世纪上半叶中国的法制现代化取得了较为突出的成绩,然而,我们也发现,法律实施的效果却不尽如人意,很多费尽周折从西方移植而来的法律并没有取得预期的效果,仅仅作为“纸上的法”存在于法典中,却没有得到人们的认同,算不上“心中的活法”,如同一座死火山,了无生气。这种情况究竟归因何处呢?症结在于,在大规模进行法律移植的同时,人们忽略了移植能否成功的关键——本土社会的悠久传统。

我们的法律本土资源——代表中华民族独特精神的中国传统法律文化是由中华民族特有的民族性和地域性决定的、数千年世代传承的法律精神及其文化传统的统称,在漫长的历史进程中因其独特的文化品格和制度特征在世界法律文化之林独树一帜。^①而中国传统法律文化明显不同于西方法律文化,“因为中国法律文化与西方法律文化是在不同文化条件下生长出来的两种法律精神的载体形态,它们之间无疑有着巨大的差异性”^②。简言之,经济基础、地理环境、社会结构、政治制度、思想文化、历史传统、民族心理等因素的不同,培育出了东西方风格迥异的法律文化。因此,当西方法律文化随着法制现代化的浪潮蔓延到中国本土

① 有关中国传统法律文化的详细论述,参见夏锦文《中国法律文化的传统及其转型》,载《南京社会科学》1997年第9期;夏锦文《论中国传统法律文化的公法性》,载《法学家》2000年第2期;夏锦文《中国传统司法文化的价值取向》,载《学习与探索》2003年第1期;夏锦文《社会变迁与中国司法变革:从传统走向现代》,载《法学评论》2003年第1期。

② 公丕祥:《冲突与融合:外域法律文化与中国法制现代化》,载《法律科学》1991年第2期。

时,两种不同文化的冲突和碰撞就不可避免了。^①晚清政府在极端被动的情形下被迫以收回领事裁判权为契机,以稳固统治为动力,选择了师夷变法、仿行宪政的道路,炮制出一系列以西方法律为模子的法律文件,结果使保守、落后的封建法律内容与先进的近现代法律形式同时出现在新修订的法律之中,使中国法制的现代化变革从一开始就深受西方的影响,缺乏对本土文化传统的关照。其后的中华民国北京政府、中华民国南京国民政府也秉承了快速移植西方法律的做法,忽略了本国几千年来形成的根深蒂固的文化品格和民族个性。所以说近现代中国的法制现代化不是实现中国法律的自行转变,而是以收回领事裁判权、维持当朝政府的统治为当务之急,以本国法律与西方法律趋向一致为目的。伯尔曼曾说过:“法律中大规模的突然变化,即革命性变化,实际上是‘不自然的’。”^②总体而言,近现代中国的法制现代化是一次“不自然的”法制变革。

当时的法制现代化领导人没有意识到,法律制度有其特定的生成环境,它是一个国家和社会法律文化传统和民族精神的内在逻辑。

只要宇宙还存在着神秘性,只要人类还在其中寻找秩序,只要他们还好奇地希望认识它,那么他们就会创造、完善和依赖于传统。只要他们还希望成为比他们的身躯还多点什么的东西,那么他们就会寻求并创造传统。只要人类还需要规则、范畴和制度,只要他们还不能即兴地创造这些东西,或不是只在某个场合才需要它们,那么他们就将坚守着传统,即使他们骄傲地认为并没有这样做的时候亦复如此。^③

勒内·达维德也曾强调:“立法者可以大笔一挥,取消某种制度,但

① 有关法制现代化进程中西方法律文明对东方国家的冲击和东西方法律文明的冲突,参见公丕祥、夏锦文《法制现代化进程中的东西方关系》,载《法学》1997年第7期。

② [美]哈罗德·J.伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译,中国大百科全书出版社1993年版,第19页。

③ [美]E.希尔斯:《论传统》,傅铿、吕乐译,上海人民出版社1991年版,第429页。

不可能在短时间内改变人们千百年来形成的同宗教信仰相连的习惯和看法。”^①传统是历史的积淀,是一个区域内的民族在历史长河中练就的个性和特色,它永远存活在这个民族的心灵深处而不消失,即使在现代化的今天,它依然由于其恒久的生命力而隐隐透出深沉隽永的光芒,它的坚韧、长久使法律移植无法回避移植法与继受国的传统之间可能出现的冲突问题。孟德斯鸠从文化相对主义的立场分析了法律移植的难题:“为某一国人民而制定的法律,应该非常适合于该国人民的,所以,如果一个国家的法律竟能适合于另外一个国家的话,那只是非常凑巧的事。”^②人为地把不同国家的法律文化特别是法律意识、法律观念、法律心理糅合在一起,表层的相同之处可以调和,可深层的本质性的差异则会发生碰撞,这样就会阻碍移植的成功。造成了“橘生淮南则为橘,生于淮北则为枳,叶徒相似,其实味不同”^③的局面。究其缘故,“水土异也”。

“传统如此重要,其影响如此之大,以致人们不可能完全将它忽略掉。”^④因此,法律移植是一个非常复杂的系统工程,它无法忽略本土法律的传统资源,如果强行引入不适合本国现实的法律制度,那么即使这些法律具有效力,也最终会因水土不服而无法存活,不能收到令人满意的实效。因为“缺乏世代相传的民族心理的支持与认同,无论现行社会秩序受到现行法律规则怎样强化,它也是脆弱不稳定的”^⑤。如果在移植外来法律时,一味追求超前立法、快速立法、大规模立法,却抛弃了本国的传统和现实,那么,匆忙出炉的法律就难以融入社会生活的实际领域,难以被人们认同、消化、吸收,从而最终变成一纸空文。

最后应当指出,法律实效与法律效力不仅有区别,更具有密切的联系。一方面,法律实效以法律效力为前提。法律实效只能是根据法律的指引力而进行的活动,它包括国家机关的立法、执法、司法、法律监督和

① [法]勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第467页。

② [法]孟德斯鸠:《论法的精神》,上册,张雁深译,商务印书馆1982年版,第6页。

③ 《晏子春秋·内篇杂下》。

④ [美]E.希尔斯:《论传统》,傅铿、吕乐译,上海人民出版社1991年版,第10—11页。

⑤ 公丕祥:《法制现代化的理论逻辑》,中国政法大学出版社1999年版,第355页。

公民的守法等一切法律行为。另一方面,也是对法律文化的发展与革新更具意义的,就是法律实效是法律效力的直接结果。法律对主体的规范功能只能体现在法律实效之中,即法律必须得到人们的遵守,才能证实那个“应当的”法律是确实存在的,是有效力的;否则,若一项法律长期无人遵循和适用,就无法获得现实的遵守,在实质上也就不存在了。从这个意义上讲,法律实效实质上是法律效力的客观化过程,它在主体的法律行为中获得了生命体现,不能取得法律实效的法律只能是一个美妙的装饰品。^①

我们所积极投入的法制现代化事业,本质上就是一个从法律效力不断转化为法律实效的连续过程;我们所长期倡导的法治,必然是一个法的理想转变为法的现实的动态过程。整个过程形成一个环形规律:任何一项新的立法在获得法律效力后,必然要求在法律实践中取得法律实效;现实中的实效与理想的效力之间必然存在着反差,也就是说有效力的法律未必能取得满意的法律实效;这种反差必然会引起立法者和社会大众的高度关注,从而促使立法者积极反思,通过局部修正、某些改革或重新立法等各种方式来尽量提高法律实效,缩小理想与现实的差距,这就推动了下一场立法活动或法制变革的发生。而整个人类社会的法律文化和法制文明正是在这样的历史轮回中不断得到进步和发展。

^① 徐永康:《法理学》,上海人民出版社2003年版,第344—345页;夏锦文:《法律实施及其相关概念辨析》,载《法学论坛》2003年第6期。

法律行为(legal action)

人类对于自己行为的认识,可谓源远流长。同样,人们对于法律行为的认识,也可以追溯到法产生时的久远年代。从现实上论,法律与国家产生于相同的社会文化氛围中,从它获得国家意志的一般表现形式之日起,无论当时的立法技术是相当幼稚还是比较发达,反映在法律的内部结构上,都莫不以法律的规范性内容为重要组成部分,其中就蕴含了对人们行为的规范性要求及行为的相应法律后果。而理论上,法学从诞生之日起,就不可能回避对人的行为特别是人的法律行为及其规律的研究。因此,法律与行为从来就密不可分。从历史的视角来看,以人类进入文明社会后法律和国家的产生为起点,古老的法律行为在各个方面开始了不断积累、不断发展的漫漫历程,在几千年的人类历史中,积淀了此起彼伏的学说思潮、博大精深的理论体系、风格各异的制度设计、璀璨夺目的行为盛况,对整个世界法律文明史产生了巨大影响。

同时,我们又不由自主地惊叹法律行为的研究领域如此宏大广袤和精微深奥,尽管它与人类宏观行为领域相比不过是一个微观范畴,但它在现代社会生活的各个方面乃至各个角落几乎无处不在,人们的法律行为方式可谓极其繁杂又光怪陆离,能够纳入法律领域的行为问题更是日益增多,法律行为可谓涵盖了整个人类社会。更何况,法律行为绝不仅

仅是一个孤立的动作或过程,它既是主体内在思想和情感的表征,也是当前社会状况和现实条件的反映;它既可能是一个时代、一种文化类型的集中表现,更有可能牵引出一系列法律事件的发生、学说思潮的兴起、制度体系的构建、社会文化的转型;它既汇集着一个社会所有的信息,又昭示着人类的现在和未来。历史上,法律行为开创时代、引领潮流的例子俯拾即是。优士丁尼时期大规模的罗马法典编纂运动中,汇集了罗马法全部精华的四部精妙绝伦的法典一经颁布,就对后世产生了深远影响,奠基了大陆法系的气质和性格,这是典型的制定法律的法律行为,即立法行为;^①中国西汉董仲舒极力提倡并风靡一时的“春秋决狱”、“原心定罪”,其中心意旨就是将《春秋》等儒家经典作为断案的依据,或是以儒家观点解释汉律,这包含了适用法律的法律行为、解释法律的法律行为。^②从这些颇具代表性的例子来看,每一种法律行为的问世,都是人类文明迈向更高台阶的标志,是人类逾越野蛮、走向文明的见证,它真实地记载和浓缩了人类文明的历史与社会发展的轨迹,是人类智慧创造的共同财富;每一种法律行为,及其已经代表或即将引发的思想学说、制度体系、文化品格,都铭刻着某个时代、某个国家、某段历史的印记,凝聚着法律职业共同体孜孜以求的激情和积极前行的心血,闪耀着人类的智慧之光;每一种法律行为都因其丰富的内涵、变幻的实例、无穷的发展空间,

① 令人叹为观止、对整个人类法律文化产生革命性影响的立法行为还有《法国民法典》的编纂,拿破仑曾言“不会被任何东西摧毁的,会永远存在的,是我的民法典”。被称为“不寻常的精巧的金缕玉衣”的《德国民法典》的诞生,更是赢得中外美誉并影响深远,英国法学家梅特兰赞道:“我以为从未有过如此丰富的一流智慧被投入到一个立法行为当中。”参见[德]K. 茨威格特、H. 克茨《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,法律出版社2003年版,第130、220、224页。

② 适用法律的法律行为,常常引发出重大的法律事件,如中国历史上的三大质变型的根本性变法(商鞅变法、王安石变法、清末变法修律)、数数量变型的局部改革(如春秋时期齐国管仲首倡改革并“修旧法”、西汉“缙紫上书”引发的文景两帝刑制改革);西方历史上,英国在审判实践中最早确立“大陪审团”和“小陪审团”模式,对其他国家产生巨大影响,奠定了作为司法民主象征的现代陪审制度的基石;由17世纪发生在英国伦敦塔下的李尔本鞭答案所引发,经1688年英国普通法院审理的詹姆斯二世诉七主教案,以判例法的形式确立并最终由1912年英国《裁判规则》等法律明文规定的沉默权制度,已为世界诸多西方国家所接受,并得到了联合国多种文件尤其是1966年《公民权利和政治权利国际公约》的确认。

好似一个不可估量的宇宙,一个需要我们倾注热情、智慧、好奇心去大胆探索的浩瀚海洋。

不同文化圈中的法律行为

法律行为作为从一般的人类行为中分化出来的特殊行为,是法律对人类行为的界定和规范。很明显,它是一个组合概念,“法律”是对“行为”的名定。因此,要解读法律行为的内涵,就必须要从分析行为开始。关于行为的含义,古今中外的学者在长期的实践中,从不同的科学角度和不同的思维层次对其作了深入的研究,为我们认识“行为”留下了宝贵的文化成果。

在我国,对于行为的研究,以《易经》首开先河。在《易经》六十四卦文中,涉及到行为现象的,便有九十四处之多。例如,乾卦有“天行健,君子以自强不息”,“仁以行之”;坤卦有“承天而时行”;师卦有“行险而顺”;临卦有“志行善也”;复卦有“动而以顺行”;坎卦有“行险而不失其信”等。在古人看来,行为的本质是:“生生之谓易;一阴一阳之谓道”。行为的构成是:“在天成象,在地成形,变化见矣”。行为的范围是“变动不居,周流六虚。”^①自春秋以来,我国许多思想家用“行”来表示行为,^②无论是《论语》中的“行己有耻”、“行必果”、“行笃敬”,《左传》中的“行则思意”、“行无越思”,还是《墨经》所言“行,为也”,“志行,为也”,“为,穷知而悬于欲也”,均是用“行”来表示人们在一定目的、欲望、意识、意志支配下的活动,^③亦即“行为”。而同时代的西方,也留下了许多学派对行为的类似论说,古代西方思想家们也大多把行为视作人的有目的、有意识的活动。如古希腊亚里士多德把行为看作人类的特征,认为人所具有的特殊功能,就是“人的行为根据理性原则而具有理性生活”^④;德国黑格尔在《法

① 李林:《法制的理念与行为》,社会科学文献出版社1993年版,第118页。

② 在语源上,我国古人是将“行”、“为”、“行为”通用的。

③ 张文显:《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社2001年版,第66页。

④ 周辅成:《西方伦理学名著选辑》(上卷),商务印书馆1987年版,第287页。

哲学原理》中简明扼要地指出：“意志作为主观或道德的意志表现于外时，就是行为”^①；英国分析法学家约翰·奥斯丁认为：“人类的行为，包括上帝命令约束的人类行为，不可避免地是由规则或公理所指引的。”^②后来，随着人类社会的进步、语言的丰富和认识的深化，人们开始把人的“行为”与大自然的“运行”和动物的“活动”划分开来。^③到了现代，不仅有关人的行为的理论进一步深化和丰富，而且在社会科学各领域，各学科专家对行为的定义也众说纷纭，甚至以人的行为为对象的学科即行为科学也创立和发展起来。^④虽然人们对行为的解释不一而足，但大都强调行为的主观性与客观性的统一。如“行为乃受思想支配而表现在外面的活动”^⑤，“行为即表现于身体外部的自主自决的行动”^⑥，“行为是可受意志所控制的、与环境 and 结果发生联系的身体活动”^⑦。

需要指出的是，行为是人类存在和发展的方式，涵盖了人类社会活动的一切外在领域，它随着社会的变迁与发展而呈现出庞杂多样、千姿百态的历史样貌。但是，在人类群体组织的社会中，为了建立必要的秩序，需要采用各种规范的形式来调整和控制人们的行为。法律行为就是法律规范作为社会调整与控制人们行为的方式的集中体现和必然结果，是人类社会行为的一部分。^⑧

从词源上讲，学术界公认“法律行为”（德文 *Rechtsgeschäft*）这个术

① [德]黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆 1961 年版，第 116 页。

② [英]约翰·奥斯丁：《法理学的范围》，刘星译，中国法制出版社 2002 年版，第 62 页。

③ 自然界的客观现象和动物的活动分别受客观规律和动物自然需要的支配，而人的行为则是由达到包括自然需要在内的社会需要的目的和意志支配的、在改造社会实践中发生的、并通过一定社会关系表现出来的自觉能动并受人的思想意志控制的举动。

④ 由于研究出发点和观察立足点的不同，伦理学、社会学、心理学、哲学、行为科学等各学科对行为的定义和论述各有侧重，内涵和外延也各不相同。参见李林《法制的理念与行为》，社会科学文献出版社 1993 年版，第 116—118 页。

⑤ 《现代汉语词典》，商务印书馆 1983 年版，第 1291 页。

⑥ 《英汉辞典》，国防工业出版社 1990 年版，第 49 页。

⑦ 张文显：《法哲学范畴研究》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 67 页。

⑧ 并非所有的行为都能成为法律行为，只有当主体的行为具有一定的社会法律意义时，才能被纳入法律行为的范围。

语,是德国法学的产物,最早是一个民法学上的概念。据研究,德国启蒙时期法学家丹尼尔·奈特利布来德(Daniel Nettlblandt, 1719—1791)于1748年出版的著作《实在法学原理体系》第一卷中借用过拉丁文“actus iuridicus”(可译法律行为)和“delaratio voluntatis”(可译自愿表示)等,表示自由追求法效果的行为,他甚至将“actus iuridicus”定义为“设定权利和义务的行为”。但是首创德文术语,来表示这种自由设权行为的,是历史法学派的奠基者古斯塔夫·胡果(Gustav Hugo, 1764—1844),他在1805年《日耳曼普通法》一书中使用德文 *Rechtsgeschaft* 一词,代替罗马法上的“适法行为”(negozio giuridico),泛指具有法律意义的一切设权行为。不过,德国法学家一般认为,法律行为这一语词的真正首创者,当属胡果的学生、德国“学说汇纂”体系(Pandekten,又称潘德克顿体系)创立人海瑟(G. H. Heise),他在1807年的《民法概论——Pandekten 学说教程》一书中赋予了 *Rechtsgeschaft* 一语以设权的意思,表示行为的含义,第一次揭示了法律行为具有“意思表示”属性。^① 随后,著名法学家萨维尼(Friedrich Carl von Savigny, 1779—1861)在其名著,即1840—1849年间出版的八卷本《当代罗马法体系》(尤其是第三卷)中,将法律行为理论进一步精细化,对此概念作了系统论述,被认为是法律行为理论的集大成者。^② 萨维尼对海瑟所揭示的意思表示这一本质部分作了重要的理论发展,提出法律行为的“意思学说”,将“法律行为”与“意思表示”相提并论。^③ 应当指出,德国法学上的“法律行为”概念并非一成不变,早期德国法学不严格区别法律行为和意思表示,往往将二者等同;后期德国学者则区分了法律行为与意思表示这两个概念,认为法律行为是一种法律事实构成,或者说是法律要件,而意思表示则为

① 这里所谓的意思表示,依胡果的说明,不是生活中普通意思的表示,而是追求私法效果的意思,即法效意思的表示。该书在第六章详细地论述了法律行为的一般意义、要件和类型,使其成为一般术语。参见龙卫球《民法总论》,中国法制出版社2001年版,第473页。

② 董安生:《民事法律行为》,中国人民大学出版社1994年版,第30页。

③ 徐国建:《德国民法总论》,经济科学出版社1993年版,第85—86页。

构成法律行为的一种法律事实。^①“法律行为”这一概念在德国民法领域产生后,在学理和立法上都发展出了丰硕的成果,形成了精密的法律行为理论体系和制度体系,并且其影响力很快波及到了许多国家。日本、意大利、法国等都深受启发,形成了颇具本国特色的法律行为理论和制度,法国甚至在二十世纪四五十年代里考虑设置“法律行为”专篇,但终因维护原有体系稳定性的考虑,以一定程度的心态上的原因而作罢。^②

后被译作“法律行为”的德文名词 **Rechtsgeschäft**,在德国法学上是以一个民法学的概念诞生的,但中文里的“法律行为”术语则始于日本学者。日本学者在翻译德语 **Rechtsgeschäft**(由“**Rechts**”和“**Geschäft**”组成)时,借用汉语中的“法律”和“行为”两个词,并将两者连在一起。由于德语中“**Rechts**”除了表示“法律”之外,兼有“合法”、“正义”等含义,因此,“法律行为”的原初语义是合法的表意行为,而违法行为及受法律处罚、制裁的行为不属法律行为的范畴。然而,“法律行为”一词传入中国后,因受苏联法学的影响,^③我国开始在整个法理学领域,而不仅限于民法领域使用“法律行为”,并且也不再把违法行为排除在法律行为的内涵之外,即在一般意义上,把“法律行为”视作“有法律意义和法律属性的行为”。而“民法领域内的合法行为”(即“法律行为”的原初本意),则通过《民法通则》的立法规定,用“民事法律行为”来表示。^④也就是说,“民事法律行为”这一术语,替代了“法律行为”的原义。

至此,我国现今使用的“法律行为”术语的内涵就很明显了,它应当指一切具有法律意义的行为现象。正如有学者所称:

① 龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社 2001 年版,第 475 页。

② [德]K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,法律出版社 2003 年版,第 224 页:“人们想以专门的第四篇(法律行为与法律事实)保留在有关人法、继承法和物法三篇之后。”

③ 在前苏联的法理学理论体系中,“法律行为”是一个囊括一切有法律意义和属性的行为的广义概念,而不局限于狭义的合法行为。参见张文显《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 67 页。

④ 《民法通则》第 54 条定义:“民事法律行为是公民或法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。”这一定义将民法领域的法律行为限定为合法行为。

一般意义上的“法律行为”应是各法律部门中的行为现象的高度抽象,是各部门法律行为(宪法行为、民事法律行为、行政法律行为、诉讼法律行为等)与各类别法律行为(如合法行为、违法行为、犯罪行为等)的最上位法学概念(或法学范畴)……所谓法律行为,就是人们所实施的、能够发生法律上效力、产生一定法律效果的行为。它包括合法行为与违法行为、(意思)表示行为与非表示行为(事实行为)、积极行为(作为)与消极行为(不作为)。^①

这一观点,在国内学术界是有着强烈共鸣的。比如:

法律行为按其与法律规范的要求是否一致,可以分为合法行为与不合法行为。^②

所谓法行为是指具有法律意义、可以运用法律规范来调整的作为、不作为。^③

从法理学方面来说,法律行为是指法律规范规定的具有法律意义的,能够使法律关系产生、存续、变更或消灭的法律关系主体的行为。^④

法律行为是能发生法律上效力的人们的意志行动,即根据当事人的个人意愿形成的一种有意识的活动。它是在社会生活中引起法律关系产生、变更和消灭的最经常的事实。^⑤

围绕法律行为的论争

由德国法学家们首创并在民法意义上使用的,后经日本学者翻译为“法律行为”的 *Rechtsgeschaf* 术语,是一个非常抽象、令法律家们都倍感

① 张文显主编:《法理学》,高等教育出版社 1999 年版,第 101 页。

② 孙国华:《法学基础理论》,中国人民大学出版社 1987 年版,第 460 页。

③ 章若龙、杨一平:《行为法学与法行为学》,载《现代法学》1990 年第 3 期。

④ 李林:《法制的理念与行为》,社会科学文献出版社 1993 年版,第 119 页。

⑤ 参见《中国大百科全书·法学卷》。

难解的概念。它自诞生以来,就在概念体系和法律实践两方面成为争论的焦点。概念体系上的无休止争论,主要集中于“法律行为是否仅限于合法行为,即违法行为能否成为法律行为”、“合法行为是否包括法不禁止的一切行为”、“意思表示与法律行为能否混同”等论题上;实践运作上的争论则复杂也丰富得多,各个部门法中,只要是涉及到法律行为的,都可能成为争议的对象。对这些争论的了解和分析,有助于我们更深刻、更全面地理解法律行为的基本理论。

对“法律行为”这一抽象概念的界定,一直是争论不休、悬而未决。迄今为止,不同国家、不同时代、不同法域对它的看法都不尽一致,没有一个能为所有人所广泛接受的统一论调。其中,最具争议性的,就是违法、无效的行为能否成为法律行为的问题。这一争议归因于法律行为理论创始人之间的观点分歧。当时,法律行为抽象概念的启蒙创始人胡果认为法律行为仅限于适法行为,而法律行为概念科学内涵的首创者海瑟与法律行为理论集大成者萨维尼则并未沿袭此说,但也没有明确反驳胡果的观点,更没有断言违法行为能成为法律行为的一部分,这就为后世学者的论战设下了伏笔。真正的争论则发端于19世纪初,以德国法学家莱昂哈德为代表、主张违法行为可以成为法律行为的一派学者,与以诺伊曼为代表、论点正好相反的一派学者之间所展开的争论。^①不久,争论就蔓延到了德国法系各国,前苏联对此的论争则更为激烈。随后,当“法律行为”被引入中国后,法律行为作为合法行为与违法行为的统语原本并无异议,但自从我国《民法通则》第54条规定:“民事法律行为是公民或法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为”,以此将民事法律行为限定为合法行为之后,争论就发生了。有些学者主张把法律行为严格限定为合法行为,以与立法一致;有的甚至强调法律行为这一源于私法的概念不能推广到整个法理学,而只能指私法上的合法行为;

^① [日]冈松参太郎:《法律行为论》,有斐阁(东京)1914年版,第335—368页。转引自宋炳庸:《法律行为基础理论研究》,法律出版社2008年版,第265页。

有的学者则坚持在最广义和最上位的意义上使用“法律行为”一词,认为它包括了一切与法律相关的行为,不论合法和违法,也不论是私法还是公法;有的学者为了消除法学界在法律行为概念上的分歧,主张用“涉法行为”(指与法律相关和具有法律意义的行为)来替代广义上的法律行为;有的学者试图用“法律行为”(狭义)和“法律上的行为”(广义)两个概念来分别表示合法行为和具有法律意义的行为;有的学者则分别用“民法上的法律行为”和“法理学上的(一般意义上的)法律行为”两个词语,前者是合法行为,后者则不受此限。等等。^① 在这里,我们认为,第一,“法律行为”作为一个非常实用的概念,应当最能科学概括与反映人类在法律领域内的所有活动。^② 理由有三:首先,在汉语中,从字面理解,法律行为中的“法律”是用来修饰“行为”的中性定语,指“具有法律意义的”和“能够引起一定法律后果的”,而不是指“公平的”、“合法的”。其次,在逻辑上,“法律行为”的对应概念,应是“非法律行为”,而不是“违法行为”。这一点可以从伦理学简明精确的概念方法中得到启发。^③ 再次,仅因为《民法通则》把“民事法律行为”限定为合法行为,就要改变“法律行为”的内涵,是不可取的。^④ 第二,“法律行为”应当是一个包括各个法律部门中的行为现象的最上位的高度抽象概念,而不能仅限于私法领域。在民法知识框架内,使用“法律行为”这一描述和解释一切法律部门行为现象的语词,是不合适的,我们完全可以用“民事法律行为”这一特定的子属概

① 围绕着这一争论,涉及的作者、文章和著作繁多,这里仅对众多相关观点作宏观的分类的归纳和提炼,对持这些观点的作者及著述,恕不一一列出。

② 在范围上,法律行为应包括宪法性法律行为、民事法律行为、经济法律行为、行政法律行为、刑事法律行为、诉讼法律行为等;在性质上,它包括合法行为与违法行为;在行为方式上,它包括作为的法律行为和不作为的法律行为;在主体上,它包括公民的法律行为、法人的法律行为、国家的法律行为;在目的上,它涉及经济、行政、民事等多种目的。

③ 在伦理学中,道德行为(伦理行为)是与非道德行为(非伦理行为)相对的。前者指“人们在一定道德意识支配下表现为有利于或有害于社会或他人的行为”,后者指“既不是由一定的道德意识引起,也不涉及自觉有益或有害社会或他人,既无道德意义,也不可能、不应当进行善恶评价的行为。”参见罗国杰等《伦理学教程》,中国人民大学出版社1985年版,第350页。

④ 张文显先生在其著作中详细阐述了这三项理由,参见张文显《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社2001年版,第68—69页。

念来指称民法领域内的法律行为。^①至于区分“民法中的法律行为”和“法理学上的法律行为”，也是不妥当的，很容易导致法律解释上的困难和法律概念体系的混乱。

再举一个关于“法律行为”概念在学理上引起争论的例子。作为“法律行为”一个分支的“合法行为”，是指广义上的“法律未明文禁止的一切行为”，还是狭义上的“法律明文允许的行为”，还是在狭义基础上增补了中间层次的“虽无明文规定，但符合法律原则的要求，不违反社会公共利益的行为”？对于法律行为合法性的评断，学术界有着不同的论点，我们暂且把它们分别称为“法定主义”、“比较宽容主义”和“最大宽容主义”。法定主义的“合法行为”要求以一定具体明确的法律规范为前提，行为必须符合法律规范规定的条件，才构成合法行为。比较宽容主义的“合法行为”则比法定主义增加了一类“虽无明文规定，但符合法律原则的要求，不违反社会公共利益的行为”。^②持“最大宽容主义”观点的学者则认为，合法行为包括与法律规范一致的行为、法律可容许的行为（即现行法律虽无明文规定，但本质上与法律的要求是一致的或不违背法律要求的行为。在法制不健全的情况下，这类行为是大量的）、法律未明文禁止的行为（这类行为中有的就其性质可能违法，但由于没有事先明确宣布的法律禁止，只能推定为合法行为）。^③主张“比较宽容主义”的学者往往认为“最大宽容主义”所强调的“法律所不禁止的一切行为均合法”是不够严谨、不够确切的，他们赞成另外一个命题“法律所不禁止的一切行为都是许可的”，^④并且严格区分了“允许”与“合法”。^⑤

法律行为不仅在概念体系和内涵上引起了广泛的讨论，在法律实践

① 至于“民事法律行为”这一概念是否和立法一致并专指民法领域内的合法行为，则也是见仁见智，我们不作片面性的讨论。更何况中国未来的民法典对此如何规定，尚未可知。

② 李林：《法制的理念与行为》，社会科学文献出版社1993年版，第136—137页。

③ 张文显：《法哲学范畴研究》，中国政法大学出版社2001年版，第89页。

④ 这是罗马法中的一个著名原则，它为后世传统法学所继受，并被资产阶级启蒙思想家提出的“天赋人权”、“人人生而平等”、“主权在民”等原则所进一步发展。1789年法国《人权宣言》第5条、1791年《法兰西共和国宪法》分别对此给予明确规定和公开确认。

⑤ 谢邦宇：《行为法学》，法律出版社1993年版，第112页、第116页。

中的争议更是多样。由于一切与法律有关的行为,无论其合法或违法,都是法律行为,它理所当然涉及到所有的部门法律。更何况,在现实社会生活中,法律行为绝不只是某一种样式,它们所表现出来的形态是纷繁复杂的,它有时表现为单个的、一次性的动作;有时表现为连续性的动作,甚至一个活动过程。因此,法律行为可以说无处不在,在各个法域中都引起了热烈的讨论,比如,民法领域中“胎儿是否具有民事主体资格,能否成为法律行为的主体?”“同性婚姻是否属于有效的法律行为?”;刑法领域中“安乐死是违法行为还是合法行为?”、“婚内强奸能否成立,丈夫是否可以成为强奸这一犯罪行为的主体?”;行政法领域中“当行政行为遭遇到司法的审查,司法在多大限度内可以对行政进行控制?”……这些与人类生活、社会发展紧密相连的讨论,更是经久不息,而人类社会的法律也随着一次又一次论战而不断进步和发展。

在这里,我们以学者们对“适用法律的法律行为”^①中的典型现象——判例之讨论为例,说明法律行为在现实生活中给人们带来的思考和论争。判例,究竟是否应当被纳入“适用法律的法律行为”的整个运作机制之中,作为行为主体的一项选择依据而存在?它是否对法律行为的过程和结果有拘束力?这在法学界引起了热烈的争论。我们认为,判例是法律行为主体在作出“适用法律的法律行为”时的一种相当重要的参照或依据;它直接影响到包括裁判者和律师在内的所有法律行为主体的判断和选择,甚至可以修正成文法的弱点和不足;它与成文法一起,成为支撑和评价法律行为的重要理据。

众所周知,西方两大法系国家的重要分殊之一就是英美法系以判例法为主要的法律渊源,以“遵循先例”为主要的司法审判原则;而大陆法系则以制定法为重要的法律渊源,以严格适用成文法规范为法律适用原

^① 依照国家法律体系调整与控制法律行为的机制及其过程的不同,可分为制定法律的法律行为、适用法律的法律行为、解释法律的法律行为、遵守法律的法律行为。其中,适用法律的法律行为是使法律规范在社会生活中得到实施的重要方式,是一个动态的连续过程。参见李林《法制的理念与行为》,社会科学文献出版社1993年版,第132页。

则。客观地讲,成文法和判例法各有利弊,成文法便于理解和适用,但它禁锢和窒息了法官的能动性和创造性,使法官沦为工匠般的法律的奴婢,并且成文法往往难以适应社会的情势变迁和司法个案的特殊情形。但是我们所追求的司法合理性目标,必然要求成文法与司法个案相适应^①。判例法的灵活性和可比性较强,易于随机应变,相对于静态的成文法,判例法明显带有一种有机生长的动态特性,尤其是对司法个案具有较强的适应性,有利于确保司法个案的公正,但判例法显然过于凸显了法官的权威和所谓法官“造法”的权力。可见,纯粹的成文法或判例法都有其自身无法突破的局限性,相互取长补短应是今后法律发展的趋势。尤其是现今我国随着法制现代化事业的不断深入,成文法往往滞后于社会发展,或者与社会生活及传统民情不够协调,借判例之长来补成文法之不足就显得非常重要。再者,一个多世纪以来,西方两大法系出现了日渐靠拢的新趋势,判例的价值显得更加突出。所以近年来,判例的研究引起了中国法学理论和实务界的广泛关注,不少学者热情倡议在立法和司法实践中合理发挥判例的作用甚至在中国创立判例制度,各种策略和方案也时常见诸报刊杂志。从1986年开始,中国大陆法学界在判例问题上出现了研讨的热点,并且著述丰硕。据不完全统计,曾先后发表论文100多篇,出版有关判例的专著多部。^②此外,还有很多涉及判例的法制通史或非专著性的论著。

二十余年来,中国应当如何对待判例在“适用法律的法律行为”中的作用和地位,始终是一个充满争议的问题。目前,对这一问题主要有三种不同观点。第一种主张中国应当采用判例法制度,建立以成文法为

① 形式合理性法律背景下的司法合理性有着独特的基本内涵,内涵之一就是:司法判决思维的逻辑结构是将形式实在法的抽象性规则严格适用于具体案件事实。司法的任务就是将这种具有确定意义的法律规则适用于案件事实之上。参见夏锦文《现代性语境中的司法合理性谱系》,载《法学》2005年第11期。

② 有关判例的专著,代表作有:武树臣:《中国传统法律文化》,北京大学出版社1994年版;汪世荣:《中国古代判例研究》,中国政法大学出版社1997年版;汪世荣:《中国古代判词研究》,中国政法大学出版社1997年版;武树臣:《判例制度研究》(上、下册),人民法院出版社2004年版,等等。

主,以判例法为辅的具有中国特色的法律体系。^①也就是说,判例和成文法一样,可以成为法律行为的法定依据,对整个法律行为的运作过程有拘束力。持这类观点的学者大致上从法理学(成文法和判例法各有优劣,采用判例制度可以弥补成文法之不足)、法史学(中国历史上始终保持着判例传统,我们应当参酌借鉴并进行现代性转换)、比较法学(西方两大法系逐渐靠拢的趋势,使判例法的价值更显得突出)、法律实践(当今法制建设的状况和需要)这四个方面论述了当代中国采用判例制度的合理性,并且探讨了引进判例制度的具体操作方法。第二种反对上述主张,这部分学者认为,判例在我国审判实际中应仅限于指导性作用,而不宜具有拘束力。提出我国也应当采用判例制度的建议,是不可取的,也是不切实际的。^②第三种认为,中国不应采用判例法制度,应当坚持成文法传统,走成文法道路,但应加强判例的作用。意即判例虽然不能像成文法一样成为法律行为过程的法定依据,但至少可以在整个法律行为过程中起到重要参照物的作用。这部分学者强调,“判例法(英文通称为 Case law)与判例(precedent)这两个词含义不同,必须加以区分。在普通法系国家的一些作品中,这两个词可能是通用的。但就中国法学家来说,它们是很不同的。顾名思义,判例法是一种法律,而判例可以在审判过程中作参考,但它并不是法律,至少在中国不是。中国不应采用判例法制度,但应当加强判例的作用。”^③“中国应当在法典法的框架下发挥判例的作用。……不采用判例法,并非就要否定判例的作用。在我国法典

① 持此观点的学者代表为武树臣等,参见武树臣《走向东方,走向“混合法”——从中国法律传统的角度看判例法》,载《判例与研究》1995年第2期;李二桃《判例法的借鉴与本土化——比较法视角下的中国判例制度的构建》,载《前沿》2005年第12期;等等。

② 吴伟、陈启:《判例在我国不宜具有拘束力》,载《法律科学》1990年第1期;荆向俊《论判例法制度在我国之不可行》,载《青海社会科学》1991年第3期;高岩《我国不宜采用判例法制度》,载《中国法学》1992年第1期。

③ 沈宗灵:《当代中国的判例——一个比较法研究》,载《中国法学》1992年第1期;沈宗灵:《再论当代中国的判例》,载《判例与研究》1995年第3期。

化的进程中,参考判例是法典化配套措施中最重要中的一个。”^①

法律行为的独特风格和结构谱系

在我们对法律行为内涵进行了历史性的解读,并且回顾了有关法律行为概念体系和实践运作方面的争论之后,我们对法律行为的了解已经不仅仅停留在概念的层面上,而是可以剖析它的独特之处和结构谱系。

法律行为的特征主要有以下三个方面:一是社会性,即法律行为是具有社会意义的行为。马克思有句名言:“活动和享受,无论就其内容或就其存在方式来说,都是社会的,是社会的活动和社会的享受。”^②法律行为作为人的活动,社会性当然也是其首要的特征。所谓社会意义,是指法律行为能够产生社会效果,造成社会影响,具有人际交互性。或者说,法律行为不是一种纯粹自我指向的行为,而是一种社会指向的行为。主体的法律行为总是直接或间接地与社会发生利害关系,其中包括利益的一致与冲突。因此,那些相对来说只涉及行为者自身利益而不会影响他人和社会整体的行为,即纯粹自我指向的行为,一般是不具有法律意义的,不属于法律行为。

二是法律性,即法律行为由法律规定、受法律调整、能够发生法律效力或产生法律效果。这是法律行为区别于一般社会行为的根本特征。法律行为的产生,通常是以法律规范的确切规定为前提。没有相应的法律规范,就无法评断行为的法律价值。诚如美籍奥地利法学家汉斯·凯尔森所说:“某个行为之所以成为法律行为是因为它是由法律规范所决定的。行为的法律性质等于行为与法律规范的关系。行为只是因为它是由法律规范决定并且也只在这一范围内才是一个‘法律’行为。”^③黑格尔也认为:“对一种行为,不先规定其合法或不合法的方面,而作为外界

① 董茂云:《比较法律文化:法典法与判例法》,中国人民公安大学出版社2000年版,第209—212页。

② 《马克思恩格斯全集》第四十二卷,人民出版社1979年版,第121—122页。

③ [奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,中国大百科全书出版社1996年版,第42页。

事件加以判断,就等于给它一个普遍谓语,说这种行为是杀人放火等等。”^①因此,在一般情况下,如果缺少具体法律规范作为行为的评价尺度,就无法确认行为的法律性质。^②而所谓产生法律效果,是指法律行为能够引起人们之间权利义务关系的产生、变更或消灭,它们可能会受到法律的承认、保护或奖励(如合法行为),也可能会受到法律的否定、撤销或惩罚(如违法行为)。

三是意志性,即法律行为是受人的意志所支配,有意识、有目的作出的举动。这也是人的行为区别于动物的活动的关键所在。“正是通过意志的表现,行为获得了人的行为的性质。”^③无论哪一种行为,都是行为主体在一定社会生活条件制约下的意志选择的结果,都是人们主观意志的外在表现。如果抛开行为主体的意志要素,仅仅对行为本身作法律评价,就会陷入客观主义的泥潭。因为外在的作为客观现象的行为,是不可能对任何评价作出反应的,“使人们行动起来的一切,都必然要经过他们的头脑。”^④因此,法律行为必须是人们有意识的活动,无意识无意志的行为是纯粹的无意行为,不能成为法律行为。^⑤一般来讲,无意识能力的人的行为,不能构成法律行为;意识不健全或未成年人的行为,有些是不完全的法律行为;那些被迫、被逼、被骗而作出的行为,也不能算是法律行为,主体不会因此而承担法律责任或全部法律责任。^⑥

同时,学者们还对法律行为的风格进行了不同的概括。如价值性,即法律行为是基于行为人对该行为的意义的评价而作出的,是一定社会

① [德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第122页。

② 这一要求在违法行为中的直接体现,就是对“法无明文规定不为罪”原则的确认。

③ [前苏联]沃尔科夫:《意志和刑事责任的问题》,转引自[前苏联]雅维茨:《法的一般理论——哲学和社会问题》,朱景文译,孙国华校,辽宁人民出版社1986年版,第223页。

④ 《马克思恩格斯全集》第二十一卷,第343页。转引自李林:《法制的理念与行为》,社会科学文献出版社1993年版,第122页。

⑤ 如果它客观上引起了法律关系的变化,最多也只能说是法律事件,而不是法律行为。

⑥ 对法律行为特征的总结与论说,可见于大量的法理学教材与著述中。在这里,笔者采用了张文显教授总结和归纳的上述三性(社会性、法律性、意志性),参见张文显《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社2001年版,第69—73页。

价值的载体,人们可以用善恶、好坏、利害等范畴进行评价。^① 还有学者提出法律行为具有阶级性、客观性、主观性、能动性等特点。^② 此外,不同领域、不同时代、不同社会条件下的法律行为还具有个别性的特征。如政治领域内的法律行为与民事领域的法律行为、市场经济条件下的法律行为和计划经济下的法律行为就各有特色,风格相异,而这也反映了法律行为的多样性。

从法律行为的特征来看,法律行为的构成是需要一定条件的,这些条件可以称为法律行为的要件,即法律规定的或通过法律解释确定的构成法律行为的要素。这些要素既有客观,也有主观,它们联结在一起,构成了法律行为的结构谱系。法律行为正是主体与客体、主观因素与客观因素交互作用的复杂过程。

恩格斯曾说:“就个别人来说,他的行动的一切动力,都一定要通过他的头脑,一定要转变为他的愿望的动机,才能使他行动起来。”^③言下之意,人的行为必然有一个内在的、主观的领域,即法律行为的主观要件,或者说内在方面。它包括动机、目的、认知能力等要素。首先,作为动机,它深藏着人类行为的秘密,是直接激发和驱使人去行动,并对人的行动方向加以选择、稳定和加强,以达到一定目标的内在动因。在很多情况下,主体的行动,特别是较为复杂的行动是多种动机同时并存、综合作用、彼此制约并在特定环境中形成合力的结果。其次,行为主体所作出的任何事情都出于一定的目的,而“不是没有自觉的意图,没有预期的目的的。”^④在法律行为的结构中,目的构成行为的灵魂,并给予行为以规定性。“我的目的构成规定我的行为的内容。”^⑤再次,法律行为是人的有意识的自觉活动,它必定伴随着主体的思维、认知活动。人的认知能力和水平之高低直接影响了行为的法律意义。严格地讲,“人们只能以我所

① 张文显:《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社2001年版,第73页。

② 李林:《法制的理念与行为》,社会科学文献出版社1993年版,第122—125页。

③ 《马克思恩格斯全集》第二十一卷,人民出版社1965年版,第345页。

④ 同上书,第341页。

⑤ [德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第124页。

知道的事况归责于我。”^①如果一个人对自己的行为没有认识,他的行为就没有法律效果。如精神病人在发病期间所作的杀人行为,就不是犯罪行为;无知幼儿所订立的合同属于无效民事行为;等等。^②

法律行为构成的客观要件,是法律行为的外在表现,包括行动(行为)、手段(行为方式)、具有法律意义的结果等要素。在法律行为的结构谱系中,外在方面具有决定意义。这是因为,首先,人的内心意思只有外化为行动并对外部世界(包括自然界和人类社会)产生作用力,才能以行为的构成要素成为法律评价的对象和依据。“内在的意志不是一种社会行为,它因此就不可能在法律世界中有任何反响,不能转移到外部的一种意志行为,在法律的观点上就是不存在的。”^③其次,只有通过个人的行为,才能判断个人对一切事物的态度、思想和感觉。再次,行为的法律意义、法律性质何在,需要其外在方面来决定。例如,同样是杀人,究竟是刑事犯罪行为,还是诸如正当防卫、法警执行死刑等可以免责的正当行为,需要根据该行为对他人及社会的危害程度来决定。^④

具体而言,法律行为的外在客观要件有三:第一,外在的行动,即行为。它是法律行为构成的最基本的要素,指主体通过其身体或其一部分的动作而表现于外、对外部世界产生影响的活动,是法律行为主体作用于对象的中介及方式。有的学者认为,行为就是“活动主体(人)出于一定的动机,通过自身的形态变化输入能量而引起对象(物体、他人、关系乃至整个社会)改变其存在方式的活动。”^⑤没有任何外在行动的法律行为是不存在的。正如西方法谚所称:“无行为即无犯罪亦无刑罚。”马克思在评论莱茵省林木盗窃法时表达了相同的观点:

① [德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆 1961 年版,第 121 页。

② 以上关于法律行为主观要件的论述,参见张文显:《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 73—78 页。

③ [前苏联]约非:《损害赔偿的债》,中央政法干校翻译室译,法律出版社 1956 年版,第 29 页。

④ 以上关于法律行为客观要件之意义的论述,参见张文显《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 78—83 页。

⑤ 姚新中:《道德活动论》,中国人民大学出版社 1990 年版,第 211 页。

我只是由于表现自己,只是由于踏入现实的领域,我才进入受立法者支配的范围。对于法律来说,除了我的行为之外,我是根本不存在的,我根本不是法律的对象。我的行为就是同法律打交道的惟一领域。^①

第二,行为方式,即手段。它是主体为了达到预设的目的而在实施行为过程中所采用的各种方式和方法,包括行动的计划、方案和措施;行动的程式、步骤和阶段;行动的技术和技巧、行动所借助的工具和器械等等。手段是考察行为的目的并进而判断行为的法律性质的重要标准,是考察法律行为是否成立以及行为人应否承担责任的根据。在一定条件下,“手段的性质也可反作用于目的的性质,从而改变整个行为的进程或方向”^②,甚至改变行为的性质。^③ 第三,具有法律意义的结果。^④ 它是行为的完成状态,是法律行为这种法律事实的重要内容之一。完整意义的行为是包括结果的。正如黑格尔所言:“后果是行为特有的内在状态,是行为本性的表现,而且就是行为本身,所以,行为既不能否认也不能轻视其后果。”^⑤没有结果的法律行为是不存在的。不仅如此,结果作为行为发展的最后一环,既是整个行为过程的凝结和全部要素的综合体现,也是确定行为的法律性质和类别、划清主体承担法律责任范围的重要依据。因此,它在法律行为的结构中具有比前两个要素更为重要的意义。值得我们注意的是,在现实中往往会出现实际结果与预期结果,亦即结果和目的的差别甚至对立。对此,恩格斯曾指出:“行动的目的是预期的,但是行动实际产生的结果并不是预期的,或者这种结果起初似乎还

① 《马克思恩格斯全集》第一卷,人民出版社1965年版,第16—17页。

② 姚新中:《道德活动论》,中国人民大学出版社1990年版,第228—229页。

③ 例如,正当防卫如果超过了必要限度,即行为人如采用与制止加害行为不相称的手段,给对方造成了过分严重的伤害,行为的性质就由正当防卫转化为防卫过当甚至是故意杀人。

④ 需要指出的是,我们认为行为的结果并不等于法律后果,行为的结果只是行为人承担法律后果的依据之一,但并不是法律后果本身。

⑤ [德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第120页。

和预期的目的相符合,而到了最后却完全不是预期的结果。”^①由于结果与目的的差别与对立,形成了理论上的结果论和目的论的对立,并且给法律适用和法学理论研究也带来不少难题,引发了一系列的争论。由此也可看出,法律行为真是一个充满了争议的关键词,只要有法律行为存在的地方,就不会缺少争论和思辨。而人类的法智慧和法文化,也在无穷无尽的探索和辩论中不断走向新的时代。

法律行为引发的革命

由德国法学家们首创并在民法意义上使用的、后经日本学者翻译为“法律行为”的 *Rechtsgeschaf* 术语,一经产生,就对整个民法带来了一场理论革命。由于“法律行为”是以意思表示为内涵的行为,而不是一般的行为,这使“法律行为”概念的出现,与以往诸如“适法行为”概念有了根本性的差别,并且彰显出特殊的意义:第一,对自由追求法效果的行为,在制度上已经能够规定到它的内部结构——尤其是意思表示这个部分,为法律生活中更精确地运用和识别法律行为和非法律行为提供了制度标准;第二,在整个民法体系中,突出了自由追求法效果行为的中心价值——法律行为是一切法律事实中最重要的部分。^②

Rechtsgeschaf 术语诞生后,德国学者并没有停留在概念的原义上,而是对其投入了大量的研究,最终形成了一整套“法律行为”理论体系。英国法学家梅特兰称赞:“我以为从未有过如此丰富的一流智慧被投放到一个立法行为当中。”^③这种研究的结果,就是为法律行为制度建立了极为丰富的理论库,以致被公认为“大陆法系民法学中最辉煌的成就”^④。这些成就是多方面的。第一,德国法通过抽象的法律行为概念,原则上

① 《马克思恩格斯全集》第二十一卷,人民出版社 1965 年版,第 341 页。

② 龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社 2001 年版,第 475 页。

③ 转引自[德]K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,法律出版社 2003 年版,第 224 页。

④ [英]梅丽曼:《大陆法系之传统》,章孝慈译,(台北)黎明文化事业公司 1978 年版,第 91 页。

承认了一切设权行为,改变了罗马法曾经对设权行为有限罗列的作法,确立了更广阔的民法自治空间。第二,法律行为概念成为德国法概念体系化的重要标志。法律行为概念的一个重要的价值意义在于,通过它的抽象性和概括规定能力,克服了罗马法以来对设权行为具体罗列的方法,在法学方法上,它具有简化法律规定和协助体系化的价值。正如德国法学家古斯塔夫·博莫尔所言,法律行为概念在方法上具有“提取公因式”的价值,即可以提高法律逻辑的完整性和内涵的经济性,避免重复。^① 法国目前一些学者受到德国法律行为理论的启发,也认为把合意及其瑕疵、行为能力、代理、期限与条件、无效等概念作整体的规定,是科学的处理方式,法学家波拿那卡勒曾作了这样的尝试。^② 第三,法律行为理论对法律最重要的法律事实——设权行为,提出了细化的内部构造。这种细化技术导致的一个重大意义,就在于它解释了民法中设权行为的根源,这不仅对民法,对其他部门法的相应概念也有指导意义。^③

因此,德国法开创的法律行为理论,经无数杰出法学家的努力,在概念抽象上取得的成就,以及其细化结构所获得的适用价值,是不可忽略的。同时,它在民法实践上的成就,比民法理论上的更辉煌。1794年《普鲁士邦法》,1811年《奥地利民法典》,都接受了当时的德国学理研究成果,尽管没有正式使用“法律行为”这一语词;1865年,《萨克逊民法典》首次采用了法律行为概念,设有少量条文;随后,《德国普通法》于总则中专章规定了“法律行为”,1900年《德国民法典》更是集学理之大成,在第一编中以专章规定“法律行为”;随后,德国学理和立法实践对法律行为的探索和成果,很快对其他国家产生影响。如日本、意大利和我国等。

当法律行为由民法领域上的原初定义升华为一个对各法律部门中的行为现象进行了高度抽象,成为各部门法律行为(宪法行为、民事法律

① [德]K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,法律出版社2003年版,第221页。

② 沈达明等:《德意志法上的法律行为》,对外贸易教育出版社1992年版,第59页。

③ 龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2001年版,第484—485页。

行为、行政法律行为、诉讼法律行为等)与各类别法律行为(如合法行为、违法行为、犯罪行为等)的最上位法学概念(或法学范畴)时,它在整个法律文化史上更是引发了轰轰烈烈的理论革命和实践运动。在理论上,西方各大法哲学思潮和学派都对法律行为作了各有侧重的研究,其中最大的成就莫过于行为法学的诞生。

行为法学,又称“行为主义法学”,是当代西方法学流派发展过程中出现的一股法学思潮。作为第二次世界大战后美国一些法学家将政治学行为主义^①移植于法学领域的产物,行为法学是在二十世纪五十年代至七十年代兴起的,代表人物主要是一些律师和法官,如舒波特、布莱克。^②虽然行为法学最终并没有发展成为一个独立而强大的学派,^③但它在法学的发展过程中所起的独特作用以及曾对传统法学产生的冲击,都是不可忽视的。

与传统法学不同,行为法学的基本特征和主要观点十分特别:第一,行为法学注重对法行为的研究,轻视对法律规范的研究。他们用“法即行为”(law as behaviors)的观念取代了分析法学家“法即规则”(law as rules)的观念和自然法学家的种种神秘术语或抽象的概念,很自然地认为法学的任务就是研究法律行为。并且他们的研究只局限于“实然”的法律行为,而不去探寻“应然”的法律行为,理由是对行为进行评价是越界的。第二,行为法学崇尚“纯科学精神”,排斥价值研究。他们坚持认为,法学作为一门科学,应当严格按照科学的精神进行工作。他们批判很多法学家对法律进行评价是非科学的,强调必须在“纯科学精神”的斗

① 在二十世纪四十年代至七十年代,政治学行为主义风行一时。

② 舒波特是美国南卡罗来纳大学教授,主要著作是:《司法行为:理论与研究——司法政策制定和法院的政治角色》(1961)、《行为主义法理学》(1967);布莱克曾执教于耶鲁大学和哈佛大学,现任弗吉尼亚大学法学院教授,其著作有:《法律社会学的范围》(1972)、《法律行为》(1976)、《司法社会学》(1989)。

③ 原因有二:一是在于行为法学本身缺乏坚实的理论基石,其产生的依据并非行为科学,而是心理学行为主义和政治学行为主义;二是它在现实主义法学派手中仅是一种方法。因此,它只是一种法学思潮,并未发展成为一个独立的法学派别。参见谢邦宇《行为法学》,法律出版社1993年版,第14—16页。

篷下,建立“科学的法学”。而所谓的“纯科学精神”就是实证主义哲学的传统,其基本原则是:科学的功能在于认识和解释世界,而非改造世界;科学只能认识现象,不能认识本质,法的本质属于法哲学范畴而不属于法科学;科学的作用在于整理经验,而正义、法治、正当程序等非经验的东西在科学的法学中没有立足之地;经验世界是价值无涉的领域,价值判断在科学的法学中没有认识论的意义。第三,行为法学注重定量研究,热衷于勾勒法律行为的模式,提出法律行为的定理,无视定性分析。他们仿效自然科学的研究方法,提出了法的控制模式、法的纠纷模式和法的变量定理。^①从以上论述可以看出,行为法学在法学的发展中有其独特的作用。它力争使法学从单纯的规范、学说、判例的研究向现实研究转化,从而扩大了研究的领域;它将定量分析方法引入法学,提升了法学研究的科学度和精确度,促进了社会科学与自然科学的相互渗透;它通过对于法律变量因素的综合分析,加深了对法的认识。^②但是,行为法学的局限与误区也是相当明显的。它过于注重具体的法律行为,而忽视了重要的研究主题,如法的价值;它过分强调定量分析而忽视定性分析,使法学研究陷入机械主义的泥潭;它一味坚持法学的中心问题是事实,却放弃了思考诸如“对事实应当做些什么”的关键问题,等等。因此,它积极的方面终究被许多消极因素所埋没,最终只能是思潮而不能构成学派,其发展的轨迹显示出它不能说是彻底的法学。^③

法律行为对整个法律文化史上的意义绝不仅限于理论上的成就,它更是牵动了法律实践运作过程中的种种革命。在这里,我们试着以法律行为中的一种——行政诉讼行为的出现对法律史的划时代意义,来说明法律行为的矛盾运动为人类法律文化,甚至整个人类文明的发展与繁荣提供了源源不断的能量。任何一种法律行为的产生和发展,以及对整个

① 关于行为法学以上三项特殊性的分析,参见张文显《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第335—342页;谢邦宇《行为法学》,法律出版社1993年版,第16—18页。

② 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第342—343页。

③ 谢邦宇:《行为法学》,法律出版社1993年版,第18页。

社会的意识形态、制度设计、文化变革所产生的巨大影响力,都令钟爱法律的人们感到震撼和惊喜。

行政诉讼行为作为一个自成体系的活动过程,其特殊之处在于诉讼程序的设计和诉讼过程的运作无不涉及到行政权与司法权之间的关系,其本质根源于司法对行政的控制。因此行政与司法两权的冲突与协调就成为行政诉讼行为过程中的根本问题。在分析行政诉讼行为之前,有必要提及作为其重要理论基础的权力分立与制约理论。

法治一直是人类追求的理想目标之一,法治理论经历了数千年漫长的思想历程,至今仍因其无限生命力而绽放光辉。从古希腊罗马,中经中世纪,到近现代,法治作为一个开放的概念不断扩充新的内涵。而法治思想的核心,可以说是对各国政治法律思想和制度产生直接推动作用的控权观念——权力的分工与制约。

远在古代希腊,睿智的思想家们就从人性论的角度看待法治问题,以“人性不完善”为依据证明分权制衡的必要性。亚里士多德认为,任何人即使是最伟大最贤明的人,也会受个人感情这种主观因素的影响,从而作出一些不利于民众,不利于国家的事。^①“单独一人就容易因愤懑或其他任何相似的感情而失去平衡,终致损伤了他的判断力;但全体人民总不会同时发怒,同时错断。”^②权力具有极大的诱惑力和腐蚀性。英国思想家罗素在他的名著《权力论》中说过:“爱好权力,犹如好色,是一种强烈的动机,对于大多数人的行为所发生的影响往往超过他们自己的想象。”^③英国历史学家约翰·阿克顿对此有精辟的论述:“一切权力必然导致腐化,绝对的权力必致绝对腐化。”孟德斯鸠则一针见血地指出:“一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一条经验。”^④“人性不可过分信赖”在曾将孟德斯鸠尊为先知的美国人的论著中也得到了充分体

① 何勤华:《西方法学史》,中国政法大学出版社1996年版,第20页。

② [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1981年版,第164页。

③ [英]伯特兰·罗素:《权力论》,吴友三译,商务印书馆1998年版,第189页。

④ [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1961年版,第154页。

现。“在这方面,如同其他个方面一样,防御规定必须与攻击的危险相称,野心必须用野心来对抗。如果人都是天使,就不需要任何政府了。如果天使统治人,就不需要对政府有任何外来的或内在的控制了。”^①将这些话加以总结后便可得到一个合乎逻辑的推论:因为人性并不完善(甚至是恶的),掌握权力之人便容易滥用权力,所以就必须实行分权以求得法治的实现。

权力的分工是指不同性质的国家权力分别由不同的机关行使,制约是指对国家权力的管理、监督和控制。二者构成了权力制衡内涵的全部内容。分权理论的核心思想,就是通过将国家权力分割为若干部分并由不同的人掌握,以达到预防权力垄断和滥用的目的。正如洛克所说:“在一切情况和条件下,对于滥用职权的真正纠正办法,就是用强力对付强力。”^②孟德斯鸠的看法与洛克完全一致:“从事物的本性来说,要防止滥用权力,就必须以权力约束权力。”^③在现代法治社会中,国家权力的配置或多或少地体现了权力制衡的思想,民主、法律至上、有限政府等理念彰显了没有一个国家机关的权力是绝对的、没有边界的,因此任何一个国家机关的权力都要受到其他国家机关的监督和审查。

法治的发展历程证明,权力的分工与制约是人类历史经验的总结,也是社会稳定和发展的必然规律,最基本的权力制约就是司法权对行政权的制约。从行政权的性质、现代行政的要求等方面来看,法律必须坚持对行政进行控制。首先,行政主体是对经济和社会发展影响最大、与公民关系最密切的国家机关,因而也是权力最大、机关最多、人数最众的一个部门。^④行政主体在社会生活中的极端重要性,决定了司法权对行政权实行制约的必要性。其次,行政主体在行政法律关系中处于非常优越的地位,行政权力与公民权利之间的强度差异悬殊,所以行政主体非

① [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如、在汉、舒逊译,商务印书馆1997年版,第264页。

② [英]洛克:《政府论》(下),瞿菊农、叶启芳译,商务印书馆1964年版,第95页。

③ [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1961年版,第154页。

④ 应松年:《依法治国的关键是依法行政》,载《法学》1996年第11期。

常容易滥用职权,破坏它与公民在法律上的平等地位。“赋予法治国家的人以巨大的权力是必要的,但是也是危险的。它是如此危险,致使我们不愿只靠投票箱来防止官吏变成暴君。”^①再次,行政权的运行总是积极主动地干预人们的社会活动和私人生活,因而行政权具有鲜明的倾向性和主动性。

行政诉讼行为的实质就是通过法院司法权来控制行政权力从而保护公民权利。行政诉讼作为一种控制行政权的制度,由法院通过对行政行为进行审查使国家行政权力与其责任相符,并保证其在法律范围内运行。“我们很难想象,一个现行有效的行政法律制度在未规定法院或某种其他公正机构及裁判庭对政府官员的行动至少做一种有限的审查的情况下,就能防止政府官员任意滥用权力的现象。”^②再者,在现代行政过程中,行政权力在不断扩张,更需要加强制约,现代法治的态度是,“政府权力的膨胀更需要法治”^③,而司法权以其中立性和终极性通过对有争议的行政行为的司法审查,对行政权予以事后制约,从而当之无愧地成为约束行政权、保护公民合法权益的最重要的力量。因此,规范行政诉讼行为的运作,加强法律对行政的控制,无疑是现代法治最基本的也是最自然的要求。在我国法制现代化的建设路径中,行政法治作为现代化行政的基本理念,其创设可说是现代法治的关键,“行政法治”意味着行政管理活动的系统化和行政权的规范化,而行政诉讼行为则是行政法治的权威关口,更是行政权规范化的根本保障机制。能否对行政权主体进行诉讼,行政诉讼行为是否规范,可诉机制是否完备,可诉范围是否开放并保持足够的能动空间,无疑是现代法治畅行的重要动因。行政诉讼行为的产生和发展,不仅将权力的分工与制约从理想变成现实,而且使司法在真正意义上成为解决争议的最后途径,成为法治的最后一道防波堤。

① [美]詹姆斯·M.伯恩斯等:《美国式民主》,谭君久等译,中国社会科学出版社1993年版,第189页。

② [美]E.博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来等译,中国政法大学出版社1999年版,第367—368页。

③ [英]韦德:《行政法》,徐炳、楚建译,中国大百科全书出版社1997年版,第28页。

法律关系(legal relation)

在规范法学的视域下,法律关系应该是一个比权利更为基础性的法学范畴。因为在这个学术范式中,一方面,权利是一个被限定于实证法的框架下的概念;另一方面,法律关系容纳了主体、权利(义务)内容、客体等多个要素,比权利的内涵更为丰富,是权利的上位概念。^① 只有从这个角度,我们才能理解有的学者所谓“法书万卷,头绪纷繁,莫可究诘,然一言以蔽之,其所研究或所规定者,不外法律关系而已”。^②

当然,同样在规范法学的意义上,法律关系与权利又有着相当大程度的一致性。当我们言说一个权利时,可能包含两种不同的指向,一个是个体意义上的,一个是整体(关系)意义上的。前者是在“主张”、“能

① 正是因此,我国大陆地区有些法理学教科书在内容体系的编排上出现了两次有关权利的理论介绍,即一方面专章讲述“权利和义务”,另一方面在“法律关系”一章中又再次提及作为法律关系要素之一的“权利和义务”。(参见公丕祥主编《法理学》,复旦大学出版社 2002 年版;李步云主编:《法理学》,经济科学出版社 2000 年版。)显然前者是在价值法学的意义上讨论权利范畴的,此举的目的在于阐明权利先于法律、权利外于法律的“权利本位”法学观;后者是在分析法学的意义上介绍法律关系的内容乃是法律主体间的权利义务关系,而这里的权利以法律的规定或承认为前提。笔者认为,法哲学意义上的权利范畴覆盖了道德指向上的应有权利和制度层面的法定权利,以及现实意义上的实有权利,它与规范法学中的法律关系范畴不具有同一理论背景下的可比性,而仅就法定权利而言,视之为法律关系的下位概念乃是规范法学内部的逻辑必然。

② 梁慧星:《民法总论》,法律出版社 1996 年版,第 47 页。

力”、“自由”或“资格”的意义上表征一个人的正当权利要求,后者是在一个人与其他人之间的关系角度上考量社会主体之间的应有权利关系。后一种视角跳出了权利主体的个人立场,从整体上、全局上审视权利现象,得出了权利实质上是权利与义务之关系系统一体的结论。因此,权利亦即权利和义务的关系,这一关系一旦被纳入法律所调整,我们即称之为法律关系。也就是说,法律关系乃是权利和义务关系在规范法学中的另一种表达方式。

法律关系的观念源起与理论创设

学术界通说认为,法律关系的观念起源于罗马法中的“债”的概念:“债是法律关系,基于这种关系,我们受到约束而必须依照我们国家的法律给付某物的义务。”^①其实,在这段文字中被译为“法律关系”的拉丁语“*iuris vinculum*”,如果直译应为“法锁”。因为仅就“*vinculum*”来看,意为“绳索”、“锁链”、“连接”等,而一旦这种相互间的“锁链”关系乃应国家的法律而发生,于是便成了“法律上的锁链”,这也就是“法锁”概念的由来。^②故而这段文字在另一个翻译文本中被表述为:“债为法锁,约束我们根据我们城邦的法偿付某物。”^③

可见,罗马法将“法锁”视为债的本质所在,刻意强调了债是一种主体在法律上的相互约束关系,这与我们今天的“法律关系”概念并无太大区别,只不过此时的“法锁”仅限于私法中的债的关系罢了。正如有西方专门研究罗马法的学者指出:

术语 *obligatio*(拉丁文中的“债”——笔者注),有时表示权利,有时(像英文“*obligation*”一样)表示义务,但比较准确地说,它表示的是整个这样的关系。从词源学上讲,它的意思是彼此间的约束,

① [古罗马]查士丁尼:《法学总论——法学阶梯》,张企泰译,商务印书馆1989年版,第158页。

② 江平、米健:《罗马法基础(修订本)》,中国政法大学出版社2004年版,第280页。

③ [古罗马]优士丁尼:《法学阶梯》,徐国栋译,中国政法大学出版社2005年版,第343页。

即把债权人和债务人联系在一起的纽带。正是由于存在这样的纽带,一方当事人才有义务履行某些行为或者表示容忍,而另一方当事人则有权接受这些行为或者容忍,第三方至少在原则上是不受影响的。^①

“法锁”的观念,形象而又深刻地描述了债作为一种法律关系内在地具有着相互约束性和法律强制性,为近代法律关系理论的创立奠定了基础。不过,在罗马法上,法律关系、权利乃至法都没有上升为规范化的学术概念,它们之间也没有清晰的范畴界线。所以严格地说,“法律关系”在当时还没有成为一个专门的法律或法学术语。

法律关系作为一个明确的、专门的法学概念被使用和研究,应该是在19世纪。19世纪历史法学派的创始人胡果,根据罗马法业已阐明的权利主体旨在设定、变更及消灭民事法律关系的各种行为所必备的条件和原则,抽象出“法律关系”这一概念。同样被视为历史法学派代表人物的德国法学家萨维尼,于1839年第一次对法律关系作了理论阐述。

这里的法律关系(*Rechtsverhältnisse*),被萨维尼限定在私法领域。萨维尼认为,在自然界,人是最重要的因素,人为了生活,必然地要与他人发生各种各样的关系。在这种关系中,既要让每个人自由地发展,又要防止对他人造成损害,这就需要法律来进行规范,由法律规范的人与人之间的关系,就是法律关系。^②

虽然萨维尼根据个人的独立意志所能支配的三个对象——本人、无自由意志的自然和他人——将法律关系区分为三种:人自出生起就拥有的权利(“原权”)、与自然的关系、与他人的关系,但他仍将法律关系定义

① [英]巴里·尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2000年版,第168页。

② 何勤华:《西方法学史》,中国政法大学出版社1996年版,第248页。

为“就是由法律规定的人与人之间的关系”。^① 在三种法律关系中,后两种法律关系与“原权”的不同之处在于它们都是“取得的权利”。其中“与自然的关系”中的“自然”,是指可以为人所能够支配的那部分自然界,即“物”。故而,这个法律关系也就是所有权(物权)关系。另一个“与人的关系”又包括两种,一是与他人的债权关系,二是与配偶、子女、父母、家族等的亲族关系。这样,与各种法律关系相适应,形成了三个大的法律部门:物权法、债权法和亲族法。^②

不难看出,在萨维尼的法律关系理论中,一方面权利与法律关系有着相当大的一致性,另一方面民法体系中的三大法律关系均来自于“取得的权利”,即来自法律的确认和赋予。他以这种法律关系的类别为逻辑线索,设定了德国民法典乃至后世大陆法系民法体系的基本框架。

继历史法学派之后,德国学者伯恩哈德·温特沙伊德的《学说汇纂教程》、诺易纳的《私法关系的本质与种类》、彭夏尔特的《基本的法律关系》、厄恩斯特·鲁道夫·比尔林的《法律原理论》等著作对法律关系进行了专门的研究。“当时德国法律学者皆认为:对各种法律关系共同事项,另有谋设一般的共同规定之必要”。^③ 在英美国家,19世纪法学家特利在其出版的《英美法的指导原则》一书中最早论及“义务及其相应的权利”问题。1913年,美国法学家霍菲尔德在《司法推理中适用的基本法律概念》一文中从逻辑角度对“权利—义务关系”、“特权—无权关系”、“权利—责任关系”、“豁免—无能关系”等各种法律关系作了分析和论证。1927年,美国学者阿尔伯特·考库雷克出版《法律关系》一书,分20章系统地探讨了法律关系的一般理论。由此,法律关系就成为法理学的专门

① [德]萨维尼:《现代罗马法的体系(第一卷)》(日文版),成文堂1993年版,第298页。转引自何勤华:《西方法学史》,中国政法大学出版社1996年版,第248页。

② 何勤华:《西方法学史》,中国政法大学出版社1996年版,第248—249页。

③ 陈棋炎:《亲属、继承法基本问题》,台湾三民书局1980年版,第3页。

理论问题之一。^①

虽然法律关系这个概念及其基本理论源起于西方,但特别重视法律关系、惯于从法律关系的视角考察法律问题的是前苏联法学。20世纪上半叶日本的法学研究也有这种倾向。^② 在新中国成立以前,我国法学界关于法律关系的理论主要来自德国和日本;新中国成立后,我国法学界关于法律关系的理论主要受前苏联影响。这一影响一直延续至今,但其中的理论观点多有值得商榷之处。

法律关系的本原

前苏联法学家关于法律关系较为权威的定义是:“法律关系是根据法律产生的、具有主体法律权利和义务的、由国家强制力所支持(保证)的人与人之间个体化的社会联系。”^③ 以此为模本,我国大陆法理学界大都将法律关系定义为:法律关系是法律在调整人们行为的过程中形成的以权利和义务为表现形式的社会关系。虽然下定义者们在文字、语序上的具体表述方式略有差异,但从表面上看基本含义大体一致,主要体现为三个理论特征:一是将法律关系定义的落脚点安置在“社会关系”上,认为法律关系是一种特殊的社会关系;二是强调权利义务关系既是法律关系的具体内容,也是法律关系不同于其他社会关系的外部表现形式;三是主张法律关系来自于法律的调整,没有法律或法律规范就没有法律

① 张文显主编:《法理学(第二版)》,高等教育出版社、北京大学出版社2003年版,第130—131页。

② 在西方尤其是英美法系传统下的法理学或法哲学论著中,很少有专门论述法律关系的章节,甚至在法学辞书中页找不到法律关系的条目。(参见张文显《法哲学范畴研究(修订版)》,中国政法大学出版社2001年版,第94页。)笔者认为,这显然与西方两大法系历史上迥然不同的法律生成与实现方式有关。在英美法系传统中,法律的产生发端于个案当事人的权利诉求,实现于法官对已有社会关系的确认或调整;在大陆法系,法律是国家立法机关对社会成员行为模式和关系模式的事先安排、设计,然后才由法官用以规范、调整现实个案。故而,先在的、建构性的、规范的法律关系模式对于后者而言乃是法律实现的前提性条件。

③ [前苏联]C. C. 阿列克谢耶夫:《法的一般理论》(下册),黄良平、丁文琪译,法律出版社1991年版,第449页。

关系。^①

上述三个要点中的前两者,在学者们对法律关系所下的定义中歧义不大,无非存在着究竟以“权利和义务关系”还是以“社会关系”来指称法律关系的区别。但是,在第三个貌似一致的理论表述背后,却暗藏着根本性的观点对立。尽管几乎所有的学者都同意法律规范是法律关系的前提,法律关系是经由法律规范的调整而产生的,不过,当我们追问这里的“前提”究竟是指何意时,亦即当我们深入到“法律关系的本原是法律规范还是社会关系”这一涉及法律关系本质的问题上,就分化为两大理论阵营。

许多学者认为,之所以说法律规范是法律关系的前提,乃是因为法律关系是由法律规范创设、建构而生的社会主体之间的关系模式,法律规范是法律关系的母体。由此,他们用“产生”、“建立”等词汇来表述法律关系的定义,例如,“法律关系是根据法律规范产生的、以主体之间权利与义务关系的形式表现出来的特殊的社会关系。”^②“所谓法律关系,是指法律规范在调整人们行为的过程中所产生的、以主体之间的权利与义

① 论者们对法律关系的定义均大同小异,例如:“法律关系是由法律规范所确认和调整的人与人之间的权利和义务关系。”(《中国大百科全书·法学卷》,中国大百科全书出版社 1984 年版,第 99 页。)”“法律关系是法律在调整人们行为的过程中形成的权利、义务关系。”(张文显主编:《法理学》,法律出版社 1997 年版,第 158 页;法律出版社 2007 年版,第 182 页。)”“法律关系是经法律规范调整的一定社会关系的特殊形式,是国家意志的具体表现,它具有法律上的权利与义务关系的特征。”(卢云主编:《法学基础理论》,中国政法大学出版社 1994 年版,第 310 页。)”“法律关系是指法律规范调整一定主体的行为而形成的权利和义务关系,它是人们相互之间结成的各种社会关系中的一类。”(王果纯:《现代法理学——历史与理论》,湖南出版社 1995 年版,第 200 页。)”“法律关系即法律在调整社会成员行为过程中形成的由国家强制力予以保障的法律上的权利和义务关系。”(孙笑侠主编:《法理学》,中国政法大学出版社 1996 年版,第 99 页。)”“法律关系是法律规范调整人们行为形成的,以权利和义务为内容的特殊的社会关系。”(卓泽渊主编:《法理学》,法律出版社 1998 年版,第 141 页;卓泽渊主编:《法学导论》,法律出版社 2003 年版,第 59 页。)

② 孙国华主编:《法理学教程》,中国人民大学出版社 1994 年版,第 463 页;沈宗灵主编:《法理学》,高等教育出版社 1994 年版,第 372 页;孙国华、朱景文主编:《法理学》,中国人民大学出版社 1999 年版,第 357 页;李龙主编:《法理学》,武汉大学出版社 1996 年版,第 164 页;范健、张中秋、杨春福编著:《法理学——法的历史、理论与运行》,南京大学出版社 1995 年版,第 344 页。

务的形式表现出来的特殊社会关系。”^①“法律关系是在法律规范调整社会关系的过程中所形成的人们之间的权利和义务关系。……法律关系是根据法律规范建立的一种社会关系。”^②“法律关系是指法律规范在调整人们行为过程中所产生的一种特殊的社会关系,即人们根据法律规定而结成的特定的权利和义务关系。”^③这种观点在我国法理学界似乎占据主流。或许正是从这种“产生说”出发,势必推导出下文即将讨论的“法律关系是一种意志关系、思想关系”的结论。因为在他们看来,法律关系是由作为立法者意志的法律规范这一母体中“产生”出来的。

另有一部分学者虽然也承认法律规范是法律关系的前提,但绝不认为法律关系是由法律规范产生而来的。反之,他们认为法律关系的本原形态是社会关系,法律关系只不过是法律规范所调整的那部分社会关系,是“披上了法律外衣”的社会关系。故而他们认为:“法律关系是法律规范在指引人们的社会行为、调整社会关系的过程中所形成的人们之间的权利和义务联系,是社会内容和法的形式的统一。”^④“实际社会关系(事实关系)是第一性的,是法律关系存在的客观依据和内容本身,它决定着法律关系的性质和类别;法律关系是第二性的,它是实际社会关系的法律外衣,从属于一定的社会关系。”^⑤

笔者认为第二种观点显然是更具有说服力的,也更符合马克思主义法哲学基本理论,即法律——包括了法律中有关法律关系的规范设定——无非是由一定的社会物质生活条件所决定的社会法权关系的制度表达。一如有学者所指出的那样:“只要在社会中存在法,法的实现就

① 赵震江、付子堂:《现代法理学》,北京大学出版社1999年版,第55页。

② 刘金国、舒国滢主编:《法理学教科书》,中国政法大学出版社1999年版,第112页。

③ 王天木主编:《法理学》,中国政法大学出版社1992年版,第212页。

④ 张文显:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社1993年版,第160页;张文显:《法哲学范畴研究(修订版)》,中国政法大学出版社2001年版,第96页。

⑤ 王勇飞、张贵成主编:《中国法理学研究综述与评价》,中国政法大学出版社1992年版,第507页。

一直是并将永远是社会关系的法律形式存在的特殊方式。”^①

从外部形式来看,法律关系因披上了法律外衣而获得了与其他社会关系有所不同的特殊性,故而被视为一种特殊的社会关系。但从基本内容上说,法律关系不是种种社会关系中独立的一种,它与经济关系、政治关系、婚姻家庭关系等不是并列关系,它只不过是法律确认和调整这些关系的结果。所以,法律关系的特殊性仅在于它的表现形式,法律关系乃是披上了法律外衣的经济关系、政治关系、婚姻家庭关系等。社会关系与法律关系,是内容与形式、原生与派生的关系。在它们二者之间,法律规范发挥着介质、工具作用。确切地说,法律规范是社会关系演变为法律关系的工具前提。因此,“法律关系是社会内容和法的形式的统一”^②这一命题是十分精准的。

法律关系并非产生于法律规范,而是法律对某些社会关系予以确认和调整的结果。一切停留于规范层面的法律关系模式都能够在现实生活中找到与之相对的社会生活关系原型。有人可能会以诉讼法律关系等所谓“创立的法律关系”(或称“派生法律关系”)作为对这一判断的反面例证,主张这些法律关系的形成完全是基于法律的创设,而不是来自现实社会生活。^③对此笔者的回应是,一方面,“社会关系是法律关系的本原和原生形态”这一认识是在法哲学本体论意义上做出的判断,是针对第一性法律关系亦即法律关系常态之本原性存在的抽象追问,而诉讼法律关系以及刑事法律关系等第二性法律关系实为对第一性法律关系的逻辑延伸,是在技术上、制度上对遭到破坏的常态法律关系的校正,它

① [前苏联]Л. С. 雅维茨:《法的一般理论——哲学和社会问题》,朱景文译,辽宁人民出版社1986年版,第170页。

② 张文显:《法哲学范畴研究(修订版)》,中国政法大学出版社2001年版,第98页。

③ 在许多论著中可以看到对法律关系进行“原生法律关系”与“派生法律关系”、“确认的法律关系”与“创立的法律关系”的分类,其中前者是指直接原生于社会关系,经由法律规范确认、调整而形成的那些法律关系,后者是指在社会生活中原本并不存在,而是由法律规范创立、建构而成的法律关系。(参见周永坤《法理学——全球视野》,法律出版社2000年版,第127—128页;张文显《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社1993年版,第167页;王果纯《现代法理学——历史与理论》,湖南出版社1995年版,第205页。)

们在逻辑上和制度上从属于、派生于第一性法律关系,故而在讨论本体论问题时不宜独立出现。另一方面,事实上,“在各种复杂的诉讼法律关系形成之前,已然存在社会生活主体之间的各种纠纷关系,以及他们诉诸于第三者解决纠纷而衍生出来的各种关系。”^①也就是说,所有第二性法律关系在终极意义上也都源自社会生活关系。当然不容否认的是,从总体上看,公法关系、程序性法律关系比私法关系、实体性法律关系包含有更多的立法者主观创设成分,在表现形式上呈现出更为浓重的制度设计色彩,从而距离其社会生活关系的本原更具有间接性。

法律关系:意志的还是物质的?

与上述讨论的问题密切相关,抑或说由上述分歧引发的学术界有关法律关系本质属性的另一个争鸣,即法律关系是否是一种思想(意志)关系。

认为法律关系是一种思想(意志)关系,并将此作为法律关系的基本特征之一,乃是上世纪90年代中期之前我国法学界的通说。^②持这种观点的学者无一例外地以两点理由作为依据,其一是认为法律关系来自法律规范的创设,或是现实生活中的社会主体依据法律规范的规定相互建立起来的,而法律规范是立法者意志的体现,是国家意志的表达,所以法律关系具有国家意志性;其二是主张任何现实生活中的法律关系都是在社会主体的主观意志支配下建立起来的,是主体间意志的联合,故而现实法律关系的产生、变更和消灭都贯穿着关系参加者的主体意志。

不过,“意志说”的主张者也意识到,有些法律关系并非是由主体意

① 李步云主编:《法理学》,经济科学出版社2000年版,第185页。

② 学界通说认为,法律关系具有以下几点基本特征:其一,法律关系是思想(意志)关系;其二,法律关系是以法律上的权利和义务为表现形式的社会关系;其三,法律关系是以法律规范为前提而形成的社会关系;其四,法律关系是以国家强制力为保障的具有国家强制性的社会关系。20世纪90年代中期以后,一些学者对第一个特征提出了理论质疑。近年来也有少数学者对第四个特征表达了异议,认为法律关系的维系与实现更多地取决于关系主体双方的相互约束,即便在需要外在力量保障时也并非完全倚赖国家强制力。

意志支配下的法律行为导致的,而是由法律事件所引发的,例如出生、死亡、自然灾害等同样会引起法律关系的产生、变更和消灭。但该论者继续申辩说,这些法律关系的产生虽然不是出于人的意志而是出于某种不以人的意志为转移的客观事件,而这些法律关系的实现仍然需要通过关系主体的意志。^①不难看出这样的申辩是极其缺乏说服力的,因为法律关系的产生与法律关系的实现是两个问题,不能混为一谈。在笔者看来,这些论者对法律关系的意志性的论证之所以露出了逻辑破绽,根本原因在于他们把法律关系的意志性片面地理解为法律关系是由立法者和关系参加者的主观意志创设的。

“意志说”的理论依据来自列宁对社会关系的划分。列宁根据马克思、恩格斯的唯物史观,曾把社会关系分为物质的社会关系和思想的社会关系,指出“思想的社会关系不过是物质的社会关系的上层建筑,而物质的社会关系是不以人的意志和意识为转移而形成的,是人维持生存的活动的(结果)形式。”^②以此为依据,有学者认为所谓思想的社会关系是指政治关系、伦理关系、宗教关系、法律关系等,而所谓物质的社会关系是指经济生产关系。^③

这种机械套用唯物史观的做法存在两个理论错误。首先,这种观点不但在逻辑上而且在实体内容上把法律关系与其他社会关系相并列,扭曲了法律关系与其他社会关系之间形式与内容的真实关联。其次,该观

① 有学者举例说,自然灾害这一法律事件导致投保人与保险公司之间产生了法律关系,这是不依双方意志为转移的,但该理赔关系的实现还是取决于双方意志的联合。(参见孙国华主编《法理学教程》,中国人民大学出版社1994年版,第463—464页;沈宗灵主编《法理学》,高等教育出版社1994年版,第373页;孙国华、朱景文主编《法理学》,中国人民大学出版社1999年版,第357—358页。)笔者认为这一例证本身存在错误,保险合同关系的成立恰恰是以投保人与保险人的双方合意为基础的,而保险合同关系转化为保险理赔关系则须以合同约定的法律事实的出现为前提。还有学者举例说,由婴儿的出生所引起的父母与子女之间的法律关系虽然不以婴儿的意志为转移,但这一关系的实现仍然需要其父母的意思表示。(参见王天木主编:《法理学》,中国政法大学出版社1992年版,第213页。)

② 列宁:《什么是“人民之友”以及他们如何攻击社会民主党人?》,载《列宁全集》第一卷,人民出版社1984年版,第120—121页。

③ 王天木主编:《法理学》,中国政法大学出版社1992年版,第212页。

点进而用意识与物质、上层建筑与经济基础的关系替代法律关系与社会关系之间的形式与内容之关系,同时将法律关系完全理解为上层建筑的概念,将高度抽象的社会物质生活关系简单化地误读为物质资料的生产和交往活动。对此,早有前苏联学者提出,不能纲要式地、图解式地理解经典作家对物质关系和思想关系的划分,“物质与意志(思想)关系的相互交错实际上是相当复杂的,因为后者直接包含着生产和交换的意志行为的关系,它们深入到一个国家的经济之中,形成生产关系的内部形式(内容的结构),而不是它们的外部形式。”^①20世纪90年代中期以后,我国也有学者对“意志说”展开了有力的批判:

承认法律规范是上层建筑和国家意志的宣告,不等于说法律关系也是上层建筑和国家意志的宣告。法律既调整精神生活领域的行为,也调整物质生产过程中的行为,那些受到法律调整的经济关系并不会因此而不再是生产关系的一部分。实际上,在唯物史观中,社会意识和社会存在、经济基础和上层建筑的划分只具有相对的意义,完全没有物质因素的精神生活过程是不存在的,完全没有精神因素的物质生活过程也是不存在的,把法律关系定位于单纯的意志关系,是机械地套用哲学理论的结果,也是对法律关系真实属性的歪曲。……法律当然是上层建筑,但是,法律所调整的社会关系不一定也是上层建筑。当某种经济关系因受法律调整而成为法律关系后,唯一的变化是这种关系具有了法律上的意义,对这种关系的破坏会引起法律上的不利后果,而不是这种经济关系本身也变成了思想关系。^②

由于批判者注意到了法律关系并不是一个独立的实体,而是经济关系、政治关系、家庭关系等社会关系在法律上的表现形式,其他社会关系

① [前苏联]Л·С·雅维茨:《法的一般理论——哲学和社会问题》,朱景文译,辽宁人民出版社1986年版,第193页。

② 张文显主编:《法理学》,法律出版社1997年版,第160页。

才是法律关系的实体内容,因此他们主张法律关系究竟属于意志关系还是物质关系不能由它自己来决定,而是取决于它所表现的社会关系本身的属性。具体地说,如果某种法律关系的实际内容是政治关系(如选举关系)、精神关系(如名誉关系),那么它就是“纯粹的”思想意志关系;如果某种法律关系表现的是经济交往关系,那么它就既是物质关系又是思想意志关系。^①

按照有的学者的理解,列宁是为了说明由人们的主观意识支配的社会关系与隐藏在其后的、不以人的意志为转移的客观规律之间的关系,才把前者称为“思想社会关系”,而把后者称为“物质社会关系”。故此,列宁所说的“物质社会关系”并不是仅指经济交往关系,而是指在各种社会关系背后不以人的意志为转移的客观规律,即一种表现为重复性和常规性的关系。确切地说,这里所谓的物质关系就是意志关系背后起作用的客观规律。^② 不论这样的理解是否准确,但由此而出的结论却是正确的,即一方面,无论任何种类的社会关系都是在社会主体的主观意识参与下形成的,都具有意志性;另一方面,任何社会关系只要现实地发生于社会生活之中,都受到一定的物质生活条件和客观规律的制约,也都本身就是客观的现实存在,具有客观物质性。就法律关系而言,无论是制度层面的抽象意义上的法律关系模式,还是现实领域的具体意义的法律关系事实,都不但具有法律规范所要求的国家意志因素或者现实关系主体所表达的个体意志内容,同时也都客观必然地受到一定的社会物质生活条件的决定,都是现实社会关系的法律面相。

因之,在笔者看来,争论法律关系是意志关系还是物质关系并不是

① 张文显:《法哲学范畴研究(修订版)》,中国政法大学出版社2001年版,第100页。这种观点看似颇有说服力,但其实是将法律关系与法律关系的客体混为一谈,把法律关系之权利义务所指向的对象作为法律关系性质的界定标准和法律关系类型的区分标准,举如以选举关系所指向的政治权力客体、名誉关系所指向的名誉客体的非物质性作为判定这些法律关系是意志关系的标准,以经济交往关系所指向的财产客体之物质性作为这一法律关系是物质关系的标准。下文将对这种观点作进一步评价。

② 孙国华、朱景文主编:《法理学》,中国人民大学出版社1999年版,第358页。

一个十分有学术价值的问题。毫无疑问,包括法律关系在内的任何社会关系都是人与人的关系,都承载着人的意志,都有意志性。另外,“关系”,是指事物之间的相互影响和依存,本身是无形的、非“物质”的,它有赖于我们的认知。但是,任何法律关系也都源于客观真实的社会关系,并且都在社会生活中以客观真实的姿态出现。这种客观物质性并不由于法律的介入而改变,不因意志因素的存在而改变。正如我们说法律行为都是主体意志支配下的行为,具有意志性,但并不就此得出法律行为是意志的结论。

我们讨论法律关系是意志的还是物质的,其实是在讨论其本质是主观的还是客观的,是在讨论法律关系是否具有客观必然性,是讨论法律关系究竟是不是主观意志创设的。这里的“物质性”应该是言指法律关系的客观实在性、必然性,而非客体、对象意义上的“物”或“有形世界”。所以“凡是法律关系都是社会生活关系(归根结底是社会物质生活关系)的记录,是社会生活关系与法的形式统一。只有从形式和内容、主观(意志性)和客观(物质性)的统一上去考察,才能正确认识法律关系。”^①

值得注意的是,我们还须将法律关系的物质性与法律关系客体的物质性区分开来,不能以法律关系的客体是物还是精神财富为标准来区分法律关系,不能因法律关系主体的权利和义务所指向的对象是物质财富就称其为物质关系,同样不能因权利和义务所指向的对象是精神财富或智力成果就称其为思想关系。否则我们就无法回答以行为和行为结果为客体的法律关系到底属于物质关系还是思想关系这样的问题。

如果对“物质性”作“客观必然性”的理解,那么,我们只要站在辩证唯物主义的法哲学立场上,只要坚持法律关系的本原形态是客观存在的社会关系,就不难得出法律关系的本质属性乃是物质性的结论。正如马克思早已深刻指出的那样:“每当工业和商业的发展创造出新的交往形

^① 张文显:《法哲学范畴研究(修订版)》,中国政法大学出版社2001年版,第98—99页。

式(即社会关系——笔者注),例如保险公司等等的时候,法便不得不承认它们是获得财产的新方式(即法律关系——笔者注)。”^①

法律关系的规范意义与事实意义

作为一个规范的学术术语和法律术语,法律关系其实存在着两个层面的言说指向,即规范意义的法律关系和事实意义的法律关系。它们分别在不同的讨论目的上被使用。令人遗憾的是,长期以来我国法学界并没有在理论上明确区分法律关系的这两个不同的意义指向,于是导致了为“法律关系是不是思想意志关系”、“法律关系是不是合法的社会关系”等本不应该存在的假问题而争论不休。

规范意义的法律关系是法律关系的应然形态、理想形态、制度形态,它以社会关系的制度面相出现,是立法者对普遍而正当的社会关系模式的确认,是司法者和执法者用以调整现实社会关系达致合法化的蓝本依凭。事实意义的法律关系是法律关系的实然形态、现实形态、具体形态,它以社会关系的事实面相出现,是现实社会生活中社会主体相互交往的关系缔结,是规范意义的法律关系模式的现实化,是法律调整的对象。

规范意义的法律关系是立法者对社会关系的抽象总结和类型梳理,是立法者理性思维的结果,同时也掺杂着更多的主观意志成分,并且以法律规范这一意志形态出现。故而有些学者由此把法律关系归结为一种思想意志关系。事实意义的法律关系是社会主体在社会生活中的现实交往活动,也可能是经由法律调整、纠偏过后的实际关系结果,它以活生生的、可感知的事实面相存在,为此有些学者坚持法律关系是一种客观物质关系。

不容否认的是,有些学者在他们的法律关系类型理论中已经一定程

^① 马克思、恩格斯:《德意志意识形态》,载《马克思恩格斯全集》第三卷,人民出版社1960年版,第72页。

度地表达出法律关系的上述两种意义的区分,只不过没有在法律关系的定义环节展开明确的界定。这些学者认为,法律关系有着“抽象法律关系”(或称“一般法律关系”)与“具体法律关系”(或称“特殊法律关系”、“现实法律关系”)的不同类型。“抽象(一般)法律关系是以法律设定、宣告的模式形态存在的法律关系,其中的主体是法律角色,……具体(个别)法律关系是法的实践主体根据法定的法律关系模式而建立起来的,以具体的,即可感受的、可认知的、人格化的权利和义务联系为内容的法律关系。”^①论者们指出,对法律关系做出如此区分的意义在于,“一方面,我们可以以抽象法律关系为标准,判断具体法律关系的合法性和法律效力;另一方面,我们又可以通过现实法律关系来评价抽象法律关系的合理性和实际效力。法律价值和作用实现的过程,法律秩序形成的过程,也就是抽象法律关系转化为现实法律关系的过程。”^②

显然,论者们所谓“抽象法律关系”即是规范意义的法律关系,所谓“具体法律关系”即是事实意义的法律关系。在笔者看来,区分抽象法律关系与具体法律关系的理论目的,绝不仅仅意在使其相互评价。法律关系的规范形态与事实形态的两分,本身乃是思维及其表达的需要,是法律关系理论得以展开的话语工具条件,否则我们根本无法厘清法律关系与社会关系、法律规范的逻辑关系。

然而,抽象法律关系与具体法律关系的类型区分在我国法学界并没有得到普遍认同。相当多的学者不承认抽象法律关系的存在,认为法律关系都是具体的、现实的,但鲜有对抽象法律关系的否认。有些前苏联法学家也认为,抽象法律关系的观点是不成立的。例如雅维茨说:“国家并不通过法律规定保护一般的社会关系,而只通过非常具体的法律关系

① 张文显:《法哲学范畴研究(修订版)》,中国政法大学出版社2001年版,第110页。类似的观点亦可参见王天木主编《法理学》,中国政法大学出版社1992年版,第215页;李步云主编《法理学》,经济科学出版社2000年版,第190—191页;张文显主编《法理学(第二版)》,高等教育出版社、北京大学出版社2003年版,第135页。

② 李步云主编:《法理学》,经济科学出版社2000年版,第191页。

实现这种保护。”^①由于不承认抽象法律关系,所以该论者进而认为一般权利(比如宪法宣告的公民基本权利)甚至绝对权利(如民法上的财产所有权)的实现并非通过法律关系而是直接依赖于立法的宣告;立法的宣告乃是一种不通过法律关系的法律调整方式,“在法律关系之外的法律调整与一般权利、绝对权利和一般法律义务的实现相联系,这类权利和义务恰恰是由制定法或其他法律渊源所规定的。”^②对此,我们可以承认公民的一般权利来自于立法的宣告,但我们无法理解的是,当某个公民的某项基本权利或财产所有权在现实生活中真正出现时,或者这一权利受到真实的侵害时,它是否不构成一个法律关系的内容?抑或它就不再是基本权利、绝对权而变成了非基本权利、相对权?

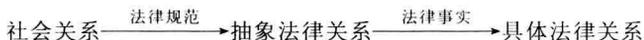
毫无疑问,任何社会科学的专门术语都有其抽象性,一如“国家”、“权利”、“公民”等等范畴概莫能外。它们作为思维的构成物,既有其高度概括的抽象意义,又有其可能具体所指的现实面相。然而,区分应然的、规范的抽象法律关系与实然的、事实的具体法律关系不仅是一种逻辑必然和思维需要,更有其重要的实践意义。法律的可适用性、可操作性决定了纸上的法律与现实社会生活必须有效且便捷地对接。如果不承认法律关系的抽象形态即法律关系模式,就无法以法律的逻辑澄清社会现实背后的关系本质,也无法将纷繁多样的现实生活具象纳入到法律的制度安排中去调整。尤其在以制定法为法律渊源的国家,在理论上承认法律关系模式更是法律实现的前提,因为这是每一个执法者、司法者面对社会事实决定是否动用法律、选择适用何种法律的依据。

我国法学界通说认为,法律事实——包括法律行为和法律事件——是引起法律关系产生、变化和终止的前提性条件。同时,论者们又无一

① [前苏联]Л·С·雅维茨:《法的一般理论——哲学和社会问题》,朱景文译,辽宁人民出版社1986年版,第176页。不过作者否认抽象法律关系的态度似乎并不那么坚决,因为他也承认“在法律规范中所包含的法律关系的模式,应该实现并转变为被具体化了的人的活动(通过这种活动,立法者的目的得到实现)。”只不过他认为“这个模式是抽象和无力的,而在它的基础上产生的真实的法律关系却充满了它的主体的活动。”(参见该引,第180—181页。)

② 同上书,第174页。

例外地承认法律规范是法律关系的前提,没有法律规范的确认和调整,社会关系就不可能成为法律关系。如果我们不承认抽象法律关系和具体法律关系的两分,就无法解决这两个同样是正确的命题之抵牾。^①事实上,法律规范乃是抽象法律关系的前提,法律规范将某些社会关系设定为制度形态的法律关系模式,法律规范是社会关系制度化为抽象法律关系的中介桥梁;而法律事实则是具体法律关系发生的前提,是抽象法律关系现实化为具体法律关系的中介桥梁。也就是说,在社会关系、抽象法律关系和具体法律关系三者之间存在着如下逻辑递进图式:



抽象法律关系是法律对社会关系的规范化、制度化,严格地说它不存在“产生”的问题,只不过是法律规范对社会关系的确认。具体法律关系是现实生活中社会主体之间具有法律意义的、能够导致法律后果的关系缔结,它是由某些行为或事件引发的,因而法律事实是具体法律关系产生的前提;同时这一关系又接受着法律的调整,即对应于法律规范所设定的某种抽象法律关系模式。所以我们可以说,对于具体法律关系的产生、变更和消灭来说,法律规范和法律事实缺一不可。

区分法律关系的规范意义与事实意义,还有助于轻易地消解学界有关“法律关系是具有合法性的社会关系”的观点。^②持这种观点的学者由于坚守法律关系的规范意义,把法律关系片面地理解为是一种根据法律规范建立的社会关系,进而认为法律关系不同于法律规范调整或保护的社会关系本身。按照该论者的观点,法律关系只能是“人们按照法律规范的要求行使权利、履行义务并由此而发生特定的法律上的联系。这既是一种法律关系,也是法律规范的实现状态。在此意义上,法律关系是

^① 曾有学者注意到这里的理论冲突,提出“对于引起法律关系产生、变更和消灭来说,法律规范和法律事实缺一不可。”(参见公丕祥主编《法理学》,复旦大学出版社2002年版,第461页。)

^② 刘金国、舒国滢主编:《法理学教科书》,中国政法大学出版社1999年版,第112—114页;张文显主编:《法理学(第二版)》,高等教育出版社、北京大学出版社2003年版,第131—132页。

人与人之间的合法(符合法律规范的)关系。这是它与其他社会关系的根本区别。”^①据此,该论者将非法同居关系、未经程序的收养关系、无效的合同关系等均列为“事实关系”,而不认为是法律关系。依此逻辑,未经工商或税务登记的企业就不是法律关系的主体,工商和税务执法部门是否也就不能依法予以调整、纠偏呢?

对于规范意义的法律关系即抽象法律关系而言,“法律关系是否合法”这样的问题是不成立的,因为抽象法律关系本身就是社会关系的规范化、制度化形态;对于事实意义的法律关系即具体法律关系而言,是否符合法律规定即法律关系的规范形态,当然具有正反两种可能性,而我们创立法律关系理论的实践目的,正是为了将具体的社会关系准确地定位于法律所设定的应然的法律关系模式,以便对现实社会关系进行法律的调整与纠偏。

^① 刘金国、舒国滢主编:《法理学教科书》,中国政法大学出版社1999年版,第113页。

法律责任(legal responsibility)

法律责任是法哲学基本范畴之一,是法学理论和现实法律运行操作中必须予以充分把握和高度重视的概念。作为法哲学的基本范畴,法律规范——法律关系——法律责任是一个有机联系的整体。然而,有关法律责任的基本理论在中国法学中却并没有得到统一的认识,这也造成了我们在使用法律责任一词时出现相当程度的混乱。本文将从以下几个方面论述法律责任。首先,简要介绍法律责任的概念及其意义。其次,本文将对法律责任的理论根据进行简要地讨论,指出现代法律责任的合理性依据既是立足于个人的,同时也是立足于社会的。再次,对法律责任的构成要件进行讨论,将违法行为的构成要件同法律责任的构成要件区分开来,建构一个开放包容的法律责任构成要件。最后,对法律责任的立法设定进行简要讨论。

法律责任的概念及意义

法律责任的定义在学术界有很多不同的看法。总结而言,我们可以归纳为新义务说、处罚说、后果说、责任说、资格说等等。最有代表性的是“新义务说”。这种学说认为“法律责任是由于侵犯法定权利或违反法

定义务而引起的、由专门国家机关认定并归结于法关系的有责主体的、带有直接强制性的义务,亦即由于违反第一性法定义务而招致的第二性义务”^①。这个定义最为关键的是区分了“第一性义务”和“第二性义务”,从而将法律责任纳入权利义务这一法哲学的基本范畴之中。当然,也有学者指出,义务一词并不能涵盖法律责任的丰富内涵,实际上,义务同责任有着很大的区别。比如,与义务联结的概念是权利,而与责任联结的概念是权力,它带有很大的强制性;义务表现的是“当为”,而责任表现的是“必为”;义务产生拘束力,而责任产生强制力;最后,义务只涉及本人的行为,其实现也需经义务人或其代理人的行为,而责任还可能涉及他人的行为,其实现也未必经责任主体的行为。^②但是,在新义务说看来,此处的义务其实指的是“第一性义务”而非“第二性义务”。

在“新义务说”看来,民法上的“无过错责任”和公平责任都是第一性义务,而不是第二性义务,它们都不是法律责任。这种提法也遭到一些理论上的困难。在笔者看来,主要有以下几个问题:首先,既然我们将“无过错责任”作为第一性义务而不是法律责任,那么其(指无过错责任)背后的理论依据即社会责任论似乎就不能作为法律责任的合理性依据了。既然我们认可社会责任论作为法律责任的合理性根据之一,在逻辑上就不能否认无过错责任作为法律责任的一种形式。当然,这里笔者仅仅从逻辑上指出其问题,但是笔者将在后面指出,无过错责任同法律责任之间的确还是有细微的差异。其次,如果将无过错责任、公平责任排除在法律责任的范围之外,那么,我们在讨论引起法律责任产生的原因时,除了违法和违约行为之外,似乎再也找不到其他引起法律责任的原因。因此,人们在讨论法律责任的构成要件时,就将它同违法(或违约)行为的构成要件等同起来,而这显然在理论上有其不足之处。最后,将无过错责任理解为第一性义务有些牵强。

^① 张文显:《法律责任论纲》,载《吉林大学社会科学学报》1991年第1期。

^② 刘作翔、龚向和:《法律责任的概念分析》,载《法学》1997年第10期。

笔者认为,姚建宗教授对法律责任的解释是对“新义务说”的发展。他认为:“所谓法律责任就是由于主体没有履行或者没有适当履行其‘第一性’的‘法定义务’或者‘约定义务’的特定法律事实所导致的由‘法律强制’其必须加以履行的以‘补救’或‘报偿’为特色的‘第二性法律义务’,法律责任通常以对于损害的赔偿、补偿或者接受相应的制裁与惩罚的形式表现出来。”^①这个定义同“新义务论”不同的是,它直接强调了国家的强制性,这就意味着第二性义务的存在本身并不是法律责任,关键是这个第二性义务是否是法律“强制”的。“民法学者所谈论的‘民事责任’、‘无过错责任’和‘公平责任’实际上不是‘法律责任’意义上的‘责任’,而仅仅只是由于当事人或主体没有履行或者没有适当履行其第一性的‘法定义务’或‘约定义务’所产生的必须加以履行的第二性‘法定义务’,只有在主体不履行或不适当履行这第二性‘法定义务’而由‘法律’加以‘强制’其履行时(虽然其实际所履行的‘义务’的具体‘内容’与第二性的‘法定义务’没有什么不同),其所承担的才是不折不扣的‘法律责任’。”^②在这里,他强调了法律责任的国家强制性,更为重要的是,根据笔者的理解,他将“无过错责任”和“公平责任”都归结为“第二性义务”,这一点同之前的新义务说截然不同。我们以《民法通则》第123条为例。该条规定:“从事高空、高压、易燃、易爆、剧毒、放射性、高速运输工具等对周围环境有高度危险的作业造成他人损害的、应当承担民事责任。”实际上,在笔者看来,第一性义务应当是任何人都有对其他人不得损害身体健康或财产安全的义务,而从事高空、高压、易燃、易爆、剧毒、放射性、高速运输工具等的主体违背了第一性义务(即使在无过错的情况下),造成他人的身体健康或财产的损害,因此,它需要承担“无过错责任”这个第二性义务。但是,这里的第二性义务并没有强制性,它还不是法律责任,只有在国家特定机关依照法律强制其履行的“第二性义务”才是法律

① 姚建宗:《法理学——一般法律科学》,中国政法大学出版社2006年版,第207页。

② 同上书,第209页。

责任。所以,仅仅是无过错责任或公平责任本身,它的确不是法律责任,但是它们都是引起法律责任的原因。

如果将“无过错责任”和“公平责任”都视为“第二性义务”,那么,在理论上解决之前笔者提出的难题就有了可能。违法(约)行为、无过错责任、公平责任都会导致第二性义务的产生,它们本身都不是法律责任,但却是“引起法律责任的原因”。因为引起法律责任产生的原因必然是“第二性义务”,第一性义务本身并不能产生法律责任。这样,我们就可以将社会责任论作为引起法律责任的重要理论根据;我们也可以在除了违法(或违约)行为之外寻求其他引起法律责任的原因,这就更加深入地将法律责任理论同违法行为理论区分开来。因此,笔者在下面对法律责任理论根据和法律责任构成要件的分析,均将社会责任论及其公平责任、无过错责任纳入到法律责任的讨论范围中。

从设定法律责任的意义上讲,我们可以从三个方面来看。首先,法律责任的设定是法律规范在现实中得以实现的必要保障。如果我们仅仅规定第一性权利义务而不规定第二性权利义务,第一性权利义务就不可能得以实现。“立法上设置琳琅满目的权利,而不同时在立法上做出相应的保障实现的条件规定,这些权利就是虚设的,只是一张纸。”^①也恰如英国法谚“无救济即无权利”所表明的那样,在权利设置的同时也要规定救济的手段,使公民在权利受到侵害时能凭借这些手段抵制侵害并获得补偿,如果没有获得救济的权利,无论实有权利在法律中规定得多么周详、完备,都会因缺少应有的保障而失去意义。正是在这种意义上,我们通过设置法律责任来恢复权利配置的平衡,恰是人们行使救济权的表现方式。

其次,从设定法律责任的价值合理性来看,法律责任的设定是维护法律价值的必要保障。自由、秩序、安全、正义、效率等都是法律的价值,而这些价值最终都需要通过法律责任的设定来保障。法律的一个最基

① 郭道晖:《法的时代呼唤》,中国法制出版社1998年版,第36页。

本的功能是“定分止争”，而如何做到这一点，就需要我们通过法律责任的设定来对破坏权利义务关系的行为进行惩罚或补偿，从而得以解决纠纷。而从价值上讲，法律责任的设置恢复了遭到破坏的自由、秩序、安全、正义、效率等价值。在这些价值中，正义价值是法律责任维护的首要目标，当然这里的正义价值实际上多少有涵括其他价值的意味。“法律责任是在古代人们的正义观上产生的，是原始社会复仇制度的延续和发展。它本身代表正义，可以规范人们的行为，其适用是为了矫正、恢复正义，通过惩罚、补偿等手段，铲除社会的不公平，纠正不正义的行为。法律责任的正义观从复仇正义、报应正义、校正正义到形式正义的发展，展示了法律责任对正义的永恒追求和人类全面法治观念的进步历程。”^①

再次，从设定法律责任的实证性来看，通过法律责任的设定能够威慑行为主体，从而达到行为人遵守法律规则的目的。法律责任具有的“必为性”实际上意味着它的追究必须是特定的主体来行使，而不是社会中的一般主体来行使，具有权威性。^② 法律责任从某种意义上说是同法律制裁联系在一起的。^③ 纯粹法学派创始人凯尔森认为，“法律责任的概念是与法律义务相关联的概念，一个人在法律上对一定行为负责。或者他在此承担法律责任，意思就是，如果作相反行为，他应受制裁”^④。与法律责任相关的法律制裁对行为人的预期将产生巨大的影响，从而实现法律的教育、评价、预测、惩罚等功能。从直接的目的而言，法律责任的设定是为了确保人们遵守法律，因为人们认识到违背了法律义务，将会遭

① 龚向和：《论法律责任的合理性》，载《法律科学》1998年第6期。

② 有论者指出，法律责任的追究并不一定是由专门的国家机关来行使的。如非行政仲裁组织对法律责任的追究。该论者认为，法律责任与其他责任相比有一个特殊之处，就是国家专门为认定、追究法律责任设置了法定机构和法定程序，其认定结果以一定书面形式表现出来。参见翁文刚：《法律责任歧见剖析——与李颂银先生商榷》，载《现代法学》2000年第4期。笔者认同这个观点，即追究法律责任的主体一定是通过国家意志（法律）创制或“认可”的主体，必须经过法律赋予该主体追究法律责任的资格，该主体才具有权威性。

③ 当然，并不是所有法律责任的承担都需要通过法律制裁的方式实现，如民事责任当中的“赔偿”就不应当是法律制裁，只有在加重其法律义务时才构成惩罚性质的法律制裁。

④ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*. 凯尔森《法和国家概论》（1949年）英文版，第65页。转引自沈宗灵：《论法律责任和法律制裁》，载《北京大学学报》1994年第1期。

到专门的国家机关追究其法律责任。

法律责任的理论根据

法律责任的理论根据解决的是法律责任存在的价值问题,即为什么人可以而且应当负担法律责任?国家机关依凭什么可以对人施加法律责任?对这些问题的回答,无疑涉及了法律责任赖以存在的根本问题。

学术界对法律责任理论根据的研究已经有了十分丰富的成果。实际上,学者们对“法律责任本质”的研究解决的问题就是法律责任的理论根据问题。综观这些研究成果,我们可以将法律责任的理论根据归结为三种解释:道义责任论、社会责任论和规范责任论。^①当然,也有学者指出,法律责任的理论根据在于“理性约定”、“意志自由”、“行为选择自由”。^②在笔者看来,后者对法律责任根据的分析,其核心是立足于“个人主义”的,即个人立基于自由意志做出的行为选择,应当对自己的行为负责,从而法律责任的追究就具有了正当性。这同“道义责任论”有很大的相似性。相较而言,通过对法律责任根据的历史考察总结出的“道义责任论”、“社会责任论”和“规范责任论”更加全面地总结了法律责任的合理性依据。

道义责任论是一种至今仍有强大生命力的法律责任合理性理论。民法中的“过错”责任就是依据这种学说。它认为,自然法是正当行为的道德命令,法律规范是道德命令的复写。一个人之所以应负法律责任乃是因为他违背了正当行为的道德命令。^③道义责任论以哲学和伦理学上的非决定论亦即自由意志论为理论基础,它假定人的意志是自由的,人

① 关于这三种法律责任的本质的看法,在很多论文、论著和教材中都有论述,我们可以参见李放、林志敏《简论法律责任的本体论问题》,载《当代法学》1988年第3期;张文显主编《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第169页。

② 叶传星:《法律责任的哲学根据》,载《法制与社会发展》1998年第6期。

③ 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社2006年版,第394页。

有控制自己行为的能力,有自觉行为和行使自由选择的能力,由此推定,违法者应对自己出于自由意志作出的违法行为负责,应该受到道义上的责难。^①

与道义责任论相反,社会责任论以哲学和伦理学上的决定论为理论基础,假定一切事物(包括人及其行为)都有其规律性、必然性和因果制约性。由此推断,违法行为的发生不是由行为者自由意志,而是由客观条件决定的。因而只能根据行为人的行为环境和行为的社会危险性来确定法律责任的有无和轻重。^②

规范责任论从对行为的规范评价出发论述法律责任的本质,指出法律体现了社会的价值观念,是指引和评价人们行为的规范。对合于规范的行为,法律给予肯定(赞许)的评价、承认和保护,对悖于规范的行为,法律给予否定(不赞许)的评价以至取缔。否定性评价体现在法律责任的认定和归结中。易言之,法律责任是法律对行为评价的结果。因此,对行为的否定性规范评价就是法律责任的本质。^③

道义责任论和社会责任论的合理性根植于其存在的特定时空当中;而规范责任论试图包容二者,但在逻辑上同前两者并不在一个层面上。从哲学依据来讲,道义责任论立足于个人主义,即个人应当对其自由的意志选择承担法律责任。在 20 世纪法律的社会化时期到来之前,立足于个人主义的思想占据支配地位,法律责任的承担依据当然也离不开个人主义理论的支配。然而,自二十世纪以来,随着法律社会化时期的到来,那种仅仅依靠个人意志追究法律责任的方式已经不能适应新时代的要求。对此,庞德曾指出这个新时期出现的法律先决条件(jural postulates)之一就是“在这个时期,每个人都应当认为,伴随社会生活而存在的各种责任将由社会来承担”。他还指出:“大量的社会因素、经济因素和政治因素都在这个方面发挥了作用,因为它们都要求把关注的重点从

^{①②③} 参见张文显主编:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社 2007 年版,第 169 页。

抽象个人的抽象意志转向具体人的具体主张。”^①而这种具体人的具体主张已经超越了之前的个人主义的范畴,实际上它是以个人利益、社会利益和公共利益等多元利益的综合系统为背景的。这就使得那些虽然不是在其自由意志支配下但在客观上产生危害社会或他人利益的行为,依然要受到法律责任的追究。

在我们看来,道义责任论和社会责任论都是从某一方面指出了法律责任的合理性,而在当下,这两种理论根据在现代法律责任的追究中都同时存在着,这就使得我们必须从一种综合、包容的视角来认识法律责任的合理性。^②即现代法律责任的理论根据既是立足于个人主义的,同时也是立足于社会的。当然,立足于道义责任的追究是首要的,只有在利用立足于个人主义的道义责任不能有效地维护整个社会利益的时候,社会责任论这一理论根据才显示出其功能,这也是当下特别是民事法律责任中以“过错责任”为主、“无过错责任”为辅的原因所在。

法律责任的构成要件

法律责任的构成要件是指构成法律责任产生的必要条件。由于违法行为是引起法律责任的主要原因,因此,很多论者将法律责任的构成要件等同于违法行为的构成要件。据此,法律责任的构成要件就包括责任主体、违法行为或违约行为、损害结果和主观过错四个要件。这可以简称为“四要件说”^③。但是,正是因为将违法行为的构成要件和法律责

① [美]罗斯科·庞德:《法理学》(第一卷),邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第539页。

② 有论者就指出,现代法律责任是将道义责任、社会责任融为一体的责任。参见余军《法律责任概念的双元价值构造》,载《浙江学刊》2005年第1期。

③ 参见张文显主编《法理学》,高等教育出版社北京大学出版社2007年版,第171页。也有论者认为,传统理论中的法律责任构成要件,通常包括以下四个方面:①有违法行为,②行为人有过错,③有损害事实,④违法行为与损害事实之间存在因果关系。参见欧阳白果《法律责任传统内涵及构成要件理论的缺陷——以经济法责任为中心的探析》,载《吉林师范大学学报(人文社会科学版)》2004年第3期。

责任的构成要件混在一起,造成了诸如以下问题的存在:(1) 法律责任的主体同违法行为的主体是等同的吗? 如果等同,为什么在民法里存在替代责任?(2) 违法行为的主体一定是有认识能力的吗? 认识能力究竟是违法行为的构成要件还是法律责任的构成要件?(3) 是否存在没有违法行为但却承担法律责任的情况?(4) 主观过错是法律责任的必备要件吗?(5) 是否存在没有损害结果也承担法律责任的情况? 以上问题都对现存的法律责任构成要件理论提出了挑战。

有论者对上述问题进行了回答。首先,引起法律责任的原因不仅仅因为违法行为,还有特定的合法行为和特定法律事件也能引起法律责任。就特定合法行为而言,主要包括两类:一是司法领域和行政执法领域中的显失公正的裁量行为;二是法律规定的紧急避险行为。特定法律事件主要是指民法领域的公平归责所适用的情况。^① 其次,责任主体不同于违法主体。法律责任主体较之违法主体的范围更宽泛,如连带责任或替代责任,就是由行为人连带或者转嫁而来的,承担法律责任的主体同违法主体相分离,扩大了法律责任主体的范围。此外,将责任能力作为违法主体的构成要素,必然导致法律责任主体与违法主体相混同。实际上,违法主体就是具体实施了违法行为,给社会造成一定危害的人。至于违法者是否具有责任能力,应否和能否承担法律责任,这是确定责任主体问题。违法者具有责任能力就能成为法律责任主体,否则就不能成为法律责任主体。^② 再次,将故意或过失的心理状态作为违法主体的构成要素,也是将法律责任主体与违法主体混同的一个原因。违法,顾名思义就是违反法律规定的同义语,它是指做了法律所禁止的行为或未做法律要求的行为。至于违法行为人在做出违法行为时故意或过失等

① 翁文刚:《法律责任的构成要件与承担条件应予区分》,载《法商研究》2001年第2期。需要注意的是,在“新义务论”看来,公平责任应当属于法定义务,而不是法律责任。而根据笔者在前面的分析,无过错责任和公平责任都是第二性义务,它们都是引起法律责任的重要原因。

② 张剑秋:《关于法律责任与违法构成理论之缺陷》,载《黑龙江教育学院学报》1997年第1期。相关观点还可以参见张文显《法律责任论纲》,载《吉林大学社会科学学报》1991年第1期。

心理态度如何,是解决违法行为人本人有无法律责任或者法律责任的轻重问题。^①

现行统编法理学教材认为,“并非任何人都可以成为违法行为或违约行为的实施者,没有行为能力的人就不可能成为实施违法行为或违约行为的人。”^②实际上这种说法正是将违法行为的主体同法律责任的主体相互混淆的结果。这种认识是同当下对“法律行为”这个概念密切联系在一起的,即认为法律行为必须是在具有认知能力的前提下才可能成立法律行为,没有认知能力的人所为的行为不是法律行为。这个观点遭到了很多论者的批判。有学者认为,现行的法律行为理论的局限性包括以下几个:首先,无论是法理学意义上的还是部门法学意义上的法律行为理论,都与我们现实的人的日常生活常识和经验事实相矛盾。如一个11岁的人盗窃,这种行为引起了公安机关的破案行为,这在逻辑上已经认可了该行为是“法律行为”。其次,现行的法律行为理论与中外立法实践相矛盾。中外各国立法实践把行为人“无”健全“意志”情况下所实施的有法律意义的行为作为“法律行为”看待。最后,现行法律行为理论与司法实践相悖。即使一个意志不健全的人实施了对其他社会成员和社会关系影响的行为都会引起一定的法律后果。^③ 在我们看来,在理论上的确有必要将违法行为的主体同法律责任的主体分割开来,即一个无认知能力的人在事实上做出一个违背法律的行为,我们应当认定其为违法行为的主体。虽然是违法行为的主体,但由于没有认知能力,因此,他不承担法律责任,而由其具有特殊关系的人(如具有监护关系的监护人)承担替代的法律责任。这样,法律责任的主体就同违法行为的主体分割开来,这就能够有效厘清现行违法行为主体同法律责任主体的混乱之处。

据此,我们赞同论者对违法行为的构成要件的分析。即“违法行为

① 张剑秋:《关于法律责任与违法构成理论之缺陷》,载《黑龙江教育学院学报》1997年第1期。

② 张文显主编:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第171页。

③ 姚建宗:《法理学——一般法律科学》,中国政法大学出版社2006年版,第187—188页。

的构成要件只需如下三个:(1) 主体要件。违法主体应是且只能是人,这包括自然人、法人和非法人组织。至于行为主体是否达到责任年龄、具备责任能力,行为时是否有主观过错,在所不问,这并不影响违法行为的构成。也就是说,只要是自然人或法律上的拟制人格便有可能作出违法行为。(2) 客观要件。这是违法行为构成中的核心要件。具体说来包括三个要素:1) 有行为发生;2) 合法的社会关系(社会权益)受到实质损害或实质损害的威胁;3) 该行为与该损害结果或所受到的威胁之间有直接(最近)的因果关系。(3) 形式要件(法律要件)。行为主体侵害合法权益的行为违反有关的法律规定。”^①

鉴于引起法律责任原因的多样性,笔者认为将违法行为的构成要件等同于法律责任的构成要件在逻辑上是不合理的。但正是因为引起法律责任的原因的多样性,在不同的部门法中又各具特点,这就给我们研究法律责任的构成要件带来理论上的困难,因此,在这里也只能根据学者的研究给出一个宏观的、具有包容性的法律责任构成要件。

首先,法律责任的主体要件。法律责任的主体不同于违法行为的主体,根据学者的研究已经指出,违法行为的主体是否达到责任年龄、具备责任能力,行为时是否有主观过错,在所不问。但是法律责任的主体必须是有认识能力的主体,因为只有有认识能力的人才义务来承担责任。无论是自身的过错导致的责任还是替代责任、连带责任,其主体都应当具有认知能力。^② 至于法律责任的主体是否在主观上有过错,在笔者看来,由于替代责任的出现,要求法律责任主体主观上有过错,这依然在逻辑上不能周延,因此,法律责任主体在主观上是否具有过错也不是法律责任构成要件上的必不可少的条件。

其次,法律责任的客观要件。法律责任的客观要件即引起法律责任的特定法律事实。法律责任的客观要件包含的内容是开放性的,具体而

^① 翁文刚:《法律责任的构成要件与承担条件应予区分》,载《法商研究》2001年第2期。

^② 具体的论证参见张文显《法律责任论纲》,载《吉林大学社会科学学报》1991年第1期。

言,根据学者的研究,包括违法(或违约)行为、特定的合法行为以及特定法律事件。当然这里需要指出,这些特定的法律事实的产生可能并不是由法律责任的主体引起的,但不能否认法律责任的主体同这些法律事实的产生之间有着直接或间接的联系。诸如代理关系、继承关系、兼并关系、监护关系、公务关系、雇佣关系和特殊合同关系等都可能导致责任主体和违法主体之间的不一致。^①

再次,法律责任的形式要件。在现代法治国家,责任法定的原则已经作为一项基本的法治原则得到大家的认可,即法律责任必须是以法律上有规定这一形式要件作为前提。正是这一点,法律责任才得以同道德责任、政治责任等区分开来。

法律责任的设定

法律责任在现代社会需要通过立法的方式将责任法定化,从而实现责任法定的原则。然而对某项行为是否应当追究法律责任,它的范围、大小如何确定,这些都是立法中必须加以考虑的问题。如果将一些本来不应当由法律调整的社会关系纳入到法律责任的范畴,不能较好地区分法律责任与道德责任、政治责任等其他责任形态,就可能造成恶法伤民的后果。毋庸置疑,法律责任同其他责任相比,由于其带有国家的强制性,其后果较其他责任更为严重,因此,在设定法律责任时,应当显得更加慎重。

法律责任的立法设定与法律责任的认定和归结不同,后者应当是在设定好法律责任之后,由专门国家机关或授权的组织按照法定的程序进行,可以说属于执法或司法的范畴。而法律责任的立法设定属于立法的范畴,是立法者在立法时进行的制度设置。前面笔者也指出,如果我们仅仅规定第一性权利义务而不规定第二性权利义务,第一性权利义务就

^① 翁文刚:《法律责任的构成要件与承担条件应予区分》,载《法商研究》2001年第2期。

不可能得以实现。第二性权利和义务规定了,但规定得不科学,也会导致第一性权利落空。^①因此,法律责任的立法设定是关系法律在现实中是否得以实现的关键性制度因素。

有学者指出了设定法律责任的四项一般原则。即“(1) 社会合理性原则。这是一个总括性、根本性的原则,它具体化为社会自我防卫与个体权利之间的张力和协调问题。(2) 节制性原则。它要求在整个社会的责任体系安排中,尽量少设定法律责任,而在设定法律责任时,要在可能和允许的范围内贯彻最节约、最不严厉、最人道的原则。(3) 比例原则。它要求责任应当与行为损害的具体度量相适应。(4) 统一性原则。它要求法律责任体系的内在一致性和形式的协调统一性。”^②还有学者在讨论法律责任的认定和归结时指出了诸如“因果联系原则”、“责任法定原则”、“自由与必然统一原则”、“法律责任与道德责任相适应的原则”、“公正原则”。^③ 这些原则虽然是法律责任的认定和归结时需要遵循的原则,但“自由与必然统一原则”、“法律责任与道德责任相适应的原则”、“公正原则”同时也应当是立法中设定法律责任时需要遵循的原则。

法律责任的设定首先要考虑个人与社会之间的冲突与协调。这也同“社会合理性原则”、“自由与必然统一原则”表达的意思一致。当下的法律责任理论根据应当既是立基于个人的,同时也是立基于社会的,而前者是最主要的。也就是说,我们首先崇尚的是个人自由,需要将那些侵犯他人自由的行为纳入到法律责任范围中。在某种意义上讲,个人对

① 当“三鹿”奶粉三聚氰胺事件发生后,国务院在很快的时间内制定了《乳品质量监督管理条例》,该条例于2008年10月9日由国务院公布实施。有评论者就认为,“《条例》是否已经具备了抵御食品安全危机的科学程序和具体监管办法?举凡责任一章中,‘构成犯罪的,依法追究刑事责任’,这并非《条例》的创造,而是早已有之。作为行政法规的《条例》只不过附带尊重一下《刑法》的规定而已。为媒体所刻意强调的‘处违法乳品’货值金额最高30倍的罚款’,是否能构成‘重罚’,又是否足以威慑食品从业者,这都有待实践验证。如何确定‘货值金额’也有待进一步明确。”这个个案说明了法律责任设定的重要性、复杂性及艰巨性。参见郭光东:《一部法岂能只管一杯奶》,载《南方周末》2008年10月16日。

② 叶传星:《论设定法律责任的一般原则》,载《法律科学》1999年第2期。

③ 张文显:《法哲学范畴研究(修订版)》,中国政法大学出版社2001年版,第133—140页。

应的是自由,而社会对应的是秩序,法律责任就是对个人自由的限制,或者说,为了社会秩序的建构不得不对个人自由进行限制。关键是限制的界限在哪里,这就需要立法者较好地把握。对自由的法律限制,在西方思想史中有着深厚的思想渊源。根据学者的研究,伤害原则、法律道德主义、法律家长主义、冒犯原则等都是法律限制自由的根据。^①而密尔的伤害原则是法律限制自由的主要根据。这就意味着以立基于个人主义的伤害原则依然是我们设定法律责任的主要原则,但同时,现代社会的发展同时要求我们保护除个人利益之外的社会利益和公共利益,对那些侵犯社会利益和公共利益的行为也应当设置法律责任予以惩罚。

其次,设定法律责任要谦抑与适度。谦抑意味着我们要谨慎适用法律责任,我们还需要看到道德责任、政治责任等其他责任形式的优势。法律责任泛化的后果有可能造成法律责任的虚置,在现实中无法实现,使得法律的权威性丧失,也可能造成社会秩序更加混乱、社会成本付出更为巨大的不良后果。在很多场景下,道德责任比法律责任对行为人的影响更大,也更能起到警戒或惩罚的作用。适度意味着法律责任的设置要符合行为人的主观过错,或者符合行为对社会造成的危害程度。

再次,设定法律责任需要准确、统一。法律责任的模棱两可会给执法和司法带来操作上的不便,同时也为权力的滥用大开方便之门,因此,法律责任必须设置明确。同时,法律责任的设置必须统一。我国的《立法法》规定了“法律保留”的事项,其中对法律责任的专属立法进行了规定。立法主体不能超越立法权限随意设置法律责任。

^① 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社2006年版,第460—467页。

司法(justice)

在法律文明的发展历程中,可以说到处闪烁着理性的光芒,洋溢着令后人钦佩的富有哲理的思想。其中令我们无法回避的是司法,或者说司法文化在其丰富多彩的学说和实践中传递出来的智慧和力量。任何有关对法律的认识几乎都不能脱离司法的影响。以至于在现当代的法律文化的发展中,即便是涌现出来的更富说明力的学说和更具震撼力的变革,也无法舍弃对司法的历史与未来的思考。从将儒家精神渗入司法领域的“春秋决狱”,到体现资产阶级宪政思想的《临时约法》中的司法独立;从将人付诸水火的野蛮愚昧的神明裁判,到民主科学的现代司法程序;从为了坚守法律信仰拒绝越狱并宁愿饮鸩而死的苏格拉底,到竭力号召所有人为权利而斗争的耶林;从司法与政治、宗教形影相随并共享传统、仪式、信仰和神圣性,到不断提升司法权威、奠定司法审查制度的“马伯里诉麦迪逊”著名判例……这一路走来的司法的历史中,到处充溢着动人心弦的司法的故事。而隐藏在这些精彩故事背后的,便是人类在几千年的漫长岁月中积淀的,由深邃久远的司法思想谱系、轰动一时的司法精神潮流、引领时代的司法实践的适用和变革所组成的,绵延不断、特色鲜明、异彩纷呈的司法文化。不会再有一个语词,像司法这样,不仅传承着法律文明史的光辉,更承载着法律的理想梦境;不仅浓缩着一个

时代和一个国家的文明,更见证着现代法治理念的发源和法制现代化事业的崛起;^①不仅牵动着世界经济、政治、社会的发展,更关乎着全球未来的理想法律图景;不仅在世界法律文明史上留下了随处可以采撷的精神之果,更引领着有识之士们对“法律向何处去”这一课题进行着孜孜不倦的辛勤探索,激励着对法律的未来充满信心的志士仁人在追求法律理想国的漫漫征程中不断前行,永攀高峰。

司法的重要性和独特魅力,可以从“司法先于立法产生”、“司法在现代社会对法治的作用高于立法”这两个尚有争议的论断中得到一些领悟。^② 第一个论断源于英国著名历史法学家梅因,他推翻了认为“有了法律才谈得上法律的适用,因此法律的产生应当先于司法”的传统逻辑。通过对古代法律史的研究,他认为立法与司法的历史顺序恰好与逻辑顺序相反,司法机关和司法制度的历史应当比立法机关和立法制度更为古老和悠久。^③ 第二个论断则由两个逻辑层次推导而成。首先,正如古希腊思想家亚里士多德所言,“法治应包含两重含义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制定良好的法律。”^④ 这意味着法治国家的实现离不开两个前提,即法律本身的公正(“制定良好”)以及法律必须被公平的执行(“普遍服从”)。前者依靠合理科学的立法,后者则仰仗完善有效的司法,两者对现代法治国家来说犹如车之两轮、鸟之两翼,缺一不可。进而,在某种意义上,只有在司法中,法律才能成

① 有关世界法律文明进程中法制现代化的多样化模式的研究,参见夏锦文《论法制现代化的多样化模式》,载《法学研究》1997年第6期。

② 对于这两个论断,有学者作了类似的论述。参见程汉大、李培锋《英国司法制度史》,清华大学出版社2007年版,前言第7—9页。

③ 梅因断言,无论是西方还是东方的法律,都是沿着判决——习惯法——法典法——法规法的进化路径产生发展起来的。在人类初生时代,不可能想象会有任何种类的立法机关,甚至一个明确的立法者。法律还没有达到习惯的程度,它只是一种惯行。用一句法国成语,它还只是一种气氛。参见[英]梅因《古代法》,沈景一译,商务印书馆1996年版,第3—11页。

④ [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版,第199页。

为法律,没有司法就没有法律。^①因为只有通过适用于具体案件的司法过程,原先停留在立法层面、充其量只是一种纸面规则、只有文化意义而无规范意义、不论是否公正合理都没有任何实际价值的法律才能进入现实生活,才能“从精神王国进入现实王国”,真正“降临尘世”。^②从这个意义上讲,“司法在现代法治社会对法治的作用比立法更具关键性”的论断是可以成立的。

在浩如烟海的司法著述和光辉灿烂的司法文化殿堂里,最令我们关注的是这样一些问题:第一,“司法”的内涵到底是什么?作为一种法律文化现象,它的层次结构体系是怎样的?第二,从历史向度来看,“司法”是如何由一个意喻官名的简单语词,经政治和宗教的婢女成为独立王国的主人?第三,作为司法最高理想的公正,如何体现司法的价值诉求?第四,从人类法律文明史上看,司法是如何对法律文明的传承与演进作出巨大贡献的?司法的故事如何推动了世界法律文明的变迁?

作为法律文化现象的司法

现代汉语中的司法,顾名思义,就是“法律的操作”。“司”乃主持、操作、经营之义。^③然而,就是这个看似普通且使用频繁的词语,其含义却因文化传统及时代因素的影响而在源远流长的人类历史长河中不断发生着变化,呈现出很强的历史性和多义性。^④从最早的词源学的意义上

① 英国著名法官丹宁勋爵在谈到司法意义时说:“当你走上这条路(指司法)时,你必须记住,有两个伟大的目标要达到:一是要看清法律是正义的;另一个是它们被公平地执行。二者都是重要的,但其中法律被公平地执行更为重要。如果因为不道德的法官或道德败坏的律师而得不到公平地执行,就是拥有正义的法律也是没有用的。”转引自程汉大、李培锋《英国司法制度史》,清华大学出版社2007年版,前言第8页。

② [德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健等译,中国大百科全书出版社1997年版,第100页。

③ 《现代汉语词典》,商务印书馆1996年版,第1191页。

④ 关于司法概念的界定,有关司法内涵的三种代表性观点的解说,以及从法律文化角度对司法的阐述,参见夏锦文《社会变迁与中国司法变革:从传统走向现代》,载《法学评论》2003年第1期。

解释司法,就是指“掌管法律”。^① 在中国,“司法”一词古已有之,但无论从权威典籍还是从历史现实上看,中国古代的“司法”都仅指一种官职,^② 与现代意义上的“司法”内涵相去甚远。从早在夏商周三代的奴隶社会“司寇”官职之设,到封建社会之日益发展完备的“听讼断狱”、“决讼治狱”,都映照我国古代司法这一国家法律活动的产生和发展历程,凝聚着历代统治者对“徒法不足以自行”、^③“赏罚不在乎必重,而在于必行”^④之真谛的理解、对司法实践的不断探索和对封建司法价值目标的不懈追求。也正因如此,古代中国对狱讼的重视导致司法技术发达,而理论概括相对薄弱得多。直到清朝末年,在西方列强船坚炮利的影响下变法修律引进西方国家“三权分立”的司法原则和制度,中国才出现具有现代意义上的与立法、行政相对应的“司法”一词,在《大清法规大全·宪政部》中有了“立法、行政、司法总揽于君上统治之大权”的规定。^⑤

作为一种法律文化现象,司法的含义随着各国社会制度、历史背景、文化传统和经济发展程度的不同而存在差异,有时甚至差别很大。^⑥ 日本法学家竹下守夫教授认为:“司法是将所有的个人与团体置于平等对待的地位,并仅依照透明、公正的规则和理性作出妥当与否之判断的行为。”^⑦英国《布莱克威尔政治学百科全书》对司法的描述较为简洁明确:司法裁决是“法院或者法庭将法律规则适用于具体案件或争议”的活动,

① 许慎在《说文解字》中对“司”的解释是“臣司事于外者也”,元代徐元瑞在《吏学指南》中提出“职掌曰司”。

② 《辞源》是这样解释的:“[司法]官名。两汉郡之佑吏有决曹、贼曹掾,主管刑法。北齐称法曹参军。唐制,在府叫法曹参军,在州叫司法参军,在县叫司法。宋在司法参军外,又有司理参军。元废。”参见《辞源》,商务印书馆1979年版,第464页。

③ 《孟子·离娄下》。

④ 徐干:《中论·赏罚》。

⑤ 鲁明健主编:《中国司法制度教程》,中国政法大学出版社1996年版,第2页。

⑥ 但不管差异多大,“司法都离不开三个基本要素:一是它以社会关系上的纠纷为对象,司法是解决纠纷的;二是由第三者出面解决纠纷,即主要由官方的法官来解决;三是解决纠纷的尺度是法律,即以成文法律、判例、习惯为解决争议的是非标准。”参见熊先觉《中国司法制度导论》,中国法制出版社1999年版,第1页。

⑦ [日]竹下守夫:《日本民事司法改革的动向》,载《司法改革论评》第二辑(张卫平主编),中国法制出版社2002年版,第335页。

是“在诉讼案件中,对有关当事人之间的权利分配问题作出有约束力的裁决;而这些权利被认为在已为现行的法律所确定。”^①一些西方国家的权威辞典,则在解释有关司法的术语时,联系法官、法院及其对案件的审判来进行论述。如《牛津法律大辞典》,在“Judicial”(司法的)词条下写道:“关于法官的术语,在很多情况下区别于‘立法的’和‘行政的’,在另外一些情况下区别于‘司法之外的’,后者指不经法院的处理以及没有法官的干预的处理”。^②事实上,“司法”由于其内涵和外延在理解上的不确定性而使我们难以给出为社会广泛接受的界定,直到现在还是众说纷纭、莫衷一是,但主要有三种代表性的观点。第一种观点以西方为代表,源于“三权分立”学说,认为司法仅指法院的审判,^③这是从世界各国通行意义上对司法的理解。《美国法律辞典》在解释“司法部门”时认为:“‘司法部门’一词可以指一般意义上的法院系统,也可以指任职于各种法院的法官……相关的词‘司法的’(Judicial)指的是那些从属于法官职位的东西。”^④这种观点,无论就司法理论或司法实践而言,皆失之过狭。^⑤第二种观点认为,司法就是执法。^⑥这种观点失之过宽。第三种观点认为,司法是指国家司法机关及司法组织在办理诉讼案件和非讼事件过程中

① [英]戴维·米勒、韦农·波格丹诺:《布莱克威尔政治学百科全书》,邓正来编译,中国政法大学出版社1992年版,第6页。

② [英]戴维·M.沃克主编:《牛津法律大辞典》,北京社会与科技发展研究所译,光明日报出版社1988年版,第484页。

③ 鲁明健主编:《中国司法制度教程》,中国政法大学出版社1996年版,第2页。

④ [美]伦斯特洛姆编:《美国法律辞典》,贺卫方等译,中国政法大学出版社1998年版,第22页。

⑤ 即使在西方国家,一些学者也不同意此观点,他们根据国家活动的社会化和具有综合职能的国家机关的广泛产生,认为司法是多样化的,不为法官或法院所独有,也不单是国家的职能,实际上,一些非法院的国家机关,甚至某些非国家机关的社会组织也具有一定的司法性质与作用。这就是西方近些年来出现的所谓“新司法”概念。参见于慈珂《司法机关与司法机关组织法论纲》,载《现代法学》1993年第2期。

⑥ 如国内最具权威性的《中国大百科全书·法学》认为,法律的适用(application of law)即执法有两义:一是指国家机关及其公职人员、社会团体和公民实现法律规范的活动。中国法学界一般称这种意义上的法的适用为法的实施。二是指国家机关及其公职人员依照其职权范围把法律规范应用于具体事项的活动,特指拥有司法权的机关及司法人员依照法定方式把法律规范应用于具体案件的活动。在中国,法的适用通常指司法适用。参见《中国大百科全书·法学》,中国大百科全书出版社1984年版,第83页。

的执法活动。这里的司法机关是指公安机关、审判机关、检察机关、监狱机关；这里的司法组织是指律师、公证、仲裁组织。司法制度，是指国家的司法机关及司法组织适用法律处理诉讼案件和非讼事件的制度。^① 这种观点较为符合“新司法”概念的趋势，也比较接近我国长期以来的司法工作实际，但也存在某些片面性。我们认为：

在我国，司法是指国家司法机关和经法律授权的社会组织处理诉讼案件和非讼事务的活动。这里的国家司法机关不仅指审判和检察机关，而且包括侦查机关和监狱机关；经法律授权的社会组织，是指律师所、公证处、仲裁委员会和人民调解组织，其中，律师所和公证处是通过司法分化出来的属于司法行政管理范畴的社会司法中介组织，仲裁委员会和人民调解组织则是民间性质的“准司法”社会组织，它们都经法律的授权依法开展活动。^②

应当指出，司法是一种法律文化现象。^③ 法律文化在理论研究上已有很长历史，但系统化、理论化的研究则开始于 20 世纪 60 年代。当时前苏联、美国、日本等相继提出了“法律文化”这一概念，并对其进行了深入的研究。中国对法律文化的研究始于 20 世纪 80 年代中期，当时的时代背景是改革开放后，中国内部经济体制改革从农村走向城市，许多西方学说引入中国，从而兴起了一股文化热。伴随着文化热，将法律作为一种文化来研究成为学术热潮，越来越多的学者在宏观的视野下，认为应该把法律放入整个文化背景中进行思考，在文化中研究法律，通过法律认识、了解社会文化。事实上，无论从事法学中哪一门分支学科的研究，如要深入剖析某一法律规定、原则、制度的成长背景，探寻其最终的决定力量，或者研究某一法学家的作品、某一学术潮流的思想，阐述这些思想和作品的诞生原因和时代背景，我们就必须从整个社会文化入手。

① 章武生、左卫民主编：《中国司法制度导论》，法律出版社 1994 年版，第 2 页。

② 夏锦文：《社会变迁与中国司法变革：从传统走向现代》，载《法学评论》2003 年第 1 期。

③ 我们认为，这里的“司法”不仅仅是制度的范畴，在内涵上与“司法文化”相同。

格罗斯菲尔德在《比较法的力量与弱点》中引用了两个观点：“每种文化都有其特定的法律，而每种法律都有其特定的文化”（Josef Kohler）、“法律因文化的不同而各有不同”（Donald Black）。随后他得出了更为简洁的结论：“法律即文化，或文化即法律。”^①

根据文化学的理论，“文化”是有层次的结构体系，不仅包括人们活动的对象化成果，而且包括人们在活动中发挥的主观力量与才能。它不仅指物质生产及其产品，而且还包括精神生产及产品。文化的内涵包括这样三个层面：物质文化（器物文化）、精神文化（观念文化）、介于物质文化与精神文化之间的制度文化。法律文化是社会文化中的一种特殊文化现象，是社会文化中的一种。因此，文化范畴的司法，或者说司法文化，应包含三个层面的内容：其一，器物层面的司法，即司法的机构及其物质设施，如机关大楼、法庭、监狱、司法器械和设备等，这是司法体现其严肃性、权威性乃至强制性的必要组成部分。其二，制度层面的司法，即司法的规范和制度体系，如法院组织法、检察院组织法等司法组织法规，法官法、检察官法、律师法等司法主体法规，民事诉讼法、刑事诉讼法、行政诉讼法等司法程序法规，法庭审判规则、律师惩戒规则等司法组织活动规则，它们是司法的实体内容和核心部分。其三，观念层面的司法，即司法的理论基础、指导思想和司法理念。这是存在于人们意识形态中的对司法的认知、理解和价值评判，是经过长期司法实践的发展而在人们心理的深层积淀。观念层面的司法具有两面性，一方面司法理念具有保守性，是每次司法变革的主要惰性力量，也是每次司法变革必须完全突破的深厚堡垒；同时，观念层面的司法又容易接受新的思想，因而先进的司法理念又有一定的超前性和活跃性，是每次司法变革的思想先导和理论基础，它引导司法变革的历史发展方向。因此，仅仅把司法理解为司法制度是远远不够的，而应该在司法文化的意义上把握和解读司法的

^① [德]伯恩哈德·格罗斯菲尔德：《比较法的力量与弱点》，孙世彦、姚建宗译，清华大学出版社2002年版，第68—69页。

概念。^①

司法的独立：中西方司法发达的历史

将司法放入整个人类文化大背景中考察,可以发现,由于各国社会制度、历史背景、文化传统和时代因素的不同,司法的器物、制度、观念诸层面都不断发生着传承和变革。对于人类社会先后出现的各种司法体制和司法思潮,必须把它们放在历史进程当中进行整体性解读,考察它们前后相承的产生发展过程及各自的思想基础和逻辑关系,这就是我们对中西司法的演进史所持的研究思路和做出的基本尝试。在对司法进行历史探究时,我们发现,整个人类社会的司法发展史,就是司法不断走向独立的历史。司法独立,在中西方文明史上有着非同寻常的意义,它象征着一个全新时代的来临。

司法的起源,可以一直追溯到国家和法律产生之时。作为一项最古老的国家职能,司法是国家法律活动的最基本形式。从法律发展史的角度来看,有法律就有司法;在国家和法律形成初期,国家的重要职能是惩罚犯罪,国家惩罚逐渐代替私人复仇,就是最初的国家司法。从法律运行机制上看,除了守法这种法律的自律性实施方式外,法律规范的抽象设定和普遍要求转化为社会成员的具体单个的行为,形成一定的法律秩序,必须经过司法这一中介环节,借助于国家权力的力量,通过司法机关适用法律这种他律性实施方式,使法律在现实社会中得到实现。在这个意义上,可以说没有司法便没有法律。^②虽然,古代社会的“司法”在思想内涵上与近现代的“司法”有相当大的差异,^③但“司法”这一称谓,并非近代以来的专利。“司法”早在国家和法律产生时,就作为社会架构中的一项不可缺少的重要组件而存在,并且还

①② 夏锦文:《社会变迁与中国司法变革:从传统走向现代》,载《法学评论》2003年第1期。

③ 我们认为,虽然称谓都是“司法”,但古代社会的“司法”由于还没有从行政制度、宗教禁忌等法外文化中分离出来,它远非近现代“司法”所指的一种独立的解纷形态,而只是一种与社会冲突相伴随、以解决社会冲突为己任的手段。

具有多种形式：它可能是民间性的调解、仲裁活动，也可能是以国家强制力为后盾的官方行为。

然而，在国家和法律产生后的古代漫长岁月里，国家机器还远不如近现代发达，国家职能缺乏明确的分工，司法远未成为一项专门职能，没有独立的司法权概念。无论是在中国还是西方，司法都与行政合为一体。在这一点上，中华法系堪称“行政强势、司法依附”体制的典型。中国从夏商开始就建立了以王为首的奴隶主贵族专政的政体，至公元前221年秦并六国，建立统一的专制主义中央集权的国家以后，经过两千多年的发展过程，专制主义沿着螺旋式的轨迹不断强化，皇帝独揽行政、立法、司法、军事、监察等一切大权，是名副其实的国家首脑。君主专制、皇权至上的传统一直延续到20世纪初清帝国的瓦解和崩溃。在专制统治的政治氛围中，自然而然的形成了权尊于法、法附于权的法律传统，进而衍生出行政强势、司法依附的体制。^①这种体制下的司法集中表现为以下两个方面特点：其一，司法与行政合一。“非司法官与司法官一起决定审判是其最大的特点。”^②其二，司法依附于行政。行政与司法合一的制度设计必然导致司法成为行政的附属品。这表明，在我国古代，“司法职能只是行政权职能的一部分，在一定意义上，司法即行政”^③。在西方，司法与行政不分的现象在近代以前也是普遍存在的。从古希腊时期雅典城邦国家的政权与司法权由公民大会、陪审法庭和元老院共同行使，经古罗马帝国专制时期皇帝总揽一切行政、立法、司法大权，到黑暗的中世纪教会司法权的扩张和教会法院地位的提高，这沿途走来的司法不仅与行政，甚至在某一时期与宗教都是合一的。^④以英国古代为例：

那些被我们视为法律的东西，其实并未与社会的其他方面割裂

① 郭成伟：《中华法系精神》，中国政法大学出版社2001年版，第308—309页。

② 王立民：《“九卿圆审”及其他》，载《法学家茶座（第三辑）》，山东人民出版社2003年版，第121页。

③ 孙万胜：《司法权的法理之维》，法律出版社2002年版，第5页。

④ 李修源：《司法公正理念及其现代化》，人民法院出版社2002年版，第25页。

开来。法院是其社区的统治机关,负责处理一切公共事务;在我们看来,它们与其说是法律团体,倒不如说更像公共会议。……在公共事务中,如果用现代术语来讲,不存在权力的划分。^①

事实上,英国封建王权曾经设立的中央法庭和巡回法庭,在职能上都是行政与司法不分,它们不仅处理司法事务,还有权干预地方政务。“巡回法官的工作既是司法的又是财政的,既是政府的又是政务的,既是监督的又是执行的。”^②在诺曼征服后,英国封建王权的立法、行政、司法职能之间也并无明确的区分。对于这种文化现象,伯尔曼认为在西方法律传统的形成初期是普遍存在的,那时,

正式的管理是与裁判权紧密联系的,即立法和行政活动很大程度是与司法活动混合在一起的,并由一个称为法院的机构主持。……12世纪与20世纪政府概念的区别不在于那时缺少而现在存在立法和行政的职能,而首先在于那时这些职能混合在一起而现在它们已经彼此分离,其次在于那时立法和行政机构包含在审判机构之中。^③

同样是古代社会里的司法与行政相混合,但在中西方还是有很大差异。而这也决定了比中国晚1500余年进入封建社会的西欧各国,却比相对早熟的中国率先开启司法独立化的进程,并且成为影响中国自清末修律开始的司法转型的外发力量。秘密在于,虽然近代以前尚未独立的西欧司法依然作为君主权力的附属物和王权统治的工具而存在,而且中

① [英]密尔松:《普通法的历史基础》,李显冬、高翔、刘智慧译,中国大百科全书出版社1999年版,第4—5页。

② 孟广林:《英国封建王权论纲》,人民出版社2002年版,第338页。

③ [美]哈罗德·J.伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译,中国大百科全书出版社1993年版,第396页。英国学者维尔对此也有类似的见解,参见[英]M.J.C.维尔《宪政与分权》,苏力译,三联书店1997年版,第23页。

世纪的司法专横与腐败是普遍的事实,^①但大约在12世纪,司法逐渐成为由专职人员组成的国家专门机关(即法院)开展的活动,^②由此,中世纪的西欧基本形成了司法职能和司法职业的专门化。这种司法专门化运动并非一蹴而就,而是在一定的历史成因之下,经历了较长的时期。^③它大约发端于十二世纪前后资本主义开始萌芽的欧洲。英王亨利二世从1164年开始推行司法改革,此后英国的王室法院就一直享有较大的独立权力,并且地位相对比较突出。从13世纪开始,法官便主要从资历较深、出类拔萃的律师中选拔,这为法官们较早地成为一个职业性的法律家阶层提供了现实可能性。自16世纪,“大法官不再是国王的听忏悔者,也不是教会人士,而越来越经常地是一个法学家。它以真正法官的身份审查呈交给他的请愿书……出于对正义与良好管理工作的关心,英国君主在这个时期对大法官法院优遇有加”^④。从王权外化而来的王室法官在亨利二世时代后形成的司法集中的局面下,逐步排除外界干预,渐获相对独立的司法权,甚至同王权分庭抗礼,^⑤这种局面对于判例法的成长作用重大。正如达维德所称:“一个完全独立与高度受到尊重的司法权的存在,是英国各种制度充分发挥作用所必不可少的,为了这些制度的建立和巩固,法院在历史上曾作过有力的贡献。”^⑥这样,虽然欧洲中世纪司法也没有取得真正的独立地位,但司法职能专门化已基本形成。诸如王室法院、城市法院、教会法院、领主法院、商业法院等各种专门行

① 西欧中世纪宗教裁判所秘密审判的黑暗与专横是臭名昭著的,对此美国历史学家房龙在其著作《宽容》中有生动形象的描述。参见[美]房龙《宽容》,连卫等译,三联书店1985年版,第136页以下。

② 张晋藩:《中华法系的回顾与前瞻》,中国政法大学出版社2007年版,第238页。

③ 有学者认为,中世纪时期西欧封建王室强化中央司法权威导致了职业法官阶层的出现,并成为西方司法传统基本面貌的一个重要特征性内容。而当时的自然法观念和特定的社会结构,也助长了司法职业化运动。参见孙万胜《司法制度的理性之径》,人民法院出版社2004年版,第142—152页。

④ [法]勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第307页。

⑤ 17世纪初英国著名的普通法法官科克与詹姆士一世之间发生的激烈冲突和对抗就是一个著名的例子。

⑥ [法]勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第352页。

使司法审判权的机构已在各国普遍出现;英国普通法院、衡平法院通过司法判决的累积形成判例法体系的传统已逐步生成;遵循先例原则也初露端倪。^① 上述这些西欧关于司法的理念与实践,不仅奠定了十七世纪的西欧各国在资产阶级革命胜利后国家权力结构中司法权与立法、行政权相分立的现实基础,而且为洛克、孟德斯鸠等思想家提出作为近代司法独立的宪政理论基础的三权学说提供了重要教益。而反观中国古代社会中的司法,却在漫长的封建时代只有历史的重复而没有历史的发展,不能自发性、突破性地走向司法独立,只能在司法依附的原点踟躇不前。这里固然有很多经济的、政治的、历史的、文化的原因,^② 但很重要的一点,就是与西欧中世纪就已经通过司法专门化运动形成的近代法院和职业法官阶层相比,中国古代除了大理院、刑部之类的审判机构外,没有西欧那么发达的专门法院体系,也未出现职业性的法官阶层。

中西方的司法都曾经遭遇过与法外文化相混合的命运,但任何一种事物的成长都是不可抵挡的趋势,司法文化更是如此。中世纪西欧各国的司法职能专门化运动使司法独立的内在机制走向成熟,与此同时,西方思想家们对分权理论的探索为近代的司法独立提供了理论基础和观念指引,而十七世纪以后在世界范围内掀起的资产阶级革命则为司法的独立提供了现实性的转换条件。

权力分立学说最早可以追溯到被誉为“西方的文化摇篮”、“人类文明发源地”的古希腊和古罗马。有学者认为,早在司法尚未独立的罗马时期,对国家权力进行划分以及国家机构间的权力分配与制衡的思想已经萌芽。^③ “由于自然法思想的影响,古代罗马裁判者追求自然正义的观念和司法行动已经出现,这种观念曾在中世纪成为英国法官对抗王权、

① 张晋藩:《中华法系的回顾与前瞻》,中国政法大学出版社2007年版,第238—239页。

② 有学者认为,中国古代社会的经济结构及其发展程度没有形成推动中国古代司法制度发展的外部推动力;中国古代司法制度的观念基础压制了制度发展所需要的创新能力。参见孙万胜《司法制度的理性之径》,人民法院出版社2004年版,第96—98页。

③ 涂怀莹:《西方分权理论的“温变”与“缺失”》,载《法学丛刊》第119期。

要求司法独立的重要理论渊源。”^①还有学者认为,古希腊政治法律思想家亚里士多德首次提出的关于国家三项职能(议事、行政、审判)的观念,因其给予了后世西方思想家们重要的昭示并引导其努力寻求防止和制约权力滥用的法宝,而当之无愧地成为人类对司法理论认识的源头,为后世司法理论的发展和完善奠定了重要的基石,在人类思想史上具有里程碑意义。^②从古代社会演变而出的政府职能的思想,在中世纪的著作中得以流传,加上中世纪司法职能专门化运动所带来的深刻启迪,使得分权学说成为对政府各个组成部分恰当组合的一种可供选择的、但关系密切的系统阐述。到1748年,孟德斯鸠在其不朽著作《论法的精神》中作了经典性的表述:“如果司法权不同立法权和行政权分立,自由也就不存在了。如果司法权同立法权合而为一,则将对公民的生命和自由施行专断的权力,因为法官就是立法者。如果司法权同行政权合而为一,法官便将握有压迫者的力量。”“如果同一个人或是……同一个机关行使这三种权力,即制定法律权、执行公共决议权和裁判私人犯罪或争讼权,则一切便都完了。”^③在这里,孟德斯鸠显示出他最伟大的创新意义,他用一种公认的现代形式提出了政府职能的三重划分,在西方思想史上坚定地确立了立法、行政、司法三位一体的现代思想;他从技术性角度,将司法正式从行政的寓所中解放出来,第一次肯定了司法权在国家权力系统中的独立地位,使权力分立理论走向理性化和精细化;他承前启后,为分权理论在以后各个时代的进一步发展奠定了深厚的思想基础。^④更重要的是,孟氏的学说对西方资产阶级政治实践产生了积极的促进作用,成为各国资产阶级革命和司法独立实践运动重要的理论武器。西方各

① 张晋藩:《中华法系的回顾与前瞻》,中国政法大学出版社2007年版,第237页。

② 郭成伟:《外国法系精神》,中国政法大学出版社2001年版,第90页;胡夏冰:《司法权:性质与构成的分析》,人民法院出版社2003年版,第26页。

③ [法]孟德斯鸠:《论法的精神》,上册,张雁深译,商务印书馆1961年版,第156页。

④ 美国的宪法之父以及英国18—19世纪的评论家们对孟氏是否真正提出分权思想曾有争议,他们认为孟氏只提出了某种权力的部分分立。([英]M. J. C. 维尔《宪政与分权》,苏力译,三联书店1997年版,第79页。)但我们还是不能抹杀孟氏在权力分立学说上的伟大功绩。

国资产阶级革命胜利后,大多数国家在其宪法性法律中将司法独立原则作为调整国家权力结构的一项基本准则确立下来,^①分权学说即由学术层面进入实践层面,司法的概念逐步呈现出技术性、程序性的特征,司法权也获得了完整的、独立的权力形态,具有了自身的权力稳定属性。20世纪后,各国为了保障人权和自由,大力推动司法独立运动,使得司法的独立发展成为世界各国的普遍性司法实践。今天,司法独立早已为国际社会所普遍承认和接受,成为现代民主国家的一项基本原则。^②

西方三权分立学说的演化和发展,以及伴随着资产阶级革命的司法独立运动,也深刻影响了远在东方的中国。如前所述,一直到20世纪初清帝国的瓦解和崩溃之前,封建中国盛行的是君主专制、皇权至上的政治氛围,以及由此衍生的权尊于法、法附于权的法律传统和行政强势、司法依附的体制根基。鸦片战争爆发后,伴随着西方资本主义的炮舰,大量西方近现代思想文化和先进技术传入了中国,一代又一代的志士仁人开始了向西方寻求真理的艰难探索,并对中国的政治、文化、法律传统进行了深刻的反思。从康有为、梁启超、严复等人对孟德斯鸠三权分立学说的推崇和宣扬,以及在此基础上提出的以资产阶级分权学说为指导的政治改革主张,到孙中山将“三权”发展为“五权”,主张五权分立,^③观念层面上关于司法独立的思想 and 言论从未中断并日益成熟。中国近代思想家关于权力分立结构中司法独立理论的论证和宣传不仅在国人心中埋下了思想的种子,而且推进清帝国加快了法制改革的步伐,于1905年开始陆续派遣大臣出洋考察域外政治和司法。而此前中国收回领事裁

① 最早最全面地将孟氏“三权分立”学说作为立法指导思想并将其作为宪法原则加以确立的是1787年的美国宪法。后来,美国联邦最高法院司法审查权的确立,使司法具有足以与立法和行政相抗衡甚至更高的至上权威,成为三权分立的令人称道的绝妙运用。

② 胡夏冰:《司法权:性质与构成的分析》,人民法院出版社2003年版,第217页。

③ 孙中山所主张的“五权分立”是指将外国的立法、司法、行政,与中国的考试、监察连成一个很好的完璧,集中外精华,防一切流弊。参见刘新主编《中国法律思想史》,中国人民大学出版社2000年版,第255—258页。

判权的希望,就成为中国政府改造旧法、缔造新的法律体系的历史性契机。^①在这一契机之下,中国开始了师夷变法、仿行宪政的道路。在律律改制过程中,司法领域内的改革首当其冲的就是实行司法与行政的分离。改革前,清廷官制编纂大臣提交的奏折中提出:“按照立宪国制,以立法、行政、司法三权分立为原则,对中央官制进行改革,……司法之权则专属之法部,以大理院任审判,而法部监督之,均与行政官相对峙,而不为所节制。”^②于是,清廷颁布上谕,采纳了该建议,在1906年开始的作为预备立宪前期工作的官制改革中,首次设置了独立的不再依附于行政机构的审判机构,决定“刑部著改为法部,专任司法”,“大理寺著改为大理院,专掌审判”。随后颁布的《法院编制法》,进一步明确了行政机关与司法机关之间的权限划分。清末司法变革导致了传统司法的解体,初步划清了司法与行政的界限。虽然在当时,司法与行政的分离是有限的、层级较低的,行政对司法的把持和干预,在晚清从未停止过,^③但清末司法变革作为对与专制皇权不可分离的最高司法权的实质性突破,成为近代中国司法独立的开端。此后,经过民国司法的创制与反复、新中国司法的演化与发展、当代司法的改革与重构,中国的司法在艰难曲折中终于摆脱了传统体制下依附于行政的阴影,在不断探索和前进的司法现代化征程中逐步走向独立和发达。

司法的理想:司法公正

由国家和法律产生之时就存在的,与行政制度、宗教禁忌相依存的古老称谓,到成功争取独立地位,与行政、立法并列的现代意义上的司

① 收回领事裁判权作为推进中国法制现代化的外部动力,是清末启动司法改革、司法独立的契机。详细论述,参见夏锦文《中国诉讼法制现代化的动力机制(1840—1949)》,载《南京大学学报》(哲学·人文·社会科学)1994年第4期。

② 故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》(上),中华书局1979年版,第464页。

③ 方立新:《传统与超越:中国司法变革源流》,法律出版社2006年版,第69页;张培田:《法的历程——中国司法审判制度的演进》,人民出版社2007年版,第58—61页;孙万胜:《司法制度的理性之径》,人民法院出版社2004年版,第105页。

法,这一路的演变过程漫长又艰辛,凝聚着各个时代里无数思想家的深沉理性省思、社会进步人士孜孜不倦的努力追寻、政治家和法律人在司法实践领域的辛勤探索,司法的成长历史也就是司法由依附到独立的历史。在这个过程中,人们总是在寻求着一个最高的理想目标,这不仅是司法运作和前进的原动力,也是司法现代化事业的价值追求。司法的理想并不是独立,正如意大利民事诉讼法学家 M. 卡佩莱蒂(Mauro Cappelletti)教授所指出的:“司法独立(尤其是独立于行政机关)本身不具有终极的价值;它本身不是一种目的,而只具有一种工具性价值,它的最终目的是确保另一项价值的实现——法官公正而无偏私地解决争端。”^① M. 卡佩莱蒂道出了司法独立所具有的普遍意义,这就是实现司法的最高理想——司法公正。

公正是法的精神和固有价值,也是法官和执法者应当具有的品质,它历来被视为人类社会的崇高理想和美德。在现代汉语词典中,“公正”(impartiality)一词有公平、正义、平等之义,其内涵丰富而缺乏确定性。《牛津法律大辞典》在“公正”词条下写道:“公正意味着平等地对待争议的双方当事人或各方当事人,不偏袒任何人,对所有的人平等和公正地适用法律。”^②在西方思想史上,关于公正或正义的著作可谓汗牛充栋,公正与法律的关系更是经久不衰的论题,西方思想家对公正或正义的理解可谓五花八门。^③古罗马法学家乌尔比安首创的一个著名的“正义”定义是:“正义乃是使每个人获得其应得的东西的永恒不变的意志。”在罗马历史早期,西塞罗也曾把正义描述为“使每个人获得其应得的东西的人

① Mauro Cappelletti, *Who Watches the Watchman? — A Comparative Study on Judicial Independence*, 1985 by Martinus Nijhoff Publishers. 转引自陈瑞华:《刑事审判原理》,北京大学出版社 1997 年版,第 167 页。

② [英]戴维·M. 沃克主编:《牛津法律大辞典》,北京社会与科技发展研究所译,光明日报出版社 1988 年版,第 433 页。

③ 中西方很多学者在表述时,往往并不着意区分司法公正与司法正义。“公正”与“正义”在不同场合交替使用、语义替代的现象,在法理学上比较普遍。

类精神取向。”^①古希腊亚里士多德认为：“所谓‘公正’，它的真实意思，主要在于‘平等’。”^②而中国古代社会的很多思想家和政治家也十分重视公正问题，对公正的理解和论说可谓角度独特、内容丰富，并逐渐形成了具有东方特色的司法公正理论。为了保障司法公正，中国古代还采取了多种措施。当然，不可否认中国古代有很多不利于司法公正的因素，它们阻碍并冲击了公正目标的实现，造成了中国法律传统中的司法不公现象。^③

尽管对公正含义的理解见仁见智，但在公正作为现代司法的终极价值目标和司法制度的生命源泉上对于司法的重要性，人们有着普遍性的共识。正如英国法学家西奥多·贝克尔所指出的：公正是法院得以存续所不可缺少的“司法程序的心脏”^④。弗兰希斯·培根(Francis Bacon, 1561 - 1626)在其《培根论说文集》第 56 篇“论司法”中引用犹太律“移界石者将受诅咒”^⑤引申出了自己的千古名言：“一次不公的判断比多次不平的举动为祸犹烈。因为这些不平的举动不过弄脏了水流，而不公的判断则把水源败坏了。”^⑥美国著名法学家、最高法院大法官本杰明·内森·卡多佐(Benjamin N. Cardozo, 1870 - 1938)在《司法过程的性质》一书中集中表达了他的司法公正思想，申明了公正对于司法的重要性，“就如同一个人不可能从他的房间和生活中排除至关重要的空气一样，伦理因素也不可能从司法(正义)活动中被排除出去，而正义是一切民事法律的目标和目的”^⑦。英国著名法官阿尔弗雷德·汤普森·丹宁(Alfred

① [美]E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 1999 年版，第 252 页。

② [古希腊]亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆 1981 年版，第 153 页。

③ 有关中国古代的司法公正观念、保证司法公正的措施以及造成司法不公的原因，参见王立民：《法律思想与法律制度》，中国政法大学出版社 2002 年版，第十一章；高其才、肖建国、胡玉鸿：《司法公正观念源流》，人民法院出版社 2003 年版，上篇。

④ 转引自[英]科特威尔：《法律社会学导论》，潘大松等译，华夏出版社 1989 年版，第 236 页。

⑤ 他将法官司法不公与一般的违法犯罪行为进行比较，认为不公的法官在对田地产业误判时，才是为首的移界石者，是比移界石更为严重的犯罪行为。

⑥ [英]培根：《培根论说文集》，水天同译，商务印书馆 1983 年版，第 193 页。

⑦ [美]本杰明·内森·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆 1998 年版，第 39—40 页。

Thompson Denning, 1899 - 1999)认为,公正高于法律,公正的原则高于法律条文和过去的判例。他所持的基本信念是:“法官的真正作用就是在他的当事人之间做到公正。如果有任何妨碍实现公正的法律,那么法官要做的全部本分工作就是合法地避开——甚至改变——那条法律,以便在提交给他的紧急案件中做到公正。”^①丹宁在他的袖袍上绣上了他的座右铭: *Fiat justitia*(即“实现公正”),并且在他的法官生涯里始终不渝并卓有成效地为实践这一信仰作出了不懈的努力,为英国在二战后的法律改革作出了不朽的贡献。

公正对于司法的重要意义是由司法活动的性质决定的,司法活动的职责在于适用法律裁断纠纷,以体现和保障法律的价值和权威。通过对法律的具体运用——司法实践,人们可以追求正义的实现。罗马法对法官的职责是这样认定的:

人们有理由称我们为法的司铎,因为我们是在培植正义,并传播善良和公正的知识;区分公正与不公正,区别合法与非法;我们希望教导人们行善时不仅借助刑罚的威吓,而且也利用奖赏的鼓励;我们追求的是真正的哲理(……),而不是虚伪的哲理。^②

其实,公正能够以各种各样的方式实施和实现,如立法、行政、司法。^③ 但通过司法实现公正无疑是最为公正、也最令人信服的一种,它是西方法学家和思想家们着力探索和追求的一种公正,因为它同时包含着对正义实现的结果和过程的要求,因而是比较可靠的、有保障的公正。

① [英]阿尔弗雷德·汤普森·丹宁:《家庭故事》,刘庸安译,法律出版社1999年版,第222—226页。

② 《学说汇纂》节选,黄风译,载《政法论坛》1990年第3期,第76页。

③ 通过立法方式实现的公正有很多例子,如英格兰和联合王国通过议会行使司法权、美国在革命前通过殖民地立法机关行使司法权,在革命后通过国家立法机关行使司法权,等等。但立法公正表现出代价昂贵、不平等、不确定的特征,而且容易受到偏见、政治需要乃至腐化的影响。通过行政方式实现的公正在现代国家也是很普遍的,很多国家都由行政官员作出对问题的裁定,这种方式的优点是迅速、保密,但有逾越司法权的可能,趋向于行政专断。相关论述参见肖建国:《司法公正的理念与制度研究》,中国人民公安大学出版社2006年版,第46页。

与这两种不同的要求相对应的就是司法的结果公正(实质公正)和司法的程序公正(形式公正)。前者指通过司法活动所作出的裁判结论的公正,其标准是案件真实得以发现,法律被正确适用;后者指全部司法活动的进行过程及其程序设计所具有的公平与正义,它不仅是司法结果公正的有力保障,还具有自身独特的价值和力量。^①司法公正是这两个公正的统一。正如戈尔丁所指出的:“理想的正义是形式要素与实体要素之和。”^②马克思也认为,一方面,审判程序与法的关系是形式和内容的关系。“审判程序与法两者之间的联系如此密切,就像植物的外形和植物的联系,动物的外形和血肉的联系一样。审判程序和法律应该具有同样的精神。因为审判程序只是法律的生命形式,因而也是法律的内部生命的表现。”^{③④}另一方面,审判形式作为法律的形式、工具本身就具有独立的价值,“如果审判程序只归结为一种毫无内容的形式,那么这种空洞的形式就没有任何独立的价值了”。日本学者谷口安平甚至进一步认为:“程序是实体之母,或程序法是实体法之母。”^⑤美国学者戈尔丁也在类似的意思上认为:“历史上最早的正义要求看来就是一种程序上的正义。”^⑥

程序公正与实体公正之间存在着十分复杂的对立统一关系。首先,我们应当明确,作为司法公正的两面,两个公正具有一致性。美国著名法学家朗·富勒在其代表作《法律的道德性》一书中指出的“法律的道德性”就是指法律的价值目标。^⑦法律的价值正是内在价值与外在价值的

① 公丕祥主编:《法理学》,复旦大学出版社 2002 年版,第 399 页。

② [美]马丁·P. 戈尔丁:《法律哲学》,齐海滨译,三联书店 1987 年版,第 237 页。

③④ 《马克思恩格斯全集》第 1 卷,人民出版社 1956 年版,第 178 页。

⑤ [日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社 1996 年版,第 8 页。

⑥ [美]马丁·P. 戈尔丁:《法律哲学》,齐海滨译,三联书店 1987 年版,第 235 页。

⑦ 朗·富勒在其代表作《法律的道德性》一书中,指出法律有其道德性,分为内在道德(inner morality)和外在道德(external morality)两个方面。前者是指法律的制定、解释和适用等程序上的目标,后者则是指法律的实体目标和理想,如实体正义等。这两个方面是互相影响、密切联系的。

统一、程序目标与实体目标的统一。确实,程序公正及其观念是赋予裁判结果正当性的极为重要的根据,它所具有的巨大示范效应能使诉讼各方从心理上对裁判结果表示服从和确认,使裁判结果在社会大众中获得正当性。正如有学者所指出的:“在服从某一决定之前,人们必须考虑作出该项决定的正当化(justification)前提。这种前提主要就是程序要件的满足。因为在公正的程序之中,当事人的主张或异议可以得到充分表达,互相竞争的各个层次上的价值或利益得到综合考虑和权衡,其结果,不满被过程吸收了,相比较而言,一种最完善的解释和判断被最终采纳。这样作出来的决定极大地缩小了事后怀疑和抗议的余地。”^①因此,经过正当化的裁判显然更容易权威化并得到当事人的自觉遵行。^②其次,必须承认,两者的一致性并不能消除它们在某些场合的矛盾和冲突。虽然在通常情况下,公正的程序比不公正的程序能够产生更加公正的裁判结果,但公正的程序只能保证裁判结果的权威性,却不能保证裁判结果能真实地再现争执的事实和正确的适用法律,因此并不必然产生公正的结果。这里既有程序外在因素的作用,也和程序本身的科学性有关。程序的公正性无疑需要相当多的技术性因素支持,然而,我们从来没有发现一种绝对科学、绝对公正的程序模式,而是只能归纳出一些最低限度的程序公正标准。^③尽管如此,我们还是不能否认,程序正义决非实体正义的附庸,它还具有自己的内在精神和价值诉求。英美法系程序先于实

① [美]马丁·P.戈尔丁:《法律哲学》,齐海滨译,三联书店1987年版,第215—216页。

② 德国著名法社会学家N.卢曼提出了“通过程序获得正当性”的命题,指出在“正当程序”得以实施的前提下,程序过程本身确实能够发挥给裁判结果以正当性的作用,这种作用不仅体现在审判程序中,而且在选举程序、立法程序和行政程序中都可以看到。参见[日]谷口安平《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第10—11页。

③ 为了协调两者的冲突,西方学者提出了两种解决方案,一是以程序外在价值吞并内在价值的“绝对工具论”,二是以程序内在价值吞并外在价值的“程序至上论”。我们认为,这两种极端对立的解决方案均失之偏颇。事实上,诉讼程序的价值不是单一的,而是多元的;程序诸价值之间不是完全对立的,而是可以折中的。20世纪40年代西方统一法学运动的兴起,其目标之一就是综合法的价值。详细论述参见肖建国《司法公正的理念与制度研究》,中国人民公安大学出版社2006年版,第125—129页。

体、救济先于权利的传统无疑有其优越性和美感,直到现在,英国法官和法学家“仍然从救济方法的有无出发来看待实体法的权利”^①。在 20 世纪 40 年代西方统一法学运动的代表人物伯尔曼眼里,法律并不只是一套规则,它还是一种程序,一种活生生的社会过程。^② 实体规范是由程序铺设的轨道,通过公正、有效的程序形成的,“只要我们就实体法的主要学说溯及遥远的过去,我们都可能在其源头发现一些忘却了的程序环境”^③。因此,无论在理念上还是在司法实践中,我们都应当避免“重视实体、轻视程序”的片面思想与做法,多元理解程序公正的丰富内涵与精神实质,努力弘扬程序公正的内在价值,从而赋予诉讼程序独立的人格与必不可少的权威。

司法的故事:法律文明的传承与演进

公正作为司法的终极价值追求和最高理想,必须通过司法来实现。因此,公正对司法乃至整个人类社会法律文明的发展而言,它是一种巨大的推动力。但现实中的公正永远是不理想的,它总是不可避免地带有时代、政治、文化的局限性,尽管这些局限性是历史的一部分。西方从古希腊的文明源头到今天的现代文明,正义与法律、理想与现实之间始终存在着明显的甚至激烈的冲突,这就刺激着无数思想家和政治家不断地对司法进行理论反思和实践探索。在公正的推动下,司法的各个文化层面进行着经久不息的运作和革新。而司法的发展活力,也推动了整个人类社会法律文明的前进,使司法的价值得以彰显。庞德指出,评价一种法律的价值在根本上应视它对文明的促进程度。^④ 从人类社会的文明史

① [日]早川武夫、村上淳一、稻本洋之助、稻子恒夫:《外国法》,张光博、金峰玉译,吉林人民出版社 1982 年版,第 9 页。

② [美]哈罗德·J. 伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 5 页。

③ [美]H. W. 埃尔曼:《比较法律文化》,高鸿钧、贺卫方译,三联书店 1990 年版,第 165 页。

④ [美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制、法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆 1964 年版,第 55—71 页。

上看,作为司法最高价值目标的公正以及司法本身,都对法律文明的传承与演进作出了巨大的贡献。

要探寻司法对法律文明的推进作用,就不能不研讨历史上各种与司法相关的重大事件,我们把它们称为“司法的故事”。正是通过这些重大的司法事件及其背后的重要思想源泉、文化传统、现实条件、制度更替,法律文明得以传承、演进,甚至引发了翻天覆地的重要变革。^① 我们这里试举一个在全世界有重大影响、对世界法律文明的变迁起了很大作用的司法事件:通过“马伯里诉麦迪逊”案,美国联邦最高法院司法审查权的确立。

美国首创的司法审查制度是美国三权分立和制衡机制中的一项重要制度。^② 其中,美国联邦最高法院的司法审查权,指美国联邦最高法院有权通过审理有关案件解释宪法,审查联邦和州立法机关颁布的法律、联邦和州采取的行政措施,宣布违反联邦宪法的法律和行政措施为无效。它是美国司法制度中最具特色的一项权力。由于它的确立,联邦最高法院大大提升了司法的能量,使三权中原本最为羸弱的司法开始能够真正地对抗并制约立法和行政,进而使美国三权分立的政治体制真正确立并巩固。更重要的是,在美国诞生的司法审查制度由于其体现出来的合理性和优秀品质,不仅在本国发挥了重要作用并后续发展成一个构造

① 应当指出,司法的故事(司法事件)仅是法律的故事(包括立法事件、司法事件、执法事件、其他法律事件等)的一个子集。不仅是司法事件,立法事件、执法事件也同样对相关国家和地区乃至整个世界法律文化的发展产生了划时代的影响。立法事件的作用从英美宪法的制定、法德两国的近代民事立法中可见;执法事件可参见中国汉代以后关于肉刑存废的争论、日本明治维新后关于施行旧民法的争议、美国关于禁酒的第18条宪法修正案的存废争论等;其他法律事件可见于1135年前后意大利的比萨人因攻陷阿马尔菲城而获得《学说汇纂》手抄本、1975年中国湖北云梦地区发现《睡虎地秦墓竹简》、边沁在英国,以及菲尔德在美国倡导成文法典运动都遭受失败,等等。

② 请注意我们这里谈的“司法审查”,并不等于“违宪审查”。虽然我国很多专家学者认为两者等同,但这种认识是极不准确的。“司法审查”主要是从审查机构的角度进行定义,而违宪审查则是从审查内容的角度进行描述。

精密的制度体系,^①而且在创立后得到了广泛的传播。据有关统计,当今世界 140 多个立宪国家中,采用司法审查或者宪法法院违宪审查^②的就超过 100 个。^③ 司法审查已成为世界司法史、宪政史乃至法律文化史上实行面最广、影响面最大、辐射力最强的一种司法监督体制。

美国联邦最高法院的司法审查权并非出自宪法规定,而是司法实践的结果。^④ 它是一种以三权分立学说为理论基础,近代自然法学思想和主权在民观点为思想渊源,政治、经济、历史传统为文化底蕴,多种因素综合作用生成、具有美国本土特色的权力形态。^⑤ 1803 年的“马伯里诉麦迪逊”案的裁决是美国联邦最高法院运用司法审查权的首次实践,在世界范围内,该案例开创了司法审查的先河。

“马伯里诉麦迪逊”案发生在 1801 年,当时美国的党争十分激烈。在 1800 年底举行的总统大选中,联邦党人约翰·亚当斯未获连任,民主共和党的候选人托马斯·杰斐逊当选为总统。联邦党人为了改变厄运,使其能控制司法机构牵制立法和行政,在总统权力交接前,利用亚当斯手中的总统权力对司法机构作了重大调整。亚当斯将国务卿约翰·马

① 美国现今的司法审查制度已不局限于联邦最高法院的司法审查。在美国,联邦和州的司法机关均享有审查权。1803 年“马伯里诉麦迪逊”案确立对国会立法的审查权;1810 年弗莱切诉派克判例确立对州立法的审查权;1816 年马丁诉亨特的承租人判例确立了联邦最高法院在各州立法违反联邦宪法问题上的统一审查权。参见左卫民《最高法院研究》,法律出版社 2004 年版,第 32 页。

② 1920 年奥地利立宪将违宪审查作为一项专门制度加以规范,首次在成文制度中创建宪法法院违宪审查的模式。参见左卫民:《最高法院研究》,法律出版社 2004 年版,第 30 页。

③ [荷]亨利·范·马尔塞文、格尔·范·德·唐:《成文宪法的比较研究》,陈云生译,华夏出版社 1987 年版,第 99 页。

④ 美国宪法从未明文规定联邦最高法院的司法审查权,该项权力是通过司法判例的形式确立的。而且需要指出的是,早在 1803 年联邦最高法院开创司法审查的先例之前,美国各州大都早已实行了司法审查制度。参见郭成伟《外国法系精神》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 145 页;陈业宏、唐鸣《中外司法制度比较》,商务印书馆 2000 年版,第 364 页。

⑤ 需指出的是,“马伯里诉麦迪逊”案只是个契机与标志,美国司法审查确立的深层原因在于美国独特的文化背景和历史条件,立宪前司法审查实践雏形早已具备,又深受分权理论、自然正义观念影响,并最早展开立宪政治。有关美国司法审查权建立的客观基础,参见郭成伟《外国法系精神》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 141—145 页;陈业宏、唐鸣《中外司法制度比较》,商务印书馆 2000 年版,第 363—365 页。

歇尔改任为联邦最高法院的首席大法官,并迅速任命了一批联邦党人担任联邦法官。由于行事匆忙,有些新任命的联邦法官在得到国会批准、却未得到正式委任状的情况下,亚当斯的职务就被杰斐逊代替了。马伯里就是未接到委任状的新任命的哥伦比亚特区的法官之一。杰斐逊上台后,指使新任国务卿麦迪逊拒不颁发对马伯里等人的委任状,以削弱联邦党人对司法权的控制。马伯里向联邦最高法院提出申诉,要求根据1789年的《司法条例》第13条的规定发布执行命令,强制麦迪逊交出委任状。马歇尔在宣布最高法院的裁决时提出:联邦宪法在规定最高法院的管辖权方面,并未把向行政官员颁发命令状包括在内。因此,问题的关键在于最高法院究竟应当遵从联邦宪法,还是遵从1789年的《司法条例》?马歇尔指出:“极为明显而不容置疑的一个结论是:宪法取缔一切与之相抵触的法案。”而判定何者符合宪法,当然属于司法部门的权限和职责。他宣布:由于1789年国会制定的《司法条例》第13条的规定超出了联邦宪法关于最高法院司法管辖权的规定,因此是违宪无效的。^①

“马伯里诉麦迪逊”案非常有名,它确立的司法审查的宪法原则是:宪法是最高法律,一切其他法律不得与宪法相抵触;联邦最高法院在审理案件时,有权裁定所涉及的法律或者法律的某项规定是否违反宪法;经法院裁定违宪的法律或法律规定不再具有法律效力。联邦最高法院自取自封的“司法审查”权,使它在美国历史上,以至于今天,都具有举足轻重的地位。对此,学术界的赞美之辞不绝于耳,^②其中,学者们的一个共识就是,司法审查权的建立改变了三权的力量对比,实现了美国民主宪政的三大支柱的相互制约与平衡。众所周知,美国成立初期,虽然在

^① 林榕年:《外国法制史》,中国人民大学出版社1999年版,第199页。

^② 对美国联邦最高法院司法审查权的正面评价有很多,比如司法审查实现了国家权力的制约、平衡与协调;调整了联邦和州之间的权力分配;维护了宪法作为国家根本大法的至上权威;在解释宪法的同时也发展了宪法,强化了宪法的适应性;促进了美国经济的迅速发展;保障了弱势群体公民权利,等等。参见钱弘道《英美法讲座》,清华大学2004年版,第237页;郭成伟《外国法系精神》,中国政法大学出版社2001年版,第156—160页;陈业宏、唐鸣《中外司法制度比较》,商务印书馆2000年版,第356—361页;张彩凤《比较司法制度》,中国人民公安大学出版社2007年版,第163—164页。

政治体制上推行三权分立,1787年的《联邦宪法》也规定了“分权制衡”的宪法原则,但在实践中司法权是相对弱小的,司法往往受制于行政和立法。正如汉密尔顿所指出的:

大凡认真考虑权力分配者必可察觉在分权的政府中,司法部门的任务性质决定该部门对宪法授予的政治权力危害最寡,因其具备的干扰与危害能量最小。行政部门不仅具有荣誉、地位的分配权,而且执掌社会的武力。立法部门不仅掌握财权,而且制定公民权利义务的准则。与此相反,司法部门既无强制,又无意志,而只有判断;而且为实施其判断也许借助于行政部门的力量。^①

为了在行政、立法、司法三者中保持平衡,维护司法独立,就应当使司法部门享有更多的权力,司法审查权正是对抗行政、立法的极佳武器。

当然,我们不可否认司法审查权的弱点。美国司法审查制度行使的过程及其结果暴露了其固有的一些问题和缺陷,并因此受到了理论界人士和政治家们的批评。首先,最强烈的声讨源于反对者们认为联邦最高法院司法审查权的确立,在提升司法地位的同时,因确立司法独尊导致司法权能扩张,破坏了三权理想的分立格局和应有的制衡状态,背离了宪法制定初期所规定的三权分立的精神。最高法院在行使司法审查权时,通过解释宪法的内容和精神,往往对宪法条款进行了补充和发展,这样最高法院不仅获得了抗衡其他权力的司法职能,而且夺取了一部分本应属于立法部门的权力,可以说是集司法权和一定程度的立法权于一身。这种司法审查已经逾越了“法官不得立法”的雷池,是一种变相的造法活动。^② 第二,既然司法审查的权力如此重大,以至于有时起到造法的

① [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如、在汉、舒逊译,商务印书馆1980年版,第391—392页。

② 尤其是现代美国联邦最高法院的司法审查在很大程度上已经不再根据1787年宪法的原意,而是结合社会实践创造性的解释宪法,赋予宪法以现代的内涵。相关论述参见张彩凤《比较司法制度》,中国人民公安大学出版社2007年版,第165页;郭成伟《外国法系精神》,中国政法大学出版社2001年版,第93页、第151页、第160页。

作用,因此最高法院的裁决必须相当慎重。可司法审查权的运作机制决定了司法审查不可能摆脱法官政治倾向性和解释宪法标准等个人因素的影响,在现代,最能说明这一问题的莫过于罗斯福总统与最高法院之间针锋相对的斗争。^① 第三,美国的司法审查制度作为一种事后审查,遵循不告不理的原则,这种消极性使一些已经产生不良后果的违宪案件因当事人未提出诉讼而得不到及时处理。此外,还有很多反对司法审查的理由,比如司法审查权往往使法院卷入政治漩涡,不能真正遵循政治回避的自律原则,无法摆脱政治斗争角逐场所的地位;虽然马歇尔坚持将司法审查权授予最高法院的根据隐含于美国宪法中,^②但有学者认为由于自始至终美国联邦宪法没有明文规定法院的司法审查权,最高法院自取自封该项权力没有法律依据;由于制度本身的制约,法院出现的判决错误难以纠正;联邦最高法院简单多数裁决投票制有失公允,不能令人信服;司法审查间接地损害了民主,等等。^③

尽管如此,没有人能够否认美国司法审查制度的不朽功绩。作为近现代成文宪法之开篇的美国宪法,之所以能够历经 200 余年的社会变迁,仍具有强大的生命力而成为世界法律文明史上的典范,司法审查权的建立是其重要原因之一。首先,司法审查权对美国法律史的影响重大。美国不少学者认为,美国宪法是在联邦最高法院的判决中得以存在和发展的,没有最高法院对法律和命令的违宪审查,宪法就会失去其应有的地位。施瓦茨说:“实际上没有司法审查就没有宪法”,“如果宪法不

① 具体事件参见钱弘道《英美法讲座》,清华大学 2004 年版,第 235 页;陈业宏、唐鸣《中外司法制度比较》,商务印书馆 2000 年版,第 373 页。

② 美国宪法没有明确授予司法部门这项司法审查权。对此,借由美国最高法院首席大法官约翰·马歇尔的传达,美国最高法院在 1803 年“马伯里诉麦迪逊”中判决司法部门的司法审查权隐含于美国宪法的本质里,联邦法至高无上条款里,和美国宪法第三条司法权的授予里。参见[美]威廉·伯纳姆:《英美法导论》,林利芝译,中国政法大学出版社 2003 年版,第 14 页。

③ 有关各种理由的详细阐述,参见陈业宏、唐鸣《中外司法制度比较》,商务印书馆 2000 年版,第 372—374 页;张彩凤《比较司法制度》,中国人民公安大学出版社 2007 年版,第 165—167 页;郭成伟《外国法系精神》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 159—160 页。

能由法院实施,它是无价值的,而且是只能是些空话。”^①因此,许多学者将司法审查称为“宪法的卫士”、“护法使者”。第二,美国联邦最高法院创立的司法审查制度,不仅在本国法律史上成就斐然,更重要的是它在创立后得到了广泛的传播,^②成为世界法律史上实行面最广、影响力最强的一种司法监督体制,在全世界产生了巨大影响。法国政治家托克维尔曾访问美国,考察了美国的司法审查制度。他在阐述以马歇尔为首的联邦最高法院的司法审查活动对美国宪法发展和全社会的重大影响时说:

联邦的和平兴盛及其生存,握于最高法院七法官之手;若无此七法官的设置,联邦宪法将成为死的文字,美国政治问题一经发生,极少不涉及宪法理论,有关方面在争议中引用宪法中特有的理论和文字,使法律用语成为家喻户晓的口头禅,法律精神遍及全社会,全部人民都将具有法官的习养。^③

历史证明,美国司法审查权的诞生堪称世界法律文明史上的一个重要里程碑,它不仅促进了当时美国社会的稳定和发展,同时也影响了世界许多国家的宪政和司法制度。美国司法审查制度作为一项使美国人倍感骄傲的经典创作,因其为司法发展所作出的杰出贡献而誉满全球,推动了世界法律和司法文明史的发展。

① [美]施瓦茨:《宪法》,(英国)麦克米伦出版公司1979年英文版,第3—4页。

② 有关美国司法审查制度在各国的传播与应用,参见陈业宏、唐鸣《中外司法制度比较》,商务印书馆2000年版,第367—369页;胡锦涛《违宪审查比较研究》,中国人民大学出版社2006年版中对各国违宪审查历史沿革的分析和阐述。

③ 李昌道:《美国宪法史稿》,法律出版社1986年版,第164页。

法律解释(interpretation of law)

如果界定了什么是法律,什么是解释,则界定什么是法律解释就容易轻松了。我们可以简单地说,法律解释即解释法律。但是目前,这样解释“法律解释”,虽然万无一失,却也百无一用。麻烦就在于我们既难以说清什么是法律,更难以说清什么是解释。所以,关于法律解释的概念问题只能是一个慢慢叙说的问题。

有人说,法律解释的历史同法律存在和发展的历史一样悠久。^①有人说,法律解释以成文法为对象,法律的成文化和公开化是法律解释的必要前提。从西方法律文化的发展看,法律解释应肇始于十二铜表法。十二铜表法制定于公元前5世纪,其法律语言难懂,且古代法实行严格形式主义,如果对法律条文理解错误或所采形式不当,必将招致严重后果,故由神官团不公开地讲授法律知识。公元前254年,平民出身的大神官康勒卡瓦士开始在公开场合讲解法律解释及法律发现的方法。这被认为是法律解释学的开端。^②不论采信哪一种说法,无可争辩的事实是,法律解释是一个古老的法律现象,经久不衰且在当今社会受到越来越

① 张志铭:《法律解释操作分析》,中国政法大学出版社1998年版,第10页。

② 梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第4—5页,第200页。

越多的重视。

作为一种有着悠久历史的法律现象,且由于这种法律现象与立法、执法及司法等法律活动紧密相关,法律解释概念的内涵必然是丰富的、多变的、厚重的和复杂的。它在随着历史的发展而发展,随着相关因素的变化而变化。因此,在不同的历史时期,由于立法和司法的活动方式不同,法律存在和发展的形式不同,法律解释的内涵也就不同。在当代社会,人们所认识和理解的法律解释既是一种客观存在的社会现象,又是一种实在的法律活动。对法律解释的研究,大致可以区分为理论和实务两个有机联系的方面。理论方面的探讨以厘定概念为依归,它要回答的基本问题是何谓法律解释,目的在于揭示法律解释的本质;实务方面的分析以指导行动为指向,它包括解释技术和解释制度,要回答的基本问题是如何解释,目的在于为执法和司法提供具体的操作方法和规则。^①

我国自上世纪90年代以来,随着建设法治国家的呼声日渐增高,人们对法律解释的重视也不断提升,从而使法律解释这门学问成为一门显学。相关著述可谓汗牛充栋,有些探讨法律解释的哲学和政策,有些探讨法律解释的方法和规则;有些立足于法理学,有些立足于部门法。还有一部分学者大量翻译引进了西方国家的论著和学说,为我们了解和借鉴西方的法律解释科学提供了便利条件。要想全面深刻地理解和把握法律解释,需要对这些论著有所涉猎。本关键词所能介绍的仅是关涉法律解释的一般性原理或知识,主要包括:为何解释、解释什么、谁来解释和如何解释四个问题。

缘何解释

虽然我们还无法对法律解释下一个理想的定义,但是,但凡对法律有些许感性认识的人都可以觉察到,法律解释就是要揭示法律规则的含

^① 张志铭:《法律解释操作分析》,中国政法大学出版社1998年版,第4页。

义。那么,我们为什么要揭示法律规则的含义呢?这涉及法律解释的动因问题。只有回答了这一问题,才能进而回答“解释什么”,即明确法律解释的目的、对象等问题。

法律解释的动因比较复杂,但主要的原因可以归纳为以下几个方面:

1. 制定法律与适用法律的分离

如果说,制定法律和实施法律是同一个人或机关,或者更理想的话是同一个人在同一个时间,则法律就可能不需要解释。因为实施法律的人对所要适用的法律含义十分清楚、明白。那么,当制定法律和实施法律的主体及时间分开之后,而且要求适用法律者按照立法者的意志忠实地适用法律的时候,揭示法律的含义就成为法律适用者必做的功课。因此,制定法律与适用法律的分离当是法律解释的首要原因。

制定法律与适用法律的分离,自古如此,但近代以来,制定法律与适用法律的分离成为西方的一种政治理想。这种政治理想就是分权,即将国家的权力分为立法权、行政权和司法权,由三个不同的机关分别行使。制定法律属于立法机关的事,执行法律与适用法律则是行政机关和司法机关的事。分权政治之所以成为法律解释的根源之一,乃在于尽管国家权力的行使有了分工,但国家的意志必须是统一的。这要从分权的目的说起。

分权的目的在于制约权力。早在古希腊时期,亚里士多德就分析了分权的必要性和本质。他认为人性是恶的,“人类倘若由他任性行事,总是难保不施展他内在的恶性”^①。“常人既不能完全消除兽欲,虽最好的人们(贤良)也未免有热情,这就往往在执政的时候引起偏向。”^②正是由于人们具有这些难以克服的弱点,设计政治制度时必须考虑加以遏制,而遏制的方法就是使人们“互相依仗而又互相限制,谁都不得任性行

① [古希腊]亚里士多德:《政治学》,商务印书馆 1983 年版,第 319 页。

② 同上书,第 169 页。

事”，从而在实际结果上使所有的人都因此而获利。^① 由于一切政体都有三个要素——议事职能、行政职能和审判职能，而且这三种职能构成政体的基础，如果将三种职能分开使它们之间形成相互依仗、相互制约的关系，就可以有效地消除执政者的“兽欲”，防止政治偏向。

亚里士多德的思想在古罗马时期为波利比阿(Polybius, 公元前205—前125)所继承。^② 到了近代，早期的资产阶级思想家、政治家为实现其政治理想，在继承亚里士多德和波利比阿思想的基础上，发展了分权理论。洛克是近代分权学说的倡导者。他认为：“如果同一批人同时拥有制定和执行法律的权力，这就会给人们的弱点以极大的诱惑，使他们动辄要攫取权力，借以使他们自己免于服从他们所制定的法律，并且在制定和执行法律时，使法律适合于他们自己的私人利益，因而他们就与社会的其余成员有不相同的利益，违反了社会和政府的目的。”^③ 因此，他主张将国家权力分为立法权、执行权、和对外权三种。其中立法权是国家的最高权力，“因为谁能够对另一个人制定法律就必须是在他之上”^④。执行权是负责执行法律和继承有效法律的权力，对外权是关于决定战争与和平、联合与联盟以及同国外开展一切事务的权力，在君主制国家中，执行权和对外权属于国王。国王虽然握有最高的执行权、对外权，但“他没有意志、没有权力，有的只是法律的意志、法律的权力”^⑤。

近代分权学说的完成者是孟德斯鸠。他在总结洛克分权理论的基础上，把国家权力分为立法权、行政权和司法权，坚持这三种不同的权利

① [古希腊]亚里士多德：《政治学》，商务印书馆1983年版，第319页。

② 波利比阿的思想主要反映在他对古罗马政治体制的分析和评价中。对古罗马历史进行详细考察后，他认为，罗马的强盛主要得益于它独特的政体，即执政官、元老院和平民会议三种权力互相配合与制衡的政制。他认为执政官是君主政体的因素，元老院具有贵族政治的因素，人民大会是民主政体的因素。正是由于这三个国家职能彼此之间既密切联系，又相互制约，使“执政官不会专横到引起暴乱，元老院不会强大到引起公众不满，平民会议不会无所控制到无视政府，从而维护了罗马的强大和稳定。”参见周叶中主编《宪法》，高等教育出版社、北京大学出版社2000年版，第101页。

③ [英]洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆1964年版，第91页。

④ 同上书，第94—95页。

⑤ 同上书，第95页。

应该由三个不同的机关来行使。其分权的理由依然是制约权力。他说：“一切有权力的人都容易滥用权力，这是亘古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才休止。”^①由此他得出结论：“从事物的性质来说要防止滥用权力，就必须以权力制约权力。”^②

当立法权和行政权集中在同一个人或同一个机关之手，自由便不复存在了；因为人们要害怕这个国王或议会制定暴虐的法律，并暴虐地执行这些法律。如果司法权不同立法权和行政权分立，自由也就不存在了。如果司法权同立法权合而为一，则将对公民的生命和自由施行专断的权力，因为法官就是立法者。如果司法权同行政权合而为一，法官便将握有压迫者的力量。^③

从上述论述可以看出，分权政治有两个基本的要素：一是制定法律与实施法律要分开；二是实施法律必须忠诚于法律。舍掉其中任何一个要素，则制约权力的分权政治目的就不能实现。从这种意义出发，在近代分权制度下，法律解释更有其必要性。但是，即便是在没有分权的国家和时代，如封建专制国家，制定法律与适用法律相分离依然是可能的。正是由于这一原因，法律解释是同法律的历史一样悠久的。

2. 法律语言的特点

任何民族的语言都具有多义性、模糊性。所谓多义性，即语言在不同的语境中具有不同的含义。比如“法律”一词，在我国就有广义的和狭义两种含义。广义的法律指所有的法律规范，狭义的法律则仅指全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律。在德国，“法律”一词也具有多种含义。德国宪法法院宣称，“法律”一词即便是在德国基本法中的使用也是不统一的，它是在形式意义和实质意义上分别使用这一概念的。模糊性是明确性相对的。如果一个概念能够将有些事项确凿无疑地归入其中，将有些事项排除出去，那么这个概念就是明确的、清楚的；如

①② [法]孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），商务印书馆1982年版，第154页。

③ 同上书，第156页。

果一个概念对有些事项的归入不置可否,则这个概念就是模糊的。语言的模糊性是相对的,在有些情况下,它可能是明确的;有些情况下,它可能是模糊的。此外,语言概念往往还具有价值评价性,这种概念对价值内容没有具体的描述——也难以描述,如善良、诚实等,在理解上往往是仁者见仁,智者见智。语言的这些特征塑造了解释的必然性。

法律并没有一套自己专用的语言体系,也不应该有一套专属于自己的语言体系。因此,法律语言免不了会具有上述特征。当然,法律语言也具有自己的特点,即简洁、抽象、一般。这是因为,法律往往反映的是事物的一般性,规范的对象具有普遍性,而且是以一般规则的形式表现的。它的基本目的在于防止以特殊情况为理由武断地解决问题,而这种普遍性特点需要尽可能通过简单明了、直截了当的表达来保持。尽管“法律的性质要求它尽可能地表达明确,以使每一个人都能够清楚地了解,如果违反了它,就可能受到它所规定的某种制裁;相反,如果避免违反它,那么也就不会受到法律的任何制裁”^①。但这一点未必总是能够如愿,正如托马斯·霍布斯所讲:“书面的法律如果太简短,会因为歧义或者词语太简短而模糊,但是如果太冗长,那么出于同样的原因反而更加模糊。可见,书面的法律还是简短扼要的好。”因此,法律语言最终必然选择简洁、抽象、概括为其基本特征。然而,不证自明的是法律语言的这些特征使得法律更需要解释,而不是相反。

3. 法律与现实的隔阂

法律语言简洁、抽象、概括的特征不仅给人们理解造成了困难,还拉大了法律与现实之间的距离,这进一步增强了法律解释的必要性。

之所以制定法律,乃在于通过实施法律达到规范行为、塑造生活、形成美好社会秩序的目的。所以,法律必将与生活事实相联接,法律适用的过程本质上就是将法律规则与生活事实相联接的过程,法律的含义也

^① [英]彼得·斯坦、约翰·香德:《西方社会的法律价值》,王献平译,中国人民公安大学出版社1989年版,第4页。

必须在与事实的联结中得到解释。当法律语言是简洁的、抽象的、概括的,而生活却是复杂的、具体的、特殊的时候,生活事实是否可以归入法律概念之中就是需要解释的。

比之于生活,法律规范还有两个特征:第一,法律规范总是有限的,而生活却是无限的;第二,法律规范是固定的,而生活却永远都是变动不居的。这种差异进一步拉大了法律与现实之间的距离,从而增强了法律解释的必要性。

没有什么法律规范能够总揽无遗甚至包括各种各样的、只是有可能发生的情况。人类的预见力还没有完善到可以可靠地预告一切可能产生的事这种程度,况且,人类所使用的语言也还没有完善到可以绝对明确地表达一切立法意图的境界。人们所预料不到的或法律所没有规定的种种案件必然会不断产生。^①

解释什么

在明确了为什么解释法律之后,第二个需要回答的问题是,解释什么?即明确法律解释的目标。

什么是法律解释的目标呢?梁慧星认为,法律解释的目标“是指解释者通过对法律条文、立法文献及其附随情况进行解释,所欲探究和阐明的法律规范之法律意旨”^②。法律解释的目标不同于法律解释的对象。法律解释的对象指的是法律解释所依据的材料,所回答的问题是,从何解释?是对法律解释依据的回答。有人认为,法律解释的对象是作为法律意旨表达方式的法律文本,包括法律规范的条文,立法文献如立法理由书、草案、审议记录等,以及立法当时的社会、经济、政治、技术等附随情况;而法律解释的目标则是解释者通过对法律文本的解释所要探明的

^① 彼得·斯坦、约翰·香德:《西方社会的法律价值》,中国人民公安大学出版社1989年版,第5页。

^② 梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第205页。

法律规范的法律意旨。^①对此,我国台湾地区学者黄茂荣也有类似的论述,他说:“法律解释的标的(对象)之范围这个问题虽与法律解释之目标的取择息息相关,但两者却非同一个问题。前者是法律意旨的表示方式,它是法律解释的标的;至于法律意旨则是法律解释的目标与结果,而非它的标的。”^②法律解释的目标也不同于法律解释的目的。法律解释的目的回答的问题是,解释法律干什么?是对于法律解释的功能的阐述。所以有学者认为,法律解释的目标是指解释者在法律解释活动中所要理解和说明的法律文本的意思;法律解释的目的则是指法律解释活动及其结果所发挥的作用。^③

当我们确定了法律解释的目标是法律意旨或者意思的时候,并没有真正或全部解决法律解释的目标问题。这是因为,我们依然需要回答,“法律意旨”是什么?之所以提出这一问题,是因为不论在历史上还是在现在,对这一问题的回答始终有分歧,而了解或解决这种分歧,才是了解和研究法律解释的目标这一问题的真正价值所在。

法律是立法者制定的,理当表达的是立法者的意思,但法律一旦制定之后,就独立于立法者而存在,而且文字作为传言达意的工具具有先天的不足,其结果法律所表达的意思有可能与立法者意思不一致;再者,法律解释毕竟是解释者对法律的解释。如此一来,法律意旨究竟指的是立法者的意旨,还是法律文本的意旨,甚或是解释者所理解、所认为的立法者的意旨或法律本文的意旨,这就是值得讨论的,而围绕着法律意旨所展开的争论也主要是因对这些问题的看法不一致形成的。在这些争论中,主要形成了主观说、客观说和折中说三种意见。

1. 主观说

主观说于19世纪在大陆法系法律解释理论中占据统治地位。德国

① 胡敏敏:《论法律解释的目标》,载《法律方法》(第2卷),山东人民出版社2003年版,第289页。

② 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第264页。

③ 陈金钊:《法律解释的哲理》,山东人民出版社1999年版,第54—57页。

潘德克吞法学的集大成者温特夏德认为：“法官之职责，乃在根据法律所建立的概念体系，做逻辑推演，遇有异议时，则应探求立法者当时所存在的意思，予以解决。要求解释，均应以立法者当时的意思为依归。”^①

主观说的特征在于，他们认为法律解释的目标应在探求历史上的立法者事实上的意思，也即立法者的看法、企图和价值观。^② 按照这种学说，解释结论正确与否的标准在于是否准确地表达了立法者当时的意思。由于这是解释者对立法原意的挖掘，而立法者原意是一个心理学意义上的带有主观色彩的东西，其相对于立法者而言是主观的，因此称为主观说。^③

主观说立论的根据有：第一，立法行为是立法者的意思行为，立法者通过立法来表示他们的看法和企图；第二，只有探知立法者意旨，并按照立法者的意思裁决或决定，执法机关才不会捉摸不定，从而提高法的稳定性；第三，依据权力分立原则，执法机关应以法律裁判或决定，而法律只能由立法机关制定。因此，立法者的意思在法律适用上应成为决定性的因素，法律解释应以探求立法者的意思为目标；第四，立法者的意思是可以借助于立法文献加以探知的历史的事实。

但是，主观说的反对者认为：第一，立法者是不易确定的。到底是指人民、国会还是国会内的法律审查委员会，或者是有些主观说者所主张的团体意思；第二，立法者的意思是一个莫测高深的东西，没有人能够看透它，认知它；第三，主观说未必能提高法的稳定性。如果一成不变地按照过去所做的价值判断进行裁判，可以获得一个坚强恒定的力量，人们可以知道他们应当做的价值取向。但是，这种主张是建立在一个前提之上，即过去所做的价值判断还适合于现在的具体情况。然而，法律是基于历史上某一特定时期的具体情况制定的，因此，它对其他历史时期的

① 梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社 1995 年版，第 61 页。

② 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 265 页。

③ 胡敏敏：《论法律解释的目标》，载《法律方法》（第 2 卷），山东人民出版社 2003 年版，第 290 页。

具体情况未必都适应；第四，司法机关对立法机关作出的具体规定，应给予足够的尊重，但在立法机关没有做出具体规定的情况下，司法机关就概括性规定或概念作具体性解释不违反权力分离原则。如果不允许法院作这种具体化解释，那么整个法治国家体系便无法圆满地发挥它的功能。^①

2. 客观说

客观说在 19 世纪末抬头，并逐步占据优势地位，至今仍为通说。

按照我国台湾地区学者黄茂荣的总结，客观说的主要特征有：第一，他们认为，法律解释的目标不在于探求历史上立法者事实上的意思。法律自颁布时起，便有它自己的意旨；第二，法律解释的目标即在于探求一个内在于法律的意旨。而所谓法律的意旨有时被具体地用诸如“满足人类生活上的需要”、“大家最迫切的利益”、“能带来最好的结果”等用语来描述；第三，用来决定法律意旨的时间点是裁判时。^②

我国大陆学者追捧客观说者也为数甚多。如有学者认为：“一旦规则本文被统治权确立了，其本身便构成了判决案件的权威。因此，法治预设了文本统治，而非创造文本的人的统治。”^③他们认为，法律的公平正义价值高于法律的安全稳定价值，法律解释的一个重要意义就在于克服法律为追求稳定而形成的僵化、保守、缺乏公正的局限性。为了使法律能够更具适应性，保证其适用得到公正结果，法官在适用法律时，必须根据实际情况对法律作出解释，解释法律必须紧密联系解释时的社会实际来阐明法律意义，而不能拘泥于法律制定时立法者事实上的意思。^④

总体上看，客观说的立论依据有：第一，法律自从颁布时起，就与立法者脱离了关系，法律的意旨也在那一刻确定了下来，因此解释法律时

① 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 265—267 页。

② 同上书，第 267—268 页。

③ 刘星：《法律解释中的大众话语和精英话语》，载《法律解释问题》（梁治平编），法律出版社 1998 年版，第 111 页。

④ 董泉：《司法解释论》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 235—236 页；另参见胡敏敏《论法律解释的目标》，载《法律方法》（第 2 卷），山东人民出版社 2003 年版，第 297—298 页。

应在法律内而不是法律外寻找依据;法律规范经常是从同时或先后颁布的不同法律章节、条文摘取或归纳出来,这一事实也说明了法律与立法者的意思并非同一回事;第二,主观说不利于法的稳定性,反倒是客观说有利于法的稳定性。法律从习惯法走向制定法,一个重要的动因就是克服习惯法的不稳定性。主观说着眼于法律之外的素材寻求立法者事实上的意旨,其实动摇了法的稳定性追求。从法律本身出发寻求法律意思,人人皆知,自然增强了法的稳定性。

针对客观说的上述立论依据,反对者提出了如下反对意见:第一,法律存在的形式即法律条文只是一个空壳,如果没有法律思想灌注其中,它是毫无意义的;第二,文义经常是多义的,而且是变动的,因此客观说主张的“法的安定性以文义解释为必要,且文义解释可使人民容易对治权加以控制”的观点是不能成立的;第三,轻视立法者的意思,可能导致法律意旨的根本改变;客观解释者常常在法律当代的客观意旨的掩护下,依据所谓的法律感情来了解法律,获得的结果常常是解释者基于各自不同的观点所作的偶然性决定,极具主观性,因而破坏了法的安定性。^①

3. 折中说

折中说吸取主观说和客观说两者的优点,试图将两种学说加以调和。在折中的过程中,学者们引进了时间因素,出现了“客观的历史说”和“客观化的立法者的意思说”。“客观的历史说”认为,法律解释的目标不是立法者事实上的意思,而是在立法当时存在于该社会的价值判断,标准的文化阶层所树立的或作为法律基础的利益判断与目的决定。“客观化的立法者的意思说”是将历史上的立法者的意思加以“客观化”。由于这种学说还考虑“立法者的意思”,因此被认为是修正后的主观说,也被称为“示意说”。“客观化的立法者的意思说”的主要观点是,虽然法律解释仍然以立法者的意思为目标,但这个意思必须明白地表现在法律

^① 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第269—270页。

上;只有明白地表现在法律上的立法者的意思才对法律解释者有价值。^①

但是,上述修正学说并不能完全除去主观说和客观说的弊端,关于法律解释的目标依然需要进一步努力研究。拉伦茨在他的《法学方法论》一书中关于法律解释目标的阐述即为一例,他说:“法律解释的目标从而只得是探求当今现行法上的准则的,亦即‘规范的’法律意旨。这个现行法上被视为准则的法律意旨,既不与历史上立法者的意思或具体的规范观同一,也不与它完全无关地被认定。它毋宁是这样一个思考程序的结果,在这程序中,所有的前面提到过的,以及包括主观的和客观的要素都要被拿来考虑。且这个程序,已如所述,原则上是将永远继续下去。”^②在这里,他强调了法律解释的“规范性”和“程序性”。

谁来解释

法官或者法院拥有对法律的解释权,这在当今世界基本上被视为一个没有疑问的命题。我国台湾地区学者郑玉波说:“法官职司裁判,其进行之程序为:认定事实;适用法律;宣示判决。确定判决有赋予当事人以权利之效力。惟适用法律,必先解释法律。解释有人认为系介于立法与司法之一种工作,但法官既得于适用法律时解释法律,则解释法律仍属于司法工作之一环。”^③我国大陆学者也认为,法律解释乃是司法的固有之一,无需质疑。^④

但是回答了法官或者法院拥有对法律的解释权,并不等于完整地回答了谁来解释法律这一问题,因为下列问题依然需要回答:法官拥有多大的解释权?法官是否为唯一的解释者?如果不是,则当几个解释者对

① 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第270—271页。

② Larenz, aaO, S. 305. 转引自黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第272页。

③ 郑玉波:《法谚(二)》,第23页。转引自孔祥俊《法律解释方法与判解研究》,人民法院出版社2004年版,第97—98页。

④ 孔祥俊:《法律解释方法与判解研究》,人民法院出版社2004年版,第98页。

同一法律问题有不同解释因此发生冲突时,谁是最高的解释者,或者说谁是最终的解释者?

谈及法官享有的法律解释的权限,需要搞清楚的第一个问题是,法律解释包括不包括填补空缺,即如何看待法官造法的问题。同时还需要搞清楚,法律解释是否有所创新,创新程度若何。目前,国内外对这些问题的看法和处理方式并不一致。

卡多佐谈到法律解释时说:“法典和制定法的存在并不使法官显得多余,法官的工作也并非草率和机械。会有需要填补的空缺,也会有需要澄清的疑问和含混,还会有需要淡化——如果不是回避的话——的难点和错误。”^①卡多佐的这段话表明,在美国,法律解释概念包含了填补空缺、释疑、纠错三大功能,也表明了美国法官的法律解释权包括这三种要素。“国外学者认为,法律解释有广义和狭义之分。广义的法律解释是指法官扩张(扩展)、限缩(限制)或者修正法律所规定的规则的创造性活动,狭义的法律解释是指法官对法律的术语或者句子的含义进行的解释。当然,许多法律解释理论(特别是大陆法系)是明确划分法律解释和漏洞填补之间的界线的。法律解释仅仅是明确法律文本的含义,而漏洞填补是通过类推或者适用制度的基本价值,增加或者减少法律文本的含义。按照这种划分,只有狭义的法律解释才属于法律解释,漏洞填补则属于法官造法。”^②

不论对法律解释作广义解释还是狭义解释,填补法律空缺始终是法律适用活动中一个必然的组成部分。这是由法典自身的特点决定的。法典化思潮肇始于三权分立和立法权优位的宪政理论。它赋予法官的使命仅仅是在裁决法律纠纷中正确适用立法机关的制定法,即采用三段论的推理方式将已经认定的事实涵摄于相应的法律规范。但如前述,法典不可能将生活中的所有事情作周全的规定,法律秩序中漏洞现象的普

^① [美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,商务出版社2000年版,第4页。

^② 孔祥俊:《法律解释方法与判解研究》,人民法院出版社2004年11月第1版,第26页。

遍存在使得法官所面对的待裁决案件“无法可依”。这是否意味着法官可以按照“因该问题未被法律规整,因此该当案件事实将不生任何法效果”^①这一逻辑解决问题呢?答案是否定的。欧洲长期以来遵循着一个法律传统:法院有义务对其管辖范围的待决案件作出裁判,不论有无相应的法律规定;即便是没有,也不得拒绝。比如,《法国民法典》第4条规定,法官借口没有制定法或制定法不明确不完备而拒绝受理案件,得以拒绝审判罪追究之;瑞士民法典也有类似规定。这就是所谓的“禁止拒绝裁判”原则,有些翻译为“禁止法的沉默”。^②

正是由于法律秩序中大量存在着空缺(漏洞)而法治国家又禁止法官以于法无据为由拒绝裁判,所以,法官的角色不得不发生转变。他们不再单纯被动地适用立法机关的制定法,转而积极主动地创造法律以解决待裁判的于法无据案件。我国由于特殊的法治历史,空缺(漏洞)问题比之西方有过之而无不及。目前,在诸多应当由法律调整的领域,依然无法可依;已制定的法律,也称得上“漏洞百出”。行政执法者和法官面对案件,常因于法无据而抓耳挠腮。我国在法律上虽然没有诸如法国民法典那样明确的“禁止法的沉默”的规定,但依理我们的法律制度并不允许执法者和司法者可以因于法无据而拒绝裁判。“司法的主要任务,是在审判公私生活上的争议,这种争议的发生,当然有碍于健全的社会秩序,解决争议,亦即所以恢复秩序,因此,司法官的任何诉讼案件,不能因法无明文,即拒绝审理,致令正义晦而不彰,社会秩序无法维持。”^③所以,我国的法官和西方的法官面临着同样的课题,也是法律适用过程中不可不做的工作。

法律解释的创新问题与空缺(漏洞)填补面临的不是同一个问题。空缺(漏洞)填补是无法之处发现法,法律创新是对现行法的更新和发

① [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年第1版,第251页。

② “禁止拒绝裁判”原则,目前的学术讨论和司法实践主要局限于民事审判领域。在刑事领域,由于严格的“罪刑法定”原则,这一原则被禁用。德国和我国台湾学者对行政法漏洞问题已给予一定的注意,并有著述。

③ 韩中谏:《法学绪论》,中国政法大学出版社2002年8月版,第91—92页。

展,是于有法之处发展法。这也是决定法律解释权限的一个根本点。这里我们主要讨论司法解释的创新问题。

西方在十九世纪基本上反对司法解释的创新。弗里德里希·威廉二世在其《普鲁士法》的颁行敕令中,明确禁止法官“对明了确定的法律自行作任何解释,无论他是基于某种想象的哲学推理的理由或借口出于一种法律目的和观念而予以延伸解释;以便避免失去我们最高的宠信和受到更严厉的惩罚”。在有疑问的情况下,法官应向立法委员会提出质询。^① 进入20世纪以后,这种观念得到了很大的修正。^②

国内学者关于司法解释的创新性问题持肯定意见者不少,即便在刑法学界也不例外。如有学者认为:“首先,解释在某种特定的意义就是再创造,通过这种再创造,或者使原来含混不清的地方得以澄清,或者使原来没有包含的内容包含进去。……其次,有些司法解释其实是另一种形式的立法活动,它通过对原条文作出扩大解释,既可以补充有关立法内容,又可维持条文的稳定,因而不失为一种完善刑法典的方式。”^③因此,法律解释司法解释不仅是对刑法条文的理解和阐释,而且是一种“再创

① [德]K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,贵州人民出版社1992年版,第166页。

② 如德国行政法学者毛雷尔认为,法官的职责是适用法律,而不是制定法律。但是,这个不言而喻的道理却不甚符合法官活动的实际情况。法官在依法裁判案件时,总是要查明法律规定是否缺位,现有的法律规范是否存在漏洞、不确定、多义甚至相互矛盾等。有的法律规范表面上科学而实际上并不切合本案实际情况。在所有的案件中,适用法律都不是单纯的函摄过程,而是要求法官自行发现标准并且在此范围内以法律创造者的方式活动。以这种方式产生的司法原则总是得到适用和尊重,因此被称为“法官法”。在行政法领域,不能将行政法一般原则轻易地等同于法官法,因为前者具有替代制定法的功能,而法官法主要服务于法律的解释、具体化和发展。另外,对“法官法”不能误解:立法机关可以根据自己的观点进行创造性的活动,尽管它要以不同方式根据宪法和事实作出决定;与此不同,法官必须以现行法律为出发点,只是在出现漏洞和歧义的情况下予以补充和具体化。因此,法官法只能在制定法的范围之内产生,只存在具体化或者补充法律的法官法。在这个界限内,法官法不仅是合法的,而且是必要的。[德]哈特穆特·毛雷尔著译:《行政法学总论》,高家伟,法律出版社2000年版,第66—67页。

③ 刘仁文:《关于刑法解释的时间效力问题》,载《法学杂志》,2003年第1期,第55页。另参见刘宪权《我国刑事司法解释时间效力的再思考》,载《法学》2002年第2期,第27页;张军《试论刑事司法解释的时间效力》,载《中国法学》1999年第2期,第74页。

造”和“立法活动”。当然也有反对意见。如有学者认为：“刑法司法解释是依据刑法条文，对刑法规范的内容所作的理解和阐释，其目的是为了统一刑事法律的执行，而不是创制新的行为规范去约束人们的行为。”因此，“刑法司法解释自应不具有独立于刑法之外的单独的时间效力”^①。

刑法学界所争论的创造性或者立法性问题在民事和行政司法解释领域同样存在。现代法律解释学认为，但凡司法解释，不免要澄清法律歧义，排除法律冲突，从而存在着创新的空间。因此，主张司法解释具有创新性是正确的。刑事司法解释和民事、行政司法解释并没有本质的区别，只是由于刑法遵循罪刑法定主义原则，不允许填补法律空缺（漏洞），刑事司法解释“创新”的空间或“立法”的空间要比民法、行政法等小得多。如果刑事司法解释存在创造和司法立法的空间，则民事和行政司法解释的创新性和立法性就没有什么争议。

不过，从我国现行的法律制度来看，解释的创新程度是非常有限的，司法机关无权经由司法解释变更法律规定。《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》（以下简称《监督法》）^②第32条对此作了明确的规定：“国务院、中央军事委员会和省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会认为最高人民法院、最高人民检察院作出的具体应用法律的解释同法律规定相抵触的，最高人民法院、最高人民检察院之间认为对方作出的具体应用法律的解释同法律规定相抵触的，可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的要求，由常务委员会工作机构送有关专门委员会进行审查、提出意见。前款规定以外的其他国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民认为最高人民法院、最高人民检察院作出的具体应用法律的解释同法律规定相抵触的，可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的建议，由常务委员会工作机构进

^① 游伟、鲁义珍：《刑事司法解释效力探讨》，载《法学研究》1994年第6期，第89页。

^② 中华人民共和国主席令第五十三号，由中华人民共和国第十届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议于2006年8月27日通过，2006年8月27日公布，自2007年1月1日起施行。

行研究,必要时,送有关专门委员会进行审查、提出意见。”第33条规定:“全国人民代表大会法律委员会和有关专门委员会经审查认为最高人民法院或者最高人民检察院作出的具体应用法律的解释同法律规定相抵触,而最高人民法院或者最高人民检察院不予修改或者废止的,可以提出要求最高人民法院或者最高人民检察院予以修改、废止的议案,或者提出由全国人民代表大会常务委员会作出法律解释的议案,由委员会议决定提请常务委员会审议。”可见,经由司法解释修改法律是为《监督法》所不允许的。

禁止司法解释变更法律是宪法上人民主权原则和民主原则的基本要求。国家的权力属于人民,也只属于人民。人民行使权力的方式是通过人民代表大会制定法律,而后按照法律的规定来管理国家和社会。制定法律须遵循严格的法定程序,以保证其民主性、科学性和公正性。如果允许司法解释变更法律规定,则法律的权威性将荡然无存,人民主权原则和民主原则也会受到破坏。这不仅是我国人民代表大会制度的要求,也是西方实行三权分立国家的要求。论到司法解释的创造性,应该说判例法国家的法官拥有更大的创新空间,但即便是这些国家,依然承认解释的创新的有限性。^①如布莱克斯通(Blackstone)认为:法官“不是受委托宣示一个新法律,而是对旧法律予以维持和阐释。”^②

我国的法律解释除了司法机关外,立法机关也解释自己制定的法律。那么,立法机关解释自己制定的法律规范,是否可以不受本法的约束,从而使立法解释的创造性大于应用解释的可能性?答案应该是否定的。立法者不能因为是对“自己”制定的法律文件进行解释,就拥有自由解释的空间和特权。这是因为:首先,立法解释的解释者与被解释法的创制者并不是同一个主体,依然是一个主体对另一个主体意思的理解行

^① 杨登峰:《民事、行政司法解释的溯及力》,载《法学研究》2007年第1期,第67—68页。

^② 1 William Blackstone, Commentaries 69 - 70(1765 - 69). 转引自 Richard H. Fallon, Jr. and Daniel J. Meltzer, *New Law, Non-retroactivity, and Constitutional Remedies*, 1104 Harv. L. Rev. 1733, 1739(1991).

为;其次,法的立、改、废遵循严格的法律程序,而法律解释并不遵循该程序。这种程序上的差别表明,法律解释不具备立法的民意基础,只能是少数人的理解行为,而不是公众的意志行为。所以,立法解释也必须忠实于本法的精神和宗旨,不得背离。不能假借解释之名,而行修改法律之实。否则,制定法律的民主、公开、程序等原则都会因立法解释而废弃。

在回答了法律解释者的解释权限之后,最后回答本题提出的其他两个问题:法官是否为唯一的解释者?如果不是,则当几个解释者对同一法律问题有不同解释因此发生冲突时,谁是最高的解释者,或者说谁是最终的解释者?

各国的政治制度和传统文化不同,对上述问题的回答和处理也不尽相同。比如美国,立法机关不享有法律解释权,法律的最终解释权属于法院。即便是立法机关不同意法院的解释,也不能否定,只能通过修改法律,使法院在以后的案件中做出符合其意图的解释。我国则不然,从法律解释权的分配看,立法机关不仅享有法律解释权,而且享有最终解释权。1981年6月10日《全国人大常委会关于加强法律解释工作的决议》对于法律解释工作做了较全面的规定,奠定了现行法律解释体制的框架。它明确规定:“一、凡关于法律、法令条文本身需要进一步明确界限或做补充规定的,由全国人民代表大会常务委员会进行解释或用法令加以规定。二、凡属于法院审判工作中具体适用法律、法令的问题,由最高人民法院进行解释。凡属于检察院检察工作中具体适用法律、法令的问题,由最高人民检察院进行解释。最高人民法院和最高人民检察院的解释如果有原则性的分歧,报请全国人民代表大会常务委员会解释或决定。三、不属于审判和检察工作中的其他法律、法令如何具体应用的问题,由国务院及主管部门进行解释。四、凡属于地方性法规条文本身需要进一步明确界限或做补充规定的,由制定法规的省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会进行解释或作出规定。凡属于地方性法规如何具体应用的问题,由省、自治区、直辖市人民政府主管部门进行解释。”

2000年制定《立法法》后,相关规定依然基本保持了这一格局。《立法法》第42条规定:“法律解释权属于全国人民代表大会常务委员会。法律有以下情况之一的,由全国人民代表大会常务委员会解释:(一)法律的规定需要进一步明确具体含义的;(二)法律制定后出现新的情况,需要明确适用法律依据的。”第43条规定:“国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院和全国人民代表大会各专门委员会以及省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会可以向全国人民代表大会常务委员会提出法律解释要求。”另外,《行政法规制定程序条例》第31条规定:“行政法规条文本身需要进一步明确界限或者作出补充规定的,由国务院解释。”《规章制定程序条例》第33条规定:“规章解释权属于规章制定机关。规章有下列情况之一的,由制定机关解释:(一)规章的规定需要进一步明确具体含义的;(二)规章制定后出现新的情况,需要明确适用规章依据的。”

如何解释

本节要解决的是法律解释方法问题。这是最后的但不是最不重要的。它是法律解释者实现法律解释目标的手段和路径。从这一意义上说,任何解释都应当有助于实现规范内容所追求的规范目的,解释方法的重要性从属于解释目标。^①在理论上,不同的解释方法服务于不同的解释目标,但实际上,法律解释方法与法律解释目标之间并不存在简单清晰的对应关系。国内关于法律解释方法的划分并不统一,究竟有多少种解释方法,各种解释方法的适用范围及其相互之间的适用关系如何,并不十分清晰。这里仅就几种最基本的解释方法作一简单介绍。

1. 文义解释

文义解释又称为文理解释、文法解释或语法解释,它通过对法律条

^① [德]博恩·魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2003年版,第321页。

文的字面含义、语法结构、文字排列、上下文关系和标点符号等的分析,来阐明法律规范的含义和内容。之所以采取文义解释,且这种解释往往成为法律解释首选的解释方法,原因在于法律规范的文字是立法者表达意旨的最基本或者最主要的载体,即便不是唯一的载体。国内法理学教科书一般认为,文义解释原则上应当以通常平易的意义进行解释,这是社会的普遍要求。法律为人人所知晓方能做到人人守法,形成法治社会风气。法律专业术语应当按法律专门意义进行解释。日常用语被规定到法律之中就具有了特定的含义,它有别于日常用语,如“罚款”和“罚金”,在日常生活中其含义基本没有差别,但是在法律语言中其各自的含义却不相同。同一法律或不同法律使用同一概念时,原则上应当作同一解释。如在特殊情况下作不同解释时,应当有特别理由。文理解释还应当联系全文的意义进行解释,不可断章取义。^①

2. 体系解释

体系解释,是依据法律条文在法律整体中的地位进行解释,即根据法律的编、章、节、条、款、项之前后关联位置以及相关法律条文之关系,阐明法律规范的意义。体系解释的合理性在于,文本通常只能在上下文中获得具体含义,其含义在上下文中一方面被表达出来,另一方面为人们所接受,也就是理解。法律规范也同样如此。整个法律秩序也就是大量有效的具体规范与所有法律部门的法律的总和形成一个统一体、一个体系。法律秩序应该是由协调的规范价值标准所组成的有序的规范结构。内部存在矛盾的法律秩序将损害统一的法律标准要求,并因此损害法律平等的要求。因此,一般情况下,对法律规范的解释应当服从于法律秩序整体的要求。为此,解释法律时必须了解法律规范在规范群、法典、部分领域或者整个法律秩序中的地位,也只有如此才能对规范内容作出切合实际的理解。可见,体系解释的法哲学基础是:没有一个法律

^① 孙笑侠:《法理学》,中国政法大学出版社1999年版,第181—182页。

规范是独立存在的,它们必须作为整个法律秩序的部分要素来理解。^①

3. 历史解释

历史解释依据立法史资料进行解释,即通过探求立法者在制定法律时所根据的事实、情势、价值取向和目的等来推知立法者的意思。^② 历史解释力图从法律规定产生的背景资料中了解规范的内容和目的。这样,历史解释的对象不再局限于法律规范,也不再局限于法律条文及其构成的整体,而是放眼于法律规范和法律体系之外。可供历史解释的素材主要包括:第一,“历史——社会的上下文:导致立法的社会利益、冲突状况和目的观。”第二,“思想史和信条史的上下文:必须注意酝酿和表达立法时所处的概念史和信条史的初始状态。同样的概念在产生时刻可能有完全不同的含义。要理解规范的语言,就必须了解立法者的语言。只有它才能介绍最初的要求内容。”第三,“立法的调整意志:这就是要查明立法的法政策上的意图和调控目标;它们决定性地影响着立法过程的表达以及法政策的贯彻。这是历史解释的核心目标。”^③ 历史解释主要服务于法律解释目标中的主观说。

除了上述三种主要解释方法外,我国法理学经常提到还有扩张解释、限缩解释、效力解释、当然解释、社会学解释、比较解释等方法。扩张解释,是指在法律条文的字面含义显然比立法原意广的情况下所做出的比字面含义窄的解释。如《婚姻法》第15条规定:“父母对子女有抚养教育的义务;子女对父母有赡养扶助的义务。”这里的“子女”应作限制性解释。前句应限制在未成年或丧失劳动能力的子女;后句应限制在成年和具有劳动能力的子女。扩充解释,是指法律条文的字面含义显然比立法原意窄时所做出的比字面含义广的解释。如《宪法》第33条规定:“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”这里的“法律”一词应作广义解释,包括宪法、法律、行政法规和地方性法规、部门规章和地方人民政府

① [德]博恩·魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2003年版,第328—329页。

② 孙笑侠:《法理学》,中国政法大学出版社1999年版,第182页。

③ [德]博恩·魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2003年版,第341页。

规章等。所谓效力解释,即在解释法律时依据法律效力位阶的高低,寻找法律内在的高级效力依据;换言之,以效力位阶较高的法律规范来解释效力位阶较低的法律规范。所谓当然解释,系指根据现实生活中不言自明、无须论证的当然公理所进行的法律解释。通常是在法律没有明文规定的情况下,依据规范目的衡量事实从而直接推出解释结论的一种方法。一般按照“举重以明轻,举轻以明重”的规则进行。社会学解释着重于社会效果的预测和衡量,以社会情势变迁、社会诸利益平衡、社会正义情感追求等为标准所进行的法律解释。比较解释则是参考外国立法例及判例学说以辅助对本国法律的解释。^① 这些方法是按照不同的标准对法律解释方法进行划分的结果,其内涵往往有交叠之处。

^① 孙笑侠:《法理学》,中国政法大学出版社1999年版,第182—183页。

法律推理(legal reasoning)

法律推理是我国法哲学中的一个崭新概念,但是与法哲学的其他关键词一样,法律推理也是一个有颇多争议的法学概念。简单地讲,法律推理是法律方法的一种,与法律发现、法律解释、漏洞填补、法律论证和利益衡量等概念有着紧密的关联。因此,认识法律推理应当从了解它与相关法律概念之间的关系开始。

法律推理的邻界概念

1. 法律方法

法律推理属于法律方法的一种,那么什么是法律方法呢?

谈到法律方法,首先需要理清它与法学方法之间的关系。可以说,不同的学者对这两个概念的理解不同,运用也不同。有些学者将两者等同起来,有些则将二者区别开来。关于法律思维,葛洪义教授曾谈到:法律思维可以分为“关于法律的思考”和“根据法律的思考”两种方式。“关于法律的思考”强调从多维视角出发,特别是从法律与社会的关系出发,运用各个科学门类的知识体系,综合地、全方位地考察法律现象;“根据法律的思考”强调法律思维必须从现行法律及其实际运行状态出发,运

用逻辑的、经验的方法解释法律的存在形式和内容。他特别强调,根据法律进行思考是法学作为一门独立的学科体系的基本前提,它标志着法学形成了自己的研究领域和独特的思维形式。对于致力于加强法制建设的国家来说,“根据法律的思考”意义更为重大。但是,这种思维也有明显的局限性,这就是马克思所说的,法律的问题不能从其自身得到解决。因而需要把“关于法律的思考”与“根据法律的思考”结合起来。^① 陈金钊教授就这种划分方法加以评述,他认为,“关于法律的思考”和“根据法律的思考”构成了“法学方法”的两个方面,关于法律的思考应归于法学研究的方法,根据法律的思考才属于法律方法的范畴。^② 由此出发,他认为,“所谓法律方法是站在维护法治的立场上,根据法律分析时势、解决纠纷的方法”^③。法律方法并不止一种,主要的有法律发现、法律解释、漏洞填补、法律论证和法律推理等。^④

2. 法律发现

法律发现可以在两种意义上理解。第一种意义上的法律发现指的是法律制定过程中的真理揭示性。如狄摩塞尼斯曾说:“每一种法律都是一种发现,是神赐予的礼物——明智的戒律。”库利奇总统也说:“人们并不是制定法律,他们只不过是发现法律而已……如果一个政府具有发

① 葛洪义:《法律与理性——发的现代性问题解读》,法律出版社 2001 年版,第 33—34 页。

② 陈金钊:《法治与法律方法》,山东人民出版社 2003 年版,第 198 页脚注 1。

③ 同上书,第 198 页。在陈金钊教授看来,在法律方法概念之下,可进一步划分出三个相关的概念:法律思维、法律技巧和一般法律方法。法律思维是法律人在长期参与司法实践的过程中,在维护法治的旗帜下,根据法律的品性,形成的解决法律问题的思维定势。这种思维定势伴随着法律职业化出现,同时也是法律职业成熟的标志。但是,关于法律思维有不同理解,日本法学教授田中成明把法律思维方式概括为教义学的性质、过去导向性、个别性、结论的一刀两断性及其推论的原理性、统一性和一般性特征。季卫东教授认为,法律思维方式的特点包括:一切依法办事的卫道精神,兼听则明的长处,以三段论推理为基础三个方面(参见季卫东《法律职业的定位》,载《中国社会科学》1994 年第 3 期)。陈光中教授则认为,法律思维是一种重形式正义,重程序、重形式意义的合法性思维(参见郑成良《论法治理念与法律思维》,载《吉林大学社会科学学报》2000 年第 4 期)。关于法律技巧,陈金钊教授并没有下一个明确的定义。

④ 陈金钊:《法治与法律方法》,山东人民出版社 2003 年版,第 204 页。

现法律的最佳机制,那这个国家就再幸运不过了。”^①可以看出,这种意义上的法律发现是针对立法或司法造法而言的。第二种意义上的法律发现与立法无关,而与法律适用相关,指的是司法过程中的法律发现。这种意义上的法律发现与法官造法或者对法律的所谓的自由发现相对应,是为限制法官裁判的任意性而开发的一种法律方法。^②从词源看,法律发现是欧美法学的常用术语,指的是在某一特定的制度内用来发现与解决具体问题或在具体问题上确定与案件相关的法律原则、规则的意义而使用的方法,所以法律发现有时也被人们称为法律方法。^③

目前,我国学者使用这一概念时,一般是在第二种意义上应用的。如陈金钊教授认为:“司法过程的第一种应用方法是法律发现。需要指出的是,这里的法律指的是针对个案的法律,而不是由立法机关创立的体系性法律。由立法者所创设的法律,在法律适用者眼中仅仅是法官等发现法的地方,属于法律渊源的范畴。我们把法律发现聚焦在如何寻找正当的个案依据,发现针对个案的解决方式……法官和律师在处理个案时,并没有与个案完全吻合的现成法律,成文法中不可能直接规定解决案件纠纷的详细法律。共性的法律与个案结合,必须有法官等主动性、能动性的发挥,没有法官等的谨慎思维,反映事物共性的法律不可能与案件自动结合。法官等处理案件,在弄清事实的基础上,必须进行针对个案的法律发现,哪怕是进行简单部门法识别、法规识别,其实也是进行法律发现的过程。”^④

因此,我们可以将法律发现看作是,为案件事实在现行的各种法律渊源中寻求可资适用的法律规范依据的过程。

3. 漏洞填补

漏洞填补是在法律规则出现空白时才采用的一种法律方法,是法律

① 转引自陈金钊:《法治与法律方法》,山东人民出版社2003年版,第206页。

② 同上书,第206—207页。

③ 同上书,第261页。

④ 同上书,第207页。

方法论中不可忽视的一个问题,且与法律推理及法律论证有着紧密的联系,所以有必要一并加以讨论。

法律漏洞是与十九世纪欧洲法典化运动紧密相关的概念。^①在欧洲法典化思潮中,人们致力于打造无缝的法律天衣。其基本的思想或者理想是,但凡世间需要法律规范的事项必须制定法典统一加以规范,人们凭借着无限的理性也能够制定万无一失的法律加以规范。所以,法律是封闭的、完整的,而不是开放的、发展的。正是在封闭的、完整的法典观念下,才有了法律漏洞的概念。在开放的、发展的法律观念下,法律始终处于不完善的状态和发展的状态,法律漏洞的观念也就无从提出。从这一角度讲,法律漏洞及漏洞填补概念是在大陆法系国家推行法典化运动的背景下生成的。这样,运用法律漏洞概念的也主要是德国等大陆法系的国家。

法典化思潮肇始于三权分立和立法权优位的宪政理论。它赋予法官的使命仅仅是在裁决法律纠纷时正确适用立法机关的制定法,即采用三段论的推理方式将已经认定的事实涵摄于相应的法律规范。但是,不论立法者多么富有智慧和远见,其制定的法典都不可能解决发展着的现实生活中的所有事情,法典存在漏洞在所难免。法律存在漏洞意味着法官面对待决案件无法可依。这是否意味着法官可以按照“因该问题未被法律规整,因此该当案件事实将不生任何法效果”^②这一逻辑解决问题呢?答案是否定的。欧洲长期以来遵循着一个法律传统:法院有义务对其管辖范围的待决案件作出裁判,不论有无相应的法律规定;即便是没有,也不得拒绝。比如,《法国民法典》第4条规定,法官借口没有制定法或制定法不明确不完备而拒绝受理案件,得以拒绝审判罪追究之;瑞士

① “‘漏洞’一语已指出不圆满性。因此,只有当法律在特定领域中追求某种多少圆满的规整时,才有提及‘漏洞’的可能。因此,强调漏洞概念与追求广泛的、整体法秩序的法典化密切相关,后者是与十八世纪,在十九世纪达到巅峰。即使依据整体法秩序全法典化的想法,也只有在所牵涉的问题本身需要并且能被法律规整时,才有‘漏洞’可言。”[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第200页。

② 同上书,第251页。

民法典也有类似规定。这就是所谓的“禁止拒绝裁判”原则,有些翻译为“禁止法的沉默”。^①

正是由于法律秩序中大量存在着漏洞而法治国家又禁止法官以于法无据为由拒绝裁判,所以,法官的角色不得不发生转变。他们不再单纯被动地适用立法机关的制定法,转而积极主动地创造法律以解决待决的于法无据案件。正是在这个意义上,漏洞填补才成为大陆法系国家不可或缺的概念,法律漏洞也成为通向法官造法的大门。

我国法律实践中同样存在类似于法律漏洞的问题,我国的法官也需要完成类似于漏洞填补的工作。我国在法律上虽然没有诸如法国民法典那样明确的“禁止法的沉默”的规定,但依理我们的法律制度并不允许执法者和司法者可以因于法无据而拒绝裁判。“司法的主要任务,是在审判公私生活上的争议,这种争议的发生,当然有碍于健全的社会秩序,解决争议,亦即所以恢复秩序,因此,司法官对任何诉讼案件,不能因法无明文,即拒绝审理,致令正义晦而不彰,社会秩序无法维持。”^②所以,我们的法官和西方的法官面临着同样的课题。

4. 法律论证

法律论证与法律推理仅一字之差,国内有些学者将法律推理与法律论证看作两个相同的概念。如王晨光教授说:“法律推理这一概念来自西方国家,它也被称为法律论述、法律论证或司法论证。”^③那么,法律论证和法律推理是否为同一个概念,就是需要加以明确的问题。

陈金钊教授认为,法律论证应不同于法律推理。他说:“法律论证的主要任务就是论证作为法律推理大前提的合法性和合理性,是法律推理能否得出正确判断和结论的保障。法律论证一方面能使论证者清晰法

① “禁止拒绝裁判”原则,目前的学术讨论和司法实践主要局限于民事审判领域。在刑事领域,由于严格的“罪刑法定”原则,这一原则被禁用。德国和我国台湾学者对行政法漏洞问题已给予一定的注意,并有著述。

② 韩中谟:《法学绪论》,中国政法大学出版社2002年8月版,第91—92页。

③ 王晨光:《法律推理》,清华大学当代中国研究中心、中国人民大学法律社会学研究中心印,第13页。

律背后的原则、政策、原理,另一方面可以解决现行法中模糊和空缺的部分。另外,法律论证也是法律人阐明自己所认定的法律的理由,从而不仅说服自己也说服当事人。如果经过充分的法律论证,也能在公众中树立起法治的信心。……法律论证不是要简单地宣布什么样的法律结果,而是要说出判决的理由和根据。它使得法律不仅呈现出其强制力,而且还显现出法律中的道德和理性的感召力。”进而言之,“法律论证是对法律解释、漏洞补充所确认的作为法律推理大前提的正当性所作的说明”^①。

应该说,陈金钊教授的上述分析比较恰当和清晰地处理了法律推理和法律论证的关系。形式逻辑推理结论的正确性取决于大前提和小前提的正确性,而大前提和小前提的正确性并不能由法律推理自身来解决。这一任务就落到了其他法律方法的身上。用法律推理指称形式逻辑推理,用法律论证指称对大前提和小前提的论证过程,说明了法律推理与法律论证的差异性和互补性,避免了法学概念的交叉和重叠。

5. 法律推理

在对法律方法及与法律推理紧密相关的其他概念作了上述介绍之后,现在该是明确法律推理自身含义的时候了。前面的讨论已经表明,法律推理属于法律方法的一种,但不是法律方法的全部。除了法律推理外,法律发现、法律解释^②、漏洞填补、法律论证等也是最常见的法律方法。但是,这些法律方法各自发挥着不同的功能。比之于法律推理,法律发现、法律解释、漏洞填补和法律论证等方法所担负的共同任务是为法律推理确定大前提和小前提,特别是大前提,并为确定的大前提和小前提提供正当性理由。

如此一来,法律推理主要就是以法律作为大前提,以事实为小前提的三段论推理的过程了。如果说法律发现、法律解释、法律论证解决的

^① 陈金钊:《法治与法律方法》,山东人民出版社 2003 年版,第 223—224 页。

^② 本书将法律解释单独作为一个词条加以介绍,这里不再讨论。

是作为法律推理大前提的规范构建问题,则法律推理解决的是作为法律的大前提和作为事实的小前提的逻辑涵摄关系。^① 这种意义上的法律推理,由于遵循的是形式逻辑的规则,因此一般称之为形式主义的推理理论或方法。

在众多法律方法中,法律推理是至为重要的方法之一,与法治有着紧密的关联。吴玉章教授认为,法律推理是实现法治的基础,是法治运行中一个至关重要的环节。^② 这是因为:第一,法律推理严格遵守已经存在的法律规则和判例中的规则;第二,法律推理能够约束法官,使他们在具体审判活动中,依法办事,依照逻辑做出自己的判决。第三,法律推理是防止外界干预法官独立审判活动的一道屏障。^③

不可否认,国内对法律推理内涵的看法至今并不统一,上述关于法律推理概念的分析 and 界定,仅仅反映了我国部分学者的看法。不过,话说回来,国内如此,国外也一样。下面就国外法律推理理论的发展作一介绍。这种介绍对于理解法律推理及相关概念是非常有帮助的。

关于法律推理的争论

1. 早期形式主义的推理理论

形式主义法律推理理论是第一个制度形态的法律推理理论。这一理论以英国法学家奥斯丁(John Austin, 1790年—1859年)开创的分析实证主义法学^④为代表,其主要特点是:第一,以法治为基础,第一次确立

① 陈金钊:《法律推理及其对法治的影响》,载《法律方法》第3期(山东人民出版社2004年版),第20页。

② 吴玉章:《法治的层次》,清华大学出版社2002年版,第162页。

③ 同上书,第163页。

④ 分析实证主义法学产生于19世纪的,其代表是英国的奥斯丁所首创的分析法学派。在德国还有梅克尔(A. Merkel, 1836—1896年)和贝格博姆(K. Bergbohm, 1849—1927年)等人。分析实证主义法学严格区分“实际上是这样的法律”和“应当是这样的法律”,强调对法律概念的分析,依靠逻辑分析来确定可适用的法律,否认法律和道德之间的关系。沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社,1992年版,第111页。

了作为制度形态的法律推理的自主性；第二，在法律推理标准上，法律推理要求适用内容明确、固定的规则，并将其法典化，裁判者根据纠纷中各方实质上的是非曲直作出决定，追求形式正义和正当性。它把一致的普遍适用的规则看作是正义的基石，并认为只有独立于相互冲突的价值观而选择的标准或原则，其推理结论才具有真正的有效性；第三，在推理方法上以逻辑推理为主导形式。^① 其推理的工具是形式逻辑的三段论，法律规则是大前提，案件事实是小前提，法官只需将案件事实输入到法律规则的逻辑程序中，唯一正确的判决就会生产出来。

形式主义法律推理理论建立在以下理论设计之上：第一，每一项具体的法律决定都是某一抽象的法律命题对某一具体“事实情境”的适用；第二，在每一具体案件中，都必定有可能通过逻辑的方法从抽象的法律命题中导出判决；第三，法律必须实际上是一个由法律命题构成的“无空隙”(gapless)的体系，至少也要作如此看待；第四，所有不能用法律术语合理分析的东西都是与法律无关的；第五，人类的所有社会行为都必须构成或者是对法律命题的“适用”或“执行”，或者是对他的“违反”，因为法律体系的“无空隙性”必然导致对所有社会行为的无空隙“法律排序”(legal ordering)。法官在推理过程中所扮演的角色如同“自动售货机”^②。

但是，形式主义法律推理理论在现实运作中会遇到一系列难以克服的问题。首先，人们会对某些法律规则的真理性或者正义性发生怀疑，因为按照某些法律规则进行推理就会产生社会不愿接受的法律后果。其次，法律概念是抽象的和概括的，而法律事实是具体的、特殊的，抽象的、概括的法律概念和具体的、特殊的法律事实并非总是清楚地“一一对应”。第三，当法律体系中，就同一法律事实存在两个以上可资适用的相互冲突的法律规范时，法律推理结果的“多样化”就会阻滞“唯一”判决结

^{①②} 张传新：《论法律推理》，载《法律方法》第1卷（陈金钊、谢晖主编），山东人民出版社2002年版，第307页。

果的输出。第四,法律并不是无空隙的,而是存在着大量的法律漏洞,此时法律推理的逻辑大前提不存在,形式主义的法律推理根本就无法启动。

正因为此,20世纪初,形式主义推理理论受到以美国霍姆斯和弗兰克为代表的现实主义法学的批判。

2. 现实主义对形式推理的质疑

现实主义法学(legal realism)通常指美国二十世纪二三十年代的开始兴起的一种较激进的法学思潮,因反对传统法学,提倡立足现实而得名。^① 其代表人物有霍姆斯(Oliver Wendell holmes, Jr. 1841—1935年)、卡尔·卢埃林(Karl N. Llewellyn, 1883—1962年)、杰罗姆·弗兰克(Jerome New Frank, 1889—1957年)。

霍姆斯大法官是现实主义法学的先驱,他认为法律是社会竞争的产物,而形式主义者认为法律是一套与政治无涉的、中立的规则体系。霍姆斯与形式主义论点的冲突集中反映在当时的一系列劳动纠纷案件中。在这些案件中,形式主义者以保护法定权利和合同自由为理由,强制执行劳动合同并通过司法审查废弃劳动保护立法。霍姆斯反对这种司法行为,主张这些案件涉及相互冲突的两种法定权利:合同自由权和自由竞争权。由于新的劳动争议涉及两类相互冲突的法定权利,霍姆斯坚持认为形式推理不能中立地裁断案件,劳动争议案件需要通过政策平衡程序来解决。^②

霍姆斯采取了公开的功利主义的分析方法,主张通过权衡相互竞争的利益来处理纠纷而不是从一个判例中推出一个正确的答案。他指出,尽管形式主义者宣称他们是在不偏不倚地从先例进行推理,但实际上也在进行着一种政策权衡,而且并不比他主张的少;所以形式主义所主张

^① 现实主义法学的主要特点在于:在法律概念上,现实主义法学强调法官等人的行为而贬低以至否认法律规则;强调法官等人的心理分析;强调经验事实;强调法律是不确定的等等。参见沈宗灵《现代西方法理学》,北京大学出版社,1992年版,第238页,第239页。

^② 参见 Oliver Wendell Holmes, Jr., *Privilege, malice and intent*, 8Harv. L. Rev.1(1984).

的中立是虚假的,只不过戴着中立的面具而已。他在《法律的道路》一书中详细地阐述了他对普通法中的形式主义的批评,这些批评超越了他在劳动纠纷案中的观点。他说:逻辑分析方法鼓吹法的确定性,以及人们对于法的确定性的渴望,但是法的确定性并不是人类的目的。植根于法的逻辑形式后面的是关于相互竞争的价值和法益的重要性评价,这些评价和判断经常是未加明确表述的,也是无意识的,但它是真实存在的,而且是整个法律过程的真正根基和精神。^①

基于上述看法,霍姆斯大法官对法律作了这样的定义,“毫不夸张地说,对法院实际上将做什么的预测就是我们所说的法律”^②。也就是说,“法律不过是一种预期。他并非像萨芒德所定义的那样,是由已为人民所认识的以及被奉行的规则组成;它由法院可能承认或遵奉的规则组成……从心理学上讲,法律完全(par excellence)是一门有关预期的科学。它主要与我们的未来利益相关;人们研究案例不是为了愉悦,而是为了预期将来诉讼发生时,法院将做些什么。”^③这样一来,形式主义的推理所赖以成立的大前提法律规则和小前提法律事实都是不确定的,他说,“对许多法律判决的细致分析表明,它们是基于不确定的事实、模糊的法律规则或者不充分的逻辑作出的”。在案件审理中,法官的个性起着关键作用。法律推理过程是法官在接受事件与情况的刺激以后,根据个人的主观评判先得出结论,然后再去寻找有关法律规则,这个推理过程的公式是:刺激+法官个性=判决。因此,在审理疑难案件时,靠法官“拍脑门”定案并非什么新奇的事情。正因为如此,霍姆斯大法官提出了“法律的生命并不在于逻辑而在于经验”的格言。这一格言成为这一理论最鲜明的旗帜和引用频率极高的一句话,从根本上否定了分析法学所坚持的“法官必须依照现存的法律规则作出法律决定”的观点。

① Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Path of the Law in Collected Legal*, P167,181(1920).

② 21Mich. L.R. 530, *citing Holmes, Collected Papers*, P173. 转引自本杰明·N.卡多佐:《法律的成长,法律科学的悖论》,董炯、彭冰译,中国法制出版社2002年版,第26页。

③ [美]本杰明·N.卡多佐:《法律的成长,法律科学的悖论》,董炯、彭冰译,中国法制出版社2002年版,第27页。

继霍姆斯之后,现实主义思潮进一步发展,在内部逐渐演化为两派。一派是以卡尔·卢埃林为代表的规则怀疑论者(rule-skeptics),他们对法律规则能指引法官判决的传统观点表示怀疑。卢埃林在20世纪30年代初就提出了法律是官员关于纠纷的行为这一论点。他说,人们要决定纸面规则中有多少是实在规则,有多少仅仅是纸面规则。要了解实际司法行为,要将纸面规则 and 实际规则加以比较。纸面规则的存在仅意味着他们有适用的可能性,这种可能性也是重要的,但其作用是有限的;有决定意义的是实际适用,真正适用的是官员的行为。

另一派是以杰罗姆·弗兰克为代表的事实怀疑论者(fact-skeptics),他们认为法律不确定的主要原因来自案件事实,他们怀疑初审法院能否准确地确定事实。弗兰克最初对形式主义推理理论的批判也集中在法律规则方面,^①他是在晋升为联邦上诉法院的法官后,开始将注意力从法律规则转向法律事实的。此时,他认为许多法律规则是确定的和肯定的,而且先例制度也具有相当价值,但在许多情况下,初审法官或陪审员在确定事实的过程中,所适用的“隐蔽的、无意识的、私下的、带有个人特性的规范”会使客观的法律规范变得无效力可言。因此,他认为,每一项法律纠纷都是独特的和单一的,法官不应过分地受僵化的一般概念和抽象原则的束缚。^②

3. 对形式推理的其他批判

弗兰克和霍姆斯对形式主义法律推理理论的批判确实击中了其要害,但是却导致了法律怀疑主义的法律推理观。正如史蒂文·J.伯顿所言,怀疑主义主张,“应该把法律视为一种政治,那么,法官将依据他们自己的社会正义观来裁判案件……这种怀疑态度把司法权扩大到了前所

① 他论证说,法律规则并不是美国法官判决的基础,因为司法判决是由情绪、直觉的预感、偏见、脾气以及其他非理性因素决定的。因此,人们关于法律规则的知识在预测某个特定法官所作的判决时几乎不能给他们提供什么帮助。[美]E.博登海默:《法理学,法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社,2004年版,第165页。

② [美]E.博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社,2004年版,第167页,第168页。

未有的范围,并且把法官设想为没有有效法律约束而治理的哲学网。它放弃了法治,寄希望于法官将发现具有广泛基础的可令人接受的社会正义。”“官员的个性、政治因素或各种偏见对判决的影响比法律要大”^①。

面对现实主义批判者的不足,其他的一些法理学家则在指出形式主义推理理论局限性的同时,积极寻求现实的解决问题的途径,以维护法治的根基。有代表性的是佩雷尔曼(Chaim Perelman, 1912年出生)、波斯纳(Richard A. Posner, 1937年出生)。

佩雷尔曼是比利时哲学家,他认为形式主义的推理建立在法律明确性、一致性和完备性的基础之上。当不具备这三个条件时,法官必须首先要消除法律中的模糊和矛盾,必要时还要填补法律中的空隙。这些手段是法律逻辑而不是形式逻辑,因为问题涉及的是法律内容而不是形式推理,形式逻辑不能帮助消除法律中的矛盾或填补法律中的空隙。为此,佩雷尔曼1968年提出了被称之为新修辞学的实践推理理论。他的新修辞学是指通过语言文字对听众或读者进行说服的一种活动。他认为形式逻辑只是根据演绎法或归纳法对问题加以说明和论证的技术,所以它属于手段的逻辑,新修辞学要填补形式逻辑的不足,它是关于目的的辩证逻辑,是关于讨论、辩论或选择根据的逻辑,它不仅可以使人们说明和证明他们的信念,而且可以论证其决定和选择,因而是进行价值判断的逻辑。法律论证就是在法律领域运用新修辞学的方法,通过对话、辩论来说服听众或读者,使他们相信、同意自己所提出的观点价值,在持有不同意见的公众中争取最大限度的支持。他指出,新修辞学并不消灭形式逻辑。但在推理的整体中,形式逻辑只应保留一个适当的位置;新修辞学要填补形式逻辑的不足。形式逻辑是限于根据演绎法或归纳法加以说明或证明他们的信念,而新修辞学增加了辩论技术。这将使人们不仅说明或证明他们的信念,而且要论证他们的决定和选择。因

^① [美]史蒂文·J.伯顿:《法律和法律推理导论》,张志铭、谢兴权译,中国政法大学出版社1998年版,第4页。

而,新修辞学创造了价值判断的逻辑,它是推理分析中必不可少的。^①

波斯纳是大家熟悉的美国法学家,1990年出版了他的巨著《法理学问题》。在第一编第一章,他首先对形式主义三段论的推理方法进行了评价^②,而后在第二章“作为实践推理的法律推理”专门就实践推理理论作了阐述。^③与弗兰克和霍姆斯对逻辑推理的批判不同,波斯纳充分肯定了演绎逻辑的三段论推理对于维护法律的确定性和法治原则所起的重要作用。然而,波斯纳认为形式主义的法律推理方法只有在简单案件中才起作用,对于疑难案件和一些涉及伦理问题的案件,逻辑推理的作用是极其有限的。在法庭辩论场合,仅凭逻辑演绎不能决定对立的主张中哪一个是正确的。所谓实践理性实际上是指当逻辑方法用尽时人们所使用的多种推理方法,它相当于逻辑推理中的“纯粹理性”方法。纯粹理性决定一个命题的真与假,一个命题的有效和无效,实践理性则是人们用以作出实际选择或者伦理选择而采用的方法。它包括一定行为的正当化论证和相对于一定目的的最佳手段的确定,其中起决定作用的因素是经验智慧。实践理性不同于实践感性或生活感情,但又不拘泥于对法律规范的机械理解,而是以推理主体对法律条文与法律价值的内在联系的深刻领悟为基础;它不是以刻板的形式逻辑为手段,因此,实践理性既体现了法律的实践性,又体现了法律推理主体的能动性和创造性。^④

相比于奥斯丁的形式主义推理理论和弗兰克、霍姆斯大法官主张的怀疑主义推理理论,佩雷尔曼和波斯纳的思想向前走出了很重要的一步。

4. 新分析法学对形式推理的修正

经受以上洗礼,也是在经过较长时间的沉默和反省以后,形式主义

① 沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社,1992年版,第336页。

② [美]理查德·A·波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社,2002年版,第47页以下。

③ 同上书,第90页以下。

④ 张传新:《论法律推理》,载《法律方法》第1卷(陈金钊、谢晖主编),山东人民出版社2002年版,第310页。

法学以新的面目登上了历史舞台,这就是新分析实证法学。它的代表人物是哈特(Herbert Lionel Adolphus Hart,通称 H. L. A. Hart, 1907 年出生)、约瑟夫·拉兹(Joseph Raz)、麦考密克(N. MacCormick)。

哈特是新分析实证法学的创始人,针对现实主义法学基于法律规则模糊性而对分析法学的发难,哈特认为构成法律规则的语言既有“意思中心”(core of meaning),也有“开放结构”(open texture)。意思中心是指语言的外延涵盖具有中心区域,在此中心区域,人们不会就某物是否为一词所指之物产生争议。开放型结构是指语言的外延涵盖具有不肯定的边缘区域,在这种情况下,人们会争论语言的意思、内容和范围。由于语言具有意思中心和开放结构的双重特点,所以,由语言所表达的法律规则也具有明确性和模糊性的双重特点,并且,语言本身的含义虽然在不同的语境中会有不同的理解,但在确定的语境中会有相同的理解,那么,人们就有必要遵循这些规则,而不是以法律规则的模糊性为借口规避法律的要求,法官在适用法律时也应该并且也有可能遵循法律规则进行法律推理。^①

此外,哈特还提出了“**Purposive Law**”的概念。他认为,人类是一个相互依赖的利益共同体,人们为了共同进步和安全才组合在一起。大多数社会组织都是这样的,国家也是如此。但是,国家具有非同一般的目的性,它享有最大的权力,承担着建立、维持和保护共同体的成员充分发展其能力的必要条件的责任,它要防止社会秩序以及成员的生存利益受到侵害,最大地满足人类的有效需求,确保稳定地、更加有效地利用生活资源和社会财富的公平分配。因此,法律是一种有目的性的活动,是在持续地努力解决社会生活的基本问题。法律的目的性构成了哈特的“**reasoned elaboration**”理论的前提。众所周知,一般性指令(**general directives**)经常不会清楚地告诉法官和普通公民在具体的情景下做什么,

^① 张传新:《论法律推理》,载《法律方法》第1卷(陈金钊、谢晖主编),山东人民出版社2002年版,第311页。

但哈特认为,现实主义所主张的法官不过是简单地对一般性指令进行政策性解释和法律是对法官将会如何行使自由裁量权的预测的观点是不能成立的。他认为,法官适用一般性指令(**general directives arrangement**)时须详细阐明该指令,而且必须以最有利于实现该指令所表达的原则和政策的方式加以适用。^①哈特的上述理论,保留了形式主义推理理论的合理成分,同时对其不足也作了适当的评述,意图通过加强法律推理过程中对于法律规则目的的考量来弥补形式主义推理理论的不足。

同哈特一样,英国法学家拉兹也承认法律体系中存在着空缺,因此,“法官的自由裁量权普遍地存在着,在不存在适用任何法律规则的义务的情况下,法官的行为是不可捉摸的,将会导致极端的不确定性和不可预测性,法律将成为一种绝对的自由裁量系统。”^②拉兹认为,法律在本质上是对法律适用机关自由裁量权的限制,它不但指引着私人的行为,而且也指引着法律适用机关的行为。法官不具有绝对的自由裁量权,他们必须遵守法律所确定的行为标准。即使它们不认为这些标准是最好的也不能根据自己的主观好恶来断案。拉兹将法院管辖的案件分为两个基本类型,所运用的法律推理方法也有不同,一种是法律有规定的案件,他们不需要法官使用裁量权来解决,也就是说法官的法律推理必须以法律规则或判例为依据。一种是法律未规定的案件,这些案件都归因于语言和意图方面有意或无意的不确定性,这些不确定性是由法律概念所使用的标准的模糊性,或者是由使用的不同标准之间的冲突性导致的。产生不确定性的另外一个原因是法律规则的冲突。存在相互冲突的规则,或者缺乏解决冲突的规则,这些情况会使规则的选择无所适从。对于这些案件,法官在审理过程中势必要使用裁量权,甚至造法也不可避免。

麦考密克是制度实证主义法学的创始人之一。他认为法律推理就是法官行为的正当化。演绎推理方法在法律推理中有着重要地位,但也

① Henry M. Hart, Jr., Albert M. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, the Foundation Press, Inc. 1994, p. xci & xcii.

② 李桂林、徐爱国:《分析实证主义法学》,武汉大学出版社2000年版,第269页。

存在着不足,因为法律也体现了实践理性在行为正当化过程中的形式——目的论的辩证过程,这一过程依赖于实践理性的方法。因此,他把法律推理分成两个层次:第一层次的法律推理,即演绎推理;第二层次的推理,即实践理性的推理。麦考密克认为,在司法审判过程中,存在着一定的基本预设:法官有责任作出正当的判决,而且法官作出的判决必须是正当的,他们不仅要进行法律推理,而且必须公开地陈述和阐明法律推理所使用的理由。他们在审理案件的时候有责任适用可以适用的法律规则。每一个法律制度都包括一系列可以通过共同的承认标准加以确认的规则;构成一个法律制度的承认标准的那些规则是法官共同接受的,他们的职责就是适用可借助于这些承认标准加以确认的规则。……麦考密克认为演绎的法律推理的局限性也是显而易见的,形式逻辑本身不能够确认或保证前提的真实性,前提的真实性属于规范和经验领域考察的范围。在运用演绎推理的时候,他面临着以下难题:一是“相关”(relevancy)问题,即在那一个法律规则同案件相关的问题上发生争论;二是法律解释(interpretation)问题,即在法律用语模糊不明而必须在两种不同解释中做出选择的情况;三是事实“分类”(classification)问题。而这些问题是经常出现的,他们涉及到如何在相互矛盾或竞争的裁决间进行选择的问题,此时,纯粹的演绎推理就不足以解决法律决定的正当化,而必须借助于第二层次的法律推理。这一层次的推理包含着两个因素:第一,它涉及到法律推理实质上的评价性和主观性。它要考虑各种裁决结果的社会效果的可接受性,因此是结果论的推理形式;对裁决结果的社会可接受性的评价有多重标准,包括正义、常识、公共福利、方便、功利等,法官对各种可能的裁决结果按照这些标准进行评价,选择那种他认为最好的结果,因此,这一推理又是评价性的;法官在评价相竞争的可能性裁决结果时可以给予不同的评价标准以不同的分量,这一选择带有主观性;第二,法官作出的判决与现行的法律制度必须保持一致性和一贯性。法律作为一种规则体系,诸多的法律规则遵守着共同的价值和目的,法官在一定程度上具有一定的裁量权,但这种权力必须

受到法律的限制,即法官必须依法裁判,裁决必须以法律上的理由为根据,这一根据包括法律价值、法律目的和法律原则。麦考密克认为:“实践推理可以而且应该在不同的层次上进行。在行为理由相互冲突时,一个理智的行为人必须进入到第二序列或层次上进行推理,以便解决第一层次上的矛盾。”^①

哈特、拉兹和麦考密克在坚持形式推理价值的同时,检讨了形式推理的局限性,在借鉴佩雷尔曼新修辞学和波斯纳实践理性理论的基础上,提出了第一层次的形式推理和第二层次的实践推理相得益彰的推理思想,从而完成了形式主义推理理论的嬗变。当然,法律推理理论的理论探索并不因此而终结,因为实践理性的推理依然存在大量的问题需要在实践的层面进一步探索,为实证法学所担忧的司法的恣意并没有因实践理性理论的发展而克服,依然是法治的一个威胁。

最后需要说明的是,上述西方学者针对法律规则的模糊性、矛盾性和空缺性等提出的推理方法或概念如实践推理等其实属于我们所讲的法律论证的范围。

法律推理的基本方法

最后,我们站在形式推理的立场上,对法律推理的基本方法作一介绍。简单地看,形式法律推理主要采用两种形式:一是类比推理,二是演绎推理。类比推理主要是判例法制度下采用的方法;演绎推理主要是成文法制度下采用的方法。但这不是二者绝对的分界线。目前,判例法国家并不单纯使用类比推理,成文法国家也并不单纯使用演绎推理。这是因为,判例法国家的法源不再是单纯的判例法,成文法国家的法源也不再是单纯的成文法。所以,这两种方法可以说是大家通用的推理方法。

^① [英]麦考密克、魏因贝格:《制度法论》,周叶谦译,中国政法大学出版社1994年版,第230页。

参见张传新《论法律推理》,载《法律方法》第1卷,第310—313页。

1. 类比法律推理

在西方国家,类比法律推理与普通法的发展有着紧密联系。

普通法的核心原则是遵循先例(stare decisis)。按照这一原则,曾经在一个适当的案件中得到裁决的法律点或法律问题,不应在包含同样问题并属于同一管辖权的其他案件中重新加以考虑(除非情况有某种变更,证明改变法律为正当)。既决的法律点通常是有约束力或有权威的,并且被称为法律依据。因此,当同样的法律点在诉讼中再次出现时,法院必须遵循以前的司法判决。^①

遵循先例原则是支撑普通法的判例学说,该学说把先前判决的案件当作此后案件的判决依据。进一步思考的话,遵循先例原则其实建立在宪法平等原则之上,即同样的事情同样对待,不同的事情区别对待。如此一来,贯彻先例原则的基本要求就是发现以前判决的案件与待决案件的相同和差别,并将相同的案件作相同的裁决。类比法律推理正是按照这一原理进行的法律思维过程。

类比法律推理可以分为三步:

第一步:发现一个权威性的基点或判例。所谓一个权威性的基点或判例,也就是法院处理待决案件时发现的足以作为类比的权威性判例。在判例法国家,权威性基点或判例与法院的管辖权密切相关。按照先例原则,上级法院以前作出的判决对下级法院有约束力,其判决往往成为下级法院识别“权威性基点”或“判例”的对象和范围;同一法院以前作出的判决对后续判决有约束力,后续的法官应将以前的判决作为识别权威性基点或判例的对象和范围。先前判决的约束力因做出该判决法院的管辖权大小而不同。“判例学说给予那些由相关管辖范围中最高一级法院在以往判决的法律案件一种特殊的基点地位。”^②在美国,联邦最高法院和州最高法院在过去判决的案件,对于各自管辖范围内以后案件的判

^① Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, St. Paul, Minn., 1999, p. 1414.

^② [美]史蒂文·J.伯顿:《法律和法律推理导论》,张志铭、解兴权译,中国政法大学出版社2000年版,第34页。

决来说,是最具权威的判例。其他案件意义虽然较小,却可以充当有说服力的基点。

第二步:在判例和一个待决案件之间识别事实上的相同点和不同点。识别(distinguishing)是判例法中的一个重要术语和技术。其目的在于认定被作为先例的案例中的事实问题或法律观点与正在审理的案件中的事实问题与法律观点是否相同。现实生活中,不可能有完全相同的两个案件。所以,识别的关键在于,发现的不同点“对于判定不同的判决是否相当重要,是否具有相当的实质性”^①。如果不同点是足够重要的,则这个判例中的原则,不论来自哪一级法院,对于审理新案的法院都没有约束力。如果不同点是无足轻重的,则该判例阐明的原则就具有约束力。就此,美国学者伯顿做了如下表述:“当一个判例的事实与一个问题案件的事实相似到要求有同样的结果时,我们就说一个法官或判决依照判例;而当一个判例的事实不同到要求有不同的结果时,我们就说一个法官或案件区别判例。在进行严密的分析之前,没有任何理由假设一个表面相似的判例应该被依照还是区别。同样案件应该同样判决这一理念意味着如果在某种情形下不同点更为重要,那么不同的案件应该有不同的判决。遵循先例原则要求法官依照相似的先例,同样也要求他们区别不相似的判例。”^②

第三步:在判断事实上的相同点更为重要的前提下,决定依照判例。遵循先例的原则只有在待决案件事实与先例事实的相同点更为重要的时候才是适用的。当做出这样的重要性判断之后,就根据先例对待决案件做出判决。

类比推理以平等原则为基本原理,有效地促进了法律推理的合理性。但是,在类比推理过程中,判断不同点与相同点的重要性却具有一定的不确定性,仍然是一项难以理解的司法活动,属于形式逻辑中的“非

① 《牛津法律大辞典》,光明日报出版社 1988 年版,第 263 页。

② [美]史蒂文·J.伯顿:《法律和法律推理导论》,张志铭、解兴权译,中国政法大学出版社 2000 年版,第 35—36 页。

形式”部分。

2. 演绎法律推理

演绎推理是司空见惯的一种推理方法,逻辑学家称这种推理形式为三段论,即根据大前提、小前提推出结论的推理过程。简单的例子是:

大前提:所有希腊人都是白人;

小前提:亚里士多德是希腊人;

结论:亚里士多德是白人。

演绎法律推理是演绎推理在法律适用中的应用。德国法理学中的涵摄概念反映的正是演绎法律推理的过程。关于涵摄,德国学者伯恩·魏德士是这样表述的:“法律规范就应当规范人们的行为。在适用的时候,它就像一把度量生活事实的尺子。确定生活事实与法律规范之间的关系的思维过程人们称为涵摄(Subsumtion)。将事实涵摄于法律规范,就是检验事实是否满足法律规范的事实构成并因此产生规范所规定的法律后果。”^①按此,演绎法律推理的过程也可分为三步:

第一步:发现一个相关的大前提,即找到相关的法律规则;

第二步:以允许推断出一个有效结论的方式陈述事实。待决案件所面对的事实往往是复杂的,任何案件事实也可以采用不同的方式加以描述。在演绎法律推理中,对案件事实的描述必须是“法律式”的,即主要陈述具有法律意义的事实因素。

第三步:在比对案件事实与大前提的事实构成的基础上,将案件事实涵摄于大前提,得出判决结论。

演绎推理的法律原理依然是平等原则,即相同的同样对待,不同区别对待。三段论的推理方式因其逻辑上的严禁和必然性,构成了法律适用即司法的正当性基础。如前所述,演绎推理结论的正确性还受制于大前提和小前提的真实性和正确性,如果大前提、小前提出了问题,则演绎推理的结论就不可靠。比如:

^① [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第303页。

大前提:所有希腊人都长着一双翅膀;

小前提:亚里士多德是希腊人;

结论:亚里士多德长着一双翅膀。

这一推论过程虽然是正确的,结论显然是错误的。这正是这种推理方法不断受到攻击的软肋所在。然而,我们认为,如果将法律推理和法律论证两个概念分开的话,则大前提、小前提的真实性问题就属于法律论证研究的范围。法律论证过程中所面临的困难并不能成为彻底质疑甚至抛弃演绎推理的理由。

司法审查(judicial review)

广义上的司法审查是指一定的机构利用司法程序来审查立法行为和行政行为是否违法和违宪的一种制度安排,狭义的司法审查特指司法机构通过司法程序对立法行为和行政行为是否违法和违宪进行审查的一种制度。马丁·夏皮罗把司法机关对行政性法规的合法性审查称为行政性司法审查,将司法机关对立法机关制订的法律是否合宪的审查称为宪政性司法审查。^① 司法审查的理念和制度要素发轫于立法机关制定的法律要服从更高的法律以及权力要受到法律制约的历史性观念。这种制约观念经过漫长的历史演化成为一种意识形态并获得了法治理念的形式,其后与一定的社会政治条件相互作用,并通过制度要素的整合构成人类法治文明的制度基石。

司法审查的观念与制度渊源

通过司法程序来审查立法行为、行政行为是否违法和违宪的制度理性与权力制约、高级法的观念密切相关。立法机关制定的法律要服从更

^① [美]马丁·夏皮罗:《司法审查的全球化》,孙祥状译,载《法制现代化研究》,南京师范大学出版社2006年版,第269页。

高的法的制约观念在人类很早的历史时代就已经存在并在一定程度上形成了一些权力制约的制度架构。

古希腊就有最高法的概念和护卫法律的制度。雅典城邦陪审法院不仅能够对具体的民事和刑事案件作出司法判决,而且能够审查当时政治生活中几乎所有的问题,有效地行使着对“议事会”和“公民大会”所制定的法律之司法审查权能,成为控制城邦政府的主要机构。在德拉古之前,最高法庭议事会具有护卫法律的职能,至阿里斯泰略摩斯执政时,德拉古在他制定的法规中明确规定了,“最高法庭议事会为法律的护卫者,并且监督各类官吏,以使其依照法律来统治。遭受不公正对待的人可以向最高法庭呈交申诉,言明自己受到不公正对待与哪一条法律相违”^①。梭伦改革时期,梭伦指派最高法庭议事会负责护卫法律,建构了向陪审法庭申诉的制度,陪审法庭成为一切公共及私人事务的裁决庭。^②及至普索多罗执政的时代,平民控制了局势,维系了梭伦所建立的政体架构,这时陪审法庭的地位又获得了进一步的提升,并确立陪审法庭之裁决的终局性权威。陪审法庭对官吏的助理就任之前和任期结束进行审查,并且对任期内未通过信任表决的执政官行使司法弹劾权,无罪开释者官复原职。^③阿菲埃尔特执政时期,雅典继续实施“不法申诉制度”,规定每个雅典公民若发现现行立法中有违背民主制度的条款,均可向陪审法院进行申诉,要求予以修改或废除。^④到了伯里克利时代,伯里克利对司法制度进行了改革,规定陪审法院每年以抽签方式从十个选区选出 6000 人组成,除了具体处理重大案件和监督公职人员以外,还对民众大会的决议有最后的批准权,从而实现了陪审法院司法审查权能的规范化和制

① 苗力田主编:《亚里士多德全集》第十卷之《雅典政制》,中国人民大学出版社 1997 年版,第 6 页。

② 同上书,第 10 页。

③ 同上书,第 48—64 页。

④ “希腊人以为他们的法律(即我们所谓的宪法),有确定的保障,希腊人过于爱护他们自己的权力,不肯允许任何的主席官员阻止他们的不合法行为,也不肯允许任何官员有断定某项命令是否合法的责任,故凡遇有违法的命令,必须用司法的程序方能取缔。”[英]詹姆斯·布赖斯:《现代民治政体》(上册),张慰慈等译,吉林人民出版社 2001 年版,第 175 页。

度化。

古代西方世界是一个连续性的“希腊—罗马”世界。当希腊在政治上陷于罗马的支配同时,希腊对罗马精神上的反征服也开始了。至罗马共和国晚期和帝国初期,斯多葛哲学的世界观征服了罗马的受教育阶层和律师人,并进而影响了罗马的司法制度和法律意识形态。基于权力制约基础上的司法权与治权是罗马共和宪制——官制的重要内容。罗马人通过向民众申诉制度对治权进行限制,以司法程序实现对市民自由权的最高宪制保障。向民众申诉制度的普遍确立就是对法官固有的一种强制性刑罚权以及科处罚金刑的权力进行限制,也就是说,“授权罗马公民阻止法官或某一官员对自己进行非常审判或者阻止他们实施处分(animadversio)并要求将诉讼提交有管辖权的司法机关(即某一刑事法庭[*quaestio*]、元老院法庭或者皇帝或其代表的法庭”^①。其次,执政官的权力受到法律和司法的制约。执政官必须能够区分有益的和无益的,一切都应处于法律的作用之下。^②而且,“法律方面的问题则完全由检察员和法庭决定”^③。罗马君主也用司法的形式审查官员的行为和惩罚职权的滥用。无论是在一般审判中还是在上诉审中,君主均通过“非常审判”的形式审理案件,以裁决做出决定。^④

而在中世纪部族习惯法和神学自然法被视为最高法。粗犷的日耳曼法律含有法律产生于人类古老习俗而不是统治者的意志这样一种观念。在日耳曼那里,立法权要受到部族习惯法的制约。国王依上帝和法律行事逐渐成为日耳曼人的普遍法律观念,国王自身也受到司法审查的限制。“日耳曼政体始终把个人武断排斥在构成宪法的基本条件之外,

① [意]朱塞佩·格罗素:《罗马法史》,黄风译,中国政法大学出版社1994年版,第373—374页。

② [古罗马]西塞罗:《论共和国 论法律》,王焕生译,中国政法大学出版社1997年版,第263页。

③ 同上书,第280页。

④ [意]朱塞佩·格罗素:《罗马法史》,黄风译,中国政法大学出版社1994年版,第366—368页。

同时,它还构想:权力执行人须对其行为的合法性负责。”^①蛮族法典是在习惯法的基础上编撰而成的成文法,在法典编成后,为了使法典产生效力,各王国均举行隆重的仪式,通过民众大会的批准后予以公布。当时蛮族国家人民在观念上把成文法看成为公约或契约,故而在日耳曼法的语境中成文法拥有了高级法的特质。日耳曼王国的国王颁布的修改部落习惯的王室法令必须经过由世俗贵族和僧侣贵族组成的御前会议的审查,御前会议通常采用准司法程序来行使审查权。早在盎格鲁-撒克逊时代,御前会议又称为贤人会议,享有受理各种讼案的司法权,特别是受理涉及国王利益或达官显贵的大案、要案。国王也无权改动贤人会议作出的判决。那时国王虽然至高无上,但却受习惯法的约束。贤人会议不但有权选举新国王,而且有权废黜在任国王。^②在贤人会议向议会的演变过程中,司法一直是议会的重要职权之一,议会利用司法权对大臣和国王的违宪行为进行审查和制约。

教会是一种具有独立性的等级公共权威,行使着一个近代国家所拥有的立法权、行政权和司法权。如果将“宪法”定位于主权的归属及限度,选择统治者的程序,立法、行政和司法权力的分配,政府权威的范围以及臣民或公民的基本权利与义务,那么教会就具有宪法性基础。当然这里所言的宪法性基础与近代立宪有着本质的区别。中世纪教会法是一种理性的法律制度体系,教会法体系具有宪法性基础。^③“古希腊—罗马的古典自然法理论正经由早期的基督教教会传递到中世纪的,并在此基础上,最终进入了世俗‘高级法’和‘基本权利’的现代语境,其效力体现在可对抗最高立法机关所制定的实在法的司法审查程序。”^④教皇权力的行使要受到自然法和教会法的限制。根据教会法的规定,教皇如果有

① [美]罗斯科·庞德:《普通法的精神》,唐前宏、廖湘文,高雪原译,法律出版社2001年版,第45页。

② [英]J. 乔利夫:《中世纪英国宪政史》,伦敦,1937年版,第31页。

③ [美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇等译,中国大百科全书出版社1993年版,第250—259页。

④ [爱尔兰]J. M. 凯利:《西方法律思想简史》,王笑红译,法律出版社2002年版,第98页。

背弃信仰,挥霍教会财产以及其他严重损害教会声誉的劣迹昭彰的犯罪,就要受到审判和废黜。政教之争所形成的教权和王权的二元对立结构,维系了国王的行为必须符合正当的法律原则。当 653 年时,第八次托来多(Toledo)宗教大会确立了一个宗教性质的原则,“谓国王之所以为王者,盖以其行为正当故,惟当其行动已非正当时,自不能有国王之资格矣,此原则最后且成为法律原则,规定于西哥特法典之中”^①。

中世纪城市自治制度、特许状所蕴含的宪法至上理念和司法独立观念为司法审查理念及其制度构造的形成做了历史准备。在某种程度上,欧洲早期市场统一的内在要求借助于司法促进了中世纪晚期欧洲城市间的联合。汉萨同盟由初始的单纯的商业性联合组织逐步转化为强大的政治军事联盟,其法律架构几乎统一了北方城市间的贸易交换规则及其法律的适用。联盟中的一个城市市民可以在其他城市获得公正的审判,相应的城市法院审判的依据和方式也各自采用各城市的地方习惯法渐次统一到适用汉萨同盟所在地城市的法律。当时各自由城市法院在处理私法案件时经常碰到自身无法解决或不能解决的法律冲突问题,于是便提交到城市同盟承审官联席会议进行讨论,以达成共识的法律原则作为此后判决类似案件的依据。中世纪各国的城市同盟一直存续到 16 世纪,对作为城市共同法的商法和海商法的生成也起了重要的作用。

自十三世纪之后,英国人以大宪章为最高法,与大宪章相抵触的法律无效。在早期,英国最高法院曾经利用各种法律救济措施干预、审查国会法案、下级法院和其他机构的行为。17 世纪王座法庭法官柯克主张,大宪章及普通法是自然法的体现,其效力在国王及议会制定的法律之上,凡是与之相违背的立法一概无效。柯克在著名的博纳姆博士一案中认为,17 世纪初期国会通过的医师注册法违反普通法而应归于无效,他在判词中宣布:当国会的法案违背了普遍正义和理性的时候,普通法将高于国会法案,并可判决这样的法案没有法律效力。英国本土枢密院

^① [美]孟罗·斯密:《欧陆法律发达史》,姚海镇译,中国政法大学出版社 1999 年版,第 97 页。

对殖民地议会立法的审查也是司法审查的历史渊源,并对美国司法审查制度的形成施加十分重要的影响。在殖民地时代,英国的枢密院(privy council)实际上是由它的司法委员会负责对殖民地议会的立法进行审查的。这种审查包括政治审查和司法审查。政治审查由枢密院进行。殖民地议会通过的法案经过殖民地总督的批准后,还不能正式成为法律而付诸实施,还必须呈送英国国王批准,而且英国国王批准前,要由作为英国行政机关的枢密院进行政治审查,不仅审查法律是否违反普通法或者英国国会的制定法、殖民地的特许状,而且还要从政治上考虑进行审查。在司法审查程序中,枢密院作为司法机关行使审查权力的,枢密院享有对殖民地法院判决提起上诉的管辖权,对违反普通法、英国国会的制定法或英国殖民地的特许状判决为无效。于是高级法的观念以及权力受法律制约的制度实践逐步演化为司法审查的理念和制度构架。时至今日,就司法机关审查行政行为和下级法院的判决来说,英国与美国存在司法审查。随着欧洲联盟的建立,欧洲司法法院发展了欧洲宪法对英国宪法实践起到举足轻重的影响,“近年来也因为同欧共体的结盟而悄悄发展了一种司法审查制度”^①。

洛克自由主义思想与孟德斯鸠分权制约的理论在美国政府制度中的接连点,主要是司法审查原则。^② 依据洛克和孟德斯鸠的理论,美国法院认为,高级法院是自然法的保护人,由法院行使审查法律是否符合宪法的权力,是美国宪法所承认的高级法原则。詹姆斯·威尔逊,坚持法律和自由的密切关联性,为了保护自由就必须维护法治,必须把制衡控制制度引入政府制度中,凭借这一制度,即使坏人掌权,人们也能迫使他为公益效力。根据制衡原则,立法权力不仅应当同行政权相分离,而且其本身也通过设立两个立法机关来实现分离。在这样议会结构中,如果

① [美]劳伦斯·M·弗雷德曼:《美国司法制度的历史端面之剖析》,载小岛武司等:《司法制度的历史与未来》,汪祖兴译,法律出版社2000年版,第21页。

② 参见 E. Bodenheim, *Jurisprudence: The Philosophy And Method Of The Law*, HARVARD UNIVERSITY PRESS. p. 50.

一个机关背离或试图背离宪法原则,那么,另一个机关就很可能把它拉回来。但是,如果两个立法机关全都违反了宪法的命令,那么政府的司法机关就应当对其进行纠正。宣布一切不符合国家最高法律的法规无效乃是司法机关的义务。^① 美国宪法的大多数创制人也都赞成威尔逊的观点。汉密尔顿继承了发展了孟德斯鸠的分权思想,将“权力分立”和“牵制平衡”,作为协调各种国家权力实际运作的基本活动规则,而分权制衡最终成为美国宪法的一个基本原则。由这一原则出发,政体中的各个系统应被授予不同的权力,并且每个系统又有权力介入其他系统的主要职责。汉密尔顿还从分权制衡的思想原则出发,推论出司法独立的极端重要性,并且要求给予法院解释宪法和监督宪法实施的至上权力。在汉密尔顿看来,法院拥有宪法解释权和违宪审查权是有充分的合理性的。1761年美国律师詹姆士·奥特士承继了柯克的理论,明确地主张“议会制定的法律若显而违反自然衡平及英国宪法的根本原则,法官应宣告其无效”^②,1776年北美13个殖民地宣布成立独立国家之后,相继制定了自己的州宪法,并相继通过司法实践确立司法审查原则。1786年罗德岛州法院最早作出了违宪法律无效的宣告,此后北卡罗来纳州于1787年,弗吉尼亚州于1788年都作了类似的违宪法律无效的判决。1791年康尼狄克州的联邦巡回法院以该州立法违反对英和平条约从而违宪为理由,开创了联邦法院否决州立法的先河。次年罗德岛州的巡回法院,在战士诉开西案中,宣布该州债务偿还延缓三年的法律无效。^③ 1803年以前,美国各州大都已经实行了司法审查制,联邦巡回法院也已经非正式地行使了违宪审查权。这些司法运作实践为以后司法审查制度的确立做了准备。^④ 1803年马歇尔大法官运用其高超的政治智慧以退为进,驳回了马伯里的诉求,利用宪法判例的形式确立了违宪审查制

① 参见 E. Bodenhimer, *Jurisprudence: The Philosophy And Method Of The Law*, HARVARD UNIVERSITY PRESS. p.51-52.

② 罗志渊:《美国政府及政治》,中正书局印行,1982年版,第227—228页。

③ 张庆福主编:《宪法学的基本理论》,社会科学文献出版社1999年版,第881—883页。

④ 李树忠、焦洪昌主编:《宪法教学案例》,中国政法大学出版社1999年版,第13—14页。

度,汉密尔顿的司法审查设想也就最终获得了完善的制度形式。

二十世纪以降,法国拥有独立于普通法院之外的行政法院系统,审理国家机关、官吏同公民之间发生的争议案件。法国第五共和宪法的一个创新在于宪政院的建立,其主要目的是审查议会立法的合宪性。但宪政院并非是违宪审查的唯一机构,如他无权审查内阁所制定的属于国政院管辖的规章,并且宪政院起初被认为无权审查立法对公民权利的侵犯。在德国,“行政法院应当审查行政行为的合法性,查明行政机关是否遵守法律约束,行政因此处于决定性的立法机关和审查性的行政法院之下”^①。有关的行政法院都有权审查作为案件准据法的法律是否符合上位阶的法律规范,有权拒绝适用违反上位阶法律的法律规范。但是法院对正式法律只有审查权,而没有撤销权。在认为法律违宪时,法院必须将争议提交宪法法院(包括州法律违反联邦法律)。一些州甚至将宪法法院的撤销垄断权扩展到基本法之前的法律。这样做是为了防止每个法院都可以进行违宪审查而忽视议会,从而保护议会作为立法机关的地位。

司法审查的价值取向与制度构成要素

综观法律和社会的互动历史,可以发现司法程序是解决法律冲突问题的最权威手段,是维护法律和高级法效力的最有效途径,是保障权利和制约权力的最基本凭借。这些观念在诸多因素的作用逐渐凝聚成司法审查理念的基本内涵。维护人民主权、扩大和保护民众和少数群体的权利,对立法和行政进行制约,维护法律的统一成为司法审查的根本目标和价值取向。

第一,司法审查作为利益的表达机制旨在疏通民主渠道,保障人民主权。司法审查作为司法权制衡立法权和行政权的制度安排,其出发点

^① [德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第123页。

是为了保障人民主权。“分权制确保了在立法过程中服从法律的普通公民的观点能够得到表达。”^①司法审查制度的设立,为人民增加了另外一条利益表达的渠道,从而使政府行为与人民意志的契合程度能够得到提高。司法审查决不意味着司法权高于立法权或是行政权,能够成立的是人民的权力在三者之上,国家的最高权力来自于人民。^②此外,理论上讲代议制政府的民意机关是由人民选举产生,应该始终代表人民的意志,但代表具有独立性,其意志不能简单地说是代表了人民,因此代议制政治失灵常常是不可避免的。在约翰·哈特·伊利看来,执政者为了保证自己继续在任常常会堵塞政治改革的渠道,拒绝通过代议制度为少数人提供与其他团体同样的保护。^③由此可见,代表不一定是值得我们信赖的人,所以真正的民主应该建立在不信任的基础上,应该诉诸以其他的力量来纠正政治失灵。毋庸置疑,“经过任命产生的法官,是我们政治体制相对局外人,他们很少需要考虑继续任职的问题”^④。法官由此被人民置于一个能够客观地接触争议的位置,因而“几乎所有的人都赞同法院应参与审查有关言论、出版和政治结社自由的障碍”^⑤。司法审查恰好是权利制约权力的一个重要的制度平衡器,是疏通政治意志渠道的程序机制。

第二,司法审查作为一种挑战立法权威的机制旨在维护多数人权利的同时保护少数群体的权利。近代以来的宪法实施者们也意识到立法机构能够把法律强加于所有的人,既包括那些从来就没有参与法律创制

① [美]埃尔斯斯特、[挪]斯莱格斯塔德编:《宪政与民主——理性与社会变迁研究》,潘勤、谢鹏程译,三联书店1997年版,第255页。

② 汉密尔顿在分析政府中的司法部门也指出,“以上结论并无假定司法权高于立法权的含意。仅假定人民的权利实在二者之上;仅意味着每逢立法机关通过立法表达的意志如与宪法所代表的人民意志相违反,法官应受后者,而非前者的约束,应根据根本大法进行裁决,而不应根据非根本法裁决。”[美]汉密尔顿·杰伊·麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如、在汉、舒逊译,商务印书馆,商务印书馆1980年版,第393页。

③ [美]J. H. 伊利:《民主与不信任——关于司法审查的理论》,法律出版社2003年版,第104页。

④ 同上书,第104页。

⑤ 同上书,第105页。

过程的人,也包括那些根本都不知道有这种法律的人。这一事实使立法通过的法律与法官对当事人提请他审理的案件所作出的裁决大相径庭。很显然,裁决需要当事人各方或者至少一方的配合,否则就无法执行。这就意味着,司法裁决不可能直接强加于和该纠纷无关、或者案件当事人未诉及的人身上。由此可见,公民的诉讼权利赋予了公民一定程度的个人选择的自由和直接参与裁判结论形成的权利,因而可以弥补代议制立法程序中公民缺场的制度性缺陷。事实上,在司法决定的形成过程中,法官不可避免地要与案件的当事人进行某种广泛的、持续的、并且基本上是自发的合作,旨在从一系列确定无疑的情境中发现当事人的意愿究竟是什么。“这样的合作,在很多方面,类似于自由市场中所有参与者之间的那种合作。”^①显然,司法审查请求权赋予了公民挑战立法权威的可能性,司法审查制度凝结着群体决策与个人自由决策之间适度平衡的自由民主意识,成为保障少数人权利的程序机制。

第三,司法审查的价值目标还在于通过政治问题的法律化来促进社会和谐。法治社会要求一切权力的行使都应该具有合法性依据,司法审查的一个重要的价值功能是在制约行政权和立法权的同时为二者的行使提供着合法性的支持。换言之,司法审查通过给政治权力提供合法性资源,从而也是对立法权和行政权行使的保障。由于司法是政治国家参与市民社会事务的制度凭借,不仅具有分担立法权与行政权的压力从而增加政治国家总体权力的功能,而且可以通过司法审查纠正立法权与行政权的偏差从而在实际上增强了立法与行政的权能。在司法审查的对象范围中,选举行为的合宪性和合法性、行政机关和立法机关的权限纠纷实质是政治纠纷问题,这些问题通过司法程序的处理实际上就转化成为问题,司法审查在化解了激烈的政治冲突和避免了重大的社会动荡的同时,也促进了社会和谐。

司法审查的理念经过物化,形成以下相互联系的制度要素。其一,

^① [意]布鲁诺·莱奥尼等:《自由与法律》,秋风译,吉林人民出版社2004年版,第27页。

司法审查的主体经历从民众大会、执政官、陪审员、君主到主权国家的专任法官、区域组织和国家组织的司法机构的历史更替；其二，司法审查的程序构造经历了形式化程度的司法程序到具有自我制约功能、体现司法决定终局性权威的理性化司法审查程序的历史性进化；其三，司法审查及其权能的依据经历了从自然理性、神的理性、人的理性到宪法、多边国际条约和区域联盟条约等高级法的历史转变；其四，司法审查的对象经历了从具体行政行为、抽象行政行为到规范性法律文件的历史演化，最终界定了司法审查范围和限度。理念要素和制度要素共同构成了司法审查的结构要素。在共同的司法审查理念的指导下，司法审查制度要素的不同整合构成了近现代西方国家不同的司法审查模式。

首先，理性的司法主体是司法审查制度的主体要素。司法通过法律专业集团实现了审查主体的理性化，赋予了司法审查主体的独立品格和审查权威。行政与司法的合一是传统专制社会的一个基本特点，伴随着从传统到现代的社会转型，社会政治结构的分化日益加剧，司法与行政日益分立，法律的自主性品格获得了强化，司法独立成为现代法治的基本要求。^①当然，把制定法律的权能与运用法律的权能分成两个不同的彼此独立的国家权威部门的理由，在于规范的论证需要采用论证性商谈的交往形式，而规范运用的论辩逻辑需要运用性商谈的交往形式；在论证性商谈中，原则上只有参与者；而法律运用的商谈中，必须决定哪个规范是适合于一个既定的、在所有相关特征上都被尽可能充分地描述的情境的。这种商谈类型要求一种角色分配，其中各方可以在一个不偏不倚的裁决者面前陈述一个案子的全部争议。^②司法与立法、行政的分立乃是政治国家职能分化的必然要求。

立法部门论证和通过普通方案，司法部门依照这种法律根据来解决行动冲突，行政部门则负责实施那些不自动生效而需要加以执

① 公丕祥：《法制现代化的理论逻辑》，中国政法大学出版社1999年版，第90—91页。

② [德]哈贝马斯：《在事实与规范之间——关于法律和民主法治之间的商谈理论》，童世骏译，生活·读书·新知三联书店2003年版，第210页。

行的法律。司法部门在具体案件中对什么是合法律的、什么是不合法律的做出权威判决,由此把现有的法律当作法律来对待,也就是说,在稳定行为期待的规范性视角之下来考察法律。现行法律赋予政策以实定法的形式并对用行政手段实现集体目标提高导控,而行政执法部门则处理现行法律的目的论内容。从论辩逻辑的分工角度来看,司法商谈服务于对规范的运用,而行政行为的合理性则通过实用性商谈来确保。^①

也就是立法旨在实现民主价值,行政旨在实现效率价值,司法旨在实现正义价值。司法与行政、立法分立之后,法律专业集团是司法审查得以良好实现的载体,这一集团适合那些功能分离与相互依赖关系日益复杂的社会需要,对社会整体化以及法治观念和司法方式的培养,始终扮演举足轻重的角色。在帕森斯看来,法律专业集团是社会得以保持稳定的非常重要的机制之一。法律专业集团负有协调法律体系的重要任务。这些活动表现为,维护法律原则体系内部的一致性,运用法律和法律程序处置具体法律关系,满足当事人的合法需要,平衡国家立法意愿与具体司法实践的矛盾,兼顾法规明确性与原则一致性的需要,维护法律传统、法律体系以及法律专业确立的价值观念。^②专业化的法律集团将司法的独立品格落实到了具体行动上,这一集团的专业水准是司法审查功能发挥程度的决定因素。实际上,无论是大陆法系国家的最高上诉法院、复审法院,还是普通法系国家的最高法院、法律委员会,都是具有司法功能的集理性与经验于一身的审查主体。

其次,审查程序的司法化是司法审查的程序制度要素。司法程序确保了司法审查的权力行使的正当性和合理性。违宪审查作为司法审查制度的一个重要表现形式,对立法机构制定的法律是否符合宪法等高级

① [德]哈贝马斯:《在事实与规范之间——关于法律和民主治国之间的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2003年版,第226页。

② [英]罗杰·科特威尔:《法律社会学导论》,潘大松、刘丽君、林燕萍、刘海善译,华夏出版社1991年版,第100页。

法作出的法律决定具有终局性,其引发的政治、经济和社会的影响是广泛而又深刻的,因而司法审查需要主体理性和程序理性的保证;再者,司法审查是建立在对开放宪法的合理解释的基础上的,司法主体凭借这种权威的解釋来修正、完善和发展法律,以满足社会变化的需要。因之,面对法律创制总是落后于社会关系的变化的客观事实,在规范和现实之间保持平衡是司法机关责无旁贷的职责,所以,在世界范围内,衡平程序及其制度就成为大陆法系和普通法系国家保持法律与社会现实发展要求相适应的最佳制度选择,这种衡平制度在某种意义上就是司法审查机制。具有司法功能的宪法委员会也常常采用类似于司法裁判的程序来进行合宪性审查,保护公民的基本权利。^①司法化的审查程序本身就具有平衡的价值功能。其一,通过司法程序运作审查权力,意味着司法审查权是一种被动的权力。不管是普通案件,还是宪法案件,司法只能在案件开始之后才能发挥审查作用。如果没有案件或者案件尚未开始,司法审查就开始运作起来,那么司法权就超越了其应有领域,就是一种越权,就是对行政权和立法权的不当侵犯。^②其二,司法权的被动性导致司法只能审查与案件有关的部分法律,因为并不是所有法律都会引起诉讼这样尖锐的争端。即使有些法律引起了这类争端,仍然可能没人愿意提交法院。其三,司法判决不是规范性法律文件,其效力范围通常只针对具体的类似的法律事件,要获得人们的普遍认可需要经过判例的反复宣示,这留下了沟通辩论的广阔空间。正如托克维尔所言:“美国人虽赋予法院以无限的政治权力,但在法院强迫他们服从的时候,他们也可以通过司法手段来抵制,即可以大大减少这种权力的弊端。”并且,“受到损害

^① 陈云生:《宪法权利司法化及私法保护》,载《法制日报》2001年8月19日第3版。

^② [法]托克维尔认为,“在法官审理一个案件而指责与此相关的法律时,他只是扩大了自己的职权范围,而不是超出了这个范围,因为在审理案件之前,他一定要对该项法律进行一定的判断。但在法官审理案件之前就对法律说三道四,那他就完全是越权,侵犯了立法权。”参见托克维尔《论美国的民主》(上卷),董果良译,商务印书馆1997年版,第110页。实际上,司法审查权是与司法解释权密切关联,二者都只能在法律适用程序中行使,因之,在案件开始之前就进行司法审查,不仅是对立法权而且也是对行政权的侵犯。

的这项法律并没有被废除,因为只是它的道德力减弱了,而它的实际效力还没有中止。只有经过一步一步的抵制,在无数判例的反复验证下,该项法律最后才能作废”^①。

再次,各种形式的高级法是司法审查及其权能的依据。司法审查的权威来自于高级法本身的权威,高级法的至上效力不仅是司法行使审查权能的依据,而且是司法审查权存在的合理性基础。司法审查权设定的必要性以及由司法主体行使的主要理由在于:第一,立法只是对行政行为合法性设置了一个法律框架,对具体行政行为和抽象行政行为的合法性的审查必须借助于一个具有独立性的中介环节作出判断;推而论之,就立法主体所制定的规范性法律文件是否符合高级法而言,同样也只能通过这种性质的中介环节来作出终局性决定。第二,这种中介性质决定了由司法主体和司法机构担当的必然性。司法的中立性、被动性和程序性决定司法审查是一项不采取行动而仅仅阻碍行动的权力,就此而言,它是一项消极权力,意味着捍卫先前的决定。用伍德爾·威爾遜的话来说,权力是一种积极的东西,控制只是一项消极的东西。这种消极权力就是最高法院通过援引宪法来撤销法律的权力。^②在某种意义上讲,司法审查并不创设新的权力,它只是宪法等高级法效力的体现。第三,司法审查权在某种意义上就是司法对高级法的解释权。由法官行使对法律和高级法的权威解释权之合理性不仅是法官的知识结构决定的,而且也是司法权的审查性特质以及法院作出法律决定的方式与司法独立性要求所规定的。

复次,审查行政行为的合法性和合宪性以及立法行为的合宪性是司法审查的内容要素。审查具体行政行为和抽象行政行为的合法性,是司法的重要职责。司法只能审查行政行为的合法性而不能过问其合理性或适当性。每位政府官员都具有一定的法定的管理领域,在这领域中他

① [法]托克维尔:《论美国的民主》(上卷),董果良译,商务印书馆1997年版,第114页。

② [美]埃爾斯特、[挪]斯萊格斯塔德編:《憲政與民主——理性與社會變遷研究》,潘勤、謝鵬程譯,三聯書店1997年版,第161頁。

可以根据裁量权自由地行事。法院不能干涉法定领域中的行政自由裁量权,只能关注和干涉政府官员超越其管辖领域界限的行为。^①因之,司法不能干涉行政机关拥有的法定行政裁量权应该成为司法审查的限度。在哈耶克看来,为提高判决或裁定的可预见性,让公民知道自己所处的法律境地,法治支持根据众所周知的原则或法律做出判决或裁定。如果行政领域未得到专门法院的管辖或规定,公民实际上就会处于专断的行政裁定的支配之下,要遏制住这种侵蚀法治的趋势,建立某种独立的法院,由它来受理所有行政案件的上诉请求就成为一种迫切需要;^②同样,法律的合宪性也应该是司法审查的重要对象。由于人力、时间和知识等因素,立法机关制定的规范性文件难免会出现失误,其中最严重的就是违反宪法。而司法面对社会生活中具体的案例,最容易发现法律的不当甚至违宪之处。再加上司法的被动性、中立性、判断性和辩论性所决定的司法之相对安全性,法官因而成为违宪审查的最合适的主体与程序选择。

司法审查面临的挑战与发展趋势

司法审查是政治权力平衡的产物,司法审查的核心理念乃是如何限制其他权力滥用,如何让自己的权力也保持在合理的限度之内。宪法的司法适用意味着宪法的法律化,标志司法审查的法律因素与政治因素的融合,从而为政策考量通过司法解释引入了司法行动之中带来了契机。这也威胁到司法审查的核心理念,使司法审查面临着司法决策的正当性与民主性缺少的挑战。

按照通常的司法传统理念,“司法部门在政治上的绝缘(即具有政治独立性)以及它尊重理性商谈的结果,使司法部门特别适合维护社会的

① [英]弗里德利希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》(上卷),邓正来译,三联书店1997年版,第309—310页。

② 同上书,第314页。

基本价值”^①。这里的问题是,“司法部门可以按常规方式实施普通法律,但是它绝不能按此方式实施宪法,这并不是一个夸大的说法。如果可以的话,滥用政治权力的普遍问题早就解决了”^②,因此对宪法的司法解释,只有在脱离司法部门那种真正实施法律之功能的情况下,才能存在。于是,“司法解释从真正的实施功能中以及从指定裁决者的角色中独立出来,创造出现代宪法的新型法律政治制度,它因而既要求常规的法律特性,又要求某种根深蒂固、法律外的政策因素”^③。宪法的法律特性和政治特性都离不开司法权的运作,正如西尔维亚·斯诺维斯所言:

如果宪法要保持其法律特性,那么就有必要使用司法权。如果不充分运用司法权,将破坏司法审查对民意进行常规法律约束的法律特征。同时,对司法权的过分使用,又会使司法部门远远背离法律的要求,即它不能指定法律。现代宪法既容许、甚至也要求司法部门在开拓创新和严格约束方面达到统一。对于其中每一方面的实质及时机,都需要做出普通法律传统所不具有的政治判断。^④

众所周知,政治决策的合法性在于利害关系人的同意,因此司法审查的政策考量和政治决策的合法性在于利害关系人的司法参与,也就是我们必须借助宪法要对社会的观念和价值保持开放的这一法律过程的特征——“这种特征有助于宪法维持民主的责任”^⑤,让不同信念之下的观念和价值以自身的方式进入法庭,使其通过司法商谈达成某种符合民意的共识。在约翰·哈特·伊利看来,司法审查的价值目标是疏通政治渠道、加强对少数群体权利的保护,因此主张司法审查应该从对实体价值的判断转变为注重对程序问题的判断,应该通过司法审查来推动代议

① [美]西尔维亚·斯诺维斯:《司法审查与宪法》,洪果译,北京大学出版社2005年版,第195—196页。

②③ 同上书,第186页。

④ 同上书,第205—206页。

⑤ 同上书,第192页。

机关更好地反映民意,从而使宪法的司法解释与民主代议制保持一致。^①

随着行政权力的扩张,行政机关行使着越来越广泛的委托立法权和裁量权,行政性司法审查的范围也日趋扩大,同时行政性司法审查也面临着新的挑战。司法对行政裁量权的审查危及到行政效率的价值目标和行政措施的权威性。在传统控制行政权的模式中,立法机关制定控制行政行为的具体规则和指令,“司法审查的指向在于把行政机关禁锢于国会所颁布的指令范围之内。另一方面,对司法审查功能的这种设想的隐含之意是:法院只就那些制定法给出清晰指令的事项进行评判而其他所有关于选择的问题,无论是一般性选择还是填空补缺性选择,都归行政机关决定”^②,但是,在现代社会,立法机关不能制定详尽的政策交行政机关去实施,“立法机关若要详尽地规定政策,就必须对专门而又复杂的问题进行连续不断的、深入细致的调查、决定和修正。而这样一个任务需要集中国会在大多数情况下不能或不愿意集中的资源”^③。因此,这些因素往往非常有力地促使立法机关给予行政机关以宽泛的授权,行政机关由此获得很大的裁量的空间,与传统的有限行政裁量权相比,这种宽泛的裁量权容易侵犯相对人的权益,这就要求司法审查能够对每一个行政自由裁量权的每一方面都要确定最为适当的结构,但这是既不现实也不明智的。“由于法官们通常缺乏必要的事实根据或经验,以认定行政机关更为详细地制定政策之能力范围,所以,这样的标准可能会主要依赖于主观的判断,进而可能对行政机关的管制项目构成威胁,此威胁可能冻结政策创制的主动性。”^④对行政性司法审查的另一个质疑是,法院在审查行政法规是否合法和审查一个自由裁量的行政决定是否存在滥用自由裁量权或武断时,也必须进行与行政管理者相同的政策分析,法院实质上在司法审查过程中行使着政策制定权。换言之,“没有办

① [美]约翰·哈特·伊利:《民主与不信任——关于司法审查的理论》,朱中一、顾远译,法律出版社2003年版,185—187页。

② [美]理查德·B. 斯图尔特:《美国行政法的重构》,沈岷译,商务印书馆2002年版,第11页。

③ 同上书,第39页。

④ 同上书,第46页。

法在让法官代表立法机关去监督行政管理的同时而不赋予司法监督者本身一些额外的政策制定权限。所以,如果更多的授权立法会导致更多的司法审查,那么这也会导致更多的司法制定政策的机会”^①。

司法审查在应对时代挑战的过程中显示出较为清晰的发展趋势。区域联盟组织和多边国际组织推动了司法审查主体、司法审查依据和司法审查范围的全球化。在区域层次上,欧盟创造了一个新的制定法律、运用法律的中心,它或者取代或者有力地影响成员国的国家法律,从而使通过区域法院实现司法审查的国际化已经成为一个普遍性的司法现象。“欧盟主要是通过欧洲法庭的法律体系得以实现的宪法化。”^②欧洲法院通过对欧共体的条约进行解释和适用使其成为准宪法,为欧洲法院进行司法审查准备了高级法的依据,并由此提升自身的裁判权威。^③在全球层次上,通过WTO的争端解决机制以及WTO规则在成员国的适用实现司法审查的全球化,也成为一种全球性的制度合作机制。WTO的争端解决机制通过管辖权的行使树立了其全球化的权威,WTO规则要求所有成员国必须承担司法审查的义务。^④WTO的制度体系给司法调整留下了巨大的作用空间,推动了司法审查权威的全球化进程。这种国际化的司法审查制度构架在一定程度上确证了这样一种宪政意识和主权观念:国际法律不仅仅是主权国家之间达成协议的结果,而是

① [美]马丁·夏皮罗:《司法审查的全球化》,孙祥壮译,载《法制现代化研究》,南京师范大学出版社2006年版,第270页。

② [英]理查德·贝拉米:《重新思考自由主义》,王萍等译,江苏人民出版社2005年5月版,第342页。

③ 任何与欧盟法律的某些内容相关的案件都可以提交到欧洲司法法院。欧洲司法法院裁决的效力高于各成员国包括英国的上议院裁决和英国立法,由此将合约性审查强加到英国这个保守派头上。欧洲法院常常通过对联盟基础条约的解释,从而在欧洲范围内产生了准宪法,为欧洲联盟区域内的司法审查制度提供高级法的依据。

④ 世界贸易组织要求各成员方在实施有关对外经贸的法律、行政法规、司法判决和行政决定方面,要为当事人提供申请复议和提起诉讼的机会。TRIPS第41条规定,在一定的条件下当事人对于初审的司法判决有上诉提请复审的机会了。在任何情况下当事人对于行政部门的终局性决定或裁决均应有提请复审的机会。GATS第6条规定,每个成员国应当维持或者尽快建立切实可行的司法、仲裁或者行政法庭或者程序,对影响服务贸易的行政决定给予迅速审查,作出合理救济的裁决。

一种理想的文明社会的司法框架,主权国家就应该在这个框架之内运行。^①

司法审查的国际化 and 全球化导致它的价值理念和制度安排突破民族国家的界限,成为人类法治文明生长的共同趋势和必然选择。无论是大陆法系还是普通法系国家都承认法官的解释权威和司法审查权力,都把建立司法审查制度作为保障国家权力的有效运转以及保障公民权利充分实现的机制。在司法审查上表现出某种积极主义的倾向,扩大审查的范围和力度已成为各国司法审查的一个趋势。二战以后,美国通过违宪审查不断扩张公民的基本权利,英国从 70 年代开始,对法院的司法审查采取了更为积极的态度,扩大了司法审查的范围,对一切法律问题、法院都要重新审理,无须尊重行政机关的意见。行政法规成为司法审查的对象时,法院判定该法规的制定机构负责证明法规的合法性,取消了行政行为的公定力。^② 德国宪法法院也加强了对立法行为的各方面的控制,对立法目的、立法程序、立法结果均给予审查,并可以作出单纯违宪审查的宣告、警告性裁判、合宪性解释的裁判,进一步彰显出德国宪法法院在国家权力结构中的地位。在司法审查之结果的价值取向上,对国家权力的运用多作限制性解释,已达到控权的目的,而对公民权利的行使多作扩大性解释,以保障公民享有充分的基本人权和自由。“法国虽然明确规定司法不得干预立法和行政,但其法律的合宪性审查由具有司法功能的宪法委员会来承担。”^③ 其实法国的宪法委员会也常常采用类似于司法裁判的程序来进行合宪性审查,保护公民的基本权利。利用程序保障公民的基本权利已经成为现代社会的一种普遍做法。1965 年,英国分别在英格兰和苏格兰成立了法律委员会,其职能是负责审查各自管辖范围内适用的所有法律,并负责对法律制度进行审查、修改,其建议多成为

① [英]理查德·贝拉米:《重新思考自由主义》,王萍等译,江苏人民出版社 2005 年版,第 341 页。

② 王名扬:《美国行政法》,中国政法大学 1995 年版,第 676 页。

③ 戚渊:《论立法权》,中国法制出版社 2002 年版,第 200 页。

各自地方进行立法活动的依据。^①

随着行政立法的全球化及其对透明度和参与性要求的全球化,“基于对行政机构行为的记录并以实现完美的透明度和参与性为目标,我们能够预料对行政机构行为的积极司法审查的全球化成为可能”^②。在审查标准上,“至少在美国,始于对透明度和参与性要求的审查法院已经不再要求行政机构证明其规定的科学性和正确性。而且,如果其采用的手段相对于其他可实现同等利益的手段成本较高的话,行政机构不能证明其为实现某一特定利益而采取的方法是正当的。在政府的大多数领域内,即使不能证明成本合理,制定的政策也必须是成本最低的。”^③此外,宪政性司法审查和行政性司法审查的融合已经成为欧洲的主导司法审查模式。“在欧盟,宪法性司法审查和行政性司法审查是不可分割的,正如欧盟委员会的立法和行政职能一样。而且,由于大部分共同体法律由成员国科层制政府执行,所以当法院审查成员国行政行为时,‘联邦制’宪法审查和行政审查经常是混合在一起的。”^④

我国已经初步建立了司法审查制度,主要是关于行政行为的司法审查。1989年由七届全国人大通过的《中华人民共和国行政诉讼法》具体规定了这一制度。现行宪法第三章第七节规定了人民法院的性质、权限、体制等等。根据这两部法律,当前我国的司法审查制度有以下特质:首先,司法审查是由人民法院内设置的行政审判庭通过诉讼程序进行,作出的司法判决具有最终的法律效力。其次,司法审查的对象是具体行政行为的合法性,既包括法律审,也包括事实审。最后,司法审查以法律和行政法规、地方性法规为依据,以部门规章、地方政府规章为参照。人民法院发现地方政府规章与部门规章不一致以及部门规章之间不一致时没有审查权,只能由最高人民法院送请国务院解释或裁决。显然,我

① 威渊:《论立法权》,中国法制出版社2002年版,第228—229页。

②③ [美]马丁·夏皮罗:《司法审查的全球化》,孙祥壮译,载《法制现代化研究》,南京师范大学出版社2006年版,第273页。

④ 同上书,第280页。

国的司法审查只限于对具体行政行为的审查的制度构架是明显落后于时代的发展的,在当今行政管理事务日益繁杂,行政立法成为主要行政手段的情形下,对抽象行政行为的合法性审查是至关重要的。就宪政性司法审查而言,我国要结合司法审查的司法性和政治性特质,形成宪法法院和普通法院相结合的审查制度框架。

法律文化(legal culture)

在马文·哈里斯那里,“文化是社会成员通过学习从社会上获得的传统和生活方式,包括已成模式的重复的思想方法、感情和动作(即行为)”^①。在我看来,文化乃是一种行为方式和观念体系,是具有认同、沟通、评价和规范作用的思维方式和行为模式的总和。自20世纪60年代以降,美国学者弗里德曼和埃尔曼等人以政治文化的概念为基础,提出了法律文化的概念,系统阐释了法律文化的文化涵义,分析了法律文化形成和发展的不同模式,阐发了法律与文化的互动机理。在弗里德曼那里,法律文化是普通文化的组成部分,是针对法律体系的公共知识、态度和行为模式。^②20世纪80年代末期,中国法学界引入了法律文化的概念,对法律文化现象展开了深入的研究。法律文化是文化的一个子系统,它既是一个对象性的社会现象,又是一个中介性的现象,是法律规范制度系统及其观念系统构成的一种调整机制。法律文化归根结底是人的需要的产物,是人类交往规则和理念的集中体现。

从法律文化的表现形态看,法律文化首先是观念形态的文化。观念

① [美]马文·哈里斯:《文化人类学》,李培荣、高地译,东方出版社1988年版,第6—7页。

② L. M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York: Russell Sage Foundation, 1975, pp.193 - 194.

形态上的法律文化表现为法律心理、法律情感、法律意识、法律意志、法律信仰、法律意识形态、法律知识、法律理论思想体系等等。其次是制度形态的法律文化,包括规范体系、制度系统、组织机构及其设施、法律技术等;从功能角度看,法律文化总体上具有调整功能和制度影响功能。制度形态的法律文化通过权利、义务和责任规范模式及其实施机制对社会主体的行为进行安排,发挥着调整社会关系的功能。任何法律制度的创制和实施必然是在一定的法律观念指引下进行的,因此观念形态的法律文化能够影响法律制度的运作,有助于巩固和稳定社会主体之间的社会关系,便于社会主体自觉地、习惯地维护社会秩序,能够提高法律的效益;从发生学的角度看,法律文化是一定社会物质生产条件下社会生产方式和社会生活方式的制度化 and 观念化的产物,是由一定的社会物质生产方式所形成的法权关系的表现。故而法律文化如果能够适应一定社会的生产方式和生活方式,那么相对于该社会它就是先进的,反之,则是落后的法律文化;法律文化本身作为一种方法,旨在把所有与法律有关的现象视为一个文化整体,通过法律与其他社会现象的相互作用的文化机理,探讨法律文化的功能属性及其演化规律。^①

法律文化的结构与特征

法律文化的结构反映着法律文化的构成要素及其相互关系。在武树臣看来,法律文化由法律思想、法律规范、法律设施和法律艺术四大要素组成。这些要素以社会生活为基地,以法律意识为中心环节,通过相互联系和相互作用推动法律文化的演进和发展。^② 张文显认为,法律文化的结构是法律文化要素相对稳定的、有序的组合方式,是把一个要素与其他要素以及要素与系统联结起来的纽带或中介。法律文化系统内部可以区别出认知结构、评价结构、心态结构和行为模式结构。这四种结

^① 梁治平编:《法律的文化解释》,三联书店 1994 年版,第 4—5 页。

^② 武树臣:《让历史预言未来》,载《法学研究》1989 年第 2 期。

构依据各自反映法律文化的深度而区分为四种不同但却相互依存的层次。法律认知结构包括感知和认识两个层次。法律评价关涉到社会成员对法律现实所作的价值判断和在此基础上进行的价值设定与选择。而法律心态则是人类在长期的法律生活中形成的普遍心理,是社会、群体以及个人的法律体验和法律情感的结晶和积沉。法律行为模式是指业已模式化的群体法律行为指向或图式。法律文化的四大结构彼此联结,形成一个统一的、有序的相互作用的系统。法律文化的这四种结构的内在联系还表现在任何一部分的变化都可能引起其他部分的变化。^①在郑成良那里,法律文化的结构反映各个文化层次之间的相互关系结构。法律文化系统包含着三个文化层次。居于最高层次的理念形态和行为模式是法律文化的公设,它直接反映社会的终极性的法律理想与信仰;其下是理论形态的法律认知、情感和评价,它是对与法律相关的观念模式和行为模式的系统说明、解释和确证;最下面的层次是经验形态的法律认知、情感和评价,它构成了上面两个文化层次的感性经验基础。除此之外,法律文化系统中还有一个特殊的要素群,它并不固定地隶属于任何一个文化层次,但是与任何一个层次都直接相互联系和作用,我们称之为法律文化的热点。^②蒋逊将法律文化分成纵向层次、横向层次和时间序列层次,认为法律文化的组织结构呈三维立体形状。纵向层次分为表象层次、导向层次和潜隐层次。表象层次内含法律体制、法律规范和法律操作层面;导向层次内含法律思想、法律教育、法律传播层面;潜隐层次内含法律心态、法律认同和法律行为层面。时间序列系指法律传统和法律经验两大要素。三个纵向层次,九个横向层面,两个时间序列共同组成法律文化结构网络。^③刘作翔把法律文化结构分成内隐的深层次结构和外显的表层结构。法律文化的深层结构,是指构成法律文化

① 张文显:《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社2001年版,第240—247页。

② 张文显主编:《马克思主义法理学——理论、方法和前沿》,高等教育出版社2003年版,第257页。

③ 蒋逊:《法律文化刍议》,载《比较法研究》1987年第4期。

的法律意识形态的总和,包括法律心理层次、法律意识层次和法律思想体系层次等。法律文化的深层结构是法律文化的基础,决定着法律文化的发展方向。法律文化的表层结构,是指作为法律文化深层结构的法律意识形态的外在化表现形态,是与法律意识形态相适应的法律规范、法律制度、法律组织机构以及法律设施的总和。^① 刘学灵先生指出,法律文化的结构可以分解为表层结构、中层结构、深层结构三个部分。表层结构中所包含的内容主要是基于一定经济基础之上的人们的法律活动以及由此形成的法律制度、法律机构和法律条文、判例等;中层结构是指在一定的社会经济条件下人们之间的法律关系以及由此而形成的法律规范、法律思想和法律经验与技术等;深层结构是指法律心理以及与此相关联的法律思维方式、行为方式和法律观念等。^②

从更广泛的意义上讲,应当从功能角度界定法律文化的结构。由此出发,法律文化结构是由法律文化内在结构和外在结构组成的一个有机系统。法律文化的内在结构是指法律规范制度与法律观念体系的总和。法律文化的外在结构乃是影响法律规范制度和法律观念体系的人类交往方式。这种交往方式取决于社会生产方式和生活方式,也可以说,人类交往方式是物质生活条件的外在表现方式。法律文化内外结构的中介是法律价值系统,包括价值认同、价值选择和价值吸收与融合以及建立在价值位阶基础上的不同价值之整合。法律文化的内在结构通过价值系统实现与人类交往方式之间的相互作用。

法律文化的结构规定了法律的价值功能,表征社会文化的意象和气质,体现出多方面的特征:

第一,法律文化具有整体性与层次性。法律文化包括制度规范体系和观念体系。一方面,法律文化的制度规范体系包括法律规范、法律部门、法律制度、法律体系和法系。法律规范是规定事实状态下从事一定

^① 刘作翔:《法律文化理论》,商务印书馆1999年版,第117—136页。

^② 刘学灵:《法律文化的概念、结构和研究观念》,载《河北法学》1987年第3期。

行为所致后果的法律处理的规范性装置。同类法律规范就会构成法律部门,同一性质的法律部门构成了法律制度,法律制度的总和就形成了法律体系,若干国家和特定地区具有某种共性或共同传统的法律体系就构成了法系。法律规范、法律部门、法律制度使得法律体系成为一个多层次的等级结构。另一方面,法律文化的观念体系包括感觉性层次、取向层次和评价性层次三个层次。社会主体对法律的表面直观的不系统的自发的感性认识,是法律观念体系的初级阶段,这种认识属于感觉性层次,虽然容易受外界干扰而加以改变,但却是形成理性的法律观念之基础。社会主体在对法律形成感性认识的基础上形成的意向和意识定势属于取向层次,这种层次的认识往往经过社会主体对感性认识材料的选择和鉴别,具有相对的稳定性。在取向层次中,价值因素起着重要的作用,反映了社会主体的利益要求。法律观念的取向层次是联结感觉性层次和评价性层次的中介环节。评价性层次是指社会主体在对法律形成价值取向的基础上结合自身利益与法律现象作出的评判,是社会主体对法的现象的自觉的理性认识。这种理性认识的形成需要借助于前人经验的传授、大众传媒的宣传教育以及自身的学习观察体会。从上述对法律文化的制度规范体系和观念体系的梳理可以看出,法律文化的各个组成部分具有显明的层次性,使法律文化成为一个多层次的整体性的结构。

第二,法律文化具有普遍性与民族性。从法律的内容和精神角度来看,法律文化具有四个方面的普遍性。一是在同一种社会经济结构基础上形成和发展起来的不同社会共同体的法律文化在法律的精神和原则方面具有内在的一致性。二是不同生产方式和政治体制的国家的法律文化一般来说会有较大的差异,但是其中有些制度会体现人类社会在管理国家和治理社会方面的一般规律,反映维护社会稳定和发展的共同理念,从而具有一定的普遍性。三是有关社会公共事务的法律规定,反映了法律文化的普遍性要求。有关交通、环保、卫生、资源、人口、水利、城建方面的法律规定,或反映了规范控制的技术性或者反映社会整体利

益。这些规范是维护社会正常运行所必须的,对于任何国家来说都是共同的规范制度。四是法律的概念、范畴、术语和法律技术构成了法律文化的形式方面的共同性。法律的概念、范畴、术语是建构法律制度和传播法律观念的工具,任何一个国家的法律文化都不可能创设一套全新的与其他国家和前人完全不一样的法律范畴体系。所以,法律概念、范畴和术语的普遍性是不同法律文化形式存在和发展的内在要求。制定、执行、解释和适用法律规范的法律技术在很大程度上体现了法律调整过程的一般规律,是人类长期的法律智慧和经验的积累,因而,对于各民族、各国家的法律文化来说,法律技术具有普遍性。^①当然,法律文化也具有民族性,这是由各国的具体社会状况和相互间的文化隔离机制造成的。由于世界各国、各民族的政治、经济、文化发展水平是不一致的,它们各自的国家形态和政治体制方面也有差异,每个国家和民族又有其特定的地理环境、自然条件、人口状况。这些复杂的因素势必使世界各国、各民族的法律文化呈现丰富多样的特点。再加上各国、各民族的法律文化在加强相互交流的同时始终存在着一定程度的自成系统的封闭性,全球化的浪潮也无法完全打破这种局面。因之,在看到法律文化的普遍性的同时不能忽视法律文化的民族性,正因为如此,法律文化兼具冲突性与融合性的特点。

第三,法律文化具有内在的自我调适性与外在的社会整合性。一方面,法律文化观念和规范制度之间的张力推动自身的完善发展。法律文化中的制度规范体系和观念体系这两大内在结构,由于其自身内容、表现方式、文化载体、形成过程等存在着较大区别,因而二者之间也常常发生冲突。制度性法律文化和观念性法律文化的冲突在不同的历史阶段有着不同的表现形式。当一个社会的政治制度、法律制度阻碍着社会发展和进步时,并且该社会受到内部的矛盾运动法则和外部的先进文化观念的影响和冲击时,这种冲突就可能表现为先进的观念文化同落后的制

^① 公丕祥主编:《法理学》,复旦大学出版社2002年版,第142—144页。

度文化之间的冲突。制度性法律文化与观念性法律文化冲突的另外一种表现形式是落后陈旧的法律文化观念同新的适应于社会发展和需要的法律制度体系之间的矛盾,实际上就是先进的制度性法律文化同落后的观念性法律文化之间的冲突。这种矛盾和冲突会给一个社会的法律制度的实现带来较大的困难。所以,在一个社会经过革命之后,确立了新的法律制度和规范体系,这种制度要成为有效性的社会调整手段,需要社会成员的法律观念的配合和支持。^① 在解决法律制度与法律观念矛盾的同时,法律文化也得到了完善和发展。另一方面,法律文化具有外在的社会整合功能。从制度形态上讲,较为完备的法律制度可以在社会中树立客观化的行为统一标准。同时,法律制度的严格实施意味着国家机关、社会团体、公职人员和公民个人都必须无条件地执行和遵守国家的法律,不允许任何人做法律所不允许做的事情。显然,法律制度为社会主体的行为提供了合法性的标准,具有重要的社会调整功能。从价值观念上讲,法律观念是评价法律制度重要标准,影响着法制的建构和运作。法律观念与政治意识、道德意识关系密切,互相影响,是社会生活的反映,故而法律制度必须与法律观念形成互相支持、相互配合的局面。具体而言,法律观念是立法的思想和心理基础,是正确适用法律的思想保证,是公民守法的心理基础,是法律实现的不可或缺的社会心理基础。因之,法律文化具有十分重要的社会功能,能够调整社会关系,稳定社会秩序,实现社会正义。

法律文化的冲突与融合

法律文化的内在结构的矛盾性、法律文化与社会现象的相互作用、法律文化的传播必然导致法律文化的冲突与融合现象。国家制定的法律总是企图符合社会事实的权利要求,但是由于人的认识能力和规范建

^① 刘作翔:《法律文化理论》,商务印书馆1999年版,第232—236页。

构能力的有限性,法律与社会事实所要求的理想法律之间存在一定的矛盾,也就是说总是存在规范和事实之间的紧张关系。因此,无论是外来法律文化还是本土法律文化都存在与社会事实相适应的问题,适应程度的差异决定两种法律文化的冲突性和融合性。

不同时代的法律文化之间存在冲突和融合的问题。一般地讲,现代法律文化与传统法律文化在整体上是冲突的。权利文化是现代法律文化的核心,它内涵不同的价值取向,以确证、弘扬权利来表现其理性的诉求;权利文化以个人主义为其深厚的伦理基础,在个人与社会的关系上,主张个人权利高于国家,它强调个人的主体地位和自由,因而又是一种与义务本位的文化相分野的一种文化价值取向。在权利和权力发生冲突时,现代法律文化强调权利的优先性,主张以权利制约权力,并提供权利救济制度的保障。在人与人之间的关系上,强调人的平等性、主体性和自律性。权利文化在经济制度上物化为以自由竞争为核心的市场经济法律规则体系,弘扬契约自由精神。契约不仅在私法领域成为人们缔结各种社会关系的合法形式,而且在公法领域也成为平衡配置权利与权力的合法性原则。因此,权利文化在政治制度上固化为对抗制的政体模式,因而在法律程序机制的构造上奉行当事人主义原则。

而在传统社会中,法律文化更多的表现为一种义务文化。为了对付严酷的自然,人们自发结成群体,在与自然的抗争中显示了巨大权威的强者取得了群体的保护人的地位,加之原始宗教情结的作祟,这些强者成了自然之神和祖先之神在尘世的化身,依附于强者的客观需要和人类认识的局限性促成了古代依附性人际关系的安排。这些强者起先是家长、族长、酋长,后来则表现为摆脱了血缘联系而以地域为基础的政治共同体的国王、君主等首领。这样,一个以人身依附为特征的比较稳定的古代社会结构产生了。在这种社会结构基础上形成的政治体制表现为专制的集权控制,与这种社会结构相适应的法律是身份等级法,它维护着人身依附关系和人治文化传统。因此,在人类进化的漫长岁月,难以萌发权利意识,更不消说以权利为中心来对人际关系作制度安排。于是

在这样社会文化环境中,伦理规范成为社会关系的主要调整手段,法律的主要作用是对严重违反社会伦理的行为处以刑事制裁,在这样的目的指向下,法律不可能通过对权利的保护来实现对权力滥用的制止,法律文化体现了鲜明的工具主义精神品格。与义务本位相适应的权力至上、官本位的政治文化精神,在一定程度上影响了人们的司法观念和诉讼观念的形成。在这种文化环境中,社会调整中首先考虑社会整体的秩序利益,典型地体现义务本位的价值取向,依靠人身依附关系和社会主体内心的道德强制力和神秘的道德压力来左右人们的行为来调解纠纷乃是必然的选择。^① 传统社会的家族本位、个人在家族中处于依附地位的社会结构基础必然要制约和阻碍公民形成独立的人格精神和现代社会的个体自由、平等的品格,否定一个人追求自身利益的内在驱动力的合法性和合理性,因此社会关系结构的行政化以及建立在血缘、身份基础上的特权观念是与现代权利文化大相径庭的。尽管传统社会结构在现代化的过程中逐渐式微,但是建立在传统社会的经济、政治和文化基础上的传统法律文化观念也会作为一种深厚的历史沉淀长期存在于人们的思想观念中,成为阻碍社会主体现代权利意识形成和发展的绊脚石,从而也限制法治功能的正常发挥,影响法律的权威性。

另一方面,法律文化的传统因素和现代底蕴之间也不是完全对立的,有着可以融合的可能。传统法律文化存在于普通民众的法律意识、心理、习惯、行为方式以及生活过程之中,构成了社会成员信仰和认同的载体,从而成为一种历史文化力量。^② 任何一个社会的法律文化的创新与发展都是在一定法律文化传统基础上进行的,法律文化在和社会经济、政治、文化的作用过程中也会适应时代的要求而实现某种程度的创新。现代法律文化既是对传统法律文化的历史性否定和时代超越,也内在地包含有对传统法律文化中某些积极因素的肯定与传承,是一个文化

① 刘旺洪主编:《法律效益论》,中国商业出版社1998年版,第139—140页。

② 公丕祥:《法制现代化的理论逻辑》,中国政法大学出版社1999年版,第347页。

发展的阶段性和连续性相统一的过程。因此,在一个国家的法律变革过程中,必然存在着传统法律文化与现代法律文化相容的历史可能性。传统法律文化与现代法律文化之所以能够彼此相容,首先是由于传统法律文化的可选择性和相容性。传统法律文化体现了传统社会诸方面条件和因素的法权要求,凝聚了该社会人们调整行为以及制度安排的丰富历史经验,这种文化经验经过历代人的阐释和传承,部分成分获得了某种历史定在性,用社会实践证明了其存续的合理性乃至优越性。^① 其次是传统法律文化拥有内在不变的文化精神要素和相对稳定的规范制度要素,从而具有某种程度的现代性和延续性,能够和现代法律文化融合并且自我发展。对秩序的追求和延续性的诉求是人类社会类本质属性决定的。一个社会无论如何发展,它总是无法摆脱与过去的纽带联系,不可能与过去的历史完全断裂。无论现行社会秩序受到现行法律制度的怎样强化,如果缺少世代相传的民族法律文化心理的支持和认同,它也是脆弱的不稳固的。^② 作为中国传统法律文化精华的和谐与协商精神也是现代法律文化的因子。传统中国社会的法律生活充满了温情的协调色彩,追求情、理、法的和谐统一,传统中国法律的主要使命是协助其他社会调整机制实现一种体现“仁道精神”的社会生活,而不是构筑西方社会追求的那种符合个性自由精神的社会生活,因此,在传统中国社会法律和道德呈现出相互渗透、相辅相成的关心,法律在实施过程中追求实质正义的同时,履行着广泛的德礼教化之功能。^③ 在诉讼文化方面,传统中国社会强调司法调解在司法解决纠纷过程中的作用,劝导当事人尽可能地通过调解解决纠纷,司法调解有利于维护社会稳定、有利于实现实质正义、有利于节省司法资源,当下中国仍然需要通过形式正义和实质正义的结合来确立利益分配模式,通过自治和管理的协调来建构利益实施模式,通过法律解决机制和替代纠纷解决机制的结合来确立当代中国

① 公丕祥:《法制现代化的理论逻辑》,中国政法大学出版社1999年版,第351—352页。

② 同上书,第355—358页。

③ 谢晖:《古典中国法律解释的哲学智慧》,载《法律科学》2004年第6期。

的利益侵害救济模式,实现自由和秩序的统一,促进社会和谐。

西方法律文化在中国的广泛传播,导致了近现代西方法律文化对传统中国法律文化的剧烈撞击和冲突。这种冲突的根源是商品经济与自然经济的价值对立,因而是一种历史进步。正是在这一冲击和挑战的过程中,东方国家逐渐走上资本主义化或者西方化的道路,从而跨入“世界历史”的行列。这一冲击的结果是近代西方法律文化逐渐占了中国传统法律文化的上风,宣告了中国传统法律文化危机的到来。正是在这一冲击的过程中,打破了传统中国社会与文明世界隔绝的状态,建立了中国与世界的联系,推动了中国传统法律文化的现代化进程。当然,不应把中国法律文化的历史转变的动力完全归结于西方近现代法律文化的冲击。^①

传统法律文化与现代法律文化的融合必须实现传统法律文化的创造性转换。实现这一转换的动力在于社会内部本身的诸因素的矛盾运动。这种转换并不是仅仅由于外部环境的冲击造成的,而是表明传统法律文化本身有着接受变化的潜力和传统法律文化所赖以存在的经济的、政治的、社会的条件之改变。在从传统走向现代的过程中,社会主体并不是同一切传统的法律文化决裂,而只是与某些阻碍社会进步和法律成长的法律文化诀别,进而在新的历史水平上更深入地理解传统法律文化的价值,积极主动地赋予传统法律文化观念以新的存在形式和生命力。必须认识到,传统法律文化实现创造性转换的根本动力,来自于商品经济和民主政治建设所形成的强大动力。^②

同时代的不同地域、民族法律文化之间也存在冲突和融合的关系。由于政治、经济、文化等各种社会因素的差异,不同国家、民族的法律文化必然呈现多样化的特点。权利观念在传统西方法律文化占据较高的地位,权利观念在古希腊的正义学说中就已经有了萌芽,以普罗塔哥拉

① 公丕祥主编:《法律文化的冲突与融合》,中国广播电视出版社1993年版,第58—60页。

② 公丕祥:《法制现代化的理论逻辑》,中国政法大学出版社1999年版,第360—364页。

为代表的智者学派提出了约定论,阐发了“人是万物的尺度”的著名的人类学命题,突出了人的理性地位,契约意识成为古希腊公民参与城邦政治活动和进行经济活动的重要手段和工具。权利文化在罗马私法中获得更为典型的表达,罗马人形成了法律人格平等、所有权神圣、契约自由等观念。对于传统中国社会的法律文化来说,它的发生学形态隐含了权力本位和人治主义的价值取向和注重实质合理性的形式特征,并造就了法律刑罚化、伦理化的契机。传统中国自给自足的自然经济,绝对君权的专制统治以及家、国一体的宗法社会结构产生并保持了儒家正统思想,并在人治上与法家的以刑去刑思想获得了统一,法律文化集中体现了对秩序的维护和统治阶层的政治尊重的中心价值。可见,中国传统法律文化与西方传统法律文化存在着巨大的差异性,它们之间出现冲突也就成为历史的必然。

当代中国也深受西方现代法律文化的影响。中国从1988年开始借鉴了美国以宪法修正案的方式修改宪法的方式,在保证宪法规定的国家和社会根本制度不变的情况,根据社会发展的需要,作部分修改,这样既维护了宪法的稳定性又保证了宪法的社会适应性,有力促进了宪法权威的树立。行政许可法、行政处罚法、治安处罚法中行政听证制度的确立和美国行政听证制度的影响密切相关。政府信息公开法律制度确立也和美国资讯自由法的影响和广大民众要求有效行使知情权和监督权的诉求有关,政府信息公开制度为公民知情权的实现提供了前提和基础,对制止腐败、促进行政决策合理化、科学化,更有效地保护公民的人身权和财产权具有极其重要的意义。当代中国诉讼法制现代化深受普通法系当事人诉讼模式的影响。在一定程度上讲,中国诉讼模式由职权主义向当事人主义的转变就是借鉴对抗制诉讼模式的结果。进入21世纪以来,美国在坚持当事人主义理念的同时,加强了法官在法律纠纷解决中的引导和能动作用,法官在证据开示制度和审判之前的和解中起到了组织、说明和协调的作用。在起诉到美国法院的所有民事案件中,只有百

分之十的案件进入庭审。^① 20世纪90年代美国国会开始将调解、仲裁和其他非诉讼纠纷解决办法的试验转向制度化,“在1998年的‘替代性纠纷解决法’中,国会指示每个联邦地区法院都要依据当地的规则建立自己的ADR项目,并要求诉讼当事人在每个案件中都应当考虑在一个合适的诉讼阶段使用ADR。州法院系统对于当事人参与各种审前纠纷解决方法的坚持也是有增无减。精明老练的商人们更是纷纷要求更多地使用ADR”^②。近几年来我国也十分注重调解机制在纠纷解决和构建和谐社会中的作用,调解结案率成为法院和法官工作的考核和评价指标。在和谐解决社会纠纷的压力推动下,在法院的探索实践积累的经营基础上,和谐主义诉讼模式以及审判和调解相结合的纠纷解决途径在当代中国得到了广泛应用。

随着我国社会主义市场经济建立和发展,人们的权利意识进一步增强,不断地向法院提出了对社会交往中的没有法律化的利益加以司法保护的要求,许多法院能够适应时代的要求,借鉴美国的判例法传统,通过法律解释等手段积极扩大法院的受案范围,通过案件指导制度影响和指导下级的法院的审判工作。在司法实践中,阳光权、获得学位的权利、小区业主权利的保护等都获得司法判决的支持,最后被立法所吸收成为制定法保护的權利。司法实践中最高人民法院通过司法解释规定“以公路、桥梁、公路隧道或者公路渡口等不动产收益权出质的,应该属于依法可以质押的權利”,从而对这些担保法没有明确认定的质押利益给予司法保护。在物权法出台之前,司法实践中出现了应收账款的质押纠纷,一些法院借鉴美国物权制度,对应收账款的质押权利给予司法确认。

中国自进入改革开放时期后,在某种程度上采取了美国在自由资本主义时期确立的自由主义法律价值理想,在经济领域逐步确立了效率优先、兼顾公平的价值观念,在法律制度安排方面,强调契约自由和意思自

① [美]斯蒂芬·B. 戈尔德堡等:《纠纷解决——谈判、调解和其他机制》,蔡彦敏、曾宇、刘晶晶译,中国政法大学出版社2004年版,第6—7页。

② 同上书,第9页。

治原则,把有限的人力和自然资源优先地配置给能够产生更大效益的市场主体手中,把劳动、技术和资本当作收入分配的基本要素,把形式正义的实现作为优先的法律价值目标。三十年来以法律形式主义为先导的法制现代化发展战略,虽然取得了经济建设方面举世瞩目的成就,但同时也造成分配不公、贫富分化、生态环境恶化等严重的后果。进入 21 世纪后,我国开始重视通过立法和法律实施来实现利益的公正分配,开始借鉴英美法系国家的福利主义政策,用宪法修正案的形式确立了建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度的目标。我们党在十六届三中全会通过的《中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》提出了要坚持全面、协调、可持续的发展观,加强了社会保障、公共服务方面的法律制定工作。在司法上改变了过去片面强调法律效益的做法,要求司法正确处理好法律效果和社会效果、形式正义和实质正义之间的关系。

法律的全球化与法律文化的多元化

全球化是一个涉及到人类经济、政治、文化和社会生活诸领域的国际化与地方化密切结合的世界性历史进程。在我看来,希腊时期、罗马帝国时期、中世纪晚期罗马法复兴时期的法律重构运动属于早期的法律全球化运动;两大法系的形成和交融、欧洲联盟法的建立和世界贸易协议和规则的形成属于新的法律全球化运动。毋庸置疑,人类正在处于一个新的全球化时代,这次全球化浪潮正通过对人们交往空间和交往方式的改变极大地影响着人们的经济、政治、文化和社会生活方式,并相应地改变着人们之间的社会关系和社会交往规则,对各个主权国家的法律生活世界造成了持续不断的影响,导致了全球性的法律重构运动,型塑着与全球市场经济相适应的世界法律蓝图,引发了史无前例的全球范围的多元法律文化之间的冲突与融合。事实说明,早期法律全球化运动在实现各种法律文化大融合的同时,使得各国法律具有更多同质性,但并没

有消弭他们之间的差异性,没有改变法律文化多元化这样一个事实。那么,新的法律全球化是否也还是遵循了这一法律文化交流的历史规律呢?

一方面,法律文化多元化具有内在的必然性。从一定意义上讲,人类社会生产方式及其交往方式的多样性也就意味着人类法律文化的多样性。从哲学层面看,法律文化是人的本质的实现和自我完善的一种机制,人类自我存在的多样性和人的本质的多样性,也就决定了人类社会必然形成和发展出多元化的法律文化模式。在人类历史上,不同的法律渊源、法律形成机制造就了不同形态的法律文化,这种历史文化的惯性仍在影响着法律文化的品性、结构和形式,仍然是决定当今世界法律文化多元化的重要因素。此外,法律的不同实施模式也是导致法律文化多元化的原因。在人类社会的法律运作历史上,以法院为主体的程序中心主义的法律实现机制和以立法机关为主体的实体中心主义的实现机制在法律文化的结构、形式和作用机理方面施加不同的影响,从而形成了多元法律文化的格局。再者,现代法律文化是从传统法律文化演化而来的,传统法律文化的历史渊源的多元性,必然导致现代法律文化的多元化。尽管东西方现代法律文化因为交流和融合具有更多的共同性,但发轫于传统之上的文化因子仍然深刻影响着人们的法律思维方式和行为模式,因而它们之间仍然存在着深刻的差异。

另一方面,法律文化的多元化并不意味着法律文化不存在统一性。法律文化的多元性和统一性是由法律文化的同质性和异质性决定的。法律是随着社会的发展而发展的,各民族法律规范制度和观念体系都必须随着社会价值体系的变化而发生新的变化,从而引发法律文化的结构、形式和作用机制的深刻变化,进而也会引起各种法律文化之间的同质性和异质性的新变化。资本主义的扩张过程、个人主义价值观的世界性影响、权利本位的西方文化在世界范围内的广泛传播、形式理性高度发达的法律体系的建构、普通法系和大陆法系的形成和相互渗透、伴随着经济全球化而引发了全球范围的法律价值取向、法律原则、法律精神

趋同化和某些法律制度的一体化现象和世界范围内贸易规则的统一,国际人权保障法律制度构架的形成,也是一种体现理性和现代性的全球化现象,因此无论是法律文化的同质性要素还是异质性要素的变迁都是体现理性和现代性的历史变化。理性和现代性推广和实现方式的趋同性和多样性决定了法律文化的统一性和多元性。

首先,理性和现代性在全球的推广方式和过程决定了法律全球化乃是多样化的统一。全球化是一种理性在全球推广的过程。近代资本主义生产方式在全球的推广,意味着全球化意义上的生存方式在某种程度上的确立。这种生产和生存方式瓦解人身依附关系,在人们之间确立了理性的利益关系,于是人们开始理性地思考个人与社会、国家之间应有的关系模式,开始用公法和私法来界定政治国家和市民社会各自的活动范围,借以实现政治活动领域的法治化和私人活动领域的契约化。处在全球化浪潮中的各个民族国家的法律规范制度和观念体系必然向着体现更多理性成分的方面发展,但是如果将这种理性纳入法律规范制度和观念体系,则必然带有民族的色彩,有的国家通过实体中心主义文化模式来实现理性的普遍化,借助立法程序制定完备法律体系来实现法律价值和法律形式的理性化;而有的国家则通过程序中心主义文化模式来实现理性的普遍化,借助理性的司法程序机制和宪法程序机制上来处理国家与社会、个人与社会之间的利益关系。所以,体现和实现理性的方式具有多样性,因而法律文化的全球化仍然是多样化的统一。法律全球化也是现代性在全球范围内获得发展的历史进程。法律文化的现代性表现为社会关系、交往方式、规范制度和价值观念方面的先进性。诚然,市场经济的生产方式及其交往规则体系首先是从西方国家发生起来的,西方国家在市场经济基础上建构的宪政文化模式也体现了限制权力、保障人权的宪法宗旨,集中体现了社会关系调整机制和价值观念体系方面的先进性,因而现代性在全球范围内推广,在某种程度上就是西方法律文化向东方的传播和对东方传统法律文化的冲击。应该承认西方的政治法律文化的冲击力量是巨大的,他们正在借助市场文化和消费文化形

式向世界各国传播,直接或间接地影响东方国家民众对本民族传统文化的认同感,从而在一定程度上削弱东方国家人民法律意识。但是,同时也必须看到西方法律文化的冲击及其影响效果最终必须通过接受国内的经济、政治和文化架构的回应来实现。鉴于在相当一段历史时期内市场经济的全球化还没有完全改变民族国家的经济结构和社会结构和政治制度,加之东方社会传统法律文化也具有多方面的现代性,因此作为上层建筑的法律文化还必然因为国情因素保留民族的特点和地方的特色。再者,全球化在促进西方法律文化的广泛传播与推动法律文化同质化的同时,在互动关系建立的过程中也会创造出不同的法律文化个性与法律文化的分离化。所以,法律的全球化仍然必须体现法律的多元化特征。

其次,全球行为主体的多元化决定了法律文化的全球化乃是容纳多元化的统一。全球化改变了国家的传统交往方式、改变了人们的活动空间,打破了民族的局限性和区域的封闭性,扩大了国家政治、经济文化的活动空间,不仅使原有的社会主体成为了全球行为主体,而且产生了新的国际行为主体,进而产生了新的交往规则的创制主体。在个人层次上,国家公民在全球化的背景下成为某种意义上的世界公民,可以向国际人权机构寻求人权保护,成为人权文化的体验和传播主体。欧洲联盟的成立使得欧洲国家的公民同时具有了欧洲联盟的公民的资格和权利,可以获得欧盟法律及其法律机制的保护,促进两大法系法律文化的交流和融合。在组织层面上,除了国家外,国际非政府组织、超国家政治组织和国际间政府组织,跨国公司、个人都是国际行为主体,在某种程度上都是一定范围交往规则体系的参与或制定主体,都对法律全球化的推进起了重要作用。联合国、世界贸易组织、欧洲联盟都是政府间国际组织或超国家组织,它们通过民族国家主权的一定范围的让渡行使着对有关事务的法律决策权,在全球法律意识和观念指导下制定具有全球意义的法律规则体系,在独立于主权国家法律制度规制的领域,确立和实施自己的行为标准,从冲击和影响了主权国家的法律文化,在世界法律的多元

化的基础上,也增加了法律文化的多元化趋势。法律文化的全球化通常是处于主导地位的西方法律文化向居于边缘地位的发展中国家扩张,传导加强市场法律结构、深化民主改革的冲击和压力,从而影响发展中国家的法律生成模式的变化。国际行为主体的多元化造成了法律多元化和法律保护的国际化,导致了法院管辖权的竞争,产生了要求国家解除对跨国法律诉讼手续的限制以及要求提供高效的法庭审理的司法诉求,必然造成国际组织的司法管辖权与成员国的司法管辖权的冲突,导致不同类型司法文化之间的冲突和融合。因之,这些新的交往规则制度及其观念体系在表现法律全球化的同时,本身又构成了新的法律文化形式,给法律文化多元化赋予了新的涵义。

最后,法律全球化是法律文化国际化与地方化有机结合的过程。法律文化全球化是文化全球化的表现形式。法律文化全球化是法律文化的地方化与国际化的统一,是法律文化同质化与法律文化异质化的统一,是全球不同法律文化实现全球连接的过程。具有不同性质、结构和内容的民族法律文化在政治、经济全球化进程中,在日益广泛的交流中不断地经历着冲突与整合的过程,在世界范围内引发了法律文化整合运动和分离趋势。在全球化进程中,某一特定的法律文化作为一个民族特定的生活方式的集成以及信仰和价值观念的凝结,正受到其他民族法律文化因子的渗透和影响,并相互作用的过程中生成一些为世界大多数人民所认同的共同性法律文化因子,在国际经济、政治和文化交往中发挥中介机制的作用,从而形成了超越国家的法律文化浪潮。因之,法律文化全球化是建立在法律文化多元主义与法律文化趋同主义的结合之上的,法律文化全球化实质就是全球体系中的法律文化的整合与嬗变、分离化与同质化并存的过程。^① 法律文化在本质上是一种社会建构的、处于历史变化中的中介机制,具有巨大的文化渗透和交流的影响力。法律

① [日]星野昭吉:《全球政治学——全球化进程中的变动、冲突、治理与和平》,刘小林、张胜军译,新华出版社2000年版,第191页。

文化全球化程度愈深、范围愈广,它对全球多元行为体的影响就愈大。一方面,具有普遍意义的市场经济体制以及与此相适应的制度架构和观念体系在全球范围内的推广,成为法律文化的共同成分。另一面,各个民族在确立和发展自己的价值系统与规范体系方面的制度创新,也会影响其他市场经济国家,从而获得国际性影响,因此法律全球化乃是交往规则的国际化与地方化共存的一个历史进程,法律文化的交融也必然是国际化和地方化共存的一个历史过程。

法律语言(legal language)

20世纪中叶至今,法律语言的研究已经形成了相对独立的研究范围和研究方法,在法学和语言学交叉领域取得了丰富的成果。^① 法律语言的分析和研究在法哲学层面和语言学层面具有不同的学术景象:法哲学层面主要关注和研究如何运用语言分析的方法分析法律概念、规则和制度,从而更好地理解 and 回答“法律是什么?”这一法哲学的终极问题。在这一学术面向上,法哲学并不过分关注法律语言的语言学问题,而是主要关注对作为制度的法律进行语言哲学层面的理解和分析,这一学术面向目前主要是运用后期维特根斯坦的语言分析哲学方法研究法哲学基本问题。而语言学层面的法律语言研究,以语言学(并非语言分析哲学)的方法研究作为研究对象的法律语言,主要关注法律语言的语言学问题,也包括研究规范语言运用的法律制度问题。前者的研究又分为理论和应用两个领域,综合语言学、法学、技术等多种类型的方法对法律语言

^① 需要说明的是,法律语言的研究至今仍然存在两个层面,一个层面是由语言学家主动以法律语言为对象进行的研究,该方面成果相对比较丰富;另一个层面是法学家主动以语言学方法对法律现象以及法哲学基本概念和问题进行的研究,该方面的成果相对薄弱。正是在这个角度,江平先生曾经指出法律语言的研究即便在今天仍然具有被法学研究边缘化的现实地位。参见周庆生、王杰、苏金智主编《语言与法律研究的新视野》,法律出版社2003年版,江平序。

这一研究对象进行展开和研究。^① 主要受到 20 世纪西方语言学的极大发展以及语言学对社会科学诸领域产生重要影响的双重背景的作用,作为法学和语言学交叉领域的法律语言研究趋势年轻而具活力。如今,法律语言的研究仍然在深度(主要是法哲学层面的法律语言的研究)和广度(主要是语言学层面的法律语言的研究)两个向度上高速拓展,至少已经成为法学研究者和语言学研究者的都不能忽视的研究领域。

语言的限度

“世界只有透过语言,它不能外于语言而存在。”^②这是德国法哲学家考夫曼的感慨。语言是人类最重要的活动,人类正是通过语言而形成相互之间最初的和最现实的有效交往的。即便在今天,语言依然是人类交往活动最重要的媒介,没有语言就没有沟通,没有沟通就没有理解,没有理解就没有相互的交往可能,因此,无法想象一个没有任何语言形式的世界。正是从这个角度才可以理解考夫曼的感慨。那么,作为规范人类交往活动的基本规则,法律也必然要与语言发生关联,考夫曼因而认为“法律是透过语言被带出来的”^③。不过,值得关注的是,人们早就发现了作为法律载体的语言(法律语言)总是带有不确定的倾向,我们可以将这种倾向理解为是语言自身的局限性。造成这种倾向的原因之一就是“早在古代人们就认识到:语言并不总是可靠地发挥作用”^④。从语言社会学的角度而言,一方面我们看到的是通过语言促成了人与人之间的交往,从而最终形成社会的秩序形态。但是,不能否认的是,语言是社会创造的,在社会存在之前谈论超越社会的语言是毫无意义的。语言作为一种社会现象,其自身仍然存在发

① 语言学层面的法律语言研究的具体范围划分学术界有共识,也有分歧。参见本书第 427 页的脚注。

② [德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社 2004 年版,第 167 页。

③ 同上书,第 169 页。

④ [德]考夫曼、哈斯默尔主编:《当代法哲学与法律理论导论》,郑永流译,法律出版社 2001 年版,第 298 页。

生、发展和完善的过程,与其他事物与现象的运动过程一致。所以,在任何特定的社会发展阶段,语言也处于发展的过程中,也就是说,语言必然存在不完善的地方,存在表达上的局限性。作为一种社会现象,语言的发展与社会的发展要求必然存在对应性,从这一角度而言,比克斯曾经认为“立法者的语言,在几乎所有的案例中,均太不精确”^①。其含义在于,立法语言总是不能完全满足社会发展的需求,因而总是在社会发展需求的作用下不断拓展和完善。这也可以被认为是语言天然的局限性。

造成这种倾向的原因之二就是语言的语义在不同的外部环境和理解主体之间有可能存在解读的差异性。即便我们不从圣经中“通天塔”的故事去理解人类语言差异性的神话渊源,仅仅从主体的语言能力与社会理解、从社会发展的不同程度这两个层面,都可以认识到语言语义的理解必然存在的差异性。撇开语言自身的表达限度不谈,语言的表达,与“被理解的”语言的表达存在一致性上的难题。这是由表达主体与理解主体之间的差异性造成的,除非理解主体能够真正明晰表达主体的观点,以表达者的视角理解表达者的语言表达。这是分析实证主义法学中一个非常重要的观点,即规则的内在方面的命题,该命题的提出显然与维特根斯坦描述性的语言分析观点具有内在的一致性。按照这一命题,理解主体必须以表达主体的视角去理解语言的表达,才能真正理解语言的语义,否则理解主体不可能理解语言的真正意义。也就是说,任何一个主体都“不可能站在某种语言游戏之外的立场判断词语、集合、命题同客观‘现实’之间的关系继而判断语言是否在正确勾画现实、与现实和相联或者表达现实。我们永远处在某种或其他语言游戏之内,不可能存在对语言游戏充分性的先验评价”^②。在这一层面上来说,语言本身存在着人为的局限性。

如果说 20 世纪中叶以前,法哲学角度的研究方向主要还是集中在制度本身的意义分析和展开上,那么 20 世纪中叶以后,通过对上述语言局

① [德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社 2004 年版,第 168 页。

② [英]韦恩·莫里森:《法理学:从古希腊到后现代》,李桂林、李清伟、侯健译,武汉大学出版社 2003 年版,第 383 页。

限性的认识和反应,以及语言对法律制度与法律实践影响的思考,西方法哲学开始受到语言哲学,尤其是后期维特根斯坦语言分析哲学的明显影响。法哲学研究开始注重从语言分析的角度理解法律规则和制度,对表达制度和规则的概念的语言分析开始成为众多法哲学家们的学术旨趣。其中尤以哈特1964年发表《法律的概念》为标志,该书将后期维特根斯坦的语言分析哲学运用于对法律规则的研究中,开创了语言哲学与法哲学相互交叉的研究模式。也正是从20世纪中叶以后,语言学家们也开始注重法律语言的研究,并且在语言学领域形成了法律语言学的研究方向。^①法哲学引入语言学的方法,同时,语言学以法律制度和法律活动为对象,这两种趋势共存于当今的法哲学研究中。因而,法律语言的学术场域就至少涉及法哲学的语言哲学转向问题,同时也涉及法律语言的概念及当代法律语言研究的视域等基本问题,而这些问题的澄清是理解法律语言及其研究的基础。^②

-
- ① 值得注意的是,语言学家以法律制度或者法律活动为对象的语言学研究与法哲学领域对法律语言的研究的学术旨趣具有很大的差异性,语言学家们试图解决的是法律制度和活动的语言层面的问题,而法哲学的语言学转向要解决的主要是法律规则的确定性问题。这一问题本文第三部分会进行较为详细的阐述。
- ② 对于现代法律语言的研究视域与范围问题,杜金榜曾经认为,“目前的法律语言学研究以语言—法律关系为焦点,以法庭语言研究为热点,兼具异彩纷呈、各有所长的局面。”“根据人们研究的倾向性,法律语言学也(将)衍生出诸多分支学科,如:法律语言与哲学、法律语用学、法律语言与文化、法律语言逻辑学、法律语言修辞学、法律语音学、法律语言心理学、法律方言学、法律语义学、法律术语等。”“法律语言学还包括一系列应用性研究,如法庭语言研究、法庭翻译、法律双语、多语研究、法律语言技能分析、法律语言技能训练、法律文书翻译、专家作证、法律语料库建设等。”参见杜金榜《法律语言学》,上海外语教育出版社2004年版,第19—20页。吴伟平博士则经过归纳认为,法律语言学的重要研究领域包括:1. 语段分析:法律风格学、手势学、歧义分析等;2. 法庭语段:律师庭辩、审判庭、上诉庭、双语问题;3. 可读性:法令和法律文件的解释,给陪审团的指示等;4. 作者鉴定:自白书、剽窃、遗嘱、遗书、恐吓信等;5. 讲话人鉴定:语言识别、话语鉴定;6. 语言变体:非标准变体、少数语言和跨文化交流;7. 口语笔录:听什么写什么和听写;8. 口语翻译和视译:犯罪现场、警察局、法庭、译员训练等;9. 法律翻译:关于法律翻译的理论;10. 专家举证:语言证据、专家出庭、专业操守、资格认证等;11. 儿童问题:儿童证人、与儿童面谈等;12. 法律语音学:声学、声音伪装、外语因素、科技、软件等;13. 法律统计学:关于语言行为的数据模型方面的研究;14. 笔迹学:可疑文件的科学鉴定、签名真伪、书写特征等;15. 科技:关于计算机软件和资料库方面的研究;16. 历史回顾:本学科的回顾与前瞻;17. 会议论文集:综述类报告和有关会议论文集;18. 其他参考资料:不同作者所收集的有关资料;19. 其他:语言权利、语言政策、单词(英语)运动等有关研究;20. 书评:对本学科重要著作的评论。参见吴伟平《语言与法律:司法领域的语言学研究》,上海外语教育出版社2002年版,第10页。

语言与法律的现实关联

虽然人类早就实践着语言 and 法律的相互关联,也认识到语言是法律最重要的表达手段,但是真正全面认识法律和语言之间的关系则是 20 世纪以后的事情。法律是社会秩序治理的重要工具,其对于社会秩序的作用越来越重要,这是已经取得一致的共识。但是,现代哲学、政治学、法学和语言学都认识到,法律对社会秩序的控制和治理是通过语言得以实现的。即便是以命令形式出现的强制性的规范都必须依靠语言和语法才能将一条规范的“命令”意思表达出来。而一条禁止性规范对于某种行为的否定性评价要想获得社会主体普遍的认同和遵守,成为主体评价自身和他人行为的标准,也必须使用特殊的语词、语调和语法。没有语言作为法律与社会秩序之间的中介,法律对社会秩序的实际影响是难以实现的。从这个角度来说,“语言是法律发生作用的媒介。这种媒介的性质对法律目标的实现和实现程度有着重要的影响”^①。同时,从法律规则和体系的角度而言,没有哪一种法律不需要语言予以表达,超语言的法律也是难以想象的。也因而,法律的发展实际上也反映了语言的发展,而语言的发展又可以更好地表达法律、实现法律的秩序治理功能。所以,魏特士认为“一切法律规范都必须以作为‘法律语句’的语句形式表达出来。可以说,语言之外不存在法。只有通过语言,才能表达、记载、解释和发展法”^②。

不仅法律规则及体系总是通过语言来表达的,语言在法律实践中的作用更加明显和丰富。在法律实践中的每一个环节,都需要通过语言才能完成。其内部机理在于法律实践的本质,在于通过运用法律规范调节社会主体之间的关系,运用法律规范解决社会主体之间的纠纷。因此,

① [美]布莱恩·比克斯:《法律、语言与法律的确定性》,邱昭继译,法律出版社 2007 年版,第 1 页。

② [德]魏特士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社 2003 年版,第 73 页。

法律实践关注于社会主体的交往过程以及交往结果,而主体之间的交往必须以语言作为基础。“法律语言的实质是社会关系的体现。如果说一般语言无一例外地表现人与人的关系,那么在程度上来说,远不及法律语言。法律语言对社会关系的表达明确、外显、集中,有时又十分强调甚至强调。”^①所以,法律实践活动离不开语言的运用,语言运用的成功与否往往也对法律实践是否成功产生决定性的作用。法律实践离不开法律人,所以,法律实践中的语言运用实际上最终落实在法律人的语言运用中,贯穿于法律人职业工作的每一个环节。对此,考夫曼曾经指出:

法律者在其职业生涯的每时每刻均与语词、句子和文本结下不解之缘。之于法律者,语言不仅是理解不语的客体之当然实用工具,其本身也是法律者工作的核心对象——他要理解法律,描述事实行为,根据规范对案件进行推论。质言之,法律者捉摸具体的语言产品(法律、教义学原理),且寻找对应其他文本(事实行为、案件)之物。^②

正因为此,从语言与秩序之间关系的角度看,可以认为,“法的优劣直接取决于表达并传播法的语言的优劣”^③。

当然,在法律人、法律实践与法律语言运用之间,还应当注重语言作为一种社会现象,其自身发展变化的规律性。首先要注重语词、语法和语篇的内部结构和历史发展,运用“当时的”语词、语法和语篇来理解“当时的”法律制度和法律实践;其次,要注重语言与政治和社会的关系,在特定的社会政治、文化背景下理解语言的语义。^④ 同一个语词在不同的

① 杜金榜:《法律语言学》,上海外语教育出版社 2004 年版,第 52 页。

② [德]考夫曼、哈斯默尔主编:《当代法哲学与法律理论导论》,郑永流译,法律出版社 2001 年版,第 291 页。

③ [德]魏特士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社 2003 年版,第 74 页。

④ 杜金榜认为,法律文化不仅是法律本身的基石,它也支撑着法律语言,同时也制约法律语言。法律潜在、隐含的因素则会使法律语言复杂纷乱,这一点在论证法律语言的隐含性时已经提及。潜在法律文化因素对法律语言的影响应是语言学诸多理论所未能解决的崭新课题,是法律语言学独特的研究任务。参见杜金榜《法律语言学》,上海外语教育出版社 2004 年版,第 23 页。

语境中能够表达不同的语义,这是语言学的通识。而语言的语境往往具有特定的政治、经济和文化含义。有的语词随着经济模式的变迁逐步消失了,例如我国刑法中的“投机倒把罪”;有的语词随着政治环境的变化消失了,例如我国刑法中的“反革命罪”。这样的例子在法律发展的历程中数不胜数,其发生的关键机理在于:

对法律认知而言,有一个很重要的问题:如果词语内容不清晰,词语、句子或文本的(“习惯的”)含义的准确性就会受到限制。此外,词语内容还会随着历史、政治和社会的重大变革而变迁。因此,除来源的上下文之外,还存在接受或解释时的上下文。可见,对文本的理解取决于来源的上下文与理解时的上下文之间的辩证关系。^①

综上所述,法律和语言的现实关系既有静态的关系,即通过法律规则和法律体系反映出来的语词、语法等语言内容,这方面主要涉及立法语言的问题;也有动态的关系,表现为法律实践中的语言问题,涵盖了司法语言、行政语言、警察语言、律师语言、证人语言、调解语言等等至今仍然不断拓展的语言领域。从整体上认识法律与语言的关系,可以说,“法律和语言的关系是‘全方位’的。从语言学的组成部分看,语言学、词汇学、句法学、汉语史、包括所谓外部语言学的修辞学,以及与语言不可分的文字学,无不与法律有关。从法学的角度看,法律的制订、解释,法庭的举证、辩论、判决,法庭外的刑侦、取证、证据和证词的鉴定,也都和语言学有着直接的关系”^②。

法哲学视域中的法律语言

现代法律语言的研究与 20 世纪西方哲学的语言学转向有非常密切

① [德]魏特士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社 2003 年版,第 79 页。

② 周庆生、王杰、苏金智主编:《语言与法律研究的新视野》,法律出版社 2003 年版,许嘉璐序。

的关联,利科在对 20 世纪世界哲学的总体状况进行分析时曾经指出,“对语言的兴趣,是今日哲学最主要的特征之一”^①。而这一转向的起源哲学界一般认为是从维特根斯坦、卡尔纳普和奥斯丁等人的语言哲学研究开始的,^②这种对语言的分析哲学倾向导致了 20 世纪西方哲学的一个非常重要的研究域的形成,以至于“人们有充分的理由把 20 世纪称作语言世纪”^③。而现代语言学研究的突破一般认为是从索绪尔发表语言学名著《普通语言学教程》开创了现代语言学研究的基础。^④现代分析实证主义法学对于语言学与法哲学的交叉研究是从哈特的《法律的概念》开始的,其目的是运用语言哲学的基本视角研究法哲学的基本问题。

1. 分析实证主义的基础

莫里森认为,实证主义在 20 世纪 60 年代以后最大的变化,就是哈特在《法律的概念》一书中对后期维特根斯坦语言分析哲学在法哲学研究中的成功运用,虽然他认为哈特运用维特根斯坦的语言分析并不完全成功。^⑤这一成就成为分析实证主义法哲学兴起的重要因素。那么,分析实证主义法哲学究竟汲取了后期维特根斯坦语言分析哲学中的哪些内容作为自身理论的基础呢?

莫里森分析了前后期维特根斯坦语言分析哲学的变化,指出,“维特根斯坦(1922)相信词语的功能是指向事物,用做世界上真实事物的参照。因此,词语描绘了现实。……但在后期的讨论和教学中,维特根斯

① [法]保罗·利科:《哲学主要趋向》,李幼蒸、徐奕春译,商务印书馆 1988 年版,第 370 页。

② 同上书,第 389 页以后。

③ [德]考夫曼、哈斯默尔主编:《当代法哲学与法律理论导论》,郑永流译,法律出版社 2001 年版,第 298 页。

④ [法]保罗·利科:《哲学主要趋向》,李幼蒸、徐奕春译,商务印书馆 1988 年版,第 370 页以后。国内学者杜金榜也认为:“语言学在 20 世纪得到蓬勃发展,层出不穷的观点和理论极大地丰富了语言学的知识宝库。这些观点和理论从不同的角度揭示语言的本质、给法律语言学的研究奠定了坚实的基础,法律语言学得以在语言学已经获得的成果基础上直接向前推进。”参见杜金榜《法律语言学》,上海外语教育出版社 2004 年版,第 21 页。

⑤ [英]韦恩·莫里森:《法理学:从古希腊到后现代》,李桂林、李清伟、侯健译,武汉大学出版社 2003 年版,第 380—388 页。

坦(出版于1958年,1969年)急剧改变了他的语言观念——维特根斯坦逐渐认识到,不是语言受现实控制,而是语言实际上构成了社会现实。因而,考察词语在使用中的意义非常重要。……我们必须调查实际的社会惯用法,它们表明,词语只具有像它们根植在这些社会惯用法中所展示的意义”^①。由此出发,在后期维特根斯坦的语言认识论中,社会事实不是构成语言存在的前提,语言反而成为社会现实的构成;也就是说,不是语言反映了先在的社会事实,而是通过语言,社会事实才得以构成。因为社会事实反映的是一种客观存在,语言是意识形态内部的因素,所以,我们是否可以据此认为后期维特根斯坦是坚持意识决定物质的呢?我们认为,后期维特根斯坦的语言认识是指:不通过语言,我们就无法认识社会事实,甚至不通过语言,我们连社会事实的存在这一“客观真实”都无法表达。也就是说,维特根斯坦认为,我们之所以知道社会事实是“客观真实”,是因为我们可以用“客观”和“存在”等语词来表达,如果没有这些语词,没有这些语词的使用,所谓的“客观真实”是无法理解的。在语言是人与人之间沟通的桥梁这一角度来说,离开了语言的社会事实在维特根斯坦看来都是毫无意义的。

由于语言是反映社会主体之间关系的中介,所以一个完全个人化的语言(也就是自创的语言)就很难证成自身存在的意义。主体之间必须存在语言的认同,才能运用语言表达相互一致的认识,也才能在相互之间产生有意义的沟通。既然需要相互之间对语言的意义产生共鸣,就必然要在主体之间形成某种语言的规则(维特根斯坦称为“语言游戏的规则”),通过主体共同遵守的行为,主体之间可以形成相应的关系形态,也就是秩序。从这个角度来说,“不可能站在某种语言游戏之外的立场判断词语、集合、命题同客观‘现实’之间的关系继而判断语言是否在正确勾画现实、与现实和相联或者表达现实。我们永远处在某种或其他语言

^① [英]韦恩·莫里森:《法理学:从古希腊到后现代》,李桂林、李清伟、侯健译,武汉大学出版社2003年版,第380—381页。

游戏之内,不可能存在对语言游戏充分性的先验评价”^①。任何参与经由语言作为媒介而形成的秩序的社会主体,必须参与语言的游戏,才能领悟语言的语义;必须在使用语言的过程中,一个主体才与其他的主体产生交往,从而最终形成相应的交往秩序。没有人可以独自创造出一种社会语言,因为语言必须是在日常的使用中获得意义的,这种意义并不能通过纯粹理性的推理被创造出来,只能在实践理性的作用中生成并被主体所理解。所以“对后期维特根斯坦来讲,思想出自生活背景;……它们自身就是我们生活形式的实际人类理性”^②。那么,作为“法律”这样一个语词,乃至法律实践所牵涉的巨量的法律语词及其运用,依然需要通过这些语词在使用中的实际语义的描述和理解,才能构成法律语言的实际效果,否则,法律语言仅仅是法律工作者思想中的火花而已。从这个角度而言,“后期维特根斯坦主张,我们不应该寻求‘法律’这一词必须指称的本质或纯粹实体,而是应该考察我们的语言用法”^③。

综上所述,后期维特根斯坦语言分析中有两个基本方面成为分析实证主义的基础,一个方面就是日常语言的语义分析。通过分析诸概念的日常生活和使用语义,还原其实践含义,从而最大限度地揭示概念的现实性。维特根斯坦的语言哲学认为:“在日常语言分析方法中,对概念意义的分析,……是从平常到惊奇、从我们对用法从不质疑地简单假定到发现有关我们一般思维的概念和结构的新事物这种过程进行下去的。”^④这种“分析”的观点恰好与实证主义注重对“实在法”进行研究的旨趣相契合,因而为哈特所接受并运用于实证主义法哲学的研究中。另一个方面就是认为语言(包括语词、语法、语篇等等)是无法通过解释来理解的,只能通过描述完成对语言的认识。这也是因为维特根斯坦认为语言只有在使用中才能被理解,因而解释性的认识方法无法同时完成对

①② [英]韦恩·莫里森:《法理学:从古希腊到后现代》,李桂林、李清伟、侯健译,武汉大学出版社2003年版,第383页。

③④ 同上书,第381页。

多元化语义的解释,只有通过对不同语境和使用主体下的语义的具体描述,才能理解语言意义的多面向性。这种观点可以被看作是一种非基础主义的观点。在哈特的分析实证主义中,这种描述性的理论方法被作为分析实证主义的基础,哈特称其自己的理论为“描述性”的,有别于德沃金的“诠释性”的理论。“描述性”的理论不具有价值评价的因素,而“诠释性”的理论则包含部分的价值判断;因而“描述性”的理论具有价值上的中立性,而“诠释性”的理论无法完成真正的价值无涉。^①

2. 不尽相同的理解进路

从哲学的角度来说,分析哲学“共同具有的假定是,哲学的任务就是阐明在科学、艺术、伦理学、宗教等等领域中形成的概念系统,根据概念知识借以表达的那种语言去阐明这些系统。于是语言的阐明就成为哲学的首要的而且最终是惟一的任务。他们倾向于把一切重要的哲学问题都归结为对天然语言的语法和句法的阐明”^②。以后期维特根斯坦的语言分析哲学为基础,实证主义法哲学从哈特开始完成了方法论上的变革,提出了实证主义法哲学的新的任务,那就是对法哲学中的“法律”概念的日常意义进行描述和分析,从而对法哲学的核心问题“法律是什么?”进行回应。^③

在法哲学的学术研究中,对法律与语言关系的不同理解,造成了对“法律”及其相关概念的日常语义分析的多向度性。有人支持法律只有在实践中才能真正被理解的观点,并且提出只有通过法的历时性的发展

① [英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》(第二版),许家馨、李冠宜译,法律出版社 2006 年版,第 220—225 页。

② [法]保罗·利科:《哲学主要趋向》,李幼蒸、徐奕春译,商务印书馆 1988 年版,第 390 页。

③ 关于分析实证主义的这种努力,当代的自然法学家,尤其是德沃金几乎对此嗤之以鼻,认为分析实证主义对语言的关注实在是无稽之谈。因为法律规则的语言问题通过对法律原则的解释就可以消除,从而任何疑难案件实际上都有正确答案,所以语言本身并不是一个值得(如分析实证主义者那般)关注的问题。正像比克斯所说的,“哈特通过语言看到了法律形式主义的局限,并且他解释了司法裁量的不可避免性;德沃金相信语言引起的所有问题都是可以消除的;而摩尔把语言视为发现正确结果的一种途径,并且他把语言视为克服错误结果的尝试。”[美]布莱恩·比克斯:《法律、语言与法律的确定性》,法律出版社 2007 年版,第 1 页。

的把握,才能真正理解法律的规律性。仅仅存在法律规则和法律制度是远远不够的,法律的效力应当建立在动态的法上,也就是实践中的法之中。这里区分了静态的法和动态的法的差异性,这一观点与凯尔森的静态法和动态法的划分保持了理论上的一致性,可以认为是对凯尔森理论的一种致意。^① 不过,法哲学的语言分析强调语言运用中的非个体性,强调人与人的实践关系。因此,循此路径法律实践中的结果应当存在于关系中,而非存在于推理中,这样的观点应当能够被接受。也就是说,“在运用法的概念中,创造的因素也在其中(原则上,情况总是如此),那么,法律判决的正确性,只有通过参与人的论证和合意才能被创立出来。因此,需要澄清前理解结构(在法之发现中的前理解和方法选择)。合意,具体说,合意的机会,是法律判决最终的正确性标准”^②。

有人注意到法律语言与社会语言(或者说日常语言)之间的差异性,同时也注意到社会主体对法律语言日益专业化的不良评价,认为语言的共用与语言的实际使用具有不可分割的关联。法律语言(主要是立法语言)的使用必须维护作为一种普遍性规范所应当具有的稳定性、严肃性和权威性的特征,所以,法律语言不可能日常化,也无需日常化。“由于法律必须以切实可行的、符合法律系统性的方式回应大量的、不断变化的问题与冲突,法就只能变得更加复杂并且捉摸不透。高度发展的法律制度难以理解并且‘疏远人民’,其本质的原因就在这里,而不在于语言问题。”^③法律语言处于社会发展的日常化的挑战之中,社会事实的无穷性与法律规则的有限性之间的矛盾,造就了法律语言的普遍性语义包容

① “推论之信条是不可把握的,法之适用也是法律创造工作。法律只是可能之法,只有在具体案件的应用中,才可见实际的法。法是历史的,在方法论的法之发现过程之外,不可能存在法的客观正确性。”[德]考夫曼、哈斯默尔主编:《当代法哲学与法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2001年版,第303页。

② [德]考夫曼、哈斯默尔主编:《当代法哲学与法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2001年版,第303—304页。

③ [德]魏特士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第98页。

的必要性和无奈。^①“法律调整的生活事实多种多样,无法穷尽。反之,出于各种原因,法律条文和法律信条的数量则尽可能精简而且具备条理性。法律所调整的事实的无限性与法律规范数量的有限性要求之间的辩证关系或者说矛盾必然在语言上产生如下结果:成文法规范必须包含普遍的、一般化的评价标准。尤其是在需要调整大范围的生活事实或者案件类型时,上述矛盾就更加明显。”^②回应上述矛盾的广为使用的办法是在概括性和针对性只能二选一的时候,基本上是以保证概括性为首选,因为概括性关涉到法律的权威性,而法律的权威性与政治的权威性在大部分情形下是统一的。如果不是这样的“生死抉择”的时候,一个比较有效的方案是:

在立法过程中必须有计划地使用不确定的法律概念和一般条款,换言之,概念的“不确定性”是预料之中的事。通过这种方式就能够为相应的法律规则确立的比较大的适用范围和裁量空间,法律也因此具备了灵活性。借助于法律概念的这种“开放性”和不确定性,既可以将法律适用于新的事实,又可以适用于新的社会与政治的价值观。^③

考夫曼强调法律规范产生和存在的日常化特征,认为法律语言并不决定法律的判断,相反日常语言才是判断法律的基础。这一观点是以法律主体的日常生活为出发点的,考夫曼认为法律通过语言表达了一个应

① 这是成文法传统的国家中必然存在的现象和矛盾,因为没有判例作为有效的补充,所以,两难抉择在于法律必须随着社会的发展不断变化,以更好地适应社会关系调整和社会秩序治理的需求;同时,朝令夕改的法律必然严重影响法律的权威性,损失的是法律规则及制度的实效,导致的结果是社会关系调整和社会秩序治理能力的下降。从法律语言的角度而言,法律语言的语义涵盖度越大,法律语言的概括性越强,而法律语言的日常性就越小,同时造成的结果则是法律的适应性增强了;要想法律语言变得日常化,就必须使得法律语言的概括性降低,针对性加强,但是这样的法律语言所表达的法律的适应性下降。随着社会的发展,后者将很快不能适应社会发展的现实或者要求,从而为社会主体所否定。容易理解也容易被否定,难以领会却能保持稳定,这就是法律语言在法律实践中的矛盾和困惑。

② [德]魏特士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第87—88页。

③ 同上书,第88页。

然的秩序要求,同时,法律又通过规范设计并构建了一个实然的世界。^①从这个角度出发,法律是具有应然和实然两个面向的。不过,这两个面向是通过一套法律语言表达的。这里,就存在法律语言的意义的理解问题了。从政治国家的角度而言,通过法律构建理想的秩序模式是必然的要求,这种秩序模式通过法律语言得到宣告。值得关注的是,这种由法律语言直接规定的理想秩序,往往与社会主体的现实生活相去甚远,从而无法引起社会主体的关注和评价。所以,此种理想秩序运用法律语言表达出来,是否是社会主体的日常语言(或者能够被日常化语言所“翻译”)并不重要。不过,同一套法律语言还表达了另一种意义,那就是法律通过法律语言构建了一个实然的(也可以说是“当下的”)秩序,这一秩序是通过规制社会主体的行为,调整社会主体之间的关系来完成的,因而,此种秩序与社会主体的日常生活紧密相联,也因此此种秩序是通过法律所构建的社会主体自身的秩序。在这种情况下,表达的法律语言必然规定和评价着社会主体的行为,其自身同时也为社会主体所评价。究竟是法律语言决定着社会主体的行为,还是社会主体的日常使用的语言决定着主体的行为,这是法律语言与日常语言的关系问题。对此,考夫曼认为,“社会共同生活的规则,并不是透过法律来告诉国家的人民。人民学会这些规则,是在日常生活的沟通里,并且在相互间操作(就好像社会学用不优美的德文所说的‘互动’)。市民对于合法与不法的想象并不是在法律语言的范畴中进行,他是透过日常语言而被给定的”^②。在这里,考夫曼对法律语言和日常语言在现实法律秩序构建中的意义这一问题,坚持了法律秩序的实践理性标准。

① “当法律‘被使用’:被实现,往往联系两个世界:与法有相关的生活事实,这种日常真实的世界与以一个应然规范为内容的法律世界。透过法律的实现,使应然与实然相连结。是的,‘法律是应然与实然的相当。’”[德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第170页。

② [德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第178页。

法律语言的概念解析

虽然语言学研究对于认识和解释法哲学的基本问题具有相当的意义,但是作为人类语言的一个特殊形式,法律语言研究本身也是近年来蓬勃发展的新兴领域。法律语言的研究与法哲学的语言学转向之间的关系是互动式的关系,法哲学的语言学转向造就了法律语言作为一个独立的应用法律研究领域的建立,而法律语言研究的不断深入和扩展进一步强化了法哲学研究的语言学转向的坚定性。从哈特的语言分析关注开始,语言哲学的发展是当代法理学发展的推动力之一,而法律语言的研究则是语言学影响当代法理学研究的一个应用面向的证明。所以,一般都将法律语言的研究定位于语言学和法学的交叉学科的层面上,该方法建立在语言学方法的基础上,而研究的对象又和法学研究的对象相重叠。^①分析实证主义的传统时候从概念开始,以语言分析的方法解决哲学问题,其思路是从概念的分析开始,终于概念的充分描述。当我们考察法律语言的时候,对法律语言这一概念的分析也是重要且不可缺省的,其中涉及法律语言概念的诸方面。

如果要给法律语言一个简单的定义,杜金榜曾经提出这样的界定:“法律语言是不同于一般语言的具有权威性和约束力的法律载体。”^②我们认为这一界定虽然简单,却仍然值得肯定。这一概念不仅指出了法律语言的语言特征,而且对法律语言所蕴含的国家权威性和对象的约束力均做出了说明,同时该概念强调了法律语言不是法律规则本身,而仅仅是法律规则的载体的观点,我们认为是非常正确的。从这一概念出发,我们会发现法律语言具有日常话语的一般性特征,这一特征就是法律语言与日常语言在许多方面具有共同的可解释内容。正如考夫曼所指出的:“法律语言与一般语言总有其共同的内核,这种内核是普通民众读解

^① 杜金榜:《法律语言学》,上海外语教育出版社2004年版,第19页。

^② 同上书,第1页。

法律的保证,否则法律语言便成为天外秘籍。其共同内核的存在意味着法律语言的读解仍然以一般语言的理解为基础,仍然以日常生活中的普遍看法、意识为读解的准则或参照。”^①法律语言产生于日常语言中,发展于日常用语中,并超越了日常话语。因此,法律语言与日常话语的差异性是正常的,也是必然的。就此而言,“法律语言不可能消除现实的多样性,它植根于日常语言,它必须用有限的手段去描摹现实的无限多样性,并必须配以评价(加上‘最高形式的现实性’)……语言,与此相关包括法律语言,必须是多种含义的”^②。不过,法律语言仍然具有自身的独特之处,以有别于其他语言,^③并且反映法律语言所应当反映的权威性和约束性。这些特征主要在概括性与准确性、一致性与灵活性、明晰性与隐含性、专门性与通用性、简约性与繁杂性、主观性与客观性等方面^④。

对于法律语言概念其他方面的规定性,我们认为还表现在这样几个方面:

首先,法律语言具有多向度理解的可能性,因此,其意义具有多元性。法律语言是用来描述法律规则的,法律规则是用来治理社会秩序的,规则与社会之间存在互动的关系。^⑤由于法律语言的意义多元性,所以,只有描述性的理解才是可能的,而诠释性的理解将可能产生意义的误读。这种观点深受分析哲学的影响,因为,“维特根斯坦采用了认识论上的实用主义,不期望对每一知识层次都有合理论证——对理解的底层特征,不能给出绝对‘解释’,而只能‘描述’”^⑥。在描述的前提下,法律语言所呈现的不是价值的优劣,而是使用的好坏。在描述的语境中,不

① 杜金榜:《法律语言学》,上海外语教育出版社 2004 年版,第 6 页。

② [德]考夫曼、哈斯默尔主编:《当代法哲学与法律理论导论》,郑永流译,法律出版社 2001 年版,第 301—302 页。

③ “法律语言形成一个完整的体系,任一新的术语或概念进入法律语言体系,均迟早发生变化,成为这一概念体系中的一个成分,与术语或概念的原始意义产生差别。”参见杜金榜《法律语言学》,上海外语教育出版社 2004 年版,第 6 页。

④ 杜金榜:《法律语言学》,上海外语教育出版社 2004 年版,第 1—2 页。

⑤⑥ [英]韦恩·莫里森:《法理学:从古希腊到后现代》,李桂林、李清伟、侯健译,武汉大学出版社 2003 年版,第 383 页。

同的社会背景和立法者的不同理解语境必然造就其使用法律语言的差异性,但是这种差异性无法界定为价值上的好坏。但是,法律语言的使用差异必然导致法律语言所表达的法律规则的差异性,按照分析实证主义的描述观点,这些不同的法律规则并不能直接推导出其中的是否正当。^①

其次,法律语言只有在语言的参与者之间才能真正理解。从法律规则的角度而言,我们想要知道一个法律规则究竟表达何种含义,有两个决定因素:第一,我们必须熟悉表达该法律规则的法律语言的用法和基本使用含义;第二,我们必须了解该法律规则制定者的意图,也就是做“换位思考”,以法律规则制定者的身份思考该规则的含义;第三,我们必须具备理解法律语言的能力,这种能力需要与法律语言的使用者大致相当。“只有语言交流的参与者具有共同的理解水平,上述词语的使用才是有意义的。否则,对话双方就会(常常有意识地、具有煽动的目的地)互相偏离。”^②因此,从法律语言的角度而言,法律“词语由于它在其中被使用的背景而具有某种含义:一位对背景一无所知的观察者将不能理解这些词语(他/她必须首先学习语言),对实践活动而言,观察者要理解实践的含义就必须首先学习实践规则。”^③

最后,法律语言的理解必须存在语言的共同规则,否则法律语言是无法被理解的。如前所述,所有的语言都会引起不同的理解,语言具有多向度理解的特性,法律语言也是如此。因此,如果我们不否认任何人都具有语言的理解能力的话,那么我们就必须承认,“在一个多元性的社会,对字及语言规则的争执,是常态的”^④。不过,即使是理解的不同甚至冲突,不同和冲突也是通过语言表达的,“在任何语言及任何言说中都存

① [英]韦恩·莫里森:《法理学:从古希腊到后现代》,李桂林、李清伟、侯健译,武汉大学出版社2003年版,第383页。

② [德]魏特士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第85页。

③ [英]韦恩·莫里森:《法理学:从古希腊到后现代》,李桂林、李清伟、侯健译,武汉大学出版社2003年版,第382页。

④ [德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第171页。

在一定的真实意义,且任何竞争性的解释,都要透过语言,否则无法被知会”^①。而不同和冲突的消解也必然经过语言来实现。消解冲突的基础是语言主体对语言共同规则的尊重和遵守。从这个规定性来说,“语言的理解只在语言‘共同体’中才是可能的。换言之,只有那些事先对音标和字符的意义达成一致的交流者才能理解语言。语言驾驭能力虽然有高低,但是作为其基础的对象观念则必不可少,它因人而异,并对个人的语言能力产生决定性的影响”^②。

① [德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第171页。

② [德]魏特士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第75页。

法律职业(legal profession)

每个国家、每个时代的法律,都不能缺少法律职业者的参与和奉献。自法律诞生以来,以法律精英为代表的法律职业群体在人类法律文化史上留下了宝贵的遗产,为各国的法律发展建立了不朽的功绩。他们有着职业的精神,将毕生精力贡献给了法律事业;他们对人类的共同命运有着深切的关怀,对法律向何处去有着睿智的思考;他们为求真而探索法律“是什么”,更为求善而思考法律“应当是什么”。探寻与社会、经济、政治和文化生活方式相和谐的,适宜于整个人类文明进步的法律,构成了他们毕生追求的主题;对民族灵魂的弘扬、对人类命运的关怀、对法律信仰的坚守是他们的思想和人格所在。

翻开整部世界法律文明史,一个个闪耀着智慧之光、理性之光,洋溢着法律理想的名字即映入我们的眼帘。^① 敢于向时代和权威挑战、制造竹刑、助人诉讼、最终惨遭杀害的“中国律师鼻祖”邓析,为法律信仰而殉道的苏格拉底,活跃在罗马法典编纂运动中的罗马法学家阶层,因坚持

^① 有关世界法律家的生平、著作和学说体系,参见许章润《法学家的智慧——关于法律的知识品格与人文类型》,清华大学出版社2004年版;徐爱国《世界著名法学家评传》,人民法院出版社2004年版;何勤华主编《20世纪百位法律家》,法律出版社2001年版;华友根主编《20世纪中国十大法学名家》,上海社会科学院出版社2006年版。

共和制和法律变革而遭政敌嫉恨并被斩首示众的“祖国之父”西塞罗,为捍卫法律、坚守法律至上而被解职的大法官科克,为维护判例法传统而抵抗罗马法入侵的英国法律职业集团,以“不会被任何东西摧毁的,会永远存在的,是我的民法典”一语惊天下的拿破仑,在“马伯里诉麦迪逊”著名判例中开创司法审查制度先河的美国最高法院首席大法官马歇尔,因“民族精神”情结而把《德国民法典》的产生推迟了将近一个世纪的萨维尼,为变法修律而与礼教派进行大规模激烈论战的沈家本,号召人类为保护权利而斗争的耶林,……当我们在宁静中回首法律成长的历史,重温法律殿堂里那些激动人心的故事、品味故事中的名家主角时,我们不仅不会忘记,而且能够深切感受到,在那浩如烟海的法律学术精品中,在那汗牛充栋的成文法典和判例卷宗的字里行间,凝聚着以法学家、法官和律师为核心的法律职业者们对法律原则的思考、对法律制度的设计、对法律理想的不懈追求。

现代话语中的法律职业

在时下的法学界和法律界,法律职业化和司法现代化问题已成为一个热门话题。^①那么,何为法律职业?对这个问题的回答,既是法律职业研究的逻辑起点,也是解答法律职业问题的参照物。由于各国法律职业的构成情况不同,各国学者对法律职业的界定存在着不同的观点。美国学者埃尔曼试图对世界各国的法律职业的范围进行概括,他把法律职业划分为五组:第一组是那些对法律冲突予以裁判的人,其中最重要的是法官和治安官,另外还有仲裁人、检察官、在准司法机构以及行政法院中工作的官员等等;第二组是代理人,即代表有关当事人出席各种类型审

^① 我们认为,在司法现代化的视野中,法律职业化具有以下四方面的基本表征:法律职业的专门化、法律职业的分层化、法律职业的专业化、法律职业家的精英化。有关法律职业化问题的详细论述,参见夏锦文《法律职业化与司法现代化关系的若干理论问题》,载《法学论坛》2005年第2期;夏锦文《法律职业化:一种怎样的法律职业样式》,载《法学家》2006年第6期;夏锦文《法律职业的形成及其条件——一种制度史考察》,载《江海学刊》2008年第1期。

判机构审判的人员；第三组是法律顾问，通常不出席法庭，如英国的事务律师、许多国家的公证员；第四类是法律学者；第五类是一种各国极不一致，然而其重要性却在不断增加的人员，即受雇于政府机构或私人企业的法律职业者。^① 在国内，关于法律职业共同体的成员范围，理论界存在着两种截然不同的界定。一种观点认为：“不管是从事法学教育或研究，抑或从业于法官、检察官或者律师行业，乃至服务于政府部门或社会团体中的法律工作，作为一种职业，其构成了一个‘法律职业者社群’，一个‘以法律为业’，即以此为谋生手段乃至安身立命的担当的职业共同体。”^② 在这种认识中，警察自然就成为法律共同体的一员，尽管他只站立在这个共同体的边缘地带。另一种观点则将法律职业共同体成员主要列举为律师、法官和法学家。^③ 我们认为，现代话语中的法律职业指的是：

直接从事与法律有关的各种工作的总称，也指称专门从事法律事务的人员及其所构成的法律共同体。法律职业者通常包括法官、检察官、律师、法律顾问、公证人和法学家，其中法官和律师是法律职业共同体的核心。^④

在这里，我们必须注意法律职业的专业属性。按照美国著名法学家庞德的观点，法律职业是指“一群人从事一种有学问修养的艺术，共同发挥替公众服务的精神，虽然附带地以它谋生，但仍不失其替公众服务的宗旨”^⑤。学术界常将法学和医学类比，强调法学的专业属性。美国法学家博登海默把法律工作者誉为“社会医生”，必须具备专门的技术知识，

① [美]H. W. 埃尔曼：《比较法律文化》，贺卫方、高鸿钧译，三联书店 1990 年版，第 105—106 页。

② 许章润：《以法律为业——关于近代中国语境下的法律公民与法律理性的思考》，载《金陵法律评论》2003 年春季卷。

③ 强世功：《法律共同体宣言》，载《中外法学》2001 年第 3 期。

④ 沈宗灵：《比较法研究》，北京大学出版社 1998 年版，第 184 页。

⑤ [美]哈罗德·伯曼：《美国法律讲话》，陈若桓译，三联书店 1988 年版，第 208 页。

才能治愈社会机体上溃烂的伤口。^① 而法律又是一门博大精深的知识体系,正如美国大法官卡多佐所言,法律是一门艺术,而且是神秘的。^② 因此,法律作为一种职业,不是一个可以自由进入的领域,法律职业者必须经过特殊训练,掌握法律职业所需的特定知识技能和执业经验,形成法律职业共同体同质的思维方式和推理方式,秉承独立的法律职业传统与原则。^③ “随着法律的职业化、专业化以及大量复杂的法律术语和耗费时间和财力的程序,随着法律逻辑与社会生活逻辑的不相符,法律活动变成一个普通人除了依赖于法律专门人员无法也没有时间涉足的领域。”^④

需要指出的是,当我们提到“职业”时,它不仅意味着作为社会存在的个体以自我的生存和发展而从事的一种工作,还表示一种特定的职业信仰和职业责任;它不仅仅是专门的技能训练、工作经验的积累,正如波斯纳所言,“职业是这样一种工作,人们认为它不仅要求诀窍、经验及一般的‘聪明能干’,而且还要有一套专门化的但相对(有时则是高度)抽象的科学知识或其他认为该领域内有某种智识结构和体系的知识”^⑤。美国学者 E. 格林伍德把“职业”的特征概括为五条:

- (1) 职业人员的技能以系统的理论知识为基础,而不仅仅根据特殊技术的训练;
- (2) 职业人员对他们的工作有相当大的自主性;
- (3) 职业人员形成联合体,它调整职业内部事务,对外则代表职业人员的利益;
- (4) 加入一个职业受到现成员的认真审查,要成为一个职业人员往往要参加职业考试,获得许可证,得到头衔,这个过程受到有关职业组织的调整;
- (5) 职业拥有道德法典,要求其所有成员遵守

① [美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社 1999 年版,第 505 页。

② [美]本杰明·内森·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆 1998 年版,第 57 页。

③ 夏锦文:《司法现代化进程中的法学教育》,载《法学家》2005 年第 6 期。

④ 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社 1996 年版,第 148 页。

⑤ [美]波斯纳:《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社 2001 年版,第 44 页。

它,违反者将可能被开除出职。^①

中西方许多学者都对法律职业的特征进行了深入的研究。有的学者认为,法律职业的特点是:坚决维护人权和公民的合法权益,奉行为公众服务的宗旨,其活动有别于追逐私利的营业(business);在深厚学识的基础上娴熟于专业技术,以区别于仅满足于实用技巧的工匠型人才(specialist);形成某种具有资格认定、纪律惩戒、身份保障等一整套规章制度的自治性团体,以区别于一般职业(occupation)。^② 有的学者归纳并论证了法律职业的学识性、独立性、同质性、组织性、规范化和垄断性这六大特征。^③ 还有学者概括地描述了法律职业的四项特征:

法律职业的技能以系统的法学理论或法律学问为基础,并不间断地培训、学习和进取;法律职业共同体成员专职从事法律活动,具有相当大的自主性或自治性;法律职业共同体内部传承着一种职业伦理,从而维系着这个团体的成员,维护着这个团体的社会地位和声誉;加入法律职业共同体必将受到认真考查,获得许可证,得到头衔。^④

职业是基于社会分工的需要而产生的。法律职业就是随着社会关系日益复杂和法律不断专业化而逐渐形成的一个特殊的行当。对法律自治的追求使得法律出现了职业主义的倾向,因而也就造就了专业化的司法官吏,进而出现了法律职业的专门逻辑和专门思维。“职业自治的权力通常要求建立在法律职业的特别的知识和专长是独特的,并且完全不同于其他形式的知识的观念之上,因而法律职业的特殊业务能够清楚地区别于其他职业的业务。”^⑤法律职业共同体成员在法的领域里运用法

① 这是美国学者 E. 格林伍德在其《职业的特征》一书中所的阐述,转引自朱景文:《现代西方法社会学》,法律出版社 1994 年版,第 103 页。

② 季卫东:《法律职业的定位》,载《中国社会科学》1994 年第 2 期。

③ 黄文艺、卢学英:《法律职业的特征解析》,载《法制与社会发展》2003 年第 3 期。

④ 公丕祥主编:《法理学》,复旦大学出版社 2002 年版,第 421 页。

⑤ [英] 罗杰·科特威尔:《法律社会学导论》,潘大松译,华夏出版社 1987 年版,第 224 页。

律概念术语、职业化的方法和技能进行不同于普通大众逻辑的法律思维,这种特殊的职业思维就是被称为“人为理性”(artificial reason)^①的那些东西。

法律职业的形成

人类进入文明社会,便有了法律活动,但有了法律活动并不意味着就同时产生了法律职业。法律职业的出现以特定的社会条件和历史性基因为基础,并且与法律的自治性和司法的专门化密不可分。如果我们将上文所述的法律职业的界定及其特征作适当放宽,将那些专门以法律为业的人员的出现作为法律职业的原初状态,那么法律职业的历史起源可以一直追溯到古罗马时代,当时的“裁判官”和法学家构成了萌芽中的法律职业的两大核心。^②

古罗马的政治制度从公元前 753 年至公元 476 年,历经王政、共和、帝政三个时期,长达千余年之久。不过,古罗马国家及其政治、法律制度的产生并不标志着法律职业的发端。王政时期的罗马城邦还谈不上有什么法律职业。古罗马最初的法律职业出现在共和时期。公元前 519 年,由王政时代进入共和时代的罗马不再由“王”统治,而是由每年从“军伍大会”选出并经元老院批准的两名“执政官”执掌政权,后因国务日重,又增设一些官员分理国政。公元前 366 年(《十二铜表法》颁行 85 年后),通过“军伍大会”选举产生了“裁判官”,即“内事裁判官”,公元前 242 年,又增设一名“外事裁判官”,他们掌握了罗马的司法大权,^③并且还有一项重要的权力——选任“法官”从事证据的调查和案件的判决,选任法

① [美]爱德华·S.考文:《美国宪法的“高级法”背景》,强世功译,三联书店 1996 年版,第 35 页; [美]罗斯科·庞德:《普通法的精神》,唐前宏等译,法律出版社 2001 年版,第 42 页。

② 关于从法律史角度考察法律职业的形成及其条件,参见夏锦文:《法律职业的形成及其条件——一种制度史考察》,载《江海学刊》2008 年第 1 期。

③ “内事裁判官”在罗马市民之间行使司法权,负责处理罗马的民事纠纷,并在事务官的协助下处理刑事案件;“外事裁判官”则负责处理罗马市民与外国人之间以及外国人相互之间的纠纷案件。

官的数量由“裁判官”根据案件需要而定。因此莫里斯指出：“罗马法的演进大都是这两位官员的功劳。”“他很像古英伦法律中的大法官或‘司法部长’。他是罗马法的一个伟大保管人，是当时法理的一个有力的解释者，而且又是一个操纵整个罗马法律之机构的人物。”^①根据莫里斯的考察：

那些向罗马兵员民会（即军伍大会）自荐为裁判官的候选人，当然一般是熟悉法律原理的人物，并且又是以高尚的品行和学识而获得人民的信仰。……历任裁判官间彼此的唯一竞争就是怎样使他们的告示比一切前任者所有的更胜一筹。这些出自罗马最能干的法学家之手的告示，经过多时便成为整部的罗马法了……所以罗马法是由历代裁判官的告示从十二表法中发展出来的。^②

可见，“裁判官”不仅具备了作为职业法律家所必须具备的重要条件——法律学识和高尚品行，而且还超越了一个法律宣读者和适用者的身份，成为整个罗马法律的创造者。因此，将“裁判官”界说为职业法律家的最初萌芽，是丝毫不夸张的。

与此同时，罗马法学家因其在罗马法发展中的决定性作用和对整个大陆法系甚至普通法系的深远影响，而当之无愧地成为历史上最早的、萌芽中的法律职业阶层的重要成员。罗马法学家的出现有一定的历史过程。在原初社会，宗教和法律有着天然的联系，法律和宗教不分，法律事项操纵在僧侣祭司手中。公元前451年颁布的《十二铜表法》虽然基本摆脱了“神权法”的阴影，但法律的解释权仍为僧侣祭司所把持，而且法律资料被藏于密室，从不公开。到了公元前3世纪中叶，奥古尼加茨首次明文规定，除贵族外，平民也享有当选为僧侣的资格。随后，平民出身的大祭司克伦加尼斯，披露了所有的法律资料，并公开解答法律疑问、传授法律知识。这样，从公元前3世纪之后，祭司对法律的垄断权逐渐

^① [美]莫里斯：《法律发达史》，王学文译，中国政法大学出版社2003年版，第131页。

^② 同上书，第135页。

被打破,世俗法学家的活动获得了充分的发展,一个专门以解答法律为职业的法学家派别随之形成。不过,在奥古斯都时代之前,法学家发表的意见尚无法律效力,法官并没有遵循的义务。公元前 27 年,奥古斯都 (Augustus) 成为罗马元首,开始了帝政时代,授予某些有名望的法学家以法律解释权,“由于解答者对法学有较深的造诣,又是出于皇帝的授权,因而具有较高的权威性,故实际上对其他同类案件也多被引用”^①。至哈德良 (P. A. Hadrianus) 统治时期,则“进一步规定,取得解释权的法学家之间,解答意见一致时,其意见即具有法律效力”^②。至此,法学家成为历史上最早的、原初状态的法律职业阶层。从奥古斯都统治到哈德良当政的前后约一个半世纪中,罗马法学界空前活跃,诸家争鸣,逐渐形成了分别以拉贝奥 (M. Antistius Labeo) 和卡披托 (C. Atistius Capito) 为鼻祖的两大法学派。前者主张共和政体,富有创新精神,以普卢库罗斯为直传弟子;后者属于保守派别,因循守旧,唯命是从,以萨宾为直传弟子。^③ 公元 2—3 世纪,是罗马法学最为兴盛的时期,法学人才辈出,先后出现五大法学家:盖尤斯 (Gaius)、帕比尼安 (A. Papinianus)、乌尔比安 (D. Ulpianus)、保罗 (Julius Paulus)、莫德斯蒂努斯 (Herennias Modestinus)。公元 426 年,东罗马皇帝狄奥多西二世和西罗马皇帝瓦连尼安三世专门颁布《引证法》,规定罗马五大法学家的著作和解答具有法律效力。还规定,这五人对同一问题的意见不一致时,以多数意见为准;在持平的情况下,帕比尼安的观点优先。由此,五大法学家的著述成为罗马法的重要渊源,他们背后存在的庞大的法学家集团,与裁判官及其选任的法官一起,共同推进了罗马法的进化和完善,构成了罗马时代萌发的法律职业的核心。正如莫里斯所言:“罗马民法是罗马共和国的大法学家所完成的而由各裁判官锻炼出来的。”^④

① 周枬:《罗马法原论》(上册),商务印书馆 1994 年版,第 59 页。

② 何勤华主编:《外国法制史》,法律出版社 1997 年版,第 87 页。

③ 周枬:《罗马法原论》(上册),商务印书馆 1994 年版,第 60 页。

④ [美]莫里斯:《法律发达史》,王学文译,中国政法大学出版社 2003 年版,第 135 页。

然而,我们不能将罗马时代的法律从业者的出现认定为法律职业的真正诞生。罗马时代的裁判官和法学家的事业只是初具法律职业的性质,是萌生中的法律职业,是后来法律职业得以真正生成和繁荣的源头。罗马时代还没有生成真正意义上的法律职业,其理由在于,一是整个罗马时代的法律在本质上还是由统治者掌控,在这种状况下,不可能出现独立性和专门化程度都很高的法院和法官,也无法形成严格意义上的法律职业。经选举产生的裁判官并不终身以法律为业,且任期短暂。二是罗马时代的法律还没有成为一种卡特式利益共同体,也没有形成一整套法律知识的产生和传授制度,法律人才的培训和法律职业组织的准入制度尚缺乏一种严格而系统的专业评价标准及相应制度。^①

真正的法律职业出现于13世纪的英国。^②英王亨利二世从1164年开始推行司法改革,此后英国的王室法院就一直享有较大的独立权力,并且地位相对比较突出。早期的法官主要是由国王身边受器重的大臣担任,后来,随着英国法官日益从王权中分化出来成为一个相对独立的职业群体。从13世纪开始,法官便主要从资历较深、出类拔萃的律师中选拔,而律师在英国很早就成为一个相对独立的职业法律家阶层,他们在其行会式的自律性组织——律师学院(律师公会)中受到了系统的学徒式的职业训练,这种训练以模拟法庭为主要场景、以诉讼实践技能的培养为主要内容。共同的教育背景、从业经验以及思维模式,使得英国的法官与律师较早就成为一个法律共同体,他们(尤其是法官)对普通法系的形成和发展起到了至关重要的作用。虽然在中世纪的英国,尚未独立的法律依然作为君主权力的附属物和王权统治的工具而存在,而且中世纪的司法专横与腐败是普遍的事实,但当时以法官为首的法律职业者以其非凡的智慧和卓越的胆识精心地培育和捍卫着法律日渐成长的自

① 夏锦文:《法律职业的形成及其条件——一种制度史考察》,载《江海学刊》2008年第1期。

② 波斯纳认为,英国13世纪就出现了明显的法律职业。参见[美]波斯纳《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第54页。

治和独立,形成了一个自治而强大的法律职业群体。^①至16世纪,“大法官不再是国王的听忏悔者,也不是教会人士,而越来越经常地是一个法学家。它以真正法官的身份审查呈交给他的请愿书……出于对正义与良好管理工作的关心,英国君主在这个时期对大法官法院待遇有加”^②。从王权外化而来的王室法官在亨利二世时代后形成的司法集中的局面下,逐步排除外界干预,渐获相对独立的司法权,甚至同王权分庭抗礼。法律职业者的力量,由1612年11月10日发生的詹姆士一世国王和科克法官之间的那场著名辩论可见一斑:

1612年11月10日的“星期日上午会议”上,詹姆士一世国王欲收回部分案件的审判权,科克说,“根据英格兰的法律,国王无权审理任何案件,所有案件无论民事或刑事,皆应依照法律和国家惯例交由法院审理”。国王说:“但是,朕以为法律以理性为本,朕和其他人与法官一样有理性。”科克回答:“陛下所言极是,上帝恩赐陛下以丰富的知识和非凡和天资,但微臣认为陛下对英王国的法律并不熟悉,而这些涉及臣民的生命、继承权、财产等的案件并不是天赋理性来决断的,而是按人为理性和法律判决的。法律是一门艺术,它需经长期的学习和实践才能掌握,在未达到这一水平前,任何人都不能从事案件的审判工作。”国王恼羞成怒地说:“按这种说法,我应屈于法律之下,这是大逆不道的犯上行为。”科克引用布莱克斯通的名言对道:“国王不应服从任何人,但应服从上帝和法律。”^③

大法官科克虽然最终因力主非法官不能审理案件而被解职,但是,法律人只遵从法律,而不应再服从其他任何权威的信念却得以成为法律

① 有关中世纪英国法律职业的兴起,参见陈绪纲《法律职业与法治——以英格兰为例》,清华大学出版社2007年版;程汉大、李培锋《英国司法制度史》,清华大学出版社2007年版;程汉大主编《英国法制史》,齐鲁书社2001年版。

② [法]勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第307页。

③ [美]罗斯科·庞德:《普通法的精神》,唐前宏、廖湘文、高雪原译,法律出版社2001年版,第41—42页。

职业的一种精神而万世流芳。此后,法律职业在不同时代和国度的社会现实条件下不断地演化和发展,并且被注入了崭新的内涵,生成并繁荣了现代意义上的法律职业化运动。在法学理论史上,韦伯系统提出并阐述了法律职业化学说。韦伯指出:“对于职业性法律训练以及在这种训练中的特殊法律思想类型而言,有两种不同的路线。一种是将法律作为工艺的经验性训练路线,这是一种在法律实践中师徒式的训练方式。第二种是在特殊的法律学校里教授法律,按照这种方式,重点是法律理论和‘科学’,即以理性和系统的方式分析法律现象。”^①对于后一种情形,它蕴涵了法律职业化的基本要义。现代意义上的法律职业是现代性理论思潮的产物,其社会实践动力的直接来源是大学里的现代法律教育模式的创新。韦伯指出,大学里的现代法律教育改变了法律教育传统上所采取的那种法律工匠型的经验传授式或师徒式法律教育模式,而是将法律理论作为知识传授的主要内容,是一种学术性的法律教育,其优点在于它“所产生的法律概念具有抽象规范的特点”,而“律师工匠式的专门化不仅妨碍了对整个法律的系统性和彻底性的研究,而且法律实践根本不是以理性的制度为宗旨,而是唯当事人利益为上。……从这种实践和态度中不可能产生理性的法律制度,甚至也不可能产生法律的合理化,因为在这种实践中产生的概念完全是与日常事件相关的”^②。由此可见,韦伯所理解的法律职业实质上是现代性意义上的法律职业。波斯纳同样指出,在美国,自1870年克里斯托福·哥伦布·兰德尔成为哈佛大学法学院院长后,他掀起的一场教育改革运动最终使法律的从业成为一个受限制的行当,开始了现代职业化的发展。^③兰德尔的改革方案,“明确建立在这样一个前提之上,即法律是一门科学”^④。据此我们可以认为,现代性理论所倡导的理性精神是法律职业化运动的思想源泉,而推进和

① [德] 马克斯·韦伯:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,中国大百科全书出版社1998年版,第198页。

② 同上书,第200页。

③ [美] 波斯纳:《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第54—55页。

④ 同上书,第57页。

深化法律职业化进程的直接法律动力则是法制现代化运动。^①当然,我们也不能忘记,法律的理性化仅仅只是法律进化的表现形态,它并不能完全被认定为法律职业形成和发展的根本决定性动力。法律职业化有其特定的社会历史基础,离开了经济、政治、社会、文化以及法学研究自身机制等方面的现实条件和现实语境,法律职业化的开展是没有可能的。^②

需要指出,现代意义上的法律职业化作为法律职业主义的一种实践形态,具有其特定的基本内涵,具体包括以下几个方面:

(1) 法律职业化以法律职业家共同体的形成为标志,法律职业化即意味着一个法律职业家共同体已经形成,这个共同体的主要成员包括法官、检察官、律师和法学家(者),他们共享法律价值,法律至上成为他们所共奉的法律意识形态。(2) 法律职业家共同体奉行为公众服务之公益宗旨,即以维护和实现法权利益为己任,尽管这种权益维护和实现行动能够为法律职业家带来丰厚的利益,但是法律职业家行为并非为以营利为目的的经营行为。(3) 法律职业区别于一般职业,法律职业家娴熟的专业技能建立于深厚的学理基础之上,一种经由系统的专业理论学习而培育起来的学理素养内化为法律职业家的职业意识和行为模式,进而影响其专业技能行为。(4) 法律职业家因循一种独特的思维方式和技术规则作出法律行为,这种独特的思维方式的核心成分是一种演绎逻辑性质的三段论推理,在这种演绎推理逻辑要求下的行为技术规则则是对形式法律的恪守和对竞争性意见的兼听。^③

① 详细论述参见夏锦文:《法律职业化与司法现代化关系的若干理论问题》,载《法学论坛》2005年第2期。

② 有关法律作为职业的社会历史基础,参见夏锦文《法律职业的形成及其条件——一种制度史考察》,载《江海学刊》2008年第1期。

③ 夏锦文:《法律职业的形成及其条件——一种制度史考察》,载《江海学刊》2008年第1期。

法律职业的技能与操守

现代意义上的法律职业化对法律人的职业素养提出了相当高的要求,涵盖了高度的法律专业的技能要求和伦理道德要求。在现代社会,法律职业群体的职业素养决定着法制现代化事业的成败,决定着法治国家宏伟目标的实现程度和法律职业共同体的形成水平。法律职业素养包括六个方面:职业语言、职业知识、职业思维、职业技术、职业信仰和职业道德。前四个方面构成法律职业的技能,即我们通常所称的“才”;后两个方面构成法律职业的伦理,也就是我们通常所称的“德”。^①

“才”有四个方面的要求:一是法律职业的语言技能。任何职业均拥有自己的职业话语体系,这些话语由专业词汇构成,形成专业领域,进而构成专业屏障。法律职业的语言是一种特殊的、具有理性化和专业化特征的语言,其术语来自制定法规定的法定术语或是法学理论中的法学术语,具有交流与转化两大功能。交流功能是指通过使用法律语言在法律职业共同体的同行之间准确而简约的传递信息;转化功能则是指所有的社会问题,都可以转化为法律问题进行分析 and 判断,包括不容易也不应当转化的政治问题。^② 我们认为,在一个崇尚法治的社会,法律语言必将成为广受推崇的语言,^③几乎可以成为大众话语。二是法律职业的知识。它不仅包括一般化、抽象化的法律原理和知识,还包括与其职业相关的

① 对法律职业素养六个方面的详细论述,参见公丕祥主编《法理学》,复旦大学出版社 2002 年版,第 421 页以下。

② 美国司法审查有历史上形成的不讨论、不审理政治问题的原则。然而,托克维尔曾敏锐的指出,在美国几乎所有的政治问题都被转化为法律问题而交由法院审理。参见苏力《论法律活动的专门化》,载《中国社会科学》1994 年第 6 期。

③ 历史上,不仅法律家坚持使用法律语言,而且各界人士也对法律语言倍加推崇和赞誉。比如,意大利诗人但丁在他的著作《论俗语》中将“法庭的语言”与“光辉的语言”、“中心的语言”、“宫廷的语言”并列为“理想的语言”,并指出法庭的语言是“准确的、经过权衡斟酌的”。参见朱光潜《西方美学史》(上册),人民文学出版社 1964 年版,第 128 页。

知识、规范、经验和技巧。正如博登海默所指出的：

攻读法律的学生，如果对其本国历史都很陌生，那么他就不可能理解该国法律制度的演变以及该国法律制度机构对其周围的历史条件的依赖关系，如果他对于世界历史和文明的文化贡献不是很了解，那么他在理解可能对法律产生重大国际问题时会处于不利地位。如果他不太精通一般政治理论，不能洞察政府结构与作用，那么他在领悟宪法与公法等问题时就会遇到障碍。如果他未接受经济学方面的训练，那么他就无法认识到法律问题与经济方面的关系，而这种关系在许多法律领域中都存在着。如果没有受过哲学方面的基础训练，那么他在解决法理学和法学理论的一般问题时会感到棘手，而这些问题往往会对司法和其他法律程序产生决定性影响。……法律是整个社会生活的一部分，而且绝不是存在于真空之中。法律并不是社会科学中一个自给自足的独立领域，能够被封闭起来或者可以与人类努力的其他学科相脱离。^①

三是法律职业的思维特点。法律人的职业思维作为重要的职业技能之一，需要经过专业的训练才能获得，带有几分神秘感，为法律人的社会地位增添了几分“显贵的”色彩。它具有区别于其他职业的内在规定性：通过程序进行思考，法律程序的自治，要求我们只在程序内进行思考和判断；遵循向过去看的习惯，表现得较为稳妥，甚至保守。为了阐明法官的保守性，许多法律家甚至把法官看作是“法律借以说话的嘴巴”^②；注

① [美]E.博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，华夏出版社1987年版，第490—491页。

② 许多著名思想家都曾有过类似的观点。西塞罗的《论法律》第3章第122节：“官员只是说话的法律。”科克爵士在卡尔文文件中说：“法官是说话的法律。”18世纪有一句法律格言说：“国王只不过是执行中的法律。”孟德斯鸠在《论法的精神》中认为：“国家法官只不过是讲法律的嘴，仅是被动物，没有能力削弱法的强制性和严格。”在美国，大法官马歇尔重述了这番话，他把法官说成“只是法律的代言人”，不能随意行事。参见[英]哈耶克《自由宪章》，杨玉生、冯兴元、陈茅译，中国社会科学出版社1999年版，第264页注释[4]。

重缜密的逻辑,谨慎地对待情感^①因素;法律思维追求程序中的“真”,不同于科学中的求“真”;判断结论总是非此即彼,不同于政治思维中的“权衡”特点。^②四是法律职业的技术,包括法律解释技术、法律推理技术、法律程序技术、证据运用技术、法庭辩论技术、法律文书制作技术等。

而“德”则主要是指职业信仰与职业道德。第一,法律人的职业信仰对法制现代化事业意义重大,神圣的法律只有被公众认可、接受并信任、尊重和服从,才可能体现出其法律价值。只有当独立的、精英化的、有威信的法律职业共同体都信仰法律,认真对待法律时,人民大众才会相信并崇尚法律。第二,法律职业有别于其他一般的社会职业,它是基于公平、公正的立场而运用法律。因此,它要求从业人员具备良好的道德品质。法律人的职业道德是法律人在其职业实践中必须遵循的一种道德律。史尚宽曾认为:“虽有完美的保障审判独立之制度,有彻底的法学之研究,然若受外界之引诱,物欲之蒙蔽,舞文弄墨、徇私枉法,则反而以其法学知识为其作奸犯科之工具,有如为虎附翼,助纣为虐,是以法学修养虽为切要,而品格修养尤为重要。”^③我们认为,史先生所言“品格修养”就是法律职业道德。而其具体内容,则包括“关注人性、崇尚正义、忠于法律、珍视荣誉”^④等方面。

照理,坚守着如此严格甚至可以说是近乎苛刻的职业素养要求的法律人,应当受到社会的广泛认可和爱戴。然而,从中外法律职业发展史来看,法律职业阶层经常遭到社会的质疑和批判,甚至是敌视。这里有很复杂而深刻的主客观原因。一方面,法律职业天生的或后来产生的一

① 在法律文句中的“情”或“情感”,通常含有“事实”的意味,并且既有案件中的有形的现实,又有无形的诸如当事人之间关系的一类东西。参见[美]蓝德彰《宋元法学中的“活法”》,载《美国学者论中国法律传统》(高道蕴、高鸿钧、贺卫方主编),中国政法大学出版社1994年版,第312页。

② 有关法律职业思维内在规定性这五点的详细论述,参见公丕祥主编《法理学》,复旦大学出版社2002年版,第427—430页。另外,有关法律职业的思维特点,可参见刘治斌《法律方法论》,山东人民出版社2007年版,第31—98页。

③ 史尚宽:《宪法论丛》,(台北)荣泰印书馆1973年版,第336页。

④ 高新华:《司法现代化进程中的法律职业伦理》,载《法学论坛》2005年第2期。

些缺陷和局限性,使得来自社会的批判在所难免。尤其是当代西方社会,对法律职业(特别是律师职业)的批判是多方面的,包括对律师发展趋于商业化的批评、对法律和诉讼的爆炸的批评、对法律成本巨大的批评、对职业垄断的批评。^①另一方面,法律职业群体独特的法律思维,有别于其他任何政治的、经济的和道德的思维方式,与社会大众习以为常的思考和判断模式往往相差甚远。在法律职业者之间能够轻而易举相互沟通和理解的思维方式和语言,在职业群体之外却可能造成难以跨越的隔阂。比如,尊重程序正义的法律人与追求实质正义的社会大众之间,肯定会有难以沟通之处。前者会遵从由米兰达案件所确立的“米兰达规则”^②,对被告的沉默权予以关照,后者却可能认为让被告人保持沉默这种正当程序下的正当行为却是纵容犯罪、有损正义的;前者会强调职业者只服从法律,法律的权威高于一切,后者则可能认为政府的力量、军队的命令、道德的约束比法律更权威;等等。因此,当法律职业群体内外的人在思维方式上出现冲突时,法律人所遭受的责难,甚至来自于官方的迫害就不可避免了,法律人内心的矛盾和彷徨也是可以想象的。上文提到的大法官科克因力主非法官不能审理案件而被解职就是一例。但是,法律人在彷徨中依然坚守职业规范,这种只遵从法律而不再服从其他任何权威的职业操守使他们不会妥协于任何势力。1972年的尼克

① 黄文艺:《论法律职业》,载《法理学研究》下册(朱景文主编),中国人民大学出版社2006年版,第691—694页。

② 1963年,在美国亚里桑那州发生了一起强奸案,根据被害人的描述和辩论,警方逮捕了米兰达。在经过警方的轮番盘问后,米兰达供认了自己的犯罪行为,并在供认书上签字,这份供认书在审判中被用作证据,米兰达被判犯有抢劫罪和强奸罪。后米兰达以警察的讯问违反了宪法修正案第5条关于不得被迫自证其罪的规定为由向美国联邦最高法院提出上诉。联邦最高法院支持了他的上诉,认为虽然米兰达没有受到身体上的强迫,但“警察局的关押环境和复杂的讯问手段就构成了警察迫使许多嫌疑人讲话的不可否认的力量”,这种场合下所作的供述不足为证,因而推翻原审,宣布进行重新审理。以此案为契机,美国确立了米兰达规则,它要求警察在讯问之前,必须告知犯罪嫌疑人和被告人他们所享有的权利,包括:他有权保持沉默;他所说的一切都有可能作为对他不利的证据;他有权获得律师帮助;如果他无力聘请律师,政府将为他无偿提供。转引自蒋来用、高莉《法学的故事》,中央编译出版社2006年版,第130页。

松案就是一个很好的说明。

1972年,美国总统尼克松准备竞选项连任,其手下助选人员在政敌民主党竞选总部所在地华盛顿水门办公室安装窃听器,试图截获有关情报。不料,没多久窃听器被人发现,窃听人员也当场被抓。这就是“水门事件”。事发后,检察官立即将这几名窃听分子送上法庭。尼克松不仅没有对手下有关人员严加训斥,令其坦承过失,反而还纠集谋士商讨对策。由于白宫内安有录音装置,尼克松与谋士就如何掩饰丑闻的谈话被全部录下来了,录音带有六十多份。哥伦比亚特区联邦法院为了顺利审理案件,要求尼克松交出全部录音带。可尼克松声称总统有绝对的行政特权,拒绝交出,并将官司打到美国联邦最高法院。最高法院大法官说,总统如果拒绝交出录音带,将构成妨碍正当法律程序的罪名。至此,尼克松只能服从法院判决,在几天内交出录音带。随后,尼克松自知难辞其咎,宣告辞职。^①

这个案例带给我们很多思考,通过此案,我们可以更深刻地感受到,无论在何种世俗权威下,无论遭受到何种力量的抨击,无论因各种外来事件曾经多么彷徨,法律人始终没有逾越自己的职业规则,没有忘记自己的职业操守。他们对法律的信奉,对职业的热爱,对规则的遵守,这一切都推动了法治理想的实现和人类法律的进化与发展。法治其实就意味着法律在社会生活中居于最高地位,在全部国家生活和政治生活中具有最高的权威。

法律职业与法律发展

长期以来,法学界对客观的法律现象的关注要远远超过对法律职业

^① 一正:《西窗法雨》,花城出版社1998年版,第15—17页。

者的关注。然而,正如孟子所言,“徒善不足以为政,徒法不足以自行”^①。即使最精妙美好的法律,如果没有人推行、实施和维护,根本就不可能产生效用;最富有智慧的学说,如果没有人探讨、研究和传播,也不可能得到发展。作为法律运行之主体力量的法律职业者,对法律的发展和学说的兴衰有着决定性的影响。西方很多法学大家,都在他们的名著中不惜笔墨地阐述了法律职业者的作用。^② 美国著名法学家罗斯科·庞德的《法律史解释》一书就是一个极好的例子。通过对该书的解读,我们更深刻地领悟到法律人在法律文明的传承和演进中所投入的心血和贡献。

对 19 世纪占支配地位的分析法学派、历史法学派、哲理法学派进行整体性历史考察和深刻评析之后,庞德在该书第六章《著名法律人的解释》中认为,19 世纪的各种法律史解释都忽视了人这一因素的作用。他指出:

有一个因素却遭到了论者们的否认或忽视。在任何 19 世纪的法律史解释中,我们都没有发现诸如律师、法官、法学著作撰写者及立法人员等人的创造性活动这个因素。这些解释只字未提法律者通过创造性的理性或一种创造性的试错过程而在调适或协调人们所具有的各种相互重叠的权利主张的方面作出的不懈努力。这些解释把法律发展这种现象视作是单纯的事件,就好像人们在每个事件的发生过程中都无所作为似的。然而,所谓的法律史事件,实质上是特定的一些人甚或某个特定的人的行为。^③

正如黑兹尔坦在《剑桥英国法律史研究丛书》总序中所评价的:“庞德博士有关法学家作用的富有启迪的思想,乃是他对法律科学所做出的

①《孟子·离娄下》。

② 用专章对法律职业者的作用予以介绍的著述主要有:[美]H. W. 埃尔曼:《比较法律文化》,贺卫方、高鸿钧译,三联书店 1990 年版;[德]K·茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,法律出版社 2003 年版;[日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社 1999 年版;等等。

③ [美]罗斯科·庞德:《法律史解释》,邓正来译,中国法制出版社 2002 年版,第 173—174 页。

又一项有价值的贡献。在他看来,法学家是——或者至少应当是——法律发展中一支具有创造性和型构性的力量。”^①显而易见,庞德的这项主张至少包括了两个在逻辑上紧密相关的要点。^②第一是对19世纪历史法学派各种法律史解释无视法律人的作用的观点进行了彻底的批判;^③第二是在此基础上提出了法律人在法律发展中具有重要作用的观点。^④庞德进一步指出,法律人在对社会事实进行回应时能够通过下述两种方式而在发展法律的进程中发挥自己的作用:一是创造性的立法活动,亦即设计新的制度、提供新的法律律令和发现新的原则这类发明活动,它们主要表现为这样几种形式:(1) 确立程序性拟制(procedural fictions)的形式,或者为人们广泛运用的解释、衡平法和自然法的拟制形式;(2) 司法经验主义的形式,或者经由司法审判而展开的反复试错或兼容否弃的形式;(3) 立法的形式。二是创造性的法律活动。这种活动经常从外部吸纳新的因素,并且用类比的方法发展这些新因素或者将这些新

① H. D. Hazeltine, *The Jurist's Explanation of Legal Development in England and Elsewhere* (即《剑桥英国法律史研究丛书》总序), Roscoe Pound, *Interpretations of Legal History*, Cambridge, 1923, pp. 153 - 154, pxiii.

② 邓正来:《社会学法理学中的“社会”神——庞德法律理论的研究和批判》,载《中外法学》2003年第3期。

③ 庞德指出:“19世纪的各种解释把人这个因素都给遗忘了,至少是忽略了人的特性。历史法学家根本就不考虑行为,他们至多只考虑整个种族,而且至多只是把我作为具有民族精神的某类民族的一个特殊范例加以考虑。所有这些解释都经由各自的方式根据行为的条件而非根据行为本身去解释法律,亦即根据外在于行为人的某种东西去解释法律,因为在他们看来,行为人的行为实质上仅仅是遮盖背后真实运动的一种表面现象。19世纪各种解释思考的都是抽象的人,而不是具体的人。真正的行为人在他们看来只是种种公式而已。”[美]罗斯科·庞德:《法律史解释》,邓正来译,中国法制出版社2002年版,第174页。

④ 针对历史法学派的分崩离析及其造成的恶果,庞德在第六章《著名法律人的解释》中列举了一些事例说明法律人的创造性能力,比如“维多利亚铁路公司诉库尔特斯案”、“杜璃诉怀特案”、“温特鲍特姆诉莱特案”、“乔治诉斯克温顿案”中的原则,逐渐遭到当今社会的否定,“人开始反抗它们,而且人的这种反抗正是法律得以发展的一个原因。即使观念水火不进且不为其他之物所影响,事实还是会对人产生影响的。于是,人们也会相应地重构这些概念或者否定这些概念。人们对事实作出的这种回应,或多或少会受到传统技术和逻辑的指导。正是人们作出的这种回应,而不是概念所具有的那种自我发展的内在力量,形成了法律制度、法律规则和法律学说。”[美]罗斯科·庞德:《法律史解释》,邓正来译,中国法制出版社2002年版,第183页。

因素与现有的法律因素相结合而创制出更新颖的复合物。^① 在这一章中,庞德还专门列举了历史上一些促使法律发展的重要的法律人。^②

在对法律人的创造力进行总结的基础上,庞德号召法律人在为满足日益变化的社会正义需要而改造旧法和创制新法的工作中发挥其应有的领导作用:

我们必须对 19 世纪所取得的法律成就进行条理化并做出重述,从而为重新启动司法和法理学的发展奠定一个坚实的基础。在法律经历了 19 世纪的修正、条理化和系统化的活动(而不是创造性的法理学活动)以后,我们必须再次解放法律并且从外部世界吸纳更多更新的养料。显而易见,这些就是不远的将来的要求,而这些要求则需要有人去做出 19 世纪的法律科学所没有做出的许多伟大的事情,而且还需要我们坚信人有力量做出 19 世纪法律科学所没有做出的许多伟大的事情。^③

人类进入文明社会后,法律的产生和发展必然需要一些制定、执行、适用法律的工作人员,从这个意义上说,任何一个有法律的社会都有从事法律职业的工作人员。但是,不同的社会物质条件、政治体制、文化传统、民族精神所产生的法律职业者,其所属阶层、思想意识、知识结构、文化背景都有相当大的差别。如宗教氛围浓厚的早期社会里,是由祭司或僧侣阶层垄断法律;古希腊的雅典城邦里,则是由普通社会成员直接行使立法和司法;封建时代的中国,是由行政官僚集团掌控司法大权;古罗

① [美]罗斯科·庞德:《法律史解释》,邓正来译,中国法制出版社 2002 年版,第 191—192 页、第 200 页、第 202 页。

② 这些法律人是:科克给严格法的法律结果赋予了一种权威性的形式、曼斯菲尔德使得那种致系统阐释的严格法得到了解放并且使它成了一种能够在 19 世纪传遍世界的法律、马歇尔在美国宪法形成时期对美国宪法所作的颇具政治家风格的法律解释使得美国宪法成了一种有效的工具并经受了内战的考验、肯特和斯托雷的努力使得美国在 19 世纪前期接受英国法律的工作具有了可能性。这些法律人之所以特别重要,是因为他们的努力不仅影响了法律及其发展方向,而且还影响了其他法律人对法律的看法。

③ [美]罗斯科·庞德:《法律史解释》,邓正来译,中国法制出版社 2002 年版,第 207 页。

马则是由职业法学家阶层从事法律事务,等等。当法律由不同的群体驾驭时,必然会呈现出不同的特质和品格,甚至会走出不同的法律发展道路。下面,我们将从比较的角度考察两对例子:一是古代社会中的雅典和罗马,^①二是中世纪的英国和封建时代的中国,^②借以说明法律职业者群体的存在对法律兴衰成败的决定性影响。

以实行直接民主制著称的雅典,却因为直接民主所派生的轮番为治的做法而未能产生出职业官僚阶层(包括职业法官阶层),^③也因为直接民主所产生的对平民治国能力和法律能力的盲目崇拜,而导致了职业律师阶层的难产。正如美国律师赞恩所言:

他们的政治结构使他们既不能建立保障法治的称职法庭,也不能孕育一批能对法律的原则及其特殊规则作出一般性区分的法理学家。他们也不能拥有一批辩护者或开业律师,这些人通常在法庭里代表他们的顾客对实际的争议正确的运用法律进行辩护。希腊人的法庭结构不可能导致职业律师阶层的出现。而我们也已看到,民众和哲学家们对律师阶层是怀有敌意的。^④

古希腊未能产生出一个职业法律家阶层的事实,使得希腊人虽然早有建树地最早提出了法治思想,可他们美好的法治理想却沦为海市蜃楼,甚至使人对法治感到绝望。古希腊伟大的哲学家和教育家苏格拉底就是由没有合格法官参与的陪审法庭随意审判的牺牲品。西方政治传统的研究者沃特斯金指出:

① 黄文艺:《论法律职业》,载《法理学研究》下册(朱景文主编),中国人民大学出版社2006年版,第681—683页。

② 张晋藩:《中华法系的回顾与前瞻》,中国政法大学出版社2007年版,第262—265页。

③ 雅典城邦权力机构的所有公职,都向全体公民开放,以抽签或投票的方式选举产生。除了将军可无限制连任、五百人议事会议员可连任两年外,所有公职任期都在一年以内,且不得连任。这种任期的限制是为了使所有公民都有机会担任公职,但也抑制了职业官僚阶层,包括职业法官阶层的产生。参见黄文艺《论法律职业》,载《法理学研究》下册(朱景文主编),中国人民大学出版社2006年版,第682页。

④ [美]约翰·麦·赞恩:《法律的故事》,刘昕、胡凝译,江苏人民出版社1998年版,第144页。

若一个社会是由受过职业训练的人进行立法和执法,即便面临变革,总能找到些专业标准,维持法律制度的连续性和稳定性。但是希腊人缺乏法律职业阶层,故而法律缺乏连续性和稳定性。^①

反观古代罗马,罗马人在学术、思想上比希腊晚熟,主要依赖于希腊人的成就,但罗马人在法律上却留下了征服世界的罗马法,其影响力令世人叹服。“在几乎所有其他智力创造的领域,罗马人曾是希腊人虔诚的学生,但在法律方面他们却是老师。”^②为什么睿智的希腊人惟独在法律领域败给了罗马人?根本原因在于,古希腊没有产生真正的法律家阶层,而古罗马却产生了一个富有影响力的职业法律家阶层。“当我们研究罗马的法律发展时,我们很容易从其职业阶层找到罗马法律之所以如此完善的奥秘。”^③这个职业法律家阶层主要由法学家和辩护人构成,其中法学家的影响尤其突出。^④从奥古斯都赋予法学家享有“公开解答法律”的特权,到罗马皇帝颁布《引证法》钦定五大法学家所享有的殊荣,至《查士丁尼法典》编纂时法学家不可磨灭的巨大功绩,罗马法学家对罗马法的理论化、系统化及法典编纂所作出的巨大贡献令世人感佩不已。由于罗马法学家的努力,罗马法建成了一套内容丰富、形式科学、逻辑严谨、思想成熟的法律体系,“无论是关于法律的定义和特质的认识,还是关于法律的分类;无论是法律的制度建构,还是私法的实践运作,都体现出了法学家的杰出贡献,并且对后世的影响十分深远”^⑤。在12世纪开始的长达五个世纪左右的罗马法复兴运动中,先后产生了注释法学派、评论法学派和人文主义法学派,这场研究罗马法并将其基本原则和精神运用到法律实践中去的学术运动,为西欧各国建立系统、科学的近代资本主义法律体系,注入了丰富的思想资源,提供了强大的力量,奠定了坚

① [美]沃特斯金:《西方政治传统》,黄辉、杨健译,吉林人民出版社2001年版,第10—11页。

② [英]尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2000年版,第1页。

③ [美]约翰·麦·赞恩:《法律的故事》,刘昕、胡凝译,江苏人民出版社1998年版,第144页。

④ 梅因认为,在罗马共和国中实质上只有两种职业,即军人和法学家。参见[英]梅因《古代法》,沈景一译,商务印书馆1982年版,第32页。

⑤ 张晋藩:《中华法系的回顾与前瞻》,中国政法大学出版社2007年版,第247页。

实的基础。资本主义国家政权建立后,以罗马法为蓝本,编纂了以《法国民法典》和《德国民法典》为典范的民法典籍,形成了以成文法典为主要表现形式的民法法系。即使在普通法系,罗马法的影响也不可轻视。总之,罗马法会有如此巨大的历史影响力,人才辈出、薪火相传的法学家功不可没。

罗马法最具影响力的终极形式,是查士丁尼时编撰的系统法典,这堪称几世纪法学职业化的成果。这套法律体系影响由古至今,是至此时为止人类所能够设计出来的最成功的法律体系。该成就多半要归功于职业法学家;除去发展的最早期而外,他们一直指导着这套法律体系逐步趋于完善。^①

再来看中世纪的英国和同时代的封建中国。英国有着悠久的法律职业传统,并且在13世纪末期就形成了自治而强大的法律职业群体。正是这样一个职业法律家共同体使英国的法律获得了高度的自治性,在遭受外来法的冲击时完全保留了“法官造法”的判例法传统。我们知道,英国很早就接触和了解罗马法,尤其在16、17世纪的都铎王朝和斯图亚特王朝时期,普通法曾面临被罗马法完全驱逐或至少被挤到一边的危险。当时,议会和国王之间发生了激烈的权力斗争,希冀以罗马法维护王权的保皇派势力、为贯彻国王意志而新设的司法机构中的官员和律师、崇尚文艺复兴和人文主义运动的社会人士,都极力主张全面引进罗马法。尽管如此,英国还是没有全面继受罗马法,“其原因之一就是,英国的法律家阶层已有300多年的历史,它已经形成了严密的组织机构、较强的职业内聚力和政治影响,他们致力于维护普通法,为了原则,也为了利益。而与此同样重要的是,法律家们有意识地在议会背后施加影响,而议会在那个时代政治斗争中的最终胜利者”^②。

^① [美]沃特斯金:《西方政治传统》,黄辉、杨健译,吉林人民出版社2001年版,第10—11页。

^② [德]K.茨威格特、H.克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,法律出版社2003年版,第291页。

因此,在英国法漫长的发展历史中,精通法理、经验丰富、以法官为核心的法律家们通过一个个经典判例,确立了英国判例法的基本模式,塑造了英国法独特的品格,并抵御着外来法的入侵,极力保持本民族的法律特质,不断推动着法律的变革与发展。因此,法官在英国法体系中地位显赫,即使是制定法,也只有通过法官在审判实践中的适用并成为判例,才能真正被纳入到国家法律体系中去。正如丹宁勋爵所指出的:“法官应该向自己提出这么个问题:如果立法者自己偶然遇到法律织物上的这种皱褶,他们会怎样把它弄平呢?很简单,法官必须像立法者那样做。一个法官绝不可以改变法律织物的编织材料,但是他可以,也应该,把皱褶熨平。”^①在西方的传统中,法官作为法律的实施者和法律的至上代言人,被公众视为公平和正义的化身,是“活生生的正义”^②。英国关于“法官代表法律”的思想,以及法官所享有的很高的社会公信力,折射出这个国家“法律至上”的法治观念。

类似于英国的这种法治观念在同时代的封建中国社会是找不到对应物的。众所周知,中国历史上一直没有形成一个像中世纪的英国那样的专门性、精英化的法律职业家群体。^③法官一词最早见于战国时期的法家著作《商君书·定分》:“天子置三法官,殿中一法官,御史置一法官及吏,丞相置一法官。诸侯郡县,皆各为置一法官及吏。”虽然后来一直把“法官”作为司法官员的民间通称,但历代司法官员称谓多种多样,如古代的廷尉、大理、推官、判官、司理、司法,近代的推事、承审员等,始终没有把“法官”这一职务称谓作为正式制度的内容。其实历代所谓廷尉、大理、推官、判官、司理、司法等并不是专门的司法官员,而是行政官员,司法者只不过是权力者的手段并附属于为政者。科举成功的人作了行政官员后,可能兼理司法事务。另一部分未能通过科考的人则无政治前

① [英]丹宁勋爵:《法律的训诫》,杨百揆等译,法律出版社1999年版,第13页。

② [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1981年版,第408页。

③ 有关中国漫长的古典社会没有形成一种具有正当性和专业化的法律家阶层的事实,参见贺卫方《中国法律职业:迟到的兴起和早来的危机》,载《社会科学》2005年第9期。

途,被人轻视,可能从事社会地位低、无正常薪俸、甚至纯属不正当职业的书吏、刑名幕友(师爷)和讼师三职。^① 在传统中国社会,兼理司法的行政官员中的绝大多数只是国家行政官僚系统中的一员,其入门的资格要求不是专门的法律素养和司法能力,而是能够作为皇帝代理和为民父母的伦理道德。他们不需要精通律法和拥有法律职业的经验,也不重视律法的教育和训练。

韦伯站在比较法律文化的宏观立场上,对东方社会及其法律体系进行了深入的理论思考,尤其着力探讨了传统中国社会结构以及由此生成的法律文明的特质。他分析了传统中国社会没有自发地完成法律近代化转型的三大原因,^②并且认为缺乏职业法官和法学家阶层是导致传统中国社会不能产生形式合理性法律的最直接的原因。

中国的家产政体,在帝国统一之后,既没有考虑到强而有力且不可抑制的资本主义利益,也没有估计到一个自主的法学家阶层——因此,不仅形式的法学未能发展,而且它从未试图建立一套系统的、实在的、彻底理性化的法律——不仅哲学的“逻辑学”,而且法学的“逻辑学”,都无法发展起来。^③

在中国,并没有一个法官阶层,因为那儿缺乏西方意义上的律师事务所。之所以如此,是因为中国福利国家的家产制特色及其微弱的职权,并不在乎世俗形式法律的发展。在中国,正如前面已经提到过的,“专制破坏国法”的地方上的习俗也抵制法律。中国的法官——典型的家产制法官——以彻底家长制的方式来判案,也就是

① 有关书吏、刑名幕友(师爷)和讼师三职的相关论述,参见瞿同祖《瞿同祖法学论著集》,中国政法大学出版社1998年版,第413页;张晋藩《中华法系的回顾与前瞻》,中国政法大学出版社2007年版,第269—272页。

② 韦伯在《儒教和道教》中提出,传统中国没有自发完成法律近代化转型的原因有三:儒教伦理的影响;缺乏自然法观念;缺乏职业法官和法学家阶层。其中,最后一项原因是导致传统中国社会不能产生形式合理性法律的最直接的原因。参见[德]韦伯:《儒教和道教》,洪天富译,江苏人民出版社1995年版,第167—175页。

③ [德]韦伯:《儒教和道教》,洪天富译,江苏人民出版社1995年版,第175页。

说,只要是在神圣传统所允许的活动范围内,他绝对不会根据形式的律令和“一视同仁”来进行审判。^①

因此,法律职业群体的缺乏,不仅导致了以“礼法合一”为传统的中国法律在几千年的封建历史长河中难以与伦理、政治相分离并且不得不从属于伦理、政治等其他力量,而且注定了中国古代不可能发展出像罗马法这样高度技术化、体系化的法律制度,也不能培育出英国法中“法律至上”的优秀传统观念,法治更是无从谈起。以上两对截然不同的历史实例证明,一个强大而自治的职业法律家阶层,在法律文明的演进和发展中是何等重要。

^① [德]韦伯:《儒教和道教》,洪天富译,江苏人民出版社1995年版,第174页。

后现代法学(postmodern jurisprudence)

后现代主义席卷西方学术的几乎所有阵地过程中,法学也未能幸免,一股后现代法学思潮在法学这个以规范为研究对象、以正义为追求目标的学术领域逐渐掀起波澜。法学不是后现代主义思潮的始发源,甚至不是后现代主义者最初关注的领域。然而,一些最具代表性的后现代主义者或多或少都将其思想兴趣关注到法学,他们经常不是常规意义上的法学研究者,而主要是哲学家、文学家或社会理论家,但由于法学这个被现代主义者看做承诺了权利、规制了权力和追求着正义的事业所触及的关键话语,恰恰是后现代主义者最感兴趣也最想将其颠覆和解构游戏一试身手对象,从而,后现代主义者每每施展其学术技艺时,总是不会忘记法学。对于那些视法律为信仰的真诚法律人而言,后现代法学思潮着实搅乱了他们的思绪。如何理解这场叛乱式思想运动,不能单纯从后现代法学的概念判断入手,因为它或许本来就没有概念,况且下定义从来就不是后现代主义者的学术游戏风格,后现代思潮本来也不是从法学内部自我生成的。因此,读解后现代法学思潮,需要从后现代主义对现代主义的反叛开始,并把握这股思想叛乱运动怎样渗入法学阵地,进而把握后现代思维下的法律理解方式以及对待法律和司法实践的态度。

思潮语境和社会秩序背景:后现代主义和后现代性

后现代主义(postmodernism)是一个思想事件,也是社会秩序性质的一种文化折射,其基本面貌和旨趣立场根本上则是对启蒙运动以来的“理性”、“解放”、“进步”等现代主义叙事的不满和反讽。20世纪中期以来,在思想和学术领域,一股以现代性理论所倡导的本质主义、基础主义、二元论、理性主义、科学主义、民主主义等思想立场为攻击对象的后现代主义学术思潮开始涌动起来。

在社会发展领域,为现代性精神能量所推进的社会现代化进程不再按照现代主义的理性方案行进,而是以一种“自反性”(reflexivity)样态开始逾越甚至背弃那种以知识导向的科学进路、以市场导向的经济进路、以民主导向的政治进路和以解放导向的社会进路,社会关系秩序表现出“后现代性”(postmodernity)。

后现代主义思潮可谓极其杂乱繁复,很难使用常规的概念界定方式对其进行严格定义。如果一定要追问后现代主义的确切含义,那么,我们可以大致认为,后现代主义根本上则是对西方理性主义传统、尤其是对启蒙以来的现代主义进路的一种反叛和颠覆。美国学者波林·罗斯诺指出,“现代性是作为一种许诺把人类历史从愚昧和非理性状态中解放出来的进步力量而进入历史的”,那么,后现代主义者则认为“有理由怀疑有关现代性的道德主张、传统规范和‘深刻阐释’”。在后现代主义者看来,“现代性已经不再是一种解放力量,它是奴役、压迫和压抑的根源”。后现代主义者将所有现代主义理论方案“统统作为预设了所有的问题并提供了先定的答案的、逻各斯中心的、超验地包罗万象的元叙述而予以消解”。认为现代主义的所有思想体系与巫术和神话一样,“建立在不确定的假设之上”。后现代主义者对现代主义各种理论方案的批评并不意味着他们要提出一组替代性假说,“而在于表明建立任何一种诸如此类的知识基础之不可能性,在于‘消解所有占统治地位的法典的合

法性’”。^①

吉登斯则对“后现代主义”和“后现代性”概念进行了区分,他将后现代主义看作是建立在现代性基础上与文学、绘画、造型艺术和建筑的形式或运动,它指涉有关现代性特征的审美观方面。而后现代性,则意味着“社会发展的轨迹正在引导我们日益脱离现代性制度,并向一种新的不同的社会秩序转变”^②。关键在于何谓“新的不同的社会秩序转变”?我们怎样加以把握?对此,吉登斯从四个方面对这种后现代性秩序进行了解释学建构性勾勒:超越匮乏型体系;多层次的民主参与;技术的人道化;非军事化。^③由此可见,吉登斯所理解的后现代性秩序实际上是人类社会的一个可欲未来。然而,当今社会发展正在表现出的、也是为现代性精神和社会现代化运动所促就的则是一个“风险社会”(risk society)^④,对于这个财富增长伴随风险生产、本质主义和基础主义大厦开始倾覆、科学实证主义遭受质疑、价值相对主义开始盛行、协商式民主逐渐生长、虚拟取代真实、资源日益耗竭、生态失去平衡的社会状况,我们又该如何界定其秩序性质?它到底是现代性秩序的一组征象,还是后现代性秩序的初步轮廓?在我们看来,作为一个知识现象,后现代主义并非仅仅只是知识逻辑链条上的一个演绎证伪式话语事件,它也是社会历史发展语境中对社会关系和秩序状况的一种文化体验和反思性表达,只不过这种表达采取了一种颇有些知识游戏甚至玩世不恭的学识态度,没有在正视后现代社会秩序之性质的基础上为人类未来社会秩序的合理建构发表一种负责任的见识,沉迷于对现代主义叙事的语言游戏式戏谑。

一般认为,后现代思想火化由尼采点燃,经海德格尔鼓风,通过伽达默尔、福科、德里达、利奥塔、德勒兹、博德里拉、罗蒂等而全面引爆。后现代主义并非为一个整齐划一的话语系统,其渊源各异,背景语境错综

① [美]罗斯诺:《后现代主义与社会科学》,张国清译,上海译文出版社1998年版,第4—5页。

② [英]吉登斯:《现代性的后果》,田禾译,译林出版社2000年版,第40页。

③ 同上书,第143页。

④ [德]贝克:《风险社会》,何博闻译,译林出版社2004年版,第15页。

复杂,作为现代主义语境中的一组话语事件,很难对后现代主义思潮划出一个十分严格的范围限定,反基础主义、反本质主义、后实证主义、后结构主义、后当代主义、解构主义、非理性主义、后哲学文化、后马克思主义、反人道主义、方法论无政府主义、新实用主义、哲学解释学等,通常都被归入后现代主义名下。由于后现代主义本来就反对为现代学奉为主臬的概念界定的类型划分方法,从而过分强调后现代主义的门类派别并不切合后现代主义者的旨趣。不过,理解后现代主义总是需要通过一些思维向度方可切入,否则,后现代主义那种刻意诡异而闪烁其词的叙事策略很容易令人眼花缭乱而不得要领。其实,后现代主义根本上则是一种以现代主义叙事中的理性主义、基础主义、人道主义、科学主义、实证主义等为攻击、反讽和解构对象的话语行动。丹尼斯·M.帕特森简要而有效地区分了现代主义与后现代主义的思想方式,他将现代主义理解为一种“与启蒙运动倡导的精神相一致的方式”,这种现代主义通过三个轴心表现出来:认识论上的基础主义——知识只有建立在毋庸置疑的基础上才是确信无疑的;语言理论——语言有两个功能,即表现(represent)思想或事件状态和表达(express)说话人的态度;个人和社会——社会最好被理解为“社会原子”的聚合体。后现代主义则是“任何偏离了以上三个轴而没有回复到前现代范畴的思想方式”^①。后现代主义根本上是从以上三个基本向度对现代主义进行攻击和颠覆的,这场思想反叛运动具体表现为反基础主义、反理性主义、主体性消解、反表象的真理约定论、知识与权力合谋论、泛文本主义、反讽行动、后哲学文化等多个方面。

后现代主义思潮并非完全是一个知识游戏事件,它既有深刻的社会根源,也是现代主义主升浪进程中的一场激烈震荡,一定程度上,后现代主义也是现代主义的逻辑病理的突然迸发。

20世纪中后期以来,为现代性精神动能所激发和助推下的西方社会

^① [美]帕特森:《法律与真理》,陈锐译,中国法制出版社2007年版,第204页以下。

步入深度现代化阶段,资本与技术的合谋在创造了巨大的物质财富和彻底改变了自然面貌的同时,资本主义社会内部的各种矛盾也开始日益激化开来,这种矛盾激化表现在众多方面。首先,目的——工具合理性主导的生产活动本来是作为实现和满足人的物质需求目标筹划和运行的,然而,当生产逻辑在不断创造财富的同时,作为兑现和承诺主体性精神力量的主体的人,发现自己日益成为一整套财富生产制度和社会管理制度的对象,无论是作为一个发明和运用技术的主体,还是作为一个按照契约自主逻辑处置社会关系的主体,此刻渐渐发现,自己并非如现代主义所承诺的那样离自由的彼岸日益靠近,而是逐步成为一整套关涉生存方式和生产活动的制度和权力的管制对象,现代性和资本主义正如韦伯所言逐渐成为一个“铁笼”,在其中主体似乎已经看不到真正实现自由的希望。按照鲍曼的判断,之所以形成这种局面,关键在于现代性的预定逻辑本身存在问题,“现代性的实际发展,与其原初的设想截然不同,它使它所推崇的个体自律和民主原则附属于工业和商品生产的工具理性的功能性必备条件”^①。其次,科学技术作为兑现现代主义和理性要求的最彻底的工具,随着它在征服自然和管理社会过程中的能量爆发,那种为现代主义所倡导的人文主义理想日益成为一类边缘性话语,成为为技术所消解的对象,正如马尔库塞所言,“技术作为工具的宇宙,它既可以增加人的弱点,也可以增加人的力量。在现阶段,人在他自己的机器设备面前比以往任何时候都更加软弱无力”^②。技术不仅操纵了主体,而且它逐渐成为一种意识形态按照一种“异化”逻辑将人文主义者所企求的最后一丝幻想全部排除,阿格尼丝·赫勒进一步重申了马尔库塞的立场,在技术文明中,“人成为物的附属,我们拥有的物越多,我们的生活经验和行为就将越发变得像附属物。这种像附属物的、反映性的、肤浅的生活在下述意义上可以被称为‘异化的生活’:人类个体的本质变得外在

① [英]鲍曼:《立法者与阐释者》,洪涛译,上海人民出版社2000年版,第256页。

② [德]马尔库塞:《单向度的人》。转引自[德]哈贝马斯:《作为‘意识形态’的技术与科学》,李黎、郭官义译,学林出版社1999年版,第46页。

于他或她的存在,就像疯癫的情形一样。异化是疯癫,尽管是未被察觉的,因为如果每个人都疯了,疯癫就会被注意到。技术文明通过异化掏空了生活;存在者失去了他或她的第二或第三向度”^①。按照鲍曼的看法,现代性几乎就是“大屠杀”。第三,利益驱动和功利导向的现代资本主义发展导致人的社会关系的严重危机,如果说启蒙运动和现代主义是实现人的平等交往和社会关系的和谐为价值旨趣的,然而,现代化进程所带来的不但不是这个目标的日益趋近,而是带来一个人的不平等和新的等级化趋势,社会交往与相互信任和平等友爱的目标日渐遥远,尔虞我诈和将他人作为一个手段的社会交往秩序日益成为现实,财富差距和价值多元导致社会秩序暂时失去了方向,正如格里芬所批评的那样,“在资本主义社会中,带来地位和权力是金钱的主要功能,因而,财富的明显不平等就意味着在生活的几乎所有方面都存在着明显的不平等。在财富、地位和权力都不平等的情况下要想获得机会的平等,纯属空谈”^②。第四,工具理性的极度张扬和无际蔓延,使得大量知识阶层开始逐渐放弃对现代理性主义和科学技术进路的信赖和崇尚,因为他们发现,理性主义向目的合理性的聚集以及科学技术作为一种意识形态,在社会历史实践层面上严重存在批判性功能,知识和学术在现代主义进路中所担当的角色和所发挥的价值,居然是一个制造人的异化的推进社会不平等的助推器,因此,知识阶层开始反思现代知识学的性质,部分知识分子对科学的功能地位、理性的单向度方向和真理的命题逻辑开始产生严重的怀疑。

后现代主义向法学的渗入

如果说后现代主义最初是在文学、艺术学等领域发端,后逐渐蔓延到现代知识学的几乎所有领域。法学也不例外,二战以后,一股后现代

① [匈]阿格尼丝·赫勒:《现代性理论》,李瑞华译,商务印书馆2005年版,第233页。

② [美]大卫·雷·格里芬:《后现代精神》,王成兵译,中央编译出版社1998年版,第33页。

思潮也开始在法学阵地涌现。按照现代法学逻辑,法律是一种确认权利、限制权力、实现秩序、伸张正义、追求自由的中立而可靠的行为规范,法律作为社会关系的一种制度保障,以体系化的规则予以表达并具有确定的意思,其效力上获得社会主体的尊重,也以国家权力为后盾确保其适用和施行,尤其是,现代论者对法律具有摆脱政治权力的恣意和强制的重要功能,法律只表达客观社会关系要求,因其一般化特征,从而现代法具有不为特定社会经济目的左右、限制个人特权、保障平等、实现正义的重要功能。然而,在后现代主义者看来,以上现代法立场都是无根的浮萍,是一类美好的寓言,法律从来就不是一种独立于政治、经济和社会特定要求的東西,法律规则不可能意思确定,每一次解释都是一次误读。最终,后现代主义者将法律的所有神圣之处都进行了无情的戏谑和拆解。

后现代法学运动首先是从解释学(Hermeneutics)切入的,反对现代主义式的法律理解和解释构成了后现代法学的一切萌芽。法律是一个天然地以语言形式表现的规则体系,如何理解和解释规则条文的确切含义,有史以来一直就成为法学研究和法律实践的一个中心环节。尽管20世纪中期哲学发生语言学转向,语言前所未有地获得了极大重视,成为“存在之家”,人和世界的存在只不过就是语言的存在,但是,法律这个特别的场合总是更为直接地与语言保持着更加直接的联系。从而,关于文本之理解和解释的解释学的诞生无疑会渗入法学领域,并引发现代法学的范式嬗变。按照考夫曼的观点,何谓正确之法以及如何认识及实现正确之法构成了法哲学的两个基本问题,法哲学这样两个基本问题在现代法学中,被更多地按照一种现代科学范式进行了处理,“‘正确之法’,一个一直存在的问题,被当作一个物质对象,一个相对于人们思维而存在的‘客体’,‘主体’当能把握其丝毫未掺入主观成分的纯客观性。这是一种受导于视为典范的精确之自然科学的现代科学理想”^①。应当认为,考夫曼关于这种效仿自然科学的法学范式其实就是概念法学或法律信条

^① [德]考夫曼:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版,第51页。

论(Begriffsjurisprudenz)。应当认为,概念法学仅仅只是现代法学中的一个派别,这个派别主要盛行于现代社会早期,时值现代科学开始盛行并成为诸多社会科学(包括法学)的一个效仿和崇尚范式。但是,正如考夫曼所指出的那样,随着现代科学的纯粹客观性渐渐遭受质疑,知识的主观性成分成为一个不可排除的因素,现代法学那种法律信条论立场也渐渐失去其地位。尤其重要的是,按照考夫曼的理解,法学是一种理解性科学。

法学自始就未形成主体——客体图式。在法学中,不存在一种未打上法律寻找者印记的知识,创造的成分一直,但决非仅仅,也共同起着作用。法的“认识”也是一种法的“塑造”。更明确地说,法之具体的此在形式,特别是法院将如何“言说”,总只是存在于法之实行的过程中。^①

考夫曼的论述不但否定了那种效仿通过主—客体图式、追求知识客观性的现代科学的概念法学的可欲性,而且简明而精到地界定了法学的理解科学性质,从而隐含地指出了解释学之于法学的意义。

其实,人类的法学史基本上就是一部法律解释史。在现代法阶段,思想家们一直按照多种理论立场对法律进行理解和释义,自然法学派的理性和自然权利,历史法学派中的历史法则和民族精神,实证主义法学派中的主权者命令和阶级意志,社会法学派中的社会目的和安全秩序,都竞相表达了各自关于什么是和怎样实现正确之法的理论立场。只不过这种解释还只是关于法律的“理解”(understand)或“释义”(interpret),还不是真正意义上的“解释”(hermeneutic),因为这些现代法立场基本上还是一类按照主—客体分野的意识哲学范式、按照某种功利目的或价值准则所表达的理论立场,在这种意识哲学范式中,法要么成为一个对象,要么成为一种工具,要么成为一类混同于道德的虚幻的价值,其方法论属性根本上是认识论的。

^① [德]考夫曼:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版,第52页。

真正引发法哲学的认识论范式向存在论范式转型的,是哲学解释学的诞生。由施莱尔马赫和狄尔泰所创立的解释学最初的意图是获得关于宗教经典和教义的正确理解,即如何确切把握文本的真实含义。根据戴维·E.林格的研究,施莱尔马赫和狄尔泰的解释学仍没有摆脱方法论性质,“对于施莱尔马赫来说,文本的真实含义并不是它‘看上去’直接像我们所说的。正相反,它的意义必须通过对它产生的历史情境或生活环境的严格标准的重建才能被发现。只有通过一种批判的、从方法论上控制了的解释才能向我们揭示出作者的含意,这样,使一切正确理解成为某门学科之成果的道路就被廓清了”^①。不过,施莱尔马赫和狄尔泰的解释学因袭了笛卡尔主义和启蒙运动以来的理性主义和科学主义进路,这种进路主张认识的客观性要求;并成为早期解释学所追求的一个根本目标——认定有一种自主的主体,这个主体在理解和解释发生的场合,“能够成功地使自己从历史的直接缠绕和伴随这种缠绕的偏见中解脱出来。于是,解释者所否定的,就是作为过去之活生生生活扩展的他自己的当下情境”^②。解释学如果仅仅只是这种方法论追求,那么在此并没有进行阐述的必要,因为这种方法论追求在概念法学或法律信条论那里表现得再为司空见惯不过,它从来就是企图按照立法者的原意来确定具体规则条文的确切含义。

伽达默尔实现了解释学由认识论(方法论)向存在论的转型。他在将“前见”(prejudices,又译“偏见”)界定为一切认识之所以可能的条件和一切创造的条件的时候,更将理解和解释宣布为人的存在论性质。伽达默尔指出:“我们存在的历史性包含着从词义上所说的偏见,为我们整个经验的能力创造了最初的方向性。偏见就是我们对世界开放的倾向性。”^③伽达默尔完全否定那种理解和解释应当摒弃主体自身的前理解和

① [美]戴维·E.林格:《编者导言》,参见[德]伽达默尔《哲学解释学》,夏镇平、宋建平译,上海译文出版社1994年版,第3页。

② 同上书,第4页。

③ [德]伽达默尔:《哲学解释学》,夏镇平、宋建平译,上海译文出版社1994年版,第9页。

生存经历的传统解释学方法论的有效性,在伽达默尔看来,理解的一切过程本身就包含了解读者自身的当下情境,人是不可能抛开现实条件进行理解和解释的,恰恰是因为理解者的条件情境与文本形成之间的时间间隔,使得创造性理解才有了可能。这样,理解和解释就不再是一种澄清偏见和主观性的对文本原意的再现和重建过程,而是一种包含了主体自身情境和偏好的创造性过程。关于以伽达默尔为代表的哲学解释学的要义,我们可以大致总结如下。

其一,理解和解释不是一个方法论问题,而是一个本体论事件。解释学因宗教教义的理解方法问题而引发,由于宗教文本之意义解释上的冲突,最初的解释学所追求的是如何实现对具体教义的客观/准确揭示目标,从而解释方法问题成为解释学的中心主题,狄尔泰就将文本的意义等同于作者的意图。至海德格尔和伽达默尔,解释学不再仅仅只是一个精神科学/人文科学中的理解和解释的方法论问题,而是一个本体论问题。在伽达默尔看来,我们在世界中的存在本身就是解释性的,我们永远无法逃离或避免理解和解释。其二,主/客体之间是一种理解和解释关系。解释学否定了意识哲学所持有的那种主/客之间的客观认识关系,在意识哲学中,文本(客体)的意义理解可以通过一定的技术和方法实现,理解和解释文本的意义意味着对其原意的揭示,主体应当设法消除其偏见,主体应当是自主的,他应当也能够从影响认识客观性的偏见中解脱出来,认识者应当放弃和背离自己的历史性。解释学彻底否定了这种克服主体自身当下情境的理解理想,伽达默尔指出,“理解甚至根本不能被认为是一种主体性的行为,而要被认为是一种置身于传统过程中的行动,在这个过程中过去和现在经常地得以中介。这就是必须在诠释学理论里加以发挥的东西,因为诠释学理论过多地被某个程序、某种方法的观念所支配”^①。其三,理解是一种“效果历史”事件。伽达默尔突出强调了“前见”之于理解和解释的前提和基础性地位,在他看来,解释学

^① [德]伽达默尔:《真理与方法》(上卷),洪汉鼎译,上海译文出版社1999年版,第372页。

并不是要去发展一种关于理解和解释的程序或方法,而是要澄清理解的前提条件到底是什么。对于现代主义的主体性哲学而言,要么将理解的前提条件判定为认识活动所借助的程序、方法和技术,要么像康德那样断言为认知主体先天具备的先验综合判断能力。在这种主体性哲学理路中,认识结果要么是一种对客观存在的真实摹写,要么是一种主观建构。解释学批判了这种否定认识主体之非历史性存在的性质,指出正是人之存在的历史性及其“前见”作为认识者的一种当下情境而构成了理解的前提条件。在伽达默尔看来,人是一种历史性存在,他总是生活在传统之中,正是因为传统作为存在者的一种不可任意选择和自由支配的认识条件,决定了认识者在面对一个文本之时总是必须经由其“前见”方可理解文本的意义,“理解按其本性是一种效果历史事件”^①。其四,语言游戏之间可以进行调解并实现视域的融合。解释学赞同维特根斯坦关于事实上存在着无数种不同语言游戏的事实,但是,与语言游戏论者所认为的不存在共同的先验语法和不当企图实现统一的规范语言的立场形成鲜明差异的是,解释学强调不同语言游戏之间进行调解和视域融合的必要性和可能性。在解释学家看来,“当前的解释学情境总是早已包含在基本的理解活动之中,因此,获得理解本质地具有中介或综合的性质,……语言游戏的分析者本身就被包含在语言游戏的综合或融合中”^②。解释学认为这种视域融合并非为一种先验游戏,而是存在于语言使用者的交往实践之中,人学习一种新的语言总是在他所已经掌握了一门语言的基础上进行的,已经掌握的语言和即将学习的新的语言之间,实际上就是两种不同的视域,掌握一门语言是学会一种游戏,学习新的语言是一种新的游戏,但是这并不意味着对旧游戏的抛弃,而是新游戏和旧游戏之间(生活形式之间)的调解和融合。

后现代法学的另一切入路径是以德里达为代表的解构主义(decon-

① [德]伽达默尔:《真理与方法》(上卷),洪汉鼎译,上海译文出版社1999年版,第385页。

② [美]戴维·E.林格:《编者导言》。参见[德]伽达默尔:《哲学解释学》,夏镇平、宋建平译,上海译文出版社1994年版,“编者导言”第29页。

struction)。德里达与伽达默尔的思想因子都源自海德格尔的存在主义哲学,但是,两者在哲学取向上颇有差异。如果说伽达默尔的取向重在理解过程的性质界定,进而关怀人的存在论——解释学状态和命运,那么,德里达的解构主义则重在颠覆始终主导西方而上学的理性主义和基础主义信念。和伽达默尔一样,德里达也十分重视文本理解问题。在现代主义者眼中,文本的意义可以通过语言的形式准确地表达出来,至少人们可以借助语言文字较为确切地把握文本指涉的对象或表达的意义。到德里达那里,他借用了索绪尔语言学的“能指”(signans/signifier)与“所指”(signatum/signified)术语,^①不过,在德里达看来,文本的意义从来并非基于一个稳定的“所指”,相反,总是已经存在着能指之间的嬉戏。德里达阐述道:“通过一种难以察觉的必然性,文字概念正在开始超越语言的范围,它不再表示一般语言的特殊形式、派生形式、附属形式,它不再表示表层,不再表示一种主要能指的不一致的复制品,不再表示能指的能指,文字概念开始超出语言的范围。……没有所指可以逃脱构成语言的指称对象的游戏,所指最终将陷入能指之手。文字的降临也就是这种游戏的降临。”^②德里达揭示能指与所指之间关系的目的是,要宣告那种文字准确表现对象和意义的真理对应论的有效性,在德里达所揭示的能指与所指之间的这种关系中,能指并不必然表现意义,能指之间是一种独立的语言游戏,在写作和理解过程中,所指并不必然存在,字符作为能指并不必然有所指,其意义并不固定或必然地“在场”(presence),字符的“意指”(signifying)是流变的,是由能指的游戏关系和过程所决定的。^③这样,按照德里达的立场,语词和符号与对象和意义之间并不存在一种确定的意义对应关系,而且由于能指游戏的流变性质,从而文本没有主体,没有中心,没有作为根据的理念,存在的只有能指(字符)

① 在索绪尔那里,“用所指和能指分别代替概念和音响形象。”[瑞士]索绪尔:《普通语言学教程》,高名凯译,商务印书馆1980年版,第102页。

② [法]德里达:《论文字学》,汪家堂译,上海译文出版社1999年版,第8页。

③ 赵敦华:《现代西方哲学新编》,北京大学出版社2000年版,第440页。

之间的嬉戏,“字符流动的结果是文本(text),文本是字符的流动所‘编织’(textile)出来的网络。在‘文本’这一网络中,无中心,无结构,无本质”^①。最终,德里达颠覆了西方形而上学的逻各斯中心主义(logocentric),否定和解构了文本结构的二元对立性质,指出字符与意义之间并不存在意义对应关系,字符之间的游戏并不必然表现对象或存在的意义,意义和知识都是没有基础的。

伽达默尔的解释学和德里达的解构主义对法学的后现代思潮产生了极其重大的影响,伽达默尔和德里达的思想尽管是哲学取向的,但是两人也都并非没有关注法学。在《真理与方法》一书中,伽达默尔对法律解释学就有一定篇幅的论述。按照伽达默尔的思想,法律诠释与历史诠释、神学诠释及语文诠释并没有本质上的不同,法学诠释的任务在于对规则条文具体化的运用,而这种运用并非是要按照形式逻辑思维去确定具体条文的确切意义或立法原意,伽达默尔指出:“具体化的任务并不在于单纯地认识法律条文,如果我们想从法律上判断某个具体事例,那么我们理所当然地还必须了解司法实践以及规定这种实践的各种因素。”^②由此可见,伽达默尔的法律解释学所倡导的是一种语境主义立场,从而,那种概念法学或法律信条论法律解释方法就被宣布无效了。德里达几乎没有直接涉猎法学领域,但是,其解构行动并非无意于政治或法学关怀,对德里达来说,“解构就是正义”^③,因为解构行动的性质是揭露暴力和欺骗,是反抗承诺有效的解放叙事和进步神话所造成的压制和奴役。从而,德里达的解构主义之于法学的影响力是潜在的。

尽管解释学和解构主义没有过多表达其法学关怀,但是,它们对后现代法学迅速繁荣的影响力是根本性。以美国为例,这是一个后现代法学思潮涌现得最为激潮澎湃的国家,按照菲尔德曼的判断,欧洲大

① 赵敦华:《现代西方哲学新编》,北京大学出版社2000年版,第439页。

② [德]伽达默尔:《真理与方法》(上卷),洪汉鼎译,上海译文出版社1999年版,第424页。

③ [美]菲尔德曼:《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想》,李国庆译,法律出版社2005年版,第77页。

陆的哲学思潮在美国激发出剧烈的法学回应,20世纪80年代以后,该国法学实现了“解释的转变”,一批非法学理论家的学说成为法学研究的理论源泉,严格的法学学科界限开始崩溃,学科壁垒开始坍塌。“一些宪法理论家最终停止了追问那个根深蒂固的现代主义问题:什么样的基础可以客观地限制宪法解释和审判或者为宪法解释和审判提供基础?相反,这些宪法学者开始追问一个后现代问题:(宪法)解释是怎样发生的?”^①

后现代法学的外貌轮廓

1. 法律文本的后现代阅读

如果说实在法规范作为司法判决之根据具有确定性内容是现代法律制度所预设的一种条件假定,那么这个条件假定已经遭受到后现代法学(Postmodern Jurisprudence)有力而无情的颠覆(overthrowing)和解构(deconstructing)。后现代法学作为后现代思潮的一个特定组成部分,对以理性为内在精神支柱的现代法律和法学进行反击的一个基本切入点就是从法律文本之意义确认角度入手的。现代主义哲学坚信,“一个文本的含义一定要基于某些坚实的支撑或基础——比如文本自身或作者的意图——这一客体被认为与进行感觉的自我或主体相互分离和独立,但又可以被自我和主体以某种方式理解”^②。在现代法律和法学语境中,一种共识性前提假定就是法律文本与文学文本具有性质上的根本差异,因为形式法律内在着一种理性精神,是按照一定的理念准则和价值原则而对社会关系的一种体系化调整和规制,它不像文学文本那样,本性上是一种心灵流露和情感表达,属于非理性的事业。因此,在现代主义法学家看来,司法判决应当严格按照形式法的规定作出,判决是对

^① [美]非尔德曼:《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想》,李国庆译,法律出版社2005年版,第281—282页。

^② 同上书,第51页。

实在法规范所内在蕴涵的立法者意志的确认和适用。

在历史上,法律被假定为中立而公正的——以一种非人格的、可预言的、无争议的方式去解决争端的某个毋庸置疑的方法。对于法律的尊重象征着拥有高度教养的公民的某种先进而稳定的文明。传统的法哲学假定,法律判决能够也应该是注重事实,注重分析,不抱偏见和客观公正的。判决具有确定的意思,法规构成了一个自给自足的体系,它以某种独立于独断和折衷的政治、经济和社会诸因素的方式来编纂法规。^①

对于作为司法判决所赖以据的法律规范,现代主义法学家总是抱以一种应当按照立法意图和精神作出判决的立场,即“探求立法者或准立法者于制定法律时所作的价值判断及其所欲实现的目的,以推知立法者的意思”^②。然而,到底是谁在确切和明晰地(抑或意有所指地)表达着他的意志?立法机构这个集体创作的作者,有没有统一意志或共同意图?如果存在什么集体意志或共同意图的话,那么谁将为他们的共同作品在出现错误时承担责任?对于法律形成于立法机构这样一个人员庞杂或许还良莠不齐的群体的现象,需要追问的是,“在什么意义上我们可以说,这些立法者分享了共同的意图?”^③

然而,在后现代法学家看来,形式实在法并没有确定性内容,更不存在什么立法者意图或法律精神,也没有什么法律原则或逻辑中心可以作为具体法律规则体系的价值准则而能够得到明晰的识别。由于学科壁垒在后现代主义思潮中迅速被拆除(因为都是一个文本的阅读问题),哲学解释学在文学批评和文艺理论那里首先立足,此间,英国文学批评家费什(Stanley Fish)从叙述故事、表达感觉、抒发情怀的文学憩园转战意志冰冷、形式僵硬的法学哨所。费什的学识与伽达默尔十分相近,只不

① [美]罗斯诺:《后现代主义与社会科学》,张国清译,上海译文出版社1998年版,第184—185页。

② 梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社2000年版,第215页。

③ 苏力:《解释的难题:对几种法律文本解释方法的追问》,载《中国社会科学》1997年第4期。

过费什更加身体力行,他由文学批评教授改为行为法学教授,转向法理学研究。费什开门见山:“客观性是不可能达到的,因为我们总是已经在进行解释了。”^①不过,尽管费什极为倾向于认为后现代阅读中文本的意义并不决定于作者原意、而是由读者按照自己的境况赋予的重要性,但是,费什还是指出,“从来都没有过、将来也不会有人能够从一个本身并非已经在进行解释的视角上检视解释的可能性”。^②这意味着解释并非是一件个体化的事情,费什主张解释行为及其意义很大程度上决定于解释者置身其中的话语共同体,一个解释的共同体塑造着其成员的解_释实践技术和方向。费什主张法律解释的共同体立场,在他那里,“法律见解被说成是为法律团体所共有的语言和现实的一个结果。法律见解提不出绝对的真理主张,因为法律规则没有限制团体解释”^③。因循这样一种立场,后现代主义者开始了他们对法律文本的后现代阅读。作为后现代法学之重要一派的“法律与文学法学”(Law and Literature)将法律文本视同文学文本,认为“法律文本和文学文本的性质是接近的,前者像后者一样具有开放阅读的柔性特征”^④。“法律与文学法学”得出这种结论的根本理据在于,法律规范也是一种文本,而读解文本之意义的方法,不应该按照传统理论那样,去揣摩文本作者的意图,否则法律文本的确切意义,要么就是所谓立法者的意志(如分析法学那样),要么就是某种价值准则(如自然法学那样),或者是某种所谓的民族精神(如历史法学那样),执掌司法判决权力的作为读者的法官就只需要准确把握法律文本作者的这些确切“意图”便能使得判决获得合法性。在文本阅读的传统理论中,“一个文本的意义就是作者自觉或不自觉意图的一个简单功能,

① [美]菲尔德曼:《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想》,李国庆译,法律出版社2005年版,第283页。

② 同上书,第284页。

③ [美]罗斯诺:《后现代主义与社会科学》,张国清译,上海译文出版社1998年版,第187页。

④ James White, *Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*, Boston: Little, Brown & Co. 1973.

读者只需发现这些意图便可能明白文本的确切意义”^①。但是,后现代主义者否定了文本作者在文本意义确立上的优先地位,宣告了现代“作者的死亡”,因为文本是一种结构,而文本阅读的结构主义进路将得出文本的意义并非为“说者的主观意图和愿望所传递的,而是制作它的作为一个整体的语言系统的产物”^②。从而后现代主义者对读者的地位重新进行了定位,认为读者并非一个被动接受作者“意图”的受话者,文本的意义是由读者所赋予的,读者作为文本的读者和阐释者,他/她们对文本意义的决定功能丝毫不亚于作者。在法律领域,肯定论后现代主义者认为,“法律是政治的、主观的、有争议的、仅仅因人而异的解释”。怀疑论后现代主义者则声称,“有关法律的任何一种解释都不是真正合法的。法律文本被说成是自我指称的;其意义,正如文学文本一样,是完全不确定的,在语言学上是相对的,可以有为数众多的解释的,而其中没有一种解释是特许的。意义是被注入的,对某法律文本的每一次解读都被说成必然地是一次误读”^③。另外,作为后现代主义的一个阵营,“解构主义”(deconstructionism)则抛弃了对法律文本的传统阅读方式,按照一种“把一个文本的‘偶然’特征看作是在背叛、颠倒其所声称的‘本质’内容的方法”^④,将法律文本表面上似乎已经十分确定和明晰的内容读解为完全不同的意义。在解构主义者看来,法律文本所企图预设的“逻各斯”(logos)中心理念,是完全可以被颠覆和摧毁的,所谓法律文本的立法意图或精神实质在解构主义阅读中经常可以被转变为它的反面。巴尔金(Jack Balkin)在对侵权立法及司法实践考察后指出:“运用解构主义方法,我们发现每一个法律观念实际上只是对另一观念具有虚假优位性,通过对其对立面的揭示和对其本身的解构,我们将获得一种完全不同的

① [美]罗斯诺:《后现代主义与社会科学》,张国清译,上海译文出版社1998年版,第37页。

② 同上书,第40页。

③ 同上书,第185页。

④ [美]罗蒂:《后哲学文化》,黄勇编译,上海译文出版社2004年版,第98页。

道德和法律义务结论。”^①

2. 判决标准和方法的后现代解构

对法律文本进行后现代阅读的后果,不仅仅只是对作为判决根据的法律规范之意义确定性的消解,它还严重影响到司法判决的标准和方法领域。把具有确定性意义的实在法规范适用于案件事实之上,这是现代法理论家对现代司法活动的基本判断。然而,按照后现代主义者关于法律文本并没有确定性意义的读解,作为现代司法所倡导的以对实在法的适用为核心内涵的法律形式主义就出现了问题,司法活动就直接面对一个对凭藉何种根据作出判决的质难,这将深刻影响到司法判决的标准和法律推理作为司法判决之方法论选择方案是否还可以得到纯粹贯彻的问题。

既然法律文本的意义是不确定的,那么作为判决依据的前提就应该另有选择,或者,实在法律规范仅仅只是司法判决的渊源之一,它与政治原则、伦理道德、文化传承、经济学规则等共同构成了司法判决的准据法序列,特别是在疑难案件的决断中,谁也无法保证判决结论的得出就一定将实在法规范严格适用到案件事实之上的结果,判决标准除了法律以外,或许政治权力、经济学规则、道德伦理知识、文化传统等非法律因素也分别或共同成为了判决标准。诚如波斯纳所言:“如果将法律转化为其他东西,比方说经济学,或者是其他可以从中获得确定的伦理或政治问题解决办法的伦理原则或政治原则,法律推理也可以保留其获得确定的案件结果的力量。但如果在那些诉讼争执中涌现的令人烦恼的问题上适用这些人文学科或社会科学的分支,那么就没有任何学科或学科分支有可能在一个难分高下的案件中获得确定性;而且,无论如何,赞同把法律转化为另一种社会思想的论点都不可能建立在法律推理的基础上。”^②如果说这种立场更多地还只是一种实用主义进路,那么后现代主

^① Jack Balkin, *Deconstructive Practice and Legal Theory*, in 96 *Yale Law Journal* (1987), p. 746.

^② [美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第159页。

义者则将走得更远。后现代主义者或者将法律理解成一种“地方性知识”，“隐藏在法学理论和法律实践中的是一系列政治、社会和经济生活的不断重现或‘地方志’”^①。法学的使命在于描述“有关我们生活和世界的小范围的、地方性的、开放性的故事”^②。从而司法判决就应当是一种限定于特定时空的语境主义标准。或者，法律只是诸多社会系统中的一种，它并非关于判决标准的唯一叙事，否则，将确定的实在法规范作为司法判决的唯一标准，势必会导致这样一种后果，“一个权力行为的产品，通过权力行为，其他理解经验世界的方式被边缘化了”^③。“批判法学”（Critical Legal Studies）代表昂格尔通过对自由主义社会中法律秩序的形成及法律自治性内涵的解析，得出了这样一种结论，“法律秩序中的专门机关的运行与国家其他的政治机构并无区别，而且，法律推理的方式，归根结底，与政治、经济和伦理的选择中所运用的并无不同”^④。

法律文本意义的不确定性和判决标准的多元化必然暗蚀法律推理作为司法判决方法论的基础性地位，因为这种方法的有效性只能建立在规范根据的意义确定性基础之上，并且要求法官只服从法律，没有“前见”（prejudice），演绎三段论构成司法判决思维的核心内容。然而，既然法律文本并没有确定性意义，判决也并非只是一种形式实证法标准，那么法官对判决作出的作出就势必也不是一个纯粹的法律推理结果。首先，法官的“前见”始终会发生作用。“法官带进案件中的那些成见（preconceptions）并非外在的和无关的异己物。心智白板（tabula rasa）并不是司法的理想。”^⑤按照诠释学进路，实在法规范的意义始终只能是一种“效果历史”（effective history），“在理解中所涉及的完全不是一种试图

① Nicholas Blomley, *Law, Space, and the Geographies of Power*, New York: the Guilford Press, 1994, p. xi.

② Costas Douzinas, Ronnie Warrington and Shaun McVeigh, *Postmodern Jurisprudence, the Law of Text in the Texts of Law*, New York: Routledge, 1991, p. x.

③ Gray Peller, *Metaphysics of American Law*, *California Law Review*(1985), p. 1170.

④ [美]昂格尔：《现代社会中的法律》，吴玉章、周汉华译，译林出版社 2001 年版，第 53 页。

⑤ [美]波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社 2002 年版，第 158 页。

重构本文原义的‘历史的理解’。我们所指的其实乃是理解本文本身。但这就是说,在重新唤起本文意义的过程中解释者自己的思想总是已经参与了进去”^①。从而,在后现代理论家看来,即便存在一定的法律推理前提,那么这个前提也是由法官“前见”所决定的前提。其次,司法判断并非为一种纯粹理性的知识形态。霍姆斯早就断言,“法律的生命不是逻辑,而是经验”。在波斯纳看来,法律是一项应当被称做实践理性的事业,从而像掌故、内省、想象、常识、设身处地、动机考察、言说者的权威、隐喻、类推、先例、习惯、记忆、经历、直觉、归纳等知识谱系无不影响着甚至根本地决定着法律推理的过程。

直觉难以表述,无偏见并非客观性,而法官无利害关系的直觉常常不能为经验证实或证伪。因此,起初是支持法律客观性的一个论点(保持观点平衡的可能性),结果成了反对法律客观性的一个论点。如果我们想一想,这里使用的直觉与无言之知很相似,这种反讽甚至还要尖锐一些;无言之知是实践理性的一种方法,维护法律客观性的人们用它来替代逻辑和科学,而没有意识到,他们越是依赖无言之知来决定法律结果,就越难证明这些结果的正当性。因为无言之知是个人的,并且是难以表述的,而正当化却是公众的和要能清楚表述的。^②

3. 司法权威的后现代颠覆

司法权威作为现代性语境中的一种法律和法学方案是毋庸置疑的,它建立在司法权的中立性基础之上,“独立、超然和理性三方面是专业法官的职业本色,也是专业法官威信之基础”^③。被视为天然地具有中立性的司法权力通过对立法和行政权力的监督、纠纷解决等功能机制而实现司法权威。然而,后现代法学颠覆了这种司法权威性,认为司法并没有

^① [德]伽达默尔:《真理与方法》(下卷),洪汉鼎译,上海译文出版社1999年版,第495—496页。

^② [美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第92、159页。

^③ 孙笑侠:《法律家的技能与伦理》,载《法学研究》2001年第4期。

什么独立性可言,法官也并非像人们想象的那样在中立裁判,他们要么是在执行着某种政治主张,要么只是一种社会纠纷事件的被动受众,消极而无奈地成为争斗当事人双方竞技角逐的看客。法官中立并非什么正义性要求(不先入为主),恰恰只是一种无力主导社会纠纷的弱者姿态。司法是一种权力监督和制衡机制的观点从来就缺乏实证性基础,一直遭遇经验性事实的质疑,现实状况毋宁是司法始终受制于立法和行政权力,它只在政治权力不便正面过问的时刻才粉墨登场。后现代主义者颠覆司法权威的基本方案可作如下概括。首先,司法并不独立。独立即意味着司法这种社会制度内在具备足够资源支撑,具备有效抵制外力介入和干涉的强大功能机制。然而,现实中的司法制度毋宁是这样一幅景象:法官的产生由政治家和政治权力决定,司法经费由政府财政预算和划拨,法院编制由政府人事部门计划等。现代主义者对司法独立的制度安排和权威认同建立在一种知识论基础之上,这种知识论基础的基本内涵就是法律至上和程序中心主义,法官通过对法律的服从和对程序的恪守而体现司法权威。然而,在法律文本之确定性意义被后现代主义者予以消解以后,在得出“认真地对待规则,是一种决疑的艺术和一种模棱两可的法律家美德”^①结论之后,支撑司法独立及其权威的知识论资源已然显现得破绽百出。将司法权威建立在知识论基础之上,仿佛司法权力仅仅只是一个纯粹的知识论问题,它能够仅仅凭藉理性的法律知识系统的内在逻辑而保证其独立性和权威性,这在后现代主义者看来是一种浪漫的幻想。福柯就得出了“知识就是权力”^②的结论,在福柯看来,“知识

① [美]诺内特、[美]塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会:迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社2004年版,第89页。

② 福柯指出:“或许,我们应该完全抛弃那种传统的想象,即只有在权力关系暂不发生作用的地方知识才能存在,只有在命令、要求和利益之外知识才能发展。或许我们应该抛弃那种信念,即权力使人疯狂,因此弃绝权力乃是获得知识的条件之一。相反,我们应该承认,权力制造知识(而且,不仅仅是因为知识为权力服务,权力才鼓励知识,也不仅仅是因为知识有用,权力才使用知识);权力和知识是直接相互关联的;不相应地建构一种知识领域就不可能有权力关系,不同时预设和建构权力关系就不会有任何知识。”参见[法]福柯《规训与惩罚》,刘北成、杨远婴译,三联书店1999年版,第29页。

的‘霸权’以及合法性,仅仅源自知识之外的权力关系”^①。按照这种读解行动,司法并非什么独立的权力,司法权威也并不可能来自以法律思维和法律适用为基本内涵的知识论基础,说司法有什么权威,那只是说司法活动顺从了外在于法律本身的权力话语要求。第二,司法监督权并不能切实实现。宪法解释权、违宪审查、宪法诉讼、行政诉讼等司法权力对立法权力和行政权力的作用形态并没有真正切入权力的内核,一方面,它们只是在权力的边缘地带游荡,另一方面,它们发挥了一种为权力辩解或润色的功效。第三,法官没有中立的可能。不偏不倚、兼听、消极裁判、回避等,这些美好的字眼并非现代社会中的法官的真实写照,“前见”、金钱诱惑、个人好恶、政治派系等,始终左右着形式上掌控着司法决断权的法官。

既然司法并不具备那种为现代主义者所假定的权威,司法判决始终没有成为解纷中心机制,那么纠纷解决便应当寻求一条机制多元主义路线。难以记数的社会纠纷只有极其有限的一部分经由司法程序解决,政治的、行政的、民间的、社团内部的纠纷解决机制一直扮演着更为重要的角色。况且,通过司法的纠纷解决也是一种极不经济的选择方案,为法学家所看好的司法判决并没有真正制造出一个共识局面,却常常加深矛盾,扩大分歧。“提交法院的纠纷,大多数不是通过判决来解决(而是通过放弃、撤诉、调节)来解决,而且也常常不是通过法院的权威性处理方式来解决,诉诸法院作出充分权威性判决的案件,大多数缺乏诉讼性质,有的纠纷实际上已经结束,或者只有一方当事人出庭。”^②而在事实上,纠纷解决机制也着实演绎着一条多元主义路线。

4. 正义程序的后现代非难

为现代主义者所崇尚的法律形式主义在司法制度上的兑现就是司法程序的正义性要求,司法程序在实现追诉犯罪、解决纠纷目的的同时,

^① 刘星:《西方法学中的“解构”运动》,载《中外法学》2001年第5期。

^② [美]盖郎塔:《不同情况下的正义》,载卡佩莱蒂编《福利国家与接近正义》,刘俊祥等译,法律出版社2000年版,第128页。

还要求程序本身应当是一道正义的程序,程序是法律的中心。如果说传统司法所强调的更多地是实质正义——外在价值,那么,现代司法则将形式正义强调到无以复加的程度,司法程序的正当性本身成为一种独立价值——内在价值,并且呈现出一种司法程序的内在价值优位于司法目的实现的外在价值的状况。为现代司法制度所倡导的司法程序正义价值的基本要旨在于,司法程序“按照某种标准和条件整理争论点,公平地听取各方意见,在使当事人可以理解或认可的情况下作出决定”。“程序没有预设的真理标准。程序通过促进意见疏通、加强理性思考、扩大选择范围、排除外部干扰来保证决定的成立和正确性。”^①法律领域中突出司法程序的独立性地位及其内在价值的现象,其合法性前提谋划和预设,一方面在于案件事实是不可能绝对真实再现的,从而约束于司法程序之内的举证和辩论活动所得出的判决结论是一个可欲的现实选择;另一方面在于赋予司法程序以独立性地位以抵制非法律话语的介入,尤其是抵制政治、道德、伦理、金钱等外力对法律系统的强制干涉。正是出于以上考虑,现代司法程序必然地会被从被动性、中立性、公开性、参与性、终局性、科学性等方面进行要求,兑现了这些要求的司法程序就是正义程序。作为现代主义之捍卫者的杰出代表,哈贝马斯按其“法律商谈理论”(Discourse Theory of Law)进路,对表征正义精神的司法程序进行了如下要求:

法律必须再一次以组织性规范的形式运用于自身,不仅仅是为了创造一般的司法权能,而且是为了建立作为法庭程序之组成部分的法律商谈。法庭程序的规则将司法判决实践建制化,其结果是,判决及其论证都可以被认为是一种由特殊程序支配的论辩游戏的结果。^②

① 季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第12页。

② [德]哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,三联书店2003年版,第287页。

由此可见,为现代主义法学理论家所倡导的司法程序预设着这样一种中心理念:对程序规则的遵循程度是评价判决结果公正性的唯一根据,而只有兑现了对话论证精神的程序规则才是正义的程序规则。

这种以对话论证为担保的正义性司法程序在司法现代化进程中显然已经得以法律建制化——辩论主义。辩论主义贯穿了现代司法制度的基本过程,其合理性基础被界定为通过证据确定事实,通过对话达成共识。这样,司法程序不说一定要实现“所有论辩参与者机会均等、言论自由、没有特权、真诚、不受强迫”的“理想对话情境”^①,但是现代司法程序至少也应当在具体的社会历史实践背景中合理地保证法律商谈精神的部分兑现,对此,哈贝马斯指出,“程序法并不对规范性法律商谈进行调节,而只是在时间向度、社会向度和实质向度上确保所运用性商谈之逻辑支配的自由交往过程所需要的制度框架”^②。

然而,在后现代主义者看来,通过对话达成共识是一个美好而虚幻的愿望,对话的目的不是追求共识,而是追求歧见(dissension)。利奥塔(J. F. Lyotard)持以一种“语言游戏”立场,认为语言游戏“没有普遍有效的规则或元规定”,“共识只是讨论的一个状态而不是讨论的目的。更确切地说,讨论的目的应该是误构”^③。考夫曼(A. Kaufmann)从另一层意义上对这种过于强调以对话论证形式所担保的司法程序正义性进行了质疑:“仔细观察便会发现,即使是论辩或合意理论也表明,内容在任何情况下主要是出于经验。以为内容只能出自形式即程序的人,实际上是自欺欺人。”^④这样,后现代理论家就从颠覆现代司法制度假定“通过对

① 参见考夫曼对哈贝马斯“法律商谈理论”之核心精神的总结。[德]考夫曼:《后现代法学——告别演讲》,米健译,法律出版社2000年版,第38页。

② [德]哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,三联书店2003年版,第287页。

③ [法]利奥塔:《后现代状态——关于知识的报告》,车槿山译,三联书店1997年版,第138页。

④ [德]考夫曼:《后现代法学——告别演讲》,米健译,法律出版社2000年版,第39页。

话达成共识”作为辩论主义原则的理论根据入手,否证了现代司法制度的合法性内涵。倘若对话的目的不是达成共识,那么现代司法制度通过辩论主义原则的恪守而旨在实现的纠纷解决并非能够真正化解矛盾,甚至是加剧了分歧,因为判决结果作出的根据既非当事人双方的意见一致和相互理解,亦非确凿无疑的证据对案件事实的真实揭示和证明,而是谁能够说服自由心证的法官,谁能够表现出举证话语的优势力量。现代司法的实践运作毋宁是这样一种状况:雄辩而技术精湛的律师操控了诉讼程序的进程和各个具体环节,诉讼程序成为“富裕的当事人”通过辩护律师而进行的“智力游戏”。^① 这种异化的诉讼实践现象在后现代话语中得到了解释。利奥塔通过对技术与真理之关系的揭示而探讨的合法化理论,对于现代司法实践中所出现的从业律师操控诉讼程序进程并决定结果的现象而言无疑具有有力的解释力:

那些为了举证而优化人体性能的仪器要求额外的消耗。因此,如果没有金钱,就没有证据,没有对陈述的检验,没有真理。科学语言游戏将变成富人的游戏。最富有的人最有可能有理。财富、效能和真理之间出现了一个方程式。^②

诉讼程序何尝就不是一种富人财富与判决结果之间的关系等式,因为举证需要技术,辩护需要律师,而决定举证技术的表面上是辩护律师,实际上只不过是一个当事人的财富状况问题。当前,出现了一场席卷西方国家的“司法危机”,这场危机突出表现在律师对诉讼程序的操控而导致的诉讼迟延、诉讼爆炸和诉讼成本高昂和诉讼效率低下等现象,诉讼真正成为一场富人的游戏,通过对话论证(辩论主义)而承诺的正义司法程序异化为一种辩护技术决定判决结果的非正义游戏,在此,金钱和其他外在于司法程序之外的力量获得了话语霸权。

① [美]哈泽德、塔鲁伊:《美国民事诉讼法导论》,张茂译,中国政法大学出版社1999年版,第103页。

② [法]利奥塔尔:《后现代状态——关于知识的报告》,车槿山译,三联书店1997年版,第94页。

理论终局抑或超越动力:困境与出路

需要指出的是,无论是后现代主义者对现代法律制度的破坏性解读,还是现代主义者提出的现代法律制度重构方案,我们都不能简单地按照一种对/错标准作出评价,我们只能说,现代主义者提出了希望,而后现代主义者则发现了问题。后现代主义者对现代主义者所设计的法律制度的无情颠覆和解构,法律虚无主义似乎已然在场。然而,需要指出的是,法律文本毕竟不是文学文本,“倘若每个律师和法官对任何法律条款都可以作随心所欲的阅读,那么将面临混乱的威胁”^①。法律制度也并非为一种可有可无的社会制度,否则我们就无法解释它在国家治理的多个主要方面所体现的价值。即便法官进行判决的方法论选择并非为纯粹的法律推理,但是,司法实践中一个个判决结果的得出,至少也可以说它们是具有比较明显的规范根据的。后现代主义作为一种学术思潮,在法学这个领域未必会产生什么根本性影响,我们无法想象法院会按照后现代主义方式判案或解释法律。在苏力看来,注意整理和归类后现代主义思潮和学术的意义主要在于理清学术思路以及传授知识等方面,这并不意味着后现代主义的某一个理论立场或学说就应当成为解决法律实践问题的一个理论准则,尤其是对于法学这种特别强调解决实际问题的实践领域,后现代主义并没有什么实际意义,其影响也是极为有限的。在苏力看来,诸如后现代主义这类学术理论性质的东西,人们了解和研究它的主要目的应该是把它作为思考和解决问题的一种工具,而且它只是一个人的工具箱中的一种工具而已,因为解决问题经常不可能只有一种正确办法,“各种理论都有其短处和长处,没有一种可以包打天下的工具,没有一种可以以不变应万变并保证成功的理论”^②。季卫东区分了后

^① Richard Posner, *Interpreting Law: Interpreting Literature*, 1988, *Raritan* 7(4), p. 20.

^② 苏力:《可别成了“戈多”——关于中国“后现代主义法学研究”的一点感想或提醒》,载《南京大学法律评论》2000年秋冬季号。

现代主义在不同学科领域的影响力及其后果,他认为,后现代主义对理性主义、基础主义、普遍主义的否定,在性质上只不过是在反思现代的意义之上“提出了可以用来质疑和批判法与社会的现代性的某些角度”,但是,现代社会的建构依然需要某些价值前提的预设,“凭什么作为价值根据来形成新秩序?这些问题对于后现代文学或许并不重要,但对于后现代法学却是无可回避的”^①。现代主义者即便对正义程序寄予了过高的期望和过多的期待,实践中的法律运作诚然也反映着权力话语、金钱诱惑等非法律资源的影响力,但是,我们也并不能因此而完全否定正义程序所体现出的规范性和事实性之间的张力所部分兑现的正义价值。然而,我们也不能完全否定后现代主义者对现代法律制度进行诘难的意义,这种诘难虽然以一种拆解法学之厦、消解司法权威的面貌出现,但是其真正意义并不在此。后现代主义者提出了问题,这些问题的提出,使我们不得不去思考为现代主义者所崇尚的形式法治和司法权威要求下的现代司法制度未必就是法治文明的终结形态,现代司法理念不应该成为一种思维定式,“当一个国际化的、多元的社会挑战现存的法律秩序的时候,具有新思维方式的一代年轻学者有权利突破旧的思想框架,提出新的问题”^②。

后现代主义者对现代法律制度进行挑战的真正意义在于,在今天这样一个经济全球化、价值多元化、信息化的“风险社会”(risk society),现代法律制度着实存在一个范式转型问题,司法制度在当今时代怎样完成一种角色转换和功能调整?司法权威怎样重新定位?正义程序如何在不失法治精神又能回应社会目的之要求下得以合理重构?后现代主义者并没有正面回答这类问题,因为这不是他们的旨趣所在,他们并不试图在解构什么以后再去建构什么,他们只乐于提出问题。现代法律制度的价值重构和制度完善重任势必还只能落实到现代主义者身上,他们面

① 季卫东:《宪政新论》,北京大学出版社2002年版,第64页。

② 信春鹰:《后现代法学:为法治探索未来》,载《中国社会科学》2000年第5期。

对后现代法学的挑战,保持着一种理解态度,认为“我们不能由于畏惧这样的看法而堵塞探索的道路,即使他们觉得法学院对法律职业的训练是没有意义的”^①。他们已经为现代法律的发展未来提供了许多具有参考意义的理论方案。哈贝马斯认为,现代法律制度应该以“交往理性”(communicative rationality)为根本理念,它必须建立在公民间社会交往行动的广阔背景之上,“单个的法官原则上必须把他的建构性诠释看作是一项以公民间公共交往为支撑的共同事业”^②。

① Owen M. Fiss, “Owen M. Fiss to Paul D. Carrington”, 35 J. *Legal Education*, 1985.

② [德]哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,三联书店 2003 年版,第 275 页。