

立法: 法学理论研究的一个视角

葛洪义, 李晓辉

(厦门大学 法学院 福建 厦门 361005)

摘要: 在法律实证主义兴起以前,最有影响力的法律理论几乎都将世俗法律的效力归结为某种“高级法”的权威,因此,法律不是人的理性所能控制的,当然也就无所谓理性立法。古典自然法理论提出“法律是人类理性的体现”,在承认人的理性能力的前提下,更是将法律归结为人的理性活动的结果,即所谓理性主义法律观。但在法律实证主义视野内,立法并非纯粹的科学活动,而是政治行为的结果,后者并非都是理性的,所以,立法也就不是严格科学意义上的法学所要研究的问题。法律与立法的分离,促使法学研究的重点出现了“司法化”的转变,现代法律科学正是在这个法律规则及其适用的意义上具有了“科学”的含义。20世纪末产生的立法法理学,则尝试拆除法律与立法之间的篱笆,揭示出立法中的理性及其可能性,其为我们提供了一个深化法学理论研究的新视角。

关键词: “高级法”; 理性; 立法; 立法法理学; 法学理论研究

中图分类号: D90 **文献标志码:** A **文章编号:** 1002 - 462X(2013)08 - 0076 - 05

长久以来,法学研究的重心都在法的实施领域,即司法与执法领域,其中一个即使不是唯一但也是十分重要的原因就在于,人们往往将立法归结为政治活动。政治活动是由政治家策略性的政治选择行为构成的,并非严格的科学认知活动。而要建立纯粹的法律科学,就必须剔除一切诸如此类的机会主义行为结果,故法学经常将立法排除在法律科学研究的范围之外。然而,法律并非纯粹理性,而是实践理性,在这个意义上,立法活动也必须符合理性的要求。随着人们对理性认识的深入,关注立法中的理性,对于法学研究而言,也就具有了一层特别的意义,即有可能探求一种立法视角下的法学理论研究。

一、“高级法”观念支配下的立法

刻在古希腊德尔菲神庙中的那句铭文——“认识你自己”,是人为自己设定的一个耐人寻味的目标。尽管人类认识自身理性能力的努力从未停止过,但这种努力并没有进入到法律实践之中。可以说,人类能不能为自己立法,就是判断人自身

是否拥有理性能力的一个重要标准。然而,在古老的时代,法律或者来自某种神圣之物、或者源于某种神圣权力与神秘力量,与普通人的理性是无关的。那时的理性,是一种神秘的东西。

在法律实证主义兴起以前,在有影响力的法律文化传统中,法律一词本身内含某种超越世俗世界的意蕴。换句话说,法律如果不是由一个超越人的神圣立法者制定的,那也必须符合某种更高级和完善的评价标准,否则法律就不是真正的法律。例如,人类第一部法典汉谟拉比法典石柱的上部,雕刻着一副汉谟拉比从主神沙玛什手中接受法典的图案,《摩西十诫》则传说是由“上帝之手指”刻于石上传给世人的。在基督教统治西方的中世纪,法律也一直被认为是从神的启示而来的,是上帝为了拯救人类而与人签订的契约,更是人与上帝连接的媒介。

除了上帝的神法,另一个人定法所必须要遵从的高级标准就是自然法。这一思想源自古希腊的斯多噶学派。在当时思想家的眼中,“自然界不仅是活的而且是有理智的(intelligent);不仅是一个自身有灵魂或生命的巨大动物,而且是一个自身有心灵的理性动物。”^[1]依此,斯多噶学派也将自然概括为是一种支配性原则(ruling principle),它遍及整个宇宙,并被他们按泛神论的方式

收稿日期: 2013 - 07 - 20

作者简介: 葛洪义(1960—),男,教授,博士生导师,从事法理学研究; 李晓辉(1978—),女,博士研究生,从事法理学、立法学研究。

视之为神^{[2]13}。体现这种具有普适力量、主宰世界的理性的法则就是自然法。人必须生活在与自然(理性)相协调的一致之中。因此,自然法对人定法也就具有绝对的主导作用。

这一点,在之后的古罗马法学家西塞罗对自然法的定义中体现得最为清晰。“真正的法律是与本性(nature)相合的正确的理性;它是普遍使用的、不变的和永恒的;它以其指令提出义务,并以其禁令来避免做坏事。此外,它并不无效地指令或禁令加于善者,尽管对坏人也不会起任何作用。试图去改变这种法律是一种罪孽,也不许试图废除它的任何部分,并且也不可能完全废除它。我们不可以元老院和人民大会的决定而免除其义务,我们也不需要从我们之外来寻找其解说者或解释者。罗马和雅典将不会有不同的法律,也不会有现在和将来不同的法律,而只有一种永恒、不变并将对一切民族和一切时代有效的法律;对我们一切人来说,将只有一位主人或统治者,这就是上帝,因为他是这种法律的创造者、宣告者和执行法官。无论谁不遵从,逃避自身并否认自己的本性,那么仅仅根据这一事实本身,他就将受到最严厉的惩罚,即使是他逃脱了一般人所认为的那种惩罚。”^[3]

从这种影响“高级法”的法律观中我们可以发现,真正法律的制定者总是具有无比的神圣性,有着人所不能企及的至善的德性。“作为一个假设的超自然的人的存在,他是因果关系上的原初,是物质世界及包含其中的人的创造者,他是永恒的,他的理性和善都是最完美的,除了逻辑所强加于的有限性,他的权力和知识都是无限的。”^[4]显然,人在这样的神圣立法者面前对自我的认知是渺小而卑微的,对自己的立法能力也基本是持否定性评价的。因此,即使世俗的统治者借助执行高级法而获得了统治的权威,但其作为立法者所制定的世俗法律也只有宣称是遵从了上位的高级法才能够被服从,而非仅仅因为他们手中掌握的世俗政治权力。总之,在高级法面前,人对自己的理性立法能力是没有信心的。

这种认识一直延续到欧洲文艺复兴和启蒙运动时期。当法律的神学渊源被抽离,自然法思想背后那个基于假设的推理也遭到抨击之后,人作为一个独立主体的理性能力才真正获得释放。这时候人们逐渐意识到,人应该凭借自己的理性能力去掌管各类社会事务,法律越来越被视为是人运用自己的理性来体现自己(更确切地说是体现立法者)意志的结果。1804年《拿破仑法典》所开启的持续近一个多世纪的法典编纂运动,可谓是

将人对自己理性立法能力充分自信推至高峰的体现,其深远影响至今仍在受西方文明冲击的国度里存在。在这场运动倡导者的理念里,“所有的法都缩减为法律,不仅法的任何其他渊源,而且法律应该服从的任何超越立法的原则均不再会被承认”^{[5]183}。然而,就在人代替了上帝和自然成为拥有理性能力的“神圣立法者”的同时,也意味着人失去了立法的指导者;当人认为法律就是体现自己主体意志的产物时,也意味着人失去了衡量创制正确法律的理性的、明智的意志标准。因为曾经的“高级法”作为“与人为创造的东西的一种对立,是与在法的领域里、特别是通过纯粹的惯例或者随意确立的法所确定的东西的一种对立”^[6]。这也就是说,人定法失去了一个能够对其进行价值判断的对立物。而与这样的对立物相比,人的意志的多元性和可变性就像神话中希腊莱斯波斯岛(Lesbos)上石匠手中可以伸缩的铅尺。于是,依据什么为人定法建立一个客观的基础,并依此对其优良与否进行评判就成为不断引起争议的核心问题,尽管人确实解决了自身是否具有立法能力的信心问题。而正是围绕这一问题所展开的争论逐渐丰富了法学的内容,使法学成为一门具有自己独特属性的科学门类。如果说之前人们对立法认识来自人们对法的认识,那么这之后,人们对法的认识则在某种程度上来自人们对立法认识,立法成为人们增进对法的认识的突破口。

二、立法发展中法学理论的“去立法化”

前文提及,理性主义的立法观实现了对高级法观念的超越。但是,随着自然科学的运用所导致的实证研究方法在法学领域的渗透,高级法观念的式微也引起了立法衡量标准的争议。

德国法学家萨维尼对理性主义立法观所表现出来的过度自信首先提出了质疑,其所代表的历史法学派的纲领“恰恰就是寻找法的非国家的和非立法的渊源”^{[5]192}。在与鼓吹效仿《法国民法典》制定《德国民法典》的海德堡大学民法教授蒂博展开论战而写就的著作中,萨维尼针锋相对地提出了自己的观点:“法律首先产生于习俗和人民的信仰(popular faith),其次乃假手于法学——职是之故,法律完全是由沉潜于内、默无言声而孜孜矻矻的伟力,而非法律制定者(a law-giver)的专断意志所孕就的。”^{[7]11}基于此,萨维尼指出,法律像语言一样,是循序渐进发展的产物。而法学的使命就是通过追溯每一既定的制度直至其源头

从而发现一个根本的原理原则这一历史的方法,把法律建立在古老的权威之上。所以,过早妄谈法典编纂,盲目自大、想入非非地去彰显法的抽象的、放之四海而皆准的普遍属性,实是“对我们思想的普适特性与原创禀赋产生虚妄的错觉。只有历史感才能保护我们祛除这一虚妄的错觉”^{[7]85-86}。可见,萨维尼并不认为现实的人自身的理性是法律的渊源,而认为仅凭立法者的意志决定法律的内容或存废是荒谬的,更不可能使法律达至完善。当然,这并不是说萨维尼在否认人的理性,只是他认为,人的理性所应该做的是到本民族独特的历史发展中去寻求法律,而不能一味依据纯粹的“理性主义”标准与原则来制定法律。法律是被发现的而不是被创造的,这一发现法律的使命只能由法学家来完成。萨维尼意在传达的信息是,人所拥有的理性立法的能力仅仅是能够从本民族的共同历史意识和行为习惯中发现和提炼法律的基本概念和原则。凭借这种思想,他将立法中的主观因素做了强有力的限定,再次赋予法律以客观的基础。

尽管人们给萨维尼贴上憎恨法国大革命平等理性主义的保守贵族的标签,其所代表的历史法学派也被认为是对当时法国大革命所激起的理性主义原则和世界主义思想的政治上的反动在法学领域的体现^{[2]90},但随着萨维尼学说而来的却是整个法学研究的一次重要转折,即打开了探讨如何认识和制定法律的方法论之门。也就是说,尽管萨维尼当时是对理性主义者倡导的立法持谨慎保守的立场,但是,这场争论总体上来说还是在肯定人的理性立法能力的基础上展开的。其分歧之处实质上仅仅在于采用何种方法去认识和制定法律才算是理性的。而萨维尼的上述观点直接导致了以研究法律解释方法为内容的概念法学的出现。随后,在批判概念法学的基础上,相继涌现出了目的法学(耶林)、利益法学(黑克)、社会法学(庞德)等法学学派。尽管这些学派的主张各有千秋,但从总体上来说,他们都是站在人的理性立场上提倡法学研究应该寻找能为法律实践提供指导和评价标准的正确方法,从而深化和丰富了法学研究的视域。

此外,还必须提到另一个因探讨立法问题而对整个法学研究产生深远影响的人,这就是英国功利主义法学的代表性人物边沁。在他的代表作《道德与立法原理导论》一书中,边沁将一种实证的分析方法推至法学研究的核心位置。19世纪中后期,启蒙时代所孕育出的诸如“契约论”“天

赋人权”“人民主权”等思想成果基本已被社会广泛接受,从而也为自由资本主义经济的发展扫除了政治障碍。但随即而来的,却是社会贫富差距的迅速拉大,进而导致阶级矛盾激化,工人运动此起彼伏。面对此种情形,当时的人们迫切需要议会能够扩大选举,修改落后的法律。在维护资产阶级既有利益的同时也确保社会在整体利益平衡的状态下继续发展。正是在这种社会背景下,边沁提出了功利主义的立法原则,以期推动议会立法改革的步伐。

与前人的思想相比,边沁的独特之处在于他将立法原则放置在对人的苦乐进行分析的功利主义理论之上。边沁认为“自然把人类置于两位主公——快乐与痛苦——的主宰之下。只有它们才能够指示我们应当干什么,决定我们将要干什么。是非标准,因果联系,俱由其定夺。凡我们所行、所言、所思,无不由其支配;我们所能做的力图挣脱被支配地位的每项努力,都只会昭示和肯定这一点。”^{[8]57}因此,边沁为自己的功利主义所确立的任务就是,围绕哪些是“快乐”、哪些是“痛苦”展开分类和分析。而立法就是在此基础上,以“趋乐避苦”为原则来确定法律的内容。虽然边沁的功利主义立法原则对当时英国议会的立法过程并未立刻产生实质影响,但他对“苦”“乐”的不厌其烦、详尽无遗的实证分析却为整个法学研究带来新的发展机遇,从而直接促使立法以及法学被认为是一门当之无愧的科学。其意义正如哈特在整理和出版《道德与立法原理导论》时为该书撰写的导论中所言“无论第四章里提出的用以衡量快乐之‘份额’的量度单位看来多么荒唐,无论他赋予功利‘计算’的算数形式是多么可笑,它们还是预示了一种坚持不懈的现代努力:探求主观现象的量化尺度,因而也就是其‘科学’尺度。”^{[8]24}

而边沁之所以要将立法引向一门科学性质的研究,是因为他认为只有对立法进行这种科学实证的分析才能对政治实体真正有所助益。“它(科学)对于立法艺术的意义,恰如解剖学对于医学的意义;区别在于,它的对象是艺术家必须与之一起工作的,而不是他必须在其上操作的。对一门科学缺乏了解而使政治实体遭到的危险,不亚于对另一门科学的无知而使自然躯体遭到的危险。”^{[8]55}“只有通过像数学那般严格、而且无法比拟地更为复杂和广泛的探究,才会发现那构成政治和道德科学之基础的真理。……不存在通往立法科学的国王之路和执政之门,正如不存在通往数学的国王之路和执政之门一样。”^{[8]56}实际

上,边沁对立法科学化改造的影响并不仅限于立法,而是整个法学领域。

随后的英国法学家奥斯丁从边沁的理论中提炼出“法律就是主权者命令”这一命题,开创了实证分析法学派,并从众多的法学学派中脱颖而出。这一学派所研究出的许多智识成果也是任何当代学者在对法律进行研究时都无法忽视和回避的。追溯源头,边沁功不可没。也正因如此,麦考利将边沁同伽利略和洛克相提并论,并称他为“使法学从莫名其妙之物变成科学的人”^[8]导言⁶。

总之,本文所要指出的是,在给法学研究发展带来重要转变的这两个学界耳熟能详的学说中,立法都是处于中心位置的。但遗憾的是,尽管他们为法学理论开辟出新的研究视角,而之后的法学研究并没有继续秉承对立法的关注,相反却将立法基本排除出法学研究的视域,转而集中关注司法领域,其中主要的原因就在于立法过程往往被认为是非科学的。无论是萨维尼还是边沁,其思想都包含了对理性立法的怀疑因素。

这种怀疑被以下两位具有代表性的法律思想家进一步发展。纯粹法学创始人凯尔森认为法律是一个从被社会大多数人所接受的“基本规范”中衍生出来的封闭体系;现实主义法学派的代表人物霍姆斯则指出,法律是对法院事实上将要如何决定的预言。综观这两个观点,可以归结出一点,即法律似乎不再是一件与立法联系密切的事。更具体地讲,这些不同的法律理论都在承认法律所具有的强制性的事实后,对“谁是法律的制定者”和“法律是如何制定的”这样的立法问题顾左右而言他,或是转移到司法领域、或是模糊处理甚至避而不谈。

在这样一个剔除了立法的影响从而具有所谓独立性的法律领域里,对法律职业者的考察,注意力被合乎逻辑地放在考察法律人对法律的忠诚度以及运用法律的智慧领域。当然,这给现代国家的政治领域也留下了一个研究的盲区,即主权者的立法活动被认为是一个与法律本身无关的政治问题。这引起我们的进一步思考:当代法律理论是否可能回避立法问题?能否将立法问题仅仅限定在政治领域之内?法律领域与政治领域是否可以分离?对这些问题的回答,促使一些学者开始重新检视立法与法律的关系,并进一步思考立法与法学研究的关系,推动了立法法理学的出现。

三、立法与法律之间关系的再认识与立法法理学

针对立法与法律的分离,卢卡·温特根斯在

他的《作为一种新的立法理论的立法法理学》一文中曾做出这样的分析:自17世纪以来直至20世纪中叶,在法律领域一直占主导地位的是以关注个人自由为核心、建于“代理型”社会契约论基础之上的“强式法制主义”(strong legalism)的法律思维模式。其有五个相互结合构成的特征——表象主义、超越时间性、隐蔽的工具主义、国家主义和法律研究的科学分析。这种“强式法制主义”对待法律的态度是:法律就“在那儿”(out there)。而立法却如同政治,本质上是个“选择”的问题,也即是“待定”而非“确定”的问题。这与“在那儿”所需要的认识论上的“客观真理性”存在明显的冲突。所以,只有将立法排除出法律领域,才能论证法律的客观知识性,从而获得普遍的遵守。“因此,作为法律体系中的主要角色的法官处于中心位置以及其后将法理学简化为规则适用理论就成为不言而喻的事情了。立法者在法律体系的后台操作,其作用被限定为政治决策。”^[9]

进而,卢卡·温特根斯得出的结论是“法律与政治相分离是出于一种政治原因。这种分离是有助于隐藏所做政治选择的认识论依据为基础而运作的。因此,价值领域,包括政治的和道德的,被建构在一个会妨碍一种理性的立法理论的确立的‘中立’的基础之上。”^[9]

除了为满足上述认识论的逻辑需要而人为分离了立法与法律之间的联系,温特根斯认为,建构现代政治国家所需要的主权概念也是致使两者分离的一个重要原因。根据现代政治理论,主权即一个国家对内的最高权、对外的独立权和防止侵略的自卫权。而立法作为国家主权对内行使最高权力的活动属性,使立法者在逻辑上可以不受规则的约束。这也破坏了法律领域的法律至上的自治性,所以,只有不将立法者当作一个法律角色,法律才能使自身更具有说服力。总之,“切断了法律与其政治根基的联系,法律创制就不是法律理论的问题了”^[9]。

基于上述分析可以看出,当代的法律理论排斥立法过程,最具有实质意义的观点就是:立法作为政治过程的属性,以及与此相应的一个结论——法律是政治决策的产物。正如沃尔德伦所描述的“法学理论中弥漫着这样一种意象,即常规立法活动除了不是一个具有原则性的政治决策之外,可以呈现为是交易(deal-making)、讨价还价(horse-trading)、滚木立法(log-rolling)、为利益拉皮条(interest-pandering)、争取政治拨款(pork-bar-

reling) ①等诸如此类的活动。”^[10]而或许也正出于对立法过程中充斥着利益纷争、价值冲突和人性险恶的担心,使得哈耶克在其著作《法律、立法与自由》中也这样看待立法“立法,即审慎地制定法律,已被恰如其分地描述为人类所有发明中隐含着最严峻后果的发明之一,其影响甚至比火的发明和弹药的发明还要深远。”^[11]总之,如果将立法看作是一个政治过程的话,那它就充满着危险的不确定性。因此,尽早将其与法律相隔离才是避免这些问题对法律干扰的最好办法。但显然,这是一种典型的鸵鸟心态,因为如果我们承认制定法是当前法律体系的一个重要渊源的话,那么我们首先就必须接受并正视立法作为政治过程所存在的上述问题而不是回避它。为此,接下来我们需要做的则是进一步完善当前的立法程序规则来规范各种立法活动,并进而确保法律是在尽可能体现理性的基础上被制定出来的。立法确是一个政治过程,但只要这一政治过程是秉承法治原则而运作的,那么为它的运作过程制定一套体现理性的程序规则或许就不是不可能的。所以,以立法的政治属性为理由而将立法排除出法学理论研究的视域显然是有些简单化的。相反,这或许应该激发法学理论界更深入地研究立法。

近些年来,立法过程已经开始重新获得一些法学理论研究者的关注,并提出了“立法法理学”(legisprudence)这一新概念。^②此概念是 legislative jurisprudence 的复合词。顾名思义,就是要重新对立法进行法学理论的研究。对于这一研究旨趣,於兴中教授在评介温特根斯所主编的《立法法理学:立法学的新理论进路》^[12]一书时曾这样论述“之所以说《立法法理学》中呈现的理论角度是新颖的,是因为它质疑了当代法理学的视野和旨趣,为法学理论研究找出了一条新阵线。它增加了法理学探索的可能且依此提出了一系列可以由法学研究者研究的新争议、新问题,包括规范的产生、释义、法律制度的结构、法律推理以

① 滚木立法也称肉桶立法,取意于美国西部开垦盖房子时大家相互帮忙“滚木”。放在议会中意指一位议员愿意投票支持某一项议案,以换得另一位议员对另一项议案的支持。议员以彼此投票赞成或反对议案的方式来取得互惠式的同意,但其结果往往可能会使公共利益受损。

② 参见叶竹盛《面向立法的法理学:缘起、理论空间和研究问题》,载《杭州师范大学学报(社会科学版)》2012年第5期。

及一些通常从法官的角度处理的问题,或者经典法学理论中认为是理所当然的问题。这需要一个从‘以法官为中心’的心态到‘以立法为导向’的态度的转变。”^[13]

显然,重视立法会开辟法学理论研究的一个新领域。也正因为如此,其中也一定会蕴含许多新的问题和挑战。政治问题,从来都有政治问题的解决逻辑,但我们相信,政治问题同样需要人们运用自己的理性去处理和化解。这就是立法可以作为法学理论研究重要内容的前提。毕竟一个民主选举产生的、代表不同政治力量的机构,经过反复博弈而形成的规则,在某种程度上,会提高人们对法治的信心。

参考文献:

- [1] 柯林武德.自然的观念[M].吴国盛,译.北京:华夏出版社,1988:4.
- [2] 博登海默.法理学:法律哲学与法律方法[M].邓正来,译.北京:中国政法大学出版社,1998.
- [3] 西塞罗.国家篇 法律篇[M].沈叔平,苏力,译.北京:商务印书馆,1999:101.
- [4] FOSTER J. The Divine Lawmaker: Lectures on Induction, Laws of Nature, and the Existence of God[M]. Oxford: Oxford University Press, 2004: 167-168.
- [5] 叶士朋.欧洲法学史导论[M].吕平义,等,译.北京:中国政法大学出版社,1998.
- [6] 科殷.法哲学[M].林荣远,译.北京:华夏出版社,2002:14.
- [7] 萨维尼.论立法与法学的当代使命[M].许章润,译.北京:中国法制出版社,2001.
- [8] 边沁.道德与立法原理导论[M].时殷弘,译.北京:商务印书馆,2000.
- [9] 温特根斯 卢.作为一种新的立法理论的立法法理学[J].王保民,译.比较法研究,2008(4).
- [10] WALDRON J. The Dignity of Legislation[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 1999:2.
- [11] 哈耶克.法律、立法与自由:第1卷[M].邓正来,张守东,李静冰,译.北京:中国大百科全书出版社,2000:113.
- [12] WINTGENS L. Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation[M]. Oxford - Portland: Hart Publishing, 2002.
- [13] 於兴中.法理学检索[M].北京:海洋出版社,2010:191.

[责任编辑:朱 磊]