



南开大学法学院
学术文存

确定性的法 向客观性的法 的变迁

Quedingxingdefa
Xiang Keguanxingdefa De Bianqian

贾敬华◇著



人民出版社



南开大学法学院
学术文存

确定性的法 向客观性的法 的变迁

贾敬华◇著



人 民 出 版 社

制 图 编

制 图 编

责任编辑:姜冬红

责任校对:吕 飞

图书在版编目(CIP)数据

确定性的法向客观性的法的变迁/贾敬华 著.

-北京:人民出版社,2009.4

ISBN 978-7-01-007767-3

I. 确… II. 贾… III. 法制史-研究-中国 IV. D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 029383 号

确定性的法向客观性的法的变迁

QUEDINGXINGDEFA XIANG KEGUANXINGDEFA-DE BIANQIAN

贾敬华 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京市文林印务有限公司印刷 新华书店经销

2009 年 4 月第 1 版 2009 年 4 月北京第 1 次印刷

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32 印张:4.5

字数:11 千字 印数:0,001-3,000 册

ISBN 978-7-01-007767-3 定价:12.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

目 录

引论	(1)
第一章 法律文本的确定性	(4)
一、对文本中心主义的批评	(4)
二、法律规则(或规范)的确定性与法的确定性	(10)
三、认识论中的语境错位	(15)
四、我国现阶段法律的发展重心	(17)
第二章 法律解释的确定性	(23)
一、向确定性收敛的宽松解释方法	(24)
二、注定要在法律解释中迷失的法官	(37)
三、理论上不确定的法律解释在实践上的相对确定	(41)
四、在我国确立一个严格解释的立场	(48)
第三章 法律论证的客观性	(52)
一、“前提性共识”的存在并不真实	(53)
二、法律论证并不拥有一个“理想的言谈环境”	(58)
三、求助于普遍实践论证是法律论证无法实现共识的证明	(64)
四、法律论证的真实效能——获取客观性而非共识	(68)
第四章 法律论证中的法庭对话与规则的塑造	(70)
一、法庭对话所生规则的双重缺陷	(71)

2 确定性的法向客观性的法的变迁

二、推动法庭对话的法治传统和规则品质	(79)
三、法庭对话塑造规则时法官应遵循的系列标准	(84)
四、改善法庭对话的制度性因素	(91)
第五章 法律解释和法律论证的哲学基础	(96)
一、对分析实证主义法学哲学基础的批判及其反思	(96)
二、视域融合的法哲学的现实分析	(116)
结语	(135)
主要参考文献	(137)

引 论

占据着司法程序的核心和枢纽地位的法官的中立性,无论怎么强调都不过分。毕竟,人们对法律内容的丑陋远没有对中立性遭到破坏的感受那么直接、强烈。因此,如何给中立性设计充分的制度供应和共同体精神氛围,是司法正义能否实现的标志性要素。中立性保障机制的内涵过于丰富,本书主要考察在多元价值并存的背景下,法官能否以及如何在多元价值的取舍上保持中立的问题。在文本中心主义的法学范式下,文本所内涵的价值被设定优越于法外价值,如果法官严格地遵循文本,就不会在实体上出现法官偏袒某一方当事人的现象。一旦出现了法律解释和法律论证,法官必将面临着在各方当事人相互冲突的价值诉求之间进行取舍的难题,法官的中立性也将接受考验。在法律解释中,法官的权威当然是一个令人不安的因素。法律论证也未必能满足它的设计者的初衷,毕竟,法庭对话中所陈列的信息太单薄,所持续的时间太短暂,法官未必有能力作出一个中立性的判断。正是由于对法律解释和法律论证的不信任以及对国内法律环境的认识,所以需要确定性的法向客观性的法的变迁进行历时性分析,进而对我国的法治演进道路作出客观的考量。通过分析,本书期待厘清两个问题:第一,具有内在不确定性的法律解释和法律论证在西方何以保持确定性;第二,我国需要何种性质的法律方法。

本书第一章试图说明,一个坚硬的法律文本体系将明晰地划定法官的思维领域和判决渊源,使每一方当事人都不致受到被法律背叛的伤害,法官也不会陷入有所偏向的非议所产生的职业风险。韦伯的法的形式理性概念精确地描述了现代资本主义法律的内在特征,意在表明一般性规则是处理问题的唯一参照,决不对为了个案公平而破坏文本赋予正当性。随着法律文化的发展,这种观点遭到了社会法学以及自然法学的多重攻击,分析法学对此作出了适当的回应。

第二章在于厘清法官疏远文本之后所采取的策略以及相应的效果。在法律确定性的神话部分破灭之后,法官开始通过法律解释来弥补法律的漏洞、纠正法律的狭隘。在各种法律解释方法中,预期现今立法者的意图、关注体系的整体性以及采取实用主义的试验等进路,是最能遏制法官的主观性、同时保持法律的客观性的保守模式。尽管如此,只要有解释,解释便不同——法律解释似乎要带领人们走进一个混沌的城邦。奇怪的是,这样的理论推导却被经验事实表明,危险被夸大了,即法律解释理论上的不确定和实践上的相对确定在很大程度上其实是共生的。原因是,法官作为法律沉默时的立法者的助手、详尽而严谨的判决理由、存在一个成熟的法律解释共同体等制度性事实充当了法律稳定器。

第三章的法律论证旨在为法律解释的正当性提供民主性证明。但是由于法律论证中“前提性共识”的存在并不真实,法律论证并不拥有一个“理想的言谈环境”,而且求助于普遍实践论证恰恰是法律论证无法实现共识的证据,所以法律论证的真正效能不是达成共识,而是排除专断。在法律论证中,每一方当事人都有机会表达自己的诉求,但是最终所遵循的规则却是他们在事前无法预期的,这是法律论证的最大悲哀。

第四章是对塑造规则的法庭对话模式进行分析。法律解释和法律论证都是对法律文本的部分否定,最终在法庭的对话中完成对规则及其含义的说明。以法庭为场所辩论时对有关信息的“有限开放性”、“滞后开放性”,使得临时创制的规则逃避了广泛的批评从而影响规则的质量,并且容易为规则体系注入不和谐因素。因此应当对这种规则产生的过程施加一些程序上的限制,例如加人性标准、追问立法程序的标准等。

第五章在法哲学的层面上分析了从对主客体二分的批评到视域融合变迁的法律认识过程。对坚持主客体二分的逻辑实证主义的批判,促使了视域融合的法哲学以主客体之间的相互交融关系为逻辑起点重新组织话语体系,尽力消解主客体二元对立所造成的法的封闭性。这样的认识在一个制度成熟的社会里或许能真正实现普遍正义和个案正义的双重目标,然而在一个正在普及法治基本理念、处于转型状态的地域中是否存在着语境对应的错位,是一个值得进行现实性分析的问题。

第一章 法律文本的确定性

法律恰正是完全没有感情的,人类的本性(灵魂)便谁都难免有感情^①。正因为要排除非理性因素的干扰,所以要用确定性的、形式性的、自主性的和客观性的法律制度控制任意性的法律适用者。如果漠视甚至故意破坏法的这些性质,不仅会导致法律意识的混乱,更会带来法治秩序的危机。法的现代性的最初阶段的表现形式是对于立法中心主义的信守,也就是对法律文本的异乎寻常的尊重和维护、对作为文本的逻辑描述的法律规则的稳定性和清晰性的信任。不过之后,随着语言学的发展、社会监督机制的成熟以及法官被高度信赖的地位的确立,对于文本的热情渐渐消退。

一、对文本中心主义的批评

对法律文本确定性的追求是形式主义法治的最初表现形式,不过西方法律的形式主义发展之路并不是平坦的,实质主义就像一个隐蔽性陷阱一样让人们在这样的路径表示怀疑。对理想中

^① [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1997年版,第163页。

正义的终极追求始终在模糊着人类的双眼,促使人们通过放大镜虚幻地观察着法律的不完备性、非自治性、滞后性。因此自由法学派主张应该让法官能“创造性”地进行法律工作。他们认为这是一切法律面对事实的非理性必然要遭受的命运,因此在无数的个案中,应用纯粹的解释只不过是表面现象,判决是而且必须是根据具体的价值考量,而不能根据形式的准则^①。的确,形式主义法的发展过程就包含着有利于瓦解法的形式主义的倾向,西方的法治秩序的超验的、宗教的方面要求普遍而固定不变的规则;而它的多元的世俗的方面则要求它们是特殊的和灵活的规则,像利益平衡所授权的那样。前者力图把法律神圣化为超政治的领域;而后者却希望把法律作为一套完全世俗化的规则,其制定和适用完全依据如何才能最好地实现人们所渴望的政治目的而定^②。在法律的内在冲突中需要考量的是,冲突中的优胜者属于哪一方以及优势地位的量度是多少,特定的社会背景究竟需要什么品质的法律。

马克斯·韦伯的法的形式理性(Formal Rationality)这个抽象概念精确地描述了现代资本主义法律的内在特征,意在表明一般性规则是处理问题的唯一参照,决不对为了个案公平而破坏文本赋予正当性。为保证法律的自治不允许规则适用时掺杂政治、宗教、伦理道德等实体性因素,而且用逻辑推理的方式让“天衣无缝”或者被假定为“天衣无缝”的制度体系发挥作用^③。在立法上

① [德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(下卷),林荣远译,商务印书馆1997年版,第206页。

② [美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章等译,中国政法大学出版社1994年版,第77页。

③ [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25页。

通过逻辑分析来披露各种事实的法律意义,形成高度抽象的法律概念,用逻辑解释的抽象方法完成特别的制度化任务,即通过逻辑手段来进行汇集和理性化,使得具有法律效力的一些规则成为内在一致的法律命题。在司法上试图实现法律适用的机械主义和形式主义,其结果正如韦伯所解释的:“特殊的法的形式主义会使法的机构像一台技术上合理的机器那样运作,它为有关法的利益者提供了相对而言最大的活动自由的回旋空间,特别是合理预计他的目的的行为的法律后果和机会的最大的回旋空间。它把法律过程看做是和平解决利益斗争的一种特殊形式,它让利益斗争受固定的、信守不渝的‘游戏规则’的约束。”^①韦伯欣赏具有客观、权威、普遍以及可精密计算、可准确预测的精神气质的法律,他相信法是确定的,法也应当是确定的。

马克斯·韦伯对确定性的法的偏爱源于他对西欧法典化运动的法律实践和以德国概念法学为代表的法律理论的冷静总结。概念法学主张对抽象的概念和法律规范进行科学研究,坚持以自然科学家的视角研究社会现象,发现法律原则进而推导出法律概念并使之体系化、系统化的方法论;自信的人类有足够的理性能力建构一个适合现实世界的法律世界的认识论;追求制定逻辑统一、内容完备法典的立法论;被限制或取消了自由裁量权的法律适用者根据抽象的法律规则进行形式逻辑的推理得出确定的、唯一正确判决的司法论。正如博登海默所说:“概念主义法理学是从这样一个假设出发的,即实在法律制度是‘无缺陷’的,因此只要通过

① [德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(下卷),林荣远译,商务印书馆1997年版,第140页。

适当的逻辑分析,便能从现存的实在法制度中得出正确的判决”^①。对法律确定性的绝对强调是理性主义的结果,理性主义者在各个领域都力图建立一个知识的绝对系统,当然也包括法律。因为,理性主义认为在物质的宇宙里,或在精神中,并没有神秘莫测的事,天上地下一切事物都是可以弄明白的^②。概念法学用演绎法把金字塔式的法律概念体系加工成自足、自洽的法律体系,用数学般精确的计算方法把法律实践改造成纯粹机械的逻辑运算,从立法上和司法上共同维护法学的独立的、科学的、客观的、确定的品性。

到了19世纪,随着达尔文的进化论和康德的批判哲学的传播,人们对理性主义的绝对性、普适性产生了怀疑。康德的有限理性思想认为,理性“仅限于可能经验的对象,而在这些对象里,仅限于在经验里能够被认识的东西”^③。利益法学与自由法学正是受此影响而最早起来反对概念法学的两个学派。利益法学的创始人赫克认为,任何一种法律制度都是有缺陷的,单纯依靠逻辑推理并不总能从现存法律规范中得出令人满意的结论,法官仅仅依靠逻辑结构不能令人满意地处理生活的需要。只有法官不只是一个按照逻辑力学的定律运转的法律自动售货机,立法者才能实现他的意图和满足生活的需要^④。因此利益法学主张法官应享有一定的自由裁量权,将立法者没有能明确清晰表达出来的利益分割原

① [美]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144页。

② 丘镇英:《西洋哲学史》,北京师范大学出版社1986年版,第109页。

③ [德]康德:《未来形而上学导论》,庞景仁译,商务印书馆1995年版,第154页。

④ 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130页。

则明确化,创造法律也就成了法官的功能之一。尽管如此,赫克仍然没有滑向实体理性的深渊,他给了法官一个弱势定位——立法者的助手。也就是说,在司法过程中,法官应在法律规则的结构内体会立法者希望保护的利益,仅仅在法律空白之处法官可以创设新的规则^①。

自由法学的国家法虚无主义论在埃利希的名言中得到了淋漓尽致的表达:“不管是现在还是其他任何时候,法律的发展重心都不在于立法,不在于法律科学,也不在于司法判决,而是在于社会自身。”^②他认为,从本质上说法律文本都是不完整的,在社会发展面前总是滞后的,法官、也只有法官能够、也应当根据社会生活的变化去自由地发现法律。在自由法学看来,如果反映社会实体价值的“活法”和“自由法”是汪洋大海,那么“国家法”和“正式法”则只不过是其中的沧海一粟,并且还不具随波沉浮的灵活性。新分析法学派的代表人物、英国法学家哈特在法的不周延性上竟然同埃利希有同样的判断:“很明显,这个世界始终不是我们的世界,人类立法者根本不可能有关于未来可能产生的各种情况的所有结合方式的知识。”^③埃利希因此主张以“自由的判决方法”代替束缚法官的传统的“技术主义判决方法”。根据埃利希的陈说,

① Magdalena Schoch, *The Jurisprudence of Interests*, Boston: Harvard University Press, 1948. p. 41.

② Eugen Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law* (selected from “The Great Legal Philosophers”), Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1958. p. 437.

③ [英]哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第128页。

“除了法官的人格外,没有其他东西可以保证实现正义”^①。很显然,自由法学的法治之路是脆弱的,因为在法官的人格——自由地判决——正义的实现这个三位一体的理论设想中,如果我们不能确保法官总是在圣徒式的自律中寻找法律的话,那么自由的判决异化为随意的判决就是可以期待的,而这并不是我们想要的。

霍姆斯大法官的著名论断“法的生命不在逻辑而在于经验”揭开了现实主义法学攻击确定性的法律规则的序幕,他从法律发展史中看到了法的形式理性和实体理性的矛盾,然后把解决方案交给了依靠职业伦理约束的、带有贵族体制色彩的法官群体而不是民选立法者去处理。现实主义法学家格雷通过对法律和法律渊源内容的明确划分进一步消解了法的确定性。根据他的判断,制定法和判例法根本不能称作法律,因为它们的含义并不是一目了然的,只有经过相应主体的解释才能发挥法的作用。文本无法解释自身,其含义是由法院来宣布的,而且正是基于法院宣告的含义而非其他含义,规则才作为法律强加给社会。关于规则的解释和规则本身并非同一概念,前者是真正的法律,由法官赋予其效力,而后者只是与习惯、政策、道德处于同一位阶的法律渊源而已。此后,以卢埃林为代表的规则怀疑论者(rule-skeptics)和以弗兰克为代表的事实怀疑论者(fact-skeptics)以实用主义哲学为基础,通过区分书本上的法律(law in the book)和行动中的法律(law in the action)而将法律理解成法官或其他官员处理案件的行为或对这些行为的预测。所以弗兰克认为:“人们只能极为有限地获得法律的确定性。对法律的准确性和可预测性的要求总是不能获得满

① [美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第6页。

足,因为,这类对法律最终性的追求,超越了实际可欲可得现实……这是说,认为法律是或可以是稳定的、确定的这一观念并非是理性的观念,而是应该归入虚幻或神话范畴的观念。”^①当弗兰克把追求法的确定性视为一个基本法律神话(basic legal myth)的时候,其意在表明众多的司法判决并不是基于法律规则、原则、先例而是基于法官无意识的个性作出的。可是,如果规则和原则所引发的某些刺激、政治和道德偏见、法官的独特个性结合在一起构成了法律制度的基本结构,那么法的确定性就会被彻底地摧毁。

二、法律规则(或规范)的确定性与法的确定性

尽管遭受了大量的攻击,但仍然有法学家对规则体系的确定性深信不疑,他们从多种角度为此作出辩护,较有说服力的当然是分析法学家。同时,有的学者尽管对法律规则(或规范)的充分性不予承认,但对于法的确定性却深信不疑,较为引人注目的是德沃金的观点。不过,德沃金为了维护法的确定性而给法官寄予了太多希望、施加了太重的负担,所以难以取得相应的效果。

凯尔森在基本规范之下的层层委托、授权的规范等级体系(hierarchy of norms)中为人们编织了一张效力之网,因此“在来自法律秩序不同级的两个规范之间,不可能发生任何矛盾”^②。凯尔森认为规范体系内部有着高度的逻辑一致性,从而法是确定的。不过,他并没有解决法律的间隙(gaps)问题,因为他认为法官有权

① 刘星:《法律是什么》,中国政法大学出版社1998年版,第79页。

② [奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第182页。

为具体案件创造实体法规范,从而使法官充当了立法者的角色。只是,法官所创立的规范不是一般规范,而是个别规范而已。哈特根据语义分析理论意识到语言都有一个意思中心(core of meaning),所以法律必然具有确定性。同时他还认为语言都有一个空缺结构(open texture),所以法律又具有一定的模糊性。因此当我们把特殊情况纳入一般规则时,任何东西都不能消除这种确定性核心和非确定性边缘的两重性。需要明确的是,哈特认为确定性是主导,模糊性只是一些较为偶然的情形。

德沃金不赞同哈特的观点,他以“法律的整体性”这一概念完全否认法律的不确定性,而认为法院能够从关于公民权利和义务的某种前后一致的原则中,找到对其社会的政治结构和法律学说最合理的建设性阐释,从而得出唯一正确的答案。整体性的判决原则启示法官在证明权利和义务的理由时,尽可能以下述假定为依据:这些权利和义务都由一个创造者,即人格化的社会所创造,对正义与公平的构成作出前后一致的表达^①。德沃金提出整体性的法律是和他坚信隐含法律的存在分不开的,在这方面哈耶克是一个先导。哈耶克认为现代夸大法律不确定性的趋势乃是反法治运动的一部分,不过他所维护的确定性并不是规则的明确性而是判决的确定性。他发现有些“规则”永远不可能被赋予明确的形式,许多这类规则之所以被人们所承认,只是因为它们会导向一贯的且可预见的判决,而且也将被它们所指导的人视为一种正义感(sense of justice)的表达^②。言外之意,有些规则隐含在法律体系

① [美]罗纳德·德沃金:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,第201页。

② [英]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265页。

之中。其实人们之所以创立法律规则,其目的就在于相对于其他规范而言这种规范更为明确。如果法律体系之中存在着只可意会不可言传的“隐含法律”的话,法律的确定性和可预测性是否还能获得是值得怀疑的。不过,德沃金认为,“隐含法律”的确是不明确的,但是不明确并不意味着不确定。“隐含法律”是以法律体系中蕴含的原则、政策、道德、普遍接受的信仰、学说以及观念等作为自己的背景根据的,基于相同的文化背景,人们完全可以知道或者大致了解这些背景根据,并从中推论出具体的法律权利和义务^①。

德沃金和哈特的分歧在于他们对法律的理解不同,哈特认为法律就是规则,而德沃金认为法律不仅仅包括规则,原则也属于法律的疆域。德沃金所说的“原则”是一个立法学之外的概念,从道德规范、宪法精神、制定法、判例的推导中产生,所以不具有明确的外在表现形式。在德沃金的法的概念中,一部分是常数(规则),另一部分是变数(原则和政策)。就变数的部分而言,法官虽然有一定的主观性但并不是随心所欲的,要受到社会的政治目标、经济目标、道德、文化、理想等因素的制约,法官并没有强式的自由裁量权。其实,德沃金和哈特在维持规则的确定性方面的信念是一致的,前者只不过把后者的规则的阴影作了一番确定性的耕耘而已。尽管德沃金极力维持法律的确定性,但他也无法否认法官的个性因素对判决的影响:“任何法官都会在其学习和取得经验的过程中产生出一种相当个体化的能起作用的法律见解,在作出各种判断和决定时,他也许会毫不思索地依靠这种法律见解。于是对他

^① 刘星:《法律是什么》,中国政法大学出版社1998年版,第161页。