

认真地对待规则

))) 关于我国法理学研究方向的探索

陈金钊^x

内容提要: 法律规则是极为重要的法律现象,几乎所有的法学家都注重对其进行分析、注释,西方法学的三大流派基本上都是在不同角度围绕规则展开论述的。因而可以认为,法律规则是法学的核心范畴。

关键词: 法理学 法律规则 分析法学 法学的核心范畴

20 世纪初年以来,法律规则作为法学的核心范畴受到了来自社会学法学、现实主义法学的猛烈冲击,其作为法律的骨架和法学核心范畴的地位受到了质疑。以研究规则及规则体系为重点的实证法学(有时也有人称为概念法学)受到了冷落。人们开始认为,规则仅仅是纸上的东西,并且在一定程度上可能是僵化的东西,因而失去了对法律规则的兴趣,并把注意力转向法律中活的成份,开始关注对规则向判决转换的研究。法学研究的这种转向似乎并没有什么错误可言,法学研究确实不能仅仅关注规则。但问题是,对概念法学进行猛烈批判后,法律规则究竟在法学中占什么地位,是否真的出现了像有些法学家所谈的概念法学被其它法学(比如自由法学等)所战胜的现象。当一些学派抛弃法律中的规则后,我们不仅要问,究竟还有什么能被称为法律的核心?离开规则法学还能否成为体系?法律还有没有它的脊梁?笔者试图通过对规则的研究来解决这些问题。

一、规则与法律

从法律渊源的角度看,法律与规则原来不属于同一个事物。东汉的许慎著有《说文解字》,该书对法字进行了解释,认为法者刑也,而刑的原本含义就是指/开刀,体现的是惩罚。这就是说法字在中文中最早的含义是指惩罚,只是/法发展到/律的时候,法与规则才明显地结合起来。律原来是定音的仪器,后来引伸为规则之意。/律者,均布也,其功能在于/划不一而归于,也就是要用律来规范人的行为。法与律的结合其实即是法与规则的结合。对法与律的

^x 山东大学法学院教授,法学博士。

结合,我们无从论证它的确切纪年,但我相信,它肯定是法学史(或法律史)上最伟大的事情。从那时起,法学在中国或在欧洲大陆开始沿着如何完善规则来进行。规则与法结合的早期,更多的是关于经验的记载,这一点可以从早期的成文法多是对当时习惯的记载中看出。但自从罗马法形成之后,法律中的规则便注入了更多的理性成份,从那以后,适用法律不再仅仅是对以往判例的模仿。特别是资产阶级革命胜利以后,西欧大陆上刮起了法典编纂之风,许多有关市民生活和政治生活的规则被系统化为法典。在法典中,不仅对法律调整对象进行了明确限定,而且在此基础上也把法律规则系统化、体系化了。可以说,法典是人类经验的总结,但是,法典中的经验已不再是形象的经验,而是理论化、体系化甚至也可以说是概念化了的经验。法律的成文化以及近代以来的法典化,是法学研究不断进步取得的成果,而且也成为法学进一步研究的对象。

规则在法律中扮演着重要角色。通过对成文法的多年研究,出现了关于法律与规则关系的许多成果,现略分述如下:

第一,法律规则是法律的主要构成要素。一部分法学家认为,法律是由法律概念、法律原则、法律技术和法律规则构成,其中法律规则是法律的最主要组成部分。^{1 12} 但是我国许多法理学教科书没有限定法律的范围,认为上述四个要素就是整体性法律的构成要素。大陆法系的许多法学家就持这种观点。法国比较法学家达维曾说:“在大陆法系法学家看来,法律就是为建立某种国家的社会秩序而制定的各种规则,是指示人们必须遵守的规范。”^{1 22} 规范主义法学派的代表人物凯尔逊认为,法律不仅是规则,而且是一个规则体系。这个规则体系由四个层次的规范构成,这就是基本规范、宪法规范、一般规范和个别规范。^{1 32} 其实从严格意义上讲,上述四个要素只是成文法的构成要素,作为整体性法律的构成要素不只是这四个方面。四要素说的最明显缺陷就是忽视了法律主体(如法官等职业法律群体)的存在,只是把法律视为规则体系。我们认为,法律规则确实是法律的最主要成份,但不是法律的全部。

第二,法律规则是构建法律秩序的要素。法律秩序是法律对社会进行有效调整的结果,它的形成起码需要两个要素:这就是法律规则和法律组织。规则从一般意义上对人的行为进行调整,使人遵守、适用法律而形成秩序。而法律组织则通过使用规则去评判或裁判人们的行为,调整或恢复社会秩序。法律规则是一种可以有效地控导权力的架构,可以说,没有法律规则,法律秩序很难形成。凯尔逊曾说:“法律是个人行为的秩序。一种秩序便是由一些规则组成的体系。法律并不是如一般人所常说的只是一条规则,它是一套具有统一性的规则,我们可以称之为一个体系。”^{1 42} 而这个体系是形成法律秩序的前提或要素。

第三,法律规则与法治。当法律的地位在社会中提高后,人们对法律便寄托了更多的希望,甚至把法律推向了治国之器的地位。自从有了法治优于人治的观点后,人们关于法律作用的认识逐渐升温,在17-18世纪形成了资产阶级的法学世界观。在资产阶级法治发展的几百年中,关于法治的技术和规则日益增多,像民主、人权、对法律的信仰,政治上的三权分立及多党制,经济运行中的市场经济等都被拿来当成法治社会的思想、政治和经济基础。但我们在法

1 12 参见沈宗灵主编:《法学基础理论》,北京大学出版社1988年版,第37页。

1 22 [法]达维德:《英国法与法国法》,舒扬、刘晓星译,西南政法学院法制史教研室1984年印,第83页。

1 32 张宏生主编:《西方法律思想史》,北京大学出版社1990年版,第434页。

1 42 [奥]凯尔逊:《法律与国家》,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3页。

学研究中也发现,法治的各种基础和技术都是围绕着依法办事、依法判案来进行的,而要做到依法办事和审案,实体规则和程序规则是很重要的。规则的概念蕴含着对任意性的限制和自由裁量权的规范性控制,如果没有规则便没有关于法治的各种理想。虽然我们不能认为法治就是规则的统治,但离开规则,人们便不知道法治为何物,法治的核心工作都是围绕着规则的实现来进行的。

第四,法律规则与法律思维方式。法律思维方式是职业法律群体根据法律的品性进行概括总结所形成的思维定势,是受法律意识和法律操作方法所影响的一种认识社会现象的方法。法律思维方式有许多特征,主要包括:11 它是一种规范性思维方式。它强调只有按照法律规范所要求的行为方式去行为,才能得到法律的充分保护。如果一个人因思维方式不符合法律规范的要求作出越轨行为,其结果多以牺牲自己的利益为代价。21 它是一种站在人性/恶0的立场上思考一切问题的思维方式。它实际上讲的是法律行为的可预测性,其实质就是用法律规则克服人性恶的弱点。31 它是一种求实的思维方式。它实际是说,在司法活动中所求证的事实,不是哲学上所讲的那种客观事实,而是一种能用证据证明的,经法官等质证后的/主观0事实。按麦考密克和魏因贝格的说法,这种事实是一种制度性事实,即用法律规则所陈述的模型事实去衡量得出的具有法律意义的事实。41 它是一种利益性思维方式。这一特征是由法律规范的内容是权利和义务所决定的。趋利避害是人的本能,法律是为维护权利而来到世界的,但是,权利并不能自动实现,它需要义务的配合,受利益上升为权利的启示,权利和义务应逐渐发展成为法律规范的主要内容。51 它在审判活动中是一种确定性的单一思维方式。法律思维是一种单一性思维,体现的是形式逻辑的推理方式,用这种思维方式推断事物的前提之一就是法律规则。¹⁵² 法律思维方式的这五个特征,多数与法律规则存在着程度不同的联系。

第五,法律规则与法制的五个环节。在我国法理学中,有关于法制五个环节的说法,这五个环节是立法、司法、执法、守法和法律监督。立法实际上指法律的创制、修改、补充、废止的活动。从立法活动的主要功能来看,它向社会输入的主要是法律规则。立法学当然要研究法律的价值以及法律与社会的诸方面关系等,但从形式上看,它的研究基本上是围绕着如何对规则进行全面、系统表述来展开的。司法在多数场景下被认为是围绕审判来进行的诉讼活动,但是经过学者们的研究已发现,法律是存在空缺结构的规则。¹⁶² 其中并不存在解决纠纷的现成答案,因此适用法律必须通过成文法而又超越成文法,超越部分则需要法官等法律主体主观能动性的发挥。在这种情况下,一部分学者甚至认为,法律是法官的行为,或者人们对法官心理和行为的预测。¹⁷² 我们认为,既然人们能对法官行为进行预测,也就证明了法官进行审判活动必须理解法律规则,如果法官等不遵循规则,人们便难以对其行为进行预测。法官在司法活动中必须遵循明确的法律规则,他的创造性活动也只能围绕着法律规则来进行,要么对规则起填充作用,要么是在法律精神和价值的引导下,对原来的法律规则作谨慎的发展。法律监督通常

1 52 关于法律思维方式的论述,参见陈金钊:《法律解释的哲理》,山东人民出版社1999年版,第292页以下。

1 62 对于法律规则的空缺,有学者也称其为不确定性。哈特教授主张引进承认规则、改变规则和审判规则予以补救。见[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93页以下。

1 72 美国大法官霍姆斯说:“对法院将实际做什么的预测,并不包含任何夸夸其谈,这就是我所指的法。0这种从预测角度看待法后来成了一些美国现实主义法学家的基本信条。参见:张乃根:《西方法哲学史纲》,中国政法大学出版社1993年版,第286页。

被称为对法律实施的监督,而这里的法律实施,主要是指对法律规则是否得到正确实施的监督。所以法律规则与法制的五个环节存在密切联系。

第六,规则与法律的独立性。承认法律有无独立性是分析法学与社会法学的分水岭之一。¹⁸²几乎所有的法律社会学都否认法律独立性的存在。在法律社会学家看来,法律是调整社会关系的,法律与其他社会现象之间存在着割不断的联系,离开社会法律便无立足之地。甚至在有些马克思主义法学家看来,法律居于上层建筑,是由经济基础决定的,法律没有自己独立的历史。对法律有无独立性,分析法学(有时也有人称之为概念法学)派的法学家有自己的见解。他们认为,自从法律与规则结合以后,法律便开始了独立发展的道路,不断地在构建和进一步完善自己的体系。法律发展到今天,谁也否认不了法律规则体系的存在。在大陆法系,法学家们构建了由公法、私法和社会保障法所构成的法律体系,而我国和前苏联则在理论上构建了以宪法为龙头的法律体系,宪法、刑法、民法、行政法、诉讼法、劳动法、环境法等所组成的也是以法律规则为主要内容的法律体系。法律是独立存在的,它的最主要成份即是各种各样的法律规则。法律在规则方面的迅速发展与扩张,甚至影响一部分法学家对法律整体的看法,认为法律是逻辑自足的规则体系,在较为完善的法律体系中隐含着各种纠纷的主要解决方案,法官等的任务就是取之用之。当然这种认识带有很大的片面性,但也确实使我们看到了法律的相对独立性,看到法律的核心究竟是什么。

第七,规则是法律的魅力所在。通过阅读一些比较法著作,我们有了这样的认识,大陆法系的法学家在谈论法律问题的时候,更多是把法律与规则联系起来。而英美法系的法官则更多地与程序联系起来。古老的中华法系的律学家则更愿意把解决各种纠纷的手段与刑罚措施绞在一起。¹⁹²带着这种认识,我们常思考一个问题:法律的魅力何在?我们常讲法律有这样那样的价值,但这些价值指的都是法律能满足人们的某种需要的属性,是对主客体关系的探讨。在这种关系中我们看到,法律能满足人们对公平、自由、秩序、人权等的需要。但是我们还须思考另一个问题:即法律凭什么能满足人们这些需要而拥有价值呢?通过对上述三大法系的粗略比较,我们认为,法律之所以能实现上述价值并发挥对社会的种种调整、规范作用,从总体上看,就是因为它有规则、程序和强制。规则不仅为人们的行为指明了方向,而且为法官等提供了裁判标准。程序从实质上看属于一种特殊的规则,它对限制自由裁量权,保证实体规则的贯彻实施发挥着重要作用,同时也为法治提供了操作技术。强制作为应常备而不一定常用的威慑力量,保证着法律的权威性和安全性。如果我们对规则、程序和强制进行比较的话,就会发现规则(包括程序)是法律有魅力的最主要成份。正是有了法律规则,才使各种法律价值得以实现。

通过上述我们可以看到:法律规则是法律的主要构成要素;是法律具有独立性的最主要支点;是法治命题能够成立的核心范畴;是法律思维方式能够形成,法制的各个环节应重点建设与落实的成份。法律之所以有魅力,就是因为它有规则、秩序与强制的存在。秩序虽然是人类社会固有的属性,但要建立人类所希祈的美好秩序,离不开法律规则。离开规则,法律将不成其为法律。

182 这一观点是我们在研读了[英]罗杰·科特威尔所著的《法律社会学导论》(华夏出版社1989年版)后得出的结论。在该书中,科特威尔的中心议题之一就是批驳法律是独立存在的观点。

192 参见邵诚、刘作翔主编:《法与公平论》,西北大学出版社1995年版,第23页以下。

二、规则与法学

11 规则在法学研究中地位的演变

如果我们对本世纪西方法学发展线索进行概括的话,可能看到这样的现象:兴盛了近一个世纪的概念法学在 20 世纪初年开始受到法律社会学、现实主义法学等的猛烈冲击。以耶林、若尼、弗兰克、卢埃林等人为代表,对概念法学所构建的以规则为核心的法学体系进行了全方位地批判。法社会学极力否认法律的独立性,认为法律是与各种社会关系存在着密切联系的活的东西,不是建立在规则基础上逻辑自足的体系。由立法机关或司法机关所创设的成文法律只是法律渊源的一种,是一种权威性的法律资料。由卢埃林所倡导的现实主义法学系统地提出了规则怀疑论,否认规则的存在。而弗兰克则认为依照法律规则判案是一种关于法律的神话,他甚至认为,事实本身也是不存在的,公开提出了事实怀疑论。规则在本世纪的法学中走下神坛,受到了极大冲击。尤其是二战后对纳粹战犯和日本法西斯的审判,遵循的是人类的正义准则,属于正义的审判,这更使法律规则在法学中的地位受到了怀疑。二战结束以前,在逆境中对规范重视的是凯尔逊的纯粹法学,这位受大陆法系熏陶的奥地利法学家仍在坚持法律就是规范体系。

我们认为,尽管法律规则存在这样那样的问题,但由于规则是构建社会秩序的最基本要素,没有规则任何秩序都难以建立,所以随着战后正义审判的结束,同时也由于在恢复秩序中规则所发挥的作用,使得法学家们不得不认真地重新审视规则。于是 20 世纪 60 年代,以哈特教授为代表,创立了新分析法学,重提法律规则,把规则视为其构建法学体系的核心概念。值得注意的是,新分析法学不再抱守法律规则是完美无缺的观念。哈特教授明言,法律规则是存在着空缺结构的规则。在一定程度上,他吸收了现实主义法学关于规则不确定性的合理观点,提出了主要规则和次要规则的新规则观,并把次要规则又分为三种,即承认规则、改变规则和审判规则。从他对三种次要规则的论述中我们看到,规则已不再是纸上的东西,已经渗入了活的成分。哈特教授四面出击,一方面要与自然法学进行论争,以净化法律规则,尽量清晰法律与道德的界限,为法律适用提供明确的规则,¹¹⁰² 另一方面还要与社会法学进行论战,以捍卫法律的独立性。但是,我们也已看到,哈特不再坚持法律是逻辑自足体系的观点。经过哈特、麦考密克、魏因贝格尔等人的系统研究,法学家重新树立了对规则的信心。由此可见,规则虽可以作为法学的核心范畴,人们也可以根据它构建法学体系,但它并不是在任何方面都无懈可击,生硬死板的规则似乎并不能满足法哲学对法律 and 法学终极问题的关怀。于是在 80 年代,美国的德沃金教授针对规则/兴盛⁰提出了责难,他要求法学家和法律工作者应认真地看待权

¹¹⁰² 我个人认为,在道德与法律问题上划清界限并不是否认法律与道德的关系,也不是有些人所认为的是要清除法律中的道德因素。法律的道德化与道德的法律化似乎是法律发展规律。但分析主义法学既然选择了一条为法律适用提供理论依据的角度研究法律,它就应努力澄清道德与法律的界限,否则法律适用便不好进行。值得注意的是,清晰法律与道德的界限,并不是反对法律规则中体现道德的要求。

利,主张以权利作为法学的研究重点。¹¹²德沃金教授的呼声影响了世界许多国家的法学,甚至在中国这样法学刚刚起步的国家也有一定的反响。他认真地对待权利的思想,对我国权利本位问题的讨论以及主张用权利作为我国法学的核心范畴产生了很大的影响。用权利作为核心范畴不失为法理学研究的方向,但也并不是没有任何问题(关于这一点,我们在第三个问题中论述),它只能代表法理学研究的一个方向。我个人认为,在中国法学刚刚起步的时候,申述一下规则对法学的意义是非常有必要的,概念法学是中国法学难以逾越的阶段。

21 规则是法学的核心范畴

在谈论规则是法学核心范畴的时候,需要我们对法学的研究对象和方法进行说明。在法理学中通常把法学分为自然法学、法社会学和分析法学等,这三种法学也是大家比较认可的在20世纪有重大影响的三大法学流派。自然法学派长期以来一直以应然法作为自己的研究对象,认为在实在法之上存在有应然法,实在法应当和公平、正义观念等一致,否则便不能称为法律。自然法学派以其超越现实的批判精神,不断为实在法提出更高的要求,从而使实在法不断有新的追求。但从整体作用上看,自然法学除了能为法律适用提供抽象的理念和应然标准外,并不能为其提供切实可行的操作技术。有时自然法的理论还与法治的合法性原则相冲突。因为自然法理论强调,与普遍正义相违背的法律不是法律(即恶法非法),所以我们认为,自然法学(如果从法律思维和推理方法的角度看)不属于真正的法学。国外大部分自然法学的研究队伍也基本上集中在伦理学或政治哲学学科。法学研究需要自然法学的内容,它是推动法学(或法律)向前发展的精神力量,但它只研究了法学的理念和价值部分,不能代替人们对法律现象的实然研究。

社会法学派现在已发展成较为系统的法律社会学。这一学派有许多分支,并且都有自己不同的研究范围,但这一学派有一个共同的认识,即强调法律不是孤立存在的,法律属于社会现象的一种,它与社会有这样那样的关系,对法律进行研究就应把法律置身于各种社会关系之中。用社会学的方法研究法律现象一般都强调法律并不是国家制定的行为规则,法律在现实生活中要产生真正的效力需要社会诸多条件的配合。另外,法律社会学还主张用科学试验、调查问卷等能够量化的方式研究法律现象。本来,法律社会学对法律现象进行科学研究,应该得出科学的结论,但通过对许多贯以法律社会学名称的论著的阅读,我们发现,法律社会学也并不属于科学,它只是对科学的模仿,尤其是对科学方法的模仿性运用。这种模仿所得出的结论,大多是或然性的,如若从法律的操作层面来看,它不能为法律适用提供太大的帮助。因为法律运用的许多技术与科学还是有相当距离的。例如,在/以事实为根据,以法律为准绳0的操作原则中,/事实0并不是指科学上所讲的客观事实,它只是一种法律事实,即法官等在司法实践中认定的能用证据证明的事实。所以,我们认为,法律社会学对许多法律问题研究所得出的结论,只能对立法决策和人们的法律观念产生影响。虽然法律社会学研究的重点之一是法律实施及其效果,但它并不能为法律适用提供合乎法治要求的技术层面的支持。因而这一学科基本上也只是法学的辅助学科。

¹¹² 德沃金借用社会学家的观点谈了他对规则的看法。他说:/社会学家们因其研究领域拒而不谈遵循规则的问题,其根据是,这一概念太含糊,不能用实验或数量分析的方法来研究。他们指出,人们不能在何谓遵循规则的问题上达成共识的事实表明,这一概念不具有科学性0。见[美]德沃金:5认真对待权利6,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,第18页以下。

分析法学研究的对象是国家制定或认可的实在法。这一学派认为,法律的构成主要是法律规则,主张用语义学的方法对法律进行分析性研究,要求法学研究者应注意保护法律自身的安全性,在法律规则可能的范围内阐明法律的意义,不能随意进行创造性的解释。从目前来看,分析法学所研究的对象是已经形成体系的法律规则。从立法的角度看,研究者多想构建更完善的规则体系,把法律之网编织得更完美。从司法的角度看,它要求司法者应准确理解法律规则,当规则与所欲调整对象不协调时,主张在保障法律安全性的前提下,用法律的精神和法律技术填充成文法律规则之不足。分析法学以法律规则为主要研究对象,以保障法律规则的安定性为己任,对法律规则向判决的转换提出许多操作技术要求。¹¹²²因而我们认为,分析法学(尤其是和它相近的法律解释学)属于真正法学的范畴。¹¹³²在这里,真正法学可以理解为纯粹或独立的法学,凯尔逊就是这样称呼他所构建的规范主义法学体系的。另外,真正法学还意味着,法学学科独立性的任务是由分析法学(或法律解释学甚至是概念法学)来承担的。因而在法学各流派中,真正能拿出来与别的学科进行比较对话的也只有分析法学。自然法学的核心是正义问题,而这一问题多半属于价值哲学或政治哲学。法律社会学是近百年来发展最为迅速的学科,但这一学科从开始就是以批判法律规则甚至怀疑法律规则存在而著称的。直到今天,法律社会学的一些代表人物所唱的主调依然是否定或怀疑法律规则存在确定性。像布莱克就一直强调,法律是一个变量,它随时随地都在发生着变化。¹¹⁴²在这里我们并不是否认法律社会学所揭示问题的正确性,问题在于如果法律没有任何的确定性,它存在于社会之上就毫无意义。所以,我们不赞成那种把法律规则完全视为明确的行为规范的观点,但我们也决不否认法律存在着不确定性。对许多典型案件来说,法律确实是明确的判断规范,这一点正是法律与其它行为规范相区别的地方。既然规则是法律的核心,那么以法律规则为研究重点的分析法学(或法律解释学)就属于狭义的或真正的法学。¹¹⁵²在这里,我们之所以把法律规则作为法学的核心范畴,是基于如下原因:

第一,法律规则是最基本的法律现象。几乎所有的法学家都注重于对法律规则的分析、注释,而这一点正是西方法学的特点。可以说,法律规则的概念能概括法律现象的多数内容。例如对某一个具体的法律规定,我们可以把其称为法律规则;对立法我们可以称为立法机关向社会输入法律规则;对司法我们可称为适用法律规则;在法律解释活动中,解释者不仅受规则的支配,还把规则当成是解释的对象之一等等。

第二,法律规则能统领大多数法律概念和法学概念。权利和义务曾被许多学者描绘成法学的核心范畴,但它并不是法学中统领能力最强的概念。在权利义务之上,明显地存在着法律规则的概念,权利义务只是法律规则或法律关系的内容。当然也会有学者提出,像法律关系的概念,法律规则就统领不了,二者似乎应是并行的概念。这种提法不是没有一点道理,但非常

1122 当然,也许会有人提出,分析法学早期代表奥斯汀提出“恶法亦法”、法是主权者的命令的观点,与法律的价值可能是背离的。但我们应看到,这种观点是针对自然法学所强调的法律就是正义的观点提出来的。从法律适用的角度看,道德如果与法律没有了界限,不仅会抹煞道德上升为法律的积极意义,而且在具体案件中会使审案法官在许多场景难以对判案标准进行选择。说得再大一些,如果我们不分清法律与道德的界限,德治与法治便难以区分。

1132 从历史发展的角度看分析法学,它是古老的法律解释学传统的继续,传统法律解释学的基本方面它都继承下来了。

1142 参见[英]布莱克:《法律的运作行为》,唐越等译,中国大百科全书出版社1994年版,第4页。

1152 参见潘念之主编:《法学总论》,知识出版社1981年版,第51页。

清楚的是,法律规则是法律关系建立的前提,没有法律规则就不会产生法律关系。在法学概念体系中,除了法律规则外,确实很难找出具有更高且有统领能力的核心概念,所以许多法学家把法律概括为行为规则的总和。也许会有人提出,权利的概念不也被找出来担当法学的核心概念吗?有人据此主张建立权利法学,主张权利本位。关于权利本位,张文显教授已说得很清楚,它只是一个表示权利义务关系的概念,在二者的关系中权利是重点。但权利并不完全等于规则,它只是法律规则的一部分内容。¹¹⁶²

第三,重要法学流派的形成都与对法律规则的看法有关。以三大法学流派为例,它们只是站在不同的角度和使用不同的方法研究法律规则(关于这一点我们将在本文第三个问题中论述)。

三、认真对待规则与法理学研究方向

美国法学家伯尔曼在预示美国法学乃至法理学发展方向的时候,走了一条与统一法理学的代表人物博登海默近似的综合法学之路。他说:/我们的法律概念的狭隘性不仅阻碍了我们对法律的视野,而且阻碍了我们对历史的视野。今天,我们把法律主要看作是在某个特定的国家生效的一大堆立法、行政和司法的规则、程序和技术。与这种法律观点相伴随的历史眼光被严格地局限于多少是晚近的去和某个特定的国家。实际上,它甚至可能完全不是历史的眼光,而是局限于现行政策和价值的目光。⁰¹¹⁷²伯尔曼认为,西方社会传统的三大法学流派明显地否认了法律的多样性,实际上也否认了历史本身的多样性。他说:/将法律归结为一套处理事务的技术性手段,使法律脱离于历史,把一国的法律等同于我们的全部法律,把一国的法律史等同于我们全部的法律史。⁰¹¹⁸²法理学研究/需清除一下谬见:排他的政治和分析的法学(法律实证主义),或孤傲的哲理和道德的法学(自然法理论),唯我独尊的历史的和社会)))经济的法学(历史法学派、法的社会理论)。我们需要一种综合这三个传统法学并超越它们的法学。这种综合的法学将强调,法律必须被信奉,否则就不会运作;这不仅涉及理性和意志,而且涉及感情、直觉和信仰,涉及整个社会的信奉。⁰¹¹⁹²伯尔曼和博登海默所指出的统一法理学前景不失为一种对法理学发展前景的预测,并且两个教授为此进行了辛勤的劳作。博登海默所著的从40年代以来不断重版的《法理学》))法哲学及其方法6就是其代表性成果。在这部书中,他试图让法学家的探照灯照亮法律大厦的每一个房间。¹²⁰²对伯尔曼和博登海默的观点,我除了表示赞同外还有自己的一些认识,这就是,回忆、总结历史是必须的,但不一定得出同样的结论。在西方,受合理形而上学理论的指导,各法学流派各执一端,对法律现象的一个侧面进行

1162 张文显教授主张以权利为核心概念构建我国法理学(或法学)体系。我们认为,在80年代这是有必要的,因为由权利所引伸出的许多问题在那时有了特别重要的意义。以权利为核心构建的法学体系强调权利本位,以及权利必须被保障等,而对权利保障的呼唤的必然结论就是要求国家和社会实行法治。因而我们可以这样认为,以权利为核心的法学,从其主流来看,对法治的必然性进行了深刻的论证,但在技术层面,它除了对法治的目的、原则有所帮助外,并不能起太大的作用。对权利作为法学核心范畴的评论,详见陈金钊:《论法学的核心范畴》,《法学评论》2000年第2期。

1172 1182 1192 参见[美]伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,序言第4页、序言第3页。

1202 参见陈金钊:《让法学家的探照灯照亮法律大厦的每一个房间》))《读博登海默3法理学》))《法哲学及其方法》,《5南京大学法律评论》1996年春季号。

深入研究,确实存在着一定的弊端,大有一叶障目不见泰山的认识误区,因而有必要通过系统的、整体的观点对法律进行整合性、统一性的研究。但这一结论能否适用于我国的法理学研究是值得探讨的。

在我国,也有法学研究者主张建立统一法学,台湾法学研究者涂怀莹先生在50年代就主张,在中国结合传统思想构建统一法学。¹²¹²但我们认为,这种观点可能忽略了我国思维方式的特点。从哲学史的角度看,中国人的思维属于一种整体思维,对问题的宏观、全面把握是我国思维方式的特点。因而我国关于学科分门别类式的研究一直不是很发达,法学研究至今没有形成流派。而且在学术研究上,虽然国内学者在许多问题上有不同的见解,但在指导思想却不是鼓励存在分歧,而是强调形成最后意见的统一,尽管这是根本做不到的,但是学者们却一直不放弃这样的努力。这种努力的结果使学术界存在不同意见被视为混乱,法学的多元化受到了扼制,法学流派难以形成。因此我们认为,探讨我国法理学发展前景不能在统一法理学指导下进行,而应当鼓励学术的多元化,鼓励法学家们沿着某一个视角朝着深化、系统化的方向发展。¹²²²我们在这里提出的认真地对待规则的观点,就是在这种思想指导下提出的。

西方在法学研究上虽然视角不同、观点纷呈,但研究的问题并不分散。上述伯尔曼提到的三大法学流派实际上都是围绕规则展开了他们对法律问题的研究,只不过其分析认识规则的角度各不相同罢了。

首先,我们分析一下自然法学与规则。

自然法学是三大法学流派中历史最长的流派。对于自然法,人们怀着不同的目的在不同意义上使用:第一,就一般意义而言,自然法作为整个人类所共同维护的权利或正义,作为普遍承认的正当行为原则,它往往是与实在法相对称的。第二,是指有待于人类发现并受之约束的神圣安排。符合这些安排时,他们就是有约束力的。第三,是指使法律规则成为有约束力的那些基本规则。这些规则不是神的创造和安排,而是人类的选择。¹²³²这三种关于自然法的认识,虽不能代表自然法的全部,但基本上可以说是主流观点。从这些界定中我们可以看到,自然法是一种高于实在法的东西,任何实在法如果和它相抵触,从应然的角度看便是无效的,实在法中那些被认为是有效的法律规则是从自然法中吸取力量和权威的。可以说,自然法是一面反照实在法的镜子,一个参照系统。对我们来说,重要的不是自然法的概念而是由自然法的研究所阐释的一组系统的原则、标准。这些标准、原则是一种高于实在法律规则的东西。从这一角度可以认为自然法学派也是以法律规则为研究对象的,只不过它研究的重点是超越法律规则的法律价值问题,但法律价值并不是脱离法律规则的东西。它的任务就是为规则提供正义、公平等道义上的支持,为衡量法律规则提供更高的标准。

1212 涂怀莹:《试论中华法学的关键》,创设综合法学的基础理论6,载《法理学论集》6,中华学术与现代文化丛书第九册,中华学术院印行,第44页以下。

1222 童之伟教授曾主张以社会权利的概念为核心构建法学体系,试图用这一概念协调市民社会与政治国家的对立关系。这实际上也是一种学院派的观点。首先,社会权利这一概念是不能成立的。德沃金教授说:“社会不需要权利:大多数社会政策都是为了社会整体利益,也应该为了社会整体的利益。”(见《认真地对待权利》,中国大百科全书出版社1998年版,中文版序言第15页。)其次,社会权利的概念以及由此概念所弥散的另一些概念,显然不能为消除市民社会与政治国家的矛盾提供任何有益的东西。社会权利所构建的法学也不能解决法治国家所需要的技术问题。但从最近童教授所发表文章和在法学研讨会的发言来看,他已经放弃了社会权利的概念。对童之伟教授社会权利概念的评析,详见前引1162,陈金钊文。

1232 参见张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》6,法律出版社1996年版,第38页。

其次,我们分析社会法学派与规则。

社会法学派是各种法学流派中最为强调运用科学方法的学术流派,它打着科学和自由研究的旗帜,把法学的传统方法与社会学的概念、观念和理论结合起来研究法律现象,注重法律的社会目的、作用和效果,强调社会不同利益的整合。社会法学派的理论焦点是法的实然性,认为只有在社会中法律才能够真正发挥作用,有实际效果的法律规则才是法律。社会法学派与自然法学派形成了鲜明的对照,自然法学通过揭示法律的价值,以研究应然法为己任,而社会法学派则通过揭示法律的实际运作,以研究实然法为己任。但是,我们并不能认为社会法学派的研究与法律规则无关。实际上法律规则也是它的研究对象,只不过它的研究不是以揭示法律规则的构成要素、层次、体系为重点,而是把落脚点放在法律规则与社会的关系上。所以,社会法学派反对那种认为法律是逻辑自足的规则体系的观点,强调法律规则只有溶入社会之中,并与社会其它现象发生互动才有效力。从社会法学派的代表人物的论著中我们不难发现,他们无时不对法律规则进行论述,只不过他们眼中的法律规则基本上不是明确的行为规范,而是充满了不确定性和空缺结构的。任何法律规则都与其它社会现象存在这样那样的联系,法律没有自身的独立性。由此可以看出,法律规则仍是法律社会学最重要的研究对象,只不过它研究的是法律规则中活的成份,而不是固定不变的规则体系。

再次,我们考察一下分析法学派与规则。

根据5不列颠百科全书6的解释,分析实证主义法学的基本特征是如何将法自身和法区分开来,着重分析法的概念,根据逻辑推理来寻求可行的法,并否认道德判断有可能建立在观察和理性证明的基础之上。有的法学家把分析法学的任务归纳为两项,即认知法和注释法。在认知法方面,实证主义者的基本观点是:法是出自文明社会占统治地位的政治权威性规则。在注释法方面,法的意思只能从实在的法律规定中引出而不能从抽象的正义或道德观引出。法律制度是一个封闭的逻辑体系,在这个体系中,正确的判断可以用逻辑方法从预先规定的法律规则中推断出来。¹²⁴²可以说,分析法学是典型的以法律规则为研究对象的学科。

既然我国的法理学研究应借鉴分析法学的方法,那就牵涉到对分析方法的评价。美国当代哲学家怀特曾说过,二十世纪是分析的时代,¹²⁵²分析法学正是在这种哲学指导下完成了对法律构成及其体系的分析。从其研究倾向和成果看,它有如下优点:第一,它使我们看到了法律的确定性、合理(逻辑)性的曙光。第二,使我们看到了法律的独立性。第三,使我们对法律的认识更加清晰,从而使法律理论的可操作性向前迈了一步。爱因斯坦认为,建立一个称得上科学的理论体系应具备两个特征:一是理论的外部实证,即理论不应同经验矛盾;二是理论体系前提逻辑的简单性。这其中的第二个特征是说,作为前提的理论愈简单,它可能概括更多的经验事实,容纳更多的信息,因而也就可能更加完备和严谨,同时这种理论命题愈简单,它所依据的逻辑元素就愈少,这样人们困惑于事物表象而发生错误的概率就愈少,科学的可靠性就愈大。¹²⁶²这就是所谓科学研究的简单性原则。这一原则深深地影响着分析法学,促使这一学派努力从简单的理论前提)))规则出发研究法律。而这种研究也使我们更加清楚地认识到,法律规则不是别的,而是人类的法律秩序和社会组织的特殊技术、手段和工具。

1242 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79页以下。

1252 5现代西方哲学十大流派6,陕西人民出版社1987年版,第57页。

1262 转引自王卫国:《过错责任原则》,浙江人民出版社1986年版,第5页。

那么自然法学能否作为法理学重点发展的方向呢？我们认为同样存在问题。自然法学虽然在公平、正义方面为法治提供了奋斗目标，同时也为法学理论批评现实提供了理论依据。但从法治技术层面看，它与依法办事有相悖之处。因为按照依法办事原则的要求，包括官员在内的各种行为主体都必须依法办事。但自然法要求，如果人们发现实在法与自然法发生冲突时，实在法应是无效的，也就是说人们可以不去遵守它、执行它。我们都很清楚，自然法在许多场景下是捉摸不定和难以把握的。如果这种理论在法律实践中占主导地位，我们很难想像会出现法治秩序。所以，自然法理论是一种以道德正义为核心的理论，属于伦理学和政治哲学的范畴。这一理论在实践中的运用是有条件的，人们不能不附带任何条件在司法实践中运用它。政治学家和伦理学家可以尽情地对其进行研究，也可用其批判现实，但它不能作为直接指导法治实践的理论。当然，我们并不否认早期自然法学派的呐喊对建立法治国家所做的贡献。

根据上述分析我们认为，我国的法理学应以规则为核心构建体系。也就是说应重视借鉴分析法学派所倡导的方法，以建立一套适用于中国的分析、解释法律规则的理论、方法和技术。在今天我们应特别重视法律解释学的研究，以便为建立法治国家或法治社会提供更有力的理论支持。

Abstract: Legal rule is a very important phenomenon of law. Almost all the lawyers paid much attention to its analysis and interpretation. Doctrines of the three main schools of western law are established basically on the description of rules in different respect. The reform, it might be conceived that legal rule is the core of the concept of law.
