

法律体系的存在和效力: 强加与承认之间

——兼评舒国滢的《法哲学沉思录》

吴彦

一、引言

“法律体系的存在和效力”问题一直是法哲学思考的核心问题。舒国滢教授新近出版的《法哲学沉思录》在一个相当广泛的范围内对这一问题作了极具启发式的思考和论述。本文的论述将以这个文本为参照点,顺沿着它的论述思路,来展开对于“法律体系的存在和效力”问题的思考。

《法哲学沉思录》这个文本尽管从表明上看由各个松散的命题构成,并且从论述的系统性上也绝不像具有类似格式的维特根斯坦的《逻辑哲学论》那样构思严密,但是,《法哲学沉思录》却以一种俯瞰式的方式勾勒出了整个法哲学(以及政治哲学)思考的基本视域。同时,该文本中的诸多判断不是终局性的(definitive),而是试探性的,尽管这无疑给评论者带来了某些看起来不易把握的不便,但它却可引领人们进一步推进对某些问题的思考。在这个意义上,从文本的精神气质上看,我们所看来的更像是一种苏格拉底式的试探性的“沉思”。由此,它也为笔者提供了一个可资进入法哲学领域中去的路标。

本文的论述将集中关注《法哲学沉思录》所涉及的核心问题,甚或如著者所言的那样是本书所涉及的惟一的核心问题“本书的框架是开放的,并不限于法的理论问题,而且也触及传统上属于‘政治哲学’和‘历史哲学’所探讨的问题……我们完全可以把全书所谈的法的理论问题看作是‘法的存在与效力问题’,而把本书所谈的‘政治哲学’问题和‘历史哲学’问题看作是‘有关法的存在与效力问题’。”^{[1][P.2]}从这一论述中,我们可以看到,“法的存在与效力问题”是《法哲学沉思录》一书的核心,同时它也是将该书所探讨的两个领域——法理论与政治哲学[历史哲学]——连接在一起的关键点。

就这两个领域之间的关系而言,尤其是在从第一个部分过渡至第二个部分的地方,舒国滢教授作了一个非常重要的区分:法律体系的内部效力和外部效力。内部效力所关涉的是法律体系本身的问题,甚或说,它涉及到的是法律体系本身[内部]的存在和效力问题;外部效力所关涉的是法律体系与其他社会现象的[外部]关系问题,甚或说,它涉及到的是法律体系在整个社会中的存在和效力问题。从这种意义上看,我们可以说,法必将以法律体系的形态存在,而法律体系必然与其他社会现象发生关联。

基于此,本文将把这里的“节点”——亦即从法理论向政治哲学(以及历史哲学)过渡的地方——作为关注点。它所代表的既是法理论的“终点”,同时也是政治哲学的“起点”。从中既可看到法理论的“完成形态”——作为一个法律体系的法,又可看到法理论的“未完成形态”——亦即向政治哲学的过渡。

二、法律体系与主权者: 强加问题——法的强制性

“法律体系的效力不能由法律体系本身证明,它的效力基础在体系外部”^{[1][P.186]}这是舒国滢教授对法律体系效力问题所作出的一个基本判断。因为,尽管法律体系具有它自身的独立性[自主性],但是作为一种社会现象,同时它若要想发挥社会作用,就必须经由主体对于它的适用(制定、实施、解释等诸如此类的活动)而施加在

作者简介: 吴彦: 吉林大学理论法学研究中心 2009 级博士研究生。

人的意志之上。因此,法律体系必然与人类主体的活动存在密切的联系,并且也正是人类主体的活动将法律体系变成一个现实存在着的事物,一个发生实际效力的事物。在这个意义上,法律体系的存在和效力必然与意志的“发布者”和意志的“承受者”存在紧密的联系。由此,舒国滢教授区分了法律体系的两个效力来源:一个是命令,另一个是承认。(1)法律体系是有效的,当且仅当构成法律体系的所有法律规范是一般的行为命令(2)法律体系是有效的,当且仅当法律规范作为一般的行为命令被规范承受者个人或集体承认有效。”^{[1] P.192}在本节中,笔者将探讨法律与意志的发布,亦即法律的“命令性”问题,而在下一节,笔者将探讨法律与意志的承受,亦即法律的“合理性”问题。

对于法律的“命令性”的阐发或许至少可以追溯至霍布斯(Thomas Hobbes)。随后,经由奥斯丁(John Austin)的系统论述,法律的命令学说在法理学史上成为一种极具影响力的理论,直至上世纪经由哈特(H. L. A. Hart)的批判才有式微的迹象。但是在《法哲学沉思录》中,舒国滢教授尽管承认了哈特所确定的方向的正确性(效力的“社会论”^{[1] P.187}),但是他更多地把法律的效力渊源归之于国家政权的掌握者而不是作为国家意志的执行者之一的法院,由此我们可以看到,舒国滢教授所采纳的立场更接近于奥斯丁的立场。奥斯丁的视角与哈特视角之间之所以有这样的差异,在很大程度上是因为他们所关注的对象不同,哈特所考虑的更多的是英国的不成文法,而奥斯丁所考虑的更多的是大陆一系的制定法。这在根本意义上受到他们各自所受的教育以及各自所处的语境的不同影响。哈特成长于牛津,并做过律师,深受英国法传统的影响,而奥斯丁的法哲学视角在很大程度上取决于他在德国受到的法学训练。在这个意义上,关注对象的差异在很大程度上决定了他们对于法律之根本性征的不同的把握。因为每个法律体系都有其各自不同的“自我理解”,这种不同的理解既使得各个法律体系呈现出不同的性征,同时它也在根本意义上决定着人们对于什么是法律、如何来对待法律的看法。从另一种意义上说,它既决定着人们的法律理论(对于法律的理解),也决定着人们的法律实践。

在任何一种法律实践的背后都潜藏着某种法律理论;而任何一种法律理论都以一种对于法律的特定理解为基础;同时这种特定的法律理解也必有其特定的历史语境和背景。在这个意义上,我们可以说法律的命令学说,或者说对于法律的“命令性”的把握,甚或说我们在法律实践过程中[法律的制定、解释和论辩]对于法律的命令性的认可,都有着深刻的历史根源。这一历史根源决定了现代人对于法律的根本性的理解,同时也决定了我们在法律活动中对于法律的特定的运用。在笔者看来,这一深刻的历史根源就是现代的政治意志论(voluntarism)。

现代政治意志论有两个核心要素,一个是“主权”观念,另一个是“创造”观念。主权所表征的是绝对性和自主性;创造所表征的是非自然性。也就是说,在现代人看来,像国家、法律这样一些事物不是自然的(natural),而是人为的(man made)。正是在这个意义上,一直占居支配性地位的托马斯主义自然法受到了普遍的质疑。在托马斯的法体系中,从“永恒法”经“自然法”到“人法”这一系列被切断,人法被转而归置于人类统治者[主权]之下,也就是说,人法不再因不符合自然法而被宣布为无效,它的效力根源不再被看成是自然法,而是人类统治者的意志。现代政治意志论对于法律和国家的此种不同理解在根本意义上成为后世人们对于法律特性理解的一个基本背景。

只有在这一广泛的现代思想语境中,我们才能看到法律的命令学说的真正意涵。也只有在这一语境之下,我们才能够理解现代人对于法律的理解为什么总是脱离不了命令这一要素,即便是在对它提出质疑并试图抛弃的时候,也总是或隐或显地预设了命令要素。在古代世界,“人法”往往被看成是自然法的进一步的具体化状态,所以,尽管“人法”受到自然法的“约束”[依附于自然法],但是它同时也从自然法那里获得其支配人们行为的[道德]效力。在这个意义上,“依附”与“效力”存在着密切的联系。在古代世界中,“人法”和“自然法”之间的那种依附和效力赋予关系到了现代则被代之以“人法”和“主权者”之间的依附和效力赋予关系。人法是主权者[无论这个主权者是单一的一个君王,还是全体的人民]意志的一种表达,人法的效力来源于主权者的赋予。那么,在现代世界,人们对于法律的理解是否仅只以此种意志论为背景呢?显然,现代人对于法律的理解尽管从根本意义上接受了意志论,但因意志论的批判而衰微下去的理智主义并未就此退出人们的基本视野。换言之,人们对于法律本身或法律内容的合理性仍存在着强烈的要求。在这个意义上,法律的效力就不仅仅只取决于主权者意志的发布[命令要素],而且也取决于法律内容本身的合理性,而这种内容的合理性是通过人们承认的方

式体现出来的,因此,法律的合理性问题便必然表现为人们对于法律的承认问题。^①

三、法律体系与臣民:承认问题——法的合理性

对于“人们的承认”作为法律效力渊源之一的论断在《法哲学沉思录》中是模棱两可的。舒国滢教授一方面认为“法律规范不仅仅是‘莫问理由’的强命令,而必须具有以正当性和可接受性作为条件的说服力,必须得到规范承受者个人或集体基于内在确信的遵行和服从”,因此“从效力承认(接受)的角度看,任何实在的法律体系都必须具有最低限度的实效性和道德效力”,另一方面,他接着又说“其实,我们不能过高估计效力承认(接受)对于法律的体系外部效力之赋予和确认的意义”,“更为重要的是:我们必须将法律体系的‘效力承认(或接受)’和‘效力确认’加以区别”,“法律体系效力赋予的确认是一种‘程序性确认’”,“法律体系效力赋予的‘程序性确认’的适格主体是司法机关,更确切地说,就是国家的法院”。^{[1] P. 197-199}

从上面这段话中,我们可以看到,舒国滢教授一方面认同“人们的承认”,另一方面又认为这种“承认”因为“事实上的不可能性”而无法充当赋予法律体系以效力的功能,而实际上充当这一功能的是作为国家机关的法院。从这个意义上看,法律的效力在根本意义上只与国家有关。一方面它与国家的立法机关有关,另一方面与国家的司法机关有关。这样一个结论实际上最终推翻了他之前关于法律体系外部效力的两个来源(命令与承认)的论断。“承认”被置换成“确认”,由此,命令要素实际上被划分为两道程序:一道程序是立法机关的发布(国家意志的决断),另一道程序是司法机关的反思性的确认(国家意志的反思性判断)。也就是说,命令(国家意志)要素除了最初的意志决断之外,还时时需要对其自身进行理性的反思,以便保证它的合理性。然而,承认要素却完全被剔除出去了。

尽管舒国滢教授试图把“人们的承认”要素纳入到法律体系的效力渊源中,但最终却放弃了这个最初的想法,而是把对国家意志决断的重新评价的机制划归给了司法机关,而舍弃了人们的意志或被统治者的意志对于国家意志决断的重新评价。但是,在作出这样一种处理的结尾部分,他似乎又开始有所犹豫,“这也并不是说,法官的‘效力确认’是完全专断和无条件的。实际上,法官的‘程序性确认’与其他主体对法律体系的效力的承认(接受)之间是互动的,其中包含的更为开放、广泛,也更为复杂、深刻的理论问题(比如法律的服从与反抗,国家权力与公民权利,法治、正当性与合法性,法的可接受性)需要在法哲学-政治哲学层面加以讨论”。^{[1] P. 205}

在这个意义上,我们可以看到,舒国滢教授基于“可操作性”的考虑,把保证法律合理性的使命落在了国家法院的身上,但他同时也看到了合理性本身是无法通过意志的一方[即意志的发布方]来获得的,尽管这一方意志的表达被分解为两道程序,尤其是通过自我的反思的活动来保证意志发布的合理性。但从根本意义上看,这样一种单方面的意志表达是无法完整呈现合理性的结构的。合理性还关涉到意志的另一方,即意志的接受者的承认。只有在意志双方的相互承认的基础上,法律的合理性才可能被真正地获得。但是,正如舒国滢教授所发现的,“‘全体人民’或者‘所有的规范承受个人’的效力承认或接受即便在事实上是可能的,也无法通过程序实现对规范发布者所赋予的实在法律体系的外部效力给予确认”。由此,这必然为我们提出这样一个问题:此种“操作性”上的不可能性说明了什么,我们应该在何种意义上看待这种操作上的不可能性?

这种操作上的不可能性在很大程度上反映了法律[体系]效力问题的边界。或者说,它超出了规范性法学的范围,而进入到了政治哲学的领域。因为“人们的承认”无法被完全吸纳到规范性法学的范围之内,所以它形成了一种外在的评价法律体系的社会机制。法律的实效在根本意义上就是由人们的承认这一因素所决定的。在这个意义上,法律的实效与法律的效力并不如传统法理学所理解的那样有如此明确的界分,这种界分总是有条件的,一个没有实效的法律体系显然不可能具有效力。法律的实效构成了法律效力的一个外在的约束条件。因此,一个法律体系在很大程度上是通过吸纳人们所承认的事物(亦即合理的事物)而维持其存在和效力的,也就是说,它是通过合理化而维持其存在和效力的。但是因为任何一个法律体系都不可能将“人们的承认”全部

^① 对于洛克主义者来讲,对于法律的承认[同意]与法律本身[内容]的合理性是两个不同的问题,前者所关心的是正当性问题(legitimacy),后者所关注的是证成性问题(justification)。参见 John Simmons, *Justification and Legitimacy: Essays on Rights and Obligations*, Cambridge University Press, pp. 122-157(2001);周濂《现代政治的正当性基础》,生活·读书·新知三联书店2008年版。而在笔者看来,在现代社会,法律本身的合理性与对于法律的承认是紧密联系在一起的,尤其是康德主义传统中,当“同意”被剥离掉经验性成分,“法律内容”被剥离掉超越性成分之后,这两者就是无法加以明确区分的。当然,当代洛克主义者的主要矛头之一正是此种康德主义,对于他们之间的论争的分析并非本文的目的,也并非本文的篇幅所能承载,笔者将在另文中对于他们之间的论争作一系统的批判性检讨。

囊括进来,而只能部分地体现出来,因此便有了法律体系与被统治者意志之间的必然矛盾,这种矛盾有时以隐在的方式——消极的不服从——表现出来,有时则以激烈的形式——比如反抗与革命——表现出来。任何一个法律体系的变迁(亦即它的历史)便深深地受制于这样两种因素:一个是命令的因素,它将某些事物确立为一些强制性的事物,或者在某些合理性的事物之间作出抉择,将其中某种合理性确立为可强制的合理性。另一个是承认要素,它不断地对命令所确立下来的东西进行重新的反思,作出评价,并将此种评价作为他们行动的根据。

因此,从整个法律体系的存在和效力上看,规范性的法学是无法完全涵盖的,它的边缘熔铸着人们对于整个法律体系各个方面的反思和评价。这些反思和评价在大多数情形下被掩盖在法律的命令性的外表之下,但是一旦表现出来,它必然对法律体系本身的存在和效力产生深刻的冲击。在这个意义上,我们才可能看到政治哲学的发端处,以及紧随其后的历史哲学,它们所处理的正是由“强制性”和“合理性”的相互作用所产生的张力以及所构成的历史。

四、结语

法律体系不是静止的,有它形成、兴盛和衰败的过程。在这整个过程中,法律的颁行者与法律的承受者,法律的强制性和法律的合理性扮演着根本性的角色。一个法律体系如果没有一种强制力作为后盾,它就无力承担起维持整个法律体系运转的功能,这个法律体系也必将因人们的诸多意见纷争而瓦解。如果一个法律体系丧失了它的合理性,它就无法获得其所规范的人的认可,也就无法发挥它原本应当具有的功效,这个法律体系尽管具有形式上的有效性,但它在实质上是无效的。由此,我们可以看到,这两种要素不是孤立的,它们总是相互地勾连在一起。它们构成了法律变迁过程中的基本要素。

然而,舒国滢教授所确定的法律体系的两个效力来源——“命令”和“承认”——却无法被囊括在一个系统之下,“命令”所呈现的是法律系统和国家[政治]系统之间的关系,而“承认”所呈现的则是法律系统与道德系统之间的关系。它们之间既相互独立,也相互关联和依存。由此,我们便可以把《法哲学沉思录》的第六至第八部分——亦即所谓的政治哲学和历史哲学部分——看成是对于这三个系统之间的关系的探讨。从现代法律思想的历史演进这一纬度上看,尽管法律一直在试图摆脱道德[系统]——表现为对于自然法的拒斥——和政治[系统]——表现为将主权的观念排出法律体系之外(诸如凯尔森和哈特)而寻求自身的自主性,但是在最终意义上,它仍然需要政治系统为它提供暴力以便成为一个排他性的权威,同时它也需要道德系统为它提供合法性的证明以便成为合法的权威。在这个意义上,法律并不是完全自主的,它必须通过外部获得它的存在和效力。

由此,我们看到,舒国滢教授对法律体系外部效力的探讨是极具思考力的,他为我们展现了一个更为宽广的视角,这个视角并不局限于法律体系本身,而是超出了法律体系而进入到一个与政治和道德密切相关的领域。在法律系统和政治系统的交汇处,我们看到,法律体系是如何通过政治[主权者]意志的表达而被赋予效力的,以及伴随着主权者的更替[政权更替]而产生的诸多规范性法学所无力加以解释的现象,比如革命和反抗。而在法律系统和道德系统的交汇处,我们看到,法律体系是如何须经由人们的认可而被赋予合理性的,而这种合理性正构成了法律的存在和效力的一个限定性条件。总言之,舒国滢教授的思考为我们打开了一个新的思考空间,然而正如本文开头所讲的,舒国滢教授的思考并不是终局性的,而是探讨性的。倘若我们要对法律体系的存在和效力问题作出全面的解释,我们就必须扩展至对于法律之外的事物的更为细致和全面的探讨。

参考文献:

- [1] 舒国滢《法哲学沉思录》,北京大学出版社2010年版。

(责任编辑 孙国栋)