

拉兹的法律制度分析理论

李 桂 林

作者 李桂林, 北京大学法律系博士生; 北京, 100871

关键词 拉兹 法制制度 分析理论

提要 拉兹是新分析法学派的代表人物, 他的代表作《法律制度的概念》, 标志着分析法学派开始从法律制度的层面来研究法律的基本理论问题。其理论基础实际上是在对奥斯 和凯尔森的法律制度理论的总结、分析和批判中建立的。

拉兹 (Joseph Raz) 是继哈特之后新分析法学派的代表人物。1970年, 他出版了名为《法律制度的概念》的著作^①, 开辟了分析法学的新课题领域。从哈特的《法律的概念》到拉兹的《法律制度的概念》, 标志着分析法学派开始从法律制度的层面来研究法律的基本理论问题。正如拉兹指出的那样, 在传统上人们似乎接受了这样一种观念, 即要理解法律 (the law), 关键就是要定义“法律” (a law)。而拉兹则进而认为, 法律制度理论是“法律” (a law) 的任何充足定义的先决条件^②。在拉兹之前, 虽然分析实证主义法学家认识到这一问题并对法律制度理论作了一定的研究^③, 但就建立法律制度的一般理论而言, 这些理论都比拉兹的法律制度分析理论逊色不少。本文将对拉兹的法律制度分析理论作一系统的介绍和研究。

一、法律制度理论的构架

拉兹在《法律制度的概念》的导言中宣称要建立一种具有普遍性的法律制度理论, 它的普遍性体现在它适合于各种法律制度。但问题是怎样判断一个法律制度的存在并界定其范围。“法律制度”一词译自英文“a legal system”或“legal systems”, 在比较法学中它又被译为“法系”。在学术界, 有的学者将法律制度定义为“任何具有相同空间或时间起源的法律规则体”^④, 将法系定义为“具有某种共同特征或传统的两个以上国家或地区的法律制度划分而成的一类法律”^⑤。可见, “a legal system”或“legal systems”的后一种含义比前一种具有更广泛的含义。如何明确其含义、界定其范围是法律制度理论要解决的重要问题。

拉兹并没有简单地给法律制度下一个定义, 而是从分析的角度出发提出了法律制度的四个方面的规定性, 即完整的法律制度理论要解决的四个问题: (1) 存在问题, 一种法律制度存在的标准是什么? (2) 同一性问题, 某一条法律属于哪一种法律制度, 以及某一种法律制度由哪些法律组成? (3) 结构问题, 是否存在所有的法律制度都共有的结构? (4) 内容问题, 是否存在各种法律制度都共有的内容?

各种法律制度理论都要解决存在问题和同一性问题, 因为这两个问题是“法律制度”的定义必不可少的

部分。这些理论也可能对结构问题和内容问题加以否定,即认为不存在各种法律制度都共有的结构和内容。但拉兹认为对结构问题和内容问题加以研究同样是法律制度理论的重要课题。总体来讲,拉兹之前的法律制度理论都忽视了对这四个问题作系统地、完整地研究,其原因之一就是大多数分析法学家都没有认识到,要对“法律”下一个充足的定义,就必须研究法律制度理论。

按照上述法律制度理论的框架,拉兹对奥斯丁和凯尔森的法律制度理论进行了总结,分析出他们解决存在问题、同一性问题、结构问题的基本原则,即有效性原则、起源原则、独立原则。

有效性原则,即法律制度的存在以法律制度得到遵守和服从为条件。奥斯丁认为,法律是“主权者向其臣民发布的命令”,如果立法者是主权者,那么法律制度就存在。而某人是主权者的条件是他受到习惯性的服从,也就是他的命令(他颁布的法律)得以服从。因此,在奥斯丁的理论中,普遍有效是法律制度存在的条件。而凯尔森主张法律规范的效力(即存在)在于它是由上一级规范并最终是由基本规范授权制定的,法律制度的效力虽然并不受个别规范的实效的影响,但法律制度要有效力就必须达到最低程度的实效,即得到某种程度的遵守和服从。

起源原则,即以法律的起源作为判断某一法律属于哪种法律制度、某种法律制度由哪些法律组成的标准。以奥斯丁的观点来回答这两个问题,就是:一给定的法律属于颁布此法律的主权者所颁布的全部法律组成的法律制度,一给定的法律制度是由共同的主权者颁布的全部法律所构成^⑥。以凯尔森的观点来看则是:一给定的法律(法律规范)属于授权制定该法律规范的基本规范所授权制定的全部法律规范组成的法律制度;某一基本规范直接或间接授权创造的全部的法律规范组成一个法律制度。因此,奥斯丁和凯尔森分别是以主权者和基本规范作为法律制度的起源的^⑦。

独立原则,即每一条法律(法律规范)都是自足的、独立的实体,彼此之间没有内在联系。根据奥斯丁的法律的定义,主权者发布的每一条命令都构成一条法律,每一条法律都具有自足性、独立性,法律制度就是由这些彼此独立的法律(法律规范)组成的。根据凯尔森的法律规范的动态等级体系理论,存在着上级规范和下级规范之间的生成关系。但在拉兹看来(本文第二部分将作详细说明),由于凯尔森的规范的一般形式都必须包括着一定的条件(违法行为)及其结果(制裁),那么依赖性规范只有与独立性规范结合起来才能组成一个完整的规范,“上级规范”和“下级规范”的生成关系只是一条法律内部的各个部分之间的关系,整个法律制度仍然只是由彼此独立的法律组成的。

二、对奥斯丁和凯尔森法律制度理论的批判

拉兹是沿着历史分析的思路,在对奥斯丁和凯尔森的法律制度理论进行批判性分析的基础上提出解决法律制度理论的基本问题的方法的。拉兹指出,“任何以有效性原则、起源原则、独立原则为基础的理论都是会遭到与在对奥斯丁和凯尔森理论的研究中提出的意见相似的反意见。”^⑧

1. 对有效性原则的批判

拉兹认为奥斯丁的有效性原则存在着严重的缺陷。首先,臣民服从主权者的命令就意味臣民要能知道主权者,在某些情况下,服从命令还意味着根据主权者的命令而行为。其次,根据奥斯丁的理论,法律制度并不必然具有普遍性的法律,即适用于各类人而不是单个人的法律。再者,服从主权者的命令(法律)就需要有法律的存在。但根据奥斯丁的理论,存在着一种理论上的可能性,如果主权者废除了现有的所有法律,而在几天后才制定新的法律,在这几天中奥斯丁的法律制度就处于空白状态。

凯尔森的法律制度存在标准可以归纳为,一种法律制度只有在它达到最低程度的实效的条件下才能存在,即法律制度必须得到某种程度的遵守和服从才能存在。凯尔森以对法律的服从代替了对主权者的个人服从,因而避免了奥斯丁理论的上述缺陷。但如何确定“最低程度的实效”、怎样确定法律得到了遵守和服从,却是凯尔森所没有注意到、也更加没有解决的问题。

2. 对起源原则的批判

“奥斯丁的同一性标准是以立法起源原则为基础,并假定该法律制度的全部法律都有始终唯一的起源。”^⑧主权者是一个法律制度中全部法律的直接或间接的立法者。这种理论在解释实际情况时就遇到了几种困难。

在奥斯丁看来,主权者(个人或团体)发布的表达他的愿望的命令就是法律。他没有考虑到立法程序问题,只有遵循立法程序的主权者命令才能成为具有效力的法律。同时,在主权者是个人(的情况下,奥斯丁没有区分以主权者身份进行的活动和以普遍公民身份进行的活动。

在对待习惯和前主权者的法律问题上,奥斯丁利用了默示命令的理论,即由主权者的代理人(法院)将它们接纳为现主权者的法律,也就是说主权者采取了间接立法方法。拉兹指出,默示命令有两个条件,就是主权者要知道其下级的命令,且能够废除它。而事实上,主权者往往并不知道其代理人(法院)的命令。除此之外,如果说法院代理主权者立法,那么法院也不是以明确表达某些人应根据习惯行为的方法来立法,他只能采取默示立法的方法将习惯和前主权者的法律接纳为法律,也就是法院在有自由不实施它们的情况下实施它们。但法院不实施某一法律的自由意味着他们可以废除它,而不是说他们是它的立法者。因此,“前主权者的法律不是由现主权者的法院制定的,而习惯的情况则比奥斯丁想像的更加复杂。”^⑨默示命令和委托立法的理论都不能圆满解决奥斯丁法律制度理论的起源原则所固有的矛盾。

再看凯尔森的同一体标准。凯尔森的法律制度可以定义为“由一个基本规范直接或间接授权制定的全部法律的集合。”^⑩某一法律属于一个法律制度的唯一标准是,它是由授权制定该法律制度的全部法律的基本规范授权制定的。但这种同一性标准(即起源原则)的困难在于,我们怎样才能确定基本规范的内容?凯尔森认为,“……基本规范的内容取决于一法律秩序由以创立和适用的事实。”^⑪这实际上就意味着,在知道哪些规范属于一个法律秩序的时候,也只有这时,才能发现该法律制度的基本规范的内容。但我们不能通过参照基本规范来确定哪条规范属于该法律制度,上述过程是不可逆的。由此,拉兹认为,凯尔森以基本规范代替奥斯丁的主权者也不能解决法律制度理论的同一体问题。

3. 对独立原则的批判

将奥斯丁的结构标准归纳为独立原则是显然成立的,拉兹对结构标准的分析和批判主要集中在凯尔森的理论。

拉兹指出,凯尔森的法律规范理论存在着不协调之处。从静态方面讲,凯尔森认为每一条法律规范都通过允许适用制裁来施加义务。而从动态方面讲,除了基本规范之外,每一条法律规范都是由其上一级规范来调整它的制定和适用,除了个别规范直接适用制裁之外,其它法律规范(一般规范和基本规范)都是授予立法权的规范。这样,一般规范和基本规范就不符合法律规范的静态的定义及其一般形式。凯尔森意识到了这种矛盾,采用了一种协调技术,称“调整法院和其它适法机关所适用的一般规范的创立的宪法性规范并不是独立、完整的规范。他们是法院和其它机关适用的全部法律规范的内在部分”,“在法律的静态表达中,宪法的高级规范经投射成为下级规范的组成部分。”^⑫因而宪法性规范本身并不是独立的、自足的规范,甚至就不是凯尔森理论中严格意义上的规范。这样,凯尔森法律制度的结构图是由生成关系连接的网络,但生成关系仅仅存在于同一个法律规范内部的各个组成部分之间,法律制度同样是由自含的、独立的规范实体组成,法律规范之间没有必要的联系。独立原则同样适合于凯尔森的法律制度理论。

独立原则在保证法律制度中每条法律的自足性的同时,付出了巨大的代价。每条法律都过于复杂,要发现任何一条法律的内容都要详查全部的法律材料,包括法律效力的各种依据、施加制裁的各种条件,实施制裁的程序等。这对于实际使用没有任何好处,也不符合律师和法官的实际习惯。

三、拉兹法律制度理论的基本观点

拉兹在《法律制度的概念》中对法律制度理论的四个问题只讨论了结构问题、同一性问题、存在问题

1. 法律制度的结构

(1) 法律的个别化

制定法律和创造规范是既有联系又相区别的两种活动。规范是随着法律、法规和条例等的制定而制定出来的,但制定一部法律、法规或条例可能仅仅是创立了一条法律规范的一个部分,该规范的其它部分可以在其它时间、由其它机关创立的。立法者制定宪法、法律、法规等通常为大量的规范创立了其组成部分。法律(a law)、法律规范、法律规则等指的是对法律的法理学划分。问题的关键在于,构成法律的法理学划分的原则应如何确定,这就是法律个别化问题。个别化原则决定了我们将法律划分成怎样的基本单位,同时也决定了法律的基本单位之间的联系方式,从而也就决定了法律制度的结构。

(2) 拉兹的个别化原则及法律制度的内部结构

拉兹认为,确定法律的个体化原则需要在两个相互冲突的目标之间寻找适当的平衡点,既要使法律单元小且易于管理,又要使每个法律单元具有相对的自含性和自我解释能力^⑥。拉兹自己并没有给出一套法律个别化原则,而只是给出了个别化原则所要满足的要求,分为限制性要求和指导性要求。前者包括,依法律个别化原则进行个别化所得到的法律不能偏离通常的法律概念太远,不能太过于重复,不能冗赘;后者包括根据个别化原则进行个体化而得出的法律应相对简单,应具有相对的自含能力(自我解释能力),应使法律制度的各个部分之间的联系尽量变得清晰。限制性要求是排除原则,指导性要求是选择原则。

拉兹认为,在给定一套可接受的个体化原则后,可以得出关于法律制度结构的命题^⑦。拉兹总结出的法律制度结构命题具有以下特征:

第一,将设置义务和规定制裁的法律放在重要位置,强调每个法律制度都存在内部的惩罚关系。在这点上,拉兹继承了奥斯丁、凯尔森的观点,但却并不像他们一样将设置义务的法律和规定制裁的法律看成仅有的法律类别。

第二,继承了哈特的授权性法律的理论,认为法律制度中存在两类授权性法律,即授予立法权的法律、授予调整权力的法律,因此法律制度中存在着法律之间的生成关系和调整性关系。

第三,主张法律中存在非规范性法律,主要包括许可性法律和构成权利的法律,在非规范性法律与规范性法律之间有内在的关系。

2. 法律制度的同一性

拉兹摒弃了奥斯丁、凯尔森解决同一性问题的起源原则,采用了权威性认定原则。奥斯丁、凯尔森的起源原则都强调创法机关的重要性,但拉兹认为,并非所有的法律都是由创法机关创制的。尽管立法作为法律创制方法是现代法律制度的特征,但却不是任何一种法律制度的特征,任何一种法律创制方法都不能成为各种法律制度都共有的特征。而在另一方面,每一种法律制度都设立了法律适用机关,由它们认定法律制度的每一条法律。

拉兹的同一性标准是,主要法律适用机关所认定和适用的法律构成一个法律制度。相应地,某条法律如果是由主要法律适用机关认定和适用的,那么该条法律就属于该主要法律适用机关认定和适用的法律构成一个法律制度。所谓主要法律适用机关就是有权决定在某些情况下使用武力是否被法律禁止或许可的机关。在这时,拉兹突出强调了禁止或许可使用武力的法律的地位,因为“在每种法律制度中,所有的法律都与禁止使用武力的法律或者与在执行制裁中许可或规定使用武力的法律有内在的联系。”^⑧

主要法律适用机关的作用,首先是认定禁止使用武力的法律以及规定和许可作为执行制裁而使用武力的法律。其次,它们也认定其它适用或创造法律的机关的存在,认定它们的行为有效力以及调整它们的行为的法律的效力。再次,主要法律适用机关不仅根据已经存在的法律来作出决定,它们还可以创制新法律并加以适用。但拉兹强调指出,尽管所有的法律都是由主要法律适用机关认定的,但并不就是说这些法律都是由主要法律适用机关创制的。主要法律适用机关创制一部分法律,但习惯、立法机关创制的法律等则只是由它们加以认定而成为一个法律制度的法律。

3. 解决存在问题的基本原则

奥斯丁和凯尔森以有效性原则作为解决存在问题的标准,认为法律制度的存在仅取决于法律得到遵守和服从。对这项原则的一种解释是,如果服从法律的情况与遵守法律的机会总数之比达到一定的比例值,那么该法律制度就存在。

拉兹并没有完全抛弃有效性原则,只是批评现有的解释过于简单、粗糙,它没有区别不同犯罪的重要性,如谋杀国家元首与一般杀人罪,违约行为、闯红灯的行为与当逃兵、企图谋反的行为,对法律制度的存在就具有不同的重要性。

实际上,拉兹没有也不可能提出计算法律制度得到服从的程度的方法。但他试图提出了一些应当考虑的原则。仅就对义务性法律的服从而论,有效性的计算就要考虑下列原则:(1)避免过于简单的计算;(2)给不同的犯罪以不同的重要性;(3)考虑到与法律无关的情况和意图;(4)考虑到法律知识及其对人们行为的影响;(5)考虑到权利的行使和义务的遵守;(6)给予宪法性法律以更大的重要性。

在考虑上述计算有效性的原则之后,拉兹提出了“初步测试”和“排除测试”来分别解决两个问题:在某一社会中是否存在一种法律制度?如果存在,那么占统治地位的是哪一种法律制度。但总体而言,由于存在问题的复杂性,拉兹并没有最终解决有效性的计算问题。

注 释:

① 拉兹:《法律制度的概念》,英国牛津大学克拉伦登出版社年版,1980年第二版。

②⑥⑦⑧⑨⑩⑪⑫⑬⑭⑮ 《法律制度的概念》,第2 18- 20 95- 100 93 19 40 95 102 115 155- 177 193页。

③ 凯尔森坚持认为,“如果我们将注意力局限于个别的孤立的规则,那么就不可能了解法律的性质。”见凯尔森:《法和国家的一般理论》,中国大百科全书出版社1996年版,第3页。凯尔森的法律规范动态等级结构以及哈特的主要规则和次要规则,都是对法律制度理论的贡献。但在拉兹看来这些成果具有不足不处。

④ 康托诺维茨:《法律的定义》,转引自M. P. 戈尔丁:《凯尔森和“法律制度”的概念》,见R. S. Summers主编,《More essays in legal philosophy》,牛津布莱克威尔出版社1971年版,第69页。

⑤ 由嵘:《外国法制史》,北京大学出版社出版,第207页。

⑫⑬ 凯尔森:《法和国家的一般理论》,第136页,第162页。

(责任编辑 车 英)

更 正

本学报1998年第3期所刊《当代国际社会法律趋同化的哲学考察》一文中“我国人口占全世界人口总数的五分之二”(第27页),应为“我国人口占全世界人口总数的五分之一”,特此更正。