

规范性立法法理学:理论空间与基本结构

裴洪辉

内容提要:随着事实与价值的断裂和实证主义的崛起,立法法理学在当代法学理论中被置于十分边缘的位置。虽然出于现实的立法需求,立法相关问题依然在法社会学、政策科学、法教义学、规范伦理学等研究领域得以零散的保存。但是由于方法论藩篱的存在,各个研究领域都无法给出完整的立法理论。方法论的严格禁止也禁锢了法学理论,而立法恰恰是各种知识范畴和各种学科的交叉点和知识的增长点。社会科学一般方法论的探讨对实证研究纲领进行了系统的批判,事实和价值之间存在着多种融合性关系,而立法恰恰是事实和价值衔接的关键点。在这个基础上我们可以给出一个规范性立法理论的初步框架。

关键词:立法法理学 实证主义 事实 价值

裴洪辉,北京交通大学法学院讲师

立法法理学在当代法学理论的知识图景中处于一个被遮蔽的位置。^[1] 这种遮蔽效应主要来自近代法学理论的科学性追求和认识论转向两个方面。就法学的知识属性而言,法学作为一门独立的科学门类,需要证成自己研究对象的“适格性”,而立法似乎处于“政治黑箱”之中,无法被当作适格的科学研究对象。就研究模式而言,当代法学学术研究秉持一种“认知模式”,研究者需要站在一个“旁观者的视角”来描述其所选定的对象,进而得到“科学”的知识。^[2] 法学理论不再隶属于实践哲学,其试图回答的问题不再是“何种法律是正确的”,而是“法律如何能被正确地理解”。作为一个杂糅了事实、价值、规范等多种范畴的、复杂的、混沌的“创生”性的实践行为,立法难以被既有的知识门类所吸收,无法形成客观、确定的知识,最终只能被排除在科学大门之外。

“科学的唯一目的在于认识法律而不在于形成法律。”^[3] 而立法不可避免地夹杂了

[1] 参见[美]杰里米·沃尔德伦著:《立法的尊严》,徐向东译,华东师范大学出版社2019年版,第2-7页。

[2] 哈特认为“法理论是描述性的,是因为它在道德上秉持中立并无任何证立性目标”。See H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd Edition, Oxford University Press, 1994, p. 240.

[3] [奥]凯尔森著:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,商务印书馆2017年版,第20页。

“政治的、意识形态的”非科学因素。相反以法律教义为皈依的司法则不同,其通过法学方法论等一系列独立化、专业性的操作抵御了权力的过度影响。综观当代法学理论,立法理论在世界范围内都严重缺失,^[4]以法院活动为主要分析对象的司法法理学(judicative-prudence)则成为法理学研究的核心。虽然对策性和问题导向的立法思考仍然广泛存在,但是立法的科学属性并未因之得以确立,进而一门以立法为对象的规范性立法法理学(legisprudence)尚不存在。^[5]在当代,立法对人类生活的影响是直接且重大的,而法学中立法研究缺失的局面则是让人遗憾的。立法直接为社会供给解决问题的规范,并构成了司法推理展开的教义前提,其关涉民主正当性、重大社会利益的分配以及重大社会矛盾的处理等问题,对社会的影响是其他法律活动难以比拟的。^[6]

虽然立法理论在当代日渐式微,但是由于对立法对策的海量现实需求,立法的相关思考也一直在诸多知识领域中得以保存。更为重要的是,各个知识领域独立、深入的发展,为我们建立规范性的立法理论提供了足够多的素材和预备性知识,也为我们复兴立法法理学提供了一系列智识资源。同时,当代法理学在方法论上的自足性也遇到了重大的挑战,由哈特所开创的分析法理学传统产生了诸多重要的知识成果但是其距离现实世界也愈来愈远。而以非静态且具有创生性质的,同时作为事实、规范和价值交汇点的立法活动作为研究对象,反而可能成为突破当下司法法理学研究范式的一个契机。

一 方法论的自觉和当代立法法理学的缺失

现代世界的知识图景背后预设着一系列严重的二元分裂:^[7]事实和价值、描述与规范、必然与自由、规范和决断、主体和客体、人和自然……具体到法学领域,事实和价值二分以及实证主义的崛起撕裂了法学理论:一方面在理论上埋葬了杂糅事实和价值自然法传统,并推动了以科学认知为主要目的的“认识论转向”;另一方面也使得原本在人类社会极为重要的、关涉实践理性的立法问题被弃置到理论的边缘。^[8]

[4] 近些年随着我国法学研究的精细化和专业化,法学研究出现了从“立法论”向“司法论”的转向。但是立法论转向司法论并不意味着涉及立法现象的理论问题已经被充分解决或者立法理论研究应当被抛弃。主张立法论向司法论转向的观点,参见明辉:《通往司法的法理学——中国法理学的现实主义路向》,《北方法学》2012年第5期,第15-25页。

[5] 科恩首先创造了 legisprudence 这个词,以便与法理学的另一分支司法法理学(judicativeprudence)相区分。当下,沃尔德伦、维特根斯等西方学者开启了立法法理学的复兴进程。国内关心这一领域的法理学者有宋方青、王保民、王怡、朱志昊、叶竹盛、叶会成等,另外张翔从宪法教义学、侯猛从社会法学、雷磊从一般法理学的角度也都介入到相关问题之中,但是整体上立法法理学在法学知识图景中处于一个十分边缘的位置。See Julius Cohen, Legisprudence: Problems and Agenda, 23 *Hofstra Law Review* 1163, 1165-1166 (1983)。

[6] 参见[美]杰里米·沃尔德伦著:《立法的尊严》,徐向东译,华东师范大学出版社2019年版,第170-174页。

[7] 当代人文社会科学的学术方法论中预设有无数二元论:事实和价值、描述和评价、主体和客体、规范和决断、事实和规范、心灵与世界、自然与社会……而立法活动恰恰是对各种对立范畴的综合,这使得立法活动无法被视为某一个特定领域的研究对象。对现代性思想中包含的各种二元对立的批判,参见[法]布鲁诺·拉图尔著:《我们从未现代过——对称性人类学论集》,刘鹏、安涅思译,苏州大学出版社2010年版,第15页。

[8] 事实和价值的区分截断了从客观世界推理出行为规范的通道,而法律就下降为一种人为建构的产品,进一步在政治科学的强势影响下,立法在西方国家被视为不同利益群体、游说集团肮脏的利益博弈。

(一) 事实与价值的区分与走出方法论的杂糅

事实和价值二分法的提出影响深远,其在很大程度上塑造了当代人文社会科学的研究图景和方法论基础。更为具体地讲,事实和价值的区分使得学术研究开启了方法论层面上的自觉:走出方法论的杂糅,为理论寻找一个纯粹的方法论基础成为一种“科学”的追求。

具体到法学领域,在传统的法学研究之中,事实、价值、规范处于一种混沌相间的状态,对同一个法学现象不同视角所产生的不同种类的认识,都具有某种正当性。其结果便是各种研究方法杂处,使得法学知识争议巨大且无法形成有效的积累效应。正是在这种局面下,针对当时德国国家学中的研究乱象,耶利内克提出了“走出方法论的杂糅”一说。其认为虽然任何一个认识门类都要以其他学科的知识为前提,“但是,研究主体内部发生的多个认识领域知识的结合却不应导致这些认识领域本身的合并”。〔9〕虽然耶利内克所主张的法教义学研究进路并非为所有法学研究者所接受,但是适格的研究需要以一种清晰纯粹的方法论为基础,却是后世研究者的一致共识。在当代知识图谱中,事实和价值、描述性和规范性、主体和客体一系列二元对立,构成了各种法学研究方法区分的基础,进而也引起了理论上的一系列重大变革。

首先,实证主义重新定义了何为适格的科学知识。事实和价值二分法与自然科学所取得的科学成就合流,最终催生了近代实证主义哲学思潮,其核心的主张在逻辑实证主义那里表露无疑。逻辑实证主义拒绝本质和表象的二元分析方法(柏拉图以来的一个基本的认识论传统),提出了一种反形而上学的知识观,认为在事实之外不存在一个本质王国。同时严格区分了事实和价值两个范畴,认为在二者之中,知识唯一合法的形式是以感官体验为基础的,可以通过检验和测定的事实性命题。除此之外,唯一有意义的陈述就是涉及到概念的逻辑属性或者概念之间关系的陈述。〔10〕由此,价值陈述便丧失了适格科学知识的地位,价值判断被视为一种纯粹的个人化感觉,无法被理性所支持。而由于在价值领域不存在一种可以对诸价值进行优劣判断的客观标准,价值冲突也就无法用一种客观标准来加以调和和解决。进而关于何为“善”以及良好生活形式等问题在科学上被认为是毫无意义的。这样一种知识纲领逐渐被法学、人类学、社会学、经济学、政治科学、心理学等诸多领域所共享。

其次,法学领域发生实践理性向理论理性的“认识论”转向。在实证主义的方法论中,传统政治哲学所试图追寻的客观道德被消解。政治是主体的领域,被利益和权力所支配,其与科学无关,前者是主体的、价值的、规范的、决断的,后者是客体的、事实的、描述的、规律的。在这一预设之下,法学研究开始趋向于自然科学的研究方式,即法学日益被理解为“法律科学”,其主要关注经验性或实证性的法行为和实证法,传统法学中的规范性理论逐渐式微。〔11〕当代法学理论发展的关键不是在于提供了什么样的实质性观点,而

〔9〕 [德]格奥尔格·耶利内克著:《主观公法权利体系》,曾韬、赵天书译,中国政法大学出版社2012年版,第19页。

〔10〕 逻辑实证主义仅仅承认两种知识类型:一种是经验性知识;一种是概念的逻辑属性以及概念之间关系的知识,如数学和逻辑知识。参见[英]A. J. 艾耶尔著:《语言、真理与逻辑》,尹大贻译,上海译文出版社2006年版,第1-2页。

〔11〕 参见[德]古斯塔夫·拉德布鲁赫著:《法哲学》,王朴译,法律出版社2013年版,第26页。

是体现在是否坚持严格的方法论界限。面对价值和事实的断裂,任何提供实质观点的理论都面临着沉重的认识论挑战。因此,实质性的价值思考式微,进而蜕变成一种发生在实际立法领域和公共媒体上的碎片化争论。法哲学试图回答的问题不再是何种法律是正确的,而是法律如何才能被正确地理解,法学理论不再从属于实践哲学,转而以认知客观现实为其基本使命。^[12]

(二)法理学的科学性追求和当代立法法理学的缺失

方法论的自觉同时也推动了法学理论的科学化和自治化进程。在传统法学研究中,法律与其他领域相混合,如凯尔森所言,19、20世纪的法学“全然不加批判地同心理学、生理学或伦理学、神学混为一谈”。^[13]而法学理论要实现“自治”,首先就要解决研究对象适格的问题。哲学实证主义不断渗透到法学领域,最终催生了法律实证主义。边沁区分了“审查性法理学”和“说明性法理学”,^[14]这一事业被奥斯丁、凯尔森、哈特等承续。凯尔森也认为虽然法律实证主义不会取消涉及价值判断的思考,但是一般法理论仍应将自己的研究对象限制在对实在法进行描述的目的之内。在价值问题上实际上秉持伦理不可知论的凯尔森将价值思考视为一种意识形态,进而将其排斥在科学研究之外。哈特更是明确地将自己的事业称之为描述性法理学,“法理论是描述性的,是因为它在道德上秉持中立并无任何证立性目标:在我的一般性法律说明中所出现的法律制度的形式或结果,并不通过寻求道德的或其它的理由而给予证立或赞许”。^[15]这样,当代法学研究就逐渐被限制在经验领域,法学理论进入了实证主义时代,价值思考被排除在了法律科学之外。适格的知识大致存在于三个领域:一是进行经验研究的法社会学和法人人类学,二是梳理法律最一般概念结构的“一般法学”,三是法学认识论问题。^[16]法学理论试图回答的问题是,法律是什么以及法律是怎么样的,而不再是法律应当怎么样或者法律应当如何制定。^[17]

立法对政治生活具有重大的影响,在西方传统政治哲学中涉及实践理性的立法也是一个极为重要的主题。但是在实证主义崛起、法学认识论转向、法学理论的科学化及自治化等诸多相互独立又复杂纠缠的思潮中,立法研究从知识范畴和学科建制两个方面遭到排斥。虽然对策性的立法研究一直在持续,但其在当代法理学中无法获得合理的存在空间,对实践生活无比重要的立法活动逐渐被现代学术边缘化。即使立法活动依然在社会学意义上可以作为一个可观察的对象,但在认识论的意义上以及在知识属性上,由于立法涉及到价值判断,因此不适于作为理性研究的对象。而对于伦理问题,大多数法律实证主义的支持者都秉持一种不可知论的态度,这就导致涉及到利益、态度、评价性要素的立法活动无法以客观标准为皈依,而只能以偶然的个人偏好为依据。随着这种认识论的趣味

[12] See H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd Edition, Oxford University Press, 1994, p. 240.

[13] [奥]凯尔森著:《纯粹法理论》,张书友译,中国法制出版社2008年版,第1页。

[14] See H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, 1982, pp. 1-3, 41-42.

[15] See H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd Edition, Oxford University Press, 1994, p. 240.

[16] 当然,也有继续法律价值思考的理论,比较典型的是施塔姆勒的“正当法学说”以及非法律领域的规范伦理学。参见陈真著:《当代西方规范伦理学》,南京师范大学出版社2006年版,第1-27页。

[17] 参见[奥]凯尔森著:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,商务印书馆2017年版,第29-36页。

不断进入到当代法学的腹地,法学研究被认为逐渐摆脱了意识形态的宰制,同时立法也就在法学理论中几乎消失了踪影。

在方法论之外尚存在另一个比较重要的现实原因同样促成了立法研究的式微,这就是支配立法活动的基础价值在西方社会中被某种程度上认为已经解决了。虽然在规范伦理学以及政治哲学中关于人类社会的基本价值尚存在争议(自由主义、功利主义、社群主义、共和主义等相互缠斗),但是整体上启蒙以来的自由、民主价值逐渐被接受,并通过成文宪法在大多数国家被实证化为各种基本权利。随着实证宪法权利的出现,法学理论内部便丧失了继续“立法”的动力,转而更加注重这些基本价值的落实和执行问题。当然,此种现实原因不能独立地说明理论研究的不足,法学理论中立法研究的不足更多的是和其知识谱系内部的方法论问题相关。

二 被分解的碎片:立法研究存在的场域及其局限性

虽然立法理论在当代法理学中处在一个极为边缘的位置,但是由于立法活动对现代政治生活显而易见的重要性,立法研究依然在某些学科中得以保存。在法学学科内部法理学中有偏重制度性研究的立法学,部门法学领域在也存在大量的立法论研究。同时立法相关研究在法社会学、政治科学、法教义学、规范伦理学等法学相关的知识领域中也有一席之地。但是,我们也将看到这些理论部门并未发展出独立的立法理论。如果我们试图恢复立法理论的独立地位,那么检视这些立法尚得以保存领域的得失成败将是一个必要的工作。

(一) 立法研究存在的场域

第一,保守的法社会学。法社会学的基本纲领是法学研究不能囿于法律概念、法律规则以及围绕它们展开的系统性解释工作,而是要对社会现实和法律现象有敏感性,对真实社会变迁有所反应。^[18] 法社会学一方面借助经验性的实证研究和统计学的方法,对法律相关的社会事实的构成和结构进行考察;另一方面,超越工具性的定位,通过发展例如控制论、功能系统理论、功能组织理论、自组织理论等普遍的解释模型,试图阐释先于法律存在的社会生活的结构以及支配其运行的一般规律。^[19]

虽然这同样秉持了一种客观认知的进路,但这也同时满足了立法工作中的某些重要需求:立法是一个关乎事实的过程,在立法机关进行“塑造式”的干预之前需要通过经验研究洞悉立法对象所涉及的社会事实图景。首先是信息,法社会学研究的一个重要工作就是对数据的收集和处理,同时对其作出统摄性和概括性的论述,这为法律通过一般化规则规制社会事务提供了最为重要的事实基础;其次是可靠性,一则立法者的感知往往是片段式的、未经验证的,二则每个人都隶属于不同的利益群体,有自己的利益表达和利益偏

[18] 参见[美]马修·戴弗雷姆著:《法社会学讲义:学术脉络与理论体系》,郭星华等译,北京大学出版社2010年版,第1-5页。

[19] 参见[德]托马斯·莱塞尔著:《法社会学基本问题》,王亚飞译,法律出版社2014年版,第110页。

好,这会使得人们有意识地进行片面的描述和判断,往往无法保证客观性、准确性、中立性和完整性。经验社会学恰恰试图为各种社会调查建立可行的程序,在价值中立的基础上,尽量避免受到片面性的或者利益性因素的干预,保障论述的客观性。在这个意义上法社会学具备工具性的功能,其可以被视为立法的一项准备性工作。

第二,激进的政策科学。与法社会学的保守倾向不同,政策科学要激进得多。^[20] 同样是实证性学科,法社会学是谦抑的,其将目的局限于认知,但是政策科学是积极的,试图通过认知事实来给出决策建议,其背后似乎预设一种由事实引导出规范的力量。西方传统的政治哲学论题主要集中在规范性的问题上,关心终极政治真理,而政策科学则旗帜鲜明地主张由政治科学来代替传统的政治哲学研究,即关心政府实际在做什么,拒斥终极价值的涉入,渐次对政策目标、手段和政策制定过程进行理性评估。^[21] 现代政治科学的方法论意识同样来自于实证主义,其背后也预设了一个客观真理,而政治科学的任务是发现此真理。但是同样是立足于实证主义,政策科学相比法社会学更为激进,不仅仅结束于客观认知,其学科的基本目的可以概括为“向权力讲述真理”。真理具有强制性,代表客观真理的科学知识没有商谈的余地,也不需要征得普遍同意,理性的人只能无条件接受。价值中立的研究者可以通过客观、可检验、可积累的观察来发现关于社会事实的普遍规律,然后由政治通过立法和政策予以落实,继而被中立的行政机关以透明化的方式执行。^[22] 政治科学包含有这样一种信念,即认为在对人类社会的运行规律获得系统的理解之后,就会自然而然地导出明智的立法或者政治决策,从而社会问题得以解决,社会不公得以改善。

第三,法教义学。一般来讲法教义学被认为具有一定的封闭性质,通过系统内部的概念、规则体系“以法学方法处理正义问题”。法教义学是以立法(实在法)为前提,反之其往往被认为对立法影响甚微。但是无论是经验意义上还是规范意义上,法教义学都对立法具有积极的影响。由于法教义学距离纯粹的理性思辨较远,又具有决策的紧迫性,所以在很大程度上悬置了认识论问题,但是其又没有成为一种单纯实用主义式偶然材料的聚合,反而表现为一种理性的体系。法教义学此种稳定性,一方面来自立法所面对社会事实的稳定性(所谓社会事实的规律性),即法教义学一个重要的作用就是将事实中(或历史中)蕴含的行动原则逻辑地表达出来;另一方面,出于法的安定性价值要求,新的立法不可能每次都推倒重来,需要尊重既有的规范体系并在其基础上创建新法。^[23] 另外,“法教义学是按照自有的标准来处理法的”。^[24] 但是这个标准在保持稳定的前提下是可以被动

[20] 经济学与政治科学的情形类似,往往是经济学家(中国)、公共政策学者(美国)积极地参与到各种立法讨论中去。

[21] 参见[美]迈克尔·豪利特著:《公共政策研究:政策循环与政策子系统》,庞诗译,生活·读书·新知三联书店2006年版,第6页。

[22] 这种决定论意味着一种因果认知,其相信存在客观的社会实在,相信研究者和研究对象之间的距离,相信价值中立的存在,最终相信科学结论是具有普遍性的客观规律。参见何鉴孜、李亚:《政策科学的“二次革命”——后实证主义政策分析的兴起与发展》,《中国行政管理》2014年第2期,第95-101页。

[23] 这在《中华人民共和国立法法》中被表达为“依法立法”原则。参见赵一单:《依法立法原则的法理阐释——基于法教义学的立场》,《法制与社会发展》2020年第5期,第38-50页。

[24] Luhmann, Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie, 1965, S. 53.

态调整的。卢曼认为这种调整不是通过引入外界力量来完成的,而是通过概念和规则系统内部特殊的交流系统来完成的,这使得法教义学在应对复杂社会现实时,可以在保持稳定的前提下又保持一定的灵活性。^[25] 在这个意义上,法教义学通过塑造一种融贯、富有逻辑性的动态规范体系,既连接了事实(历史)和规范,又连接了既有的法框架和新的立法,兼具稳定性和灵活性,进而构成了一个新的立法的“形成空间”。其在揭示立法矛盾、漏洞、不融贯性等消极方面,以及通过将法教义的知识成果转化为具体立法等积极方面,都展现出对立法的重要意义。^[26]

第四,规范伦理学。法理学摒弃对法律应当是什么的探讨,这个任务似乎以一种未言明的方式留给了伦理学,而规范伦理学试图解决的一个重要问题就是何为良好政治秩序的终极标准。通过寻找一个客观的标准来引导或批判政治制度和政治实践,是人类自古以来的一项重要追求。规范伦理学寻找道德上对错的根本原则,其结果也直接影响到涉及应用伦理学的立法活动。虽然规范伦理学受到了严重的挑战,但是旨在系统地论证行动的最终理由和终极原则的规范伦理学依旧发展出了利己主义、功利主义、道义论、美德伦理学等规模庞大的论证体系,这对诸多具体立法问题的论证影响深远。特别是面对实证主义和伦理相对主义的挑战,由罗尔斯和哈贝马斯等发展出的程序正义原则,更是对当代立法工作产生了极为重要的影响。

(二)上述领域在立法研究上的局限性

虽然立法研究在以上几个研究领域得到某种程度的保留,但是整体上说,这几个领域都无法完整地回应立法的理论和实践需求,同时由于方法论的限制各领域自身也存在重大的内部困境。

第一,法社会学和政治科学的局限性。二者具有相同的知识论基础,都秉持一种经验性的进路,在经验性问题和规范性问题之间,二者都选择探索经验事实的因果关联。法社会学将自己的使命定位为从外部观察法律现象,而不是为现存法律问题的解决提供方案。^[27] 而政治科学在放弃了政治哲学所试图追寻的客观道德以及政治生活最好形式等问题后,采纳了实证性的研究方式,在行为主义的支配下,研究经验性的政治行为,而规范性研究受到普遍的排斥。虽然与严格遵循方法界限的法社会学不同,政策科学仍然具有提供社会问题解决方案的强烈冲动,但是二者在涉及给出问题解决方案时面临着同样的方法论困境。这就是事实和价值之间的鸿沟问题:价值问题无法通过经验性研究得出结论。政策性考虑、立法决策以及最微小的价值评价都无法通过经验性的事实推导出来。此时,局限在经验认知界限之内的法社会学家尚可以自我封闭在立法咨议人的角色之内,主要起到查明事实的作用,但激进的政治科学试图通过事实研究直接导出政策和立法决策的倾向,则跨越了事实和价值之间的鸿沟,本身与其方法论基础存在逻辑上的冲突。

[25] Vgl. Luhmann, Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie, 1965, S. 16.

[26] 参见雷磊:《法教义学能为立法贡献什么?》,《现代法学》2018年第2期,第25-40页。

[27] Vgl. Luhmann, Die soziologische Beobachtung des Rechts, 1986, S. 19.

第二,法教义学的困境。任何法教义学研究者的耳边永远回荡着一个咒语般的声音,“立法者改动法律的三个字,会让所有法学著作变成废纸”。^[28]法教义学是在一个相对封闭的系统中展开工作的,其以作为立法结果的实证法为推理前提,以法律概念和法律规则的体系化、融贯性为自己的任务。虽然出于法的安定性需求,既有的法教义学成果对新的立法具有相当程度的限制,但是整体上法教义学是一个涉及“后立法”问题的知识门类,其阐释的对象不是外在世界而是立法文本,其主要是面向过去的而不是面向未来的。虽然当下我们对法教义学的理解超出了概念法学的狭隘定义,认为其可以容纳价值判断,但是总体上其依旧是以立法为其推理前提,法教义学本身是无法独立产生出一门关于立法的学问的。^[29]

第三,规范伦理学的困境。即使并非所有的立法问题都直接涉及到道德论证,但是价值判断确实弥散于立法和政策制定的各个环节。而这些争议并不能通过规范伦理学的探讨必然得出一个终结分歧的客观标准。“价值判断取决于情感因素,因此具有主观性——其只对判断主体有效,只能是相对的。”^[30]规范伦理学的基本目的就是试图通过寻找高阶道德规则来解决道德困境,从而使人的道德行为建立在实践理性的基础之上。但是规范伦理学的各种体系性理论并没有取得真正意义上的成功。其中两个主要的论证路径都存在难以突破的困境,道义论面临冲突的道德直觉无法协调的问题,而功利主义则受到各种快乐无法通约的挑战。更为严重的是,规范伦理学同样受到实证主义的挑战,传统伦理学所提出的实质规范性陈述被视为意识形态和道德偏见。^[31]当代大热的元伦理学分享着实证主义者的基本共识:真正的哲学工作是阐明道德话语而不是为某个特定的规范性主张辩护。^[32]这就使得评价行为合理性的规范伦理学所发展出来的各种伦理体系无法取代具体问题的讨论,更无法直接在涉及到价值判断的立法问题上给出一个确定的答案。

除了上述知识部门外,当代认识论模式下法理学在立法理论方面也存在严重的不足。传统法理学的一个重要工作是对现存的法律进行判断,区分真正的法律和虚假的法律,但是这一事业被当代法理学抛弃了。当代法理学的两个重要的人物凯尔森和哈特分别隶属于新康德主义和牛津日常语言学派,二者都试图解决认识论问题,因此提炼出来的法哲学问题都集中在类似规范性的来源等抽象问题上,而对于实践理性相关的问题几无着墨。面对认识论问题,理论家可以处在一个超越性的位置,但是一旦涉及到立法等实践理性问

[28] [德]冯·基尔希曼:《论作为科学的法学的无价值性——在柏林法学会的演讲》,赵阳译,《比较法研究》2004年第1期,第138-155页。

[29] 宪法教义学对于部门法学具有两个方面的作用:一个是边界控制,告知部门法的边界在何处及违反宪法的情形;另一个是部门法具体内容需落实宪法中的价值。参见张奠:《宪法实施中立法的裁量空间》,《中国人民大学学报》2022年第1期,第95-110页。

[30] [奥]凯尔森著:《纯粹法理论》,张书友译,中国法制出版社2008年版,第143页。

[31] 当前传统伦理学逐渐被元伦理学所代替,伦理学的任务也不再是雄心万丈的研究价值和至善目的,进而通过提出一套规范价值体系以影响人的实践行为,而是对任何实质规范性道德主张都保持一种中立态度,进而将工作的核心转变为阐明道德概念、道德判断、道德语句的性质和意义。

[32] See Wojciech Sadurski, Law's Legitimacy and "Democracy-plus", 26 *Oxford Journal of Legal Studies* 377, 377-409 (2006).

题,就必须从一种超越性立场跌落,重新予以情景化,而这是当代理论家无法接受的。当代法理学所提出的认识论问题,无论完成度如何,最终难免有流于空疏之感。

三 立法作为各“知识门类”和各“范畴”的交叉点

立法相关的问题在以上几个研究领域中得到了一定程度上的保存,但由于这几个研究领域都具有严格的方法论藩篱,最终使得统一的立法法理学一直无法得到建立。当代实证主义氛围越来越浓烈,以对客观事物的观察和测量为基础来获得知识的自然科学方法逐渐成为人文社会科学模仿的对象。正是在这个基础上法学研究走出了过去混杂方法的泥淖。但在这一研究进路下,也产生了法哲学死亡和政治哲学已经死亡的论调,^[33]各个研究部门趋于封闭,画地为牢。最终横跨事实和价值,面向未来的且具有创造性特征的实践立法活动,由于无法被完整地划入任何一个研究部门,无法找到一个单一的方法论基础,而备受冷落。由上文分析我们可以发现,如果要重新恢复一种合格的立法理论,我们必须考察当代理论的核心根基即事实和价值二分法以及纯粹实证研究的局限性。

(一) 实证研究纲领批判

我们可以简要地总结一下实证主义的基本预设:(1)世界独立于我们对它的知识而存在;(2)世界是真实的而不是社会建构的,观察者在观察时可以做到客观;(3)科学的目的是针对事实给出因果性陈述;(4)在经验性问题和规范性问题之中,科学的目的是探究经验性问题而不是提出某些规范性的主张。

此种实证主义研究纲领在当代诸多研究领域受到了广泛的挑战,其最早可以追溯到 19 世纪在德国爆发的关于人文科学与自然科学关系的争议。19 世纪,以狄尔泰为主的思想家采取一种阐释主义的立场,认为不存在一个可以被观察且独立于行为者赋予其行为意义的真实世界,因此人文学科的本质应当是解释性的。^[34]这种观点认为观察者无法做到严格的客观,社会是一种话语建构,社会现象的阐释和意义才是关键。^[35]除此之外,社会学中的阐释主义进一步发现社会现象和自然现象存在着无法克服的差别:首先,社会结构不是独立于他们的塑造活动而存在;其次,社会结构并不独立于行为者关于他们正在做什么的观点而存在,反思行为本身会导致行为的改变;再次,与自然现象不同,社

[33] 参见[德]古斯塔夫·拉德布鲁赫著:《法哲学》,王朴译,法律出版社 2013 年版,第 26 页。以及 Peter Laslett, *Philosophy, Politics and Society*, 2nd Edition, Basil Blackwell, 1964, pp. 1 - 33。

[34] Wilhelm Dilthey, *Introduction à l' Etude des Sciences Humaines* (1883), Presses Universitaires de France, 1942, p. 13, 17 - 18.

[35] 温奇将后期维特根斯坦的思想运用到社会科学中,注意到社会科学中的实证主义存在重大的缺陷,与实证主义认为社会现实仅仅通过诉诸经验性的观察就可以得以理解的看法不同,温奇认为所谓客观的社会关系和人的行为已经与认知此对象的思想 and 看法相互缠绕在一起,这种思想和看法体现在语言以及界定社会生活的规则之中,“人类社会的概念,需要一种在逻辑上不同于自然科学提供的那种解释的概念体系”。因此,温奇认为社会科学调查的目的不在于进行因果解释而是在于阐释, see Peter Winch, *The Idea of Social Science and Its Relation to Philosophy*, 2nd Edition, Routledge, 1990, p. 72。

会现象是行为者的结果,其随着时空条件的变化而变化。也就意味着纯粹的事实性研究是不存在的。^[36]

此种立场在科学哲学领域得到了类似的回应,逻辑实证主义的自然科学观受到了来自波普尔、库恩、拉卡托斯、费耶阿本德等思想家的挑战。他们的基本主张可以概括为科学知识并非普遍客观知识,而是一种地方性的、具有一定文化情景的、相对有效性的存在。在知识的普遍主义和相对主义,科学实在论和社会建构论之间,他们都倾向于后者。客观知识是否存在受到了持续的质疑。奎因进一步在哲学认识论上为此给出了清晰的论证:(1)人类任何知识都需要经过分析性概念的过滤,如果没有阐释性概念框架的分类和描述,任何知识都是不可能的;(2)实证研究无法做到绝对的客观,理论本身会影响事实,同时观察者也无法做到完全的客观,理论会影响观察者对事物的阐释。^[37]

在当代,批判理论、存在主义、后现代解构理论持续深化着对实证主义研究纲领的批判。批判理论认为实证主义逐渐成为一种意识形态,而此种意识形态会导致一种对现实无能为力的倾向。实证主义把世界看成一种非人格化的因果关系决定机制,人类为社会中的客观法则所控制,从而使得人们无法形成一种用于批判社会现实的道德立场,最终实证主义沦为对既存权力的辩护。^[38] 存在主义认为科学首先是一项实践活动,它既参与着世界的生成,又是生成的产物。因此,科学不是关于存在的知识,而是隶属于存在本身,认识论的科学观念应当让位于存在论的科学观念。后现代解构理论对古典科学中观察者的价值中立、无偏见以及知识的客观性、普遍性、学科的自主性等预设提出了质疑,启蒙的自信和成就都受到了普遍的挑战。^[39]

综合各个领域对实证研究纲领的批判,反对描述主义的法哲学家菲尼斯同样主张对法律的描述离不开评价。“现代法理学的发展表明,同时对社会科学方法论的反思也证实,除非理论家本身参与评价和理解哪些是真正有利于人类的东西以及确实为实践理性所需要的东西,否则他就不能对社会事实进行理论性地描述与分析。”^[40]

(二)立法作为各知识门类的交叉点

上述实证主义研究纲领及建立在其上的现代学术方法论,不仅仅在认识论的意义上受到了批判,而且在面向立法问题时,方法论严格禁止的弊端被最大程度地暴露了出来。因为立法本身就是一种综合,是学科和范畴的交叉点,在这个交叉点上,学科封闭的大门将被打开。传统的知识门类通过范畴的区分,拆解了立法这一复杂的过程,进而产生了认知模式、教义学模式、价值判断模式等多种模式。同时这些不同的知识门类趋于封闭,而

[36] 在法理论领域发生的关于法理学的性质争议也跟这个问题具有直接的关联。近些年学界对于法理论这一元问题倾注了更多精力,看似法理论问题需要预设法概念的立场,其实从更为宏阔的学术视野来看,恰恰是法概念立场上的争议预设了法理论的立场。而关于法学理论是纯粹的描述性理论还是纯粹的规范性理论的争议,不仅仅是一个法理论问题,而且涉及到社会科学的一般方法的问题。参见孙海波:《当代英美法理学中方法论的转向及其意义——从“法概念”到“法理论”》,《上海政法学院学报》2013年第4期,第1-12页。

[37] 参见[美]奎因著:《从逻辑的观点看》,江天骥等译,上海译文出版社1987年版,第19-43页。

[38] 参见[德]霍克海默著:《批判理论》,李小兵译,重庆出版社1989年版,第230页。

[39] See Claire Colebrook, *Philosophy and Post-structuralist Theory: From Kant to Deleuze*, Edinburgh University Press, 1999, p. 41.

[40] See John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 2nd Edition, Oxford University Press, 2011, p. 3.

作为交叉问题的立法由于不满足方法论禁止的教条,最终被严重忽视。

虽然各个学科在逻辑上被事实和价值切割开来,但是各个学科都依然具有规范性的倾向。而这种规范性的倾向集中表现在立法领域,即各学科即使没有言明,其依然试图在完善立法这个点上存在着共性。上文述及,规范伦理学具有天然的规范性倾向,其目的就是为我们提供决策的伦理标准。实证性研究领域也不例外,其总是溢出纯粹认知性的边界,表现出规范性的追求。不仅以实证研究为基本纲领的政策科学具有强烈的提供政策的倾向,这种倾向在对方法论禁令坚持的更为彻底的法社会学中依然存在,“法律实证分析不只能影响个别案件,而且还能够影响更大的政策问题”。^[41] 即使更一般性的社会学同样隐含着对“好社会”的规范性探寻。^[42] 同样这种规范的倾向也体现在法教义学中,法教义学不仅仅描述实定法规范,同时其结论也总是蕴含着例如“应当制定什么样的法律”等类似的立法论意义上的主张。立法问题在某种意义上渗透到了教义学思考的整个过程中。显然,各学科的规范性倾向在立法层面发生了交叉。

首先,法社会学和政策科学要实现提供政策建议的规范性功能,就必然需要规范伦理学提供系统的价值判断。当我们试图在政策科学中分离出事实和价值两部分,分别交给科学和政治来处理时,这种截然二分的思想就面临着重大的问题:传统注重步骤的理性政策分析流程存在重大的缺陷,在实际政策制定的过程中,几乎每一步都没有一致的价值观,没有共同目标,也没有要解决的问题的共同定义。过程中的每一步都可能是无序的,每种成分都可能是自相矛盾的。立法分析和制定过程中的复杂性无法通过辅助理性决策的简化模型予以消除,其中更无法取缔的是几乎每时每刻都存在着的价值判断。^[43] 科学认知和立法决策之间的边界不清楚,查明事实的过程以及在对结果阐释时必然也带有价值评价。可以说生活世界的复杂性以及价值无法从事实判断领域完全分离出来这一事实,构成了对立法和政策制定科学性理想的重要挑战。

其次,法教义学和社科法学存在交叉。虽然卢曼强调二者之间具有不可跨越的距离,法社会学只能从法律外部观察法律,却无法对任何存疑的法律问题的决断方面做出直接的贡献。^[44] 但是二者依然存在着大量的交叉,到处都有方法论多元主义和融合主义的痕迹。康特洛维茨所言“没有社会学的教义学是空洞的,没有教义学的社会学是盲目的”。无论是出于法律适用还是立法修正的目的,法教义学总是提出证成理由,而法社会学所归纳出的法律运行中的行为规律以及其提供的因果说明,确实有助于规范性问题的解决。在立法领域处理规范性问题时必然需要社会学的支持,这种支持本身也在重塑着我们对事实和规范区分之意义的理解,实际上我们无法把规范结构从社会学中祛除,也无法把经验性事实从教义学中祛除。

[41] Theodore Eisenberg, Empirical Methods and the Law, 450 *Journal of the American Statistical Association* 665, 665 (2000).

[42] 参见[美]赖特·米尔斯著:《社会学的想象力》,李康译,北京师范大学出版社2017年版,第16页。

[43] 参见[美]德博拉·斯通著:《政策悖论:政治决策中的艺术》,顾建光译,中国人民大学出版社2006年版,第391-398页。

[44] 参见泮伟江:《超越“错误法社会学”:卢曼法社会学理论的贡献与启示》,《中外法学》2019年第1期,第38页。

(三)事实诱导规范:立法作为范畴的融合点

通过上文论证我们可以看到事实 and 价值的僵硬划分受到了强烈的挑战,同时各个学科之所以在立法中实现了交叉,正是因为在此处事实和价值实现了奇特的融合。那么二者是能否实现融合?其融合具体又是怎么产生的呢?^[45]

其实事实因素对法律规范的影响已经为诸多理论家注意到。耶利内克的“事实的规范性权力”^[46]和自然法学的“事物的本质”等理论论证了事实和规范之间的非断裂性关系。马克思·韦伯同样认为法律规范和事实性社会结构之间并不是严格对立的,二者之间存在“巨大的因果关联”,经验事实对于法律规范的生成发展具有巨大的推动作用。^[47]走得更远的埃利希不仅仅给出了事实和规范相联系的诸多素材,^[48]而且给出了二者之间关系的完整论证,进而挑战了事实与规范、事实问题和法律问题之间的区别。埃利希认为事实先于规范存在并构成规范基础,事实衍生出了法律规范,并基于此提出了“诱生法律的事实”这一概念。^[49]

从事实和价值严格划分的视角出发试图去结合二者,在方法论上是“不被允许的”,并被认为将导致一种“方法论混沌”。^[50]凯尔森就认为从“应然”命题不能演绎出“实然”命题,“事实层面包含着的因果解说的规则,不在规范层面为应当做什么提供任何线索”。^[51]但是事实表明凯尔森的此种观点太过极端——即使事实和价值在逻辑上是无法相互推理的,二者之间的关系也并不是一种简单的逻辑关系,在经验意义上二者依然存在相关性,而且社会事实上确实也决定着规范的产生。这对熟悉马克思主义法学理论的我们来说不会感到陌生,马克思曾说立法者“不是在发明法律,而仅仅是在表述法律”,^[52]这正是对事实和规范之间关联性关系的一种说明。凯尔森本人也认为埃利希意义上的“法律的事实”(facts of law)确实可以构成法律规制的可能内容或对象,这也就表明二者在经验上确实存在着连接,至少事实能为规范提供某种“线索”。此处的关键是要区分二者在逻辑意义上的“断裂”和作为经验性因果关系的“衔接”:事实和价值在逻辑上是断裂的,但在经验上是衔接的。而韦伯、埃利希等理论家正是注意到了二者在事实上的连接,所提出的相关观点才更加符合一般人的直觉。

社会学的研究表明事实和规范生成具有直接的关系,接下来需要追问的是事实向

[45] 近年来相关问题已经逐渐开始得到深入的讨论,参见杨帆:《法社会学能处理规范性问题吗?——以法社会学在中国法理学中的角色为视角》,《法学家》2021年第6期,第30-44页;雷磊:《法社会学与规范性问题的关联方式、力量与限度》,《中外法学》2021年第6期,第1405-1425页。

[46] 参见[德]古斯塔夫·拉德布鲁赫著:《法哲学》,王朴译,法律出版社2013年版,第88页。

[47] 参见[德]马克思·韦伯著:《批判施塔姆勒》,李荣山译,上海人民出版社2011年版,第107页。

[48] 埃利希在许多作品中提供了足够的历史素材,表明事实和规范是如何在通过社会相互作用而创造的制度中相互结合、无法分开的。就像婚姻、遗嘱、契约等“法的事实”,并不仅仅由事实构成,也具有规范性约束力。Vgl. Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 3. Aufl. 1967, S. 82.

[49] Vgl. Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 3. Aufl. 1967, S. 82.

[50] Vgl. Kelsen, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, in: Kelsen, Ehrlich, Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft: Eine Kontroverse (1915/17), Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, S. 5.

[51] Kelsen, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, in: Kelsen, Ehrlich, Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft: Eine Kontroverse (1915/17), Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, S. 9.

[52] [德]马克思、恩格斯著:《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社2016年版,第183页。

规范的关键跳跃是如何完成的?

对于这一问题,我们首先需要注意到立法不是凭空进行的,立法内容必然来自社会实践,受制于社会结构。既有的事实和人的反思能力共同塑造着决策的内容,立法者正是生活在这样一个无法摆脱的结构之中。但是仅仅指明事实性因素决定着规范的内容这一点是不够的,关键的问题是要解决事实是如何向规范跃迁以及事实是如何成为规范的理由。“差异制造事实”的理论给我们提供了一个理解经验事实作为规范性主张之理由的突破口。王鹏翔认为事实本身无法直接产生规范,但是不同的行为或措施会对某个结果发生与否和发生的概率造成差异,进而可以为应当做什么或不应当做什么提供一种结果论和目的论的指引。^[53] 在这里事实和规范发生了连接,事实既填充着规范,也诱导着规范的产生,比之逻辑上的断裂,二者有着更为积极的关联。

从目前看,是与应当之间、事实与规范之间必然存在逻辑的鸿沟,但是这种鸿沟不是无限的。逻辑上脱钩,不妨碍现实中衔接。“‘是’与‘应当’之间的完全对应和完全分裂都意味着法律的死亡”。^[54] 而事实和规范这两个范畴恰恰在立法这个关键点上实现了融合。

四 规范性立法理论的一个初步结构

想要真正的理解立法现象或者进一步规范立法行为,我们就必须探索立法的基础理论,从而为立法奠基。当然规范性立法理论只能是一种外在辩护,虽然其在现实生活中不一定完全被遵守,但是它却有助于形成判断良好立法活动应当遵循的标准。无论如何,我们现在已经有了探索立法理论的可能,因为在自觉的方法论努力之下,各个方向的知识都得到了纵深性发展,方法论自觉带来的各研究领域知识精度的提升,为立法理论的形成做好了充分的前期准备工作。

而当代法学理论也应当尝试统一方法论所造成的知识分裂。一套好的立法理论应当同时是经验性、诠释性以及批判性的,无论是法教义学、法社会学还是正义理论都无法独立解决当代社会复杂的立法问题。恰当的立法理论必然是综合性的,其需要融合价值、事实和规范,同时兼顾法学理论中的各个部门。本部分尝试性地给出一个初步的理论模型。

一个完整的立法理论应当包括四个方面。第一,正义性。立法需要以正义为目标,这并不意味着立法理论是一种自然法理论,也不意味着每一条法律必然满足正义性的标准,但是作为一种公共产品,作为立法活动结果的法律想要具有社会实效性,就必须在整体意义上追求正义,符合人民的基本正义观。第二,目的性。正义只是一个形式性的理念,需要其他实质内容加以填充,而法律和国家的复杂性关联决定了法律的目的和国家的目的是不可分割的,法律的目的一般表现为国家的意志。第三,决断性。立法需要填充目的,但是终极目的是不存在的,终极目的容易使得法律成为不同的党派观、国家观和法律观缠斗

[53] 参见王鹏翔、张永健:《经验面向的规范意义——论实证研究在法学中的角色》,载李昊、明辉主编《北航法律评论》,法律出版社 2017 年版,第 28-80 页。

[54] [德]巴特·范克林克:《事实与规范:欧根·埃利希与汉斯·凯尔森间未竟之争论》,余涛译,载葛洪义主编《法律方法与法律思维(第七辑)》,法律出版社 2011 年版,第 248 页。

的战场。但是法律作为共同生活的协调性规则必须要出现,如果不能在争议中取得关于“什么是公正的”一致意见,那么规定“什么应当是公正的”就变得迫在眉睫。法律规则的存在比正义和合目的性更重要。当各种目的争论不下时一种“立法决断”必须出现。第四,安定性。新立法需要在内容上与既有法律衔接,法律需要具有可操作性、实用性等特征,从而使得作为立法产物的实证法能够为社会所落实。

当然,这里需要注意的是,一个规范性的立法理论的关键目的在于揭示立法的应然结构和框架,从而为立法工作提供一种结构性的判准,而不是要包容所有的立法细节。实际立法活动中所要涉及的问题要多得多,特别是要涉及到规制对象的事实性问题,可以说这是实际立法工作中最为庞大的一部分,但是同时也是无法被完全结构化的一部分。本文认为事实性因素无法单独地发挥作用,只有将其纳入到特定的价值或者目的之下才能被楔入到一个立法的理论框架之中,就上述几个要素而言,它处在“合目的”和“决断”两个环节之中。同时,这个框架也并非需要穷尽所有的知识来源,无论是正义性、目的性、安定性,甚至立法者的决断都不是凭空产生的,都会受到作为其前见的历史传统、文化观念、社会结构、知识传统等无数要素的影响。这些知识来源需要通过一个规范性的框架结构才能得到清晰地整理,而彻底地研究这些要素如何具体发挥作用已经超出了一个规范性理论的边界。(如图1)

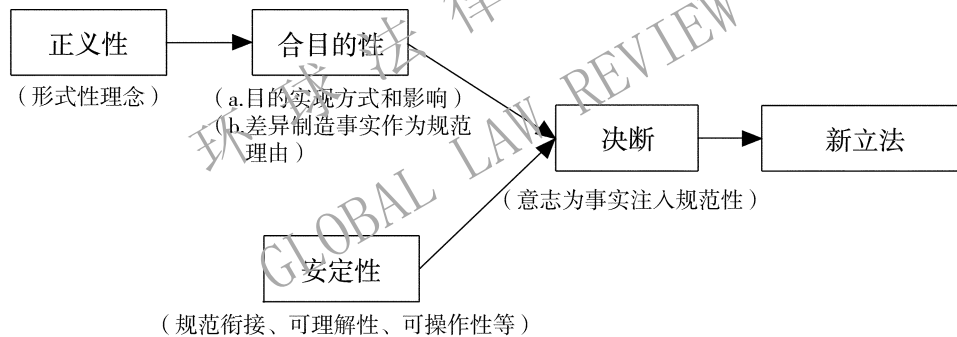


图1 规范性立法理论的结构

在这样一个基本框架下,价值、规范和事实等范畴以及各个关涉立法的研究部门之间的关系也可以得到系统的说明。^[55]

第一,各个学科都可以镶嵌在这样一个系统中。正义性的因素要求规范伦理学为立法提供价值推理的起点,从而对整个立法活动发挥引导作用。当然作为客观法秩序的宪法教义学也需要纳入到这个环节。^[56] 目的性因素为满足正义要求的目的提供实现工具,

[55] 对立法活动的认知必须建立在这样一种规范性理论的基础上,因为在自由主义法学思维看来,立法主要不是一个创生活动,而主要是一个服从规范的活动,如宪法教义学对立法的理解和对司法的理解本质上没有不同,二者都要服从规范,同时都有一定的独立空间,分别是自由裁量权和立法形成空间。立法作为一个独特的实践,没有被认真地对待。

[56] 相关讨论参见陈景辉:《宪法的性质:法律总则还是法律环境?从宪法与部门法的关系出发》,《中外法学》2021年第2期;张翔:《宪法与部门法的三重关系》,《中国法律评论》2019年第1期;张奥:《宪法实施中立法的裁量空间》,《中国人民大学学报》2022年第1期,第95-110页。

行为可能造成的后果,目的的实现程度以及“成本—效益”分析都需要精致的统计工具和量化分析,而这就需要政策科学、法社会学等实证性研究提供相关支持。由此我们就可以提炼出不同的预备性规范内容。而安定性因素则要求法教义学检视可能的规范内容和既有规范的衔接情况,以及预备规范是否能够满足基本的可操作性、可接受性等因素。最后,决断性因素,在上述各种预备知识的基础上,结合不同的决策机制(民主的或者集中的)给出新的立法。在这个框架里我们可以找到规范伦理学、法社会学、政策科学、法教义学、民主理论等不同学科的位置。

第二,事实和规范的衔接发生在“合目的性”和“决断”两个环节。第一次衔接发生在合目的性环节,事实性因素为实现立法目的提供了不同的规范性理由,事实研究虽然无法给出规范判断,但是却可以为其提供规范的预备性内容。第二次衔接发生在决断性环节,规范判断似乎只能是一种意志决断,古典立法可能诉诸于一种君主意志,现代立法则通过一种民主化机制来收集群体的偏好,并根据群体的意志来行动。即使面对群体无法达成一致的局,也需要做出最终决断。无论做出决断的方式如何,在决断环节,意志性的因素为事实性的内容赋予了规范性,此时事实和规范两个范畴在新产生的立法中以一种融合性的面目出现。

五 余 论

当代立法学研究品质亟待提升,原因在于目前其基本上成为现实立法工作的附庸,但是立法理论仅仅聚焦于认识论兴趣也会使其实践意义失落。当代法学理论研究多立足于一种“旁观者式的认识论”,这样的一种理性认知模式使得具有高度实践性的立法活动难以成为适格的理论对象。需要注意的是立法理论必须放弃中立和价值无涉的科学性幻想,无论是理论上还是实践中,立法都无法成为一门纯粹的科学。立法学的研究应当与现实世界保持互动,而不应在当代学术方法论驱动下,成为一种彻底的纯思辨性工作。立法理论应当立足于一种“参与式的认识论”,^[57]从而与现实世界和纯粹的认知都保持一定的距离。太近则没有了知识的品质,太远则完全违逆了立法本身的实践本质。

立法处在法与政治的边界,是事实和规范、科学和政治、教义学和实证科学、政策科学和法学等多学科的交叉点。而正是这种交叉性的特点,恰恰可能成为新的理论增长点。当然本研究并不是一个成熟的研究,反倒可以将其视为一项未来研究的要素集。系统地处理其中的问题,将是一个十分巨大的工程,其不是作为法理学一个分支的立法法理学所能独立承担的。它需要各个领域的倾力合作,包括但不限于法哲学、元伦理学、法社会学、政策科学、教义学、人类学、决策科学、文化社会史等学科。同时从立法这一新的视角切入法学基本理论,为我们重新理解法律现象也提供了一个独特的契机。

[57] See Robert Westbrook, *John Dewey and American Democracy*, Cornell University Press, 1991, p. 15.

[**Abstract**] Legislation is of great importance to modern society, but the legislative theory is in a marginal position in the contemporary theoretical intellectual landscape. There are three reasons for this phenomenon: first, with the dichotomy between facts and values and the rise of positivism, the question of values has been excluded from scientific research; second, contemporary jurisprudence has taken an epistemological turn, focusing more on descriptive theories, and the practical philosophical issues related to legislation have declined; third, with the Enlightenment value of freedom being positivized through the constitution, the question of legislative values is considered solved. Even in such an intellectual context, the legislative theory is still fragmented and preserved in the fields of sociology of law, policy science, legal dogmatics, and normative ethics, but these scattered legislative studies in different fields have significant methodological limitations due to the dichotomy between facts and values, and none of them can develop an independent legislative theory. There are major problems with the empirical research program itself, and the theory proves that the description of facts is inseparable from the evaluation of values, which has a constitutive significance for the former, and that there is a fusion relationship between facts and values. The key point of the fusion of facts and values is that facts can induce the creation of norms through differentiated facts, and legislation as a kind of creation is precisely at the intersection of facts and values, where discrete disciplines and categories are fused in legislative action. On this basis, we can refine the initial structure of a normative theory of legislation, which does not need to include all the details of legislation, but rather a framework structure that integrates facts, values, and norms and provides the basic criteria for real legislative action. A normative legislative theory should have at least four levels: justice, purpose, will decisions, and certainty, among which justice addresses the basic value framework, purpose addresses the specific goals of legislation, will decisions come into play when justice and purpose are in dispute, and certainty is mainly concerned with the interface between new legislation and the existing normative system and the operability of law. The factual element can be said to be pervasive in every aspect, but its interface with norms occurs mainly in the “purposefulness” and “will decisions” aspects. In such a framework, various knowledge resources can be systematically organized. On this basis, we can continue to provide a more detailed criterion for various actions involved in legislative work.

(责任编辑:支振锋)