



HAL
open science

法典化模式与规范制定权的分配

Mingzhe Zhu

► **To cite this version:**

Mingzhe Zhu. 法典化模式与规范制定权的分配. 东方法学 / Oriental Law, 2021, 2021 (06), pp.37-54. <10.19404/j.cnki.dffx.20211102.006>. <hal-03858952>

HAL Id: hal-03858952

<https://hal.science/hal-03858952>

Submitted on 13 Jan 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

法典化模式与规范制定权的分配

朱明哲*

内容摘要:在部门法法典化的过程中,体系型法典和汇编型法典是两种常见的模式。从社会理论的视角看,两种法典在司法论证中的作用可以揭示不同法治类型下规范制定权的不同分配方式。在自治型法治中,法官诉诸立法文本为司法中的政治决定寻找权威的合法性基础。法学对法律体系在横纵两方面的构造:一方面为体系型法典创造了基础;另一方面通过不断把新的、为了解决具体问题而创造的法律规则整合进入既有体系,从而确保法学家对规范制定权的主导。回应型法治的理想则允许法官依据法律规范,在充分考虑政治和道德原则、科学论证、实践需要的基础上创造新的规则。回应型法治的司法也是多中心治理体系的一部分,让规范制定的过程向不同的社会群体开放,以牺牲稳定性的代价追求制度变革中的实质公平。法学的作用则是为行动者提供策略建议,不再是规范制定权的主要掌握者。两种法治和法典模式的实践效果取决于治理领域和法文化的特点。

关键词:规范制定权 体系型法典 汇编型法典 自治型法 回应型法 司法论证
中图分类号:DF0 **文献标识码:**A **文章编号:**1674-4039-(2021)06-0037-54

一、导言

民法典编纂刚尘埃落定,关于环境法、行政法、刑法、刑事诉讼法、商法、国际私法等各种部门法法典化的讨论又成为我国法学研究的热点话题。全国人大常委会2021年度立法工作计划公布后,“研究启动环境法典、教育法典、行政基本法典等条件成熟的行政立法领域的法典编纂工作”和“总结民法典编纂立法经验,开展相关领域法典化编纂和法律体系化研究”等表述更是让法学界切实感受到了一个法典化时代的到来。^[1]实际上,正如“同一个民族、同一种语言、同一部法典”的口号所揭示的,启蒙运动以降的法典编纂运动不仅仅事关法学活动和法治建设,更是通过

*中国政法大学比较法学研究院副教授、博士生导师,钱端升青年学者。

本文是中国政法大学科研创新项目“《民法典》生态规范司法适用研究”(项目批准号:21ZFG82004)的阶段性研究成果,并受“中国政法大学钱端升杰出学者支持计划资助项目”支持。

[1]《全国人大常委会2021年度立法工作计划》,载<http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202104/1968af4c85c246069ef3e8ab36f58d0c.shtml>。

法律领域的统合建设来推动现代国家的重要一步。^[2]民法典的编制、审议、通过、施行离不开政治意志的决断、政治力量的推动,并最终完成对社会权利和利益的权威性分配。^[3]其他的法典也不例外。在社会理论的视角下,法典化不仅是一个编纂技术和法律科学的问题,也是一个对不同社会群体所掌握的规范制定权力进行分配的问题。不同于从体系融贯和技术细节方面讨论法典化方法的研究,笔者试图在社会理论视角下,探讨在不同的法典化模式下是如何分配规范制定的主导权。

随着法典化讨论的深入,在体系型和汇编型法典之间的选择之争也逐渐进入理论视野。^[4]随着法律对社会生活的介入程度日益加深、调整方式渐次复杂,世界范围内的法律发展趋势呈现出特别立法层出不穷、多种法律渊源彼此竞争的碎片化倾向。^[5]即便如此,学界主流认为体系型法典才是法典编纂所追求的目标。常见的论证思路可以根据不同的部门法分为三类。首先,在与民法典直接相关的部门法(如商法和国际私法)中,再体系化和法典编纂的需求来自于民法典作为一般法对特别法或提出了新的完善要求、或未能满足具体实践要求。^[6]其次,在一些已经有统一立法规范的部门法中,这些法律因为没有经过形式理性的体系化而仅具法典之形而无法典之实,所以需要重新编纂。^[7]最后,在规范之间冲突最明显、部门法边界最模糊的行政法和环境法,以“适度法典化”、程序法典编纂先行实现体系型法典编纂的主张也层出不穷。^[8]无论是否主张立刻全面修订和编纂某个部门法法典,法学家们普遍认为法典编纂就是要制定体系型法典。^[9]

现有研究主要集中在体系型法典对我国法治实践的益处和必要性,却几乎没有探讨不同法典化模式选择背后的规范制定权分配模式。笔者所使用的“规范制定权”,指的是一个社会群体通过自己的活动创造新的或维护旧的法律规范的社会权力。在立法至上主义已成明日黄花的现代法治之下,除了立法以外,判例、学说和习惯依然在立法的框架中创造着新的规范,而不同的法律渊源背后都有相对应的社会群体。^[10]无论是否有完善国家治理体系的意识,当下的法典编纂实际上都在回应国家和多种主体共同制定规范、多种法律渊源并存互动、公法与私法规范交融等挑战。^[11]不同的法典化模式表面上看是不同法律渊源之间优先次序的不同排列方式,内在体系上却对应着不同的社会治理模式,理解这表象与现实之连结的关键在于揭示各种法典化模式背后的规范制定权分配方案。

作为在社会理论视角下研究法典化的初步尝试,出于简明起见,笔者将使用诺内特和塞尔兹尼克在《转变中的法律与社会》一书中提出的法律类型作为概念框架,聚焦于规范制定权在法学专家与社会大众之间的分配结果。笔者的目的并不是主张或者反对某一种法典模式,也不是确证我国的法律体系是或者不是某一种类型的法,而是揭示不同的法治类型分别要求法律专家以何种方式参与社会治理,并指出与这些方式相适应的法典编纂选择。文章的第二部分首先重构自治型和回应型

[2] Jean-Louis Halpérin, *Histoire Du Droit Privé Français Depuis 1804*, Presses Universitaires de France, Paris, 2001, p. 13-14.

[3] 参见许中缘:《政治性、民族性、体系性与中国民法典》,载《法学家》2018年第6期。

[4][5] 参见朱明哲:《法典化模式选择的法理辨析》,载《法制与社会发展》2021年第1期。

[6] 参见范健:《中国〈民法典〉颁行后的民商关系思考》,载《政法论坛》2021年第2期;丁伟:《后〈民法典〉时代中国国际私法的优化》,载《政法论坛》2020年第5期。

[7] 参见陈卫东:《论刑事诉讼法的法典化》,载《中国法学》2021年第3期。

[8] 参见王万华:《我国行政法典编纂的程序主义进路选择》,载《中国法学》2021年第4期;薛刚凌:《行政法典化之基本问题研究——以行政法体系建构为视角》,载《现代法学》2020年第6期;周晓然:《体系化与科学化——环境法典化目的的二元塑造》,载《法制与社会发展》2020年第6期;吴凯杰:《论环境法典总则的体系功能与规范配置》,载《法制与社会发展》2021年第3期。反对法典化的意见,参见彭峰:《环境法典化之难题及其克服》,载《政治与法律》2021年第11期。

[9] 参见张明楷:《刑法修正案与刑法典化》,载《政法论坛》2021年第4期。

[10] 参见朱明哲:《从民国时期判例造法之争看法典化时代的法律场》,载《政治与法律》2018年第11期。

[11] 参见石佳友:《治理体系的完善与民法典的时代精神》,载《法学研究》2016年第1期。

两种法治模式,强调两者在通过司法论证正当化政治决定方式上的不同。然后,第三和第四部分逐次论证自治型法治和回应型法治与不同法典模式之间的关联,以及每种情形下法学家所掌握的社会权力。最后,第五部分将指出自治型和回应型法治分别对应的治理领域和法文化特点。需要指出的是,为了避免“美国更像回应型法而欧洲更多表现为自治型法”这样流行却空洞的分类,同时也为了避免对美国法的无知导致的错误观念,笔者使用的经验证据主要来自包括我国在内的大陆法系国家。

二、重构法治的类型

诺内特和塞尔兹尼克把法律与社会变迁之间的关系总结为三种模式:根据权力政治的结果控制社会的压制型法、独立于政治并以明确的规范限制社会的自治型法、积极根据社会的需要和愿望改变法律制度的回应型法。^[12]自治型与回应型法治的分类“整合了法律在司法和政治的两个面向,并直面关于法律在民主统治之下之合理位置的当代讨论”,^[13]因而仍有着重要的启发意义。正如其他社会学上的类型化,上述分类不能一一对应现存的法律秩序。相反,所有现实中的法律体系都混合了以上不同的法律类型,只不过在某一个具体的时间或者条件下更明显地体现出某一个类型的特点。^[14]作为一种整体性、概括性的描述,它从法律的目的、正当性基础、规则的类型、司法论证的风格、强制的程度、道德的来源、法律与政治的关系、对服从的期待、公共参与方式等不同方面考察各个法律体系的特点。^[15]本部分将要说明,自治型和回应型法治所预设的不同司法论证方式可以揭示规范制定权分配的不同方式。

选择自治型法和回应型法作为讨论的基础,并不意味着承认压制型法的特点在我国法治实践中不存在或者不重要。^[16]搁置压制型法仅仅因为它与法典编纂的策略选择无关。压制型法不可能作为人们通过法典编纂实现的目标。典型的压制型法以维持秩序作为法律的目的,规则粗糙而具体、很少约束统治者本身,给予法律的适用者大量的裁量权,从而让权力政治的结果可以影响法律的实施。^[17]显而易见,如果希望建设一个压制型法占主导的社会,那么放弃法典编纂,甚至放弃法律这种社会约束手段本身才是更好的选择。

在自治型和回应型法的众多区别中,最重要的是司法论证受到法典或法学体系拘束的程度,因为以公开说明的理由支持法律决定在当代法理论的视角下正是法治的核心要义。^[18]与此同时,比较法学者意识到西方意义上“法治”概念的局限,并重塑这一概念,使之包括任何具有约束力的社会规范以及为这些规范提供正当性的理论框架。^[19]司法决定必须提供理由说明什么是法律的要求,并说明这些要求的正当性。当决策者确定法律规范及其内容意义时,不可避免地涉及

[12]Philippe Nonet & Philip Selznick, *Law and Society in Transition*, Routledge, 2001, p. 14-15.

[13]Robert Kagan, 'Introduction' in Philippe Nonet and Philip Selznick, *Law and Society in Transition*, Routledge, 2001, p.viii.

[14]参见同前注[12], Philippe Nonet 和Philip Selznick书,第17页。需要说明的是,虽然卡根认为欧洲各国和美国分别代表自治型和回应型法,本文并不接受这一分类。虽然美国的司法程序满足很多回应型法的特征,但是过于繁琐的程序要求实际上阻隔了大部分对司法的要求。Cf. Ibid, p. viii.

[15]参见同前注[12], Philippe Nonet和Philip Selznick书,第16页。

[16]许多学者认为,我国仍表现出重要的压制型法特征。参见于浩:《迈向回应型法——转型社会与中国观点》,载《东北大学学报(社会科学版)》2015年第2期。

[17]参见同前注[12], Philippe Nonet 和Philip Selznick书,第16页。

[18]Mathilde Cohen, *The Rule of Law as the Rule of Reasons*, 96 Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1, 1-16 (2009).

[19]Rodolfo Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, 39 The American Journal of Comparative Law 1, 1-34 (1991).

关于对与错的判断和对社会利益的权威分配,因而,同时也是一种政治决定。不同的法律体系可能对正当化这种政治决定的理由提出不同的要求,从而形成不同的法治类型。因此,不妨围绕司法论证的风格探讨正当化司法中的政治决策的方式,把自治型和回应型重构为两种不同的法治类型。

自治型法治和回应型法治分别为正当化司法中的政治决策提供了不同的论证框架。法律论证的一个重要功能是通过法律规范和技术正当化法律的适用者作出的政治决定。^[20]司法论证借助法律处理政治争议,并揭示了每种法治模式背后关于规则制定和规则适用之关系的认识。在自治型法治下,彼此对立的力量通过诉诸法律的规定解决彼此的政治争议。既然法律可以正当化政治争议的仲裁结果,那么法律必须独立于政治纠纷、超然于政治之上。^[21]这样的秩序必须假定实证法不仅仅是立法过程的产物,同时也体现了某些通过宪法程序或者传统确立的共识。“在解释和适用法律时,法律人只是业已确定的原则不偏不倚的发言人、客观公平的被动执行者。”^[22]或者用孟德斯鸠更生动的话来形容,法官只不过是“法律的嘴巴”。司法机构的仲裁者并不创造规范,仅仅“解释和适用”那些已经存在、已经由别人创造出来的规范。司法机构获得了程序上的自主,以换取在不受政治干预的情况下行使他们有限的权威。^[23]政治机构主导着规则的制定,司法机构通过可预期、不偏不倚的方式适用这些规则而服务于公共政策,却不能探讨关于正义和公共政策的根本问题,或者司法决定的社会效果。^[24]通过承认文本的权威,法官避免公开探讨政治争议。于是,自治型法致力于通过抵抗外部影响、降低法律在回应社会变迁方面的责任和接受法条主义以维持内部完整。^[25]

不同于追求规律性的自治型法治,回应型法治追求实质正义。^[26]单个规则、政策、程序只具有工具性的价值。遵守法律的规定并非出于对法律本身权威的尊重,而是因为法律有助于公民个人、公私组织或社会整体实现某个特定的目标。^[27]规范适用和规范制定的区隔变得模糊了:“当时过境迁,重构规则就不仅仅是为了适应政策的需要,同时也是为了保护规则本身的权威和在使用它们时的一贯性。”^[28]既然法律的功能在于为回应社会需求提供方便,回应型法治的核心便不是定分止争,而在于明确公共利益的要求,阐明并修正政策。^[29]法官应该检讨实施规则要求的不同策略,并在此基础上试图重构这些规则的意义。^[30]法官一方面获得了根据社会需要重述法律的权力,另一方面则必须在论证说理的时候考虑政治因素。法律的文本不再能提供唯一、最终的权威依据。理想的司法决定应该是同时满足不违反现行法律的刚性要求、政治上可行、能够得到社会大众接受三个条件。^[31]

不同的论证方式背后是对规范制定权的不同分配方案。在自治型法理想中,规范的制定和规范的适用截然分离,发挥着正当性策略的作用,同时为司法活动和政治秩序赋予了合法性。这一策

[20] Brian Bix, *Doctrine, Data, and High Theory*, 6 UC Irvine Law Review 137, 137-147 (2016).

[21] 参见同前注[12], Philippe Nonet 和 Philip Selznick 书, 第57页。

[22] 同上注, 第57页。

[23] 参见同上注, 第58页。

[24] 参见同上注, 第58页。

[25] 参见同上注, 第77页。

[26] 参见同上注, 第16页。

[27] 参见同上注, 第79页。

[28] 同上注, 第80页。

[29] 参见同上注, 第108页。

[30] 参见同上注, 第109页。

[31] 参见同前注[13], Kagan 文, 第13页。

略的成功取决于两方面因素：一方面，规范的制定受制于此前的法律；另一方面，法官的工作远离政治，也就远离规范的制定。^[32]以立法作为唯一裁判依据暗示着，一旦法律的适用者承认他们同时也在有意识地进行政治决定，那么法律与政治之间的区隔不复存在，无法保证独立于政治权力的司法程序同时也无法为政治秩序背书。虽然20世纪的法官早就放弃了司法裁判可以由文义和形式逻辑推导得出的形式主义理想，但“自治型法有意模糊了一般的抽象规范和具体结论之间的紧张关系”，并“尽可能把所有的规范都说成是明确而不带任何含混的”。^[33]从表面上看，规范的制定权掌握在政治机构手中，法官不但受到规则的约束，而且自我创设出一系列技术规则进一步确保司法裁判依据事先确定的方案作出。后文将指出，这种表现之下掩盖的是法学家对规范创制权的支配。

在典型的回应型法治条件下，司法机构通过个案裁判参与规范的创制。法官在解释和重构法律规则时，会在法律原则、正义理念和公共政策的指引下考虑其决定的实际后果，^[34]而有意愿推动社会和法律变革的积极公民通过个案参与法律和公共政策的形成和解释。^[35]诉讼当事人如果希望通过诉讼改变法律不能只聚焦于个案本身的公平分配，而首先应该证明存在于法律中的普遍不公平，其次说明改变法律规则或者对规则的解释有助于解决问题。^[36]回应型司法也因此是一种高风险的司法，其成败取决于法官在应对社会需求时塑造合理制度工具的能力。法律论证超越了依据法律的文义进行裁判的范畴，转而把司法决定建立在其个别或普遍的社会后果考量之上。政治决定发生在一个由法律限定的参与结构之中，在合理的社会调查和法律价值的指引下讨论什么才是好的法律和公共政策。^[37]法律机构整合社会环境之中新力量的能力本身就是回应型法的重要内容。换言之，回应型法的完整性和开放性彼此支持，“它把社会压力视作自我修正的知识和机遇之源”。^[38]在正式的立法机制之外，普通公民和法官的合力也可以在原则的指引下改变既存的规范。

上述比较说明了法官在不同法治模式之下对政策决定的参与方式，并可以进一步揭示法学家在规范创制中的角色。从社会理论的角度看，不同社会群体在司法实践中竞争着确定法律规范及其含义的象征性权力，在立法、判例、习惯、法学学说这些为现代各主要法系所广泛接受的法律渊源背后，站着政治家、法官、交易的参与者、法学家等社会群体。掌握了司法论证所允许的语言的群体，也就获得了进行竞争的能力和资格。^[39]在自治型法治的实践中，既然所有的司法论证都必须严格遵照成文法的文义、根据高度专业化的解释和适用技术进行，那么受过长期职业训练的法律专业人士就获得了相对于外行的巨大优势。与此同时，专业人士必须持续抵制外来影响，从而让外行接受他们关于法律与社会之关系和法律内部组织的立场。^[40]于是，法官和法学家因为使用了一套特殊的语言表达对政治决定正当性的判断，从而维持了相对于外行的优势地位。不仅如此，下文还将说明，法学家通过构建法律体系，实质上有着比法官更高的权威。相比之下，回应型法治中的法学家在讨论正义理念和公共政策的要求时必须不时放下法律的专业术语，使用非技术性的语言，从而并不必

[32]参见同前注[12], Philippe Nonet 和Philip Selznick书, 第59页。

[33]同前注[12], Philippe Nonet 和Philip Selznick书, 第61页。

[34]参见同前注[13], Kagan文, 第9页。

[35]参见同前注[12], Philippe Nonet 和Philip Selznick书, 第95页。

[36]参见同上注, 第107页。

[37]参见同前注[13], Kagan文, 第24页。

[38]同前注[12], Philippe Nonet和Philip Selznick书, 第77页。

[39]Pierre Bourdieu, *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field (With the Translator's Introduction)*, 38 *Hastings Law Journal* 805, 805-853 (1987).

[40]Ibid, p. 817.

然具有相对于伦理学家、政治家、社会活动人士乃至一般公民的知识权威。法学的局外人也获得了更平等地参与司法论证的权力。所以,两种不同的法治类型本身也预设了法律专家和外行在社会权力上的不同分配。

三、自治型法治与体系型法典

体系型法典能够满足自治型法治下严格依法裁判的司法理念。即便承认法典不可能面面俱到,法律体系仍可以为司法论证提供基础。无论是体系型法典还是法律体系,都是法学的产物。在立法权积极行使的时代,法学家仍试图通过维护体系性以保持对规范变革的掌控。

(一)体系型法典:法学家的加冕礼

体系型法典整合了其他的法律渊源,并实质上让法学家成了法律规范的主要创造者。简单回顾法典体系化的历史过程将会发现重视理性和逻辑的现代法学与体系型法典之间的微妙联系。不同于罗马法复兴早期更关注法律实务的评注法学派,^[41]象征现代法学开端的16世纪人文主义把法学的重心从回答实践问题变成了对罗马法思想与概念的整理。^[42]与此同时,权力正在高速扩张的中央集权制国家着手编纂地方习惯,从而推动了习惯法学家的诞生。他们用罗马法的概念和原理,力图让产生于实践,因而风格各异的习惯法规则也呈现出理性化的色彩。^[43]正是在对习惯的大规模整理的基础上,掌握了强大国家机器的绝对君主开始在原来王权很少涉及的赠与、遗嘱、代理等方面大规模立法,伴随君主左右的法学家也开始尝试民法典的编纂。^[44]在笛卡尔理性主义哲学的指导下,民法学家相信全面而无矛盾的法律体系可以像数学一样从少数的几个基本原理中推导出来。^[45]手握灌注了理性精神的鹅毛笔,在加工和整理罗马法所形成的概念体系支持下,17世纪的民法学家作好了编纂早期体系型法典的准备。^[46]

19世纪法学创造体系型法典的努力最终让专注于形式理性的现代法学取代了在交易中逐渐形成的习惯法,成了规范制定的主要推动力。法国民法典的编纂始于对各地习惯的整理,而且按照起草委员会的说明,在法典施行后也并未取消习惯和判例作为补充性法律渊源的地位。^[47]然而,当习惯法的编纂者试图从各地的习惯中抽象出可以适用于全国的共同法时,武断地把他们认为有违理性原则的、含混不清、不适合在全国推行的习惯清理掉了。不单是法国,在国家主导下进行的所有习惯调查与编纂几乎都面临同样的宿命。在日本,穗积陈重从德国引入了把法律视为人民历史之产物的历史法学观念,主张法存活于“信念”和“人民的精神”中,法学家必须加以理解和表达。但他的理论除了调和日本政治现代化与神权朝代正统性之间的矛盾外,并未在日本民法典的文本中留下痕迹。^[48]类似的过程也发生在我国的法制近代化过程中,在刑部受过训练、从日本留学回国的年轻官员接过起草新法律的重担后,他们在日本法学教授的建议和指导下一边起草法典,一边记录习惯。这些工作的完

[41]参见舒国滢:《法学的知识谱系》,商务印书馆2020年版,第593页。

[42]参见同上注,第679页;[法]菲利普·热斯塔茨、克里斯托弗·雅曼:《作为一种法律渊源的学说——法国法学的历程》,朱明哲译,中国政法大学出版社2020年版,第49页。

[43]参见同前注[42],菲利普·热斯塔茨、克里斯托弗·雅曼书,第51—52页。

[44]参见同上注,第51—53页。

[45]参见同前注[41],舒国滢书,第779页。

[46]参见同前注[42],菲利普·热斯塔茨、克里斯托弗·雅曼书,第60—67页。

[47]参见朱明哲:《从19世纪三次演讲看“法典化时代”的法律观》,载《清华法学》2019年第3期。

[48]Jérôme Bourgon, *Le droit coutumier comme phénomène d'acculturation bureaucratique au Japon et en Chine*, Extrême-Occident, n° 23, 2001, p. 125.

成为国家官僚体制提供了必须的人口和土地信息,并在新式精英和旧式精英之间完成了和解,却对清末民初的民法典编纂并无实质贡献。^[49]

体系型法典的理想是法官仅仅被动地适用法律,而不能像在旧制度下那样创造规范。这一理想完美体现在法国民法典的第5条:“法官不得以宣告一般规则的方式裁判案件。”到了19世纪中叶,特别是在1827年法国民法典编纂会议的纪要整理出版后,法学进入了一个围绕法典文义进行争论的时代。^[50]通过法典文本揭示的立法者意图而非其他的渊源,才是法学唯一需要关注的素材。1809年的巴登大公国民法典第6条a款规定:“本法典各条款对民事法律相关事项或作出明确规定,或通过逻辑解释可以得出,除非其他条款作出了相反的规定。”以对立立法者意图的探究补充条文文字面意思的规定在19世纪中叶进入民法典。例如,撒丁王国民法典(1848)第14条要求法官“在适用法律的过程中,不允许超出条文本身、不同条文之间的组合以及立法者意图之外赋予其它的意义”。1852年的摩德纳民法典也有类似规定:“在法律适用过程中,不应当赋予条文超出其用词本义或立法者明示意图之外的其他意义。”^[51]德莫隆布(因逐条注释法国民法典而闻名,他在书中提出了法律注解的核心信条:“文本优先于一切?!”)他解释道:“我需要完成的任务是解释、阐明法典本身,把它视作活生生的法律、可以适用也必须适用的法律。我对教义学方法的偏爱并未阻止我永远以立法的条文作为基础。”^[52]

对理性体系的推崇在德国民法典编纂的过程中到达顶峰。虽然巴伐利亚和普鲁士之间、自由的工商业和保守的教会之间的角力最终让这部作品变得“像一口浇铸不匀的钟一样,无法鸣响以宣告新世纪的来临”,学术界仍视其为一部大师之作和新一代民法典的典范。^[53]德国民法典的两个编纂委员会面临着和他们的外国同行完全不同的任务。他们要做的不是习惯法的理性化,而是把已经高度理性化的罗马法素材通过学说汇纂的方式整合成一个完整的体系,哪怕付出无法满足紧迫社会需要的代价也在所不惜。^[54]在第二次世界大战以前,德国司法界也接受了严格遵照法典文义的法律适用方法。

19世纪是属于体系型法典的世纪,这一历史过程揭示了自治型法治表相和本相之间的矛盾。从表面上看,似乎是享有立法权的机关为制定规则并给予法典文本至高的地位,法律的解释者不享有另外创造规范的权力。然而,法典的内容却由法律专家而非政治家决定,议会表决只能被动地决定是否接受法律专家提出的草案,却很少能实质性地修改它们。而且,现代法学带有强烈的理性主义学究倾向,体系型法典的缔造者们鄙夷混乱、与地方现实联系紧密的习惯,也倾向于贬低或排除政治,因为“政治利益只能使专家所设立的社会目标失败,这些专家有适合他们分析的科学工具”。^[55]所以,当受过严格法学训练的法官声称他们严格按照字面意思适用法典的文本时,他们所援引的其实是同样经过受过严格法学训练的同行根据法学内部理性标准创造的规范。这种矛盾尤其明显地体现在从法典体系向法学体系转变的过程中。无论是因为人类理性的局限还是政治过程的干扰,一部完美、巨细靡遗的法典本身不可能实现。法律体系只能是法学持续工作的结果,而不能在一部法典中一劳永逸地确定。于是,体系型法典的诞生也就成了法学家的加

[49] Ibid; Jérôme Bourgon, *La coutume et le droit en Chine à la fin de l'Empire*, *Annales*, n° 54, 1999, p. 1073.

[50] Christophe Jamin, *L'oubli et la science: regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des dixième et vingtème siècles*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994, p. 815.

[51] Sylvain Bloquet, *La loi et son interprétation à travers le Code civil*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2017, p. 394.

[52] Charles Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, A. Lahure, Paris, 1880, vi.

[53] 参见[德]弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史——以德意志的发展为观察重点(下)》,陈爱娥等译,上海三联书店2006年版,第463—464页。

[54] 参见[德]罗尔夫·克尼佩尔:《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》,朱岩译,法律出版社2003年版,第29—32页。

[55] [美]詹姆斯·斯科特:《国家的视角》,王晓毅译,社会科学文献出版社2012年版,第117页。

冕礼。

(二)法学体系对司法论证的制约

自治型法治的司法论证围绕着制定法的文本,特别是法典的文本进行。司法论证,一方面必须处理政治争议;另一方面又必须维持尊重文本字面意思的表象。当成文法的字面意思可以为司法决定提供足够合理、当事人可以接受的理由时,法典只要能满足指示裁判者寻找规则的功能即可。然而,一旦有必要考虑文义以外的解释因素,甚至进行漏洞填补,法律体系就成了法官提供正当性理由时必不可少的工具。^[56]一部理想的法典就算不能包括整个法律体系所有的规范,至少也应该能够确立其大致的结构,从而为司法论证提供可靠的基础。

要完成搭建体系架构的任务,体系型法典需要把一个部门法中的法律规范整合成内部无矛盾、外部独立于其他部门法的体系。在形式上,体系型法典有一个发挥提纲挈领之体系整合功能、倾向于使用抽象概念的“总则”或“一般规定”。^[57]在规范类型上,法律体系既要包括明确界定每个法律主体权利、义务、责任分配的法律规则,又要涵盖彰显不同法律部门所追求之价值的法律原则,使个别法规可以在抽象的一般原则所形成的框架内提供彼此支持的理由,从而确保司法决定的合理性。^[58]在价值取向上,规则在文义上的清晰明确、原则在价值追求上的稳定,共同维护了法律的安定性,从而实现平等待人的价值理念。在理想的状态下,一旦法律体系得以建立,国家即可以解释“多种法律是如何相互联系的,它们赖以建立的根本原则是什么,以及整个法律体系如何能够维系在一起”,从而实现平等对待每一个公民、尊重他们的自由与权利的政治目标。^[59]

体系型法典或法律体系是当代欧陆风格法学方法论成立的重要前提。法律的适用者必须首先假设制定法规范的字面含义即是立法者所希望表达的规范意旨。^[60]任何人在主张字面意思无法为司法决定提供足够理由,需要限缩或者扩张某些词的意思时,为了避免遭受恣意妄为的诟病,都必须回溯到体系之中。就法律规则构成的外部体系而言,冲突体现在数个规则的文义之中。就法律之价值取向形成的内部体系而言,冲突则体现在按照文义适用某个规则将会有悖于法律整体的价值判断。同样,法律漏洞的认定和填补也离不开法律体系。既然漏洞是实在法中违反整个法秩序计划的不完整,^[61]在认定法律漏洞的论证中必须辨认出法体系所欲实现的价值,并证明在个案中如果缺乏特定规则将会减损这些价值的实现。而在使用目的性扩张、目的性限缩、类推适用等漏洞填补技术的时候则必须说明使用技术的方式有助于实现这些价值。可见,理想的体系型法典可以在最大程度上确保法官为政治决定寻找的理由都来自制定法本身,从而维持司法活动和权力政治之间的区隔。向法律体系回归确保了所有的司法判决都可以得到立法者制定的规范的支持,而不需要额外创造新的规范。

然而,法律体系并不是立法者的决断,而是法学在两个不同方向上学术构建的产物。在横向上,法学根据调整的社会生活领域对部门法作清晰地区分,并为每个部门法确定独特的法律渊源和解释方法。每个部门法所追求的价值各不相同,甚至彼此冲突。^[62]所以,为了保持评价的一致性,每一个法律问题只能在一个部门法内部解决。各个部门法之间的区分标准和彼此关系恰恰无法通过立法预先决断,而必须由法学不断重述。各种部门法之间界限的重新界定本身也是当代法学一

[56]参见雷磊:《适于法治的法律体系模式》,载《法学研究》2015年第5期。

[57]参见同前注[4],朱明哲文。

[58]参见陈爱娥:《法体系的意义与功能——借镜德国法学理论而为说明》,载《法治研究》2019年第5期。

[59]参见[美]威廉·埃瓦尔德:《比较法哲学》,于庆生、郭宪功译,中国法制出版社2016年版,第228页。

[60]参见[奥]恩斯特·克莱默:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第26页。

[61]参见同上注,第157页。

[62]仅就内容经常交叠的民法和商法而言,民法对交易安全的追求和商法对效率至上的追求之间就常常彼此竞争。参见刘凯湘:《剪不断,理还乱——民法典制定中民法与商法关系的再思考》,载《环球法律评论》2016年第6期。

直致力于处理的难题。即便在研究较为成熟、体系化程度也更高的民法中,重新定义边界的需求也从未消失。契约自由、过失责任、所有权绝对等体现私人自治理念的规范何时需要让步,从而既为工商业时代的集体生活提供更多可能性,又不至于在社会法的挑战面前溃败?〔63〕在法律缺乏明确规定的时候,何时应当类推适用作为特殊规范的商法而非援引作为一般规范的民法,从而满足交易效率的需要?〔64〕何时民法也会变成一种用以保障公民基本权利的工具?〔65〕在各国都在探索如何通过法律实现可持续发展的时代,所有权人对生态环境所负之义务的界限和方式又成了法学家集中探讨的议题。〔66〕的确,哪怕是最有野心的法典编纂者也不可能一劳永逸地通过文本定格部门法的范畴。

在纵向上,法律体系的存在和功能发挥则有赖于不同范围内对原则、一般规则、具体规则适用界限的确定。虽然法律文本可以通过“民事主体从事民事活动,应当遵循公平原则,合理确定各方的权利和义务”的方式承认法律原则,或以“民事主体从事民事活动,应当有利于节约资源、保护生态环境”的表达确定某些法律原则的内涵,但法律原则存在与否、适用方式、具体要求并不掌握在立法者手中。〔67〕国际法院规约第38条视司法判例及各国权威最高之公法学家的学说为确定法律原则之补充资料,恰恰说明是法学家和法官而非立法者来辨认法律原则并确定其内容。一言以蔽之,19世纪法典体系的迷梦早已让位于20世纪的法学体系观念。而法学家在不断构建和修补法学体系时,也就维持了创造社会规范的权力。

(三)积极立法下规范制定权的转移

如今,以19世纪民法典为代表的体系型法典作为民族文明成熟的政治象征意义逐渐退却,其使命在于对不同法律渊源的理性化而非垄断。〔68〕就算在今天继续坚持体系型法典,法典为法学提供的只是一个不断整理其他法律渊源的框架,而非严密的体系本身。其实,就连独立、完整、评价无矛盾的法学体系也难以维系。一位法国民法泰斗便哀叹,曾经在青年时代吸引他的那种一致、清晰的体系已经不见踪影,取而代之的是摇摆不定的规则、变动不居的概念和不同法律渊源的无政府状态。〔69〕有人主张法律规范的碎片化恰恰需要继续进行体系型的法典编纂来克服。〔70〕可是,这种观点忽视了自治型法治在当代法律实践中的处境。各国无论表面上采取的是夜警国家、福利国家还是社会主义政策,在生态保护、食品药品监管、反垄断、医疗卫生、教育服务、产业规划等一系列处于传统民法刑法之外的领域中,国家都应发挥更多的规制作用,并不断制定出更多的法律让政府对私人决策的干预于法有据。这些致力于解决某一个问题的立法几乎必然会与既有规则发生冲突,或者改变对一些具体争议的价值判断。不妨直白地说,立法者不得不随时破坏法律体系的融贯和清晰。当法学家无法再把这些碎片化的规范整合入既有体系时,规范制定权也随之从他们手边溜走。

当改革法律的社会诉求达到一定限度,或治理需要过于紧迫时,立法机关必须有权力也有能力及时制定相关的规范。在当代社会,立法机关需要处理的立法提案数量巨大。通过法律体系的稳定性保障国家对公民之平等对待的康德式主张源于德国,而德国议会在1990到2017年间一共通过了3135

〔63〕同前注〔50〕, Christophe Jamin文,第815页。

〔64〕Note explicative, Audience plénière du 23 novembre 2015, Arrêt au 7 décembre 2015, Pourvoi n° C 14-18. 435.

〔65〕Geneviève Helleringer & Kiteri Garcia, *Le rayonnement des droits de l'Homme et des droits fondamentaux en droit privé*, *Revue internationale de droit comparé*, n° 66, 2014, p. 283.

〔66〕参见朱明哲:《生态原则与民法的当代转型》,载《学术月刊》2020年第6期。

〔67〕Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, p. 28-31; Gunther Teubner, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences*, 61 *The Modern Law Review* 11, 11-32 (1998).

〔68〕参见石佳友:《民法典的法律渊源体系——以〈民法总则〉第10条为例》,载《中国人民大学学报》2017年第4期。

〔69〕Pierre Catala, *Discours de M. Pierre Catala, Remise des études offertes à Pierre Catala*, La documentation française, 2001, p. 47.

〔70〕参见童云峰、欧阳本祺:《我国教育法典化之提倡》,载《国家教育行政学院学报》2021年第3期。

部法律,平均每年116部。从提出到表决的天数最短只需要3天,悬置时间最长的也不过5年而已。^[71]在所有通过的法律中,由政府提出的提案占有所有通过的法律中的7成。在法国,2020年7月到2021年7月的1年时间里,参议院审议了近400部法律提案。^[72]仅2018年1年,法国通过的立法就达45部。此外,每年尚有上千部行政法规出台。^[73]更不用说欧盟平均每年还要通过80部指令和1200部规章。坐在电脑屏幕前起草这些法案的不再是皓首穷经的法学权威,而是虽然经过法律职业教育,但更关心具体问题的解决和实践操作的年轻公务员。不管法学家是否愿意接受,由著名法学家带领的委员会穷尽数10年完成一部体系型法典的时代已经一去不复返了。

积极立法对于自治型法治而言是一把“双刃剑”。一方面,立法程序的迅捷、对实践需要的敏感性保证了整个法秩序可以及时自我纠正;另一方面,大量的单行立法和行政法规威胁着法秩序的体系性。这些单行立法往往以解决紧迫的现实需求为核心诉求。出于反恐的需要,欧洲各国分别修改刑法和刑事诉讼法,扩大了侦查机关秘密侦查的权限,其中典型的代表便是德国2008年修订的刑事诉讼法和法国2015年通过的反恐情报法。这些法律虽然也详细规定了程序性限制,但许多有效的秘密侦查手段却罹于侵犯位于较高层次保护位阶的通信自由和通信秘密之虞。^[74]近几年,欧洲各国尝试强制要求跨国企业践行更高的环境保护和劳工保护标准,如德国在2021年通过的人权注意义务法,要求所有雇员超过3000人、总部设在德国的企业确保在其整个供应链上尽到注意义务。这一立法或许有助于缓解全球化过程中“逐底竞争”的现象,却也挑战了法律的属地管辖原则和私法自治的基本观念。此外,由政府起草的法律在极短的时间内通过也意味着一般社会大众对法律内容讨论不足。

诚然,以当今法学的发达程度,特别是法教义学把碎片化的规范整合成一个法律体系的能力,只要给法学家足够的时间,他们总是能通过重新界定部门法的界限,重述法律原则的内容和适用继续把新的规范整合成一个无矛盾的整体。只不过法学重整体系的速度和立法者创制新规则搅动体系的速度相比过于缓慢。由代议民主程序背书的对策型立法并不关心体系。体系只是学术界的追求,远离民主制度的追求。在自治型法治的司法论证中,只要规则的制定和适用之间的区隔仍然维系,“特殊规范优于一般规范”的法律适用规则仍然延续,那么代议机关制定的碎片化的具体规则,而非法学家建构的体系便必然决定着司法论证中对政治决定的正当化。一个残酷的现实或许是体系型法典已经是明日黄花了。法学家在高度复杂和充满冲突的规则面前维持法学体系的能力也随之下降,一度由法学家掌握的规范制定权如今已交到了政府官僚手中。

四、适应回应型法治的汇编型法典

欧洲各国不但通过积极立法维护法律整体对社会变革的回应性,其司法裁判也正在“迈向回应型法治”。规范的塑造不但出现在广泛而便捷的立法程序中,更在司法中向缺乏足够资源影响立法的群体打开了大门。汇编型法典从体例编排到结构都能适应这种回应型法治下的司法论证。

(一)通过个案实现的规范创制

司法现状中一个引人注目的现象是法院正在更积极地创造规则,而非被动适用规则。在最近

[71]Jasmin Riedl, *Uncovering Legislative Pace in Germany: A Methodical and Computational Application to Answer Temporal Questions of Law-Making*, Government Information Quarterly, vol. 36, 2019.

[72]载<https://www.senat.fr/dossiers-legislatifs/textes-recents.html>, 2021年8月10日访问。

[73]L'activité législative en 2018: vers une meilleure maîtrise de la production de normes? <https://www.vie-publique.fr/en-bref/23812-lactivite-legislative-et-la-production-de-normes-en-2018>.

[74]参见黄河:《论德国电信监听的法律规制——基于基本权利的分析》,载《比较法研究》2017年第3期。

一系列以政府为被告的气候变化诉讼案件中,各国法院通过援引民法和宪法条款把国际条约中不具备强制力的温室气体减排目标变成了法律义务。2019年,荷兰最高法院在著名的Urgenda案中裁定,荷兰民法典课政府以注意义务,政府必须在制定政策的时候考虑到欧洲人权公约第2条生命权和第8条私生活安宁的权利。荷兰政府未能完成预订减排目标构成了对这些权利的侵犯。^[75]2021年,巴黎行政法院判定法国政府因为未能有效减少温室气体排放而承担法国民法典中所规定生态破坏侵权的责任,同时必须采取更多措施应对气候变化。^[76]德国联邦宪法法院则基于德国基本法第20a条关于未来世代保护的条款,要求立法机关对2030年后温室气体减排目标作进一步具体规定。^[77]这些判决通过先例机制形成的规则也适用于以私人企业为被告的气候变化诉讼。2021年,荷兰法院基于Urgenda案的判决,认定皇家壳牌石油公司对其石油生产所造成的碳排放负有责任,应当在2030年以前把其生产经营全过程的排放量降低至2019年的45%。^[78]相比之下,以“回应性”著称的美国法院则仍然坚持对气候变化所造成之损失的责任分配应当留给立法者和外交官而非法官决定。^[79]

其实,司法机关的规则创造并不是生态环保领域的新事物。早在1898年,一个基层轻罪法院的法官就在判决中提出,法国刑法典第64条的盗窃罪不适用于因为饥谨而偷窃少量食物的情况。^[80]这一成例一直在司法实践中适用,而法典的文本直到1999年修订才正式把“必要盗窃”作为盗窃罪的除外情形。2004年,法国最高法院经过审判委员会讨论,一改此前考虑个案情况,以女性利益最大化为目标的路径,转而援引欧洲人权公约第7议定书第5条一律拒绝承认摩洛哥和阿尔及利亚法院休妻判决。^[81]在德国,德国民法典生效后的一个世纪里,第906条关于不可量物侵入之规定文本的修改和法官解释的嬗变并行,该条的规范内涵也从保护工业生产,转变为了对生态利益的保护。^[82]

类似的情况也在我国出现。对我国司法部门的实证研究显示,最高人民法院在很大程度上是一个制定公共政策的机关,而不仅是在个案中定分止争的法院。^[83]最高人民法院发布的司法解释和指导性案例到底是不是具有拘束力的“法律渊源”虽然在学界尚有争议,^[84]但是这些抽象的、一般性的规则确实以解释适用之名改变了法律文本的字面意义。仅在民法典生效当天,最高人民法院便发布了11件相关司法解释。据称,尚有数百件司法解释正在制定中。不仅如此,各地高级人民法院尚针对本地区法院常见案件制作审判手册,用以约束法官的裁判。一方面,出于对“同案同判”的追求,我国的立法者和法学界对法官自由裁量权表现出了一种偏执式的敌视和担忧;^[85]另一方面,以限制法官的自由裁量之名,法院又在不断地制造新的规范。

[75]Comment: *State of the Netherlands v. Urgenda Foundation*, 132 Harvard Law Review 2090, 2090–2097 (2019).

[76]Tribunal Administratif de Paris, N°1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4–1.

[77]BVerfG, Order of the First Senate of 24 March 2021 – 1 BvR 2656/18, paras. 1–270, http://www.bverfg.de/e/rs20210324_1bvr265618en.html.

[78]Shell: Netherlands Court Orders Oil Giant to Cut Emissions, *BBC News*, 26 May 2021, <https://www.bbc.com/news/world-europe-57257982>.

[79]City of Oakland v. BP P.L.C., No. C 17–06011 WHA, 2018 U.S. Dist. LEXIS 106895 (N. D. Cal. June 25, 2018).

[80]Tribunal de Château-Thierry Audience du vendredi 4 mars 1898, Archives de l’Aisne, fonds du Tribunal de première instance de Château-Thierry 25 U 61.

[81]参见朱明哲:《多元社会中人权规范的解释路径——以法国法院对外国休妻判决的承认为样本》,载《人权研究》2021年第5期。

[82]参见同前注[66],朱明哲文。

[83]参见侯猛:《中国最高人民法院研究——以司法的影响力切入》,法律出版社2007年版,第172页。

[84]参见王成:《最高法院司法解释效力研究》,载《中外法学》2016年第1期;雷磊:《指导性案例法源地位再反思》,载《中国法学》2015年第1期。

[85]参见同前注[11],石佳友文。

不论是通过先例还是一般性的司法政策,各国法院都在直接参与规范创造。由各种代议制机关通过的制定法本身对法律渊源合法性的垄断已经难以为继。相应地,在许多案件中,诉讼的发起人并不是为了斤斤计较于一个具体纠纷的解决,甚至不是为了通过司法机关对政策或法律的审查权,以实现法律文本的变化。他们所希望实现的是对既有法律文本解释的改变:“在治理的复杂体系中,对行为合法与否的判断,不再由一个完全逻辑自足的封闭性法律体系去完成,各种新型的社会行动者、各种利益团体的代表以各自的方式直接影响和参与了规则体系的形成,合法性和民主要求这必须在法律的图景中有所回应。”〔86〕于是,各国的法院都从回应型法治中仅仅为了定分止争逐渐转向了兼具公共政策功能的机构,不断通过改造法律回应社会变革的需要。当规则的制定权行使的目的从建立法律体系转为回应社会变革,作为体系维护者的法学家也就无法主张他们对这种权力的垄断了。

(二)规范创制权在多中心治理中的再分配

上文已经论及,相比于自治型法治对法条主义的坚守,回应型法治下的司法论证更灵活地综合使用既有的制定法规范、政策工具和自然科学数据。在综合适用这些不同性质的规范时,法官的主要任务并不是解释法律的文义,而是确定社会治理所欲追求的目标。在前文的例子中,以民法中的注意义务或生态损害规定为中介,借助权威的科学研究成果,法官把欧洲人权公约中的原则性规定具体化为特定的规则,要求政府或企业遵守。我国法院对这种司法论证模式也并不陌生。在一起输变电网建设和探矿权纠纷中,法院考虑到被告设计建设之电网项目是为了落实《国家大气污染防治行动计划》而建造的12个电网项目之一,建成后每年可以减少440亿吨二氧化碳排放,并因此认定原告已经取得的探矿权必须为落实减少温室气体排放的目标而让步。〔87〕诚然,制定法的规范仍然是裁判中必不可少的效力渊源,但用以论证法官所创造之新规范的认知渊源或辅助材料的重要性不可忽视。〔88〕法院的工作从“如何依法裁判”转为“如何正确裁判”,而且正确裁判的标准也从实现个案正义变为创造对未来的争议有拘束力的规则。法律在当今的司法实践中愈发成为一种可以改造的工具,而非必须遵守的刚性规定。

不同于仅向职业政治家开放的立法程序,司法为不同的社会群体提供了通过诉讼参与政治决策的机会。虽然卡根认为集团诉讼是让司法与政治之间严格区隔在回应型法治下趋于消亡的重要原因,〔89〕然而,实践中塑造回应型法治的渠道远不止集团诉讼。在典型的回应型司法案例中,诉讼的发起人既有非政府组织,也有个人、企业和地方政府。当然,仅凭积极的公民个人一己之力即可推动制度变迁只是一种不切实际的幻想。但是,司法弱化了支持不同立场的群体在经济和社会资本上的不平等,让规模相对较小的组织也有机会在针对中央政府或富可敌国的大型跨国企业的诉讼中获得成功。随着当代的社会组织模式从政府进行决策、普通公民服从规则的“统治”过渡为各种不同主体参与从决策到执行之全过程的“治理”,需要有合适的场所“协调不同行动者、社会集团的行动,以便达到在某些分散化和不确定环境下经由集体讨论所确定的行动目标”。〔90〕回应型法治下的法院就成了不同行动者表达其利益和关切的空间。

当司法除了定分止争之外还兼具创造规范的功能时,此前在政治进程中相对边缘化的行动者也就有了更多的机会。不同类型、范畴、规模的行动者通过一系列对抗、妥协、合作等策略性行动参与治

〔86〕参见同前注〔11〕,石佳友文。

〔87〕参见承德县乾宇矿业有限责任公司与湖南省送变电工程公司等财产损害赔偿纠纷一审民事判决书,北京市西城区人民法院(2016)京0102民初1894号。

〔88〕不同的规范为司法裁判提供效力或者事实内容,按照该标准,各种规范可以区别为效力渊源和认知渊源。参见雷磊:《重构“法的渊源”范畴》,载《中国社会科学》2021年第6期。

〔89〕参见同前注〔13〕,Kagan文,第16页。

〔90〕同前注〔11〕,石佳友文。

理,一种新社会组织模式就这样形成于回应型法治解决社会协调难题的实践之中。法律之所以在现代社会中不可或缺,就是因为其具备解决社会协调难题的能力。^[91]随着不同社会群体交往频率和范围的不断扩大,任何一个政治决定都可能导致对潜在的利益和负担的不平等分配。而这种不平等如果无法得到相关行动者的支持,无论设计得如何精巧,都无法真正施行。具有较高包容性的公共参与机制便有助于让不同规模、彼此交叠的群体都能够表达其意愿和诉求。换言之,以确定性为代价、更直白而非隐晦地进行政治决定的高风险型回应性司法,反过来证明了立法程序的官僚化导致许多群体的利益遭到忽视。^[92]回应型法治中的法院就成了让相关群体得以表达诉求的平台,为一种多中心、多层级的治理模式出现提供了可能性。

在回应型法治下,除了仍然以碎片化形式立法的代议制机构以外,一般公民也通过与法官的合理制定规范。因此,法学家所掌握的权力就相应变小了。他们也不再能自命为伟大政治家的法典执笔人,而是退回到了罗马法时代的咨询者角色。法学的任务不再是确定融贯而无所不包的法律体系,而是为各个行动者提供关于其策略性行动的法律意见。仍以气候变化诉讼为例,学者们几乎不再讨论如何在一个特定的法律体系中安放形成于司法判决的新规则,转而关注哪些法律工具可以用于实现减缓和适应的效果、^[93]各种不同路径选择之间的优劣、^[94]法官可以发挥的作用及其限度、^[95]以及各种不同区域之间诉讼当事人和法官所选择的诉讼或论证策略对其他地区的启发。^[96]各种学术研讨会也成了不同国家的公民组织、律师、研究机构、法官相互交流和学习的场合。既然法官无法以法律体系作为政治决定合法性的最终论证,职业法学家也就失去了对合法性的垄断。如果说法律专业人士在自治型法治模式下曾经试图并一度通过体系化掌控法律场,如今在法律碎片化和工具化的现实面前也只能接受与其他群体分享规范创制之权的新社会分配结果。在这种自治型法治之下,规范的创制权不再定于一尊,而是分散在不同的行动者手中。是不同行动者之间的互动,而非任何一方的专断,决定了规范最终的内容和形态。

(三)汇编型法典的适应性

不同于追求融贯性和整体性的体系型法典,汇编型法典因为其结构上的特征更能适应规范制定权分配分散化、多元化的状态。汇编型法典或以一部最小化的法典为核心,让大量特别立法规定例外和特殊的规范;或仅在法典中聚合既有的单行立法,以不具备体系整合功能的“一般规定”罗列一些程序性、原则性的规范。^[97]如果说1900年的德国民法典是体系型法典的典范,那么2000年的法国环境法典就是汇编型法典的典范。它分成法律和法规两个部分,其中法律部分在公布时已经有近千条条

[91]Gerald Postema, *Coordination and Convention at the Foundations of Law*, 11 *The Journal of Legal Studies* 165, 165-203 (1982); John M Finnis, *Law as Co-Ordination*, 2 *Ratio Juris* 97, 97-104 (1989).

[92]参见王理万:《立法官僚化——理解中国立法过程的新视角》,载《中国法律评论》2016年第2期。

[93]Eleanor Stein & Alex Geert Castermans, *Urgenda V. the State of the Netherlands: The “Reflex Effect” – Climate Change, Human Rights, and the Expanding Definitions of the Duty of Care*, 13 *McGill Journal of Sustainable Development Law* 303, 303-324 (2017); Benoit Mayer, *International Law Obligations Arising in Relation to Nationally Determined Contributions*, 7 *Transnational Environmental Law* 251, 251-275 (2018).

[94]Jacqueline Peel & Hari M Osofsky, *A Rights Turn in Climate Change Litigation?*, 7 *Transnational Environmental Law* 37, 37-67 (2018); Geetanjali Ganguly, Joana Setzer & Veerle Heyvaert, *If at First You Don't Succeed: Suing Corporations for Climate Change*, 38 *Oxford Journal of Legal Studies* 841, 841-868 (2018).

[95]Laura Burgers, *Should Judges Make Climate Change Law?*, 9 *Transnational Environmental Law* 55, 55-75 (2020).

[96]Xiangbai He, *Legal and Policy Pathways of Climate Change Adaptation: Comparative Analysis of the Adaptation Practices in the United States, Australia and China*, 7 *Transnational Environmental Law* 347, 347-373 (2018); Jacqueline Peel & Jolene Lin, *Transnational Climate Litigation: The Contribution of the Global South*, 113 *American Journal of International Law* 679, 679-695 (2019); Joana Setzer & Lisa Benjamin, *Climate Litigation in the Global South: Constraints and Innovations*, 9 *Transnational Environmental Law* 77, 77-101 (2020).

[97]参见同前注[4],朱明哲文。

文。法国环境法典仅仅把既有环境法领域可适用的法律文本收集起来,重组这些文本并形成大致上协调的安排,并未试图对环境法整体进行全面的体系化。^[98]其实,由环境法学者组成的委员会曾雄心勃勃地希望在21世纪行将到来之时把握机会,创造出一部堪比法国民法典的囊括环境法所有规范的体系化法典。然而,各部门立法之间的关系也导致体系化的环境法典几无可能:水法仍将独立于环境法,工业部当时正在编纂的能源法典也不会成为环境法典的一部分,农村农业法典中已经有大量关于自然保护和农林渔业利用的内容。^[99]历任环境部部长也不能不考虑一份无所不包的文本可能无法在议会通过。在一系列制约之下,学者发挥的作用十分有限,环境法权威也不由得抱怨:“学说在构建新法律时享有完整的自由,但在把大量早已基于并不相同甚至彼此矛盾的概念和选择形成的规范加以组织或者结构化时,则备受政治和行政的具体语境的制约。”^[100]对于一部体系型法典的编纂而言,政治与行政现实的掣肘或许是一种不幸。然而,任何一部法律的制定如果不充分考虑到这些现实就必然失败。

汇编型法典在制定完成后仍因其结构上的开放性可以容纳持续的、实质性的修改。自出台后,法国环境法典中还要每年补充新颁布的法律、规章、政令中的法律条文。如今,经过20年的增补,该法典已经有6595条,每年增加的条文数量相当于一部新法。条文的增补和修改主要有四个来源:对学说所指出的相互矛盾、不清晰或不完整处的修订;直接转化的欧盟立法;先例所形成的规则中得到司法较为普遍接受者;立法机关的自行补充。^[101]这种法典的生长方式与前文所述的回应型法治法律发展模式完美契合:代议机关和中央政府继续根据实际社会管理需要生产个别规范,诉讼当事人和法官通过个案塑造新的规则,法学则不断消除明显的错误和矛盾。各种不同的社会群体只能通过持续不断地互动促进规范的形成,却没有任何一个群体可以排他性地掌握制定规范的权力。其实,即便在已经完成体系型法典编纂的情况下,法典的修改也往往只是把欧盟立法、特殊立法和司法造法整合入法典的体系之中。^[102]法学一如既往地带着怀疑和批判的目光审视新的法律改革方案,试图维护最低程度的无矛盾和清晰性要求,却不再能够以体系之名拒绝对法律整体的改变。所幸,无论修正案的作者是谁,汇编型法典所提供的松散而开放的结构都能轻易容纳他们的主张。无论这种设计的初衷是什么,其结果都在客观上为更多的可能在法典的编纂阶段并未表达其立场的群体提供了参与规范制定的机会。

不可否认,汇编型法典对回应性的追求以不确定性为代价。回应型法增加了法律论证中对判决合理性的说明,让法律分析和政策分析之间的界限变得模糊,也为面向更多法律外因素的实证研究结果敞开了大门。^[103]“判决失去了其神谕般的神秘力量,法学家们对其专业知识特殊性的宣称也失去了根基。”^[104]在没有体系可以坚守的情况下,规则的增补和修改变得更加容易。2015年才生效的法国公众与行政机关关系法典虽然只有474条,却已经在2016年和2018年两度修改。达洛兹出版社推出的法国环境法典注释版已经超过了3000页,其中还没有包括大量在法国具有直接法律约束力的国际条约。在适用时莫衷一是的法官只能挑选最适合个案调整方案的条款。不仅如此,在环境法、行政法、经

[98]参见彭峰:《法律进化与环境法法典的未来》,载《东方法学》2010年第6期。该法典共分7卷,分别是一般规定,环境要素,自然空间,动植物,污染、风险和妨害的预防,法国海外领土的适用,南极保护。

[99]Chantal Cans, *Heurs et malheurs de la codification française du droit de l'environnement?: le(s) rôle(s) de la doctrine*, *Revue juridique de l'environnement*, 2016, p. 89.

[100]同上注[99], Chantal Cans文,第86页。

[101]参见同上注[99], Chantal Cans文,第89页。

[102]最典型者莫过于2016年法国合同法的修改大量认可了在最高法院判例中出现的新规则,同时进一步为新的判例发展提供了起点。Dissaux Nicolas & Jamin Christophe, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016: commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Dalloz, Paris, 2016, p. 1.

[103]参见同前注[12], Philippe Nonet和Philip Selznick,第82—83页。

[104]同前注[12], Philippe Nonet和Philip Selznick,第83页。

济法、知识产权法等领域,根本不可能用同一部法典囊括所有的规范而做到不重不漏。前述环境法与农业农村法、能源法之间的交叠关系即是明证。汇编型法典确实在满足一贯、清晰、可知的体系方面无能为力。然而,回应型法治对于平等待人的承诺并不体现在规则创制结果的体系性上,而是体现在允许各种行动者广泛参与规则的创造方面。

五、法典类型的选择

从整体上看,一个治理领域或国家更多表现出自治型或回应型的特征只能来自历史进程的自发演变,特别是其中不同社会群体之间的力量关系,难以通过精密的顶层设计实现。在判断更可能迈向自治型还是回应型法治进而选择不同法典类型时,需要考虑治理领域和法文化的特点。

(一)治理领域的特点

不同的部门法面对的不仅是不同的法律关系,更是不同的治理领域。在当代法律思想中根深蒂固的本体论假设是存在一种单一的、客观的、可以从外部观察和实证的世界。^[105]法律作为解决社会合作问题的工具,要为人们的行为提供明确的指示,并通过内化行为的外部性激励理性行为遵守法律。在这种假设下构思社会问题的解决方案,很容易认为只要善于运用风险管理和计算,就能把各种不确定性转化为用数字表示的各种可能性,从而让外部世界变得可以预测和管理。^[106]比如,在曾经因为高度不确定性而困扰传统法学的侵权法、行政法和环境法领域,逐渐成为主流的风险—安全话语让人们可以用确定的方式评估不确定性。^[107]然而,成本—收益或风险—安全计算可以发挥作用的前提是对得失的共识。“时刻斤斤计较的行动者必须至少能够做到以下几点才能真的理解他们行为的得失:列举所有可能的情况,在可能情况之间排序,确定并描述为了实现不同可能所需要采取的行动。一旦这些行动变得可以计算,交易和谈判就可以在不同的行动者之间展开了。”^[108]这种粗糙的经济学式话语虽然让人们可以从直观上理解法律如何发挥作用,却忽略了成本、收益、风险、外部性和“公地悲剧”并非事先贴好标签、客观存在于外部世界、等待我们处理的实体。相反,不同的行动者以自己的方式在复杂的社会、经济、政治过程中辨识和理解这些概念。^[109]

在不同的治理领域,达成关于目标、手段、成本、收益及其分配的共识的难易程度并不一致。在某些领域中,一旦人们谈到外部性,无论正负,都假设其可以为人所识别和处理。人们可以较为容易地就外部效应、识别行为人、确定利益、表达偏好、分配责任达成一致。每一个行为可能导致的结果如果不是已经为人所知,也较为容易辨识。^[110]例如,在婚姻法中,就算人们对具体的制度安排(如是否有必要引入“离婚冷静期”)尚有争议,但是对于一场婚姻的缔结、存续、消灭分别如何影响到哪些人的利益则存在基本共识。

而在另一些情况下,人们不断为如何理解我们所处的世界以及如何在此间行动而争论不休,以

[105] Jorge Viñuales, *The Organisation of the Anthropocene: In Our Hands*, Brill, 2018, p. 3.

[106] Emille Boulot & Joshua Sterlin, *Steps Towards a Legal Ontological Turn: Proposals for Law's Place beyond the Human*, *Transnational Environmental Law*, p. 1 (2001).

[107] 参见朱岩:《风险社会与现代侵权责任法体系》,载《法学研究》2009年第5期;秦天宝:《风险社会背景下环境风险项目决策机制研究》,载《中国高校社会科学》2015年第5期;何渊:《智能社会的治理与风险行政法的建构与证成》,载《东方法学》2019年第1期;刘水林:《风险社会大规模损害责任法的范式重构——从侵权赔偿到成本分担》,载《法学研究》2014年第3期。

[108] Michel Callon, *An Essay on Framing and Overflowing: Economic Externalities Revisited by Sociology*, 46 *The Sociological Review* 244, 260 (1998).

[109] Elizabeth Fisher, *Environmental Law as "Hol" Law*, 25 *Journal of Environmental Law* 347, 349 (2013).

[110] 参见同前注[108], Michel Callon文,第261页。

至于无法对相关的任何法律或其他认知和行动框架达成一致。^[111]“一切都变得充满争议:对中间变量和溢出效应的识别、资源和目标群体的分配、实践后果的衡量方式。这些源自稳定知识基础之缺乏的争议往往牵涉多种行动者。每个争议的进展都会让利益相关者的名单和身份不断变化,他们对未来状态的描述和预期完全不可兼容。”^[112]在华北地区以天然气或电力取代工业用煤和民用散煤当然有利于实现清洁空气和节能减排的要求,却很可能在短期内造成气荒而让农村地区家庭供暖得不到保障。风电场和水电站的建设虽然有利于减少对化石能源的依赖,但很可能干扰候鸟的迁徙或破坏珍稀物种的栖息地。^[113]用稳定的体系化方案确定利益分配格局之前,应该先充分让所有潜在的利益相关者都有机会表达其关切。

在前一种治理领域,关于利益相关者及其行为外部性的共识为法学家的的工作提供了基础,让他们可以通过设计规则协调社会合作。即便一些为了解决具体问题设计出的新规则无法实现预期的规制目的,人们仍然通过争论已知的利益分配状况实现规则的改进。虽然立法权的积极行使总是会破坏法学试图建立的体系大厦,但是职业法律人所主导的自治型法治在这些领域中不会遇到太大的挑战,体系型的法典也有机会维系。典型的例子是刑事法中关于反恐的修改并未导致各国刑法典的崩塌。此时,法学家对规范制定权的主宰总体上仍能适应社会治理的需求。

相反,在后一种治理领域,社会政治对抗、多中心、交叉学科、科学不确定性本身就是复杂现代治理必须面对的操作性现实。^[114]在这些领域,抽象的治理目标看似明确,可一旦在实践中落实就会揭示我们对这些规范可能涉及的群体以及他们的利益一无所知。回应型法治能够允许潜在的利益相关者充分表达他们的关切和期待,汇编型法典也可以保持制度的高度灵活性。诚如一些环境法学者在批判该学科方法论选择时所说:“本学科需要的不是法典化、统一的原则或普遍使用的理论,而是关于环境法学者如何才能以包容、批判性的方式应对环境法研究的各种挑战。”^[115]在这些领域,轻易主张某个群体可以享有规范制定和社会变迁的主导权过于轻率,而且并不现实。良好的社会治理需要的是包括行政官僚、法律专家、代表不同利益的社会团体更广泛和深入的互动。

(二)法文化的特点

法律不仅是一系列权威机关制定的规则,还包括了人们的行为模式、解释和适用法律时的技术与方法、对公共机构与社会之关系的看法。^[116]这些广义上的“法文化”因素也会影响法治类型的自发形成和不同法典化方案的实践效果。

自治型法治良好运行的最重要前提是法官对规则文本的普遍尊重。在法律规则的文本有较为明确的指示,而且在个案中按照文义适用不会导致不正义的结果时,法官不能轻易地使用漏洞填补的技术。比如,当法典明确规定“冷静期”仅适用于协议离婚时,法官不能将其类推适用于诉讼离婚。同样,当法典明确规定只有“被侵权人”才有权要求生态损害惩罚性赔偿时,法官就不能将惩罚性赔偿类推适用至“国家规定的机关或者法律规定的组织”在无被侵权人时提起的公益诉讼中。同时,自治型法下的法律规则必须高度完整和清晰。从历史经验看,在允许法学家依照完整、无矛盾的体系理想创造新规范时,应该预料到可能会有不止一个委员会、历经数年时间方能完成一部合用的草案。“只争朝夕”的政治雄心只会妨害而不是促进这种编纂过程。相比之下,如果只对既有规范进行

[111]参见同前注[108], Michel Callon文,第260—261页。

[112]同上注[108], Michel Callon文,第261页。

[113]参见中华环保基金会诉青岛连凯风电发展公司环境破坏案,山东省烟台市中级人民法院(2016)鲁06民初373号民事调解书;自然之友环境研究所诉中国水电顾问集团新平开发有限公司,昆明市中级人民法院(2017)云01民初2299号民事判决书。

[114]参见同前注[109], Elizabeth Fisher文。

[115]Elizabeth Fisher and others, *Maturity and Methodology: Starting a Debate about Environmental Law Scholarship*, 21 *Journal of Environmental Law* 213, 152 (2009).

[116]参见同前注[19], Ugo Mattei文以及Rodolfo Sacco文。

整合而非凭空创造新的规范,那么编纂一部符合自治型法理想的体系性法典之前提是等待集成的规则本身已经清晰完整,编纂者只需要把规范整合在一个框架中即可。不过,任务并不因此变得更加简单,因为立法者此前必须已经准备好足够的质料,而且编纂者也必须明确法典的边界和内部划分。

回应型法治良好运行的首要前提则是社会对司法机关作为信息交换、争议解决、规范创制之独立机构的足够信任。与此同时,司法机关要么本身享有足够的权威,要么获得更高权威的背书,从而有能力要求包括政府在内的其他社会机构接受它所创制的规范。除了利用法律的条文进行裁判的技术之外,法官还必须具备运用包括政策性文件、自然与社会科学论证在内的工具进行判决说理的能力。汇编型的法典为他们提供了大量有可能相互竞争的规则,但最重要的不是识别那个必须依其文义加以适用,并排他性地预见争议之解决方式的条文,而是揭示判决背后实质性的规制目的。相应地,法典的编纂者所负担的重担因而得以减轻。

结 语

体系型和汇编型法典不仅是一个考验一国法教义学高度和体系化能力的理论问题,更是一个事关社会治理模式和权力分配的实践问题。体系型法典适应自治型法治的要求,法官在适用法律时严守政治领域和法律领域的区隔,以立法者确定的规范作为正当化政治决定的权威理由。立法机关通过各种单行立法,在层出不穷的社会问题面前调整利益分配方案。法学家则在新规则和既有体系之间往返,不断维护法学体系之外观。这种法典和治理模式侧重于形式上的可预期性,在对利益相关者和他们利益的识别容易达成共识的领域确实可以维持。相比之下,汇编型法典则适应回应型法治的要求,法官则不仅仅是中立的争议裁决者,还是根据两造所提供的信息和价值诉求重塑法政策的决策者。通过司法改变社会规则为那些原本无缘参与政治决策的群体提供了渠道,也形成了事实上的多中心治理结构。法学的角色从体系的维护者退却为不同社会群体在行动策略上的咨询专家。在那些对于谁的利益、何种利益需要在决策过程中得到考虑本身争议较大的领域,回应型法治更有助于实现平等待人的理念。

两种法典编纂模式都会对我国法官与法学界的工作提出新的要求。在适应于自治型法的体系型法典之下,立法者必须有能够提供清晰的规则,法官必须更加认真对待规则的文本,法学界则必须更准确地界定概念和规范的适用。在回应型法的汇编型法典之下,传统部门法的划分价值有限,立法者必须寻找新的标准确定法典的范围和内容,法官必须有能力用包括法律规则、政策目标、科学证据在内的多种素材进行论证与说理,法学家则必须超越关于法律规范的知识、学会研究法律实施的后果并以此批判性地检讨法律。

Abstract: Codification in a specific domain of law can either result from systematization or compilation. From a social theory perspective, systematized and compiled codes play different roles in judicial reasoning and, therefore, reveal different power structure in a given society under the rule of law. In the rule of autonomous law, a judge cites legislative texts as the sole legitimate foundation of authority of a political decision in judicial process. The legal doctrine is the guiding force of this scenario in norm making, for it not only creates intellectual foundation of systematization, but also constantly incorporates new rules created for solving specific issues into the existing system. In comparison, the idea of the rule of responsive law allows a judge to create new rules after basing on law and weighing political and moral principles, scientific arguments, and practical needs. The judicial process in a society of responsive law serves as a part of multicentric governance. By welcoming heterogenous actors in rulemaking, it pursuits substantial equity in the transformation of law at the price of stability. In this scenario, the role of the legal doctrine is to consult the actors, not to monopolize the norm making powers. The practical outcomes of the two modes of the rule of law and codification depend on the particularities of a domain of regulation and legal culture.

Key words: norm making powers; codification as systematization; codification as compilation; autonomous law; responsive law; judicial reasoning
