

重視法學知識對立法的可能貢獻

張青波*

從今天法學院的學科設置來看，法學院所要培育的人才主要是法官、檢察官、律師、公司法務人員，因而法學院中提供的學術訓練主要目的，是讓學生能夠瞭解現行法律的基本內容，並以之解決具體的法律問題，即從一般、普遍、抽象的法律規範中，或者相關的裁判先例中，獲得決定有關案件的具體裁判，或分析、評估、預測有關案件將在法律上被如何處理，而採取相應的法律對策。因此，可以說，法學主要是法律或者判例法如何被操作適用的學問。那麼，法學知識能否以及在多大程度上能夠對立法做出貢獻？它能否以及如何讓立法變得更科學、更理性？德國民法典起草人之一溫特沙伊德曾說過，法學不可高估它相對於立法的地位，因為立法在眾多情形依賴倫理、政治、國民經濟的考量，而不是法律人的事情。¹ 雖然如此，探討法學對於立法能夠提供何種意義上的幫助，也有其意義。下面將從法學對立法的推動、對立法的形式技術方面的支援以及幫助立法進行內容控制三個方面，來討論使得立法更為科學和理性的可能途徑。

一、發起立法倡議

法學還可以尋獲需要立法的具體問題，並給出法學的方案。比如中國內地著名的“荷花女”案中，被告在其所寫作的《荷花女》小說中，虛構了大量事實，並使用了原告親屬的真名作為主人公，因而侵害了原告已故親屬的名譽，原告訴請對死者名譽權的進行保護，於法無據，天津市高級人民法院請示最高人民法院，最高人民法院做出《最高人民法院關於死亡人的名譽權應依法保護的覆函》，支持對死者名譽權進行保護，創造了新的民法規則。但在最高人民法院後來

發佈的司法解釋中²，不再承認死者的名譽權，而是通過死者近親屬的精神損害賠償來保護死者名譽。法學可以搜集類似的、尚未被立法適當規整的案件，並建議出可供立法選擇的調整方案，最終讓立法者意識到而推動立法。

在試圖建議立法的方案時，可以使用“反向涵攝”的技術。³ 所謂涵攝就是，通過判斷案件事實中是否具備了法律規範的事實構成中的所有要素，從而決定能否讓案件事實產生法律規範規定的法效果。⁴ 比如公園門口的規則是車輛不得進入公園，現在的事實是我開了一輛小轎車到公園門口，通過考察車輛的要素在於“①機器驅動的；②陸地；③交通工具”，而我開的小轎車顯然具有這全部三個要素，因而規則適用於小轎車，結論是小轎車不得進入公園。可見，涵攝是從規則得出對個案的結論。而反向涵攝就是從具體個案出發，瞭解它們的解決(比如司法實踐中保護合同、保護被他人非法佔有或侵犯的所有權)，尋找作為公分母的、為個案得出可取結論的規整(從司法實踐中可以綜合出保護私人權利的原則)。反向涵攝將同樣對待的案件，全面地概覽、總結並以清晰表述限定(將上述原則以立法方式表達出來)，從各個個案得出對規則的結論。只有在所有相關案件已經被決定時，反向涵攝才純技術地進行。

二、形式技術

立法技術方面來講，在立法者做出內容決定後，法學可以在技術和形式方面，完善立法者的決定，使之更容易被貫徹落實，更有效地達成其目的。⁵ 首先，是對法律條文的表達要求，具體而言，第一，法律規整應通過盡可能少的規則；第二，表達應充分、

* 澳門科技大學法學院助理教授

易理解和精確；第三，根據統一的分類標準，安排層次，便於概覽。

其次，在用語方面，19-20 世紀歐陸各國民法典顯示了兩種風格，《法國民法典》、《奧地利一般民法典》、《瑞士民法典》，偏向於簡明平實、質樸易解；而《德國民法典》則追求體系嚴整、精確嚴謹，以致只能讓專家才能看懂。⁶ 前者的優點在於，便於人民瞭解立法的內容，使它得以在人民生活中扎根，但在法律適用和操作中，可能帶來眾多解釋的問題；後者的優點在於，受過專門訓練的法律人，容易操作這些嚴格的術語，比較不容易遇到困惑，但失之於易和一般人民大眾之間產生隔膜。所以，我們似乎可以採取一條中間路線：將對公民直接有效的行為或授權規範（實體方面的民法、刑法、公法），區別於主要和專業人士或國家機關有關的組織或程序法（商法、經濟法、民事訴訟法、刑事訴訟法）：通過這一區分，可以努力讓前者的用語淺顯易懂，即使不能精確嚴格；而後者大可以盡量使用專業術語，以防止混淆和缺漏。

再次，法律規則為了明確起見，應當清楚表達法定的行為構成要件，具體列舉引發一定法律效果的行為或事實，但是，由於立法者也只是能力有限的人：這就導致法律的不合目的性、不周延性、滯後性⁷，他們更不可能預知未來可能發生之所有可能情況的組合⁸，因此，為避免掛一漏萬，立法者又不得不放棄具體列舉，而使用普遍抽象的術語，甚至一般條款和法律原則，以維持法律條款的彈性，應對可能出現的新問題，但這以喪失法的安定性為代價，這就引發了兩難處境：一方面是法的安定性要求明確的規則列舉具體的要件，另一方面是法的適應能力要求概括的條款運用籠統的用語。為了克服這一困境，可以運用示例法，即在用籠統用語做出一般規定的同時，舉出適用的案例，因此示例不同於列舉，不排除事先未預料的情況，而相對於概括條款，則有例可循，更為具體，易於操作。⁹

還可以詳盡列舉可分級的、根據其具體實現情況而有不同法效果的事實構成要件，即以“越……，越……”的形式表述法規範，也能擺脫僵硬地列舉各個行為構成和無邊際之一般條款的兩難。比如，《澳門刑法典》第 198 條(加重盜竊罪)第 2 款第 1 項規定：“犯罪時攜帶顯露或暗藏之武器”，盜竊者將被處以 2-10 年徒刑，而一般的盜竊罪只處以 3 年以下徒刑或罰金。那麼甚麼是“武器”？這一概念並不容易界定：《德國刑法典》立法者曾試圖將其限定為射擊武

器、刺戮武器或打擊武器，但是司法中卻對武器做了顯著擴張，以致凡事客觀上容易造成明顯傷害的都是武器或危險器具：狠踢他人的鞋、作為飲料的鹽酸、被挑唆的狗、行駛中的機動車、衣架、或雖然閉合但用於打擊的刀子。¹⁰ 可見，對“武器”之規定，既難以具體列舉，又不宜用一般條款而失去精確性，不妨根據被告人攜帶物品之危險性加以判斷，將上述條文中的“武器”理解為具同一條同一款第 c 項中的“危險性質的動產”，從而使得可能因攜帶武器而構成加重盜竊罪的被告人，攜帶的物品危險性越大，量刑越重。但是因為武器概念的相對化，起刑點則不宜從 2 年開始，或可降至 1 年，在從 1 年直到 10 年的量刑範圍之內，都可以根據物品的危險性來確定相應的刑罰。這種想法如果合適，在未來修改刑法時，對類似武器這樣的概念，都可以從技術上做類似的表述。

三、內容控制

法學知識還可以對立法的內容，施加一定控制，使其更具合理性。首先，法學可以限定立法者適合干涉的範圍，確保立法者適當的謙抑性。法、道德、宗教使用了不同的技術來追求的部分相同目的：法的反應在於秩序所制定的社會有組織的強制措施；道德的反應或者不是由道德所規定，或者有規定，不是社會有組織的；宗教雖然規定了制裁，卻不是由社會所組織，而是超人先驗權威的懲罰。法律秩序壟斷了對武力的使用，作為對非法行為的反應，才能保護每個人的利益範圍，實現和平狀態。¹¹ 傳統上以內心動機和外部行為來區分道德和法律義務，想要表示的可能只是，法律所求的只限於外在的遵奉，它能強制人們的行為合乎道德，但無法確保這些行為真正像有道德的人所會做的那樣被做，即使立法者強制人們當兵或上教堂，他都無法成功地造就好士兵或真正有宗教信仰的人。¹² 因此，法律不能過多地干涉人們的內心世界，或者試圖強制人們在道德上高尚。只有立法者確信他能夠通過法律加以規整的事項，方可加以規定；否則，立法者不應遽行規定，這時可以將這些事項交由司法實踐和學說應對，以探索經驗，預作準備，待時機成熟時，根據情況再決定是否以立法規定。

其次，法學可以使得立法的實質決定所做的評價，更為合理。如果要這樣的話，在立法者進行的評價工作中，法學能夠提供甚麼樣的標準？新創規範應該不僅與法秩序的其餘部分相一致：憲法、基本法、

其他規範、法律目的、評價原則；而且還要符合在社會中存在的觀念和評價，尤其是消極的、關於“不能怎樣”的合意；在各種可能的立法方案中做選擇時，還可以根據它們符合上述兩種標準的程度，評選出最優者。¹³ 上述兩個方面的標準，一個在法律體系內部，另一個在法律體系外部，下面展開具體分析和說明。

就法律體系內部的控制標準而言，比如，法律解釋的合憲性要求，在多數解釋中，應始終優先選用最能符合憲法原則者。¹⁴ 那麼在立法時，更應選取最能符合憲法、基本法或其他法律原則的立法方案：假如一個立法方案 M_1 ，如果它不適於促進法律原則 P_1 ，但卻適於阻礙法律原則 P_2 ，那麼就 P_1 和 P_2 來說，就禁止這樣的立法方案；而如果一個立法方案 M_1 ，如果對它還有個立法的選項 M_2 ，後者至少同樣好地促進了 P_1 ，但較少阻礙了 P_2 ，那麼就 P_1 和 P_2 來說， M_1 就是禁止的。這兩個要求，正好對應了合比例性原則中的適合性與必要性；而合比例性原則中蘊含的權衡法則(狹義的合比例性原則)，對立法的要求是：立法不實現或妨礙 P_j 的程度越高，它滿足 P_k 的重要性就必須越大。¹⁵

例如，中國內地遼寧省瀋陽市於1999年曾制定《瀋陽市行人與機動車交通事故處理辦法》，其中規定了多種事故情況，機動車不承擔責任，被稱為“撞了白撞”。如第9條規定：“在設有交通隔離設施和施劃人行橫道綫的路段上，行人因跨越隔離設施或不走人行橫道，與機動車發生交通事故而機動車無違章行爲的，行人負全部責任。”第11條規定：“行人走路須在人行道內行走，沒有人行道的須靠路邊行走。行人在機動車道內行走，與機動車發生交通事故，機動車方無違章行爲的，行人負全部責任。”第12條規定：“在封閉式機動車專用道或專供機動車通行的立交橋、高架橋、平台橋等道路上，行人與機動車發生交通事故，機動車方無違章行爲的，行人負全部責任。”第13條規定：“行人在機動車道內有招停出租車、逗留等妨礙機動車通行的行爲，發生交通事故，機動車方無違章行爲的，行人負全部責任。”該立法可以根據上面提出的權衡法則進行判斷：在一定事故情況下，機動車與行人發生事故，不必承擔責任，那麼，立法所未予實現或妨礙的是行人的生命權或身體健康權，其程度是相當高的，那麼，它所滿足的機動車駕駛人的通行權和財產權，其重要性就必須相當大，但是，很難說通行權和財產權的重要性會如此大，以致能夠超過行人的生命權和健康權，甚至能

夠正當化該立法對生命權和健康權造成的威脅。所以，該立法並不符合權衡法則的要求。

而全國人大常委會於2003年所頒佈的《道路交通安全法》中第76條規定：“機動車發生交通事故造成人身傷亡、財產損失的，由保險公司在機動車第三者責任強制保險責任限額範圍內予以賠償；不足的部分，按照下列規定承擔賠償責任：(一)機動車之間發生交通事故的，由有過錯的一方承擔賠償責任；雙方都有過錯的，按照各自過錯的比例分擔責任。(二)機動車與非機動車駕駛人、行人之間發生交通事故，非機動車駕駛人、行人沒有過錯的，由機動車一方承擔賠償責任；有證據證明非機動車駕駛人、行人有過錯的，根據過錯程度適當減輕機動車一方的賠償責任；機動車一方沒有過錯的，承擔不超過百分之十的賠償責任。交通事故的損失是由非機動車駕駛人、行人故意碰撞機動車造成的，機動車一方不承擔賠償責任。”這一條文，顯然更多地向行人的利益傾斜，其對行人生命權和健康權的實現，其重要性之大，足以正當化對機動車駕駛人通行權和財產權的妨礙。

就法律體系之外的評價標準而言，其之所以重要的原因在於，德國法哲學家哈貝馬斯，將判斷法律是否正當之的判准界定為人民主權原則，而構成人民主權原則之內容的是自主公共領域之保障原則、黨派競爭原則和議會原則，這使得法律不僅要通過建制化的議會來制定，更要讓來自公共領域的非建制化的意見之流發揮作用。¹⁶ 由此，立法就不能僅僅受法律專家和政治精英的支配——即使他們通過民主選舉產生而具有一定的正當資格去立法，更應該傾聽來自市民社會中的社會運動、公民倡議、公民論壇、政治聯盟和其他社團，所表達出的來自民眾的見解，響應公共輿論的呼聲，只有這樣，立法才能盡可能地接近得到所有人理解和贊同的理想，從而具有正當性。

比如轟動海內外的“孫志剛”事件：有正當職業、但卻未辦理暫住證的孫志剛，在2003年3月在廣州被警察收容，後在收容站被毆打致死，被媒體曝光。2003年5月，俞江、滕彪、許志永三位法學博士上書全國人大常委會，認為國務院1982年頒佈的《城市流浪乞討人員收容遣送辦法》(簡稱《收容遣送辦法》)，授權民政和公安部門對被收容遣送人採取強制措施，剝奪其人身自由，與憲法第37條對公民人身自由的保障相衝突，與《行政處罰法》第9條和《立法法》第8條、第9條規定的限制人身自由的措施只能由法律規定相抵觸，屬於《立法法》第87條第1款規定的“超越權限的”和該條第2款規定的“下位

四、結論

通過研擬立法方案、改進立法技術、論證內容控制，法學對立法的理性和科學化，有可能做出一定的貢獻，立法應該珍視這一份來自法學的貢獻，認真研判決法學給出的立法方案和建議，努力提高立法技術，從而使新法的出台盡量符合法律體系內外的適當標準。但是這種貢獻也不能誇大：立法的實質內容和價值追求，在根本上仍由立法者做出決定。法學研擬出的立法方案，只是供立法者選擇；立法技術也只是為了更好地表達出立法者的意思內容；而法律體系內外的標準，對立法者的決定權限也只是構成了比較鬆弛的界限範圍，這種標準只能消極地限制立法者不能立出一定的法律，而不能要求立法者如何積極地立法。可見，法學對立法活動和立法者意志，只能施加有限的影響，這種影響絕不是對於根本的政治走向方面，而只是次要的內容塑造方面。過度追求由法學控制立法活動，是法學不能夠也不應該擔當的任務。

法違反上位法的”行政法規，應予改變或撤銷。幾天後，賀衛方、盛洪、沈巖、蕭瀚、何海波五位學者上書全國人大常委會，要求就孫志剛案和收容遣送制度啓動特別調查程序。雖然全國人大常委會並未做出積極響應，但是同年6月，國務院公佈了《城市生活無着的流浪乞討人員救助管理辦法》，實際上廢止了《城市流浪乞討人員收容遣送辦法》。¹⁷

《城市流浪乞討人員收容遣送辦法》不但和法律體系內部的憲法與法律相抵觸，而且在該行政法規引發的孫志剛事件，受到媒體密集關注，並引發輿論譁然的現象來看，它也和位於法律體系之外的社會中存在的—般觀念和評價、社會大眾對於人身自由的基本合意有所抵牾。這種標準顯然是難以界定的，但是對於具體的問題，它能夠以消極的形式——“不能怎樣”——表現出來。從“孫志剛”事件來看，社會公眾大都相信，國家不能——如同《收容遣送辦法》第1條的立法目的所宣稱的——爲了救濟、教育和安置城市流浪乞討人員，維護城市社會秩序和安定團結，剝奪公民的人身自由。因此，無論在立法和修法，立法者都不應罔顧這樣的基本合意和社會觀念，而應將其納入法律之中，以保證法律具有必要的正當性。

註釋：

- ¹ Bernhard Windscheid, Die Aufgabe der Rechtswissenschaft, in Deutschland, in Gerd Roellecke (Hrsg.), Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie? Darmstadt 1988, S. 88-89.
- ² 見《最高人民法院關於審理名譽權案件若干問題的解答》第5項、《最高人民法院關於確定民事侵權精神損害賠償責任若干問題的解釋》第3條。
- ³ Vgl. Franz Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien 1991, S. 641 f.
- ⁴ 卡爾·拉倫茨：《法學方法論》，陳愛娥譯，北京：商務印書館，2003年，第152-153頁。
- ⁵ Vgl. Bydlinski (Fn. 3), S. 625-639.
- ⁶ 茨威克特、克茨：《比較法總論》，潘漢典等譯，北京：法律出版社，2003年，第141、219-220、244、256-257頁。
- ⁷ 徐國棟：《民法基本原則解釋》，北京：中國政法大學出版社，2001年，第176-181頁。
- ⁸ 哈特：《法律的概念》，許家馨、李冠宜譯，北京：法律出版社，2006年，第124頁。
- ⁹ 鄭永流：《出釋入造——法律詮釋學及其與法律解釋學之間的關係》，載於《法學研究》，2002年第3期，第35頁。
- ¹⁰ 魏德士：《法理學》，丁曉春、吳越譯，北京：法律出版社，2003年，第82-83頁。
- ¹¹ 漢斯·凱爾森：《法與國家的一般理論》，沈宗靈譯，北京：中國大百科全書出版社，1996年，第20-23頁。
- ¹² 登特列夫：《自然法——法律哲學導論》，李日章等譯，北京：新星出版社，2008年，第111-112頁。
- ¹³ Bydlinski (Fn. 3), S. 643-645.
- ¹⁴ 同註5，第217頁。
- ¹⁵ 此處借鑒了德國學者提出的法原則之間的權衡要求，見羅伯特·阿列克西：《法律規則與法律原則》，張青波譯，載於《法哲學與法社會學論叢》，2008年第1期。

- ¹⁶ 哈貝馬斯：《在事實與規範之間》，童世駿譯，北京：三聯書店，2003年，第209頁、第369頁以下、第445頁以下。
- ¹⁷ 《孫志剛：因一人廢了一制度》，載於《南方週末》，2010年12月30日；《孫志剛事件引發三博士上書》，載於《瞭望新聞週刊》，第22期，2003年；《五位法學家提請人大啓動特別程序調查孫志剛案》，載於《中國青年報》，2003年5月28日。相關討論，見《學者、律師直面孫志剛案背後的制度問題》，載於《中國律師》，第7期，2003年；《市場經濟社會人身自由的憲法保障》，載於《上海交通大學學報》(哲學社會科學版)，第4期，2003年。