

立法缺位状态下的基本权利*

刘志刚**

内容提要:从应然的角度来说,法律在基本权利的实现和保障方面起着至关重要的作用,行政立法可以在一定程度上分担法律在基本权利实现方面的责任,但是,却不能从根本上取代法律在基本权利实现方面的作用。在立法实践中,由于立法不作为和法律漏洞方面的原因,使得立法出现了相较于基本权利的缺位。前者的原因主要有,立法由以启动的逻辑起点在现实层面和理念层面的不一致、多数决所固有的制度瑕疵和运行缺陷、立法体制上的实用主义倾向和国家在立法中所处的主导地位等。后者主要是因法律规则在语言表述上的不周延造成的。上述原因造成的法律缺位必然会造成基本权利的虚置状态,对此,必须施加制度性的矫正。

关键词:立法缺位 基本权利 立法不作为 法律漏洞

基本权利固然在相当程度上是指向国家公权力机关的一种消极防御性权利,但与此同时,基本权利的实现和保障在很大程度上也需要通过立法的具体化加以落实,这一点,无论是自由权还是社会权都是如此。从立法实践来看,由于立法不作为和法律漏洞的存在,基本权利在一定程度上出现了虚置化现象,这种状况不仅影响到了基本权利的实现,而且也从根本上侵蚀到了宪法由以存在的正统性基础。在本文中,笔者拟对该问题做一初步的分析,以求教于学界同仁。

一、法律和行政立法在基本权利实现方面之功能的应然分析

在人类思想历史发展的纵向历程中,尽管一度存在着诸多类型的国家学说^①,但自16世纪以来,自然法学派所提出的以社会契约为基点的国家学说已经发展成为现今世界占主导地位的国家学说。该种学说所固有的空想性尽管从产生时起便遭到了其它学派^②乃至自然法学者自身^③的挹伐和质疑,但是,它却在诸多国家学说的挤压下顽强地存活了下来,并形成一种世界性的关于国家的共同信仰,融入到了各国宪政制度的实际建构和对其所做的正当性诠释之中。近年来,我国学者也开始重视并强调社会契约派的国家法律学说^④,宪法学者更是将其作为进行相关理论论证的当然的逻辑前提。在上述国家理念的浸润之下,基本权利被认为具有先于国家而存在的自然秉性,它不仅框定了国家权力行使的外在界限,而且将基本权利的实现和国家由以存在的正统性结构性地关联在了一起,使包括立法权在内的诸国家权力自产生时起便担负起了践行宪法承诺、实现基本权利的责任。

* 本文是作者所承担的教育部人文社会科学一般项目和司法部中青年项目的阶段性成果。项目批准号:07JA820019;07SFB3010。本文的写作还受到复旦大学亚洲研究中心项目的资助。

** 复旦大学法学院教授。

① 如,亚里士多德的国家自然发生论、柏拉图的国家社会分工论、中世纪的神权政治理论和中国历史上的家国说等。

② 例如,英国保守主义学者伯克认为,如果国家是一种社会契约的话,那么也是各代人之间的一个契约。该观点实际上否认了社会契约的理性创造国家学说,趋向于把国家视为一个历史发展的自然产物,是由特定的环境、条件、性格、气质,以及人民的道德、民俗和社会习惯所决定的。(参见Edmund Burke, *Reflections on the Revolution in France*, The Bobbs-Merrill Company, Inc., 1955)。英国学者弗格森也指出,“国家的建立是偶然的,它确实是人类行动的结果,而不是人类设计的结果。”(参见哈耶克《自由主义和经济秩序》,贾湛、文跃然等译,北京经济学院出版社1991年版,第143页)。其它如历史法学派、功利主义学派以及实证主义学派等都对其做过抨击。(参见梅因《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版;边沁《政府片论》,沈叔平等译,商务印书馆1955年版)。

③ 例如卢梭也阐述“自然状态”、“自然法”和“社会契约”,但他强调的自然状态和自然法与霍布斯、洛克的内容不一样。他强调自然状态下人们的团体感,而不是霍布斯、洛克所强调的个人性,他强调感情而不是理性。而且,他认为“社会契约”、“自然状态”等只是一种假定,一种推理的便利。(参见萨拜因《西方政治学说史》下册,刘山等译,商务印书馆1990年版)。

④ 相关观点可以参阅李仁玉、刘凯湘《契约观念与制度创新》,北京大学出版社1993年版。

与其它类型的国家机关相比,立法机关在实现基本权利方面应该具有更为重要的地位,其原因在于:其一,法律在某些基本权利内容的形成方面,具有无法取代的作用。例如,德国基本法第14条规定“所有权受保障,其内容及限度,由法律规定”。日本宪法第29条第2款规定“财产权的内容应适合于公共福利,由法律规定之。”日本宪法第44条规定“两议院的议员及其选举人的资格,由法律规定之。”由上述规定可以清楚地看出,作为基本权利的财产权、选举权,其受宪法保障的限度以及内容,必须由立法机关通过法律加以规定。那么,上述这些基本权利的内容为什么必须由“法律”加以规定呢?笔者认为主要有三个方面的原因:首先,基于宪法的原则性和纲领性特征,基本权利的内容不可能在宪法中被具体化;其次,由法律来加以规定可以避免宪法权利被直接适用的消极影响;最后,由法律规定基本权利的内容可以实现人民的动态联结。^⑤其二,自由权必须借助于法律来为其创造由以实现所必须的前提条件。自由权的主旨固然在于防范来自国家公权力的侵害,但是这并不意味着仅仅依凭国家的消极无为,自由权就可以想当然地自然获得实现。美国学者唐纳利对此曾经有过形象的描述。他指出,不受虐待的人身自由通常被看作是典型的消极权利,只是要求国家不要侵犯个人的自由与身体。“但是,确保这种侵犯不会发生,在几乎所有的情况下都要求重要的‘积极’计划,它包括训练、监督和控制警察和安全部队”。^⑥显然,自由权仅仅作为一种消极权利是无法实现的。^⑦从宪政实践来看,对自由权相对于国家之积极面向所达成的学理共识在宪法裁判层面也获得了共性的体认。1981年,德国联邦宪法法院在一个关涉广播自由的案件中对该种权利的秉性发表见解。该判决指出:广播自由权的消极防御功能并不足以保障广播自由。“这是因为,不受国家干预本身并不能使各种意见充分而广泛地表达出来,防御权功能不足以实现广播自由这一目标。相反的,这一目标的实现要求建立一个体系,使得人类观念的多样性能通过广播而获得尽可能完整和广阔的表达与传递,这样,公众就自然可以获得全面的信息。为了达到这一目标,立法机关就必须立法,确立一些实质性的、组织上的、程序上的条款以保证广播自由真正实现。”^⑧上述裁决对于全方位地理解广播自由权的本质无疑是具有重大意义的,但是,该判决的学理意义显然并不仅限于此。统观自由权体系的整体框架,该裁决所蕴涵的主题事实上在几乎所有的自由权中都具有适用的空间。^⑨其三,法律对于框定社会权的底线、平衡社会权与自由权的关系具有无法替代的作用。与自由权相比,社会权在价值取向、功能以及救济方式等诸多方面具有迥然相异于前者的特殊秉性。^⑩作为基本权利,尽管社会权也兼具客观规范功能,^⑪但是该“客观规范”所施加于立法机关的却并不是刚性的拘束,而是一种方向性的导引,立法机关可以基于自身对特定时段、场景之下国家所掌控资源的考量,自行决定立法的内容与时间。从行政机关的角度来说,法律保留原则在自由权与社会权领域的统合功效是不一样的。对于前者,法律保留原则完全适用;对于后者,法律保留原则却并不完全适用。行政机关在实现社会权方面具有较大程度的裁量空间,法律只是为社会权的实现框定一个切实可行的底线标准。如是观之,法律与社会权的关联显见得就不象和自由权那般密切,但这并不意味着法律对于社会权的实现是可有可无的,恰恰相反,它也是必须的。诚然,国家并不必然通过法律来实现社会权,但是必须看到的是:现代社会条件下,公权力所施加之“侵害”与其基于良善之目标而为之“给付”在外观上往往不具有传统时期那种“泾渭分明”,在很多情形下二者往往是一个问题的两个方面,对不同场域的个体而言尤其如此。如是以来,基于法律保留原则,法律对于行政公权力机关所为的该种实质意义上的“侵害”就是必须具备的正当性行为依据,相应地,承载给付目的的非法律规则由于其在客观上所具有的“侵害”效应,而不得不面临着

^⑤ 关涉该问题的具体论述可以参阅刘志刚《限制抑或形成:论关涉基本权利法律之功能的二元性》,载《河南省政法管理干部学院学报》2005年第6期。

^⑥ [美]杰克·唐纳利《普遍人权的理论与实践》王浦劬等译,中国社会科学出版社2001年版,第32-33页。

^⑦ 参见[日]大沼保昭《人权、国家与文明》,王志安译,三联书店2003年版,第210页。

^⑧ BverfGE57 295(1981). See Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, 1997, P. 409.

^⑨ 例如,“隐私权本来属于自由权,但在现代信息化社会中,为实现这一权利,原则上需要保障以下权利:阅览关于自己记录的权利;当发现自己不应该被收集和保存的信息或关于自己错误的信息时,要求消除或修改的权利。这就要求法律的制度化规定”。参见赵立新《日本的“立法不作为”与违宪审查》载《法律文化研究》2007年00期。

^⑩ 与自由权相比,社会权的价值取向不在是自由,而是实质意义上的平等;它不是一种消极的防御性权利,而是一种积极的请求权;自由权可以通过诉讼获得司法救济,而社会权却不具有可诉性。

^⑪ 参见[德]Alex《作为主观权利与客观规范的基本权》程明修译,载《宪政时代》第24卷第4期。

法律位阶的提升,平衡社会权与自由权也就随即成为其形式正当化之后所必须面对的问题。^⑫对此,德国公法学中所提出的所谓“重大性”理论或许是关涉该问题的典型例证。^⑬

与立法机关相比,行政机关在实现基本权利方面的应然功效显见得要逊色得多。由于国家理念及社会结构的变迁、国家所担负之践行承诺任务的繁杂以及因为立法程序的民主而诱致的议会多数难以形成等诸多方面的原因,立法机关已经难以及时地、全方位地为它提供实施行政行为所必须的法律依据。在这种时代背景下,行政机关基于其在新时期所具备的、类同于立法机关的民主性外观而获取了原本不曾拥有的立法权,打破了长期以来由议会垄断立法权的局面,并且开始在立法格局中占据举足轻重的地位。但是,相较于基本权利的实现而言,这种状况并不意味着行政机关可以取代或者从根本上冲击议会在实现和保障基本权利方面的地位,其原因在于:其一,形成基本权利内容、框定基本权利界限的规则原则上应该是法律。诚如前述,某些基本权利的内容必须通过法律来具体形成,但是这种法律即便在行政机关与立法机关分享立法权的时代背景下,也只能限制于狭义的法律层面。其原因在于:形成基本权利内容的法律和对基本权利施加限制的法律在逻辑上往往是关联在一起的,在某种程度上甚至可以说是一个问题的两个方面。为了防止行政机关以实施正当性限制为名而变相地侵害基本权利,从而诱致“左手付出、右手收回”的风险,宪法学理上要求对基本权利的限制必须基于公益的考量、通过法律的形式方才能够施加,^⑭早在法国《人权宣言》中就已经确立了这条基本的原则。^⑮由于公益概念本身的高度不确定性,基于民主多数运作机制而形成的法律事实上是对其进行框定的形式标准,行政立法显然是不具备这种属性的。^⑯其二,在给付行政领域落实社会权的行政立法必须遵循法律优先的原则,而且还必须接受法律所施加的一些框架性限制。行政机关在秩序行政领域实施的管理行为直接关涉到对公民基本权利的限制,基于前述所指明的原因,必须依据法律方才能够实施。与之相比,给付行政领域的行政行为由于并不牵涉对公民基本权利的侵害,而且往往涉及到行政机关对国家可调控资源的动态考量,因而并不苛求法律保留原则对该领域的完全涵盖,行政立法可以相机介入,充当行政机关的行为准据。但是,由于该种准则必须符合法律优先原则以及法律所施加的一些框架性限制,^⑰因此它所承担的实现基本权利的功能事实上也应该是处于法律的监管之下的。更加之,服务行政背景下,给付行政之区的行为越来越多地采行私法行为的方式,而该种特殊类型的私法行为方式由于兼具公法和私法的双重属性,因此事实上也应该是笼罩在基本权利和法律保留原则的检视之下的。^⑱其三,行政机关进行的授权立法必须受到议会或者法律的限制。20世纪以来,在诸种因素的综合作用下,授权立法开始大量出现,行政机关成为其中最为重要的被授权主体。^⑲基于议会的专门授权决定或者法律条文的授权,行政机关开始通过授权立法和议会分担实现基本权利的宪法使命。但是,这并不意味着行政机关在基本权利的实现方面能够和议会并驾齐驱,甚至可以实现对后者的结构性取代。这不仅是因为框定二者之立法权限的法律保

^⑫ 此处笔者意图表达的意思是:依据法律保留原则,行政机关的行为如果关涉到对基本权利的侵害,必须有法律上的行为准据。给付行为固然不需要必须有该种行为准据,但是,由于给付行为往往有可能意味着对其他个体的侵害,因而从遭受侵害者的角度来讲,政府的给付行为就必须具有法律依据。如是以来,原本不需要法律准据的给付行为就面临着位阶的提升,即由规章、法规改而转变为法律,而转变之后的法律就必须妥善处理好社会权与自由权之间的关系。

^⑬ 参见陈新民《德国公法学基础理论》(下册),山东人民出版社2001年版,第361、362页。

^⑭ 前注^⑬陈新民书,第347页。

^⑮ 前注^⑬陈新民书,第347页。

^⑯ 行政立法固然也需要遵循相关的民主程序,但在程序的民主性程度以及进而导致的对公益的凝聚度方面显然不如狭义上的法律。

^⑰ 在框架性限制方面,国外宪法学界有较为深入的研究,形成了一些较为成熟的理论,如“限缩的全面保留”(eingeschränkter Totalvorbehalt)、“扩充的传统保留”(erweiterter klassischer Vorbehalt)以及为德国宪法院所提出的“重要性理论”等等。

^⑱ 对此所做的详细阐述,可参阅刘志刚《基本权利在特类民事行为中的适用》,载《现代法学》2009年第6期。

^⑲ 关于授权立法出现的原因,国外许多学者对此作过阐述。例如:(1) Garner: Administrative Law, London: Butterworth, c1985. (2) P. P. Craig: Administrative Law, London: Sweet & Maxwell: Thomson, 2003. (3) [日]室井力主编《日本现代行政法》,吴微译,中国政法大学出版社1995年版。国内有学者从内、外两个方面对授权立法的原因进行了探讨,认为产生授权立法的外在原因主要有三个,即:人们观念的转变、经济方面的原因、社会方面的原因;产生授权立法的内在原因主要有五个,即:立法机关的能力有限、立法机关的时间不足、弥补骨骼立法的不足、应付紧急情况的需要、立法机关立法程序的繁杂等。对此,可参见吴大英、任允正、李林《比较立法制度》,群众出版社1992年版,第326-329页。

留原则已然将关涉基本权利之重要场域的立法权绝对性地划归给了议会手中,不允许对其进行授权,²⁰而且,还在于该种授权本身必须受到诸种程序上的限制。²¹更何况,行政机关基于授权而进行的相关立法在法律位阶上与议会制定的法律还存在着迥然的差异。²²

统合前述,笔者认为,从应然的角度来说,法律对于基本权利的实现具有至关重要的作用,行政机关所进行的立法固然可以在一定程度上分担立法机关在实现基本权利方面的责任,但是,它却无法从根本上取代立法机关在该领域的功能。

二、法律不作为的产生原因及该种状态下之基本权利的实现

诚如前述,法律对于基本权利的实现和保障起着至关重要的作用,由此就延伸出一个问题:当法律基于立法机关的不作为而处于缺位状态的时候,依凭于它而获得实现的基本权利将在事实上处于一种被虚置化的状态,宪法由以存在所必须具备的正当性将因此而一定程度上受到侵蚀。那么,立法不作为状态下的基本权利究竟应该如何获得实现和保障呢?对此,笔者拟从以下两个角度进行分析:

首先,立法不作为的含义及其产生的原因。在立法主体呈现多元化的时代背景之下,拥有立法权的诸国家机关都有可能存在基于对其立法义务的消极懈怠而诱致的不作为。从归根结底的角度来说,立法权在宪法理念上实际上是应该和基本权利的实现关联在一起的,宪法中关涉基本权利的内容以及进而由其衍生出来的关涉国家义务的框定实际上就是宪法对立法机关的权力委托,这是立法机关所负之立法义务由以产生的源头所在。因此,对立法不作为的本源性理解,应该追溯至立法机关对其所肩负的宪法委托义务的违反,²³将其定位成:负有宪法委托义务的立法机关,违反宪法明令或者暗含的宪法委托义务,²⁴不适时地制定出相应的立法或者不及时地对现行的立法进行清理,从而使基本权利处于制度性虚置状态之中的一种现象。由于立法主体多元化的制度现实、宪法规范固有的特性以及由此而决定的宪法文本的语言特点等诸多方面的原因,立法不作为在人们的思维层面往往显现出多样化的形式。²⁵在笔者看来,对立法不作为的理解和定位应该围绕宪法委托和基本权利两个结点而展开,并且应该将视角定位于负有立法义务的主体应当立法但由于诸多因素的掣肘而没有立法的层面,至于因为法律的漏洞而产生的立法缺位以及“法律不入”之地的所谓法律缺位却不能纳入到立法不作为的范围之内。那么,这种意义上的立法不作为究竟是怎么产生的呢?笔者认为主要有以下两个方面的原因:其一,立法由以启动的逻辑起点在现实和理念层面的不一致以及多数决所固有的制度瑕疵和运行缺陷。从理论上来说,立法活动和基本权利的实现之间在宪法理念上存在着逻辑上的关联。但是,由于宪法对立法机关的委托仅仅是道德性的、原则上不附加期限要求的义务,²⁶因此,立

²⁰ 法律保留可以分为绝对保留和相对保留,前者是不允许通过授权由行政机关来行使的。例如,根据我国《立法法》第9条的规定,有关对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚是不允许授权给国务院的。

²¹ 例如,我国《立法法》第10条规定,授权决定应当明确授权的目的、范围。被授权机关应当严格按照授权目的和范围行使该项权力。被授权机关不得将该项权力转授给其他机关。《立法法》第11条规定:授权立法事项,经过实践检验,制定法律的条件成熟时,由全国人大及其常务委员会及时制定法律。法律制定后,相应立法事项的授权终止。

²² 对此,国内大致有三种见解:其一,认为授权立法的位阶与授权机关依据职权制定的法文件的位阶相同(参见周旺生:《立法论》,北京大学出版社1994年版,第395页。);其二,认为根据授权而制定的法文件是介于授权机关根据职权而制定的法文件与被授权机关根据职权而制定的法文件之间的一种具有新的效力等级的文件(参见郭道晖《论立法无序现象及其对策》,载《法律学习与研究》1990年第5期);其三,认为授权立法的位阶与被授权机关根据职权制定的法文件的位阶相同(参见张根大、方德明、祁九如《立法学总论》,法律出版社1991年版,第217页)。国内多数学者倾向于第三种观点。我国台湾地区一些学者也持第三种立场。(参见城仲模《行政法之基础理论》,台湾三民书局股份有限公司1983年版)。

²³ 宪法委托理论生成于20世纪中期的德国,其典型代表人物是易甫生、乐雪、温厚兹等。关于该理论的详细阐述,可参阅前注¹³陈新民书,第148-156页。

²⁴ 德国学者易甫生将立法不作为和宪法委托关联在了一起,以此为基础,对立法不作为进行了描述。(参见林佳和《西德立法者不作为之宪法诉愿之研究》,载《宪政时代》第16卷第3期,刊于1991年1月)。此处,根据行文和表达意图的需要,在语言表述上做了进一步的提炼。

²⁵ 有的学者将立法不作为界分为形式上的立法不作为和实质上的立法不作为(参见戚渊《立法权》,中国法制出版社2002年版,第126、127页);也有学者将立法不作为界分为隐性的立法不作为和显性的立法不作为(参见杨涛《关于立法不作为的思考》,载《社会观察》2007年第3期)。

²⁶ 德国学界比较早地探讨了立法的时间问题,但是,立法期限问题并不是直接导源于基本法的直接规定,而是“个人凭主观推断而(提出的)应立法之期限”,因此,该观点的妥当性及可行性是令人质疑的。宪法法院近年来尽管适度地调整了其先前否认立法期限的立场,但这已然属于矫正层面的问题了。(可参阅前注¹³陈新民书,第161-163页)。

法的内容及立法的时间实际上属于立法机关裁量范围之内的事。而且,由于立法遵循的是多数决规则,使得上述问题即便对于立法机关来说也具有一定的或然性,这在利益多元的社会场景下表现得尤其明显。美国就是典型的实例。^{②7}如此以来,立法活动的逻辑起点就显现出了现实层面和理论层面的不一致。就立法实践来说,立法活动主要是基于利益的驱动而开始的,基本权利对于立法活动而言,更多地是一种先期预设的、不可抵触的外在界限,而不是一种刚性的、要求其限期行动的行为法则。诚然,基本权利兼具主观权利和客观法的双重属性,而且,即便就自由权来说,没有立法机关通过积极作为给其创造的实质性前提条件,实际上也往往是无法实现的,但是,立法机关所特有的多数决机制决定了它的运作逻辑只能是政治性的利益博弈,而不能是象司法机关那样的法律性逻辑推理,多数决机制的民主性和它所推导出来的结果的不确定性实际上应该是关联在一起的,对立法结果的确定预期反而是对民主的实质性背叛,这一点和司法活动的行为逻辑具有本质的不同。因此,就这一点来说,基本权利的先期存在并不意味着肩负宪法委托义务的立法机关的必然作为。舍此而外,还必须注意到的是,多数决规则所固有的制度瑕疵和运行缺陷也会造成立法机关相较于基本权利的不作为。所谓制度瑕疵,就是说,基本权利承载着立宪主义之平行的价值追求——自由和平等,前者主要表现为自由权,后者主要表现为社会权,但是,多数决规则的内在本质决定了它实际上主要是和多数自由关联在一起的,与多数相对的少数所享有的平等权的保障却无法纳入到其规则的体系之内。这在某种程度上似乎也昭示着宪政相较于民主的不可或缺的意义,从而也就潜在地隐含着立法相较于基本权利之不作为现象存在的逻辑必然性。所谓运行缺陷,就是说,多数决规则固然有其存在的民主正当性,但是,多数决只是民主的手段而不是民主的实质,^{②8}而且,多数决规则在运行过程中还存在着诸多缺陷,诸如表决中有可能出现的所谓“孔多塞悖论”、^{②9}表决策略行为所引致的表决结果的失真、不能绝对克服无知和偏见^{③0}等等。如是这些缺陷在本文主题的语境之内所导致的直接结果就是关涉基本权利的立法在质或者量上的缺失。总而言之,笔者认为,立法由以启动的逻辑起点在现实和理念层面的不一致以及多数决所固有的制度瑕疵和运行缺陷是产生立法不作为的一个重要原因。其二,立法体制上的实用主义倾向和国家在立法中所处的主导地位使立法“偏离”了其由以启动的宪法基础。这种状况在我国立法中表现得尤其明显。从宪法逻辑上来说,立法权的运行归根结底是为了保障基本权利的实现。但是,就我国而言,现行的立法体制却具有非常突出的实用主义倾向,^{③1}立法的关注重点主要集中在为经济的运行提供保驾护航方面,公民之基本权利尤其是与经济无关的基本权利的实现和保障却并不是其直接关注的重心。而且,立法完全是国家基于建构社会的需要而计划和启动的,宪法中关涉基本权利的规定不能在事实上成之为立法权由以发动的逻辑起点。从我

^{②7} 在美国,由于其政治体制中的非集权性、政党体制的松散性以及政治生活中较低程度的意识形态一致性等诸多原因,社会中出现了诸多的利益集团。(可参阅陈伯礼《美国在立法过程中对利益集团的控制:理论假设与法律规制》,载《外国法译评》1996年第4期)。为了使自身的利益能够最大限度地反映到立法中去,利益集团往往通过形式多样的院外活动对立法施加影响,而议员为了持续地获得选票和支持往往也要尽可能地尊重利益集团的意见,这就在相当程度上使立法成为各派利益集团通过直接或者间接进行利益角逐的活动,而法律则只不过是各方利益博弈之后所型现出来的结果。(可参阅[美]诺曼·杰·奥恩斯坦、[美]雪利·埃尔德《利益集团、院外活动和政策制订》,潘同文等译,世界知识出版社1981年版)。

^{②8} 对此,美国斯坦福大学教授阿罗所提出的“阿罗不可能定理”已经作出了系统的论证。阿罗认为,只有当一种表决规则或选择程序同时满足连续性等两个公理和社会评价与个人评价的正相关性等五个条件时,才能把个人偏好次序转换成社会或集体偏好次序。然而,阿罗的研究结论表明,这些公理和条件是绝对不可能同时得到满足的。因此,即便实现多数表决,也不能由此得出可以实现民主的结论。详见K. J. Arrow, *Social Choice and Individual Values*, New Haven CT: Yale University Press, 1963。另可参见沈启帆、徐向华《论立法多数决制——一个公共选择理论的视角》,载《法学》2005年第12期。

^{②9} 所谓“孔多塞悖论”就是说,如果甲、乙、丙三位表决者对备选方案的偏好顺序分别是:A? B? C, B? C? A, C? A? B,那么,在三位表决者都忠实于自己的表决意愿而没有采取策略行为的条件下,表决结果有可能因为三种备选方案的表决顺序变化而不同。因此,在该种情形下,表决结论的真实性实际上是无法判断的。(参见毛寿龙、李梅《有限政府的经济分析》,上海三联书店2000年版,第396-399页)。

^{③0} 在议员素质整体偏低、且议员都忠实于自己的真实意愿而提案或者表决的场景之下,少数高质量的提案或者理性的表决很有可能因为表决基数的增大而产生被稀释或者不通过的风险。如此以来,表决结果的正确几率和多数决机制的民主性之间就形成了一种负向的比例关系。对此,有学者形象地称之为“三个臭皮匠未必能顶个诸葛亮”。(可参见季卫东《宪政新论——全球化时代的法与社会变迁》,北京大学出版社2002年版,第23页)。

^{③1} 有学者指出,中国现行立法体制的形成有其实用主义观念基础,指导立法的主流意识可以概括为四点,即:工具建构主义、精英决定论、实验主义、经济中心主义等。(参见陈端洪《立法的民主合法性与立法至上——中国立法批评》,载《中外法学》1998年第6期)。

国人大制度的运行机制来看,尽管它奉行民主集中制的核心原则,但是,“集中具有超越民主的意义,这种超越性被格式化为‘集中指导下的民主’。”^②具体到立法程序方面,集中凸显为全国人大常委会在立法程序中的主导作用。^③如果进而考虑到国务院在立法提案方面所处的事实上的主导地位^④以及外在于全国人大常委会但事实上在实际影响着立法的政党因素,则可以非常清楚地看出国务院在立法中所起到的实际作用。更加之,在行政立法、授权立法具有正当性的时代背景之下,立法权已然在事实上出现了向国务院及其职能部门的结构转移。在如是这些因素的综合作用下,政府在基本权利实现方面的话语权被实质性地抬升,基本权利不再只是立法由以启动的理念和逻辑基础,相反,它却在一定程度上成为荫庇于行政管理的附带之物。如此以来,关涉基本权利的立法出现不作为现象也就是在所难免的了。^⑤

其次,对立法不作为而引发的基本权利虚置现象的制度救济。基本权利对立法的依附性和立法不作为的现实存在决定了基本权利在实然层面的虚置化状态,该种状态在量上的积聚必然会使长期浸润于基本权利理念之中的人们产生心理上的落差,并进而演化为对以基本权利为逻辑基点的立法行为的制度性反思。长于理性思辩的人们很快就会发现:取代君主专制制度而建立起来的民主制度固然存在着诸多瑕疵,但它却是后君主专制时代人们的理性所能够发现的最好的制度,而且,该种制度所具有的瑕疵实际上是可以透过宪政制度的合力实现最大限度的消解的,这在思想的始源点上导源于人们在哲学理念上对民主与宪政之关系的探讨。正是在对二者之间的关系有着深刻洞察的哲学基础上,承载二者之共同理念的立宪主义制度方才被精英人士作为一种制度的理想而提出,并随之被对此逐渐产生共性体认的人们所接受,成为现今世界人们所共同追求的一种政治理想。从宪政理念的角度来说,民主是不可或缺的,但它同时又是存在诸多瑕疵的,因此,就必须通过制度性羁绊的设置来将其纳入到实现共和理想的制度轨道,而将民主、宪政、共和关联在一起的逻辑链条实际上就是作为宪政之核心主旨的基本权利。由此而沉淀到本文的主题语境之中,笔者认为,法律的不作为固然会在相当程度上造成基本权利的虚置,但是,这在某种意义上实际也是多数民主自身所无法根除的一种制度缺陷,只要在不侵损民主根基的前提下,通过宪政制度的矫正,基本权利原本具有的完整内涵是会在一定程度上得到恢复的。这一点,从西方一些国家对此所做的制度设计中可以窥察出来。在德国,针对立法中存在的作为现象,学界认为存在四种救济途径,即:宪法诉愿、法规审查、联邦总统的制衡、直接适用基本权利等。^⑥上述救济途径尽管在具体运作方式方面存在着迥然的差异,但是,蕴于其中的内在机理却是相同的,即都是意图依托对多数民主施加限制的宪政制度,对肩负立法使命的国家机构实施必要的制度性督促,从而使其注意到自己所肩负的宪法委托责任,并通过立法消除该种不作为状态。在实施该种督促的过程中,相关宪政机构由以施加限制的工具凭借就是基本权利。^⑦但是,必须注意到的是,如果想当然地认为通过上述类型的救济,立法不作为的现象就会随之彻底消失、公民的基本权利就会彻底得到实现,那只能是一种蒙太奇般的理想梦幻。正如笔者前面所提及到的,对多数民主的限制必须建立在不侵损多数民主根基的前提之下,而且,由于多数民主的行为逻辑是政治性的利益博弈,而不是法律性的逻辑推理,因此,该种限制相较于立法不作为所能起到的效果只能是适度的,而不能是一种基于宪法的客观法属性而产生的文本性的“法治主义”幻想。^⑧当然,这也并不意味着对上述矫正制度应该秉持过于悲观的态度。正如前文

^② 前注^① 陈端洪文。

^③ 可参阅宪法第60条、61条、64条、66条、67条;全国人大组织法第3条、5条、6条、10条、13条、31条;全国人大议事规则第8条、9条、21条、34条;立法法第12条等。

^④ 从现行立法程序的设计来看,尽管拥有立法提案权的主体是多元的,但是,相较于人大代表或者常委会委员的提案来说,国家机关的立法提案具有优先的地位。(参见《立法法》第12条、13条、24条、25条等)。而且,从立法实践来看,绝大多数立法提案都是由国务院提出的。

^⑤ 例如,落实公民求偿权的《国家赔偿法》在1994年方才出台;限制公民人身自由的《收容遣送办法》直到2003年方才被废止;明显违反《行政处罚法》、《立法法》,侵害人身自由的劳动教养直到今天依然存在。关涉教育平等权的呼吁尽管由来已久,但时至今日,教育平等立法却依然处于不作为的状态之中。

^⑥ 具体内容可参阅前注^③ 陈新民书(上册),第164-169页。

^⑦ 从德国宪法法院的判决来看,宪法法院审查立法不作为的要件包括两个:其一,存在明确的宪法委托;其二,立法不作为侵害到了公民的基本权利。(参阅前注^③ 陈新民书(上册),第165页)。

^⑧ 在上文所提及的德国四种类型的矫正立法不作为的途径中,绝对的立法不作为在宪法诉愿、法规审查中都是无法得到救济的,其矫正的标的原则上指向于相对的立法不作为。就联邦总统的制衡来说,该种制衡实际上也只能是一种对立法的督促,最终的立法还必须借助于立法机关。

所谈及的那样,立法不作为可以分为两种情形,即:不适时地制定出相应的立法和不及时地对现行的立法进行清理。对第一种情形,由于关涉到基本法所设定的分权体制,更加之由议会特有的多数决机制所决定的客观上的强制不能,因此,上述诸种救济手段往往是难以通过对它直接施加强制起到矫正功效的。但是,就后种情形而言,情形却显见得完全不同,这一点,从德国联邦宪法法院在20世纪50年代的立场转变中可以清楚地看出来。³⁹而且,即便就第一种情形来说,也不意味着绝对的无法施加强制。从德国联邦宪法法院的裁判实践来看,20世纪60年代末期以后,为了制止立法者对其判决的忽视,联邦宪法法院采纳了学界早前所提出的“期限”理论,要求立法机关在限定的期限内制定出相关的立法。⁴⁰由于联邦宪法法院的裁决对包括立法机关在内的所有国家公权力机关都是具有拘束力的,⁴¹因此立法机关就必须在限定的期限内实施相应的立法举措。在这种场景下,基本法的至上性以及由此而衍生出的人们对宪法法院裁决的遵从将转化为消解多方利益博弈过程中多数难以形成难题的催化剂,从而促成法律的适时出台。当然,就德国联邦宪法法院的总体审判实践而言,对立法不作为的矫正重心主要集中在相对的立法不作为层面,而且,在对该种类型立法不作为的矫正过程中也是尽可能地保持对立法机关的尊重。这不仅给我们勾勒出了一条关涉该命题的行为脉络,而且也从实践的角度反证了民主与宪政之间的内在逻辑机理,而这,事实上也是各国宪政制度架构中所共同遵循的价值准则。在日本,立法不作为也分为绝对的立法不作为和相对的立法不作为,前者是指立法自始就不存在的一种状态,后者所指的是既存立法在内容、程序、范围等方面存在的不足或不公正,这两种不作为尽管都是法院审查的对象,但是它们“在诉讼提起的方法、法院对合宪性的审查方法、除却危险性乃至法律救济方面都有很大的不同。”⁴²如果立法机关违反宪法上的立法义务没有立法,其不作为不应该被立即认为是违宪,而应该给立法机关留有一个“合理的期间”,在该期间之内,立法不作为处于违宪状态,但不认为是确定的违宪。只有在合理期间届满之后,立法不作为才被认为是违宪。⁴³在对立法不作为的救济方式方面,法院一般仅仅是宣布立法不作为违宪,把解决方法留给立法机关。只有在非常必要的情形下,法院方才作出积极的判决。⁴⁴将日本的上述做法与德国做一下联结分析,可以看出:二者所秉持的行为逻辑实际上是基本一致的,这也就再次从实践的角度凸显了民主与宪政之间的内在逻辑关系。就本部分的主题而言,实际上也就起到了强化笔者前述立场的功效。

三、法律漏洞问题上的应然立场与该种状态下之基本权利的实现

(一) 法律漏洞问题上的应然立场。法律漏洞是“指法律体系上违反计划之不圆满性状态”,它具有违反计划性和不圆满性的特征。⁴⁵由于基本权利的实现较大程度上依赖于法律对其所做的具体化,因此法律漏洞的存在必然会对基本权利的保障造成消极的影响,加剧上文所说之基本权利的虚置化状态。但是,从法理学的角度来看,法律是否存在漏洞却并不是一个具有确定答案的问题,不同法学流派对此秉持不同的见解。在自然法的视野中,法律是人类理性和正义的体现,它的内容被自然法所涵摄,必须反映并服从自然法的要求。在表现形式上,法律固然表现为刚性的规则,但同时还包括公平、正义等抽象的道德原则,法律实际上就是由理性和正义感引申出来的道德原则在法律规则和概念中的体现。在这种法学理念的意境中,法律漏洞是不存在的。与之相比,在法律和道德的相互关系上,分析法学却持迥然相异的立场。在它看来,法律是社会的主权者为支配社会成员而发布的一种命令,⁴⁶法律与道德是相互分离的,二者之间不存在必然的联

³⁹ 联邦宪法法院最早是反对人民以立法不作为侵害基本权利为由提起宪法诉愿的,但是,它在1957年所做的宪法裁决中却修正了该种立场,认为:如果基本法对立法者已经有一个明确的委托而该委托对立法义务的内容及范围,已相当程度地界定了,则人民可以提起宪法诉愿,要求立法者履行立法义务。(可参阅前注¹³陈新民书(上册),第164、165页)。

⁴⁰ 可参阅前注¹³陈新民书(上册),第162页。

⁴¹ 德国联邦宪法法院法第31条第1项规定:联邦宪法法院的裁判拘束联邦和各州的宪法机关、所有法院和官署。

⁴² [日]芦部信喜《讲座·宪法诉讼》(第1卷),东京有斐阁1987年版,第363页。

⁴³ 日本最高法院在1976年的“议员定额分配不均衡违宪判决”中采用了“合理期间理论”(参见[日]吉田春明《议员定额の不均衡と法の下の平等》载[日]樋口阳一等编《宪法の基本判例》,东京有斐阁1996年版,第56页)随后,在类似的案例中,日本最高法院在1983年判决、1985年判决、1993年判决中都援用了该理论。目前,该理论已经在日本学术界被广泛接受。(参见前注⁹赵立新文)。

⁴⁴ 例如,1962年的“没收第三者所有物违宪判决”和1972年的“高田事件判决”。(前者见日本《刑事审判集》第16卷11号,第1593页;后者见《刑事审判集》第26卷10号,第631页)。

⁴⁵ 参见黄建辉《法律漏洞·类推适用》,台湾蔚理法律出版社1988年版,第21、22页,第35-39页。

⁴⁶ 可参阅[英]约翰·奥斯丁:《法理学的范围》,刘星译,中国法制出版社2002年版,第213页。

系。在表现形式上,法律仅仅表现为实在的法律规定,不包括抽象的道德原则。分析法学否认法律之外的道德对其内容的涵摄,不关注对法律的价值评判,相反,它注重对法律概念的实证分析,认为依靠逻辑推理就可以确定可供适用的法律规则。相比之下,分析法学派所提出的不再是一些象古典自然法学派那样的关涉权利、法治的空洞名词和意识形态般的宣誓,而是着眼于现实法律制度的具体操作和运行。在近代民主宪政制度已然确立的时代背景之下,这与现实社会的法治理念显然更为切近。但是,它对于现实法律制度的关注却衍生出了对立法理性的过度迷幻,认为人类凭借自身的理性能力能够制定出体系完备、逻辑自恰的完美法典,法官基于逻辑推理就可以解决其面临的所有问题,这在19世纪德国的潘德克吞法学中表现得尤其明显。^{④7}如是以来,在法律是否存在漏洞这一问题上,古典自然法学和传统分析实证法学就显见得有些殊途同归。这也正如德国学者考夫曼所洞察的那样:按照自然法和法实证主义的逻辑,法律本无漏洞。^{④8}分析法学派的上述立场遭到了以耶林为代表的自由论者的攻击。在他们看来,认为法律无所不包的观点是虚幻的、不切实际的。立法者认识能力有限,不可能预见到将来发生的一切事情,而且,即便他能够预见,也会由于表现手段有限而不能将之完全纳入法律规范,因而法律必然是不完全的。对此,以哈特为代表的新分析法学作出了回应。他一方面继续奉行“法律与道德”相分离的核心立场,另一方面又对其先贤所秉持的传统观念进行了修正。在法律体系的建构上,哈特不再象先前时期的概念法学那样迷恋于建立一个封闭性的概念体系,而是站在语言分析哲学的立场,认为法律规则有可能存在“空缺结构”。^{④9}为了应对该种“空缺结构”,法官就必须行使自由裁量权,“法官造法”由是就显见得不可避免。在哈特的理论中,尽管力图对法官的造法行为进行客观化的塑造,^{⑤0}甚至为此将原则也引入其规则理论之中,^{⑤1}但是却触及到了分析实证法学的核心立场,遭到了以德沃金为代表的新自然法学派的攻击。在德沃金看来,分析实证法学的核心立场在于:崇尚规则理性、推崇逻辑推理、迷恋并接受概念的支配,排斥法律适用中的价值判断。因此,如果将蕴涵价值评判色彩的原则引入其理论模式之中,事实上等同于放弃了分析实证法学的基本立场。^{⑤2}更加之,哈特理论中的自由裁量理论实际上是非常强势的,法官在行使自由裁量权的时候,可以“不受任何法律权威制定的标准的约束。”^{⑤3}如是以来,不仅人民所享有的权利将遭受法官之不受限制的自由裁量的威胁,^{⑤4}而且,事实上已然因为“法律与道德的混混”而遭受根本性冲击的法实证主义却反而成了塑造法官裁决客观性的外在凭借。对于哈特理论中所存在的这种逻辑上的不自恰,德国学者考夫曼秉持了与德沃金相同的立场。他对法实证主义谋求通过一种纯粹的形式来获取法的内容的立场进行了猛烈的抨击,^{⑤5}在他看来,“自然法与实证主义法学都是建立在唯名论哲学基础上的一种研究方向”,但正确的道路却应该是“走一条超越自然法与实证法的第三条道路。”^{⑤6}

综合上述,可以看出,法律是否存在漏洞实际上是一个仁者见仁、因人而异的问题,对该问题所秉持的见解归根结底取决于论者在关涉法律是什么这一本原性问题上的核心立场以及由此而决定的研究法律的思维

^{④7} 所谓“潘德克吞”,实际上就是《罗马法大全》中的《学说汇纂》,它是罗马帝政时代被赋予“解答权”的法律学者们的学说集成。19世纪时在萨维尼、普希塔和温德沙特等的推动下形成的德国潘德克吞法学,实际上是由历史法学派中的罗马学派转变而来的。他们认为罗马法的概念极为精致,任何问题均可依据概念来加以计算,依据形式逻辑演绎操作来求得解答。在进行机械操作时,应摈除权威,排除实践的价值判断。他们推崇逻辑推理,接受概念的支配。

^{④8} 在考夫曼看来,原本的自然法思想和法实证主义在认识上都钟情于主、客体对立模式,相信依靠人类的无限理性能力能够从最高的绝对法律原则推导出实证的法律规范、从实证的法律规范可以进而推导出法律判决。(参见[德]考夫曼《类推与事物本质——兼论类型理论》,吴从周译,台湾学林文化事业有限公司1999年版,第35页)。

^{④9} 参见[英]哈特《法律的概念》,张文显、郑成良等译,中国大百科全书出版社1995年版,第124-126页。

^{⑤0} “法院常常否认任何这种创制职能并强调解释法规和适用判例的任务分别是探询‘立法机关意图’和已经存在的法律”。(参见前注^{④9},[英]哈特书,第134页)。

^{⑤1} 哈特在其所著《法律的概念》第二版后记中指出,原则也可以包含在他的理论模式中,而且一个原则是否属于一个法律体系,亦可由系谱的方式来判断。

^{⑤2} 对该问题的详细分析,可以参见颜厥安《法与实践理性》,中国政法大学出版社2003年版,第237-335页。

^{⑤3} [美]德沃金《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,第55页。

^{⑤4} 参见林立《法学方法论与德沃金》,中国政法大学出版社2002年版,第37页。

^{⑤5} 参见[德]考夫曼《后现代法哲学——告别演讲》,米健译,法律出版社2000年版,第30-38页。

^{⑤6} 陈金钊《超越自然法与实证主义法学——对考夫曼思维模式的评介》,摘自:http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleID=23666&Type=mod,最后登陆日2009年3月26日晚8:43。

路径。对此,笔者认为,在现代法治社会的语境之下,公平、正义等抽象的道德原则尽管仍然有其存在的积极意义,但是,对法律的关注显然更应该着眼于实证的法律规范。古典自然法学和传统分析实证法学解读法律的基本理路固然有其可取之处,但同时也根深蒂固地存在一些自身所无法克服的瑕疵,^{⑤7}现今时期人们研究法律的理想范式应该是将前者所奉行的“价值分析方法”和后者所奉行的“实证分析方法”有机地关联起来,走一条折中型的发展道路。事实上,这也正是从二十世纪中期以来法学发展的基本趋势,哈特的新分析法学、^{⑤8}德沃金的新自然法学以及考夫曼所提出的“第三条道路”理论实际上都是这种发展趋势的反映。立足于此,在法律漏洞问题上应该秉持的正确立场是:弱化自身所归属的唯名论哲学立场的束缚,正视法律规则中存在漏洞的现实,并进而谋求较为妥当的制度化解解决路径,套用考夫曼的说法,就是要“走一条超越自然法与实证法的第三条道路”。就前面所引的关涉法律漏洞问题的诸种观点而言,从外观上来看,哈特与德沃金、考夫曼的立场是根本对立的。但是,这种对立实际上是建立在被考夫曼称之为唯名论哲学的思维语境之下的。如果抛开他们各自所归属的这种唯名论哲学立场,在法律规则存在漏洞这一问题上他们实际上是有着共性的体认的。就德沃金来说,他取代自然法原则而引入到实证法之中的法律原则实际上就是为了应对法律规则中存在的漏洞,这种见解尽管哈特也曾经提出过,^{⑤9}但是由于其所归属的法实证主义的核心立场,因而该种观点相对于德沃金来说,就是一种“真知灼见”,对哈特而言,却只能是一种“无法自恰的逻辑悖论”。与哈特相比,考夫曼在外观上秉持与德沃金相同的立场,也不承认法律存在漏洞。但是,他所提出的类型思维、事物本质理论实际上具有与德沃金所创立之法律原则理论异曲同工的效果。诚然,考夫曼所宣扬之“事物本质”与其老师拉德布鲁赫理论中的“事物本质”不完全相同,并不是直接为了应对法律漏洞的场景,^{⑥0}但是,弥补法律漏洞却也属于其“事物本质”理论的实际功效之一。因此,笔者认为,我们现在所面临的问题实际上不是“法律是否存在漏洞”的问题,而是“如何面对和解决法律漏洞”的问题。

(二) 法律漏洞场景下基本权利的实现。法律漏洞的现实存在将有碍于立法初衷的实现,而且,由于基本权利对立法的依附性,它同时也将在一定程度上造成基本权利的虚置。因此,对法律漏洞问题的解决就显见得不仅仅是一个法律层面的问题,而是有着更为深远的宪法意义。笔者认为,法律漏洞场景下基本权利的实现应该尽可能地依托相关的法律制度,借助立法者在其规范体系内所构筑的技术操作平台和接驳管道,在法官的协同下将基本权利的精神输送到该种制度之中。如是以来,不仅法律的漏洞得以填补,基本权利的精神也因之而得以实现。更为关键的是,法律制度的体系结构在动态的运行过程中也将因之而显见得更加圆润、更加流畅。对此,笔者拟从以下两个方面进行分析和说明:

其一,法律原则的适用及基本权利对法律原则的客观化塑造。诚如前文所言,对法律漏洞问题的立场取决于对法律是什么这一本原性问题的理解。如果将法律单一地理解为法律规范的话,它确实是存在漏洞的。对此,哈特在其论著《法律的概念》一书中有着经典的阐述。哈特认为,法律规则确实存在着空缺结构,需要法官对此作出自由裁量,但是,作为法律规则之主体的“意思中心”足以影响法官对法律规则之“开放结构”的裁量性解释。而且,对于法律的整体而言,这仅仅是“一种非常罕见的例外情况”。然而,从实践的角度来看,这种所谓的客观性解释必然会受到“解释者本人的理论前境或者说受其特定的文化传统和政治道德观念的约束”,^{⑥1}从而使法律适用的过程显见得并不是一个简单的机械操作过程。如果进而考虑到德沃金对哈特之“错误描述审判实践”的指责,^{⑥2}哈氏理论中所竭力防范的“规则怀疑论”很有可能在其构想的法官对法律规则之空缺结构应对的过程中出现。与之相比,德沃金所“采用”的却是另外一种路径。德沃金对古典自然法的基本立场进行了观点上的改造,将外在于实证法而存在的自然法通过法律原则这一制度性载体引入

^{⑤7} 详情可参见胡玉鸿《西方三大法学流派方法论检讨》,载《比较法研究》2005年第2期。

^{⑤8} 哈特虽然坚持实证主义法学反对价值研究的基本立场,但是,他实际上已经提出了“最低限度的自然法理论”,表现出了向自然法理论靠拢的明显倾向。(参见前注④9,[英]哈特书,第189-195页、第233页)。

^{⑤9} 前注④9,哈特后记中。

^{⑥0} 考夫曼认为,即便最简单的案件也必须运用类型思维,而所有类型都源自事物的本质。(可参阅[德]考夫曼《类推与事物本质——兼论类型理论》,吴从周译,台湾学林文化事业有限公司1999年版,第35页)。

^{⑥1} 梁晓俭、官燕明《哈特法律规则说的解释学研究》,载《法学》2003年第3期。

^{⑥2} 德沃金却在其论著《认真对待权利》一书中,借助其“偶然挑选出来的”、“在法学院的教科书中随处可见”的案例,委婉地告诉人们,需要法官自由裁量的情形是一种日常的实践,而不象哈特所说的那样仅仅是“一种非常罕见的例外情况”。(可参阅前注⑤3,[美]德沃金书,第二章)。

到了实证法之中。相较于哈特的分析实证法学来说,德沃金的理论由于将法律的外在表现形式或者内涵做了实质性的拓展,因而,他实际上是不承认法律存在漏洞的。但是,正如笔者在上文中所申明的,在现代法治社会的语境之下,对法律的关注应该主要着眼于实证的法律规范,对法律漏洞的立场应该从这个基本前提出发。因此,从这个角度来说,德沃金的相关理论实际上可以被理解为是对哈特之填补法律漏洞思路的修正——对法律漏洞的填补不应该寄希望于法官对法律规则的自由裁量,而应该依赖法律原则的适用。与哈特理论中法官对法律规则的自由裁量相比,法律原则的适用显然要更为客观一些。但是,由于法律原则的适用也必然会涉及到价值评判,因而该种适用也存在进行客观化塑造、以提升其正当性的问题。这一点,在德沃金的理论中显然已经注意到了。^③客观而论,德沃金所设想的那种塑造手段依然具有明显的自然法色彩,^④但是,他毕竟在实证法的框架之内搭建起了避免出现“规则怀疑论”的制度性平台。如果能够在其理论的基础上做进一步的修饰和强化、将这种客观化的塑造手段进一步拉入实证法的语境范围之内的话,哈特理论中所存在的风险和德沃金理论中所蕴涵的自然法色彩是有望被最大限度地弱化的,更为关键的是,将由此而获得一个弥补法律漏洞的正当化渠道。笔者认为,解决这一难题的出路在于借助基本权利对法律原则进行客观化塑造。申而论之,作为国家公权力机关的普通法院,固然需要依法进行裁判,但是它同时也必须接受基本权利对其施加的拘束。如果法官在对具有道德包容性的法律原则进行价值评判的时候,能够将基本权利的精神注入其中,并在实施该种注入的过程中有意识地将其实地嵌入先前存在的由宪法判例、司法判例等组合而成的关涉基本权利之精神的宣示体系之中,那么,在立宪主义的背景之下,法官对法律原则所做的相关“道德解读”必将因之而获得最为强劲的客观化塑造。对此,德国学者拉伦兹^⑤和库勒尔^⑥曾经做过相关的阐述。从实际效果来看,经过基本权利的锻造和该种“宣示体系”的整塑之后,法律原则和道德评判关联在一起的外在面相将被最大限度地修正,逐渐增添乃至具备实证法的外观属性。如是以来,不仅德氏理论中的自然法色彩得以弱化,哈特理论中所蕴涵的法官进行自我价值理念逻辑走私的风险得以排除,而且,作为根本法的宪法之精神也得以实现在作为其下位法的法律中的正当性渗透。就本部分的主题而言,法律漏洞场景下的基本权利也将因之而合乎逻辑地获取到由以实现的制度化渠道。这一点,从近年来国内外的司法实践中可以得到更为深刻的体察。^⑦

其二,构筑私法与公法接驳的管道,确保基本权利由以实现的法律依托。法律漏洞固然可能是由于自然语言所固有的空缺结构、以及人类评价能力的局限性等原因而产生的,^⑧但它也有可能是因为国家立法政策在动线上的不流畅所造成的。与前者相比,后种情形下的法律漏洞并不表现为法律规范本身在内涵或者外延上的模糊,而是表现为私法与公法在接驳上的困难。这种困难使得现实存在的公法规范无法保持对私法领域的必要的效力涵摄,进而使其所承载的“基本权利”在遭受私法主体侵害的场景下无法获致由以实现所必须的法律依托。例如,1999年1月11日,王春立等16名下岗职工向北京市西城区法院起诉原单位民族饭店,认为被告侵害了他们作为公民的最基本的政治权利——选举权,要求民族饭店承担法律责任,并赔偿经

^③ 可参阅前注^③,[美]德沃金书,第55页。

^④ 德沃金在其所著《法律帝国》一书中,提出了法律原则的两个面相理论:其一,“适切性面相”,即法律原则应该尽可能地契合大多数的实证规则;其二,“道德正当化面相”,即法律原则在道德上应该是最佳的。(可参阅[美]德沃金《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,第136-158页)。但是,在价值取向多元化的社会,借助道德对法律原则进行的正当化塑造不仅往往消除不了法律原则适用的风险,却反而会给法律本身带来道德风险。

^⑤ 拉伦兹指出“这种法的续造当然不能抵触法秩序的一般原则及宪法的‘价值秩序’。事实上,惟其与之一致,其始能被正当化。因此,此种法的续造虽然在‘法律之外’,但仍在‘法秩序之内’”。(参见[德]拉伦兹《法学方法论》,陈爱娥译,台湾五南图书出版公司1996年版,第321页)。

^⑥ 在谈及通过适用法律原则弥补法律漏洞的问题时,库勒尔指出“法官有权力首先是通过‘类推’及‘词语简化’等方式去积极地创造法律并发展法律规则。在这些活动中法官仍然受‘法律’约束,总体上来说要受当时社会生效的法律价值及法律原则的约束,尤其是要受宪法规则的约束。”(参见[德]海尔穆特·库勒尔《德国民法典的过去与现在》,载《民商法论丛》(第2卷),法律出版社1994年版,第248-249页)。

^⑦ 可参阅刘志刚《公序良俗与基本权利》,载《法律科学》2009年第3期。

^⑧ 参见[英]哈特《法律的概念》,张文显、郑成良等译,中国大百科全书出版社1995年版,第124-126页。

济损失200万元。^⑥1999年1月21日,北京市西城区法院(1999)西民初字第825号《民事裁定书》指出“本院认为王春立等人要求民族饭店承担其未能参加选举的法律责任并赔偿经济损失的要求,依有关规定,应由有关行政部门解决,本案不属于法院的受理范围”。1月22日,王春立等诉至北京市中级人民法院。1999年4月,北京市中级人民法院作出裁定,不予以受理。^⑦再如,1999年1月29日,山东鲁南铁合金总厂工人齐玉苓向枣庄市中级人民法院起诉陈晓琪等,认为他们侵害了自己的受教育权等法律权益,要求被告停止侵害,并赔偿经济损失和精神损失。^⑧法院宣判后,齐玉苓不服一审判决,向山东省高级人民法院提起上诉。山东省高级人民法院认为该案存在适用法律方面的疑难问题,遂报请最高人民法院进行解释。最高人民法院研究后认为:当事人齐玉苓主张的受教育权,来源于我国宪法第46条第1款的规定。根据该案事实,陈晓琪等以侵犯姓名权的手段,侵犯了齐玉苓依据宪法规定所享有的受教育的基本权利,并造成了具体的损害后果,应承担相应的民事责任。据此,最高人民法院以法释[2001]25号司法解释批复了山东省高级人民法院的请示。^⑨随后,山东省高级人民法院依照宪法第46条、最高人民法院(2001)法释25号批复以及《民事诉讼法》第153条第1款第3项的规定,于2001年8月23日作出判决。

比较上述两个案件,可以发现,尽管法院在对二者的程序处理方面不甚相同,但是内蕴于法院行为之中的思维脉络却呈现出共同之处:就前者而言,尽管王春立等人的选举权遭到了现实的“侵害”,但是,由于该种权利是选举法、刑法等公法所确认和保护的权利,不属于民法所保护的人格权和财产权的范围,因此他们无法通过民事诉讼获得救济;就后者而言,尽管法院受理了该案,但是,法院受理该案的主要原因不是因为原告所诉称的受教育权,而是因为它与姓名权之间所存在的逻辑关联,以及民法中一般人格权对它的涵盖。而且,从该案的实体处理来看,法院最终的裁决依据并不是作为公法的教育法,而是宪法第46条中关于受教育权的规定。如是这些充分表明:在目前的司法理念之下,私法与公法之间存在着泾渭分明的界限,前者以人格权和财产权为关照对象,后者所规范的是舍此而外的其它权利,该种权利与私法之间不存在逻辑上的关联。然而,正如上述案例所展现的那样,公法权利完全有可能遭受来自私法主体的侵害,司法者如果无视这种客观存在的现实,继续固守私法与公法截然二分的传统理念,则不仅公法规范的实质性效力将受到侵损,而且该种规范原本具有的支撑私法自治空间的功能也将受到损害。更为关键的是,该种案件的解决将动辄上升到宪法的层面,引发民众乃至法院对基本权利之司法适用的过当的奢望。这就不仅背离了目前的制度现实,而且也有损于穷尽法律救济的原则。笔者认为,这种状况的产生固然有着诸多方面的原因,但归根结底是由于民事立法者在其规范体系之内没有妥当地构筑好接驳公法的管道所造成的,这实际上属于另外一种形式的法律漏洞。因此,填补该种漏洞的较为妥当的方式就是构筑和修葺好相应的接驳管道,并由法官将现实存在的公法权利适量地引入到私法领域中来。鉴于该种权利原本锁定的国家面向,为了提升民事法官适用该种权利的正当性,应该将它与基本权利的实现关联起来,在不至于过当压制私法自治的前提下,尽可能地对该种适用进行客观化的塑造。目前,德国和我国台湾地区在这一领域有着较为成功的经验,^⑩我国民事立法中也客观存在一定的规范基础,^⑪如果在此基础上进一步增设“法益侵害型”侵权行为制度,^⑫并辅之以诉权理论的更新和司法制度的协同,该种法律漏洞必然会得到较为妥当的填补。(责任编辑:秦前红)

^⑥ 该案的大致背景是:1998年10月,北京市民族饭店为王春立等16名员工进行选民登记。11月20日,选区核发了选民证。11月30日,民族饭店与34名员工解除了劳动合同关系。在12月15日举行投票的时候,这34名下岗职工没有获得选民证,也没有接到参加选举的通知。

^⑦ 转引自《法制文萃报》1999年5月3日;另可参见《王春立VS北京民族饭店》,摘自:<http://jpkc.znufe.edu.cn/2006/fxy/xfx/xfal-10.htm>,最后登陆日2009年5月28日上午9:00。

^⑧ 关于该案件的详细介绍,可以登陆:http://www.bokee.net/newcirclemodule/article_viewEntry.do?id=929730&circleId=108451。

^⑨ 该批复已经于2008年12月8日由最高人民法院废止。

^⑩ 可参阅苏永钦《民法立法与公私法的接轨》,北京大学出版社2005年版,第83-103页。

^⑪ 《民法通则》第58条第1款第5项规定,违反法律的民事行为无效。《合同法》第52条第5项规定,违反法律、行政法规的强制性规定的,合同无效。

^⑫ 也就是说,在传统的侵权行为制度之外,仿效德国民法典第823条第2款或者台湾民法典第184条第2款的规定,增设“违反保护他人之法律型”侵权行为。