

法典的未来——论原则性法典

作者: 周赞

作者单位: 厦门大学法学院

出处: 2008年11月第30卷第6期

内容摘要: 文本法律之时滞性与现实生活之变动性之间的冲突可谓成文法国家法治进程中“永远的痛”。这种“痛”在我国表现得尤为明显:为了使法律文本适应现实,即使是作为根本法之《宪法》也总是三番五次地被修订。为缓解这种“成文法之痛”,学界作出了种种努力,其中最典型的就是倡导在司法实践中运用法律方法对之进行救济——遗憾的是,此种方法只能起到扬汤止沸的作用。欲标本兼治,就必须釜底抽薪,进行原则性法典的创制,而原则性法典亦是将来法典之面目。

关键词: 时滞性; 原则性; 概括性; 开放性

中图分类号: DF 052 **文献标识码:** A

The Prospects of Codes: Codes of Principles Proposed On Codes of Principle

ZHOU Bin

(Law School of Xiamen University, Xiamen 361005, China)

Abstract: One hears much these days about the conflict between obsolescence of written laws and rapid change of social lives, which seems an everlasting anathema to statutory law countries, especially to China, in the process of reaching the ideal of rule of law. To make laws applicable to modern society, people have to modify them at times, including constitutional law, basic as it is. Efforts have been made to solve the problem, among which is the legal remedy sought in judicial practice. Unfortunately, it proves palliative. To solve the issue thoroughly, one can do nothing but resort to codes of principle, which will surely dominate in prospective.

Key Words: obsolescence; of principle; generalization; openness

正文:

通观我国的宪法政治历程,就会发现新中国宪法在短短的几十年间经过了4次大的修订,而现行的宪法在不到30年的时间里也通过了十数条修正案——从宪法乃一国之根本法这个角度讲,这种频繁对“根本”进行变更的做法的确值得我们反思:法制改革必须通过文本的修改进行么?换言之,除了频繁地修改文本,还有无别的方式来达致法制改革的目的?应该说,只要我们继续大致走一条法典化的法治之路,我们就必须正视这个问题并探索它的

因应之策；否则，所谓法律之稳定性必将成为“镜花水月”。

本文认为，上述问题的根本，其实就在于怎样解决法律的“时滞性(time lag)”问题，或者借用卡多佐的话讲即“法律发展的悖论”，再或者也可以借用庞德的那个经典论断来表述这个问题的根本，即“法律必须稳定，但又不能一成不变”^[1]。目前，随着法学对哲学解释学成果的吸收，法学界开始热衷于倡导用解释学的方法或法律方法来“悄悄地”进行法律改革，也即倡导以司法来弥补文本的不足。应该说，这种提法比那种频繁修订法律文本、特别是宪法文本的做法更有利于保持法制的稳定性；但必须同时指出的一点是，若过多地强调法律方法(特别是诸如类推、价值衡量、漏洞补充等明显突破法律文义“射程”的法律方法)在司法实践中的运用，则很可能会使人们丧失对司法权的信任——正如哲学解释学以及当代法律方法论的研究所依然显明的，从理论上讲，用法者其实可以通过法律方法这根“魔笛”生成任意的结论；更进一步讲，法律方法无论怎么运用，作为其运用之根据的法典本身终究是无法通过法律方法的运用而被改变来用以适应新语境的。从这个意义上可以说，法律方法的解决不过是一种“扬汤止沸”式的路径。

换个角度而言，法治作为一项系统工程，似乎本就不应该偏重于某一个环节并期冀通过该环节解决所有的问题。这就是说，对于法律发展的悖论问题，除了司法视角的切入，除了法律方法的救济之外，还有且还应有其他的途径。就笔者来说，这里所谓“其他的途径”，最重要的一条就是立法模式的转变。换言之，笔者主张，在从司法角度关注法制发展之悖论问题的同时，还应该注重从立法的角度对这个问题进行解决。考虑到立法之法是法律方法运用的根据，因此，相对而言，可以较为恰切地将这种解决思路称为“釜底抽薪”式的路径。

而所谓从立法角度解决，简言之，即创制原则性法典。那么，何谓本文意义上的原则性法典？又，何以这种法典的创制有利于解决法律的时滞性问题？更进一步地，这种原则性法典是否可得？

一、何谓原则性法典

在本文看来，我们可以从以下5个方面对法典之原则性进行理解：(1)法典中含有较多的原则性条款——甚至应以原则性条款为主。在这里，所谓原则性条款，即规定法律原则或类似内容的条款。而所谓法律原则，用庞德的话来说，即，法律原则“是一种用来进行法律论证的权威性出发点……在所有法律原则中，没有任何预先假定的具体事实状态，也没有赋予确定的具体法律后果”^[2]，而德沃金则进一步指出了法律原则的特点和作用，他说“‘权衡’是原则的特定属性”，而法律原则的作用是“指导我们在决定如何对一个特定的事件作出反应时，我们应对哪些特定因素予以考虑”^[3]。在我国现实的法制实践中，原则性条款一

般以专章(基本原则)的形式表现出来;本文认为,还可加大原则性条款在法典中所占的分量。(2)在规定具体性的法律规则的条文中应尽可能地使用概括性条款。在这里,所谓概括性条款,即用尽可能抽象的术语表述法律规则的条款,典型的如诚实信用条款、权利不得滥用条款等,其主要功能在于使法院能适应社会经济及伦理道德价值观念的变迁,而使法典法律能够“与时俱进”。(3)应尽可能地采用开放性法律概念。所谓法律概念,是指“一种可以容纳各种情况的权威性范畴”^{[2]24},而所谓开放性概念,则是指能够容纳某一领域大多数情况并能适用于最大多数场景的权威性范畴,典型的如重大事由、显失公平、情势变更等。关于本文意义上的开放性概念,其实已有相当多的学者对其进行了论述,只不过不同的学者所使用的名词不同而已:如拉德布鲁赫称之为“伸缩性概念”,又如马蒂称之为“模糊性术语”,再如我国台湾学者杨仁寿称之为“不确定性概念”,而本文所采用的“开放性概念”^①一词则是G. 萨穆埃尔的范畴——也就是说,正如前述“概括性条款”一样,“开放性概念”亦不是什么生僻词或笔者的创造物,而仅仅是从已有理论中借用的一个词。(4)在法典中采用更多的准据性法律条款。如所知,准据法是国际私法中的一个重要概念,指的是一种自身并不提供具体的行为模式和后果,而仅向法官表明其寻找判决依据之场所的法律规范。如“侵权人的责任能力适用其母国法”就是一个典型的准据法:法官根据这一规范并不能对某人是否具有责任能力作出判断,但这个规范却告诉法官应当到该人所属国的相关规定中去寻找相关依据。而本文所谓之准据性法律规范,一方面,它在自身不提供具体的行为模式和后果这一点上与准据法相同;另一方面,它又不像准据法那样明确指引法官到某一特定的场所去发现法律——它仅仅告诉法官应向各种行业组织(如商会及其它各种协会)咨询相关惯例并以之作为判决依据。^②原则性法典所具有的如上4个特点决定了它的另一个特点,即(5)这种法典的

①以上术语之解释,请分别参见:拉德布鲁赫1法学导论1北京:中国大百科全书出版社,1997:71;马蒂1世界法的三个挑战(中文版序言)1北京:法律出版社,2001;杨仁寿1法学方法论1北京:中国政法大学出版社,1999:137;Geoffrey Samuel, The Foundations of Legal Reasoning, MAKLU, 1994, P. 60.

②须特别说明的是,在本文看来,此处所谓之准据性法律规范,应当主要运用于民商、经济法领域。原因有二:一方面,只有这些领域,才存在所谓的行业组织,并且也只有这些领域才更容易创生出更具生命力的惯例——事实上,美国的《统一商法典》在历经了数十年实践后,惟一未被修订的部分正是卢埃林所制定的以准据法为主的那一部分,这个事例的寓意是:准据性法律规范具有更强的与时俱进属性,因而更符合本文所谓之原则性法典的内在属性;另一方面,考虑到NGO组织在社会生活中所发挥的作用越来越大(这一点在发达国家尤为明显而我们又有理由相信我国也将跨入发达国家行列),因而,我们的司法没有理由忽视它们的存在及它们存在的价值。

原则性必须通过司法和执法活动具体化,而不应通过所谓的立法解释或类似的活动将其具体

化，因此，本文亦强调用法者在实践过程中能动性的发挥，如对法律方法的适当运用。也就是说，本文提出原则性法典作为解决法典时滞性问题的对策，并不意味着本文否弃学界已经提出的以法律方法对之进行救济的思路，而仅仅意味着欲解决该问题，必须双管齐下，方能达到标本兼治的效果。

熟悉诺内特及塞尔兹尼克等人所谓的“回应型法律”理论的读者也许会问，这里的原则性法典与回应型法律有何区别？首先，让我们看看两者的偶合(之所以说是“偶合”，是因为由于诸种原因，笔者系写完本文一稿之后方才拜读到诺内特及塞尔兹尼克的著作)之处：它们都是在否定形式主义法律理论的基础上，以法社会学的方法论从法律发展的趋势角度对法律进行描述的——也即，两者都认为整个社会都必须符合一定之要求(在本文看来，这种条件是法律职业共同体的专业、道德素养比较高而且公民的权利意识比较强)才可能产生所谓原则性法典或回应型法律(必须达到诺内特所谓的各种条件)，并且它们都强调法律本身的开放性及审判过程中各参与方意志的对话与协调；其次，两者的不同之处在于，诺内特等人的主张强调法律的工具性属性，强调“目的主义(goal-based)”基础上法官自由裁量权的行使，强调国家权力的混合型机制并因而强调法官工作的协调性质而非裁判性质^[4]；而本文则并不强调法律的工具属性，同时本文强调的是一种基于“权利主义(right-based)”^①的审判实践，而且，本文的立论基础之一在于权力分立和制衡并因之仍强调法官职能之裁判属性(而诺内特等人的理论则反对权力分立)；最后，在以下意义上它们也许还有相通之处，即原则性法典是人类社会从“自治型法”迈向“回应型法”的过渡环节——如果人类社会确实能像诺内特说的那样完成这种跨越的话。

关于原则性法典，可能存在的另一种疑问是，它与宣言或某些大政方针有何区别？首先，从形式上看，法典具有特定的制定机构、特定的名称以及完整的逻辑结构，而宣言或大政方针则往往不会同时具备上述所有的形式特征；其次，虽然宣言、大政方针与原则性法典一样，都可能在型构社会秩序的过程中提供一种规范性因子，但从性质上看，原则性法典具有可诉性，而宣言、大政方针则一般不具有可诉性——这是原则性法典与宣言、大政方针之间的实质性区别。

二、为什么原则性法典是可欲的法典

那么，为什么要追求法典的原则性属性？原因如下：

第一，原则性法典有利于社会在合法的前提下进行改革——也即有利于社会的进步获得当下合法性(即符合现行法律的属性)。如所周知，社会的进步源自各个领域中的改革，而所谓改革即意味着对原有因素的某些突破，因此，若法典用语真的如孟德斯鸠等人所言的那样

具有精确性，则我们基本可以肯定，任何非技术性的改革都必定不具有当下合法性。但若采用原则性法典，由于其中的原则性条款、概括性条款及开放性概念具有与时俱进的特点，使得改革可以更多地在于现有法律的灰色地带进行，从而——根据“法无明文禁止即为许可”的权利推定原则——获得当下合法性。

第二，原则性法典有利于避免因法规的浩瀚所带来的诸如影响审判效率及准确率等弊端，从而为法官尽快尽准地适用法律创造一个良好的条件。大法官卡多佐当年就曾宣称，“由于大小法院的先例纷沓而来（也即本文意义上之法典的内容快速增长，笔者注），致使引用先例反而不如诉诸有启发的原则更有价值”^[5]。显然，采用原则性法典，由于其中含有大量高度抽象性条款，所以正好可以减少法典规范的数量，同时亦可有效抑制法典内容的增长速度。

第三，原则性法典有利于保持法典稳定性，但同时又不影响该法典迎合发展而多变的社会之需

① 关于“目的主义”与“权利主义”，前者大体是指一种指向未来而不顾当下当事人利益的审判理论，而后者则是一种强调任何人任何时候的权利都不应仅以有利于社会的借口予以侵害的理论——相关的理论分析，可参见：石元康. 自由主义式的平等：德沃金论权利[M]//石元康. 当代西方自由主义理论 1 上海：上海三联书店， 2000.

要。庞德在分析普通法的发展时曾自豪地宣称：

“作为一种法律渊源，普通法之遵照先例原则之所以取得成功，主要在于它糅合了确定性与进化力之双重功能，而没有其他任何演进能做到这一点。确定性被保证在合理的限度内，在此范围内法院根据普通法传统体系中的法律原则及规则以类比推理断诉，并且根据已知技巧发展法律诉讼原则。进化得到保证不在于发现法律的界限没有永恒权威地固定下来，而是当一些案件出现时，通过显示其实际工作的折衷程序并证明在其实际运行中达到如何程度的伸张正义，从中逐渐发现法律原则的界限”^[6]。

庞氏的自豪——只要我们不带偏见地去看——确实是有道理的，因为根据传统的大陆法系理论及实践，我们的法典法体制确实很难像普通法那样做到“糅合确定性与进化力之双重功能”；法解释学研究一次次地表明，法典法律的内部意义总是会与外部因素以一种不和谐的状态存在^[7]。但是，若采用原则性法典，则可以较大程度地摆脱这种窘境，因为，原则性法典被称为“原则性”的原因就在于它能够比原有理念下创制的法典更多地具有“以不变应万变”的特点；同时，这种做法又能保留大陆法系之传统优点（即能最大限度地限制法官造法，这个问题下文将会论述）。

第四，原则性法典有利于法官能动性的发挥。本文认为，法官在法典前面不可能，也不应该不发挥其能动性。而欲发挥法官的能动性又不至于陷入法官造法的泥淖，可行的措施之一是完善法律方法理论（这是当下理论界大部分学者所正倡导着的），但本文认为完善法律方法对于法官主观能动性的发挥只是一种扬汤止沸式的解决，为什么这么说呢？一方面，这种解决方式过于侧重司法视角，而忽视了从司法之根基——立法视角进行分析；另一方面，这种解决方式还有可能使普通民众误认为审判只不过是一种职业人士所把玩的语言游戏，进而导致公民对司法的信任危机。本文认为，要更好地解决这个问题就必须采取釜底抽薪的方式，而这种解决方式就是创制原则性法典。我们甚至可以说，一个具有较高专业素养同时又敢于承担责任的法官喜欢面对的必定是原则性法典，而非那种意在限制、消解其能动性并惟恐规定不够精细的法典。在这个意义上，本文赞成斯塔姆勒的以下论断：“法典仅陈述一般性的原则，而填补罅隙则是法官的工作”^[8]。

第五，在法律已经走过了形式主义的初级阶段的现代法治社会，在法律开始从“自治型法”向“回应型法”转变的今天^{[4]81}，事实上已经开始有国家进行原则性法典的创制工作了：最早的相应实践甚至可以追溯到1896年的《德国民法典》——拉德布鲁赫曾对之作这样的正面评价：“《民法典》尤其要感谢那些或此或彼的伸缩性概念，它们使得《民法典》在一个通常僵硬的概念体系中，终究能够证明自己相对地反映了时代的无止境要求”^[9]；而最典型的则数1992年《荷兰民法典》，有学者这样评述这部法典：“《荷兰民法典》代表了一种趋势，即法典包括更多的开放条文和概念，明显地脱离了那种逻辑上完整和有一套既定前提的法典形式；注重用归纳和类比的方法解决问题，强调运用相关性和合理性来加强法律推理并论证法律结论”^[10]。既然典型的大陆法系国家都开始这么做并已取得较理想的效果，那么，为了适应现代社会的转型，我们又有什么理由不去顺应这种潮流？

第六，原则性法典的创制是承认、借鉴语言学、解释学研究成果的必然要求。从前面的论述可以看出，本文所谓之原则性法典是与那种强调用所谓具体、准确、清晰之术语进行立法之法典相对称的——当代解释学的研究表明，“人类语言的标志在于，它不像动物的表达标志那样僵硬，而是保持着可变性”，并且，“没有人能够将一个词的意义固定下来”^[11]。

最后，如本文下面将要论述的，由于原则性法典强调审判活动中各方意志的对话与协商，而这将使审判结论获得一种内在的“合法性”，即哈贝马斯所谓之“主体间性”，从而促进判决在当事人那里得到执行——而这当然亦是法官所希冀的局面。

另外，若从整个法制发展的角度考量，则原则性法典还有第八个“存在的理由”；即，在“法律全球化势在必行”^[12]并已然展开的今天，原则性法典亦有利于民族国家在法制现代

化的过程中既积极参与全球化浪潮同时又保留自己法制的独特性。关于法律全球化与民族国家的法制现代化的关系，本文认为其实际上就是一种一体两面的关系：现代民族国家的法制建设，自内而言是法制现代化的历程；自外而言，则是参与并促进法制全球化的过程。也就是说，一个民族国家进行本国的法制现代化建设同时也意味着其在参与法制全球化（包括汲取国际先进法制经验和向国际释放本国的优秀法制本土资源），既如此，那么，进行原则性法典的创制就是一种符合全球化时代潮流的做法，因为其有利于法制全球化目标——即大致统一的一套可在全球范围内适用的规则——的实现，为什么这么说呢？让我们用马蒂的话来回答这种疑问，“在法制的现状和演变中，如果不引入‘软法’所带来的灵活性，以致对模糊法的容忍，要想在区域范围内，尤其是世界范围内制定一个共同法，也许是不可想象的”^[13]。

另外，我们甚至也可以更进一步地讲，原则性法典是法治实践的内在要求。亚里士多德曾将法治界定为一种典型的“实践理性”（Practical wisdom），他并特别指出，相对人类其他的理性而言，实践理性的一个根本不同就在于：其他理性总具有一个外在的目的（如认知理性以认识事物本身为目的），因而它们的判断标准也总是相对更加客观；实践理性则往往以“做好本身为目的（the well-doing is in itself an end）”，相对应地，也只能以“是否做好”为实践理性的判准^[14]。在这个意义上讲，所谓“法律是一种实践理性”就意味着人们无法在适用法律之前就设定一个外在且先在的衡量标准——事实也正是如此，任何立法者（或法典）都无法为具体的案件提供现成的答案。但是，立法者又必须要在裁判官进行裁判之前设定一定的规矩，因此，对于立法者而言，惟一应当，也不得不做的是设定一个抽象而普适的标准。^①并且，为了在更大的程度上保证法官在运用这个抽象而普适的标准处理具体而特定的案件时总是得出符合正义要求的结论，最为妥当的方式就是让它具有更大的概括性、弹性。申言之，如果我们承认法律是一种实践理性，并且也承认有必要由立法者设定一定的标准（尽管从实践理性的角度讲这根本上是不可能的，但应该说由于各种因素的存在在某种程度上是必要且有效的），则随之而来的结论就是：为了更好地实践法治这样一种实践理性，为了让法典更好地适应不羁的生活，立法者其实只能（不得不）创制原则性法典。

三、为什么原则性法典是可行的法典

本文相信，在人类社会进入 21 世纪以后，随着各个民族国家政治、经济和文化的发展，大部分国家的法制实践都将会走到法典创制这一步。但问题是，原则性法典在现代社会行得通吗？也即，为什么原则性法典是可行的法典？毕竟，原则性法典含有诸多的概括性条款、不确定性概念，正如有的学者所说，“从社会学的角度看，把愈来愈多的模糊的、极为弹性

的、过于宽泛的和不确定的规定引入到法律制度之中，无异于对法律的否弃和对某种形式的专制统治的肯定”^[15]。在本文看来，这种对原则性法典所可能带来的专制的担心——若放在以前的各个历史时期——是有一定道理的，但若以现代法治的视角观之，则其显然忽视了这样一点：即，虽然原则性法典可能会使法官的自由裁量空间增大，但在审判实践中（特别是在符合前述法典编纂条件的国度之审判实践中），法官——从总体上看——是不大可能走向专制的。为什么这么说呢？原因如下：

第一，原则性法典虽然具有较多的灰色地带，但可以肯定的是，只要用文字将其描述出来，那么这种灰色地带就总是有一个界限——至少是大体确定的界限。举例说来，如，无论我们怎样解释（当然以人类的基本理性为限，否则没有对本问题讨论的可能），我们也不可能将诈骗行为解释为符合“诚实信用”这样一种概括性条款的行为；又如，我国旧刑法中的“流氓罪”——该罪名因过于宽泛而被学界斥之为“口袋罪”。即使是这个典型的开放性概念，同样可以肯定，无论我们怎样解释，我们也不可能将一种危害国家安全的行为纳入其中……诸如

① 正是在这个意义上，加达默尔断言，“法律的编制根本说来只是因为法律自身在本质上具有普遍性才是可能的”。参见：加达默尔，解释学与历史主义[G] // 严平 1 加德默尔集. 上海：上海远东出版社，1993.

此类，不一而足。所以，原则性法典所必定具有的文义“射程”的大致确定性构成了对法官专制的“第一道防线”。

更进一步讲，我们是否有可能制定出如边沁所言的那种事无巨细、面面俱到而又精确无比的法典？哲学常识以及生活经验清楚地表明，世界上根本就没有所谓十全十美的事物，如果我们承认这一点，又如何奢求本就具有较大妥协性——妥协本身就必定意味着某些牺牲——的成文法律能够如此完美？从这个角度看，可以说原则性法典的主张只是一种真正面对现实并承认现实的主张，而非一种仅仅立足于理想状态的考虑。

第二，法官的职业道德及职业压力会迫使法官尽可能地依法作出良善判决。一方面，作为一种特殊的职业，法官具有各种各样的职业道德，从一定意义上讲，这些职业道德的存在使得法官不可能完全自由而放任地依据自己的意志作出判决；另一方面，法官在审判过程中行使自由裁量权时，还会受到来自以下几方面压力的限制：（1）来自当事人及社会舆论的压力。在案件审理过程中，一般而言，法官总是力求平衡诉讼各方的利益要求，此时，法官就已经不自觉地受到当事人意志的压力及影响。也就是说，不仅法官，而且当事人各方也参与了审判规范的创制工作^[16]。同时，当一个案件引起了社会舆论的关注时，则法官更不可能完

全放任地遵守自己的意志进行判决——这一点在媒体权力空前膨胀的今天尤其如此；(2)来自法律职业共同体之内的舆论压力。任何人都有作为人而具有的自尊心，同样地，作为法律职业共同体中的一员，法官也应当具有一种职业自尊心。而法官欲在职业内部赢得他人的尊重，最有效的方式就是提高自己的断案准确率。显然，这种为赢得他人的尊重而导致的对断案准确率的追求，在客观上也会形成对法官自由裁量权的限制。其实，关于法官的自由裁量权必定会受其主观意志外因素的影响这一点，即使是最强调法官断案之“主观任意性”的现实主义法学者亦不否认，如其中的代表人物阿诺德(Thurman Arnold)就曾在某一次讲座中这样回答一位听众的提问，“在课上，我们可以坐而论道，剖析法官的行为，然而一旦你黑袍加身，坐在高高的法庭之上，被人尊称为‘阁下’，你就不得不相信，你须根据某种客观标准判决”^[17]。

如果说，上述道德因素及舆论因素尚不足以对法官自由裁量权产生有效限制，因而仍有可能使法官走向专制的话，那么，各国法制实践中存在的一些体制性因素当可极大程度地防止法官专制。这些因素包括两个方面：(1)上级法院对判决结果的审查。哈耶克曾明确指出，“尽管法官承担着解释规则的任务，但这并不意味着法官拥有那种遵循自己意志去追求特定且具体目标的权力意义上的自由裁量权；关于这一要点，我们可见之于下述事实，即法官自由裁量权的行使，还必须受制于某一高级法院的审查。判断一项判决是严格遵循了规则，还是由法官自由裁量作出的，最好的判准就是看该项判决的实质部分是否受制于另一个通晓现行规则并了解该案事实的司法机构的审查”^[18]。仅以我国为例，某一法官(或审判庭)所作出的判决，至少就可能因为当事人的上诉及申诉、本法院院长的提请、上级法院的要求、同级或上级检察院的抗诉等方式而引起另一审判组织的审查：可以想见，如果这些制约因素能够真正发挥作用，则法官几乎没有可能专断地行使审判权，或至少可以说法官的任一专断判决都不会最终生效。(2)其他国家机关的监督与制约。众所周知，国家权力分立机制的设置就是为了防止权力行使者走向专制——并且，这种分立显然也取得了较好的预期效果。所以，当法官行使自由裁量权时，实际上是时刻处于其他国家权力机关的监督、制约之下的。此时，法官当然也不大可能走向专制。

另外，也许同样关键的一点是，其实那些所谓具体、明确、全面的法律法规(如果我们承认能够创制这种法律的话)又何尝避免过法官的能动性以及因之带来的法官擅断问题？考虑到“徒法不足以自行”，考虑到案件事实不会自动适用法律，考虑到当事人主张之差异等因素，我们就只能对如上这个问题作否定性回答，也即，只要有法律的运用，就很难从根本上避免法官主观能动性的发挥。因此，从这个意义上讲，断言原则性法典会导致法官擅断因

而不可取的观点，可能也是很难成立的。总之，本文认为，与法典的文义“射程”一道，法律精神、法律原则、法律方法、职业良知、社会舆论及其他因素会对法官形成一个范围大致确定的意义之网，而法官的自由裁量权——只要他保有起码的人性——当几无可能成为这个意义之网的“漏网之鱼”。

关于原则性法典是否可得，可能还有如下三个疑问：(1)原则性法典在刑法领域有无可能？本文的回答是肯定的，原因在于各国刑法典事实上已经或明或暗地在采用原则性条款、概括性条款或不确定性概念。以我国1997年新修订的《刑法》为例，其中就存有大量的相应规定：如该法典总则中大量采用了“必要”、“显著轻微”、“极其严重”等开放性概念；又如，在分则中设立了诸如“以其他危险方法危害公共安全罪(第115条)”等概括性条款或采用了“以其他非法方法”等开放性概念……本文认为，既然潮流已经如此并且我们已经走出了这一步，那么，我们有何理由不继续走下去？(2)原则性法典在英美法系有无可能？对于这个疑问，由于其还涉及到诸如传统、社会认同等较复杂的因素，所以本文不太可能在这里完全展开讨论。但笔者在此仍作一个大胆的预测，即在英美国家也是有可能最终走向原则性法典的创制道路的，原因在于：第一，当前英美法系及大陆法系国家法制发展的趋势之一就是互相对话、借鉴的程度日益加深^[19]。随着这种趋势的发展，我们有理由相信英美国家的法典创制工作必将大量开展——事实上，在美国已经开始出现以民间组织制定并由州政府、联邦政府予以确认的方式创制法典的浪潮，美国统一商法典(Uniform Commercial Code, 简称UCC)的制定就是典型例证。根据前文所述，只要有法典编纂就应当/必将走向原则性法典；第二，在美国，司法审查工作已经得到了空前的发展，而司法审查的依据正是原则性极强的《宪法典》。也就是说，对于美国司法界来讲，运用原则性法典开展工作实在是一个驾轻就熟的活儿，而这为在英美法系国家引入原则性法典创造了极佳的技术基础和职业基础。(3)普通民众能读懂原则性法典么？长期以来，学界总是认为一部不能为民众所读懂的法典必定不是一部“良法”，如孟德斯鸠就明确主张：“法律的体裁要简洁简约；法律的体裁要质朴平易；法律用语，对每一个人能够唤起同样的观念；法律应尽量避免用银钱作规定；法律不要精微玄奥，它是为具有一般理解力的人们制定的，它不是一种逻辑学的艺术，而是像一个家庭父亲的简单平易的推理”^[20]。本文认为，法典文本的读者从来就不是普通民众，也没有必要是普通民众，因为普通民众所守之“法”在绝大多数情况下是从他所处的文化中习得的：笔者相信，几乎没有人在日常生活中会直接依据法典之规定从事各种活动——较为明显的例子是，在现实生活中，我们基本上找不到一个外国人到中国后先熟悉中国所有的法规才去做出自己的各种行为——这是因为法律规定已经融入到了“伦常日用”之中，因之，绝大多数时

候，只需要按照周边人们的日常行为去做就行；另外，在很多领域当中，各国法律是相通的也是一个重要原因——但我们对本国法律知识的了解也是一个习得的过程，而并非一种通过阅读而领会的活动。因此，本文认为，对法典用语之要求不应以民众能否读懂为判准。接下来的一个问题是，原则性法典会不会导致法律——如某些正统学者所说的那样——蜕变成前资本主义时代那样而成为达官贵人等社会上层人物的专享之物？应该说，从形式上看，这种可能性确实存在。但本文认为，在法制文明已经比较发达、公民权利意识大幅提升、社会信息高度开放流动的今天，任何单一的阶层想要专享法典都几乎没有可能；更为关键的是，即使法典真被某一阶层所专享，但只要其不会导致前现代社会中“刑不可知，则威不可测”式的专制，则这种专享也并无不可——从这个意义上讲，学者苏力以下的判断是大体成立的，即，在法制文明发展的过程中，法律知识和法律行业被垄断亦是某种意义上不可避免的成本^[21]。

四、补论：本文立论的当下中国语境

尽管中国大陆地区并不是一个典型的大陆法系国家，然而，滥觞于 17、18 世纪欧陆的那样一种“毕其功于一役”的理性建构式之法律发展思路却可能是所有国家中最为明显的。这个结论的得出主要是基于如下两方面的观察：一方面，中国大陆地区迄今仍没有从官方的层面承认判例的效力，而与此相对应的是，即便典型的欧陆国家其实也是部分承认判例之效力的（如法官的行政法领域）；另一方面，前些年的《民法典》以及《物权法典》的起草过程也很清楚地呈现出这个特点，当时的争议各方大体都摆出一种追求法典表述精益求精、完备无缺、具体明确之姿态来设计有关草案——俨然一副只要有一部“好”法典就万事俱备的样子。

很显然，这样的“好”法典是不存在的：因为正如前文所述，任何法典都必得仰赖运用者对法律方法的运用才能得到落实。从这个意义上讲，对当下中国——一个正处于转型期（这意味着变革的普遍性）同时又是法制建设关键时期（这意味着需要大量的立法）的国家——而言，尤有必要倡导原则性法典的制定，而非其他。^{ML}

参考文献：

- [1] 庞德. 法律史解释[M]. 曹玉堂, 等, 译. 北京: 华夏出版社, 1989: 1.
- [2] 庞德. 通过法律的社会控制·法律的任务[M]. 沈宗灵, 译. 北京: 商务印书馆, 1984: 24.
- [3] 德沃金. 认真对待权利[M]. 信春鹰, 吴玉章, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1998. 19, 18.
- [4] 诺内特、塞尔兹尼克. 转变中的社会与法律: 迈向回应型法[M]. 张志铭, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1994: 81, 86, 105, 122, 123.
- [5] 卡多佐. 法律的成长·法律科学的悖论[M]. 董炯, 彭冰, 译. 北京: 中国法制出版社, 2002: 5.

- [6] 庞德. 普通法的精神[M]. 唐前宏, 廖湘文, 高雪原, 译. 北京:法律出版社, 2001: 128.
- [7] 谢晖. 法律的意义追问——诠释学视野中的法哲学[M]. 北京:商务印书馆, 2003. 72.
- [8] 卡多佐. 司法过程的性质[M]. 苏力, 译. 北京:商务印书馆, 1998. 103.
- [9] 拉德布鲁赫. 法学导论[M]. 米健, 朱林, 译. 北京:中国大百科全书出版社, 1997: 71.
- [10] Geoffrey Samuel, *The Foundations of Legal Reasoning*, MAKLU, 1994, P. 60.
- [11] 加达默尔. 哲学解释学[M]. 夏镇平, 宋建平, 译. 上海:上海译文出版社, 1994: 60, 55.
- [12] 黄金兰. 法律移植与法律全球化[J]. 山东公安专科学校学报. 2003 (1).
- [13] M. D-马蒂. 世界法的三个挑战[M] (中文版序言). 罗结珍, 等, 译 1 北京:法律出版社, 2001.
- [14] Aristotle's *Ethics*, translated by D. P. Chase, the E. P. Dutton & Co. , 1934: 135.
- [15] 博登海默. 法理学:法律哲学与法律方法[M]. 邓正来, 译. 北京:中国政法大学出版社, 1999: 232, 233. [16] 爱德华·H. 列维. 法律推理引论[M]. 庄重, 译 1 北京:中国政法大学出版社, 2002: 10.
- [17] 伯尔曼. 法律与宗教[M]. 梁治平, 译. 北京:三联书店, 1991: 45.
- [18] 哈耶克. 自由秩序原理(上册) [M]. 邓正来, 译. 北京:三联书店, 1997: 270.
- [19] 孙国华. 法理学教程[M]. 北京:中国人民大学出版社, 1994: 127, 128.
- [20] 孟德斯鸠. 论法的精神(下册) [M]. 张雁深, 译. 北京:商务印书馆, 1961. 296, 298.
- [21] 苏力. 法治及其本土资源[M]. 北京:中国政法大学出版社, 1996: 144.