

【法理学】

法理学的性质： 关于法律一般属性的讨论如何可靠

陈景辉

【摘要】通常认为,法理学是关于法律是什么的一般理论。然而,在什么样的方法论能够匹配相关理论的问题上,存在着严重的对立。其中,法实证主义者一般认为,法理学是一套价值中立的描述性理论;而德沃金认为,法理学是一套蕴含价值承诺的诠释主义理论。然而,由于描述性理论必然预设关于法律功能的评价性态度,又兼德沃金的诠释主义在价值问题上存在困难,因此,最佳的选择应该是蕴含关于形式法治这个价值的诠释主义。

【关键词】法理学;社会事实;规范事实;描述性理论;诠释主义

【作者简介】陈景辉,中国人民大学法学院教授,法学博士(北京 100872)。

【原文出处】《吉林大学社会科学学报》(长春),2019.4.62~77

【基金项目】国家社会科学基金重大项目(17VHJ008),国家社会科学基金重大项目(11&ZD077)。

经过改革开放以来四十余年的努力,中国法学取得了一些重要的进步。其中之一,是由对法律较为直觉式的讨论,转向了带有明显反省性质的“真正研究”。法学家开始有了越来越明显的方法论自觉:他们透过对自身学科基本属性的不断讨论,确定了至少在其看来最有力的前进方向并照此展开具体的研究工作。方法论的重要性在于:正确的方法论虽然不一定保证你肯定完成任务,但是错误的方法论会使得你一定完不成任务。所以,每个学者和每个学科在研究的开始部分,就担负着“证明自己的方法论是可行的”这个任务,这可能是区分“民科”与科学、“民哲”与哲学、“票友”与专家的主要标准。

方法论自觉的明显结果是:部门法学者——尤其是公法、私法和刑法学者,基本上确定了本学科“法教义学”的基本性质,然后沿着法教义学的基本规划和要求大踏步地前进。甚至,除了少数的例外^[1-2],他们已经不再关心“法教义学为什么是正确的方法论”,因为那是理所应当的、不可置疑的前提^[3]。

这个话题留给了法理学者,一个想当然的原因可能是:他们在部门法的具体内容上知识有限,看起来就只能讨论这些抽象的话题。然而,真正的原因是:法学的性质及其方法论这个话题,由于具备一般性,原本就是一个法理学性质的话题。因此,部门法的性质,原本就是个法理学的话题。除此之外,法理学者还需要面对另一个方法论的话题:法理学的基本性质,因为,要想成功完成“说明法律的一般属性”的法理学任务,同样需要以可靠的方法论为前提。

本篇文章就围绕后一个方法论的问题而展开。我将在第一节中,说明法理学的研究对象并进而提出一些贯穿全文的规定性条件;第二节用来处理这样的问题:法学的知识属性要求将法律视为某种事实,那么法律最应当被视为哪些种类的事实;第三节和第四节是批判性的,分别用来讨论与社会事实和规范事实匹配的方法论及其缺陷;第五节是建构性的,它用来初步提出一种以法治作为法概念的独特主张及其可能性;最后,是一个包括交代下一步工作

方向的结论。

一、法理学的任务:这为什么是个难题

无疑,法理学是法学领域中最具有争议性的学科,甚至就在法理学的学科基本任务这一点上,也会存在着非常实质的争论。所以,研究者必须小心翼翼地去寻找讨论的坚实基础,否则那个看法就会或多或少变得独断。至少,一个可靠的前提是:如果承认法理学在法学中具备独特的重要性,那么它就不能被等同于关于法律的理论讨论。否则,其他法学学科就没有存在的余地了,因为它们也同样是关于法律的理论讨论;而且,法理学的独特重要性也会消失殆尽。因此,法理学一定是关于法律的理论讨论,但是关于法律的理论讨论并不都是法理学,它可以是不同于法理学的刑法学、民法学、宪法学等等。那么,法理学是一种什么样的、独特的关于法律的理论讨论呢?

有两个看起来类似但还是存在着实质差别的答案:1)法理学是关于法律之一般性质的讨论;2)法理学是关于法律的一般理论。显然,答案1是关于法理学的研究对象,答案2是关于法理学的理论性质。它们具备不同的区分性效果。答案1蕴含着如下主张:法理学研究的对象是一般法(law)而不是个别法(the law),所以它要面对的问题是“法律是什么”(What is law)或者“法律的性质是什么”(What is the nature of law)。因此,在这种理论之下,无论是特定国家的法体系——例如美国法体系,还是任何法体系普遍拥有的具体法律制度——例如公法、私法或刑法,都不是法理学研究的对象。说它们不是法理学的研究对象,并不意味着它们不值得研究,而只是说相关讨论并不是法理学的任务。然而,答案2蕴含的主张是不同的:法理学所提供的理论具备一般性的特征,而不是个别性的。这里的一般性其实就是普遍性,即这个理论适用于所有的法体系,而不是只适用于特定的法体系。因此,已经被答案1排除的那两个部分,仍然能够成为法理学的研究对象,因为从关于美国法的讨论中可以得出一般性的理论,关于公法、私法或刑法的讨论也能获得普遍性的答案。^①例如对于死刑存废这个所有法体系都关心的问题,死刑的正当性讨论由于是一般化的,所以就是法理学讨论的

对象;但是死刑与特定国家的民族特性、社会状况与权力结构之间关系的讨论,由于不具备普遍性,所以就不是法理学的讨论对象。因此,答案2要回答的是“特定法律问题背后的一般性主张是什么”。

刚才这个仍显粗糙的讨论,有三个方面值得进一步的说明:

第一,这说明了法理学的讨论为什么是独特的,因为其他关于法律的理论研究——尤其是法教义学,或者是围绕着个别法展开的,所以中国的法教义学明显应当不同于德国的法教义学;或者是围绕具体国家特定法律制度展开的,中国的土地制度明显跟社会主义公有制有关系。无论是根据答案1还是答案2,这些讨论都不会是法理学,因为它们都是关于个别法(例如中国法)的个别理论(所以无法适用于美国法体系和法律制度)。但这个讨论仍然是重要的,因为生活在特定法体系或者具体法律制度之下的人们,他的权利、义务和法律所能提供的保护,都严重地受到那个法体系和具体法律制度的影响。而法理学并不提供个别理论,它要提供的是一般性理论。这个理论或许不像个别理论的实践意义和实践效果那么明显,但至少它的认识论或知识论的价值(epistemic value)是一目了然的:你怎么可能在不知道法律是什么的基础上,展开关于法律的讨论?

第二,如果将答案1和答案2合并处理,那么将会得到关于法理学的最广义的定义:法理学是关于法律的一般理论。因为答案1所提供的一定也是关于法律的一般性理论,理由在于:一个关于一般法而不是个别法的理论,必然也是一个关于法律的一般性理论。赘言之,答案1提供的是关于一般法的一般性理论,因为关于一般法的理论本身,就是适用于所有法律的一般性理论,否则就称不上是针对一般法的研究了。因此,答案2看起来就获胜了。这表明,一个关于法理学的比较稳妥的定义,就是“法理学是关于法律的一般理论”。不过,由于“法律的性质是什么”与“特定法律问题背后的一般性主张是什么”仍然可以明确区分开来,所以理论家经常将答案1叫做法哲学(legal philosophy),而将答案2叫做法理论(legal theory)^②,它们合在一起构成了关于法理学(jurisprudence)的完整图画。

第三,虽然刚才的看法获得了普遍接受,但是答案1的重要性仍然值得额外强调。这是因为,答案2所提供的一般理论,可能是关于法律的政治理论或道德理论,而未必一定是关于法律的“法律理论”。这段可能令人疑惑的表达实际上是在说明这样一件事情:如果承认法律是关于公共事务的规范性标准,那么它就与政治理论(公共事务)和道德理论(规范性标准)存在复杂的关系。这有两种可能性:其一,在不预先考虑法律条件下,做关于政治理论和道德理论的讨论,例如一个社会制度如何是正义的或者尊严的含义是什么,这类问题就是纯粹的政治问题和道德问题。^[4]其二,法律领域遇到的难题超越了实在法体系的范围,必须借助政治理论和道德理论给出回答,例如何种税制是公平的这个法律难题,不借助后两种理论来说明是不太可能的。当然,不能认为前一种情形与法律没有任何联系,但是这种关系仍然只是间接的;它们最多只是关于法律的政治理论和道德理论,而并不必然是一套法律理论。但是,后一种情形却非如此,法律始终在这个讨论中扮演重要的角色:它由法律问题引发,其答案也要回到法律中发挥影响;所以,你当然可以说这始终还是政治理论和道德理论,但至少它是法律理论。

显然,无论法理学是一种什么理论,它的法律理论的性质都是不可动摇的。因此,法理学就以后一种方式与政治理论和道德理论打交道,并且由于政治理论和道德理论是一般性的,这个法律理论也将是一般性的,所以能够区别于其他的关于法律(个别法)的理论讨论。必须注意,在这个讨论中,有一个重要的问题将会呈现出来:要想保持它的法律理论的色彩,就必须同时思考“法律是什么”或者“法律的性质”的问题,因此答案1的重要性同时出现:答案2所指明的方向,必然同时蕴含着答案1的存在;也就是说,答案1在法理学的讨论中始终扮演着重要的角色。总而言之,法理学即使被定义为“关于法律的一般理论”,但是“法律的性质”这件事情始终不可或缺。于是,就存在两种不同的法理学讨论:其一,只讨论“法律的性质”(答案1)的法理学;其二,同时涉及答案1和答案2的法理学,也就是说,在借助政治理论和道德理论回答法律难题的时候,还需要同时关

注“法律是什么”这件事情。

由于“法律是什么”这件事情(答案1)始终存在,法理学者就不得不对此给出看法。显然,给出看法是非常简单的,关键的问题在于:这个看法如何是可靠的,以至于能够被视为一种知识,而不是研究者个人或所属群体的意见。就像教徒会认为法律是上帝(或别的神的)意志的体现,这个看法当然值得尊重,但真正的难题在于,它如何成为异教徒和无神论者在理性上应当接受的看法。一个看法能够被称得上是知识,它就必须获得可靠的根据,以至于不接受它就是不理性的。一个对自然科学这个最成功的知识类型的模仿是,知识必须与“事实”相一致。然而,也正是在这里,法理学遇到了巨大的挑战:部门法学由于与实在法体系的一致,至少表面上很容易获得知识的地位,因为特定实在法的存在及其内容是个再明显不过的事实;但是以一般法为研究对象的法理学,一般法本身显然是个抽象的对象,那么这个抽象的对象是否为事实?如果不是,那么法理学所供给的看法凭什么还是可靠的呢?法理学是知识吗?这个问题,是摆在所有法理学者面前的一个巨大的首要困难,如果不能发展出一套可靠的方法论,法理学要么就是空谈,要么只是研究者的个人看法而已。无论最终的结论是哪一个,都会严重摧毁法理学的学科正当性,法理学者必须慎重对待。

二、法律是一种什么样的事实

为避免关于法律^③是什么或者法律性质的讨论最终变成空谈,看起来唯一可取的做法,就是将作为抽象客体的一般法当做某种事实来对待。但是必须将法律视为一种事实,那么就意味着法理学所关心的是“法律实际是什么”而不是“法律应当是什么”的问题^④,对后一个问题的回答最容易因人而异。一旦确立了这个前提,紧接着再确立一套相关的可靠研究方法,那么就可以获得一套关于“法”的知识,法理学也就因为供给了关于“法”的知识而不是“个别法”的知识,全面获得了学科上的独立性和重要性。但是,刚才这些说法都非常粗糙,每个主张都需要进一步的分析:第一,法是一种什么类型的事实?第二,与之相关的研究方法是什么样的?

理论上讲,法律可能被视为以下四种类型事

实当中的某一个:语义学事实(semantic facts)、自然事实(natural facts)、社会事实(social facts)与规范事实(normative facts)。其中,所谓语义学事实,指的是法律被视为一种语言现象,因此对于法律的研究就相当于去讨论法律这个语言现象的存在条件,例如各种法理学教科书中对法律的词源的讨论,以及对法律下定义的做法,都是这种语义学方式的明显体现。所谓自然事实,指的是法律被当做水、老虎这样的自然现象,对这样的自然现象的讨论,就等于对其“要素”的讨论,例如水在要素上是H₂O、老虎拥有独特区别于其他动物的DNA等等。所谓社会事实,指的是法律被视为一种取决于特定社会民众的行为习惯与态度的集体性事实,例如法律就是统治阶级的意志,是用来压迫被统治阶级的工具。所谓规范事实,指的是法律是一种本身包含特定价值并敏感于这个价值的事实。例如“法律代表正义”这种直觉的判断就是如此,如果特定法律未能满足正义的要求,那么它的法律属性就应当受到质疑。

法理学者在一开始就要明确:一旦你承认法律是一种事实,那么它到底是其中的哪种事实。参照长期以来的讨论成果,“法律是一种语义学事实”的看法将会最先被排除。最有力的反驳理由是哈特给出的:如果将法律视为一种语义学事实并且“法律是什么”一开始就是个争议性的概念,那么就需要给法律下一个恰当的定义。然而,由于定义一个语词的标准做法是“属+种差”,由于法律是被定义的对象且存在争议,显然,作为更加抽象的“属”的概念必然更加富有争议,而且作为区别于类似概念的“种差”标准同样也是争议性的。因此,在面对“法律”这个争议性概念的时候,借助两个更加有争议的标准,显然是徒劳无功的。^{[5]13-17}所以,这必然得出一个否认法律是语义学事实的结论:“法律是什么”或者“法律的性质”这件事情,无法等同于讨论“‘法律’一词的含义”(the meaning of “law”)^[6]的做法。因此,法理学并不是关于“法律”的语义学分析,法理学并不是一套语义学主张。

“法律作为自然事实”^⑤的主张同样会遇到巨大的麻烦。用德沃金的方式来说,最简单的反对理由是:由于必须承认法律所拥有的规范性(normativity)

的性质,而且像自由、正义这样的规范性概念不取决于事实性标准,因此法律不可能像老虎一样拥有DNA。用复杂的方式来说,这个主张会遭遇后设伦理学(metaethics)“自然主义谬误”(natural fallacy)的挑战。所谓自然主义的谬误,指的是“善/好”(good)这个价值判断所具备的属性,并不是如同“黄(色)”(yellow)的自然属性一样,是能够被人类的感官所发现的事物,所以它必然是一种非自然的性质,也就无法由自然主义的方法论所能获得发现。同理,法律本身所拥有的“规范性”也是评价性的,因此它必然是一种非自然的性质,自然主义的方法论同样无法与此匹配。^{[7]343-351}此外,一个补充性的、较弱的反对理由是:法律作为一种人造物(artifact),在性质上非常有可能不同于自然事物。

当然,对以上两种看法的否定,还需要更加详细的讨论。但由于学术界已经大致达成了共识,并且我也认为刚才的批判思路是非常可靠的,因此暂且在此打住。于是,基本上可以合理地说,如果法律是一种事实,那么它要么是社会事实,要么是规范事实。接下来,我将转向讨论与这两种事实匹配的方法论,大体上会是怎样一副模样。必须注意,方法论的讨论并不是附着于法律是什么这个实质问题的,它们是相互决定的关系;也就是说,如果方法论不可行,那么就没有理由将法律视为那个方法论所针对的对象。现在,让我首先回应一个一直遗留下来的核心问题:有什么理由将法律视为一种事实?

从经验上来讲,每个国家或者每个独立的政治实体均拥有一套法律体系,无论它表现为成文法还是判例法。并且,这套法体系包含着很多具体的内容且各个国家会规定不同的内容,例如中国高速公路的最高限速一般是120公里,而美国通常是75英里。如果将前一个部分叫做法律的“存在”(existence of law),将后一部分叫做法律的“内容”(content of law),那么无论是法律的存在还是法律的内容,都是毋庸置疑的事实。^{[8]225-229}当然,它们都不是终极的事实,因为法律的存在和内容还需要依赖于其他的事实^{[9]25-27},例如“这来自立法机关的决定”这个事实。然而,后面这个事实也不是终极的,因为立法机关的决定又取决于“存在赋予其权力的宪法”这个事实。

依次追问的结果,将会回到两个相互竞争的最终答案:第一,这个终极事实是个社会事实,即法律的存在和内容取决于特定社群之多数民众的行为和态度。拉兹给出了精确的说明:“法律的存在和内容就是个社会事实,它与道德或其他价值之间的联系是偶然的或不稳定的。”^{[10][210]}这就是法实证主义者(legal positivists)的核心主张。第二,这个终极事实虽然表面上是个社会事实,但是它实际上是个规范事实。也就是说,在社会事实中可以发现能够呈现出法律事实^⑥之最佳面的价值或原则,因此它就不再是个纯粹的社会事实,而是一个必然包含价值的规范事实。这就是反法实证主义(anti-positivism)^⑦的基本想法。

上述讨论依照的是这样的推理过程:第一,只有将法律视为一种事实,法学才有可能获得知识的属性;第二,同时存在语义学事实、自然事实、社会事实和规范性事实这四种事实类型;第三,由于语义学事实和自然事实存在巨大的困难,因此它们均不是法律这种事实的恰当表现形式;第四,法律要么是社会事实(法实证主义),要么是规范性事实(反实证主义)。当推导到这一步,就会引发两个关于法律是什么或者法律性质进一步的争论:其一,实质问题,即法律是社会事实还是规范事实;其二,方法论问题,分别与社会事实和规范事实匹配的方法论是什么。文章的开始就已经表明,所要处理的主要是方法论问题,因此接下来我将集中在这个问题;并且,这样的做法实际上也能影响到实质问题的讨论:如果特定方法论是错误的,那么那个实质主张就必须获得某种方式的修正。

三、方法论的难题 1:描述主义可能是价值中立的吗?

让我从法律是一种社会事实开始。显然,如果法律的存在和内容取决于特定社群之多数民众的行为和态度,那么这其中并不包含特定的道德或者价值;或者更精确地说,即使它的确可能同特定道德或者价值存在某种联系,但这种联系也是偶然的。因此,研究者就不能将那种特定的价值带入到对法律的研究之中,因为对某事物之一般性质的讨论,其实等于去讨论该事物“必然拥有”的性质,而不是偶然

拥有的性质,否则就会从“一只只会算数的狗”这个偶然事实,得出“狗这类生物是理性生物”这个必然性的荒谬结论。因此,在最一般的意义上,与社会事实匹配的方法论必然是描述性的(descriptive),所以法理学就被视为一套描述性的理论。请注意这里的表达,描述性理论并不等于对同法律有关的事实性因素的总结和归纳:这里所谓的“描述”,精确来说,就是“价值中立”(value-free)的意思,它的对立含义是“价值负担”(value-laden),因此这必然与法律的经验研究(empirical legal research)存在性质上的不同。所以,虽然哈特将自己的理论笼统称为“描述社会学”(descriptive sociology)^{[5][VI]},但该理论只是个价值中立的描述性理论,跟作为经验研究的社会学是完全不同的^[11]。

“描述性理论”这个名词,只是用来表达与法律作为社会事实相匹配的方法论的整体性质,但它并不是具体的操作方法。具体的操作方法,被叫做化约论或者还原论(reductionism)。^[12]笼统来说,化约论能够区分为两种基本类型^⑧:语义化约论,即一个语词的含义能够被化约为另外的一个或一套语词来表达。例如“法”可以被化约为“水”“去”和“鳶”这三个部分,于是“法”的含义就由这三个部分的含义来决定。^⑨另一种是形而上学或者构成性的化约论(metaphysical or constitutive form of reductionism),即一种独特的现象实际上是由其他一些更基础的现象所构成,因此该现象就可以完全还原为那个更基础的现象。^{[13][216]}具体来说,现代法理学的奠基人奥斯丁(John Austin)就是依照化约论,将法律化约为“主权者颁布的、以惩罚为后盾的命令”;同理,虽然哈特非常不满意奥斯丁的理论,但他同样是在化约论的方法论引导下,将法律化约为“初级规则与(作为社会规则的)次级规则的结合”。紧接着,还是在同样的方法论指导下,至少早期的拉兹将法律化约为“主张自己正当的事实权威(de facto authority)”,夏皮罗将法律化约为“社会计划”(social plan),等等。

由于化约论只是描述性理论的具体化,因此它也必然要保持价值中立的形态。此时,就有一个严重的问题出现了:理论家依照化约论会得出不同的看法,那么这是为什么?并且,这些相互竞争的看法

有优与劣吗?显然,如果化约论针对的是自然事实,那么这些相互竞争的看法其实是存在优劣的。例如,老虎这个自然事实,可能被早期的生物学家化约为“四爪、有花纹、头顶有‘王’字的猫科动物”,而现代生物学家发现老虎这种生物拥有的某种独特DNA,而且,显然其中有一个看法(后一个)是更优的。用抽象一点的方式来说,一个化约论成功标准在于:1)关于研究对象的命题是必然为真的,老虎是头戴王字的猫科动物、老虎有独特的DNA这都是真的命题,因为它们与老虎这个自然事实所拥有的特征一致;2)它们说明了研究对象是什么,例如头戴王字的猫科动物是老虎或者有某种独特DNA的生物是老虎。^{[14]17}显然,如果DNA能够更好地说明老虎的生物特性,那么这就是更好的学说。那么,法理学可以直接运用这样的标准吗?这有困难,主要是在一开始就否认了法律的自然事实的性质,而条件1中的“真”显然是跟自然事实一致的意思,这就导致法理学不太容易直接按照这个方式来展开。但是这个部分的性质,在过去的讨论中并未获得足够的重视。尽管哈特还是很直接地认为,自己的理论优于奥斯丁,拉兹、夏皮罗等人,也认为自己提出了一套优于其他人的化约论。但他们为什么认为自己的理论更优?或者说,存在判断谁的理论更优的客观或事实性的标准吗?显然,他们不能如同自然科学家一样动用事实性的标准,否则就会违反社会事实这个事先就获得肯定的主张,反而支持法律是一种自然事实这个错误的看法。那么他们会动用什么样的主张呢?

在我看来,他们基本上都动用了一套关于法律功能的看法。^{[15]1-14}例如,哈特认为自己的主张之所以优于奥斯丁,是因为奥斯丁忽视了一个法律最重要的性质:法律存在之处,人们的行为不再是任意性的而是义务性的^[16]——法律拥有规范性,要理解这一点,那么就必须承认法律的主要功能是“在法院之外,法律以各种各样的方式被用来控制、引导和计划我们的生活”^{[15]40}。奥斯丁的以惩罚为后盾的主权者的命令,并不能够匹配法律的规范性主张和法律功能的主张,因此被哈特认为是错误的。而拉兹之所以认为哈特的理论是错误的,也是因为在在他看来,法

律的规范性必然是真正的规范性——法律所提供的是一种道德理由,而哈特的理论无法与这个性质匹配^{[16]56-58};法律规范性的独特之处在于,法律有能力主张自己的权威(事实权威),以便确保行动者按照正确理由行事。法律指令因为是法律的要求而非因为它在道德上的优点,就应当被视为法律,否则就与法律是事实权威这个性质矛盾。^{[10]215-220}所以,拉兹认为法律就应当被化约为事实权威,而不是哈特主张的社会规则。夏皮罗的社会规划理论则认为,由于现代社会是高度多元化的这个事实,社群成员拥有不同的基本信念和价值,这会导致社群成员之间的疑虑与分歧,进而引发社会成本和合作困难之类的风险,这些背景就成为如何使得社群成员生活在一起的“合法性环境”。因此,法律的目标或功能就在于弥补合法性环境之下其他计划的缺陷。于是,法律制度通过解决那些非法律手段不能解决或不能有效解决的社会问题,从而使得社群能够克服共同体生活的复杂性、争议性和专断性,所以法律就是一种社会计划。^{[9]171}

简单说,以上诸位都是通过先确定“法律的功能或目标”,然后再去讨论自己的理论如何跟这个功能或目标更好地匹配,而他人的理论因为匹配的不那么好或者根本就不匹配,来获得优势地位或者干脆主张他人的理论是错误的。^⑩现在就可以发现,服务于法律作为社会事实的描述主义方法论,实际上由两个具体的部分组成:其一,确立法律的功能或目标;其二,化约论。同时,还需重复强调,描述主义要想成功,就必须要保持它价值中立的基本立场,否则就会与社会事实这个主张矛盾。如果说化约论的价值中立的色彩是非常明显的,那么,“确定法律的功能或目标”还能是价值中立的吗?如果不是,描述主义的方法论就存在问题,法律作为社会事实的基本看法就需要被仔细反省。

在角色上,“确定法律的功能或目标”这件事情,就相当成功条件1中的“事实”,所以法律是社会规则、法律是事实权威、法律是社会计划等等命题,因为与这个事实一致,所以为“真”。然而,问题也正出在这里:法律的功能或目标是个事实吗?它显然不是自然事实,否则就会得出一个已经被抛弃的主张:

法律是自然事实。它还可能是怎样的事实呢?如果接受价值中立与价值负担的二分法,同时又接受道德和价值的二分,并且将价值负担明确定义为道德负担(morality-laden),那么就会有两种可能的支持价值中立的辩护思路:非道德价值的认识论价值(epistemic value)与非道德评价的间接评价(indirectly evaluation)。

所谓认识论价值,主要是一种理论性的价值,即在理论建构和理论选择时所遵循的价值,所以它不同于在实践推理中关于如何生活得好、人们负担什么样的义务之类的道德价值。它主要是表现为Dickson所主张的简明(simplicity)、完备(comprehensive)、清晰(clarity),或者Leiter所主张的证据充分、简明、说明上的一致等等。^[1]很好理解,这些性质虽然也是值得追求的某种价值,但是它们显然不具备道德属性,所以不是道德价值,法律作为社会事实的主张就会成立。然而,非常明显的是,法律的功能或目标这件事情本身,肯定跟认识论价值没有关系,因为只有担负对这件事情进行“说明”的理论任务时,它们之间才是有联系的。但此时需要关注的,并不是对于这件事情的说明,而是关于“法律的功能或目标之特定说法是否成立”这件事情本身,这根本就不是理论本身,而是理论所针对的对象,还是个评价性的任务。所以,这个方向的努力,并不能挽救描述主义价值中立的主张。

间接评价又如何呢?一般而言,所谓评价,就是将某种价值归于一个被评价的对象。在类型上,通常可以将评价区分为道德评价或者直接评价与间接评价或者非道德评价。前者例如,助人为乐是(道德上)好的;后者例如,努力工作是重要的。^[2]“X是好的”与“X是重要的”显然是不同类型的评价,否则就会导致“由重要推导出(道德上)好”的错误结果。^{[175]-54}例如,对于屠宰这件事情而言,“锋利的刀”的确是重要的,但却不能由此得出锋利的刀“是(道德上)好的”这个结论。^[18]同理,“法律是重要的”与“法律是(道德上)好的”就成为不同类型的评价,并且如果法律功能或目标就等于在强调“法律是重要的”,那么它就不是非道德评价的间接评价,于是描述主义价值中立的要求就在较弱的意义上实现了。

当然无法否认,在谈论法律功能或目标时,其实也就是在谈论“法律是重要的”。但是,在法律的功能或目标与法律的重要性之间,还是存在明显的差别:前者显然是个较厚概念(thicker concept),而后者是个较薄的概念(thinner concept);也就是说,前者除了法律的重要性之外,还有其他的内容,只有它才能面对这样的问题:法律为什么是重要的?所以,哈特说法律控制、引导和计划我们的生活,拉兹说法律以事实权威的方式扮演着正确理由与行动者之间的中介,夏皮罗说法律是解决合法性环境之困境的社会计划,如此等等。显然,这些作者都在法律的重要性之外,给出了更多的内容;并且,这些更厚的部分,并不能够被间接评价所容纳。如果它们不是间接评价,就只能认为它们是直接评价,也就是道德评价。如果这就是唯一的结果,那么描述主义价值中立的基本主张就会破产,化约论也就成为附随在道德评价之上的具体举措而已。

四、方法论的难题2:诠释主义是一套“法律”理论吗?

从前面的讨论可知:1)讨论法律是什么,就等于讨论决定法律的存在和内容的终极事实;2)描述主义的缺陷表明,理论家必须预设关于法律功能的道德判断。于是,“规范事实是决定法律的存在和内容的终极事实”的看法,至少在表面上就会成立。并且,由于规范事实之中包含着特定价值,因此与它匹配的研究方法就不会是价值中立的,而是一种价值负担的诠释主义(interpretivism)。^{[19]13-19}也就是说,虽然都是为了阐明研究对象的意义,但诠释是与说明(explanation)^[9]性质不同的活动,前者包含价值,而后者是价值中立的。

德沃金的理论努力,是诠释主义迄今为止最全面、也是最成功的主张。在他看来,法律的存在和内容这个法律事实之中必然蕴含价值,因此法律将是一种“诠释性(interpretive)实践”。也就是说,由于法律的存在和内容不但为事实,而且还是一个蕴含价值的事实(规范事实);于是,诠释性实践并不会固守它最初的样子,而是敏感于其中的价值:因此,不但对该实践的理解要联系该价值才有可能,而且该实践也会基于对该价值的理解而发生某种变化。^{[20]47-48}

例如,家庭就是一种敏感于价值的诠释性实践,如果不联系其中蕴含的价值,那么它就无法区别于其他由两人或多人组成的实践,例如读书会;同时,对于家庭价值的不同理解,将会改变家庭的实践,所以其中的夫妻关系可能由不平等变得平等、从多妻制走向一夫一妻制。

于是,这必然是一种建构诠释(constructive interpretation):透过赋予特定实践以价值,使该实践呈现出它最佳的样子。^{[20]50-53}这表明,以目的为中心的建构诠释将由两个方面构成:第一,“符合”(fit)的面向,即被赋予该实践的价值必须是符合该实践的,否则这个价值的赋予就是随意捏造的,例如你不能将“勇敢”这个价值赋予家庭。第二,“最佳证立”(the best justification)的向度,即被赋予的价值能够使得该实践以最佳的方式展示出来。^{[20]65-68}于是,原本蕴含在诠释主义背后的那个关于知识属性的疑虑,将有可能初步回应:不同的人可能会将不同价值赋予同一实践,然而一方面,这个价值必须是符合该实践的,否则它在适格性上就有问题;另一方面,只有呈现出该实践之最佳面的那个价值,才是正确的或真的。

当然,“如何才算得上是最佳”始终还是一个問題,我一会儿再回到这里。先让我用文中的概念重组德沃金的论述。由于理解法律的存在与内容这个事实,必然涉及法律功能的价值判断,于是这个价值将成为理解法律的关键,所以价值中立的描述主义就是错误的。与此同时,这个价值一方面必然符合法律的存在和内容,另一方面又是对于法律功能的最佳证立。对于法律功能这件事情,德沃金给出了明确的回答,即法律的存在和内容作为过去政治决定之结果,它为现在政府强制性权力的运用提供了证成。^{[20]93-96}这并不是说,法律的存在和内容为政府的强制提供了证成,而是说同时满足符合和最佳证立这两个条件的那个价值,才能提供证成。因此,对于法律的理解并不是字面意义的或规则手册(rule-book)式的,而是一种道德的阅读(moral reading)。这个价值就是“原则一贯性”(integrity),它是与公平、正义和程序正当并列的第四种政治道德(political morality)。

到此为止,德沃金的诠释主义方法论及其结论

就得到了完整、但仍非常抽象的呈现。接下来的任务,就是去检验这套方法论的成立与否。显然,成立与否主要依赖于符合与最佳证立这两个标准。刚才,我已经在知识属性的意义上,说明了这两个标准的重要性,但是那个结论是有多余的:我只说它可以“初步回应”知识属性的疑虑。这是因为,一旦有多个适格的价值可以被赋予同一个实践,并且这些价值之间是不可比较的或者不可度量的,那么最佳证立的要求就会破产。这就是价值多元论者所持有的立场,他们也经常从这个角度来质疑诠释主义的有效性。^{[21]279-291}

德沃金当然知道这个批评的关键性,所以他在后来发展出一套关于“价值一体”(the unity of value)的宏大学说以作回应。它包括两个主要的命题:第一,价值判断是有客观性的或者是有真值的(truth),即使表面上看起来不可比较或不可度量的价值冲突也是如此。第二,这些表面上看起来相互冲突的价值,实际上是结为一体的(integrated),因为它们是相互支持并相互决定着另一方的意义的。^[22]显然,这两个命题的成立与否,决定着诠释主义的成功与失败。不过,这篇文章将会忽视在这个方向上的反对,一方面是因为这个问题过于巨大,涉及道德哲学和政治哲学的根本问题;另一方面,是因为存在一个更直接也更有效的批判思路。

再次回到符合与最佳证立这两个标准。除了知识属性之外,这两个标准更重要的地方在于,它们共同决定了德沃金理论的性质,即它是一套法律理论,而不是纯粹的政治理论或道德理论;也就是说,德沃金的这个努力就是用来回答“法律是什么”这件事情的。^④因此,如果原则一贯性这个价值,不是来自法律的存在和内容(不满足符合的标准),即使它是最佳的,但这仍然不是一套法律的理论(theory of law),而只是一套关于法律的理论(theory about law)。这将是接下来的主要批评思路。

我将从一个大致真实的情况入手。由于我国《婚姻法》中使用了“男女双方”“夫妻”这样的表述,由此可见,这部法律对同性婚姻表达了明确的反对态度。显然,因《婚姻法》是全国人大通过而生效的法律,所以它的存在是个事实;而且,蕴含“男女双

方”“夫妻”之表述的条文是法律的内容,它们也是个事实。依照德沃金的看法,婚姻法的实践是其中必然蕴含价值的诠释性实践。现在,假设一对同性恋要求婚姻登记机关予以登记,但是登记机关基于婚姻法而拒绝。这个拒绝的举动,显然不仅仅因为婚姻法的内容而单独成立,它必然蕴含着以现行婚姻法之价值或婚姻的价值来辩护这个决定的部分,这正是它作为价值性实践的突出特征。再让我接着假定如下看法已经获得了充分的论证优势:婚姻的价值不在于生儿育女(假设《婚姻法》就是这样看待婚姻的价值),而是“两个人相互向对方全面敞开”的独特亲密关系。因此在概念上,婚姻能够区别于友谊这种人为关系以及父子这种自然关系;同时,这也意味着,婚姻也不应当仅限于发生在异性之间。现在的问题是,应该以什么样的方式将婚姻的价值和《婚姻法》结合起来,以面对同性婚姻的请求?

有两种方式。第一种看法的支持者表达了如下保守的姿态:我承认婚姻的价值不在于生儿育女,否则丁克家庭或老人再婚就缺乏正当性,所以婚姻就是两个人之间的独特亲密关系。然而,这只是一个跟法律“应当是什么”有关而与法律“实际是什么”无关的价值判断。^[23]一旦回到《婚姻法》,“男女双方”“夫妻”之类表述存在的事实意味着,除非以合适的方式修改了婚姻法的内容,否则就只能支持拒绝登记的做法。第二种看法的支持者表达了更为积极的态度:《婚姻法》是关于“婚姻”的法律,虽然使用了“男女双方”“夫妻”之类的表述,但由于婚姻的价值就是保护两个人之间的独特亲密关系而非生儿育女,因此对《婚姻法》的理解(婚姻法的要求“实际是什么”)必须依照这个价值而做修正;所以,拒绝登记的做法,不但在价值上有欠缺,而且也是不合法的。

以德沃金的方式来看,第一种看法虽然表达了对婚姻价值的尊重,但还是首先应当放弃,因为它对价值的尊重并未与它对法律的看法结合起来。也就是说,它依然将法律的存在和内容当作一个跟价值无关的社会事实来对待,从而违反了诠释性实践必然蕴含价值的主张。更精确的表述是,它满足了“符合”的要求,但未能满足“最佳证立”的要求。那么第二种看法会是德沃金认同的吗?看起来他会接受,

因为这个看法一方面肯定了独特亲密关系这个最佳证立的价值,另一方面又符合了《婚姻法》中的“婚姻”这个表述——这个价值是关于“婚姻”而不是友谊的价值。尽管这个看法还是不符合“男女双方”“夫妻”之类的表述,但该价值的意义也正是发生在这里,它使得婚姻的实践由此发生改变,所以这是真正敏感于价值的实践。这一切看起来都很自然,但这个看法是成立的吗?

必须注意,这其中存在两种不同的符合:抽象的符合与具体的符合,它们对于价值的获得提出了不同的要求。所谓抽象的符合,是指备选价值只要符合特定法律的话题就足够,而无需符合“男女双方”“夫妻”之类的表述;换言之,它只需符合法律的存在,而无需符合法律的内容。例如,对《婚姻法》的符合,只要符合“婚姻”这件事情就会满足要求。这种做法会将所有关于婚姻价值的讨论全部带入关于《婚姻法》的讨论中,并且更重要的是,这些价值还会产生实践效果——决定着《婚姻法》的要求实际是什么(而非应当是什么)。所谓具体的符合,是指备选价值必须同时符合法律的具体内容,而不仅仅只是符合法律的话题;换言之,它既需要符合法律的存在,也需要符合法律的内容。^⑤在这种理解下,对《婚姻法》的符合,就需要符合“男女双方”“夫妻”之类的表述,而不只是符合“婚姻”这件事情。所以,它只将那些满足上述表述的价值带入《婚姻法》的讨论中,来决定“婚姻法是什么”这件事情;而关于“独特亲密关系”的讨论,由于不满足这个条件,就成为关于“婚姻法应当是什么”的讨论。

总结而言,由于抽象的符合只需要符合法律的存在,因此它可以将所有关于价值的讨论带入进来,并从中确定最佳的那个价值;由于那个最佳价值未能符合法律的内容,所以它必然是“理想的价值”(ideal value),并被排出关于法律是什么的讨论。相应的,由于具体的符合要求备选价值同时符合法律的存在和内容,那些不符合法律内容的价值就首先被排除,于是适格价值中的最佳价值最多只是个次佳价值,也就是非理想的价值(non-ideal value)。^[24]因此,抽象的符合与具体的符合,是两类属性完全不同的活动;理想的价值与非理想的价值,也是两类不

同类型的价值。

于是,德沃金的诠释主义就遇到了一个严重的挑战:由于建构诠释是“创造性”(creative)的^{[20]50},因此他看起来就必须反对具体的符合,而只能支持抽象的符合。然而,也是在这里,德沃金的讨论遭遇到巨大困难,这至少表现在两个方面:第一,德沃金出现了自相矛盾,因为在他看来,即使同时存在着教义性、社会学、分类型以及理想性的四种法概念,但是法理学所关注的只能或主要是教义性(doctrinal)法概念,即探讨特定法律命题的要求是什么,以及道德标准是否为其真值条件(truth conditions)的法概念。^{[23]1-5}显然,教义性法概念关注的就是法律的内容——法律命题的要求,因此具体的符合就不能被否定。第二,如果排除了具体的符合,那么“符合”这变成了一个不必要的条件,因为抽象的符合看起来太容易被满足,以至于很难被叫做一个条件;它唯一的意义就在于,只允许政治道德而不是私人道德,被纳入对法律实践的理解当中,因为法律是一种公共性的事物。如果符合只能起到如此微弱的意义,那么在分量上,它也无法与最佳证立这个条件并列;进而,诠释主义之法律理论的性质,也将全面丧失。^⑩

五、“法治”的价值与法理论的性质:一个可能的方向

上述可知,其一,无论是描述主义还是诠释主义,都支持法律是一种社会事实的主张;精确而言,诠释主义认为,法律是一种包含价值的社会事实,所以这是一种规范事实。其二,由于描述主义在说明法律的性质时,必须预设关于法律功能的特定看法,而法律功能本身是个价值判断,因此描述主义就无法保持价值中立的色彩,所以看起来就是失败的。其三,由于德沃金将法律视为一种诠释性实践,因此他的诠释主义能够匹配关于法律功能的价值判断,所以更可能是正确的。其四,由于价值判断可能就是个人的价值偏好,从而导致诠释主义失去知识的属性,于是德沃金设定了符合和最佳证立这两个条件。^⑪其五,由于符合这个条件本身有两种不同的理解,导致诠释主义会自相矛盾,而且也会丧失法律理论的这个属性。

由于我认为诠释主义更可能正确,所以接下来

的讨论还是从德沃金遇到的问题入手。刚才,已经讨论到同时存在两种符合,它们会指向不同的价值——理想的与非理想的。此时,一个非常直观的看法就会出现:通过比较理想价值与非理想价值的分量,无论最终的结论是哪个获胜,具体符合这个条件就都获得了肯定;并且,由于符合针对的是法律的存在和内容,因此这个理论之法律属性也就获得了保障。也就是说,在判断最佳证立的要求是否被满足的时候,如果只看由抽象符合而来的理想价值,那么法律的存在和内容这个事实就未获得重要性;如果最佳证立的判断,来自理想价值与非理想价值的比较,那么法律的存在和内容就在这个价值论辩中占据着重要的地位,德沃金遇到的难题就会同时被克服。

这个直观想法遇到了一个直接的挑战。就最佳证立而言,理想价值与非理想价值的比较,其结论是一目了然的:理想价值一定会获胜。这个结论,无需通过讨论不同价值的分量来获得,它由价值的性质来决定的:理想的价值必然重于非理想的价值。如果在同一个事业上同时存在着理想的价值与非理想的价值,那么理想价值扮演的就是终极价值的角色。例如在职业选择上,我将成为学者视为理想,那么考上大学这件事对特定阶段的我而言,就是具有非理想性的价值,因此考上大学的分量一定次于成为学者的价值,虽然前者通常是后者的充分条件。所以,单纯在理想价值与非理想价值之间做比较,非理想价值在一开始就输了,德沃金的困难仍然存在。

换句话说,要想能够在理想价值与非理想价值之间进行比较,首先需要保证这两种价值具有可比性;也就是说,理想价值与非理想价值原本应当处在同一位阶,以至于在特定情形中,理想价值可能压倒非理想价值,非理想价值也可能压倒理想价值。显然,非理想价值自身,不可能拥有与理想价值同样的分量。所以,有效比较的第一步,就是必须对非理想价值进行“补充”,将它的分量提升到与理想价值大致相同的程度。但问题是,以什么样的方式来补充?如何有效避免研究者将个人的价值偏好带入,以至于得出的结论丧失了知识的性质?

婚姻法的例子可以给出很好的回答。在婚姻的

问题上,“特殊亲密关系”是理想的价值,“生儿育女”是非理想的价值,于是理想价值之所以获胜就一目了然了,因为绝大多数情形的特殊亲密关系都会导致养育儿女的结果,但却无法说明丁克家庭和老年人婚姻成立的正当性。请注意,特殊亲密关系来自“婚姻(之最佳面)”这件事情,生儿育女来自“男女双方”“夫妻”之类的法律内容。很明显,此处遗漏了一个重要的部分:“法律的存在”这个事实,即存在一部以“男女双方”“夫妻”为内容的中国《婚姻法》这个事实。^⑧说它是个事实,一方面意味着,存在一部特定内容的婚姻法,这是个关于法律存在的事实;另一方面,该婚姻法规定了特定的内容,这是个关于法律内容的事实。显然,生儿育女的价值来自法律的内容,它并没有包括法律的存在这个事实所蕴含的价值。一旦能够说清楚这个价值,那么它就同非理想价值以某种特定的方式结合起来,而这个结合的分量可能不次于理想价值的分量。

关键的问题是:这是一种什么样的价值?一旦承认法律的存在蕴含着某种特定的价值,那么就等于承认“法律的存在本身具备价值上的重要性”。因为,一方面,承认一件事情是有价值的,其实就等于承认这件事情具备道德上的重要性;另一方面,法律的重要性来自自身存在这个事实(内在价值)^[25],而非来自其他的价值,否则法律的存在本身是不拥有价值的。由于法律的存在本身具有价值上的重要性,因此就要求实践者必须尊重法律的存在这个事实——是否存在这部法律,同时也要求研究者在面对法律的性质时必须考虑法律的存在这个事实。于是,这就可以理解,为什么描述主义会将法律视为一个社会事实,因为法律是否存在以及规定了什么样的内容,这都是个再明显不过的事实。但是,描述主义的问题也在于此,它忽视了“这个事实的存在本身就要求尊重”这个(内在价值的)价值性部分;换言之,是否存在一部法律以及法律做如何的规定,这些事实本身就是重要的。研究者必须在说明法律的存在价值的基础上,才有可能成功说明法律这件事情的性质。

在我看来,“法律因其存在而重要”的价值,就是“法治”(rule of law)这个价值。^⑨一旦认识到这一点,

就有两个问题立刻变得清楚起来:第一,描述主义对于法律功能的预设,其实就是关于法治这个价值的看法。在关于间接评价的讨论中,“法律是重要的”与“法律因为什么而重要”这两个问题的区分,使得描述主义不仅限于对前一个问题的肯定性态度,而且必须同时回答后一个问题,这就导致了价值中立的立场溃败。然而,一旦认识到法治这个价值,那么法律的重要性变得不证自明,并且其必然包含着这样的含义,即法律的存在本身就是重要的。这一点就足以澄清,描述主义为什么将法律的存在视为一种跟价值无关的社会事实。然而,这个看法是承认法治这个价值的结果,但这个价值必然在说明法律的性质时扮演重要的角色,这就是描述主义会犯错的原因。第二,这也说明了为什么法治这个价值加上非理想的价值,能够获得与理想价值大致相当的分量。一方面,法治的价值是适格的,因为只要存在有法律的存在,那么就会有这个价值,所以它满足了德沃金的符合这个条件,因此能够满足诠释主义的标准;另一方面,法治这个价值通常被视为一个关于法律的理想^[26],它和其他的理想价值一道,本身就处在同一层次上。具体来说,法治这个价值与非理想价值之间,形成某种 $f(x)$ 式的函数关系,即法治是 f ,而非理想价值是 x 。因此,即使非理想价值本身明显存在最佳证立上的不足,但法治这个价值使得它能够通常比理想的价值分量更重,或者理想价值至少不能轻易地凌驾于非理想的价值。因此,只有一种情况才能导致理想价值对于非理想价值的凌驾,即由法律的存在这个事实无法获得法治这个价值。然而,刚才这些讨论会遇到一个巨大的难题:法治难道不是个理想吗?如果是,那么法治所涉及的不就是法律应当是什么而不是实际是什么的问题吗?而法学所要针对的不是法律实际是什么的问题吗?法律应当是什么的问题,不是因人而异的吗?每个人对于法律应当是什么的想象难道不是不同的吗?这不正是个人的价值偏好吗?这如何来面对知识属性的挑战呢?我将给出两个论证以化解这些挑战:一个是关于形式法治(formal conception of the rule of law)的论证,一个是关于概念选择或如何确定研究对象的论证。

先来看形式法治这个论证。在法治的问题上,同时存在法治的形式观念与实质观念。对前者而言,法治的要求就是富勒所列举的那八项形式条件或者是它的某种变形:一般性、公开性、不得溯及既往、意义的明确性、不得自相矛盾、不得颁布超出人们能力之要求的规则、稳定性、官方行动与法律的一致性。^{[27]46-91}而实质法治观念,则在这些形式条件之外增加了特定实质价值:它因为讨论者看法的不同,可能从财产、契约、隐私、自治这些个人权利,到尊严和正义之类的价值,再到实质平等、福祉、社群保存之类的社会福祉,等等。^{[28]91}在我看来,由于形式法治是唯一正确的法治观念^[26],由价值偏好所引起的知识属性上的担心,就可以在很大程度上被克服。因为,形式条件本身被所有的法治论者所共同认可,这成为讨论法治这件事情不证自明的前提。因此,即使形式法治的内部仍然存在争论,但都被认为是关于法律是什么、而不是关于法律应当是什么的争论。^③

再来看关于确立研究对象的论证。研究者展开讨论时所面对的首要问题,就是应当选择研究对象的何种样态作为研究范本。显然,这个范本既不能太差也不能太好。原因在于:无论是太好还是太差,都会造成研究结果的偏差。例如,你在研究人的时候,(肢体或智力上的)残障者和道德上的坏人就不是合适的研究对象,由此带来的结论是不可靠的;否则,两腿直立、有理性能力与道德能力就不再是人的定义性条件。同样的,博尔特或爱因斯坦式的身体和智力优越者以及雷锋这样的道德模范,也不是合适的研究对象,否则就会提出过高的身体、智力和道德上的标准。这样的要求同样适用于法理学研究:在研究法律的存在与内容的时候,既不能将纳粹式的法律视为恰当的研究对象,也不能将满足实质法治要求的法律视为合适的研究对象。^④

理解了这一点,一个被刻意推迟讨论的问题,就有了回答的可能:德沃金的“原则一贯性”(integrity)这个价值,难道就不能扮演我所主张的形式法治这个价值吗?读者一定会很疑惑:怎么又回到了原则一贯性?因为,德沃金对于法律的存在所拥有的价值,并不是没有表达看法,而这正是原则一贯性。因此,德沃金会接受我刚才所有的讨论,但是在法律的

存在的价值上跟我的看法矛盾:我认为是形式法治这个价值,他认为是原则一贯性这个价值。如果原则一贯性就是形式法治这个价值,那么我们的看法并不存在区别,但问题是:原则一贯性蕴含的是与个人权利相关联的实质法治的主张。^{[29]9-32}所以,我认为,即使德沃金也如同我一样,其实是考虑过法律的存在所拥有的价值,但是他将这个价值视为实质性的原则一贯性,这就导致它不再是因为法律的存在本身所拥有的价值,所以与诠释主义方法论的整体框架不符。^⑤

再漫长的跋涉,终需一个了断。法理学性质这个话题如此重要且艰难,它本来也不是一篇文章所能完全容纳的,这至少需要一本书的篇幅才行。所以到目前为止,我只能粗暴地停止讨论了。不过,有一些相关的后续讨论空间还是需要交代。

第一,这个讨论还是偏传统式的,它并没有处理另外两种关于方法论的可能方向,一个是将法理学视为一种形而上学(metaphysics)的做法,因为它们都是处理关于事物之性质(the nature of things)的话题,这包括拉兹关于法律理论之性质的复杂看法^{[14]17-46},也包括夏皮罗和普朗肯特关于作为后设规范理论分支的一般法理学的讨论^[30];另一个是在后设伦理学中寻找法理学位置的讨论,尤其是将表达主义(expressivism)作为法理论的基本性质的方向^[31]。这两个讨论方向在起点上就是不同的,它们并不依赖“法律作为一种事实”的预设,因此得出的结论既有可能与这篇文章一致,也有可能矛盾,这都需要进一步的讨论。

第二,如果这篇文章的讨论是成功的,那么形式法治就是由法律的存在中获得的,并且它就会成为理解法律是什么或者法律性质这件事情中不可或缺的要素。然而,这样的看法会遇到一个艰难的问题:一般而言,一个法体系的存在,只需要同时满足以下两个条件就足够了:其一,起源条件,即该规范N1满足法体系S的鉴别标准C的检验;其二,内部关联条件,即该规范N1与经受鉴别的其他规范N2、N3、N4……Nn之间是相互支持或者相互预设的。^{[32]5-6}显然,这两个条件并不等于形式法治的那些条件,这样一来,将形式法治这个价值视为理解法律性质的

必备成分,这个看法不就是关于法律应当是什么、而不是法律(实际)是什么的答案吗?这不就自相矛盾了吗?对此的回答需要巨大的篇幅,在此我只能给出一个非常含混的线索:这跟“法律必然主张自己正当”这个性质有密切关系。

至少,有一个结论应该是清楚的:由于在理解法律的存在和内容时,形式法治这个价值会成为其中的核心要素之一;同时,由于形式法治并不指向任何具体的实质价值,而是指向形式化的那些条件。由此可以得出:1)法理学并不是个价值中立的描述主义的理论,而是一个跟价值判断有关的诠释主义的理论。2)但这个理论是诠释性的,不意味着法律的存在和内容这个研究对象或事实也是诠释性的,因为形式法治的价值已经抵挡住了其他实质价值对于法律的存在和内容的决定;或者说,这些实质价值并不是决定法律的存在和内容的终极事实,法律的存在和内容依然应当被视为一个社会事实来看待,这正是形式法治这个价值的重要性。所以,仅就这篇文章而言,我是方法论上的规范论者,也是实质问题上的实证主义者,虽然标签其实是不重要的。

注释:

①Hart 对 Dworkin 理论性质的批评,看起来就是不成立的。Hart H L A. *The Concept of Law*(2nd ed.)Oxford: Oxford University Press, 1994, 240-244.

②当然,你也可以将前者叫作法理论、后者叫作法哲学,这只是名词之争,并不具备实质的意义。参见陈景辉:《法理论为什么是重要的》,《法学》,2014年3期。

③如无特殊说明,文中之后的“法律”或“法”一词均指“一般法”而不是个别法。

④这就是在这篇文章中,我为什么不讨论“传统自然法”的原因,因为它通常被认为是有关“法律应当是什么”而不是“法律实际是什么”的讨论。除非像菲尼斯这样的“现代自然法学者”一样,认同“将法律视为一种事实”也在他们的理论中占据一定的地位。

⑤在这个方向上,最体系化的努力是 Leiter B. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

⑥为行文简洁,其后我将以“法律事实”来指代“法律的存在和内容”,因此文中的法律事实,并不是裁判事实的意思。

⑦此处之所以使用“反证实主义”,而没有使用“自然法理论”(natural law theory),是因为“传统”的自然法理论并不将“法律是一种事实”视为自己的核心主张,因而可能在“知识属性”上遇到困难。而像 John Finnis 这类当代的自然法论者,都接受法律的事实属性的看法。参见 Finnis J. *Natural Law and Natural Right*. Oxford: Clarendon Press, 1980: 276-281.

⑧马默最早提出三种化约论,除这两种之外,还有另外一种可疑的化约论,我将不考虑这种可能性。Marmor A. *Philosophy of Law*. Princeton: Princeton University Press, 2011.

⑨由于上一节中已经否认了法律作为语义学事实的主张,因此这种做法就是应当被放弃的。

⑩正文中未讨论的马默的构成性成规(constitutive convention)的学说也是这类性质,参见 Marmor A. *Social Convention*. Princeton: Princeton University Press, 2009: 155-175.

⑪Dickson 也将其称为“纯粹后设性的理论价值”(pure meta-theoretical value), Dickson J. *Evaluation and Legal Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2001: 32-33; Leiter B. *Naturalizing Jurisprudence: Essayson American Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2007: 168.

⑫“努力工作是重要的”这个表述可能会引发误解,认为这具有道德上的重要性;但如果考虑到“不正当的工作”,例如贩毒、收“保护费”,那么就可以理解“努力工作”为什么不必然拥有道德上的重要性。

⑬由于 explanation 有时也被翻译为“解释”,所以为突出 interpretation 的特殊性,文中将其译为“诠释”。

⑭《法律帝国》这本书最后一节的名字,就叫做“尾声:法律是什么”(Epilogue: What is Law)。Dworkin R. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986: 410.

⑮请注意具体的符合与前面第一种看法之间的区别:前者将法律实践视为诠释性的,而后者并不如此来看待法律实践。

⑯德沃金在很多地方说过“法理论是政治理论的组成部分”,但是这并不意味着法理论就等于政治理论。

⑰在这一点上,描述主义与诠释主义是一致的,它们都致力于提供关于法律的知识,而不是研究者个人的价值偏好。

⑱理论上讲,在一个未制定《婚姻法》的国家,也会存在婚姻制度;因此严格说来,特殊亲密关系只需要符合“婚姻”这件事情就足够了,而不是直接符合特定国家《婚姻法》的。

⑲所以,这个价值显然不是认识论价值,它也比间接评价“法律是重要的”的看法,承诺了更多的内容。

⑳虽然存在一种法治的程序性观念并认为它是与形式法治、程序法治并列的第三种法治理论,但是由于这个理论同样反对实质法治,所以我还是将它视为一种独特的形式法

治。程序法治以及它为什么是关于法律是什么的争论,参见 Waldron J. The rule of law and the important of procedure. In Fleming J E(ed.)Getting to the Rule of Law. New York: New York University Press, 2011: 19.

②①正因为选择的范本不能太差,所以哈特才会提出“最低限度的自然法”,但请注意,虽然这个名词看起来是关系“自然法”的,但它只意味着“不太差”,而不是“最好”,所以这仍然是关于“法律实际是什么”的讨论,而不是像传统自然法论者一样关心“法律应当是什么”的问题。所以,“自然法”在这里只是修饰词,它的准确意思是“既不太差,也不太好”。

②②当然,在这个判断背后存在着关于政治哲学性质的巨大争论,我基本上认同罗尔斯的“政治的自由主义”(political liberalism),而德沃金会坚持一种“完备性的政治哲学”(comprehensive political philosophy)。相关讨论参见 Rawls J. Political Liberalism New York: Columbia University Press, 1993, 1-46 Dworkin R. Justice for Hedgehog. Cambridge: Harvard University Press, 2011: 63-68, 82-86.

参考文献:

- [1]张翔:《宪法教义学初阶》,《中外法学》,2013年5期。
- [2]许德风:《法教义学的应用》,《中外法学》,2013年5期。
- [3]陈景辉:《部门法学的教义化及其限度》,《中国法律评论》,2018年3期。
- [4]John Rawls. A Theory of Justice(original ed.)Cambridge: Harvard University Press, 1971.
- [5]Hart H L A. The Concept of Law(2nd ed.)Oxford: Oxford University Press, 1994.
- [6]Coleman J, Schmchen O. Law. Legal Theory, 2003,(9): 5-12.
- [7]Coleman J. Methodology. In Coleman J, Shapiro S(ed.) Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- [8]Greenberg M. How facts make law? In Hershovitz S(ed.) Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- [9]Shapiro S. Legality. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- [10]Raz J. Authority, law, and morality. In Raz J(ed.)Ethics in the Public Domain. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- [11]陈景辉:《法律与社会科学研究的方法论批判》,《政法论坛》,2013年1期。
- [12]陈景辉:《“习惯法”是法律吗》,《法学》,2018年1期。
- [13]Marmor A. Farewell to conceptual analysis(in Jurispru-

dence). In Waluchow W, Sciaraffa S(ed.)Philosophical Foundations of the Nature of Law. Oxford: Oxford University Press, 2013.

[14]Raz J. Can there be a theory of law? In Raz J(ed.) Between Authority and Interpretation. Oxford: Oxford University Press, 2009.

[15]Ehrenberg K M. The Functions of Law. Oxford: Oxford University Press, 2016.

[16]Raz J. Practical Reason and Norms(2nd ed.)Oxford: Oxford University Press, 1999.

[17]Dickson J. Evaluation and Legal Theory Oxford: Hart Publishing, 2001.

[18]陈景辉:《法理论的性质:一元论还是二元论?》,《清华法学》,2015年6期。

[19]Stavropoulos N. Interpretivist theories of law. In Villatueva E(ed.)Law: Metaphysics, Meaning, and Objectivity. Amsterdam: Rodopi, 2007.

[20]Dworkin R. Law's Empire. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

[21]Raz J. The relevance of coherence. In Raz J(ed.)Ethics in the Public Domain. Oxford: Oxford University Press, 1994.

[22]Dworkin R. Justice for Hedgehog. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

[23]Dworkin R. Justice in Robs. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

[24]陈景辉:《法理论为什么是重要的》,《法学》,2014年3期。

[25]陈景辉:《法律的内在价值与法治》,《法制与社会发展》,2012年1期。

[26]陈景辉:《法治必然承诺特定价值吗?》,《清华法学》,2017年1期。

[27]Fuller L. The Morality of Law(revisited ed.)London: Yale University Press, 1969.

[28]Tamanaha B Z. On the Rule of Law: History, Politics, Theory. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

[29]Dworkin R. Political judges and the rule of law. In Dworkin R(ed.)A Matter of Principle. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

[30]Shapiro S, Plunkett D. Law, morality and everything else: General jurisprudence as a branch of metanormative inquiry. Ethics, 2017,(127): 37-68.

[31]Toh K. Hart's expressivism and his benthamite project. Legal Theory, 2005,(11): 75-123.

[32]Raz J. The Concept of Legal System(2nd ed.)Oxford: Oxford University Press, 1980.