

【法学理论】

法律自主性及其方法论功能

陈金钊

【摘要】法律自主性是探究法理的经典问题。然而在西方法学的近百年研究中,这个概念遭遇反基础法学的批判、消解,遂在话语系统中失去了作为法治思维理念的功能。由于中国对法治成立和实现的基础命题缺乏系统研究,这导致了法律自主性被淹没在诸多的关系思辨中。法律自主性是法学家拟制的概念,是指在思维决断过程中,人或拟制主体与法律、语境等因素相互竞争时所需秉持的法治意识形态。其核心要义是倡导法律决断的自主性。法治思维方式的构建、法治话语和法律方法作用的发挥都需要法律自主性理念。

【关键词】法律自主性;法治话语;法治逻辑;法律方法;法律解释

【作者简介】陈金钊,法学博士,华东政法大学法律方法研究院教授、博士生导师(上海 201620)。

【原文出处】《浙江社会科学》(杭州),2021.6.59~68

【基金项目】本文为2018年国家社科基金重大项目“新兴学科视野中的法律逻辑及其拓展研究”(18ZDA034)的阶段性成果。

对当今中国法理学界来说,法律自主性是个既熟悉又陌生的概念。熟悉是因为在近百年的中外法学著述中,常常能看到对法律自主、自洽、自足性的批判;陌生是因为鲜见对法律自主性的专题研究。在人文社会科学的论著中,自主一词的使用比较普遍。常见的有“独立自主”“学习自主”“国家自主”“自主行为”等,用于表述主体思维、行为能力的充分发挥。英文的自主(autonomy)源于古希腊词 autos 和 nomos,字面含义是自我统治、自我支配、自我管理、自我主宰等。由于经典哲学区分了物质和精神两个世界,因而与“我”相关的思维、行为遂成了各主要学科的研究对象。“我”是主体,我思故我在,我能故我主。基于自我的思维方法,不仅影响了哲学研究,而且也波及到了法学探索。这种“笛卡尔方法深刻影响了西方世界的科学思想和方法,对法律领域的影响导致‘概念法学’的法学流派的诞生”。^①自主性概念溢出了哲思,有了更宽泛的运用,诸如国家自主性、组织自主性、法律自主性等拟制概念。但在语言上使用自主性概念时一定要注意自主与自主性的区

别,虽然两者含义有重合之处但区别使用意义重大。自主是指思维决策之主体作用的全面发挥,而自主性则是可能有“他主”的因素。法律不是主体,因而不可能做到真正的自主,但法律自主性不仅可以借助逻辑思维规则接近,而且还可以通过法律拟制授予主体自主权予以实现。法治要求所有法律主体必须遵守法律,各种自主权的行使也须履行义务并遵守规范及程序。法律自主性是对人自主性的保障和约束,这个概念凸显法律的权威以及据法思考、依法行为之思维理念,核心基调是强调法律定义对思维决策的规制。在自主与自主性的区分中,我们可窥见法律自主的不可能,但法律自主性却是凭借法律方法等可接近的理想。

一、法律自主性是塑造法治逻辑的拟制概念

法律自主性是法学家基于法治逻辑建构之需所进行的概念拟制,这个概念所言说的奥义是法治之理,是关于法律能够自主实现运作,法治能得以成立的逻辑假设。从逻辑推论的角度看,只要法律能够自主实现运作,法治在逻辑上就是能成立的。换句

话说,只要思维决策接近法律自主性,法治就能实现。之所以称为拟制,是因为法律自身无法实现自主,但法律自主性假定了人可以借助法律发现、文义解释、体系解释、法律推理等方法来接近法律自主之理想。在法律自主性理念指引下的法治思维,可以保障法律意义的安定性,使法律自主的意义得以发挥。法治对法律的需要,“就是关于应该做什么的指引、对人们的个人安排能够得到保障、对统治者权力滥用的制约等的需要。”^②正是法治理性思维方式的创建、法治话语体系建构以及法律方法体系塑造的需要,才促使法律自主性命题有了意义。“如果我们没有需要,只有必然性,那么就不会有哲学。”^③同理,没有“需要”,法理学、法哲学也不会展开对法律自主性的探究。法治命题的成立需要法律自主性。这里的“需要”与法治逻辑的建构有关,是法治逻辑(法律思维、法治思维以及法律解释等)得以成立的前提预设,是法律思维的逻辑方法得以推演的开端。^④法治实现需要法律自主性所支持的法律自主决断论。从方法论的角度,我们可以把法治定义成为实现法律自主性的努力。法律的独立性以及法律解释的独断性等都是拟制的概念,都是为满足法治思维的逻辑顺畅或搭建法律关系的链条而设置的“假如”。法律自主性不是自然存在,离开这些拟制的法律及其逻辑要素的设置,法治确实是神话。但当法治思维、法律关系的逻辑链条搭建起来以后,这种神话就变成了能够实现的理想。因而,法律的自主性是法律实施的基本特征,它与法律的拟制性、一般性、体系性、独立性等理念紧密联系在一起,是支撑法治成立以及实现的重要命题。

法律自主性是与人的自主性相对应的概念。正如前述,“法律自主性”与哲学、词源学等主张的自主性概念并不完全一样。法律自主性只是对哲学概念的借用。哲学的自主性与人主体性关系密切。但法律自主性不是对人主体性的张扬,而是用法律规范保障和约束人的主体性之发挥。“自主性强调的是‘按照自己的目标来行事’,所以逻辑上的推论就是自主性与组织或者个体的意志相关,它是能动性的、内部的,涉及组织可否对内部实行自我管理、自我治理。”^⑤法律自主性的意义,既包括按照法律规范

与程序思维决策,也包含有法院、法官之自我管理、自我约束。尽管在一般语用上的自主性概念非常强调自我作为主体发挥作用,可是“自主性不是为所欲为,而是在承认主体对客体的需要与依赖、客体对主体制约的前提下,人在实践活动中体现出来的主体特性之一。自主性的获得并不是在抽象意义上的观念性的显现,而是有着现实的社会历史基础。”^⑥法律自主性是在法律自治、自主基础上符合逻辑的思维和行为;是依法决策、行为的法律能力之体现。法律自主性要求法官不受外界干扰,只服从法律;抑制个体的冲动,在思维和行为中尽力展示法律的意义。法律自主性是对人的自主性的约束和保障。对法治建构来说,法律自主性之所以重要,就是因为它是人或组织等主体自主权的规制。与哲思不一样,法律自主性不是追求法律运用者的个性解放,而是要把对法律的理性认知能力,镶嵌在法律思维之中,进而达到对法律的正确理解、解释和适用。当然,要实现法律自主性,还需要借助法律的其他属性,如法律的一般性、明确性、体系性、独立性、稳定性、安全性、无矛盾性、可理解性等作为前提;同时还需要法律解释、法律推理、法律发现、法律论证等方法积极配合方有可能;并且也不能忘记法律价值的指引以及其他语境因素的影响。

上述论述好像是在言说以法为主的综合治理,但因为法律自主性指引,因而思维结论还属于法治范畴。从这个角度看,法律自主性是对法治命题及其话语体系的支撑理念。拟制法律自主性的目的,在于塑造法治话语体系,建构促成法治实现的法律方法论体系等。法治话语及其思维的基本原则,诸如规范选择的法律至上、避免专断任意等都需要法律自主性理念支持。法律自主性是促成法治的重要姿态和思维理念。“它有助于推理者在推理中日趋熟练和自信。……掌握逻辑原理和方法的人能够迅速发现有效的论证,自己以及反对者推理的缺陷,揭示话语中的缺陷并有效地处理或克服它们。”^⑦追寻法律自主性是法治思维的逻辑理念或思维指向。自主性理念为法律使用确定了方向,从而使法律解释、法律推理、法律论证等都可以通过逻辑系统建模。而明确法治思维的逻辑模型对法治思维的形成有指

引之功能。人们可以在思维逻辑建模的基础上,接受逻辑模型的指引帮助法律实现自主性,进而促成法治。“法律创制权力的分配削弱了经意识形态组织起来的多数派(无论是自由派还是保守派)的权力,使他们在任何深受法律支配的主题领域(subject-matter area)都无法带来重大变革。”^⑧在有了清晰性、明确性、体系性的法律之后,就有了接近自主的可能,可能变为现实就能促成法治的实现。在法律自主性理念之下,“所有个人、机构和实体,不论是公共的还是私人的,包括国家本身,都对公开颁布、平等执行和独立裁决的法律负责……遵守法律至上、法律面前人人平等、法律适用公平、权力分立、参与决策、法律确定性、避免任意性以及程序和法律透明性。”^⑨然而近百年来的中外法学研究,对法律自主性的追求并不旺盛,反而是在思维言谈中,弥漫着不少的批判或否定。西方法学界之所以批判据法思考、依法办事的思维方式,是因为张扬法律自主性可能会脱离社会语境因素,而中国则缺乏对该命题的深入研究。

虽然法律自主性是法理学或法治理论的经典命题,但没有成为我国法学研究以及法治话语体系的重要概念。从我国思维传统来看,这也许是不应发生的事情。因为法律自主性理论与据法思考、依法办事并不完全一样,其与我国的传统整体、辩证思维比较接近。法律自主性虽然与依法办事的形式逻辑相关,但也包含有辩证思维的成分。然而,在西方法学传入中国的过程中,人们没有接受法律自主性理念,而是衍生出相互矛盾的思维方式:一方面是规范法学或教义法学所倡导的据法思考、依法办事的思维在教科书中盛行,公民的法治教育读本也都在反复宣传遵守法律(全民守法)的重要性;另一方面,在学界和政界出现了徒法不足以自行、法律并不是万能的以及情理法结合的思维方式。出现矛盾思维方式的原因在于:(1)中国当下之所以选择法治的理论,不是对法治可能性论证的结果,而是带有强烈的实用主义色彩,是在与历史、体制和文化等比较所得出的结论。而中国法学缺乏对法治的理论研究,很少从法律自主性、一般性、体系性、稳定性、拟制性等基础命题的推演得出法治理论,对法律自主性的法治功能认识不足当属自然;(2)规范法学没有成为主

流法学但有相当影响,社科法学等虽有很大影响,但难以取代规范法学的地位。在哲学、科学、社会科学以及各种法学流派之中,既有支持也有瓦解法律自主性的理论。法律自主性理念面对各种复杂的理论自身也会呈现出多义性。法律自主性命题带有浓厚的法哲学色彩,不容易做清晰的定义,但却非常容易引起歧义;(3)据法思考、依法办事的思维基础是形式逻辑,而法律自主性之中却包含有辩证逻辑,所以导出相互矛盾的思维也属自然。并且法律自主性时常需要在人的主体性与法律自主性之间进行艰难的选择,在很多情况下,人们很难区分作为主体依法办事、据法思考的法律思维方法与作为依法办事、据法思考理念的自主性。

尽管思维过程是复杂的,综合政治、经济、社会、文化、价值等因素是必要的,但不能忘记法律自主性是实现法治的意向性思维。然而对法律自主所要实现的法治意向,社科法学、实用主义法学等都在不经意间进行话语方式的消解。“在19世纪和20世纪早期人们对法律的自主性是确信无疑的,最近几十年来人们越来越怀疑法律的自主性。学者们逐渐认为,法律推理不是自足的,法律推理需要道德、政策等其他非法律因素的补充,法学不是一门自主的学科,法学应该从相关学科中获得智识支持。”^⑩近百年来,各个学科的方法论形式在有效地相互渗透。方法论的大融合与大渗透已成为一种不可阻挡的趋向。世界范围内法理学研究的多数学术流派,基本变成了交叉学科,很少专注法律自主性而研究,人们更喜欢从语境、融贯、行为的角度理解法律。已有的法学著述对法律自主性的直接研究并不多见,但间接研究却并不少。美国现实主义法学对瓦解法律自主性起了推波助澜的作用。规则怀疑论者向法律形式主义提出了著名的反问:“法律规则是自足的吗?”确实,面对复杂多变的社会,制定法、判例法规则难以自足。可问题在于,这种提问方式并不能否定法律方法对法律自主的弥补作用。法律解释起码可以把部分不清楚的法律说清楚。法律论证、体系解释能在一些案件中弥补制定法的缺陷。由于法律自主性对建构法治思维的重要性不可替代,因而对法律自主性的否定多采取话语转换的迂回方式。一般不

是直接否定法律自主性的意义,而是瓦解支持法律自主性的前提——法律的周延性、明确性、稳定性、可预测性等。通过对法律基本属性的否定,进而瓦解了法治的可能性。名目繁多的反基础法学流派之所以如此谋划,主要是因为法律自主性强调了法律必须被遵守,其强调人们遵守法律的基本方式是属于形式法治的据法思考。因为直接否定据法思考的思维模式会导致法治的覆灭,所以反基础法学就把矛头对准了法律的确切性,或主张用实质与形式法治结合的思维方式以否定法律意义的绝对性。

法治的实现需要自主性方法,绝对的法律自主难以实现,但接近法律自主性是有可能的。这种接近的可能性之理由在于,法律所体现的立法意向和解释者的意向具有同质性。哲学家已经看到“意向解释是一种‘给出理由的解释’”。^①法治思维其实就是通过明确的法律规定、法律价值、法律方法等“提供理由”进而接近法律自主性。诸如法律解释是以解释项与被解释项之间的“合理性”关系的预设为前提的。解释者如果不能释放出法律意义,就不能称为法律解释。“意向解释是——‘应当’式的解释,因为它总是根据被解释对象应当具有的信念、欲望预测其应当有什么样的行为,从而达致其解释的目的。这里的关键是‘应当’两个字,它在实质上是对待解释的意向系统提出了一个规范性要求,即意向系统必须是建立在其合理性预设的基础之上的。因为‘应当’是一种推测,而要确保这种推测的准确性与可靠性,就必须首先确保意向系统是合乎理性的。否则,信念、欲望等意向心理概念便失去了其发挥作用的根基。”^②法律、法治、法理等逻辑思维方法的建构,需要有明确意向的法律。如果法律都是不确定的,意义都在流动之中,法治就缺乏前提。法律概念、规范、原则其实都是在定义法律。法律有一定程度的明确性,这是毋庸置疑的。因而设置法律运作的主体机制,塑造据法思考的思维方式,都需要法律自主性作为思维理念。当然,这不仅需要拟制思维理念,还需要拟制法律方法体系。可人们对法律的拟制性已经实现集体遗忘。需要看到,无论是法律规范、法律主体、法律思维都是拟制的,法律自主性也是个拟制性称谓。虽然说法治不是逻辑,但法

治离不开逻辑。因为,法治是借助法律自主性拟制而得以描绘的图景。不仅法律自主性是拟制的概念,它的实现需要借助更多的拟制,包括法律思维、法律推理、法律渊源等。拟制法律自主性的实现,还需要拟制更多的法律方法。

狄尔泰认为“精神科学有其自主性,这表现为精神科学在其基础、任务和方法论上有完全不同于自然科学的地方”。^③与此类似,这个不同的地方在法律自主性层面就是对理想法治的意向性之方法设置。法治的实现需要有接近法律自主性理想的方法。在各种方法中,诠释学发挥着极为重要的作用。按照法治的基本要求,法律解释的最基本属性就是独断性,这也是法治所要求的法律解释原则。按照这一原则,解释者应秉持法律职业道德和操守,承担捍卫法治的责任,设法解释出法律固有的意义;有效力的法律解释,只由法官一个主体做出,否则就会破坏法无二解的解释规则。法律人的解释并不是解释者的主观意思,而应该是法律的客观意义。

然而,由于法律是社会关系中的法律,法律的产生虽然是脱离社会的抽象,但法律的实施还必须返回社会。对法律解释者的独断性要求其实是一种包括职业行为和思维两个方面的角色期待。就职业行为而言,政治人或法律人都要承担起法治角色。虽然对法律的主体研究已经很充分,但对法治主体的研究并不深入或者说很不到位。在很多人的观念中,法治还是政治人的附属或法律职业人的专业。对于法治的角色,现在没有引起重视。因而需要通过法治逻辑的拟制唤起法律自主性,进而打造推进法治事业演进的法治人。法官自主决断,只服从法律;律师自由辩护,不受政治等因素的干扰;就思维自主方面看,包括依据逻辑开展法律推理、论证,自主发现、解释法律,用恰当修辞表述法律等。

对法治思维来说,法律自主性是必要的,可自主性思维却使我们陷入长期的思维困顿。有一种观点认为:“法律的自主性是指法律推理和裁判自身是自足的,它们不需要其他方法的帮助。”^④其实不然。因为人们发现“不管我们尝试解决的难题是什么,思维方式的关系问题长期以来让我们困惑不已”。^⑤尤其

是法律自主的虚拟、假定等被反基础法学发现后,这个理念由于无法进行经验的证明而被称为法治的神话。如果进行实事求是、从实际出发的观察,法治确实是神话。法律自主性概念似乎经不起实证科学的检验。法律思维、法治思维等仅仅是人据法思考,确实不是法律自主;法律仅是法治思维的逻辑起点。对法治神话或法律自主性的揭弊之所以兴起,是因为法治被创设以后,法律至上被奉为神圣,社会的其他因素可能被排斥。社会的进步被法治捆住,即使是正义往往也被搁置一边,政治愿望、经济目标、社会诉求也被压缩在法律之中。法律社会化进程也会受到法律的限制,甚至会出现法律规范与其他社会规范的分裂。反基础法学对法律自主性的否定,采取的是釜底抽薪的作业方式。关于法律不确定性以及意义流动性等论断,是从侧面拆掉法治命题的思维根基。可是,对脆弱的法治命题及理论来说,法律自主性是重要的。我们应该本着对法治理想的笃信,探究出符合法治要求的法治思维方法。在这种背景下“作为一种重新检视的结果,法律学术的特征出现了改变。一种新的关注教义的研究(doctrinal work)出现了。学者们关注规则的解释,关注文本主义和内在文本主义(intratextualism),关注先例而不是高深理论”。^⑥

二、法律自主性是捍卫法治的思维理念

法律自主性是捍卫法治的理念,但这一理念不是政治口号,也并非具体的法律方法的描述,而是在话语系统中树立法律、法治、法理思维,并在法律实施过程中发挥作用的观念。在开展法治思维时,对法律自主性观念的理解,要注意三点:一是要将其作为法治意识形态或法治话语的重要问题对待;二是将自主性方法的工具性与法律价值追求融为一体;三是作为思维观念要与具体的法律方法联系起来。虽然法律自主性具有思维的综合特征,但其主旨是法律内涵的特征被尊重,诸如法律概念、术语、法律原则、原理在思维中被使用,法律规范之定义被遵守,法律价值对法思维有所指引,法律判断能得到法律方法赋予的理由支持等。

(一)法律自主性是法治意识形态的话语指引

研究法律自主性的问题意识是:论证在中国传

统的整体、辩证思维方式难以改变的背景下,法治也有能够实现的方法。对于法治命题的正当性,不能仅从政治正确的角度来论证,还需要从技术方法的角度来论证。法治思维是意向性思维,而法学研究不能是纯写实的研究,还需要顾及法治、价值等理想成分。对于构建法治思维及话语方式来说,不仅需要科学实证方法的探究,还需要修辞立其诚的姿态;要仔细甄别哪些修辞是在促成法治,而哪些修辞是在瓦解法治。法律自主性不能是纯粹根据法律条款决断的方法,没有灵魂的方法是可怕的,法律方法需要法治理念。法律自主性是法律方法相关的思维观念,目标是追求法治的实现,但其话语基调强调对法律规范、法律价值的尊重。法律自主性首先要有捍卫法治的姿态,目标是在法治平台上实现法律价值;并运用法律方法接近法律自主性,充分发挥法律定义对思维的约束或指引,以规制人或其他主体过度张扬的主体性。这里的主体性是指,人面对各种竞争的价值、规范、情势等的选择自主。

实施法治就要对人过度的自主性予以法律观念的指引及方法的限制。法治原则要求人的思维,须秉持规范选择的法律至上、宪法最高的原则,以便最大限度使法律接近自主。如果思维牵涉过多的语境、情势、社会、政治、权力等因素,思维之结论就可能会远离法治目标。为此就需要以接近法律自主性为目标,设置法律规则和程序、保障法律实现的机制体制以及法律方法体系。法律方法的主要功能就是帮助法律实现自主。法律自主性观念要求秉持法律解释和运用的独断性,即执法、司法者需运用法律逻辑展开思维;解释者需据法解释,而不能屈从于权力意志;解释者还应尽全力避免释放个人意志,秉持法律自主决断论。在法律自主性的观念之下,无论事实认定,还是法律运用都带有法律规制的痕迹。但这不等于说法律自主性就是机械执法、司法,只讲法律而不顾社会,或不讲价值等,而是说,语境中的法律意义可以改变,但需要据法思考,持法达变。法律自主性是对法治思维方式或法治话语体系的顶层设计。坚守法律自主性并不是相信法律真的能自主,而是因为法治话语体系或法治思维观念之构造需要法律自主性命题。

(二)法律自主性是促成法治的方法理念

当下之所以要坚守法律自主性,乃是因为法律自主性话语的失落。“实践中的方法论选择大体介于最具政治性和最具相关性之间:它们通过设置游戏规则决定着知识生产。”^⑦当某一种惯常的方法受到其他方法挑战时,谁赢得方法论上的斗争,谁就能奠定整个范式的基础,就能实现自己预设的意向。在强势话语面前,即使是惯习的方法,也可能会潜居幕后。我们发现,在科学方法、实证方法、社会学方法等引导下法律自主性已经不是主流的话语方式。可我们必须看到,与习惯、神性、宗教控制、权力压服的管理等比较,“法律代表了一种进步:作为一种实施社会政策的工具,法律更为有效和灵活;而且法律体现了人们的自由意志,将人们从不合理的束缚中解放出来。”^⑧与科学方法比较,法律思维带有人意向和价值追求,所以笔者不反对科学对法律意义的渗透,但反对以科学之名随意否定权利、限制自由。法治建设需要法律自主性。

法律自主性思维理念强调人可依据法治的原则要求,借助教义法学的独断方法或基本教义来获取法律自主性。没有法律自主性作为思维理念,合法化思维随时可能会出现中断。法律自主性是理解、解释和运用法律的姿态;目的在于限制一般人过度的自我意识、政治人强烈权力意志以及法律人对法律的任意解释;其话语功能是强调法律规范对思维决策的影响,秉持据法思考、依法办事的法律自主性方法。法律自主性是构成法治思维的重要姿态。如果没有对法律自主性的认同,人们的思维很难接近或符合法治逻辑的要求。法律自主性使据法思考有了理念支持,进而会想方设法诠释出法律的意义,尽力做到依据法律规则进行治理。作为法治思维的理念,法律自主性的核心要义是:倡导执法、司法的法律自主决断论;反对解释者任意确定、改变法律的意义;反对思维决策过多地依赖法外因素。是否坚守法律自主性会影响法律实现的程度。如果相信法律推理能够自主,就会使思维决策接近法治要求。如果认为法律不能自主,那么人们便会在社会、政治、政策、道德、地方性知识等之中寻找意义,这将导致法律权威的失落,进而法治思维的合法性、合法化也

无法实现。

法律自主性的意蕴与它的字面含义有很大差别,因为法律自主性是拟制的产物。人们所探究的法律自主性,其实是在法律实施过程中,基于法律方法、价值以及语境之互动所衍生的法律思维的特性。在法律实施语境中,法律自主性是作为法律方法的思维理念而存在的。“法律的自主性是理念问题。无论是理性观念还是意志观念,都不可能完全把握精神特质。它寓于特征之中,而特征通常又作为一个原则问题内在于意志之中。”^⑨法律自主性没有深奥的理论基础,其本质是运用话语方式使法律能够发挥指引思维、评价行为、预测未来等作用。自主性是一种对主体思维和行为的描述。“就个人而言,自主性既体现在不受外在因素的支配上,也体现在能够超越自身功利需要的控制上。”^⑩法律方法的功能是帮助实现法律自主。法治中国建设需要法律自主性方法。法律自主需要秉承法律自主决断论。法律自主性是法治思维之理念,是法律运用的方法论的目标追求,而不是指具体的发现识别、推理论证、理解解释的方法;只是强调法律方法的运用要接近法律自主,而不是真正地实现法律自主,其属于法治理想和原则等对思维方向和方法的要求。法律自主性功能有正负两面:一方面对法治思维的塑造有积极功能;另一方面也在言辞话语中掩盖了法官等权力真实运作的负面功能。积极功能表现在,法律自主性张扬了法律的“主体”地位和规制作用,法治需要法律自主性方法的运用以及功能发挥;隐含的负面功能在于,如果对法律自主性应用不当,就可能在实际的司法、执法过程中,出现思维的懒惰性,对法律只进行简单的推理,而不顾及语境之情势、正义等价值的思考,此即对法律自主性的错误理解。对这种简单粗暴的理解、解释和使用,法学家们称之为机械司法、执法。对法律自主性概念的错误理解和运用可能会导致法学史上的自动售货机理论再现。

(三)法律自主性是包含对法律价值尊重的理念

自主性法律思维理念包括对法律价值的捍卫。在以往的法治理定义中,包括了共和、民主、自由、人权等价值追求,而对法治前提的规范也涉及了法律的一般性、体系性、稳定性、安全性、预测性等前提。可

是,对作为促成法治实现的方法理念——法律自主性缺乏系统研究。虽然人们已经意识到了法律对权力的限制是法治的核心要义,但法律自主性的意义不局限于此,自主性理念之中还包括法律价值对法律方法的指引。法律与价值从来就是不可分割的,因而法律自主性不纯粹是工具性的法律决断论,还包括法律价值对思维决策的影响,基于法律推理的形式思维不是实现法治的唯一方法。法律自主性作为思维理念包括方法和价值两部分。反对法律自主性最主要的理由就是法律自主可能会与法律价值背离,可能会脱离社会。然而在笔者看来,这是对法律的误解,如果法律已包括了价值,法律方法已设置了价值要素,法律自主还会脱离价值吗?如果自主性的法律思维模式有了语境因素的变量,那么法律还会脱离社会吗?可以说,法律自主性是限制主体任性发挥的思维理念。

在思维过程中,法律自主性可能与民主、平等价值发生冲突,因为,法律自主性强调据法思考、依法办事,而这很容易滑向机械执法、司法的工具论。因而法律自主性需要化解法治与价值的关系纠结。有学者已经认识到,法律自主性包含着对民主的平衡。诸如,法治与民主是现代治理之两翼,缺一不可,没有法治约束的民主,必将沦为多数人的暴政。可是法治如何平衡民主呢?没有法律自主性作用的发挥,它能平衡民主吗?如果法律不具有自主性,法律的意义可以随意改变,法治还能保证自由吗?尽管法律的工具性会与法律价值产生冲突,但是法律的工具性以及法律的意义不能随便改变。过度灵活的法治,如果不能限权就难以保障民主。当然,过于机械死板的法治,也会与民主产生对立。从整体的角度观察,法律代表着接近完美的文明,法治是防止民主偏离正轨的藩篱。法律自主性带有较为强烈的专业性,因而会强化法律的地位,而把政治权力圈在制度的笼子里面。民主不与法治结合,很难作为长期的统治方式。民主并非是人人当家作主,那是一种泛化的价值,民主是防止专制、专权的最有效方法,但需要法治原则、规则与程序的约束。“如果没有对权力实践的制约,甚至那些最具有才华和善良的领导者也会随时间的推移而屈从于权力的诱惑。”^⑧

在中国之所以需要强调法律自主性话语,还因为我们存在有太多的中庸、中和思维。如果我们不强调法律自主,很多人就不知道在执法、司法中去中和哪些要素,甚至为达目的而把法律丢掉。法律运用虽然是人在操作,但并不是完全由人来决定。民主、自由、人权等理念的实践因国别、种族等而有所差异,如果不附加法治的约束,这些原本宽泛的含义会变得更加不确定。

法律自主性所展现的价值理念应该是法律的平等保护。没有平等就没有法治,而没有法律自主性的发挥就不可能有平等。任何权力都不能在法律之上。“法律用一个声音对所有人讲话;法律声音的收听者不是特定的人而是所有人,法律不是对个别人而是针对一般人而设计。”^⑨要做到谁都受法律约束,就要求法律自主地发挥功能。“实行法治,就是要在社会生活的一切重要方面都以法的规范作为唯一规则去引导、评价、奖赏、制裁人们的行为,而不是以任何人的意志为标准。”^⑩就这一点而言,法律自主性理念甚至比规则本身更重要。另外,法律自主性还与自由、正义、权利等联系密切,限于篇幅不再一一列举。

三、用法律自主性塑造接近法治的方法

西方有法学研究者认为“法律的自主性(*autonomy of law*)是指一系列相互关联又相互区别的主张:(1)法律推理不同于其他形式的推理;(2)法律裁判不同于其他形式的裁判;(3)法律推理和裁判自身是自足的,它们不需要其他方法的帮助;(4)法律学者应该专门关注法律教义(*legal doctrine*),而不应该关注其他论题。”^⑪与法律自主性相匹配的是独特的法律方法,是建立在法律自主、自恰基础上的法律推理。然而,现代法学与以往研究比较,学科交叉融合趋势非常明显,对法律意义理解、解释和运用适度开放,已经被很多人接受,法律的封闭之门已经打开。各种法学理论对法律是什么的探讨,已经使法律失去了意义的唯一性,在这一背景下谈论法律自主性方法确实比较困难,然而,这是一个不能回避的法治理论的重要问题。

在法律适度开放的背景下探究法律自主性方法,认定法律的中心意义是立法者创设的法律文本,同时文本之中所蕴含的法律价值也是构成法律意义

的成分;语境因素如果不违背法律规范,也应包含在法律自主性的范围之内。这大体上接近包容性实证主义的说辞。与此种法律自主性相匹配的法治逻辑之思维架构是:首先拟制确定法律是自主性的前提(如创立行为规范、拟制实施主体、调整机制等);然后在法律自主性理念指引下,塑造法律解释、法律推理、法律发现、法律论证等方法;进而在体系思维帮助下正确理解、解释和运用法律;在制定法出现难以解决的问题或有空白之际,拟制法律渊源,以协调制定法规范与其他社会规范的紧张关系,以法之名实施广义的法治。笔者认为要实现法律自主性,应秉持适度开放的法律观念,坚守法律解释的独断性或法律决断论信念,在法律自主性的实现方法中:

第一,法律发现对接近法律自主性至关重要。法律发现是实现法律自主性的基础方法。任何法律运用都要进行法律检索、发现、识别、获取。立法者所创设的都是一般性法律,而一般法律规定即使再详细,也不可能细化到具体案件的具体法条运用。所以思维决策以及案件纠纷的解决,首先需要在一一般法律中去寻找。只要识别出针对个案的法律规定,如果是明确、不存在争议的,就可以通过三段论推理来解决案件。运用法律发现的方法解决问题,是最接近法律自主的方法。因为法律发现是对已有法律规范的确认,很少有创造。如能通过检索出来的法律规定,作为推理依据直接解决纠纷,法律自主性就能得到最大程度的实现。法律发现的思维走向是对原有规范含义的识别获取,是对已有法律定义的再确定,作为思维决策的依据发挥的是法律固有的作用。

当然,在这一问题上也有学者提出,法律语词的语境及时空因素的差异,也使得语词本身难以自主,仅仅使用法律发现方法不足以作为思维决策的依据。但这是一种极端的想法,实际上是否定了法律语言交流的工具性功能。不可否认,语言使用确实会产生很多歧义,但只要认同法律概念的意义中心,多数场景下交流成功的可能性还是非常高的。比如在简单案件、典型案件的处理中,法律自主性的实现程度还是很高的,原因就在于人们所发现的法律都

有意义中心的存在。正是语词的意义中心支配着人们交流的可能性。用法律发现的基本语义或法律基础定义来解决纠纷、指引行为,既能保障法律的安定性,又可实现法律自主性。只是这种来自法律的简约方法,并不能解决所有的纠纷。因而需要法律解释、法律论证、价值衡量、社会学解释等方法的配合。

第二,文义解释、体系解释方法不可缺少。文义解释是实现法律“自主”的基本方法,而体系思维和体系解释的运用则是保障法律恰当自主的重要方法。法律自主性是对日常用语的法学运用,但却有明确的指向,强调据法思考,从而使法律语词的中心意义得到充分发挥。法律自主性始于语词本身的意义。自主性的关键是确定思维决策的合法性,在方法上表现为:(1)使清晰的语义能够发挥影响思维决策的功能;(2)语义清晰的文本应该有约束力;(3)当文本不清晰时,该如何处理。现在存在的问题是“我们很少关注确定文义方法的可靠性。目前采用的研究方法均存在缺陷”。^⑤法治需要用法律对抗社会压力、人情关系、权力意志等。可采用的方法很多,但能够促进法律自主性的文义解释、体系解释等是基础方法。法律人思维最主要的特征是据法思考,据法思考是对人自主思维的“合法性”保障和约束。法治需要法律自主性话语及思维方式。法律自主性多了,主体的自主性之恣意就会减少。文义解释、体系解释方法都是在促成法律解释的独断性,而法律解释的独断性是法律自主性的基础含义。

从哲学的角度看,人的思维有两种方式:独断性思维和探究性思维。法律自主性所衍生的法律思维是独断性思维。法律解释的独断性与法律自主性要求是一致的。根据解释的独断性要求,解释者所释放的意义不是自己的主观意思,而应该是法律的客观意思。法律解释的独断性假定了法律的客观意思在解释之前就已经存在于法律之中。法律可以通过人“自主”释放意义。这种意义的法律自主虽然是假定,但却是法治逻辑能够推演下去的前提。法律的自主性是对法律解释者和运用者的要求。法律不是主体,因而很难有真正的自主性,但是法治要求法律能自主决断,因而法律自主性是人假借法律之名的据法思考。当文本条款清晰时,法律就能够被遵守,

进而法律也就能释放出自主性意义。法律自主性多少带有原旨主义的解释姿态,即只要人们能正确理解法律语词的意义,就能诠释出文本的法律意义。尽管在语境中法律语词的多义性、情理因素、个别正义等会涌现出来,但法律自主性要求解释者应尽量削减语境因素的差异影响,充分发挥法律文字本身的意义脉络的同一性。从这一意义上讲,法律自主性是尊重文义的解释、推理方法。

第三,法律论证并没有瓦解法律自主性。目前西方法学对法律自主性有不少直接或隐性的批判,并提出了法律论证由形式向实质转向的问题。传统的法律思维方法认为法律独立于政治,法律可视为限权的工具。实质法治思维(也称为法律工具主义方法)把法律视为实现政治、经济、文化以及其他社会政策目标的工具,“他们对于法律类推、法律拟制、立法理由(ratio legis)、法典或成文法的精神、体系、归纳与演绎以及法律确定性等所具有的合理性与客观性表示怀疑”。^⑤因而批判法律自主的虚假性,而极力主张从成文法以及语言强制性中解放出来;反对精密的法律推理,从而寻找真正的“活法”。尤其是随着科学地位的不断攀升,法律社会学研究赢得了更大的市场。有一段时间的美国法学杂志,“几乎没有包含一篇‘法律’的论文……这些杂志的文章大多趋向采用经济、政治、社会、行为以及其他模式对特定问题进行分析。”^⑥科学、实证、社会学等方法打开了法律体系的封闭之门,主张对法律的意义开展以结果为导向的、功能性的意义探寻。反基础法学所揭示的社会复杂性以及法律本身的多维性,使得基于法律确定性和逻辑一致性的法律自主性受到了严峻的考验,以至于很多法学流派放弃了法律自主性理念,认为仅仅基于法律规范的推理难以得出完全令人信服结论。

有人认为法律论证理论瓦解了法律自主性。因为,在论证过程中:(1)法官能比立法者更好地理解法律,因而司法过程不是法律自主,而是法官自主;(2)法律论证的目标主要在于说服,而能否说服不取决于能否实现法律自主性(或思考结果的合法性),而在于听众是否接受。因而仅靠体现法律自主的推理、解释等是不可取的,甚至是危险的;(3)对法律意

义的探寻,可以通过诉诸理性与经验的结合,比单纯的法律自主更有利于化解社会矛盾。法学家的推理应该是辩证的,既要运用经典逻辑,也要运用非经典逻辑。因而需要把法律外因素纳入法律论证,即所谓外部证成,外部因素的介入就瓦解了法律之自主性。其实不然,在笔者看来,法律论证方法完善了法律自主性。法律论证分为内部证成与外部证成。内部证成会促成法律自主性自不待言。外部证成由于引入非经典逻辑和法律外因素作为理由,看上去似乎瓦解了法律自主性,但由于是以法律论证的名义展开的,其实是在法律运用的再定义过程中扩大法的范围。在法的范围扩充过程中,拟制思维、体系思维、批判思维的运用,都在演绎持法达变的思维模型,因而是法律得以自主的补充方法。强调法律的自主性也不是说纯逻辑思维规则在发挥作用,法律自主性仅仅是对法律权威和法律推理方法的尊重。法律论证其实和法律推理、法律解释一样,都认为制定法等并不能直接作为三段论推理的前提,而是需要运用法律方法重新建构。法律论证也是建构三段论推理大前提的活动。这即是说“法哲学家尽管反对逻辑实证主义,却可能采取规范的立场。”^⑦

第四,法律渊源是拓展法律自主性的方法。外部证成是建立在法与法律区分基础上的,在话语意义上,是扩大了法治之法的范围。如果盲目扩大法的范围,会造成法律自主性减退。但现实的情景却是,如果不扩大法的范围,制定法的局限性或弊端会被无限放大;机械执法和司法也会把法治置于死地;法律会出现与其他社会规范的矛盾冲突,甚至可能会背离现实社会或文化传统等。所以,对法律自主性也不能过于死板。法律自主性之法律在一般情况下就是指制定法。但在制定法出现困难之际,不能随便抛弃制定法,而是需要把一些法律外因素附条件地拟制为法,进而开展以法之名的拟制思维。^⑧在拟制的法律渊源理论或思维模式中,法官等被允许考虑来自社会的需求,因而要协调法律规范与其他社会规范间的关系。法律渊源以及法源思维是完善法律自主的方法。“现代法理学始于‘法律的自主性源于法律渊源的统一:主权者的命令’这一简单主张。”^⑨这就是法律秩序的自主性渊源。法律自主性

不排斥法律的正义性、社会性、政治性的适当介入，但强调以法之名的介入，这就需把法律渊源引入到法律思维过程。正义、道德有不同的面向，也使得法律人有了自主选择的空间。

结语

法律自主性对法律方法论构造具有积极意义，研究法律运用的方法论，虽然有多种目标追求，诸如探究法律思维、法治思维和法理思维的规律；实现一般法律向具体判决的转换；帮助人们正确理解、解释和运用法律；协助司法、执法者等实现公平正义；协调法律与社会、法律与其他社会规范间的关系等。然而，法律方法作为法理学的组成部分，不仅应研究具体的法律方法（法律解释、法律推理等），还应该研究构成法律方法体系建构的理念。法律自主性是要设置法治思维的灵魂，是法治意识形态的顶层设计。重视法律自主决断论的法律自主性可充当这一理念。法律方法所探究的法律、法治和法理之思维规则，是为了帮助依法办事或法律自主性的设计。而之所以要追求法律自主性，是为了促成法治的实现。

注释：

①②③[美]埃德加·博登海默：《佩雷尔曼对法律方法的贡献》，王园译，载陈金钊、谢晖主编：《法律方法》（第30卷），研究出版社2020年版，第16、29页。

②④[英]托尼·奥诺里：《法律简义》，郑玉双译，中国政法大学出版社2019年版，第207页。

③[意]吉奥乔·阿甘本：《什么是哲学》，蓝江译，上海社会科学出版社2019年版，第51页。

④陈金钊：《返回拟制探寻法思维的逻辑起点》，《学术月刊》2021年第1期，第117~129页。

⑤王诗宗、宋程成：《独立抑或自主：中国社会组织问题重思》，《中国社会科学》2013年第5期，第50~66页。

⑥⑩马衍明：《自主性——一个概念的哲学考察》，《长沙理工大学学报（社会科学版）》2009年第2期，第84~88页。

⑦[英]菲利普·里斯：《逻辑、形式模型和法律推理》，陈宇超译，载《法律方法》（第31卷），研究出版社2020年版，第59页。

⑧[美]邓肯·肯尼迪：《判决的批判》，王家国译，法律出版社2012年版，引言第2页。

⑨[德]乌尔克里·卡蓬：《比较法：立法的视角》，姜孝贤译，载《法律方法》（第31卷），研究出版社2020年版，第105页。

⑩⑭⑮邱昭继：《法律的不确定性与客观性和自主性》，《山西财经大学学报》2009年第1期，第247~248页。

⑪⑫王姝彦：《意向解释的自主性》，《哲学研究》2006年第2期，第92~98页。

⑬张庆熊：《狄尔泰的问题意识和新哲学途径的开拓》，《复旦学报（社会科学版）》2007年第3期，第43~50页。

⑮[英]玛丽·米奇利：《哲学有何用》，汪夏铭、魏岚译，广东人民出版社2019年版，第19页。

⑯⑰⑳[美]保罗·W. 卡恩：《司法的精神特质与法律的自主性》，安东译，《四川大学法律评论》（第17卷），第87、90、85页。

⑰⑳㉑[荷兰]马丁·W. 海塞林克：《新的欧洲法律文化》，魏磊杰、吴雅婷译，中国法制出版社2018年版，第178、44、39页。

⑱[美]布雷恩·Z. 塔玛纳哈：《一般法理学：以法律与社会的关系为视角》，郑海平译，中国政法大学出版社2012年版，第70页。

㉒㉓张明楷：《刑法格言的展开》，北京大学出版社2013年版，第71、72~73页。

㉔[美]托马斯·李·詹姆斯·菲利普斯：《大数据驱动的原质主义研究》，宋丽珺译，载陈金钊、谢晖主编：《法律方法》（第31卷），研究出版社2020年版，第6页。

㉕陈金钊：《法源的拟制性及其意义》，《清华法学》2021年第1期。