

法政文丛 / 何勤华 贺卫方 李秀清 主编

LAW'S EMPIRE



法律帝国

Ronald Dworkin

[美] 罗纳德·德沃金 著 许杨勇 译

上海三联书店

华东政法大学法律史国家重点学科建设项目

法政文丛 / 何勤华 贺卫方 李秀清 主编



法律帝国

LAW'S EMPIRE

Ronald Dworkin

[美] 罗纳德·德沃金 著

许杨勇 译

 上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

法律帝国/[美]罗纳德·德沃金著;许杨勇译. —上海:上海三联书店,2016.2

(法政文丛)

ISBN 978-7-5426-4708-5

I. ①法… II. ①罗… ②许… III. ①法律—研究 IV. ①D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 054197 号

法律帝国

著 者 / [美]罗纳德·德沃金

译 者 / 许杨勇

责任编辑 / 冯 静

装帧设计 / 豫 苏

监 制 / 李 敏

责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(201199)中国上海市都市路 4855 号 2 座 10 楼

网 址 / www.sjpc1932.com

邮购电话 / 021-22895559

印 刷 / 上海惠敦印务科技有限公司

版 次 / 2016 年 2 月第 1 版

印 次 / 2016 年 2 月第 1 次印刷

开 本 / 710×1000 1/16

字 数 / 350 千字

印 张 / 23

书 号 / ISBN 978-7-5426-4708-5/D·257

定 价 / 45.00 元

敬启读者,如发现本书质量问题,请与印刷厂联系,电话 021-56475597

我们生活在法律之中,并以法律为处世准则。法律赋予我们各种身份:公民、雇员、医生、配偶及物之所有者。它是剑,是盾,亦是威慑:我们坚持要求领取工资,或拒绝支付房租,或被科以罚款,或被投入监狱。这一切皆依凭我们玄妙莫测的最高主宰——法律——的决定。即使据称记录了法律之命令与指示的典籍沉默不语,我们仍然会争论(*argue*)法律作出了什么决定;我们此时的行为,恍若法律已然呢喃低语了自己的判决,只是声音低沉得难以听清罢了。我们是法律帝国的臣民,是法律之方法与理想的信徒,当我们争论着由此应当如何行事之时,我们的心灵正受着法律的约束。

这样说是什么意思呢?法律典籍沉默不语、含混不清或模棱两可之时,法律又怎么能够掌控一切呢?本书系统而完整地阐述了我这些年来时断时续地、一步一步地形成的一个答案:法律推理(*legal reasoning*)是一项建构性解释(*constructive interpretation*)的作业,我们的法律存在于对我们整个法律实践的最佳证成(*justification*)之中,存在于将这些实践理解成其最佳状态的叙事作品之中。根据这个观点,只有在我们识别并区分政治价值中经常相互角力的多个维度,识别并区分复杂的判断——认为经过通盘考虑,某一个解释比任何其他解释使法律的叙事在总体上更出色——中交织在一起的不同成分之后,法律论证(*legal argument*)的独特结构与限制才得以显现。本书完善、详述并例证了这样一个法律观念。这个法律观念在整全性(*integrity*)、社群(*community*)及友爱(*fraternity*)等更普遍性的政治方略中开凿自己的根基。它追踪观察了自己对抽象法律理论的重大影响,接着又追踪观察了对普通法、制定法及宪法下产生的一系列具体案件的重大影响。

我运用了以前使用过的一些论证、方法与例子,不过其形态均不同于以往,我

想也已得到改进。此种重复系有意为之：这使得本书的许多讨论与例子更为简洁，读者想要以超过本书论证所需的深度更详细地研究它们，可以查阅我作了更完整论述的参考书目。[可以在《原则问题》(*A Matter of Principle*, Cambridge, Mass and London, 1985)一书中找到许多更详尽的论述]。本书作为法律理论的通论性著作，与其他同类型著作一样，必然会涉及普通哲学中错综复杂且已被广泛研究的许多议题。我不想因为涉猎这些议题而打断整体的论证，所以尽量在详尽的正文注释中论述这些议题。我也用详尽的注释，更深入地讨论了个别法律学者提出的某些论证。

本书在多大程度上改变或取代了我以前的著作所捍卫的立场？对该问题我没有化精力细究。然而，预先告知本书将怎样论述我那两个引发了大量评论的立场，可能不无裨益。我在《认真对待权利》(*Taking Rights Seriously*)一书中提出的反对法律实证主义(legal positivism)的论据，着重于审判现象学(the phenomenology of adjudication)。我说，感到有义务给予过去的判决我所称的“地心引力”(“gravitational force”)，是法官的典型特征，而法官感受到的这个义务与实证主义者的司法裁量学说(doctrine of judicial discretion)相抵触。本书，尤其是第四章，强调了实证主义在解释性而非现象学上的缺陷，但它们在骨子里是同样的失败。多年来，我也一直反对实证主义者的下述主张：对于有争议的法律问题，不可能有“正确”答案(“right” answers)，而只有“不同”答案。我一直坚持认为，在大多数疑难案件(hard cases)中，我们借助理性与想象都可以搜寻到正确答案。一些批评者认为，我指的是在这些案件中，能够以使每个人都确信的方式，证明(proved)有一个答案正确——尽管我自始坚持认为我说的不是这个意思，我们能否有理由认为某一个答案正确与这个答案能否被证明正确，是两个不同的问题。我在本书中论证说，这些批评者未能理解有关正确答案的争论实际上针对什么。也就是说，要是把主张不存在正确答案的怀疑论论断(thesis)，算作反对我所捍卫的法律理论之理由，那么这个争论的对象必定是什么。我认为，这个争论实乃道德之争，而非形而上学之争；理解成道德主张的无正确答案论断，在道德和法律中均无丝毫说服力。

我并没有试图将我的观点，与其他经典或当代法律及政治哲学家的观点作全面比较，或者指出我在多大程度上受他们著作的影响或从中汲取养分。本书亦非

对法理学最新思想的概览。我确实详细论述了法律理论中若干比较流行的观点，包括“柔性”法律实证主义(“soft” legal positivism)、法律经济分析(the economic analysis of law)、批判法学研究运动、美国宪法的“消极”及“制宪者”意图理论等。然而，我之所以论述这些理论，是因为它们的主张与我正在展开的论证不期而遇。我全然忽略了许多法律哲学家，他们的著作具有同等或更大的重要性。

弗兰克·克莫德、谢尔顿·里德、罗伊·麦克利思及约翰·奥克雷都阅读了本书初稿的很大一部分内容，并提出了广泛的意见。他们的帮助是无价的：他们使我避免了严重的错误，提供了重要的例子，看出了我所错过的议题，还使我重新思考了某些论证。杰勒米·瓦尔德与汤姆·格雷分别阅读并完善了第六章、第二章。大部分注释(但不包括详尽的正文注释)，由威廉·厄沃尔德、威廉·里斯曼，特别是罗伊·麦克利思编写；本书在参考资料来源方面的价值完全归功于他们。感谢纽约大学法学院费洛曼·达戈斯蒂诺 & 麦克斯·E·格林伯格研究基金会的慷慨支持。感谢 Xyquest 公司的大卫·埃里克松，他主动提出对该公司出色的文字处理程序 Xy Write III 作特别调整，以使我能够将该程序用于本书的写作。哈佛大学出版社的佩格·安德森提供了特殊的帮助，且因容忍我修改书稿到最后一刻而饱受折磨。

我还得感谢许多人。我在英国法理学界的同事们，尤其是约翰·菲尼斯、H. L. A. 哈特、尼尔·麦考密克、约瑟夫·拉兹和威廉·特文宁，他们都是我这个愚钝学生的耐心导师。我在纽约大学的朋友，特别是刘易斯·科恩豪泽、威廉·纳尔森、戴维·理查兹和劳伦斯·塞杰，都是富于想象的洞识与忠告的固定来源。过去我有幸受到有影响力的批评者之关注，我极为感激他们；本书或许本应献给他们。对我而言，回应批评，一直是所有工作中最有成效的部分。我期待自己再交这样的好运。



目 录

C O N T E N T S

序 言 / 1

第一章 法律是什么? / 1

这个问题为何重要 / 1

对法律的争议 / 2

显明事实观点 / 5

起点的异议 / 9

现实世界 / 12

语义法律理论 / 24

支持语义理论的真正理由 / 34

第二章 解释性概念 / 36

语义之刺 / 36

想象的例子 / 37

解释初探 / 39

解释与作者意图 / 43

艺术与意图的本质 / 44

意图与实践 / 50

解释的阶段 / 53

礼仪哲学家 / 55

旁论：正义 / 59

对解释的怀疑论 / 62

第三章 再论法理学 / 72

新图景 / 72

法律概念与诸法律观念 / 74

怀疑论观念与邪恶的法律 / 83

法律根据和法律的约束力 / 89

第四章 惯例主义 / 93

其结构 / 93

其吸引力 / 95

法律惯例 / 98

两种惯例主义 / 101

惯例主义符合我们的实践吗？ / 105

惯例主义证成了我们的实践吗？ / 112

第五章 实用主义与人格化 / 121

一个怀疑论观念 / 121

实用主义符合吗？ / 123

无权利的法律 / 127

整全性的要求 / 130

社群的人格化 / 133

第六章 整全性 / 140

议程 / 140

整全性符合吗？ / 140

整全性有吸引力吗？ / 149

正当性之惑 / 152
社群义务 / 156
友爱与政治社群 / 164
杂乱的附注 / 171

第七章 法律中的整全性 / 178

大视野 / 178
法律的连环 / 180
法律：精神损害赔偿问题 / 188
暂时的小结 / 201
一些常见的异议 / 203
法律中的怀疑论 / 209

第八章 普通法 / 219

经济学解释 / 219
复杂性 / 222
正义问题 / 226
功利主义义务 / 228
平等主义的解释 / 234
平等与比较成本 / 238
私人民众与公共组织 / 244

第九章 制定法 / 248

立法意图 / 248
言说者意思 / 251
信念 / 259
赫拉克勒斯的方法 / 265
立法史 / 269

跨时的制定法 / 273

何时文字清楚? / 276

第十章 宪法 / 280

建立于错误之上的宪法性法律? / 280

自由派和保守派 / 282

历史主义 / 283

消极主义 / 290

奥林匹斯山上的赫拉克勒斯 / 298

种族平等理论 / 300

判决布朗案 / 304

判决贝克案 / 308

赫拉克勒斯是专制君主吗? / 312

第十一章 法外之法 / 314

法律的自我净化 / 314

整全性与平等 / 317

法律的梦想 / 320

结语:法律是什么? / 321

这个问题为何重要

法官怎样断案很要紧。对于无论因不幸、好讼、卑劣或高尚而置身法庭者来说，法官怎样断案更是至关重要。美国最杰出、最有声望的法官之一伦尼特·汉德(Learned Hand)曾经说过，他恐惧诉讼甚于死亡和纳税。在所有案件中，刑事案件最令人恐惧，也最吸引公众。但是，民事诉讼(一方因过去受到伤害或正受到伤害的威胁，要求另一方赔偿损失或者使其免受伤害的威胁)的影响力，有时比最重大的刑事审判之外的所有案件都更为深远。荣耀还是毁灭，可能只取决于某一个论点能否打动法官。而同样的论点，可能无法同样有力地打动另一位法官，甚至无法在不同的一天打动同一位法官。法官点个头给人们带来的得失，经常超过国会或议会的一般性法案。

诉讼在另一个方面的重要性，无法用金钱乃至自由加以衡量。法律上的行为(action at law)不可避免地包含着道德性维度，从而始终存在产生特殊形式公共不正义(public injustice)的风险。法官不但必须判定谁应当得到什么，而且必须判定谁行为得当，谁尽到了公民责任，谁因蓄意、贪婪或者浑噩而忽略了自己对他人的责任，或者夸大了他人对自己的责任。倘若法官判决不公，社群就对其中的一个成员造成了道德上的伤害，因为不公的判决在某种程度或某个维度上给他打上了违法者的烙印。无辜者被判定有罪，这个伤害达到了极致。但是，原告诉请有理却被 2
法院拒之门外，或者被告带着不应得的污名走出法院，这个伤害亦已相当严重。

这些是诉讼对当事人及依赖其生活者(dependents)的直接影响。在英美两国及其他地方,司法决定之影响亦波及诸多旁人。因为法官说法律是什么,法律往往就成为什么。比如说,美国最高法院的判决在这方面的重要性,是众所周知的。其他政府部门最深思熟虑、最具民意基础的决定,最高法院只要认定其与宪法相抵触,就有权予以推翻。因此,在诸如各州能否(以及怎样)处决杀人犯、禁止堕胎、要求在公立学校作祷告,或者国会能否征兵打仗、强迫总统公开职务秘密等问题上,最高法院均拥有最终决定权。1954年,最高法院判决:任何州都无权在公立学校实施种族隔离。这个判决推动整个国家进入了一场社会变革。这场变革的影响之深远,超过任何其他政治机构已经或原本可以推动的变革。^{〔1〕}

最高法院是司法权最引人注目的见证,但其他法院的判决,通常也具有普遍的极端重要性。这里有两个几乎是从英国法律史中随机抽取的例子。在19世纪,英国法官宣布:工人若因另一位雇员的过失受伤,他不能起诉雇主要求赔偿。^{〔2〕}法官说,工人“自担风险”(“assume the risk”),即“工友”可能粗心大意。并且,不管怎么说,工人比雇主更清楚哪些工友粗心大意,或许也对工友们有更大的影响力。这条规则(在达尔文主义式资本主义形象还颇为盛行的年代,它不像今天看起来这么荒谬)最终被废止之前,它对工业事故赔偿法影响甚巨。^{〔3〕}1975年,上议院(英国最高等级的法院)制定规则确定:内阁成员离职后,必须经过多长时间才能公开内阁机密会议的内容。^{〔4〕}该判决划定了分析评论政府的新闻记者和当代史学家可以获得的官方记录之范围,从而也影响了政府的行为方式。

对法律的争议

既然法官怎样断案具有这些不同方面的重要性,那么法官认为法律是什么也具有重要性,当法官对法律是什么产生争议时,他们正在进行着哪种类型的争论也具有重要性。这里面有什么奥秘吗?有的,但我们还要作些区分,以明白奥秘所

〔1〕 *Brown v. Board of Educ.*, 347 U. S. 486 (1954).

〔2〕 *Priestley v. Fowler* [1873] 3 M. & W. 1.

〔3〕 请看 *The Law Reform (Personal Injuries) Act 1948*, 35 *Halsbury's Statutes of England* 548 (3rd ed.).

〔4〕 *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd.* [1975] 3 All E. R. 484.

在。诉讼总会引发的问题,至少大体上有三种不同类型:事实问题、法律问题、结对的道德与忠实问题(the twinned issues of political morality and fidelity)。首先,发生了什么?站在车床旁边的工人确实将扳钳砸在了工友脚上?其次,相关的(pertinent)法律是什么?法律准许受伤的工人就此类伤害从雇主处获得赔偿吗?第三,假如法律拒绝给予赔偿,这就是不正义的吗?假如是不正义的,法官应当不理睬这样的法律,还是判决给予赔偿吗?

这些问题中的第一类问题,即事实问题,似乎简单明了。法官对系争的实际发生的历史事件看法不同,我们明白法官在争什么,我们也知道哪种证据(假如可以取得这些证据)能够消除争议。第三类问题,即道德和忠实问题,完全不同,但也是我们所熟悉的。人们经常对道德对错见仁见智,但法庭上爆发的道德争论不会引发什么特殊的难题。但是,第二类问题,即法律问题,又怎样呢?律师和法官似乎经常对案件应当适用的法律产生分歧;他们似乎对应当运用的正确检验标准各执一词。一位法官提出一套检验标准,宣布法律支持学区(school district)或雇主,另一位法官则提出另一套检验标准,宣布法律支持学生或雇员。倘若此乃确系有别于历史事实或道德争论的第三类特殊的争论,那它又是哪种争论呢?争议的对象又是什么呢?

法律允许或禁止什么?法律授权人们可以拥有什么?人们就此提出的各种陈述或主张,我们姑且称之为“法律命题”(the propositions of law)。法律命题可能非常笼统,“法律禁止各州拒绝给予任何人第十四条修正案意义范围内的平等保护”;或者更加具体一些,“法律没有规定可就工友造成的伤害获得赔偿”;或者非常具体,“由于约翰·史密斯2月份在从事雇佣活动中受伤,法律要求雇主阿克米公司给予史密斯赔偿”。法官、律师和普通民众都普遍认为,至少部分法律命题有正确或错误之分(true or false)。〔5〕但是他们都认为,法律命题记录的不是幽灵式人物的宣告:它们不是天道对群星的私语。诚然,法律人谈论着法律在这个或那个问题上“说”了什么,或者“沉默不语”。但这只是打比方。

〔5〕法学院主考官在批卷时也这么认为。这样运用“正确”和“错误”使一些人觉得不自在,但他们乐于说法律命题的“成立”(sound)或不成立,或者类似的说法。从我们现在的讨论目的来说,它们指的是同一回事。请看第二章和第七章中对法律怀疑论的讨论。

大家都认为,法律命题的正确或错误(或者两者皆非)之判断,需借助人们更熟悉的其他类型的命题;法律命题(我们或许可以这样表述)寄居(parasitic)于这类更常见的命题。这些更常见的命题提供了我所称的法律“根据”(the grounds of law)。绝大多数人认为,在加利福尼亚州驾车时速不得超过 55 英里的命题之所以正确,是因为大意如此的文本放在加州立法者的桌上时,多数立法者都说“赞成”或举了手。倘若此类事情从未发生,上述命题就不可能正确。也不能仅仅凭借哪个幽灵式人物说过什么,或者天国的神秘碑石上刻着什么,就断定这个命题正确。

我们现在能够区分律师和法官争论法律命题正确或错误的两种可能方式了。他们可能对法律根据——其他更常见命题的正确性或错误性,何时使某个特定法律命题正确或错误——意见一致,却对这些法律根据在特定案件中是否确实得到了满
5 足有分歧。比方说,律师和法官可能都同意,要是加利福尼亚州官方法律典籍(statute book)包含车速限制为 55 英里的法律条文,那么该州的车速限制就是 55 英里。但是,他们对法律典籍是否确实包含了这样的法律条文意见不一,因而对是否存在这样的车速限制产生了争议。我们或许可以称之为对法律的经验争议。他们也可能对法律根据产生争议,亦即:哪些其他类型的命题要是正确,则使某个特定法律命题正确。对于工友导致的伤害,法律典籍及过去的司法判决表达了什么看法?他们对此在经验认识上看法一致。但是,由于他们对法律典籍及司法判决是否穷尽了赔偿法的相关法律根据有不同看法,他们对赔偿法的真正内容是什么产生了分歧。我们或许可以称之为对法律的“理论”争议(theoretical disagreement)。

对法律的经验争议无甚神秘之处。人们对法律典籍包含哪些文字可能产生的争议,与任何其他事实争议并无不同。但是,法律中的理论争议,对法律根据的争议,则较难捉摸。在本章后文中,我们会看到律师和法官确实在理论上有争议。例如,在种族隔离和工业事故问题上,尽管他们对已经颁布的制定法及法律官员在过去的所言所想看法一致,但他们仍然对真正的法律是什么意见不一。这是哪种类型的争议呢?我们自己又怎样判断谁的论证更胜一筹呢?

普通公众似乎大多没有意识到这个难题;更确切地说,他们似乎大多没有意识到对法律的理论争议。公众更关注忠实问题。政治家、社论作者乃至普通民众争论(有时抱着巨大的热情)的问题是:在公众瞩目的重大案件中,法官“发现”(discover)

还是“创制”(invent)了他们宣告的法律?“创制”法律是治国良策还是司法专制?可是,在英美两国的法庭中,忠实问题几乎从未成为热门话题;我们的法官在确定法律实际上是什么之后,极少考虑自己应否遵守法律这个问题。公众的争论实际上是对法律的理论争议的一个实例,不过层层迷雾遮盖了这个实例的实质内容。 6

要是吹毛求疵地说(in a trivial sense),每当法官对重大案件作出裁判,他们无疑都在“制定新法”。他们宣布此前从未被正式宣布过的一项规则、原则、限制(qualification)或解释(elaboration),比如种族隔离是违宪的,或者工人不能就工友造成的伤害获得赔偿。但是,他们提出这些“新的”法律陈述,通常是作为对得到正确理解之既有法律的改进报告。换言之,他们宣称,新的陈述虽然在过去从未得到承认甚至遭到否定,但是对真正的法律根据的正确认识却要求作出这种陈述。因此,公众对法官在“发现”还是“创制”法律的争论,实际上是上述踌躇满志的宣称是否以及何时正确的问题。某人说法官发现了学校种族隔离的违法性,那么他相信在宣告种族隔离违法的判决作出之前,种族隔离实际上也是违法的(即使以前从来没有法院这么说过)。倘若他说法官创制了这个法律条款,他是指种族隔离此前并不违法,法官通过自己的判决改变了法律。要是每个人都对法律是什么意见一致,要是不存在对法律根据的理论争议,那么上述争论既容易把握,也不难解决,至少可以逐个解决。此时,我们不难核实,最高法院的判决作出之前的法律,是否确实与该判决所说的一致。但是,由于律师和法官确实在理论上有争议,法官在制定还是发现法律的争论,就是这个理论争议的组成部分。当然,这个争论完全无助于解决该理论争议,因为真正的问题从未浮出水面。

显明事实观点

不可思议的是,对于法律中的理论争议,我们的法理学未能提出任何言之成理的理论。法哲学家当然知道理论争议难以捉摸,也很难一下子弄清楚争议的性质。 7 可是,我们马上会看到,他们中的大多数人选择了回避问题而不是寻找答案。他们说,理论争议是一个错觉,律师和法官实际上都对法律根据意见一致。我将称之为对法律根据的“显明事实”观点(“plain fact” view)。这里对其主要主张作初步说明。法律只是法律机构(诸如议会、市议会和法院)过去作出了什么决定的问题。

假如这种类型的某个机构曾经决定,工人可以就工友导致的伤害获得赔偿,这就是法律。假如这个机构作出了相反的决定,那也是法律。因此,总是可以通过查阅记录着机构决定(institutional decisions)的典籍来解答法律问题。当然,为了知道从哪里寻找这些决定,为了读懂书写决定的晦涩文字,必须进行专门训练。行外人没有受过这种训练,也弄不懂这些文字,但受过专业训练的法律人是懂的。因此,对于诸如法律是否允许就工友造成的伤害获得赔偿之类的问题,不可能在法律人中间产生争议,除非有些法律人对过去决定的实际内容犯了经验错误。“换言之,法律的存在是显明的事实。法律是什么绝不取决于它应当是什么。那么,为何律师和法官有时似乎对法律产生了理论争议呢?这是因为,他们貌似对法律是什么产生了理论上的争议,但实际上是对法律应当是什么有分歧。他们争议的实际上是道德和忠实问题,而不是法律问题。”

8 这个观点在法律理论家中的流行,有助于说明为何行外人想到法院时,更关注忠实于法律,而不是法律是什么。如果法官们在某个重大案件中有分歧意见,他们争论的不可能是什么法律问题。因为对博学的法律人来说,法律是显明的事实,很容易确定其内容。肯定有一方在违背或无视法律,而这一方肯定是支持新奇的(按照那个吹毛求疵的说法)判决的那一方。因此,需要对忠实问题展开公共讨论,也需要警觉的公民关注忠实问题。在英美两国最流行的观点坚决主张,法官在每一个案件中,都应当始终遵循法律而不是设法改进法律。法官可能不喜欢他们找到的法律,例如,法律可能要求他们在平安夜的暴风雪中将一位寡妇扫地出门,但他们无论如何都必须实施。根据这个流行的观点,不幸的是,一些法官并不接受这种明智的克制,他们隐蔽地,甚至赤裸裸地歪曲法律以迎合自己的目的或政治立场。他们都是不合格的法官,是篡权者、民主制度的破坏者。

这是对忠实问题最流行的答案,但并非惟一的答案。有些人持相反观点。他们认为,法官应当抓住一切可能的机会改进法律,法官应当总是具有第一个答案所谴责的政治性。根据这个少数观点,僵化而“机械”的法官才是不合格的法官。他们为执法而执法,完全不顾随之带来的苦难、不公和低效。在正义和法律之间,优秀的法官宁愿选择正义。

行外人观点的两种说法,无论是“保守的”还是“进步的”说法,都利用了法律系显

明事实这个学术论断,不过这个学术论断在某些方面更为精到。绝大多数行外人认为,典籍中的法律能够解决法官可能遇到的所有问题。学理式显明事实观点则否认这一点。它坚持认为,法律可能对争议的问题保持沉默,因为过去的机构决定没有以这种或那种方式提及该问题。或许,没有哪个适格的机构决定过工人可以就工友造成的伤害获得赔偿或不能获得赔偿。或者,法律的沉默可能是由于相关的机构决定给出的指导方针过于含混,例如,宣称房东必须给予寡妇支付租金的“合理”时间。根据这个学理式显明事实观点,在这些情况下,不管怎么判,都不能算作在实施法律而不是改变法律。于是,法官别无选择,只得通过行使裁量权制定新法,使法律沉默处的漏洞得到填补,法律含混处变得更加精确。

这并未修正法律总是历史事实、从不依赖于道德的显明事实观点。它只是补充说明:在某些情形下,训练有素的法律人可能发现根本无法可依。每一个关于具体法律是什么的问题,仍然都有直截了当的史实性答案,只不过有一些问题得到的是否定答案。于是,忠实问题被一个不同的问题取而代之,这个问题同样有别于法律问题,我们可以称之为修补问题(the question of repair)。法律缺失时,法官应当怎么办?这个新的政治问题,有着产生意见分歧的余地,这个分歧与原初在忠实问题上的分歧极为相似。别无选择只得制定新法的法官,可能将不同的抱负带入这项事业。他们应当小心谨慎地填补法律漏洞,尽可能维护这些漏洞周遭的法律之精神?还是应当本着民主精神行事,力图获得他们认为体现了民众意志的结果?抑或应当大胆冒进,使最终制定的法律在他们看来尽可能公平而明智。这些态度判然有别,在法学院的课堂上、法律职业组织的餐后演讲中,都有各自的忠实信徒。这些都是诸多法理学运动中相互缠斗的旗帜。(These are the banners, frayed with service, of jurisprudential crusades.)

一些学界法律人(academic lawyers)从精到形式的显明事实法律观点中得出了特别激进的结论。^{〔6〕}他们说,过去的机构决定的含混不清、模棱两可与残缺不全,并非偶然,实乃常态。而且,这些决定经常不一致,甚至不融贯。他们的结论

〔6〕我想到的是本章后面讨论的法律“现实主义”,诸如 Jerome Frank (*Law and the Modern Mind*, [New York, 1949]),以及第七章中讨论的“批判法学研究”运动(通常请看 38 *Stanford Law Review* 1-674 [1984],批判法学学术研讨会。)