



中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊

2015年秋季卷(总第44卷)

南京大学

法律评论

Nanjing University Law Review

实证主义真的胜利了吗?——以哈特、德沃金之争为中心 蔡琳

古典身份传统与义务伦理的演进 秦小建

人权法视域下大陆配偶的家庭权保障 张燕玲

刑部郎中成“讼棍”——嘉、道严惩“讼师”的扩张解释 林 乾

宗族与从属:魏晋南北朝时期缘坐范围的重构 景风华

晚清对近代国际法的尝试与偏离——基于蒲安臣、李鸿章使团的考察 李 洋

论无益耗费旅游时间的损害赔偿 刘青文

低碳技术创新与应用的法律激励机制研究——基于珠三角现状的考察 杨 帆

突破还是保守:评我国适应气候变化的法律框架 何香柏

地方性刑事诉讼规则研究 李昌盛

中国法语境中的热忱辩护 张 曙

论社区影响陈述制度 张吉喜

论我国刑事鉴定意见的科学性保证 张 斌

纯正技术侦查措施的法律规制研究 韩 旭

非法证据排除之诉的原告资格界定 田 芳



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



第 144 卷

法律评论

Comparative International Law Review

1. [Author Name] / [Article Title] / [Page Range]
2. [Author Name] / [Article Title] / [Page Range]
3. [Author Name] / [Article Title] / [Page Range]
4. [Author Name] / [Article Title] / [Page Range]
5. [Author Name] / [Article Title] / [Page Range]
6. [Author Name] / [Article Title] / [Page Range]
7. [Author Name] / [Article Title] / [Page Range]
8. [Author Name] / [Article Title] / [Page Range]
9. [Author Name] / [Article Title] / [Page Range]
10. [Author Name] / [Article Title] / [Page Range]
11. [Author Name] / [Article Title] / [Page Range]
12. [Author Name] / [Article Title] / [Page Range]
13. [Author Name] / [Article Title] / [Page Range]
14. [Author Name] / [Article Title] / [Page Range]
15. [Author Name] / [Article Title] / [Page Range]
16. [Author Name] / [Article Title] / [Page Range]
17. [Author Name] / [Article Title] / [Page Range]
18. [Author Name] / [Article Title] / [Page Range]
19. [Author Name] / [Article Title] / [Page Range]
20. [Author Name] / [Article Title] / [Page Range]



中文社会科学引文索引(CSCI)来源集刊

2015年秋季卷(总第44卷)

南京大学 法律评论

Nanjing University Law Review



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

南京大学法律评论. 2015 年. 秋季卷 / 张仁善主编
—北京: 法律出版社, 2015. 9
ISBN 978 - 7 - 5118 - 8423 - 7

I. ①南… II. ①张… III. ①法律—文集 IV.
①D9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 209652 号

南京大学法律评论
(2015 年秋季卷)

张仁善 主编

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787 毫米×1092 毫米 1/16

版本 2015 年 10 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 23.75 字数 488 千

印次 2015 年 10 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8423 - 7

定价:55.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

主 编

张仁善

编辑委员会

主 任

李友根

委 员

(以汉语拼音为序)

狄小华 范 健 胡晓红 金 俭 李友根 邵建东 宋 晓
孙国祥 王太高 吴建斌 吴英姿 肖 冰 肖泽晟 严仁群
杨春福 叶金强 张 淳 张仁善 周安平

执行编辑

郭俊义

英文校审

咸鸿昌

南京大学法学院主办

· 法学理论 ·

实证主义真的胜利了吗?

——以哈特、德沃金之争为中心 蔡琳(3)

古典身份传统与义务伦理的演进 秦小建(19)

法学的纯粹性与政治性

——基于法律存在问题对凯尔森法律理论的解读 甘德怀(39)

· 人权法学 ·

北欧国家人权机构模式及其对中国的启示 李红勃 王赫琰(57)

人权法视域下大陆配偶的家庭权保障 张燕玲(74)

· 法律史学 ·

刑部郎中成“讼棍”

——嘉、道严惩“讼师”的扩张解释 林乾(85)

宗族与从属:魏晋南北朝时期缘坐范围的重构 景风华(109)

晚清对近代国际法的尝试与偏离

——基于蒲安臣、李鸿章使团的考察 李洋(124)

· 民事法学 ·

连带债权

——因多余而无从认知的本质? [德]索尼娅·梅耶(139)

论无益耗费旅游时间的损害赔偿 刘青文(175)

· 行政法学 ·

应受行政处罚行为的构成要件 熊樟林(193)

论高校的安全保障义务 覃章慧(208)

· 环境法学 ·

低碳技术创新与应用的法律激励机制研究

——基于珠三角现状的考察 杨帆(219)

突破还是保守:评我国适应气候变化的法律框架	何香柏(230)
-----------------------------	----------

· 诉讼法学 ·

地方性刑事诉讼规则研究	李昌盛(247)
中国法语境中的热忱辩护	张 曙(275)
论社区影响陈述制度	张吉喜(290)
强制公诉案件被害人与控方合作制度探析	宋久华(307)

· 证据法学 ·

论我国刑事鉴定意见的科学性保证	张 斌(325)
纯正技术侦查措施的法律规制研究	韩 旭(343)
非法证据排除之诉的原告资格界定	田 芳(363)

法 学 理 论

实证主义真的胜利了吗?

——以哈特、德沃金之争为中心

蔡琳*

〔摘要〕 哈特、德沃金之争是现代法理学中的主流争论。德沃金的建构性解释理论构成了对实证主义社会事实命题的有力挑战。德沃金将认识论层面的法律实证主义带向了作为实践智慧的司法领域;在此基础上,一般法理学的目标也转变为提供一种有说服力的法律实践理论。德沃金的建构性解释理论开放了法律系统;但我们在承认开放性的同时,必须考虑如何保有法律系统一定的封闭性和权威。

〔关键词〕 实证主义 社会事实命题 建构性解释 正确性命题

特立独行的“刺猬”——德沃金逝世,夏皮罗(Scott Shapiro)称之为一个时代的结束。从德沃金发表《规则的模式》一文起,哈特以降的实证主义法学一直与德沃金处于交锋之中——尽管事实上哈特和德沃金并不存在真正的交锋,^①这样的交锋甚至被批评为由于德沃金的误读所导致的错误。^②但不可否认的是,哈特和德沃金的观点是主流西方法理学中的“界碑”之作,并且引发了广泛而深入的争论。现在斯人已逝,在这种错置的交锋之后,还留下什么?^③是实证主义的胜利?^④还是不再有一般法理学的统一叙事的碎片化

* 蔡琳,南京大学法学院。南京:210093

① [美]夏皮罗:《哈特与德沃金之争:答疑解惑》,郑玉双译,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》2012年卷,法律出版社2012年版,第118~119、128页。

② Brian Leiter, “Beyond the Hart-Dworkin Debate”, *American Journal of Jurisprudence*, 48 (2003), p. 20, note 10.

③ 例如朱颖认为德沃金已经开始悄然淡去,种种理论也无法找到合适的中国土壤而渐渐退出中国法学研究和司法实践的中心场域。参见朱颖:《德沃金与伯林之争:“原则”与“价值”的内在线索》,载《法制与社会发展》2014年第5期。

④ Brian Leiter, “Beyond the Hart-Dworkin Debate”, *American Journal of Jurisprudence*, 48 (2003), p. 18.

“无王期”^①? 至于我们,又能从中获得怎样的启示?

一、起点:实证主义的立场与挑战

在夏皮罗看来,哈特—德沃金的以及延续的相关争论都围绕法哲学中最深刻的“合法性与道德的关系”问题而展开,^②也即法规规范性意义上的分离命题或联结命题。所谓分离命题,是指法律与道德之间并不存在概念上或必然的联系。^③“不支持分离命题,就不可能是一个实证主义者”^④这种分离的主张,可能是因为在方法论上恪守道德中立或是仅仅对道德存而不论。当然,实证主义并不主张法律与道德没有任何关联,即便主张强社会命题的拉兹,也同样认可人们的道德论点对于法律解释来说是必要的。^⑤在规范性的层面上主张法律与道德之间的相互分离意味着法律的有效性与道德正确性的分离。不仅如此,在法律的识别上,法律的内容也并不能通过道德评价来确定。拉兹说:“法律的渊源是那些事实,并且通过这些事实使其有效或是确定法律的内容”。^⑥因此这里包含了以下两个层面的讨论:法律效力的判定以及法律内容的识别。

1. 法律效力的判定

传统实证主义与自然法学的分歧首先在于规范性层面。所谓“恶法非法”的表述即作为一种法效力的判断,或是关涉到法律与道德规范性上的联结(normative necessary connection)。

关于法律效力的判断,拉兹认为,一个规则的法律效力的判定并不与其价值和证成的论证相关,而仅仅是其符合了有效性的测试,这个测试已经被规定下来,也即我们称之为承认规则的东西。^⑦因此,所谓社会事实命题是法律效力的来源并不必然参照政治道

① 参见於兴中:《后全球化时代的中国法哲学:机遇与挑战》,载《太平洋学报》2011年第10期。

② [美]夏皮罗:《哈特与德沃金之争:答疑解惑》,郑玉双译,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》2012年卷,法律出版社2012年版,第120页。

③ 关于这个命题,约翰·伽德纳认为是对实证主义的一种误解,在他看来,哈特所支持的只是在法律的效力之条件上的无必然联系,而非一种全面的关于法律本质的理论。当然,关于实证主义的立场最初仅限于法效力命题,但随着承认规则性质讨论的深入,法律内容的识别是否归于社会事实还是必须考虑道德评价也就成为一个问题。在这个层面上,分离命题的表述也就超越了法效力判定的层面。参见[英]约翰·伽德纳:《法律实证主义:五个半误解》,雷磊译,载《法哲学与法社会学论丛》总第12期,第245~248页。

④ 阿列克西:《关于法的本质之论据的性质》,载阿列克西:《法:作为理性的制度化》,雷磊译,中国法制出版社2012年版,第303页。

⑤ Joseph Raz, *The Authority of Law, Essays on Law and Morality*, Oxford, 1979, p. 47.

⑥ Ibid., pp. 47-48.

⑦ Ibid., pp. 150-151.

德等价值判断,然而却必须参照某种社会事实,即作为社会规则的承认规则。^①对他们来说,法律规范依其道德内容不可能有法律效力,因此德沃金所引用的原则要么有社会系谱,要么就不是法律。与拉兹不同,哈特主张承认规则可以包含吸收道德规则或是实体性价值来作为法律效力的判断标准,而并非必须主张其为严格的社会事实,因此哈特可以视为包容性实证主义者(soft-positivism)。^②包容性实证主义与排他性实证主义者共享法律性的社会惯习命题,但是他们在关于“什么可以被视为法律性的标准”方面有着不同的观点。排他性实证主义者主张所有的法律性判断标准必须来自社会,但是包容性实证主义则是允许在一些情形下规范的道德性可以作为其法律性的标准。这个标准的基础可以是社会事实,但其内容并不一定反映社会事实,^③因此,包容性实证主义并不排除合法性的道德判断,亦不排除包含合法性之道德标准的“宗师规则”(master tests),它只是表明合法性判断不需要道德化,而非不能。那么,这些主张会不会与社会事实命题相冲突?包容性实证主义认为:如果这些合法性判断自身拥有社会系谱,则社会事实命题就能被满足。因为只要合法性测准确立在一个规则之中,该规则的存在又由社会事实所支持,则法律就拥有恰当的社会基础。

夏皮罗认为,包容性实证主义者认为作为判断法律有效性的道德标准是可能的,并且从这样的观点也预示了他们接受参与审判实践的官员们从内在的观点考察的视角。但从排他性实证主义的观点来看,承认规则永远不会接受一个法律规范的有效性是来自其道德上的某些特性。^④包容性实证主义之所以会接受道德判断作为法效力判准的可能性,其原因可能是为德沃金所误导,德沃金正确地指出了在疑难案件中法官们依然受法律所约束而不能随心所欲地裁判,必须要寻找合法的正确的答案(legally correct answer)。因此,包容性实证主义认为在疑难案件中接受作为社会事实的承认规则包含法律性的道德标准,这样就可以同时符合实证主义的立场和回应德沃金的难题。

但夏皮罗以为这并不是对于德沃金挑战的恰当回应。恰当的回答是指出在某种情形下裁判决定受到法律的约束,在某些情况下也可以不受法律的约束。德沃金提出了一个二值选项,要么法官适用法律,要么他们创造法律或是创造新的权利。既然前者是正确的,那么德沃金主张后者就是错误的。而包容性实证主义恰是建立在德沃金的基础之上,也是认为既然法官是去发现法律,那么他们就不能创造法律,而事实上两者皆有可能。^⑤

对于这样的观点,最简单的反驳是主张德沃金的理论是规范性的理论而非描述性的

① 陈景辉:《法律的界限——实证主义命题群之展开》,中国政法大学出版社2007年版,第209页。

② H. L. A. Hart, "Postscript", in his *The Concept of Law*, 2nd, Oxford, 1994, p. 250.

③ Jules L. Coleman, *The Practice of Principle: in defense of a pragmatist approach to legal theory*, Oxford, 2001, p. 107.

④ Scott J. Shapiro, *Legality*, Belknap, 2011, pp. 269 - 270.

⑤ Scott J. Shapiro, "Was Inclusive Legal Positivism Founded on a Mistake?", *Ratio Juris*. Vol. 22 No. 3 2009, p. 337.

理论。德沃金并非从描述性的层面认为后者不可能,事实上,这样的“现象”是否可能与德沃金的观点并不具有直接的相关性。但是,夏皮罗的观点的确揭示了问题所在,对于“创制法律”的“强自由裁量”情形,法理学能够提供怎样一个充分有效的解说?在他看来,哈特为强自由裁量理论提供了一个更有说服力的解释,也就是建立在赋予权威性指引的社会实践以独特地位的图景之上。这关涉实证主义与非实证主义的另一层论争,即通过承认规则判定何为法律的识别问题,也就是法律的最终决定因素只是社会事实或是也包括道德事实?^①

2. 法律的识别问题

“在大部分情况下实证主义者的社会命题是:‘什么是法律’、‘什么不是法律’是一种社会事实”。^② 德沃金通过对裁量命题^③的批评提出:当没有可明确适用的规则时,法官仍然认为他们受法律的约束,也就是受到法律原则的约束。法律原则的存在不但证伪了裁量命题,也损害了系谱命题^④。

对此,排他性实证主义和包容性实证主义提供了两类回答。排他性实证主义主张强社会事实命题,而包容性实证主义则主张弱的社会事实命题。强社会事实命题意味着一个法律理论判断其法律的内容与存在排他性地建立在社会行为的事实性之上,这种社会行为的事实价值中立并不需要回溯到道德论证。^⑤ 例如拉兹认为:“不管道德评价如何,也不管何时法律要求法庭运用道德性标准去让法庭进行自由裁量、基于其最好的价值判断来创造新的法律,这并不会导致将道德转换为既存的法律。”^⑥简单一点说,如同数学规则一样,在裁判中运用数学规则并不使数学规则成为法律的一部分,道德规范亦如此。弱的社会事实命题和强社会事实命题之间的差别在于,强的社会事实命题主张(而弱的社会实证命题则并不主张)每个法律的存在与其内容完全由其社会事实来源所确定。^⑦或者他们的区别如夏皮罗所认为的那样,包容性实证主义者主张的是一种终极性的命题(ultimacy thesis),而排他性实证主义者则主张排他性命题。所谓终极性命题是指法律事实最终由社会事实所决定;而排他性命题则是指法律事实由社会事实所决定。^⑧ 不仅如

① [美]夏皮罗:《哈特与德沃金之争:答疑解惑》,郑玉双译,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》2012年卷,法律出版社2012年版,第128页。

② Joseph Raz, *The Authority of Law, Essays on Law and Morality*, p. 37.

③ 裁量命题:这一套有效的法律规则是全部的法律,所以当某案件不能清楚地由这样的规则规定时,那么该案不能通过适用法律来裁断,而须由官员(比如法官)行使自由裁量权来确定。

④ 系谱命题:社群之法律可以经由特定标准,经由与规则内容无关但与它们的系谱或制定与形成之方式有关的测准,得以确定和区分。

⑤ Joseph Raz, *The Authority of Law, Essays on Law and Morality*, pp. 39-40.

⑥ Joseph Raz, "Dworkin: A New Link in the Chain", 74 *California Law Review* 1103 (1986), at 1110, 1115-16, see H. L. A. Hart, "Postscript", p. 254.

⑦ Joseph Raz, *The Authority of Law, Essays on Law and Morality*, p. 46.

⑧ Scott J. Shapiro, *Legality*, p. 269.

此,包容性实证主义之为实证主义之一种,是因为他们认为当法官对适用哪个原则产生争议的时候,争论的不过是承认规则的正确适用问题,而非其内容。^①而且即便法官在强自由裁量时负有参照道德解决手头案件的法律义务,这些法律之外的原则也需要受到法律的限制。

因此,德沃金提出的法律原则在实证主义的回应中可以被通过承认规则作为判准的规则体系所整合。但是,真正重要的挑战是德沃金的解释理论和法律的解释性概念。如果解释理论成立,那么法律内容的判定就很难与道德或与其他价值相分离。通过 *Tennessee Valley Authority v. Hill* 一案,德沃金认为,尽管法律参与者都对历史记录意见看法一致,但对它们的法律意义却是有争议的。法律作为一种通过显明历史事实形成的惯习或共识的观点是不能成立的。在这些类型的案件中,当参与者看起来是在争论法律是什么的时候,实际上是在争论法律应当是什么。^②这种“理论性法律争议”将法律实践描述为论辩的过程,参与则提出不同的主张,并提供理由为这些主张进行辩护。在提出法律解释之时,实际上即一种“建构性”的解释。^③这样就产生了两种对实证主义的批评:第一个批评就是法律实证主义不能解释疑难案件中的司法行为。第二个批评则因为法官之间经常就法律的根据是什么的问题产生分歧,因为实证主义忠诚于显明事实观点,而该观点认为法律根据只能通过一致同意才能确定,因此实证主义不能解释这样的分歧。

夏皮罗意识到这个问题的严重性并将其视为真正重要的挑战。他说:“实证主义者却很少讨论这个问题。……现代法理学最大的讽刺之一是,很少有人关注到这第二个更为有力的反驳。毫无疑问,法律实证主义者对德沃金提出的建构性解释的积极理论作出了不懈的攻击,然而他们几乎没有付出努力来应对德沃金在《法律帝国》中提出的消极论证,以为自己的理论辩护。他们没有尝试着去解释理论性法律争议是如何可能的。”^④

二、回应:实证主义胜利了吗？

首要的也是最简单的解决方法是否定解释的必然性。

排他性实证主义者马默 (Andrei Marmor) 主张解释并非始终是始终必要的内容判定方式。他认为:主张我们对于“什么是法律”必须通过解释的方式来判定,如通过语义解释、认识论的论证和法律原则论证的看法是错误的。^⑤当然,对于这个观点的讨论并非必要,

① [美]夏皮罗:《哈特与德沃金之争:答疑解惑》,郑玉双译,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》2012年卷,法律出版社2012年版,第130、133页。

② Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Belknap, 1986, pp. 5-7.

③ Ibid., p. 52.

④ [美]夏皮罗:《哈特与德沃金之争:答疑解惑》,郑玉双译,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》2012年卷,法律出版社2012年版,第140~141页。

⑤ Andrei Marmor, *Positive Law and Objective Values*, Oxford, 2001, p. 72.

因为即便这样的主张是正确的,其结果也仅仅证成命题“判断何者为法律必然包含解释性推理过程”是错误的,其最多说明法律与道德之间的强关联命题可能不成立。而且,从哲学诠释学的立场来看,若我们接受加达默尔的观点,或许继而就会承认解释的必然性^①——这当然另作他论。

拉兹从另外的角度进行反驳。

他反对法律解释必然会导致法律道德性的结果。^② 他承认解释在法律内容的认识上作用是非常明显的^③,而且他也承认在法律解释中道德衡量也相当普遍。^④ 例如他说道:“一方面,法律推理致力于确定权威性规则的内容;另一方面,它试图去补充,而且也经常基于道德方面的考虑而改变他们”。^⑤ 他区分了法律的形式性来源和法律的来源(the formal source of law and source of law)。法律的形式性来源是指那些确定法律效力的来源,但是法律的来源则包含所有相关的解释性资源。^⑥ 尽管他承认“在那些案例中(那些存在争议的法律)他们的决定至少部分建立在道德或其他非法律的考虑之上”,^⑦但是这并不影响法律的权威,法律的权威与其他内容的证成并不相关。从这些表述来看,问题的焦点在于:解释中多多少少通过道德或其他价值进行证成的现象是否会导致法律规则权威的丧失。对于拉兹来说,解释的首要任务就是解释立法者的意图,这些被公开地写在既存的法律文本之中。因此,那种“再创造”的解释理论就并非是必要的。^⑧ 在其他情形下,“来解释法律中不确定和冲突之处时,权威的法律解释事实上有着创造法律的效果,他们是对于原始的立法行为的一种补充。”^⑨ 基于相信适用法律的主体会尽可能地遵守法律,立法者的权威是非常重要的。既然法律会不断地通过法律解释者们的再创造而发展,那么这里存在的就是法律解释者的权威,而并非立法者的权威。^⑩ 因此,尽管拉兹承认在法律适用中解释的重要性,也承认通常会存有道德上的考虑,但他们真正关心的是法律的权威,无论是既存的法律还是之后由法官所创设的法律。

① Kenneth Henley, "Protestant Hermeneutics and the Rule of Law: Gadamer and Dworkin", *Ratio juris*, Vol. 3, No. 1 1990, p. 16.

② Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation, On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford, 2009, p. 120.

③ Ibid., p. 116.

④ Ibid., p. 116.

⑤ Ibid., p. 116.

⑥ Joseph Raz, *The Authority of Law, Essays on Law and Morality*, p. 48.

⑦ Ibid., p. 50.

⑧ Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation, On the Theory of Law and Practical Reason*, p. 121.

⑨ Ibid., p. 123.

⑩ Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation, On the Theory of Law and Practical Reason*, p. 123.

拉兹认为,法官需要适用立法者所制定的法律,这是裁判的形式渊源。即便如著名的拉德布鲁赫公式,如果它运用于一个特定的裁判,这个公式也因裁判本身必然在接下来的案例中拥有其权威,因为这个公式通过裁判活动而获得了其权威,这也就是符合了法律实证主义的承认规则。因此,正如阿列克西(Robert Alexy)所言,排他性实证主义者坚持作为道德性理由的道德理由(moral reasons qua moral reasons)必然是非权威性的理由,而法律所包含仅仅是权威性的理由。^① 这就是区分作为权威的法律的形式渊源和法律内容的标准。换句话说,这里存在的问题是“于法律内容的判断”是否真的是“内容一无涉(content-independent identification)”?^②通过区分形式来源和内容性的来源,拉兹维护了法律的权威,却忽略了德沃金式的解释性法律观的挑战。关于法律作为排他性理由的服务性权威观也依然面临着众多挑战。^③

夏皮罗的反驳与拉兹不同。在他看来,如果能够说明合适的解释方法论在社会事实中得以确定,那么从这个社会事实出发可以维持实证主义的立场。他承认德沃金的观点,即当理论争议大量存在的时候,确定合适的解释方法论需要赋予法律实践一个目的。在这些情形下,某特定法律体系合适的解释方法论根本上就是哪种方法论能最佳地与该体系的目标协调一致。但是实证主义者不能将这个过程视为道德哲学和政治哲学的一种操练,相反,实证主义要寻求的是“社会事实”。人们用一些目标和价值描述特定法律体系之目的的事实应当是关于特定社会群体的事实,这样的事实是通过经验推理来确定的,而非道德推理:实证主义者可以通过主张解释方法论就是经验上可推导出的目标的函数,实证主义者将法律建立在社会事实的基础之上。此外,实证主义者也以不依赖于关于合适的解释方法论的特定惯习的方式,确立了法律的社会基础,从而揭示了理论争议的可能性。理论争议就是关于这些问题之争论的结果:哪些目的事实上是某体系的目标,或者哪种方法论与那些目标能最佳地协调一致。^④ 为此,必须选定一种意识形态,也就是“解决该群体应该追求哪些特定目标的问题”。在他看来,恰当的解释方法论建立在社会事实的基础上,因为一个法律体系的特定目的是社会事实问题。一个法律体系是否应当被理解为是促进某些政治价值 G 或者实现某些价值 V,依赖于那些设计该体系的人是否想设计这个体系来促进 G 或者实现 V。为了揭示一个法律体系的政治目标,解释者必须分析它的制度结构,并确定哪些目标或价值能最佳地解释该法律体系为什么是目前

① Robert Alexy, “On the Concept and the Nature of Law”, *Ratio Juris*, Vol. 21, No. 3. 2008, p. 283.

② Ronald Dworkin criticizes: “The taxonomic question is usually a red herring; the important question is whether and how morality is relevant to deciding which propositions of law are true, not how we label whatever moral principles we do take to be relevant”. See Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, Belknap: 2006, p. 5.

③ 具体讨论可参见王鹏翔:《规则是法律推理的排他性理由吗?》,载王鹏翔主编:《2008 法律思想与社会变迁》,中央研究院法律学研究所筹备处,2008 年,第 345~386 页。

④ [美]夏皮罗:《哈特与德沃金之争:答疑解惑》,郑玉双译,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》2012 年卷,法律出版社 2012 年版,第 143 页。

的形态。这很有可能会将解释方法论建立在一个道德上有问题的信念和价值的基础上,即便如此,实证主义解释者也将此意识形态视为既定的目标。^①因此,夏皮罗认为他已经很好地回应了德沃金提出的第二个批评,也就是说他将解释方法论建立在社会事实的基础之上,即建立在一个法律体系所拥有的某种意识形态之上。^②

至此,虽然夏皮罗并不像莱特那样轻率地表明实证主义的胜利,但似乎依然保留着信心:“只有将来能见证,谁会在这场争论中有权利宣称获得了胜利。”^③但是夏皮罗的观点真的可以说维持了实证主义吗?

法律是社会的一种产物,是一种社会事实,解释的方法论也同样具有一定的社会基础,作为尊重民主立法的解释的方法论而言,那么立法者的政治目标或是法律体系的目的、价值自然地成为解释论的优选目标,这的确具有社会基础,具有社会的来源。但是这种解决方案依然至少存在以下两个明显的缺陷:

(1)这样的观点将会导致一种来自社会事实的解释方法论与一种社会规范即道德规范而言并没有本质性的差别。不仅法律,而且道德,只要是一种社会规范,均是社会基础,均可以说是一种社会事实。社会事实命题并不是一个空的宣称,作为一种社会事实的道德主张如果能够促成裁判中个别法律规范的形成,那么就不能称之为一种实证主义的观点,因为对于个别法律规范内容的形成而言其并非是与道德内容无涉的。

(2)选择一种意识形态或是在解释的时候寻找与此法律体系目标协调一致的方式,是一种方法论,但是这种方法论并不能充分地描述法律实践。它充其量不过是其中的一种法解释方法论,甚至于法律体系的目标、寻找与法律体系的目标协调一致的方式都是复数的选择。因此,当德沃金说实证主义无法解释疑难案件中的司法行为时,夏皮罗的主张同样也无法回应这样的批评。

实证主义和非实证主义的分歧并未到此结束,关于夏皮罗本人的实证主义阵营甚至也存有分歧。依据比克斯(Brian Bix)的观点,在实证主义和非实证主义之间的争论之中,现代自然法理论家一般会持有如下两个观点:一是法律最好被理解或是至少部分地被理解为一种目的论的概念:这个概念或是制度可以仅仅被恰当地理解,当其终极目标永远作为衡量的标准,这里这个终极的目标就是一个正义的社会。这和一般意义上描述性的、经验性的、道德中立的路径截然两分。二是考虑到法律实证主义者提供的是一个法律的简单模型,因此包含了道德诉求和道德理想的法律概念会是一个更为完整,因此也更好的法律理论。^④就夏皮罗而言,虽然他主张法律的内容来自社会事实是一种法律实证主义的立场,但是他也不断地谈到“法律也必须有一些道德的目标”,^⑤甚至于也说及

① 同上,第145页。

② 同上,第148页。

③ 同上,第150页。

④ Brian Bix, “Natural Law: the Modern Tradition”, in Jules Coleman and Scott Shapiro edited, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, 2002, p. 76.

⑤ Scott J. Shapiro, *Legality*, p. 215.