

明理文丛

司法决策的过程

——现实主义进路的解说

周赞◎著



the Process of Judicial Decision
——*Conceptualization by Realistic Approach*

清华大学出版社



明理文丛

司法决策的过程

——现实主义进路的解说

the Process of Judicial Decision
——*Conceptualization by Realistic Approach*

周赞◎著



清华大学出版社
北京

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

司法决策的过程:现实主义进路的解说 / 周赞著. —北京:清华大学出版社,2015
(明理文丛)

ISBN 978-7-302-40774-4

I. ①司… II. ①周… III. ①司法制度—研究—中国 IV. ①D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 166740 号

责任编辑:刘 晶

封面设计:汉风唐韵

责任校对:宋玉莲

责任印制:刘海龙

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编:100084

社总机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质量反馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印装者:三河市中晟雅豪印务有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:170mm×240mm 印 张:18.5 字 数:298 千字

版 次:2015 年 8 月第 1 版 印 次:2015 年 8 月第 1 次印刷

定 价:52.00 元

产品编号:066417-01

目 录

绪论:从司法是个“噩梦”说起	1
第一节 波斯纳的司法决策理论:以《法官如何思考》为基准	3
第二节 “高贵之梦”的吸引力	7
第三节 “高贵之梦”就是个迷思(myth)	12
第四节 另一个角度的证立	15
第五节 结语:“高贵之梦”有益,但司法或许就是个“噩梦”	18
第一章 司法的起点:先在的立法之法	22
第一节 立法的本质	23
第二节 立法与司法的一般关系	35
第三节 立法的能与不能	43
第二章 司法决策的方法论解析:系统论的立场	54
第一节 关于司法过程的几种典型解说	55
第二节 司法过程中的方法——以法律论证为切入点	59
第三节 法律方法的能与不能	75
第三章 司法决策的逻辑要素:事实、规范及其关系	85
第一节 案件事实:源于根据法律的回构	85
第二节 审判规范:以释法为形的造法结果	106
第三节 涵摄抑或类推:事实—规范关系的第一重认知	121
第四节 单向抑或双向:事实—规范关系的第二重认知	134
第五节 静态抑或互见:事实—规范关系的第三重认知	148
第六节 演绎推理与司法结论的可错性	163

第四章 判例法的决策过程:也是一个“噩梦”	173
第一节 判例以及判例法概说	174
第二节 判例法的决策过程	185
第三节 当下中国的相应司法实践	196
第五章 “噩梦”的语言学证立:语用理论的进路	206
第一节 引言:从一位民政官的困惑说起	206
第二节 语法意义、语用意义及其一般关系	209
第三节 法律领域的特殊性及其适切性	213
第四节 结论以及因应建议	224
第六章 基于方法论的司法公信力构造之建议	227
第一节 司法公信力及其研究概说	227
第二节 法律方法:当下中国司法公信力的基石	232
第三节 理念·体制·技术:三个层面的具体建议	245
代结语:法官应接受怎样的职业教育?	258
第一节 高校法律教育:“理论熏陶”抑或“实践面向”?	259
第二节 法学家与法律家:“理论”与“实践”的分别?	262
第三节 思维模式:法学家与法律家同一性之基点	265
第四节 结论:“妹妹你大胆地往前走”	271
参考文献	274
后记	285

绪论：从司法是个“噩梦”说起

在《西方法哲学主题思想史论：一种系列剧式的叙述》一书中，我曾经对西方长期以来一直存在的法典崇拜情结作过专门的考察、分析^{〔1〕}；或许主要是因了法典崇拜情结，西方世界——尤其是理性主义时代以来——在很长一段时间内似乎过于相信先在的法典已经基本解决所有法律问题，进而认定以法官为代表的用法者需要做的事情仅仅是“照单抓药”或扮演“法律的自动售货机”^{〔2〕}就好；后来，由于目的法学、自由法学以及现实主义法学运动的影响，使人们关于立法之法可以是完美的而司法只需要逻辑三段论之美梦^{〔3〕}被打破，进而认为法官可以、甚至应该尽情地创造性地适用法律；再后来，由于哲学解释学理论以及其他理论对法学研究的“入侵”，进一步使人们认识到，即便立法者的法律是完美的，当它被用来解决一个个的具体案件时，仍不可避免地需要发挥法官的主观能动性。

简言之，尽管当下西方社会有所转变，但西方世界过去亦曾长期认为司法决策就是一个简单地以法律为大前提、以事实为小前提进行演绎推理的过程。当然，到了今天，法社会学、现实主义法学的兴起已经彻底使人们意识到，司法决策可能并不像传统观念所认为的这么简单，而毋宁是一个法官不断发挥主观能动性的过程，因为不仅仅法律是不确定的（卢埃林，Karl Llewellyn），而且事实也是不

〔1〕 详可参见周赞：《西方法哲学主题思想史论：一种系列剧式的叙述》，北京，法律出版社，2008，三篇《论法官与法律的关系》。

〔2〕 这种认为立法之法已经提供所有问题的现成答案因而法官只需要简单套用立法之法的观念在西方法治史（尤其是欧陆18世纪前后）上（以及在当下中国仍然）颇为流行，所以韦伯（Max Webber）专门造出“法律的自动售货机”这一短语来指称这种观念（详细可参见〔德〕韦伯：《经济与社会》（下册），林荣远译，206页，北京，商务印书馆，1997），来指称此种观念中的法官角色。另，福柯（M. Foucault）也曾对理性主义时期欧洲大陆的此种认知作了详细的考证、描述，可参见〔法〕福柯：《规训与惩罚》，刘北成等译，96～99页，北京，生活·读书·新知三联书店，1999。

〔3〕 哈特曾戏谑地称之为“高贵之梦”（noble dream），以与那种认为司法充斥着不确定性和法官能动性的“浑噩之梦”（nightmare，在本书中，为行文的方便一般译为“噩梦”）相对。可参见 H. L. A. Hart, *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, in *Georgia Law Review*, Vol. 11(1977).

确定的(弗兰克, J. Frank)^[4]——仍然套用哈特的术语,司法其实是个“噩梦”。

在西方,事实上自弗兰克等人以来,各种打着现实主义旗号的分析、解说司法决策过程的作品就开始大量出现,进而很给人一种司法决策过程已经“研究透了”之感;与此同时,略显吊诡的是,就当下中国而言,似乎如上“高贵之梦”的司法决策观念仍然大有市场。在进行本课题研究的过程中,我就深深地感受到了这两种观念在当下中国的同时流行。我之前曾就此课题撰写过论文并投稿,很多时候,我都接到杂志编辑类似的“劝退”意见:司法决策问题的现实主义式的研究已经很成熟了,我们(你)不可能超越西方的研究,所以意义不大;或者是,你这个观点(与“噩梦”基本相通,具体内容后文详述)太可怕了,若司法决策过程真是如此,人们还怎么相信司法?

可以明确的是,我并不认为从理论上揭示、证成司法决策的过程是个“噩梦”将导致人们无法相信司法,这是因为:一则,一种即便是荒谬至极的关于司法决策的理论也不应为司法决策的实际社会效果承担任何责任;二则,司法决策的实际过程是怎样的就是怎样的,它不会因为一种或一些理论的粉饰而更加漂亮,当然,也不会因为另外一种或一些理论的探索就更加丑陋。因此,尽管我是一个“噩梦”派,但我并不认同类似如上对该种理论进行否定的思路;当然,我之所以坚持此种进路和判断,除了前述两方面原因外,还在于它确实是我真诚的理论思考结果,换言之,我相信遵循这种思路,能够更好地解释司法决策过程中的种种现象,进而为设计更好的司法决策程序、制度做好更踏实的铺垫。

那么,是否西方学界的“噩梦”研究真的已经透彻而没有进一步研究的必要?接下来,我将以波斯纳(R. Posner)的司法决策理论为对象,以尝试揭示出西方学界“噩梦”派的研究并不一定“研究透了”。也就是说,即便西方学界已经就此展开了近百年的研究,也不“妨碍”我们仍有可着力之处。而之所以选取波斯纳为代表,主要是因为:第一,他的理论影响力足够大、具有足够的代表性;第二,他被认为是当代英美国现实主义法学的扛旗人物,而现实主义法学正是对“美梦”派展开最激烈抨击、因而可以说是最典型的“噩梦”派学术思潮。这也就是说,如果我们能够发现并指出波斯纳相关论说的可商榷之处,那么,就基本可以认为所谓“噩

[4] See Jerome Frank, *Law and Modern Mind*, Anchor Books edition; 1963, originally published by Brentano's Inc., 1930, Preface to Sixth Printing, pp. x-xi.

说明:在本书中,如果一个外国人人名反复出现,仅在每一章的第一次出现时标注其外文名。

梦”思路的司法决策已经为西方学界，或至少英美学界“研究透了”之判断大概很有疑问。

第一节 波斯纳的司法决策理论：以《法官如何思考》为基准

也许是身兼法官与学者两种身份之故，波斯纳喜欢以一种法律实践者、并且颇具现实主义意味的角度来观察、思考和描述法律帝国，这其中，司法过程始终是他的关注重心之一。而《法官如何思考》则无疑在很大程度上可以说是他的司法（决策）理论集大成之作。

就个人而言，《法官如何思考》中译者苏力对它的评价在很大程度上也正是自己读毕该书的第一和主要感慨：“该书的贡献在于展示了活生生的人如何与司法的和社会的制度互动造就了我们称之为‘法官’的这些行动者，他们为什么如此行为和思考，从而为‘在非常规的案件中，法官实际上是如何得出其司法决定的，（提出了）一个令人信服的、统一的、现实的且适度折衷的解说’，是‘一种实证的审判决策理论’”〔5〕。

那么，波斯纳的实证审判决策理论意欲表达的主要内容是什么呢？这或许可以从该书引论中的这样一段话中得其概貌：“因为行为受欲望驱动，我们就一定要考虑法官想要什么。我认为，和其他人一样，他们想要的同样是基本的善品，诸如收入、权力、名誉、尊重、自尊以及闲暇。如果法官对这些不同善品的权衡通常很独特，那也是因为法官职务创造的激励和约束，或因为更广泛的司法行动的语境。这个语境的一个重要组成部分就是法律的不确定性，它创造了一个开放地带，在那里，正统（法条主义）分析方法得不出令人满意的结论，有时还得不出结论，这就允许甚至规定了情感、人格、政策直觉、意识形态、政治、背景以及经历将决定一位法官的决定”〔6〕。当然，更进一步地，我们甚至也可以套用该书第三章的标题来对其“中心思想”作更为简要的概述，即法官不仅仅像“高贵之梦”者或所谓法条主义者所期望的那样司法，还以“作为偶尔的立法者”之面貌出现在法律职业活动中。

相对应地，关于司法的“高贵之梦”派，或者说法条主义（formalist，或者说形

〔5〕 [美]波斯纳：《法官如何思考》，苏力译，封四，北京，北京大学出版社，2009。

〔6〕 [美]波斯纳：《法官如何思考》，苏力译，10页，北京，北京大学出版社，2009。

式主义)者则认定:“司法结论完全为先在的立法之法或上级法院作出的先例所决定,或者说,司法结论完全可以通过逻辑操作从这些材料中推衍出来”。〔7〕对于这种认知,波斯纳一方面承认,考虑到“大多数案件甚至不上诉,因为上诉得到的结果是不被理睬,通常因为此案真的受先例或明确的制定法语言‘支配’。由于同样的理由,许多潜在案件甚至从未提出诉讼。因此法条主义有相当程度的影响,解决法律争议的(诉讼)层级越低,这种影响就越大。”然而,另一方面,波斯纳又强调指出,至少从实践经验上看,“在许多上诉到上诉法院的案件中,法条主义方法都失败了,而这些恰恰是对法律进一步发展影响最大的案件”;另外,波斯纳进一步指出,在某种意义上,对上诉案件合议庭结果能否获得合议庭的一致同意也可以视作法条主义理论在这些案件中是否具有足够解释力的判准——如果以最高法院为例,则法条主义的解释力似乎不大,因为“过去十年间,最高法院作出的有判决意见的决定中,平均有36%获得了一致同意”。因此,法条主义尽管具有道德可欲性(符合人们长期以来对法治的预期),并且看上去“表面严谨”,但其实却忽略了司法决策过程中“有大量裁量因素”〔8〕;也因此,在法条主义进路不够用时,法官其实总是需要通过诉诸直觉、政治偏好、信仰、情理或其他什么来达致进而完善自己结论,此时,法官实际上扮演的是“偶尔的立法者”角色。波斯纳并提醒他的读者应特别注意:“就制度要素而言,影响该地带(法官立法地带)大小的是法官在司法层级中的等级。等级越高,他的裁量性权威可能越大”〔9〕。

在述评波斯纳司法决策理论时,也许还有必要提及一点的是他还系统揭示了法官作为立法者与专门立法机关意义上的立法者之间的诸多不同方面。之所以有这种特别的必要,主要因为这是此前的现实主义法学者以及其他一些承认法官也(偶尔)立法的学者所不曾详尽讨论的一个问题域。在波斯纳看来,两种立法者的区别在于:第一,从法官立法权的根本依凭来看,主要源自于司法独立这一重大社会价值——波斯纳认定,司法独立是与法治相并称的重大社会价值,并且正是司法独立的内在要求赋予了法官以一定的自由裁量权、也即立法权,而立法机关的立法权则显然源自立法机关的主权本质。第二,从姿态上看,法官一般都不愿承认自己有立法的义务,哪怕仅仅是偶尔的立法义务,所以即便“在疑难案件中,

〔7〕 F. Schauer, *Formalist*, in 97 Yale Law Journal 509 (1988).

〔8〕 参见[美]波斯纳:《法官如何思考》,苏力译,11、41~46页,北京,北京大学出版社,2009。

〔9〕 [美]波斯纳:《法官如何思考》,苏力译,80页,北京,北京大学出版社,2009。

法官(也)不会走到这一步,说“法律用完了,现在我必须干一些立法性活儿了””。也就是说,作为立法者的法官无法、更重要的或许是不愿像立法机关那样“明目张胆”地宣称自己意欲立法。第三,法官的立法工作“必须在一些并不约束正式立法者的约束条件下工作——例如,诉权规则,关于法官可向谁咨询以及更一般地,他们可以用什么样的手段追问的限制”等。第四,法官拥有的不过是一种消极的立法权,因为它实际上不能告诉政府或其他国家机关如何做事,“它没有自己的人手掌握足够的权力杠杆来实现这些宏大设计。(例如,)最高法院能够清除官方实行种族隔离教育制度的污名,但不能清除种族隔离本身”,它甚至“只能以非常难以修改的宪法之名义命令其他部门打住”某种行为。第五,从一个方面讲,由于法官不需要面对选民压力、资金筹措、利益团体等因素的影响,因此,法官在进行立法时往往具有比民选的立法机关之回旋余地更大;但从另一方面看,由于法官处理的问题往往奠基于社会共识或通行的法律观念、法律职业道德以及个人职业自尊等基础之上,并且还受到诸如上诉审、合议审、判例法实践所具有的竞争机制(对于类似的案件不同的法官一开始可能会作出不同的判决,但为了让自己的判决被社会所最终认可,法官只能尽可能地去作出可接受的判决,而这当然会形成对法官自由裁量的极大约束)以及司法部门强力不足(见前文“第四”)等因素的影响,这些又使得法官实际享有的自由空间往往非常狭小。^[10]

当然,尽管波斯纳“宣誓”以一种现实主义式的进路揭示司法决策过程,而他也确实第一次比较详尽而系统地分析司法决策的“实际”过程,并通过经验考察很大程度上剖析了作为偶尔立法者的法官与立法机关本身的区别以及限制法官滥用自由裁量权的种种因素,但考虑到波斯纳的“实证审判决策理论”之核心逻辑仍然不外是法官在常规案例也即一般情形中所做的并且应该做的就是依法判案,而在疑难案件中则需扮演偶尔的立法者先立法后判案,所谓“大多数案件都是常规案件”,而不是属于法官未决定的、令人难受的开放地带的案件。用法条主义方法的优点光芒闪耀;你感受不到需要超出这些(法条主义)的方法令人满意地决定案件,法官可以夸耀自己的克制,无需屈服于起作用的裁量权”^[11],因此,有理由认为,波斯纳审判决策理论所具有的内在理路与它所批评的所谓形式主义理论之内

[10] 参见[美]波斯纳:《法官如何思考》,苏力译,57、76~85、279、340~344等页,北京,北京大学出版社,2009。

[11] [美]波斯纳:《法官如何思考》,苏力译,43页,北京,北京大学出版社,2009。着重号为引者加。

在逻辑相比其实并无什么本质的区别,也没有什么明显的突破,它突破的也许是原教旨主义式的法条主义,即完全一厢情愿地认定先在的立法或判例总是可以为当前案件的裁决提供足够且清楚的判决依据。而原教旨主义式的法条主义观念即使在法条主义阵营内部也早已经过时,要不然在20世纪七八十年代时德沃金(R. Dworkin)等人也就没必要专门针对晚近版本的法条主义,也即所谓的“因袭主义”(conventionalism)审判逻辑进行研究、批判却不反思原教旨主义的法条主义——“因袭主义”的要旨可见于德沃金作品中的这样一段话,“因袭主义纠正了民众所认定的所有案件始终有法可依的观念。……法官在疑难案件中所必须作出的判决是自由裁定的,此时,除了法律上的依据以及当下判决要与先前判决相符外,法官还必须找到其他理由用作判决理由”^[12]。而这,其实不正是前文揭示的波斯纳司法决策理论之内核?

至此,我们可以说,尽管波斯纳的本意也许确实是击破那些所谓的关于“司法过程的官方言辞”,并且也确实没有像“当代中国法学研究中普通采取的那种模式:提出并赞美一个概念上完美的法官,然后激励和要求担任法官的人去实践这个概念”^[13],而是尽可能地以一种现实主义的态度描说法官在司法结论得出过程的“实际作为”,但不无遗憾地是,除了一些局部的理论创新外(如前文特别提及的关于法官立法与立法机关立法区别的系统梳理),尤其当波斯纳也宣称只有非常规案件法官才扮演偶尔的立法者角色时,他其实似乎并没有达致其初衷,某种程度上毋宁说他加强了法条主义的说服力:如果说过去的原教旨主义式的法条主义以及晚近的因袭主义式的法条主义很大程度上只是空洞地吁求“法官应当严格依法判案”的话,那么,波斯纳则通过大量的实证数据以及他颇具误导意味而反复宣称的现实主义立场向读者表明,至少在大部分案件,也即所谓常规案件中,法条主义所吁求的也正是法官实际上在做的。按照波斯纳司法决策理论的此种内在理路,那么,逻辑上的一个结论似乎就只能是:波斯纳司法理论与法条主义理论间存在的不过是“五十步”与“一百步”的关系。

另外,波斯纳也一如他的现实主义前辈们,更多地似乎仅仅是基于理论直觉去发现、指出司法决策过程中的“噩梦”之处,至于为何存在或必定存在这些现象

[12] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Mass.: Harvard University Press, 1986, p. 115.

[13] 这是波斯纳理论的忠实拥趸、也是《法官如何思考》译者苏力先生对波斯纳理论的一种评价。详见[美]波斯纳:《法官如何思考》,苏力译,封四,北京,北京大学出版社,2009。

则几乎从没有尝试从理论上进行证成^[14]。因此，假若有人追问诸如“在疑难案件中法官发挥能动性是实际存在的，但是否应当如此？”或“假设立法足够完美，司法中的噩梦是否可以永久地消除？”以及“若果真如此，那么，是否噩梦的根本原因是立法而非司法本身？”等问题，想必波斯纳很可能给出的答案或许将只能是（以前述问题的顺序为序）：“我要的只是‘事实如何’，至于‘应当怎样’则不是我要讨论的”（事实上这是绝大多数实用主义者的调调，而实用主义正是美国现实主义的最主要哲学基础）；或“立法不可能完美，因此你的后两个问题根本不成立”。此种回应当然有一定道理，并且也有较大的说服力，但可以肯定的是，它们并不能解决上述疑问，而毋宁说只是对上述问题的一种回避或“绕开”。

第二节 “高贵之梦”的吸引力

作为波斯纳批判靶心的“高贵之梦”或法条主义具有怎样的吸引力以至于它如此有市场？波斯纳洞察到，“如果被问到，许多，也许是大多数，法官都会否认自己把成见带入他们的案件；我们应如何看待这一事实呢？这不重要。这种否认，在某些情况下反映了他们缺乏自觉，在另一些情况下则反映了法条主义审判模式的修辞诱惑力，或更直接反映了其宣传价值。”“法官想否认司法决策中有主观性，以免从根本上削弱了他们的主张……他们想让民众信服，自己都戴着蒙眼布，不会偏离老路；他们是社会的挽马。他们还想弱化人们对不受欢迎的司法决定的指责（因为‘是法律要求我这样决定’）”。^[15]而德沃金在讨论因袭主义时则指出，后者在回应“何以过去的政治决定是普适的”或者说“何以法官的判决结论是正当的”等问题时给出了一个符合大多数人关于法治之预期的回答，这种预期即“法官的任务是运用法律而不是改变法律来符合他们自己的伦理学或政治”^[16]。申言之，至少在波斯纳以及德沃金等人看来，法条主义（包括早期和晚近的法条主义）之所以能够长期以来占据着司法决策观念市场的主流，正是因为它具有如上这些“功用”。

必须承认，此种分析确实很大程度上解释了为何民众、法官以及部分学者会

[14] 这或许从一个角度印证了德沃金何以批评波斯纳“肤浅”。详可参见[美]德沃金：《身披法袍的正义》，周林刚、翟志勇译，48页，释[11]，北京，北京大学出版社，2010。

[15] [美]波斯纳：《法官如何思考》，苏力译，67页，北京，北京大学出版社，2009。

[16] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Mass.: Harvard University Press, 1986, pp. 117, 114.

对法条主义趋之若鹜,因为它确实可以满足人们对于司法过程的某些道德愿望;若再考虑到正如黄仁宇所曾指出的,中国社会历来具有的一种普遍性观念习惯是凡事动辄谈道德而不问方法是否可行,所谓“即使对技术问题,也必予以道德的名义”^[17],因此因袭主义乃至法条主义理论在当下中国始终“笑傲江湖、(几乎)一统天下”就更不应感到奇怪。但同样必须明确的是,此种论调或分析其实并不能揭示、也无法解释为何像波斯纳这样的学者居然最终也仍然避不开法条主义——这一点前文已经证立——这一泥淖:如果说民众以及部分学者,尤其是中国观念界之所以抱持法条主义观念是因为被道德期望冲昏了头,那么,专业、冷静、现实主义式的且以击破“高贵之梦”或法条主义为使命的波斯纳断不应如此才是。可以说,这一现象的存在本身就足以命令我们有必要去进一步探索这样一个问题:法条主义除了道德吸引力外,它还有什么魔力使得人们(如波斯纳)想甩都甩不掉?

概略说来,“高贵之梦”除道德吸引力以外的魔力也许在于:一方面,它看上去确实可以用来揭示、解说一部分,有时候甚至是大部分案件的实际过程。正如包括波斯纳在内的很多学者所反复宣扬的,在典型案件或者说常规案件(这部分学者,如波斯纳,往往还认定大部分案件恰恰是常规案件)中,法官的决策过程确实就是法条主义式的,他不应该、不需要并且事实上也没有运用自己的主观能动性就可以或已经得出了判决结论。套用波斯纳的思路及术语讲,即在常规案件中法官不应、不需也没有扮演立法者。更进一步地,如果按照韦伯(Max Weber)关于法律的形式理性与资本主义经济发展之内在关联的思路,则可以看到,也正是因为大部分案件之判决结论是可预期的,或者说符合“形式理性”要求的,因此,资本主义经济才得到了这样蓬勃迅猛的发展^[18]。申言之,法条主义这一方面的魔力在于:第一,它看上去确实可以用来揭示大部分案件,也即常规案件的决策过程;第二,如果不承认法条主义的解释力,则资本主义的繁荣或者说基于规则的理性(后果可预期的)交往怎么可能?或者说得更“严重”点,考虑到法官造法判案实际上意味着以案件发生后创生的法律适用于该已然发生的案件,而这首先意味着它

[17] 黄仁宇:《赫逊河畔谈中国历史》,23页,北京,生活·读书·新知三联书店,1997。

[18] [德]韦伯:《经济与社会》(上册),林荣远译,92页以下,北京,商务印书馆,1997;Max Weber, *On Law in Economy and Society*, New York: Bedminster Press, 1968, pp. 814, 1395;另外,哈耶克(F. Hayek)也是此论的一个“粉丝”,相关论说可参见[英]哈耶克:《自由秩序原理》(上册),邓正来译,264页,北京,生活·读书·新知三联书店,1997。

违反了法治的“法不溯及既往”基本原则，同时当然也意味着先在的规则并没有得到很好的贯彻落实，而如果果真如此，那么，作为人类社会控制工程的法治——一种讲求先在规则的严格遵守的政治^{〔19〕}——如何可能？

“高贵之梦”的魔力还在于，另一方面，即便在面对所谓非常规案件所导致的挑战时，它也可以通过承认立法之法存在不足等方式来回应或避免法官造法的困境。换言之，本来即使是法条主义者自己也认为至少在面对疑难案件时，法官需要在某种程度上诉诸自己的主观判断、实即造法才能妥善地解决案件，但法条主义者却通过宣称造成这一局面的原因其实在于立法不完善之方式达到了这样一种效果：之所以在疑难案件中法官需要造法，或扮演偶尔的立法者，并不是这些案件本性使然，当然也不是法治本质使然，毋宁说是因为正好（也即偶然）此时的立法存在一定的不足而致。也就是说，疑难案件中法官主观性的发挥不过是法条主义路径的例外，从逻辑上讲，例外的存在并不必然降低原则的说服力；并且，这些例外也完全可以通过完善立法之法等方式来避免或至少极大程度上减少。因而从根本上看，法官造法即便在疑难案件中其实也并不具有当然的合法性。当然，一个法条主义者（典型者如哈耶克）可能还会从相反角度来守护法条主义信念：就算疑难案件不能完全避免，其实也不应因此就断定法条主义本身不可取，因为证成法条主义的恰恰不是疑难案件，而是那些常规案件以及那些压根就“不诉诸法院的纠纷”^{〔20〕}。

再一方面，“高贵之梦”之所以如此“魅惑”可能也因为在经验世界中，由于正如包括波斯纳在内的很多学者所观察到的诸如诉讼监督、上诉审等刚性制度以及惯例、主流观念、常理等非刚性但却实在的限制性因素的存在，使得法官即使在面对疑难案件时也总是倾向于以一种法条主义的姿态作出至少尽可能具有法条主义外貌的判决，以提升其判决的合法律性及可接受性，或者说降低其被质疑，乃至被推翻的风险。而这种倾向无疑会使法官扮演立法者的概率进一步大大降低。

〔19〕 关于法治的界定可谓五花八门，但应该说自亚里士多德（Aristotles）提出“优良法制”的两要件说以来，人们对法治至少意味着“先在的规则得到很好的落实”这一点几乎没有异议。亚里士多德的两要件是：“优良法制的一层含义是公民恪守业已颁定的法律；另一层含义是公民们遵从的法律是制定得良好的法律”（〔古希腊〕亚里士多德：《亚里士多德选集·政治学卷》，颜一编译，139页，北京，中国人民大学出版社，1999）。

〔20〕 [英]哈耶克：《自由秩序原理》（上册），邓正来译，265页，北京，生活·读书·新知三联书店，1997。

概言之,总体而言,由于大部分案件都是常规案件或典型案件,又由于即便在疑难案件中法官也总是倾向于尽可能地少诉诸其主观能动性,因此,法条主义进路似乎看起来确实可以忠实地揭示出或有力地解释几乎所有司法决策的过程。

综观如上几点可以看到,“高贵之梦”的吸引力主要包括如下几个方面:第一,它符合大部分人关于法治、关于司法本质的想象或者说道德预期;第二,它可以很好地解说常规案件的司法决策过程;第三,当面对疑难案件带来的挑战时,它也可以通过诉诸立法不足或不完善等方式来降低甚至否定疑难案件中的法官造法之合法性;另外,第四,即便在疑难案件的情形中,由于诸种因素的综合作用,使得它似乎也与其中大部分案件的司法决策经验相吻合。

看上去,因了上述吸引力,法条主义确实本就应该扮演主流观念的角色,也即本就能够成立。但实际上如果我们深入思量、追问如下几个问题就会发现,其实如上这些吸引力都建立在某些不牢靠甚至根本就是虚幻的基础之上:首先,人们当下对于法治或司法本质(即法条主义进路)的道德预期就算本身是“好”的,它是否具有实际的可行性?换言之,如果它压根不具有可行性,又怎么用它来要求法官、进而怎么可能用它来恰切地解说司法决策的实际过程?还有,就算法治以及司法的法条主义进路既是“好”的,又是可行的,这是否一定意味着坚守法治或法条主义就是司法过程中最高的善?甚至进一步讲,针对前文提及的如果法官造法则资本主义式的繁荣以及法治如何可能的说法,我们也可以问:大部分情形中依据规则可以预期行为后果(这保障或促进了资本主义的繁荣)与司法决策过程是否存在造法现象两者间是否存在必然的关联?最后,一种理论可以为某些经验所验证、哪怕是大部分经验所验证,是否就足以证成它本身?对于这些疑问,个人的回答分别是:其一,至少人们目前观念中的“法治”其实是不可能的,人们关于司法的本质就在于“严格依法判案”之想象也从来不是司法过程的本相(具体证成请见下文第三部分)。考虑到正如康德(I. Kant)所言,从逻辑上讲“应当”应当以“能够”为前提^[21],因而如果所谓的法治或“严格依法判案”其实本就没有可行性,那么,这实际上也就意味着人们根本就不应该以之要求实际的法治工程以及司法过程;相对应地,即便有时它们可以耦合于法治或司法过程,也并不意味着它们对法治或司法的实际过程当然也会有多大的解释力。其二,就算法治或法条主义进路

[21] 参见[德]康德:《实践理性批判》,韩水法译,31页,北京,商务印书馆,1999。

既是“好”的，也是“可行”的，也并不意味着有决然的理由说，坚守此种法治信念或法条主义（就司法领域而言，这两者其实是一码事儿）就是司法决策过程中最高的、排他性的善。因为正如波斯纳曾指出的，至少在司法决策的过程中，有时候司法独立这一善就可以对抗法治之善^[22]；更不用说当年康德的那句名言所蕴含着的对严格法治的迷信者们的警示：“最严格的法律是最大的错误或是不公正”^[23]。其三，虽然在很大程度上确实可以说正是那些没有诉诸法院就得到解决的案件（不妨称为“超级典型案件”，以与诉诸法院的典型案件相区别）证成了法条主义的解释力，也就是说，也许（请注意仅仅是“也许”，后文将证立这其实是个误会）资本主义的繁荣确实在某种程度上证立了法条主义在日常生活中、也即在超级典型案例的情形中确实具有较强解释力，但考虑到司法决策理论讨论的恰恰是那些诉诸法院的案件之解决过程，因此，就算法条主义可以很好地揭示超级典型案例的解决过程，也决不意味着它对于典型案件、更不用说非典型案件也具有同样的解释力。最后，经验上的验证当然并不必然意味着某种理论或模型本身可以成立，因为正如休谟（David Hume）早就申明的，无论对多少次经验的归纳，也无法得出必然，因为在归纳的过程中始终要面对诸如从已经经验的到未经验的、从过去的到将来的跳跃，并且归纳法则本身的有效性也只能通过归纳来进行验证^[24]。事实上，

[22] 参见[美]波斯纳：《法官如何思考》，苏力译，83页，北京，北京大学出版社，2009。

[23] [德]康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，沈叔平译，46页，北京，商务印书馆，1991。

[24] 参见[英]休谟：《人性论》（上册），关文运译，104页以下，北京，商务印书馆，1989。此处也许还可以简略涉及实证主义方法的缘起及其对于社会科学理论构建的意义：社会科学中实证主义源于科学主义泛滥的16、17世纪，彼时人们对于科学、严格说是自然科学的方法达到了一种迷信的程度，以至于很多人认定除了依据此种方法得出的结论外，其他任何理论都不过是空洞的说教。但实际上，第一，诚如哈贝马斯（Jürgen Habermas）等人早已经指出的，由于任何所谓的实证调研都建立在某些境遇、前见、问题意识的基础上，因而任何实证调研从根本上讲其实都无法达致它所宣称的客观性和可靠性（转引自 G. Warnke, *Gadamer: Hermeneutics, Tradition and Reason*, Cambridge: Polity Press, 1987, pp. 108-109）。更进一步讲，第二，实证方法其实从本质上讲是反对理论、反对模型、反对抽象的，更不用说用它来作为构建某种理论的支柱性依据，所以最经典的实证调研方法使用者涂尔干（E. Durkheim）才会明确告诫实证调研法（涂尔干称之为“社会学方法”）的拥趸们：“社会学家就不应该热衷于对社会现象进行形而上学的思考”，并且在社会学研究过程中，“尤其重要的是，我们（应该）每次将仔细地把推理和解释同被解释的事实明确地区分开来”（[法]涂尔干：《自杀论》，冯韵文译，2、3页，北京，商务印书馆，1996）。申言之，如果说实证法在理论构建的过程中有什么作用的话，那么，也许主要地可能在于两个方面：第一，当它用作证否某种理论的论据时，是强有力的；第二，当它用来证成某种理论时，则很可能仅仅具有辅助性的作用。这后一点恰恰也与此处援引的休谟分析有内在的吻合；而我也相信，明确这一点对于当下国内法学界颇为盛行的实证研究风无疑至少具有某种警示作用。

在我看来,对波斯纳以及类似波斯纳这样的理论者而言,其之所以也为法条主义所“魅惑”进而陷入法条主义的泥淖而不自知或无法自拔,主要原因很可能并不在于法条主义本身所具有的其他吸引力,而在于波斯纳的论说进路具有过分的经验意味。

根据如上分析,且如果我们能够从逻辑上证立法治以及严格依法判案的不可可能性,并能够从更深层次展示所谓常规案件的内在逻辑其实与所谓非常规案件并无什么根本的不同,进而能够尽可能地接近是否决策的事实过程,那么,相应的结论就是:不管是原教旨主义式的还是改良版的所谓因袭主义式的法条主义之吸引力都是不牢靠的,因为它们所依凭的种种基础本身不牢靠。

第三节 “高贵之梦”就是个迷思(myth)

任何一种意欲证立法治——即一种先在的规则得到忠实落实的治道——之不可能性的努力,除了将面临政治不正确以及种种道德压力外,首要的一个难题是:如果法治不可能,那么,为什么在日常生活中我们分明感觉到先在的立法之法至少在大部分情形中得到了严格的落实——譬如说,像韦伯、哈耶克等人所言的资本主义的繁荣为什么确实建立在法治的可能性基础上?首先必须承认的是,其实不仅仅是资本主义的繁荣、任何一个复杂社会的繁荣都确实也一定只能建立在对某些先在规则的承认基础之上。但这个现象是否就意味着法治的可能性?如前述,法治的一个必要条件是“先在的规则得到忠实的落实”,而实现这个条件的逻辑前提是:第一,存在一些先在的规则,并且这些规则的规范意图和规范内容是明白确定的(因而这些规则也一定是可实证的);第二,这些明确的规则可以与生活中的案件事实实现“无缝连接”,也即可以分别承担逻辑三段论中的大前提和小前提以至于结论的得出就是一个简单的演绎推理。^[25]

然而,首先,也许从“死法”的角度讲,确实存在着一些先在的规则,但考虑到“法律的生命在于实施”,而这实际上意味着规则生命的真正起点其实仅仅存在于它被用也即被实施之时;相对应地,一个规则的规范意图或规范内容也只有当它

[25] 如下仅仅是为证成“法条主义是个迷思”而展开的简略分析,对这一命题展开的更为详尽的分析及证否,请参见后文第三章第三节《涵摄抑或类推:事实—规范关系的第一重认知》与第六节《演绎推理与司法结论的可错性》。