

Legal Method

主编 陈金钊 谢 晖

执行主编 刘风景

CSSCI 来源集刊

法律方法

(第20卷)

山东人民出版社

全国百佳图书出版单位 国家一级出版社

Legal Method

主编 陈金钊 谢晖

执行主编 刘风景

法律方法

(第20卷)

山东人民出版社

国家一级出版社 全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

法律方法. 第20卷/陈金钊, 谢晖主编. — 济南:
山东人民出版社, 2016.12

ISBN 978-7-209-10350-3

I. ①法… II. ①陈… ②谢… III. ①法律—文集IV. ①D9-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第307392号

法律方法(第20卷)

陈金钊·谢晖 主编

主管部门 山东出版传媒股份有限公司
出版发行 山东人民出版社
社 址 济南市胜利大街39号
邮 编 250001
电 话 总编室 (0531) 82098914
市场部 (0531) 82098027
网 址 <http://www.sd-book.com.cn>
印 装 日照报业印刷有限公司
经 销 新华书店

规 格 16开 (180mm × 255mm)
印 张 24.75
字 数 460千字
版 次 2016年12月第1版
印 次 2016年12月第1次
印 数 1-1000

ISBN 978-7-209-10350-3

定 价 68.00元

如有印装质量问题, 请与出版社总编室联系调换。

CSSCI 来源集刊

为适应我国信息化建设，扩大本刊及作者知识信息交流渠道，本刊已被《中国学术期刊网络出版总库》及CNKI系列数据库收录，其作者文章著作权使用费与本刊稿酬一次性给付。免费提供作者文章引用统计分析资料。如作者不同意文章被收录，请在来稿时向本刊声明，本刊将做适当处理。

《法律方法》编委会

编辑委员会 (以姓名拼音为序)

陈金钊 戴津伟 杜文静 黄 涛 姜世波
焦宝乾 刘风景 刘 军 吕玉赞 宋保振
苏晓宏 孙光宁 王国龙 王瑞君 王 申
吴丙新 武 飞 杨建军 杨知文 张传新

本期执行主编 刘风景

学 术 顾 问 (以姓名拼音为序)

曹文泽 郝铁川 季卫东 蒋传光 李桂林
沈国明 舒国滢 孙笑侠 熊明辉 叶 青
於兴中 张斌峰 张继成 郑成良

目 录

法治话语与法律修辞

- 法治的理想情景 [美]安德雷·马默著 王志勇译(1)
- 法律论证中的修辞三段论
..... [巴西]阿迪奥达托著 王伊林译(10)
- 法庭论辩中的诉诸权威及其合理性分析
——基于批判性思维与专属知识人的双重视角..... 张斌峰 侯郭垒(25)

司法方法论

- 诉讼契约的司法适用
——基于最高人民法院公报案例的考察 赵景顺(40)
- 完善案例指导制度的域外借镜 宋 菲(52)
- 旨在提高司法公信力的刑事裁判公开研究 刘亚娜 孙铜阳(65)
- 刑事判决说理的困境、原因及出路研究 周芳芳(74)
- 刑事冤案中的锚定效应探究 刘新慧(90)
- 法官运用法律解释方法的实证分析 曹 磊 宋保振(105)

域外法律方法

- 先例与逻辑 [英]卡尔顿·坎普·艾伦著 杨天江译(119)
- 解释的普通法及其法典化规范(中)
..... [美]雅各布·斯科特著 吕玉赞译(133)

法律可废止性理念的思想渊源·····	宋旭光(162)
法官为何如此决策? ——关于法官行为策略模型的文献综述 ·····	王 彬 刘巧巧(177)

法律方法理论

重回认识论:再论司法中的“真实”·····	薛爱昌(193)
司法三段论逆向推理模式的适用 ——基于“宜兴胚胎案”的分析 ·····	张婷婷(205)
立法目的条款的构造与作用方式研究 ·····	戴津伟(217)
备案审查制度的若干缺陷及其完善 ·····	梅一波(229)
法律解释“方法”的非自足性 ·····	俞海涛(240)

部门法方法论

危险方法的刑法教义学分析·····	贾文超 王瑞君(251)
刑法解释论的第三条道路 ——刑法解释规则的建构·····	蒋太珂(263)
行政赔偿诉讼中混合过错的认定与解释方法 ·····	黄 娟(274)
德国公司法中的法律续造 ——以股东导致公司破产中的债权人利益保护为例 ·····	赵守政(288)
分摊原则与美国药品专利损害赔偿方法的转向 ·····	朱 冬(303)
股权众筹规制的路径选择及其方法论思考 ——以“股权众筹第一案”为例 ·····	赵 轩(313)
论通道类信托对受托人亲自管理义务的免除 ——基于客观目的解释的分析 ·····	李 或(328)
设链行为的法律规制方法研究·····	陈绍玲(344)
试论离婚诉讼中的利益衡量·····	韩焕玲 赵玉增(363)
《伯尔尼公约》中的追续权条款研究 ——兼谈我国创设追续权制度的考量因素 ·····	戴 哲(378)

法治的理想情景

[美]安德雷·马默著* 王志勇 译**

在关于法治的实际要求是什么的文献中,盛行一个显著的共识。如下内容为人们广泛赞成,即法治要求:法律要公开颁布,法律要具有合理程度的清晰性且不能自我矛盾,法律可以一般地和前瞻性(prospective)地适用;法律的适用由不偏不倚、独立且对于每个人而言适洽可及的(reasonably accessible)法院来实施;法律应赋予人们适当的机会来遵守;法律不要过于频繁变动;以及其他同样的原则。^①然而,从哲学的视角来看,法治的理想情景(the ideal of the rule of law)是一个复杂的情景,而且关于它的谈论通常也迷雾重重。当然,我们赞同这样的观点,即法治需要上述原则。但理据何在?而且,是什么统合了这些看法并将之拢合到我们称为“法治的理想情景”的大伞(umbrella)之下的呢?

我们倾向于将法治称作理想情景的事实表明:法治是一个普遍化的规范性原则,在实践中,其可在不同程度上能够达致;法律体系可能在更高或者更低的程度上满足此理想情景的规范性要求。大概来讲,至少从某些角度来看,法律越是更好地满足这

* 安德雷·马默(Andrei Marmor),美国康奈尔大学法学院雅各布·古尔德·舒尔曼(Jacob Gould Schurman)法学、哲学教授,研究方向为法哲学、道德、社会和政治哲学以及语言哲学。本文原载于《法哲学和法理论指南》[Marmor, A.,《法治的理想情景》(The Ideal of the Rule of Law),载Dennis Patterson编,《法哲学和法理论指南》(A Companion to Philosophy of Law and legal theory),Malden: Wiley-Blackwell, 2010, 2nd ed., pp. 666-674]。为方便查阅,按照《法律方法》的注释规范,译者将原文的注释和参考文献一并置换为脚注。翻译已得到作者慷慨授权,舒国滢教授通读了译稿并提出了中肯的修改建议,在此一并表示衷心感谢!当然,译责自负。

** 王志勇,男,河南安阳县人,河南财经政法大学法学院讲师,法学博士,研究方向为自然法、法学方法论。

① 法治的这些特征中的多数为朗·富勒(Lon Fuller)[Fuller, L.,《法律的道德性》(The Morality of Law),New Haven, CT: Yale University Press, 1964, ch. 2]所阐述。其他众多学者基本上赞成富勒的清单[比如,Finns, J.,《自然法与自然权利》(Natural Law and Natural Rights),Oxford: Oxford University Press, 1980, pp. 270-276; MacCormick, N.,《自然法与法律和道德的分离》(Natural Law and the Separation of Law and Morals),载R. George编《自然法理论》(Natural Law Theory),Oxford: Oxford University Press, 1992; Raz, J.,《法律的权威》(The Authority of Law),Oxford: Oxford University Press, 1979, ch. 11]。

些标准,法律就越好。^①然而,只要我们开始将法治作为一个整体的规范性理想情景来思考,某些危险就潜伏幕后了。一个明显的危险是将法治的理想情景混同于良法之治(the rule of good law)的理想情景。许多评论者将法治与尊重诸如个人自由和人类尊严的法律体制(legal regime)联系在一起。其他人则走得更远,他们主张,一个侵犯人类和公民权利(human and civil rights)的法律体制是一个未能遵守法治的国家。无疑,这些都是高尚华丽的理想情景,但其与法治的联系则令人质疑。法治的理想需要抓住对于法条主义(legalism)本身而言本质的东西;就法治而言,如果存在善的(good)东西,其须为如下类型的善,即那种源自法本身所拥有的特定特征的善。假定法治例示了那些源自关于何为好的法律体制——诸如尊重自由、尊严和人权的法——之特定观点的价值;这相当于循环论证的命题,即被良法治理是善的。^②如果法治要具有某些独特的意义,其必须避免此明显的循环论证。

虽然如此,这里却是深刻见解的起点。法治的理想情景大体上是道德—政治的理想情景,即被法律治理是善的。大体的观念是这样的,即不论其情况如何,尤其包括不论法律的内容如何,较之由某些其他类型的治理(governance)或者社会控制的制度治理,由法律制度治理(governed by a system of laws)通常更好?但这是为什么呢?不管其特定内容,也就是说,在不知晓实际治理(actual governance)所规定的内容的情形下,我们怎么就能够说,较之其他替代选择,某种特定的治理形式(form of governance)更好?此处,我将要考察的答案包含一个双重维度的主张:第一,正是在以法对人类行为进行调整(regulation)的本质中,我们发现,任何标榜为法律的事物必须满足某些特定条件,这些条件使它成为法律;第二,满足上述条件的治理形式获致某些自身为善的东西,这促进了我们所珍惜的某些特定价值。

如果我是对的,即这就是所提供的主要答案,则两个很难回答的问题就随之产生了:第一,如果我们主张,法治的理想情景莫基于如下基本假设,即被法律治理(be governed by law)是善的;那么,显而易见,如下问题就会产生:法律与什么相对呢?如果不是法律,那么人类群体又能被其他何种事物治理?如果不具有法律的性质(be legal),实际上的(de facto)治理被维持(sustained)的形式可能存在吗?此处,困难来自于我们所熟悉的某些关于法性质(the nature of law)的理论。根据源自霍布斯(Hobbes)的传

① 事实上,这并非这么精确。在我的论文[Marmor, A.,《法治及其限度》(The Rule of Law and its Limits),载《多元主义时代的法律》(Law in the Age of Pluralism), Oxford: Oxford University Press, 2007, ch. 1]中,我已经相当详尽地论证了如下结论:对于法治的遵守有时可能过度,并不必然是越多越好。

② 例如,哈耶克(Hayek) [Hayek, F.,《通往奴役之路》(The Road to Serfdom), Chicago, IL: University of Chicago Press, 1994, ch. 6]非常清楚此处的危险,但对于哈耶克成功地避免了此循环论证这一说法,我持怀疑立场。哈耶克之所以赞誉法治,多数原因源自如下信念,即法治之所以是善的,乃是因为法治有助于自由;而后,哈耶克将法治的要求阐释为那些使得法律体制有助于自由的东西。我认为,这就使哈耶克的论证陷入上述循环论证。

统,更为具体而言,源自19世纪早期的法实证主义传统,基本上可以说,任何实际上被维持于一个群体之上的治理形式,据事实本身而言(*ipso facto*),就具有法律的性质。当我们拥有一个被政治主权者所治理的特定人群时,我们就拥有了法律。^①但现在,此种观点——如果我们要被治理,就应该被法律治理——等同于同义反复,即如果被治理是善的,那么被治理就是善的。然而,根据关于法性质的相反观点——通常与自然法传统联系在一起——来讲,不是每一个实际上的治理形式都具有法律性质,仅那些符合特定最低限度道德内容的治理形式才可以被妥当地描述为具有法律性质。由此,根据对法律性质的这种描述,合法性(*legality*)的概念是一个已然包含道德成分的概念。由此,只有最低限度的良法才是法。只有遵守某些道德限制的治理形式才具有法律性质,如果真是这样的话,则被法律治理是善的这种观点便等同于这样一个主张,即如果我们被法律治理,那么(在某些方面)这是善的,因为只有(在某些方面)善的事物才真正是法律。但就此构念(*conception*)而言,关于法治,似乎不存在任何特殊之处。什么使得以法而治(*rule by law*)为善呢?根据上述自然法构念,答案为:法的内容必然(至少在某种程度上)是善的。进而言之,如果自然法的此种版本被证明为谬误,从而,即使某些规范的内容邪恶,这些规范却仍有效;那么,就被法律治理而言,似乎不存在任何必然为善之处。

在此,我们能够将此问题予以一般化:似乎是这样,即任何试图解释法治的理想情景真正为何的尝试,须等对法律性质进行哲学考察之后再进行。为了获致关于被法律治理是否为真正善的看法,我们必须首先很好地理解法是什么和什么使得法成为一个独特的社会控制形式。似乎是这样,关于法治的理论在方法论上依附于关于法律性质的理论。如果你想主张被法律治理是善的,那么,你必须首先告诉我们如下内容:法是什么和什么事物使得治理形式具有法律的性质。

许多评论者抵制这一方法论上的结论,^②在某种程度上,他们是正确的。为了证实该规范性理想即被法律治理是善的,我们无须对法律的性质进行充分阐释。我们仅需理解如下内容,即存在一些任何治理形式要具有法律性质所必须满足的特定的必要特征。核心的思想在于,被法律治理是通过一般性规范来调整人类的行为。至少被法律治理的一个特征在于此种规范性的调整形式,也就是说,对于法而言,标榜通过一般性规范调整人类行为是必不可少的;只要我们能够就上述内容达成一致,那么,我们就可能获致为法治的理想情景提供基础所需的一切。为什么是这样呢?因为正是在通过

① 此观点与约翰·奥斯丁(John Austin)(Austin, J.,《法理学的范围》(*The Province of Jurisprudence Determined*), London: Weidenfeld & Nicolson, 1954)最为明显地联系在一起。

② 例如,在最近一篇论文(尚未发表)《法的概念与法治》(*The Concept and the Rule of Law*)中,杰里米·瓦尔德隆(Jeremy Waldron)将上述方法论上的主张作为其批判的主要靶子。

一般性规范调整人类行为的本质中,我们发现,此种调整必须满足的特定功能性条件,正是这些功能性条件构成了我们称为法治的不同组成部分。换句话说,一旦我们理解了如下内容,即为了像法一样运行,法律所需满足的条件,那么,我们就能判断满足这些条件在任何意义上是否为善。^①

但是在此处,我们遇到了关于法治的理想情景的第二个主要争议:如果构成法治的这些条件在本质上是功能性的,难道不能推导出任何符合这些法治条件的价值在本质上仅仅是功能性的吗?某些著名的法哲学家采取了这一思路,并且主张,与法治联系在一起的价值并非道德价值;它们没有使法律在任何道德—政治意义上成为善的,而仅仅使法律在功能上为善。^②考虑一下如下这个熟悉的类比:我们可以假定刀子的主要功能是切割,而且让我们假定,为了切割,刀子必须锋利;刀子越锋利,它就切割得越好。在这种情况下,锋利是一个功能性价值。在功能上,锋利对于刀子具有价值;锋利是使刀子能够履行其切割东西之假定功能的东西。当然这并不使得锋利在其他任何意义上具有价值;这当然也并不使得锋利以某种方式在道德或者规范上具有价值。一把锋利的刀子是把好刀,但仅仅在其使得刀子更好地进行切割的意义上才有意义。同样,主张如下内容看起来非常合理:对于法律指引人类行为而言,存在某些必要的功能性的特定特征,这些特征使得法律在指引人类行为的层面上是善的。但这是一个纯粹功能意义上的善。

法治的这种功能性概念的问题在于,它似乎失去了使法治值得我们赞赏的许多东西。这将使我们无法解释法治与良序社会(a well-ordered society)之间的一般性联系。更具体而言,似乎是这样的,法治条件的纯粹功能性概念无法支持法治最重要的理想情景部分,也即如下规范性命题:被法律治理是善的。

在这里,我试图表明的主张为:在任何以免于循环论证的方式来阐释法治理想情景的努力中,都存在如下固有缺陷:法治的理想情景旨在捕捉被法律治理是善的这样一个规范性判断,但是,正如我们之前所看到的,此想法会立刻引发如下问题:被法律治理与什么相对?为了达致如下问题的任何结论,即被法律治理是否在任何意义上为善,我们首先要有一个关于法律性质的理论吗?对于此问题,如果我们集中关注被法律治理的功能性面向,那么,给出一个否定性答案似乎是可能的:为了能够指引人类行为,可能存在着法律必须满足的某些特定条件;进而我们能够说,通过满足这些条件,法律获致某些善的东西。然而,正如前述,这一思路将自然地得出一个纯粹功能意义

^① 这基本上是由富勒[Fuller, L.,《法律的道德性》(The Morality of Law), New Haven, CT: Yale University Press, 1964, ch. 2]所呈现的思路。

^② 持该见解的最为著名的学者为哈特(H. L. A. Hart)[Hart, H. L. A.,《法理学和哲学论文集》(Essays in Jurisprudence and Philosophy), Oxford: Oxford University Press, 1983, pp. 349-350]和约瑟夫·拉兹(Joseph Raz)[Raz, J.,《法律的权威》(The Authority of Law), Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 226]。

上的“善”。进而下面的内容将变得非常令人疑惑,即,此一功能意义上的“善”能够给被法律治理通常是善的这样一个结论提供支持。

有没有摆脱这种循环论证的方法呢?我认为有,而且我不认为,为了证明为何被法律治理在道德意义上是善的,我们首先需要拥有一个被充分阐述的关于法性质的理论。假设我们赞成,不论法可能是任何其他的什么事物,其基本上都是一种通过一般性规范对人类行为进行调整的形式。假设我们也赞成功能主义者的观点,即为了能够通过一般性规范调整人类行为,此类调整必须满足某些特定条件;其必须采取一定的形式(shape),可以说,这些形式对于通过规范指引人类行为而言在功能上是必要的。现在,假设结果也证明,为了像法一样运行,法律必须具有如此特征,以至于它们亦倾向于促进了我们所珍惜的某些特定东西;假设这些条件是如此这般,以至于在其他条件都相同的情况下,拥有它们是善的,因为它们展现了对人类尊严的尊重、促进了自由等等。如果情况如此,则我们就已然证明了被法律治理是善的。让我尝试将之以结构化的论证形式予以呈现:

1. 不论法的其他面向如何,至少并且必然如此,即法标榜通过一般性的规范指引人类行为。

2. 一般性的规范只有满足某些特定条件,其才能指引人类行为。我们可以将这些条件称为法治的条件。由此,就法指引人类行为而言,法治的条件在功能上是必要的。

3. 由此,但凡存在法律(即某个现行有效的法律体系)的地方,在实际上至少会满足法治某些最低限度的条件。

4. 任何满足法治条件的治理形式必然促进我们在道德上所珍惜的某些特定东西;即通过实际上遵守这些条件,法律获致在道德上为善的东西。

5. 这样就推导出,单单通过拥有法律,我们就已经获得某些善的东西;我们已经获得一个在某些道德意义上善的治理形式。由此,被法律治理就是善的。

这里,我将假定前提1基本上正确并且通常无争议。可能这需要一个澄清:法将通过一般性规范来指引行为作为目标,该观点并不必然意味着如下内容,即几乎诸如此类的每一个法律规范都须得到普遍适用。例外是可能的,并且并不罕见。^① 我的主张是,通过一般性规范治理是法律的典型、必要的特征;就我们当下的目的而言,我们无须详细说明哪种类型的规范在法律上是可能的。同样,前提2被每一个研究此主题的人广泛赞成;事实上,正如我开始所提及的那样,关于法治的条件为何的问题,存在着相当广泛的共识。例如,下面的内容被广泛认可:只有公开,即向那些规范宣称指引

^① 在一篇关于法治的论文中,我已经详尽阐述了这些例外和复杂情况[参见 Marmor, A.,《法治及其限度》(The Rule of Law and its Limits),载《多元主义时代的法律》(Law in the Age of Pluralism), Oxford: Oxford University Press, 2007, ch. 1]。

其行为的人群颁布,规范才能指引其行为;或者只有前瞻性地适用(你不可能溯及既往地指引行为),规范才能指引行为,而且法律要规定相关人群能够实际上遵守的行为(如果事实上不可能遵守你的指引,你将无法指引行为);或者只有人们能够理解什么是规范所要求的行为,规范才能指引行为,等等诸如此类的条件。毋庸置疑,关于具体细节是有争议的。例如,尽管这相当清楚,即我们实际上不能溯及既往地指引行为,但下面的内容并非完全清楚:对于此条件的任何违反都必定无法证成,甚或对法治条件的违反是必要的。很可能存在这种例外案件,在其中,溯及既往的法律完全讲得通。对于法治的所有条件而言,这些例外都是可能的。这些例外和不胜枚举的临界案件(borderline case)之所以可能,乃是因为适用于此的两个考量因素。要谨记在心的第一个考量因素是,尽管指引行为属于法律的分内之事,但这并没有穷尽法律的功能。除了指引行为,法律可能还需要达致其他目标。第二,即使在行为指引的范围内,法律的目标也可能处于某些内在冲突之中。法律可能需要因人而异地指引人群中不同部分的人的行为,或者法律可能以并不必然与法可能需要达致的某些其他目标相一致的特定方式指引他们的行为。^① 由此,法治条件为何通常是清楚的这样一个事实并不意味着,这些条件简单明了或者关于它们的精确适用没有争论余地。尽管纷繁复杂,在此,我将大致假定前提2并不存在特别的争议。

我认为,如果前提1和前提2正确,那么,依照逻辑,前提3将会自然地被得出。^② 当然,前提4存在问题,而我们将必须证明它是真的。最后,人们有可能质疑从前提4到前提5推导的正当性(legitimacy),我也将处理该质疑。

根据法治功能主义者的概念,说到底,法治的条件在本质上是功能性的。如果一个法律规范标榜指引行为,则它必须具有使其能够履行此项功能的特定特征。现在,功能主义者主张,尽管存在如下一种意义,即在此种意义上讲,法律如果满足这些条件,它就是善的;但此种善在本质上纯粹是功能性的。正如前述,一把锋利的刀子是把好刀,但仅仅在使得刀子更好地进行切割的意义上才是如此;在其他任何意义上,它并没有使刀子变好。在其他方面,刀子锋利可能是件坏事(例如,这使得出于邪恶目的之使用变得更加危险或者更加轻易)。同样的主张是,如果法律满足法治的条件,在更好地具备指引人类行为的能力的意义上讲,它是更好的法律。但再次重申,此处的“好”纯粹是功能性的。现在,就其本身而言,这相当正确。然而可论证的是,尽管说到底,

^① 法律需要给人群中不同部分的人传达不同的信息,对此一个非常有说服力的论证,参见迈尔·丹-科恩(Meir Dan-Cohen)[Dan-Cohen, M.,《裁决规定和行为规则:论刑法中的声音隔离》(Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law),载《有害思想》(Harmful Thoughts), Princeton, NJ: Princeton University Press, 2002, p. 37]。

^② 基本上,该论证具有如下形式: $[(L \rightarrow P) \& (P \rightarrow Q)] \rightarrow (L \rightarrow Q)$ 。实际上,这里稍微复杂一点,因为前提3引入了一个存在量词(existential quantifier),但基本结构是一样的。

法治条件在本质上是功能性的,这些条件也促进了我们珍惜的其他善,我们之所以珍惜这些其他善,乃出于如下原因:独立于它们在使得法律可以指引人类行为方面所服务的功能,或者除此之外的功能。让我们来考察此种可能性吧。

例如,考虑一下颁布的要求。公开法律并且为那些法律标榜指引其行为的人群所知晓,这一需要在功能上确实是首要的善;它使得法律能够指引行为。然而,法律的公开性在其他众多方面也是善的。将法律公开,这使得法律在政治上透明,而且对公共审查、批评而言具有开放性。这使得法律的对象能够对法律的内容和立法者形成自己的看法。通常而言,法的公开性是政治问责制的重要组成部分。由此,不论法的颁布具有何种功能性价值,它还包含有助于维持良序民主体制的道德—政治价值。

再举另外一个例子,考虑一下涉及法律适用的某些法治要求。如下内容被广泛承认,即仅仅使法律规定公开、可预测等等,这并不足以指引行为;将法律成功地适用于个案之中,这在功能上也是必要的。这是一个非常复杂的法治条件:它要求法律在其颁布的规则与这些规则在特定个案中的实际适用之间保持相当程度的一致性。该一般性要求涉及一整套实践和制度。通常而言,它要求,在个案中负责法律的执行和适用的各类机构(*agencies*)适用那些被法律所颁布的规则。在实践中,考虑到我们所处社会的情况,法治的该面向可能要求诸如下列重要事项:独立、不偏不倚和专业化的司法系统;不受限的诉讼通道;通常可信任且不腐败的执行机构等等。再次重申,尽管对于如上制度和实践的需求基本上是功能性需求,但它们所服务的价值却远远超越了其功能性价值。例如,专业化、独立的司法系统也极有助于良序民主体制的兴盛,它可以平衡其他制定和适用法律的机构的权力,而且它通常会促进公共秩序(*public order*)、尊重法律这种文化,这对良序政治文化(*a well ordered political culture*)至为重要。同样的考量也适用于良性运转和存在诸如非腐败的警察部门、税收机构等这样的执行机构。没有它们,法律不能良性运行。但它们的价值远远超越了这种功能性面向。例如,腐败的警察部门之所以糟糕,不仅仅是因为正如其所做的那样,其扰乱了法律体系的运行,也因为产生了一种腐败和不诚实的文化,这使得生活于该社会中的人们通常感觉不愉悦。可信任且诚实的警察部门使得法律良性运行,但它也使得我们生活在一个公平且舒适的社会之中,从而免于不必要的焦虑和腐败。

“满足法治的条件具有某些道德上善的东西”,对于此结论,我们需要从以下两个方面加以限定。第一,应该承认,遵守这些法治条件并不必然确保相关的法律体制在其他方面成为合意的法律体制。一个充分遵守法治的法律体制仍有可能实施许多邪恶之事。^① 第二,我认为,很有可能会出现下列情形:有些法律体制是如此极度邪恶,以至于如果它们没有遵守法治的条件,实际情形可能在道德上反而更好。如果法律出现

^① 例如,南非隔离制度是相当法条主义的(*legalistic*)。隔离体制的邪恶几乎不能归之于对法治的违反。

整体、严重的腐败,综合考量的话,如果法律未能指引行为,反而可能更好。所以,在某些极端案件中,违反法治可能利大于弊。^① 无论如何,上述限定都未能瓦解前提4的核心观点。通过遵守法治的条件所达致的善并不在于如下事实,即它将独自确保一个良善的法律体制。存在许多要素,它们使得法律为善且值得我们赞赏。在某些方面,遵守法治的条件这一事实是道德上的善,但这并非唯一的善,而且通常甚至并不是最重要的善。

即使我们承认前提4为真,遵守法治的条件,不但具有功能上的价值,而且也具有道德和政治上的价值;但人们仍可争论说,我们尚未完全证实前提5的结论。换句话说,即使情况如此,即法治的价值(virtue)在内容上具有部分意义上的道德性,人们仍可争论说,这些价值并没有证明被法律治理必然存在某些道德价值。事实上,约瑟夫·拉兹很久之前就提出该主张。他主张,与法治联系在一起的价值仅是否定性价值,“在两种意义上,法治是否定性价值:除非通过避免邪恶,遵守法治并没有创设善;所避免之邪恶是那种只能由法律自身所引发的邪恶”^②。

让我们更进一步考察该论证的两个方面。许多道德价值在于避免邪恶,而非直接促进善。拉兹的如下主张是正确的,即不是每一个避免邪恶的情况都证立了行为主体的道德信誉(moral credit);正如他正确地指出的,那些因为无知或者无能力而不能毒害他人的人并不因此而值得赞誉。在本来既有机会又有诱惑去实施不当之事的情况下,道德主体却抵抗从而避免之,这通常才值得赞誉。但是,我们不应该混淆关于道德能动作用(moral agency)和伦理价值的理论与关于善为何物的理论。例如,假设我们发现一个世界,生活于其中的人在其他方面与我们相同,但他们不可能相互杀害。由此,他们将不会因为避免谋杀而值得任何赞誉。但我们仍可以说,就“避免谋杀”而言,这是一个善的世界。这些生物不能相互杀害这样的事实,就其本身而言是善的,即使这并非一个值得赞誉的个人成就。同样,一个良性运转的法律体系不许可特定形式的恣意力量或对于人类自由、尊严的侵犯,仅此就足以为善,即使下列内容为真,即法并不因此而值得道德赞誉。

此外,我怀疑由遵守法治的条件所促进的所有价值均是拉兹所设想的意义上的否定性价值。它们中的许多是,但并非全部都是。就关涉社会共同目标的开放、公共商议的文化而言,其中存在某些积极的善的东西,而且,遵守某些法治条件至少有助于上述文化;在上述程度上讲,很可能存在某些由遵守法治所促进的积极的善的东西,而非仅仅避免邪恶。

^① 对此,非常难以一般化。有时,即使法律体系特别邪恶,它未能遵守法治的事实也可能是一个超越法的实体不正义之外的额外不公正。

^② Raz, J.,《法律的权威》(The Authority of Law), Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 224.

现在,我们来考察拉兹论证的第二个方面:拉兹主张,法治的条件所避免的邪恶类型仅是那些本来可由法律本身所引发的邪恶。没有什么邪恶可由诸如法的公开性或者前瞻性面向来避免,除非首先存在可能(在某种程度上)违反这些条件的法律。换句话说,法治的价值仅仅在于减轻法律所能挑起开端的可能邪恶。如果没有法律,则亦没有此类须避免之邪恶。拉兹将之与欺骗的错误进行类比具有启发意义:除非我与你交流,否则我没有任何办法可以对你撒谎。仅仅因为我与你交谈并且告诉你一个谎言,所以在避免欺骗的有限意义上,我的诚实才是一个美德(virtue)。拉兹主张,此种有限意义上的诚实“并不包含人与人之间交流的善,因为诚实兼容于拒绝交流”^①。但是,如果我具有告知你真实情况的积极义务呢?当然,对于欺骗妻子的不忠贞的丈夫而言,他仅仅对妻子保持沉默,这并没有展现他的诚实。如果存在一个被证立的要去交流真实情况的背景性期望,则回避交流可能是欺骗性的。同样,我们可以主张,如果有好的理由在社会中确立一种治理形式,则缺乏法律治理就是一个道德上的缺陷。我们之所以拥有法律和法律体系,乃是因为有好的理由拥有它们。由此,拉兹如下主张便是正确的,即如果存在任何使得法律为善的东西,这并非仅仅因为如下事实:法治的条件自身实际上创设了特定的善。首先,就使得法律开始存在而言,我们必须假定存在某些善。(同样,除非我们假定一夫一妻的婚姻制度是善的,否则虚伪的丈夫的沉默可能没有任何错误)在此,我们所给出的论证是不完整的。但通过增添必要的假设(事实上,拉兹对此从来没有否定过),我们所给出的论证就能够被补强,而需要增添的必要假设是:我们首先有好的理由拥有法律。在我看来,如果我们增添此一背景性假设,则上述论证的结论就会随之出现。

无疑,出于两个原因,这是一个非常受限定的结论。第一,我们须谨记,对于法律能够指引行为而言,尽管法治的条件在功能上是必要的,但这些条件却能在相当大程度上被违反,不过,由此并不会使法律体制无法运行。即使严重违反法治的条件,许多法律体系仍可运转。第二,我认为,在拉兹的基本见解——即多数法治价值在本质上为否定性价值——中存在某些正确的东西。在某种意义上讲,法律本身更像一种必要的恶,它本身并非一种积极的善。想象一个不需要法律和法律体系的世界,在此世界中,根本没有理由需要法律:较之我们的世界,它可能是一个更好的世界。^②

^① Raz, J.,《法律的权威》(The Authority of Law), Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 224.

^② 感谢斯科特·奥尔特曼(Scott Altman)、伊丽莎白·加勒特(Elizabeth Garret)和约瑟夫·拉兹对本文初稿的有益评论。

法律论证中的修辞三段论

[巴西]阿迪奥达托著* 王伊林 译**

前 言

在现代西方文明的发端,法律实践和法律理论的显著特征是国家的法典化(成文法方面和法理方面)的伟大表达和实证主义思想。首先,对法典做出的法律解释有些幼稚,例如法国的注释派(Ecole d'Exegese)。但是,规范理论(normative theory)可以更广泛地和更好地适应新法。这里曾经出现过历史法学、概念法学、利益法学、自由法学、维也纳学派(Wienerkreis)和不同形式的法律现实主义等等。尽管规范的法律理论有一些更抽象和更复杂的走向,但直到今天它似乎还保留了一个和三段论思想联系在一起的信念,那就是,每一个特殊的法律裁判都衍生自一般规范的既定体系。

本文的论述分三部分:首先,三段论被认为不是一种修辞方法,更不是一种逻辑方法,实际上,在由现代国家控制的法律程序中,它常常被用来达成裁决。它至多可以被视为一种形式,借此展示已经通过其他方式达成的裁决。^①它必定会形成一个高度功能化的程序,这个程序有效而合法。它通常不是所谓的官方法律代理人(法官、公诉人、国家检察官、律师和原告)有意使用的策略,这些代理人似乎相信,在具体案例前达成的裁决实际上是由体系以前宣告过的一般规范产生的。然而,“一般的法律规范(体现在大前提上)根本不是‘指’被带到它们之下的案件事实(体现在小前提上)”^②。如

* 本文原载于《国际法律符号学杂志》(International Journal for the Semiotics of Law),1999年第12期,第135~152页。翻译已得到阿迪奥达托(JOÃO MAURÍCIO ADEODATO)慷慨授权,黄涛博士通读了译稿并提出了修改建议,在此一并表示感谢!

** 王伊林,女,现为四川大学锦城学院外语系讲师,主要研究方向为文学、语言与法律。

① Katharina Sobota,《客观性:法官的修辞艺术》(Sachlichkeit – Rhetorische Kunst der Juristen),Frankfurt a. M.: Peter Lang, 1990,第13页及其以下部分。

② Bernard Jackson,《逻辑学与符号学:本体论还是语言结构?》(Logic and Semiotics: Ontology or Linguistic Structure?),载《国际法律符号学杂志》(International Journal for the Semiotics of Law),Vol. XI, n. 33, 1999,第323页。