

SIFA JIANGOU ZHUYI DE FALU GAINIAN

司法建构主义的法律概念

——德沃金《法律帝国》重述

《法律帝国》以阐释学哲学为理论基础，对美国法官的司法哲学进行了系统论述，提出并论证了这样一种新司法哲学：美国法官应当持一种法律整体性的阐释主义法律观，努力以各种法律资源完成对案件之唯一判决的最佳论证。该书不仅是一本关于法官裁判方法的著作，它还可以阐释学哲学为基础提出了一种新的法律观，可以称为司法建构主义的法律概念。

法学
前沿
论丛



山东人民出版社 全国百佳图书出版单位 国家一级出版社

Shandong People's Publishing House

李旭东 著

Li Xudong

什么是法律

法概念的哲学基础：阐释学

传统司法哲学之批判

法律整体性阐释的司法哲学

学之运用

理想国



华南理工大学中央高校基本科研业务费项目（2015HQZZXM03）成果

2016年度国家社科基金一般项目“规范法学话语体系构造研究”（16BFX024）阶段性成果



司法建构主义的法律概念

——德沃金《法律帝国》重述

李旭东 著

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

司法建构主义的法律概念：德沃金《法律帝国》
重述/李旭东著.——济南：山东人民出版社，2016.10
ISBN 978-7-209-10133-2

I. ①司… II. ①李… III. ①司法—研究 IV.
①D916

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第256678号

司法建构主义的法律概念

——德沃金《法律帝国》重述

李旭东 著

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 山东华立印务有限公司
经 销 新华书店

规 格 16开 (169mm × 239mm)
印 张 12.75
字 数 200千字
版 次 2016年10月第1版
印 次 2016年10月第1次
ISBN 978-7-209-10133-2
印 数 1-1000
定 价 36.00元

如有印装质量问题，请与出版社总编室联系调换。

前 言

罗纳德·德沃金教授,是 H. L. A. 哈特之后英美法理学界最重要的学者,他的著作深受学界重视。包括编著作品在内,德沃金生前共出版 16 部著作^①,其中多部已译为中文^②。近年来法理学科不少博士学位论文与他的论著相关,显示了他在中国持续增长的学术影响。

德沃金的《法律帝国》一书初版于 1986 年,中译本 1996 年出版至今也有 20 年了。此书在世界法理学界有重要地位,是德沃金继《认真对待权利》之后的又一力作,也被列入多种法学经典推荐名单。

《认真对待权利》与《法律帝国》是德沃金影响最大的两本书。从我的阅读经验来看,目前中文世界对它们的解读还要继续深入。近两年结合给法学理论专业的研究生上课,我重新阅读了德沃金的著作。论述《法律帝国》的这本书先写成,就先提交出版。

《法律帝国》以阐释学哲学为理论基础,对美国法官的司法哲学进行了系统论述,提出并论证了这样一种新司法哲学:美国法官应当持一种法律整体性的阐释主义法律观,努力以各种法律资源完成对案件之唯一判决的最佳论证。该观点明显区别于其他两种司法哲学,即唯既有规则是尚的惯例主义、唯功利目标是求的法律实用主义。该书不仅是一本关于法官裁判方法的著作,它仍以解释学哲学为基础提出了一种新的法律观,可以称之为司法建构主义的法律概念。

德沃金的司法哲学影响大,争议也大,波斯纳法官就对其观点不以为然;他

^① https://en.wikipedia.org/wiki/Ronald_Dworkin#Published_works, 2015-10-13 访问。

^② 德沃金主要的作品有:《认真对待权利》(1977)、《原则问题》(1985)、《法律帝国》(1986)、《自由的法》(1996)、《至上的美德》(2000)、《法袍下的正义》(2006)、《民主是可能的吗?》(2006)、《刺猬的正义》(2011)、《最高法院的阵形》(2008)、《没有宗教的上帝》(2013)等 16 本。目前上列各书均有中译本,中文世界对德氏思想的兴趣比较浓厚,对他的了解也比对其他法学家更多。

对美国法官的司法方法另有一套看法,这可参阅《法官如何思考》一书。^①波斯纳自己也是法官,学术产出颇为丰富,但持有相当不同的认识。他的不少态度人们并不容易接受,却可能是事实,他对德沃金的理论构成了强有力的挑战。不过,本书不涉及二人的差异,只以把《法律帝国》中的美国法官理想的司法论证方法陈述清楚为有限目标。有些观点与德沃金本人的其他书有联系,但本书讨论仍限于此书,关于德沃金思想的全面性讨论拟俟诸来日。对于认真的学者,要讲话,得先读懂原书才行。

我感觉,德沃金的写作有两个特点:其一,好创造概念,尤其喜欢进行细节性的二元化概念区分。有些区分是否真有意义,并不好评价。书中使用的术语如“实用主义”、“惯例主义”等也有韦伯“理想型”方法的特点,这些问题只能在理解原书之后方可讨论。其二,写作的论战性比较强。有的学者也指出了他具有“介入现实”的强烈意愿,《法律帝国》一书相关文字虽然没有明确批评对手,但仍然有强烈的论战性;更因为有时没有明白指出对手,导致读者对书中的相关论述不明就里,这就更增加了国外读者的阅读困难。本书尽量对这些内容作些提示。

《认真对待权利》一书也是当代法理学名著,不过,与它相比,《法律帝国》的思想倾向有了明显变化。德沃金自己对此也有意识,他说:“我无意探讨我在过去的著作中坚持的立场在本书中有多大变动或改变。”^②这或许可以看作作者对这两本书关系的一个隐晦态度。在相当程度上,《认真对待权利》对阅读此书可能反而具有消极影响,它容易使人沿着前书的路径理解后书,从而忽视后书的创新之处。此书深受解释学哲学影响,读者须完成相应理论著作的预先阅读,以具备领会此书的知识前提。读者可以首先阅读《现代西方哲学》教材中“解释学哲学”的内容,或者中国学者殷鼎所著的《理解的命运——解释学初论》一书,进而可以阅读伽达默尔的《真理与方法》《哲学解释学》等书。

原书共 11 章,本书将其纳入了六章的篇幅中。在得到李冠宜君的译本后,尽量采用他的译文,个别字句权衡之后保留了笔者之前的译文,我加工过的译文脚注中加了“*”号,并同时以“Px”标明英文原书页码。

附录提供了原书与本书的章节对照表、主要术语释义及全书逻辑结构

① [美]波斯纳著:《法官如何思考》,苏力译,北京大学出版社 2009 年版。

② [美]德沃金著:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社 1996 年版,“前言”第 2 页。

图示。

按我的经验,读者通常对引文不那么看重,也不喜欢被引文打断阅读的节奏。因此,本书尽量做到使读者不读引文也能保持阅读的连贯性。引文则因学术论证之需而不可缺少,有需要的读者可与译本与英文本参看。

原书系论述美国法官的司法哲学,美国法院在美国政治制度中有其特殊的重要地位,与中国司法机关的制度地位明显不同。当代中国法官和法院之地位尚处于重要的制度演进时期,它在政治法律制度中的定位还面临着重要的发展选择。原书所论未必切合中国法院与中国法官的直接需要,但阅读《法律帝国》一书后,对美国法院之权威地位及其法学家之优秀阐释能力不能不有所感喟。它虽系法治发达国家法学家所论述的司法哲学,却颇有普遍的理想主义抱负,当代中国的法治事业对此宜有所借鉴。

原书并不讨论中国问题,但对中国学界有重要影响;当代中国学者普遍并不与同行对话,不愿意阅读与引用同行作品,不太信任同行的学术能力。中国学界形成了欧美学术殖民甚至主动殖民的普遍现象,这当然对中国学术发展不利。这一现象可能还要持续一段时期。既然如此,本书的笨功夫对青年学人也就不无益处,对读了原书后没搞明白的读者有它的用处。不过,如笔者说过的,任何指南都不可能代替原书,还望读者能由指见月,逐步深入法哲学的堂奥。读了此书后能抛弃它、超越它,正是笔者所愿。

李旭东

目 录

1 什么是法律	1
1.0 原书前言大意	1
1.1 关于法律的争论	2
1.1.1 判决很重要	3
1.1.2 关于法律的争议	4
1.1.3 常识观点(the plain-fact view)	8
1.1.4 本书的论域	12
1.2 案件中的争议	15
1.2.1 埃尔默案(Elmer's case)	15
1.2.2 蜗牛鱼案(the snail darter case)	17
1.2.3 麦克洛林案(McCloughlin)	18
1.2.4 布朗案(Brown)	19
1.2.5 四个案例的综合讨论	20
1.3 法律的语义学理论	22
1.3.1 法律的语义学理论(semiotic theories of law)	22
1.3.2 各种法律语义学理论	23
1.3.3 语义学理论失败的原因	25
2 法概念的哲学基础:阐释学	29
2.1 阐释态度	30
2.1.1 解决问题需要阐释学哲学	30
2.1.2 阐释及其分类	31
2.2 阐释的创造性:从文本中心到阐释中心	35

2.2.1	作者意图说	35
2.2.2	对社会习惯的阐释	38
2.3	阐释中的怀疑主义	40
2.3.1	两种怀疑主义	40
2.3.2	两种怀疑主义的区别	41
3	传统司法哲学之批判	45
3.1	三种司法哲学	46
3.1.1	范例表达概念	46
3.1.2	概念(concept)与概念观(conceptions)	48
3.1.3	法律的三种概念观	51
3.1.4	恶法问题:纳粹法官的困难	56
3.1.5	法律依据(grounds of law)与法律约束力(force of law)	59
3.2	规则权威的司法哲学:惯例主义	60
3.2.1	惯例主义的结构(structure):肯定面与否定面	60
3.2.2	惯例主义的吸引力(appeal)	62
3.2.3	法律惯例(legal conventions)	63
3.2.4	两种惯例主义:严格式与宽松式	64
3.2.5	适合性(fit)标准的初级检验	66
3.2.6	正当性(justification)标准的第二检验	69
3.2.7	惯例主义与实用主义的区别	70
3.3	功利目的的司法哲学:实用主义	71
3.3.1	实用主义的问题	72
3.3.2	适合性(fit)检验	73
3.3.3	正当性(justification)检验	76
3.3.4	整体性与实用主义的区别	77
3.3.5	社会人格化(community personified)的作用	79
4	法律整体性阐释的司法哲学	82
4.1	立法整体性原则(inintergrity of legislation)	82
4.1.1	适合性(fit)标准检验	83

4.1.2	正当性检验的预备讨论	90
4.1.3	三类社会(环境模式、规则模式、原则模式) 的正当性检验	94
4.1.4	整体性的补充论述	99
4.2	司法整体性(integrity of adjudication)原则	102
4.2.1	广阔视野	102
4.2.2	法律之链(the chain of law)	105
4.2.3	理想法官赫拉克勒斯(hercules)的司法阐释	108
4.2.4	对理想法官的多种质疑	118
4.2.5	内在法律怀疑主义的有关讨论	123
5	新司法哲学之运用	128
5.1	普通法判例之阐释	128
5.1.1	法律的经济分析	128
5.1.2	适合性(fit)标准的初级检验	129
5.1.3	正当性(justification)标准的第二检验	130
5.1.4	功利主义的义务论	132
5.1.5	平等主义的义务论	135
5.2	法规(statutes)的阐释	141
5.2.1	立法意图是什么?	142
5.2.2	立法者个人的意图如何判明	144
5.2.3	立法者的信念	148
5.2.4	赫拉克勒斯法官重视文本的整体性	152
5.2.5	历史视野中的法规	153
5.2.6	永恒的法规	155
5.2.7	法规语言的明确性	157
5.3	宪法的阐释	158
5.3.1	宪法解释中的法官	158
5.3.2	不同司法哲学的法官	160
5.3.3	以种族问题为例讨论平等理论	167

5.3.4 分析赫拉克勒斯法官的司法哲学·····	173
6 追寻法律理想国·····	176
6.1 法律自我完善·····	177
6.1.1 整体性审判原则的若干限制·····	177
6.1.2 统合多种现实目标的整体性·····	179
6.2 法律的理想·····	181
6.3 司法建构主义的法律概念·····	183
附录1 原书与本书章节对照表·····	186
附录2 主要术语释义·····	189
附录3 《法律帝国》逻辑结构图·····	194
后记·····	195

1 什么是法律

原书“前言”简要地介绍了全书主旨,在此简略介绍一下。更详细的内容则在全书各相关章节具体展开,因而简要介绍于下,不单独设立章节。

1.0 原书前言大意

现代国家是一个法律治理的国家,法律在治理中起着绝对的重要作用,是其他规范所不能比拟的,在此意义上,可以将现代国家视为一个法律的帝国。而生活在现代国家中的人们,则是法律帝国的臣民。可以说,没有不受法律约束的现代人。

(我们是法律帝国的臣民)“我们生活在法律之中,并以法律为准绳。……我们是法律帝国的臣民,是其规则与理想的忠实追随者,我们争论该如何行事之际,即是我们在精神上受其约束之时。”^①

既然法律对人如此重要,那么,“法律是什么”的问题便不是无足轻重,而是非常重要。本书的主旨是:提出一种关于法律概念的新认识,虽然它主要限于解释法官裁判工作的视角,但这一视角自有其重要性,这种意义上的法律概念值得强调。

法律作为一种制度,并不处于一种静止状态,法律服务于我们的生活,并与我们的生活共同成长、共同发展。它从来不是一种静止的存在,它伴随着生活的变迁而具有自己的生命,法官和法学家们对法律的成长发挥着重要作用,因为,法律不在静止的文本与判例集中,它就存在于我们对它的建设性阐释中。

(法律存在于阐释中)“法律推理是建设性阐释的一种运用,我们的法律存在于对我们的整个法律实践的最佳论证之中,存在于对这些法律实践

^① [美]德沃金著:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,“前言”第1页。

做出尽可能最妥善的叙述之中。”^①

《法律帝国》一书以阐释学哲学为基础,全面提出了一种司法建构主义的法律概念,同时也论述了一种理想化的美国司法哲学。

致谢部分文字虽然不少,但与内容关系不大,故不论。

需要说明,在英美经验主义哲学传统中,“哲学”一词的用法较为宽泛,稍不同于欧陆尤其是德国传统中的高度思辨性的“哲学”概念。本书介绍了美国司法哲学,此处的“哲学”是按英美思想传统做宽泛使用。

原书第一章“什么是法律”,主要完成如下几个任务:

其一,对本书的论域作了限定:本书属于内在的、参与者的观点。

这意味着,虽然其它观点并非不重要,但本书的论域仅仅限制在此范围内,这就避免了一些无谓的争论。如果有人要提出那些论域之外的观点,并以此来批评本书,那么,它们并不真正构成对本书的论战。

其二,提出了“常识观点”(中译本译为“事实昭然的观点”),将其作为本书批判的对象之一。

其三,提出了“法律的语义学理论”的概念。

与常识观点对立的两个观点——自然法理论与法律现实主义理论,也被本书作为批判对象。常识观点(法律实证主义)、自然法理论与法律现实主义(某种法律社会学),几乎代表了法理学传统的主要观点,它们被德沃金一概视为“法律的语义学理论”而断然否定。

这种观点确实让人吃惊:原来的法律理论都错了?是的,所以德沃金才写了这本书来提出其新观点。

这样的开场,大有四面树敌、否定一切的理论豪气,也使人对其理论创新颇有期待。

这就是原书第一章的主要内容。以下具体讨论。

1.1 关于法律的争论

长期以来,在美国(其他国家亦然)存在着一种关于法律的常识性观点,公

^① [美]德沃金著:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,“前言”第1页。

众认为:法律就是法律,它存在于既有的立法或判例之中。这种观点是外行与非实务界的学者比较容易接受的。但专业人士却有一种与此大不相同的深切感受:“法律是什么”是一个严肃的问题,它并不那么容易回答,尤其是专业人士根本无法用常识观点进行实际的法律技术操作。越是普通人赞同的答案,在实务操作中越可能没什么价值。在司法实践中,说“法律就是法律”,对处理法律实务问题毫无意义。

所谓常识观点,即普通人所持的对于“法律是什么”问题的常识性、普通性看法。它并不神秘、高深,相反,是人人熟悉、众所周知的一种法律观念。

因此,“法律是什么”的问题,值得从法哲学角度给予一个理想的回答。对法官和律师来说,对“法律是什么”问题的回答,体现了他们的司法哲学与法律理念,值得在理论上深入探讨。

1.1.1 判决很重要

法律是什么?它并不就是写在法典中的文字与停留在判例集中的案例表述,它是由法官宣布的具体决定。法官对案件作何种判决,法律在该案件中也具体地成为什么。文字表述往往比较抽象,而司法决定则非常具体和可以操作,它才真正地决定和改变着当事人的权利与义务状况。因而,法官的司法哲学和法律观念,对于法律具有重要的塑造作用。司法哲学之作用和意义非同小可。

(法官对法律影响更大)“一位法官的点头对人们带来的得失往往要比国会或议会的任何一般性法案带来的得失更大。”^①

判决之重要性还在于,法官对于法律事务的判断,有时必然带有道德判断性质,这就更可能会对当事人带来某种道德伤害,尤其是人们受到无辜道德伤害时性质更严重。

(法律行为对人可能的道德伤害)“对于一种法律行为而言,其中不可避免地存在着道德尺度,于是也就不可避免地存在着一种不同形式的公众非法行为的永久存在的危险。”^②

司法判决的影响之大,远远超出我们所愿意强调的程度。在具体案件上,

① [美]德沃金著:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,第1页。

② [美]德沃金著:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,第1页。

法官的判决就是法律本身,当事人的权利就在法官判决之下被具体地决定。在此意义上,一般的法律渊源虽然也是法律,但它比较抽象,而判决则比较现实和具体,它更应当被视为法律。

(判决的影响大)“诉讼对双方当事人及其所赡养的人有直接的影响。……因为法官说什么,法律也就常常变成了什么。”^①

在此意义上,我们就要对法律提出自己的看法,以纠正之前关于法律的那些不准确的观点,避免它们继续对司法判决与法律实践发挥错误影响。我们需要确立一种正确的法律观,以更好地指导我们的法律实践。

本书要讨论的问题主要着眼于法官的工作实践。在普通法传统中,法官宣布法律是什么;在大陆法的传统中,法官的地位也日益重要。司法哲学对法官的法律观影响如此重大,因此,本书就以提出一种全新的司法哲学为目标。

1.1.2 关于法律的争议

法律重要,关于法律的理论也同样重要。因为,法官如何判决,在相当程度上受到其法律观的影响。

A. 法律争议有三类

在诉讼中,一般存在三类争议,它们分别为:(1)事实性争议;(2)法律性争议;(3)价值性争议。这三种争议分别涉及事实问题(issues of fact)、法律规范问题(issues of law)、价值问题(原书是“关于政治道德与忠实问题”,即 issues of political morality and figelity)。这三类问题从逻辑上分别属于三个不同领域,即现实世界、规范世界与价值世界,都对法律的概念有重要影响。在不同的案件中,不同性质的争议会起不同作用,可能都有其重要意义。

(诉讼中的三种争议)“至少从原则上讲,诉讼总会引起3种争议:关于事实的争议,关于法律的争议,以及关于政治道德和忠实的双重争议。”^②

不过,原书主要讨论关于法律的争论,而将事实问题与价值问题摒除在外。这不是因为它们不重要,而是由于学术研究只能选择有限的范围进行专门讨论,本书选择了关于法律争议的那部分领域,这也使本书大体上可以归属为法

^① [美]德沃金著:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,第2页。

^② [美]德沃金著:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,第3页。

律实证主义传统。

B. 法律命题(propositions of law)与法律依据(grounds of law)

法律争议可能是些什么,原书给出两对概念:法律主张与法律依据,经验性争论与理论性争论。

关于“法律是什么”的争论,即“法律主张”(propositions of law)。^①

(法律的命题)“让我们把人们对‘法律允许、禁止或授权他们什么’所作的所有各种陈述与主张,称为‘法律主张’。”^②

对于“法律是什么”即法律主张(propositions of law)的理解,有赖于法律依据(grounds of law)。人们对法律主张的理解来自法律体系中支持作出判断的基础性命题,这些内容就是作为法律主张之基础的法律依据。

(法律依据)“每个人都认为,法律主张之所以为真或假(或两者皆非),乃是凭借着更为人所熟悉之其他类型的命题,而法律主张(我们可以这么说)则寄居于其中。这些更为人们熟悉的命题,构成了我所称之法律‘根据’。”^③

从原书的论述来看,法律主张和法律依据的区别大约是:法律主张比较抽象和宽泛,法律依据则比较具体与可操作。当法律中仅仅存在法律主张时,法律人并不能依照此命题去执行或适用;只有根据法律依据,才能对具体的案件提出具体的要求。法律依据是支持法律主张、为法律主张提供答案的法律上有效力的规则。

C. 经验性争论与理论性争论

当法律人抽象地就某一事例是否适用某一法律作判断时,他们可能会达成一致;当具体地针对某一案件是否适用某一法律时,他们之间很可能意见不一。于是,法律主张的争议主要表现为这种情况,即“法律是什么”,抽象地讲,是清楚的;它是否适合于本案,则并不清楚。在此情况下,就需要法律人做更多的阐释工作。

(法律主张争论的两种方式)“我们能够区分律师和法官对法律主张的正确性进行争论的两种方式了。他们可能在法律依据方面取得一致

① “法律主张”(propositions of law),大陆译本为“法律命题”。

② [美]德沃金著:《法律帝国》,李冠宜译,时英出版社2002版,第4页。P4.

③ [美]德沃金著:《法律帝国》,李冠宜译,时英出版社2002版,第5页。P4.

意见……但是涉及到这些依据是否在事实上能够满足某一具体案例时,这些依据是否确能令人满意,那就意见不一了。”^①

因此,可以将关于法律的争论分为经验性争议(an empirical disagreement)与理论性争议(a theoretical disagreement)。

经验性争议的问题是:有没有这样一条法律?这属于事实问题。事实问题有客观标准:非有即无。理论性争议的问题是:法律的含义是这个还是那个?它争论的往往不属于一个客观问题,而是人们互相冲突的看法或态度,人们对同一事实完全可以持有相反的态度。

因此,即使经验性争议得以解决(即法律之有与无问题),理论性争议(即法律含义的此与彼问题)可能仍然存在。这就是区分这两类争议的意义。

(两种争论:经验性争论与理论性争论)“他们对法典中事实上是否有这样一条法律之意见不一。我们可以称之为对法律的经验主义争议。……他们对法规汇编与司法判例是否穷尽了法律的特定依据之意见不一。我们可称之为关于法律的‘理论性’争议。”^②

可以将此问题简化为两类问题:

是否“有”某一条特定的法律?无论答案是“有”还是“无”,均是对该问题的回答。这一问题的回答基于人们对于法律体系内容的认识。它来自人们对法律体系的经验性知识。

该法律是否“够用”?无论如何回答,都是在承认“有”这样一条法律的基础上,才有此争议的。无论是认为法律“够用”而要求法官严格适用法律者,还是认为法律“不够用”而希望法官补充法律者,都是在对经验性问题(即是否有法律)无争议之后,才展开的理论性争议(法律是否够用)。

虽然对于法律的理论性争议总是存在,但是大家都接受一条原则:我们都忠于法律。是否需要忠于法律,在英美法中并无争议,所有参与争议者都接受法律的权威。只是,当“法律是什么”并不清楚时,争议就不可避免了。但这种争议只是关于“什么是法律”,而不是对于“是否遵守法律”的争议。在争议“法律是什么”的过程中,法律的权威只会加强,不会削弱。虽然对于“法律是什么”还有争议,但可以确定,一旦该争议有了结果,人们就将按照达成的共识予

① [美]德沃金著:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,第4页。

② [美]德沃金著:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,第5页。P5.*

以执行。

(忠于法律无争论)“在英美法院中,忠于法律的问题几乎从来不曾引起过喋喋不休的争论;法律的内容一旦确定,我们的法官们很少考虑到是否应该遵从该项法律的问题……”^①

D. 法官造法问题仍是概念问题

法官是否造法?该问题在相当程度上不是一个事实问题,而只是对事实的解释。由于三权分立理论的传统影响,人们不容易接受如下事实:适用法律的司法机关同时也享有立法权。如果明确地承认“法官可以造法、法官具有立法权”的观点,这将摧毁现代法治国家赖以成立的若干理论基础,尤其是权力分立理论。因而,人们可以容忍法官在一定程度上“造法”,却不接受他们具有立法权。

(法官创造新法)“当法官们决定一个重大案件时,他们毫无疑问地是在‘创造新法’,此乃常事。”^②

受上述观念影响,法官也自觉地抑制着自己的造法能力,谨慎地行使其造法权力。他们以“补充”、“明确”既有法律为理由,提出若干新规则,将其加入法律体系。他们始终自觉地保持着在规则制定方面相对于立法机关的从属地位与补充者角色,从而使其造法活动不必承受过多的质疑和挑战,也豁免了该类活动的许多正当性论证义务。

(以旧面貌创造)“但是,法官们提出这些‘新’的声明时,一般都把它们作为现行的、得到正确理解的法律的进一步说明。换句话说,他们认为,新的陈述须有正确理解法律的真实依据的必要,即使它过去未获承认甚至一起受到否定。”^③

对判决的争议往往是对“法律是什么”的争议,对“法律依据”的理论争议即是对法律内容的争议。

(争论仍然是关于什么是法律)“只要人人都对什么是法律有了一致的看法,只要没有关于法律依据的理论性争论,那就不难核实最高法院的判决所依据的法律是否与判决所述真的一致了。”^④

① [美]德沃金著:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,第5页。

② [美]德沃金著:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,第5页。

③ [美]德沃金著:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,第6页。

④ [美]德沃金著:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,第6页。