

在《法律帝国》中 追问合法性问题

徐 晨◎著



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

在《法律帝国》中 追问合法性问题

徐 晨◎著



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

内容提要

本书主要希望探讨德沃金在《法律帝国》中对待合法性问题的态度,以及他是在如何在探究合法性问题的同时,以“建构性诠释”与“整体性”作为其理论基础,回应法理学之基本问题——“法律是什么”以及“何谓正当之法”。本书希望将德沃金对“法律概念”的认识作为理解其合法性理论的契机,并凭借论证“建构性诠释”以及“整体性”的要旨,揭示这两个经典问题在“法律帝国”中的“合二为一”。

图书在版编目(CIP)数据

在《法律帝国》中追问合法性问题 / 徐晨著. —上海:
上海交通大学出版社, 2018
ISBN 978 - 7 - 313 - 20156 - 0

I. ①在… II. ①徐… III. ①法律—研究 IV.
①D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 206536 号

在《法律帝国》中追问合法性问题

著 者: 徐 晨

出版发行: 上海交通大学出版社

邮政编码: 200030

出 版 人: 谈 毅

印 制: 江苏凤凰数码印务有限公司

开 本: 710 mm×1000 mm 1/16

字 数: 187 千字

版 次: 2018 年 9 月第 1 版

书 号: ISBN 978 - 7 - 313 - 20156 - 0/D

定 价: 58.00 元

地 址: 上海市番禺路 951 号

电 话: 021 - 64071208

经 销: 全国新华书店

印 张: 11.75

印 次: 2018 年 9 月第 1 次印刷

版权所有 侵权必究

告读者: 如发现本书有印装质量问题请与印刷厂质量科联系

联系电话: 025 - 83657309

自序

本书是根据笔者的博士毕业论文《在“法律帝国”中追问合法性问题》修改而成。在本书中,笔者主要阐述了德沃金是如何通过回应“法律是什么”以及“何谓正当之法”这两个经典法理学问题,从而借助“建构性诠释”方案下的立法原则与司法原则,证成了他所身处的英美法律共同体的合法性问题。在博士论文初稿的基础上,本书修改了文章的导论,以便读者能够更加明确地了解合法性问题概念;增加、扩充了一部分注释,以求更为详尽地阐释德沃金理论与相关哲学、政治哲学思辨之间的关系。此外,还删去了一些与主题关联不大的内容,以求精简论述、有的放矢。

对于 20 世纪的法理学研究而言,罗纳德·德沃金(Ronald Dworkin)这个名字也许是无法回避的。1931 年 12 月 11 日,德沃金出生于美国马萨诸塞州。在经过哈佛大学、牛津大学的求学经历后,德沃金于 1957 年赴美国联邦最高法院担任汉德大法官的助手。由于自己的观点与汉德存在分歧,德沃金很快就离开了最高法院,并作为律师从事了一段时间的法律实务工作。此后,由于家庭原因,外加英国牛津大学法学院向德沃金抛出橄榄枝,德沃金选择了回归校园继续从事学术研究的道路。1969 年,德沃金开始担任牛津大学法理学首席教授,他的学术观点从此开始在世界范围内广为人知。从 1975 年开始,德沃金还同时担任纽约大学法学院教授,直至 2013 年 2 月 14 日离开人世。

就其代表作而言,德沃金前期的《认真对待权利》、中期的《原则问题》、后期的《审批法袍的正义》《刺猬的争议》都可以称为当代法理学的经典。然而,在笔者看来,《法律帝国》是德沃金理论的巅峰之作。德沃金对合法性问题的关注固

然散见于他各个不同时期的作品之中,但《法律帝国》一书通过引入“建构性诠释”和“整体性”政治美德,连接了德沃金前期权利理论,并为其后期进一步的现实思考提供了理论武器。德沃金在该书中具体、翔实地回应了英美法律共同体在立法和司法两个层面上的合法性问题——虽然其后期著作更为具体地讨论了政治美德以及建构性诠释在美国政治、法律实践中的应用,但正如德沃金本人所指出的那样,他后期的工作都是在捍卫、重申和拓展各经典命题。^①

因此,一如本书目录所示,笔者希望将德沃金对“法律概念”的认识作为理解其合法性理论的契机,并凭借论证“建构性诠释”以及“整体性”的要旨,揭示这两个经典问题在“法律帝国”中的“合二为一”。据此,本书的论述将主要分为六个部分。

在第一章导论中,笔者简要论述了合法性问题与德沃金理论的相关性。针对立法实践中的合法性问题,德沃金反对乌托邦式的社会契约论传统,主张政治共同体的合法性问题应当通过引入第四种政治美德“整体性”来予以解决。针对司法实践中的合法性问题,德沃金反对法律实证主义以及其他法学流派采取的“语义学”态度,主张法官应当通过建构性诠释在判决中给出对法律实践的“最佳诠释”。在本章中,笔者还将简要阐述国内外对上述问题的看法和观点,并且指出国内研究的不足,即他们在不同程度上忽略了德沃金理论与合法性问题的关联。

在第二章中,笔者的主要目标是探讨“法律的概念”,也就是“法律是什么”这一经典问题。笔者认为,有三类关于法律概念的学说是我们不能忽略的:自然法理论、法律实证主义、法律现实主义。德沃金认为,传统的法律概念理论试图找到人类使用法律语言的共同规则。此种努力被他视为“语义学之刺”。它主要有两个危害:其一,以不必要的方式限制了我们理解法律与道德关系的可能,使法律语言的灵活性受限,并且导致了“恶法亦法”问题的产生。其二,错误地理解了疑难案件中争议的实质,未能清晰地揭示存在于法律人分歧中的“理论性争议”,因此,扭曲了法律实践的真实状态。为了消解“语义学之刺”对法理学研究的影响,德沃金认为有必要引入新的理解法律概念的模式。此种模式正是“建构

^① See Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, Harvard University Press, 2006, pp.170-171.

性诠释”。

本书第三章主要探讨“建构性诠释”的概念。我们将看到,在德沃金所设想的“礼貌共同体”中,人们会对礼仪持有两个层面的诠释性态度。此后,本书将简要列举诠释的诸多类型,包括科学性诠释、艺术性诠释、对话性诠释以及作为创造性诠释的建构性诠释。建构性诠释不仅关注说话者、行为者和创作者的“原本意图”,而且还更希望有所发展地令言行的原初主体能够从诠释中“有所收获”,那么,实际上就存在有一种意图与对象相互作用、规定和给予意义的动态过程。这个动态过程被德沃金称之为诠释的诸阶段,包括前诠释阶段、诠释阶段以及后诠释阶段。在回应指向“建构性诠释”的两类质疑后,我们将简要探讨作为诠释性概念的“正义”政治美德,并为后续的论述做好准备。

在第四章中,笔者就将回答一个本书希望探讨的核心问题:建构性诠释视野下的法律概念研究将呈现出怎样的样态?德沃金认为,法律的概念是一种诠释性概念,它的意义演变和延伸过程又可以在“前诠释阶段”、诠释阶段与后诠释阶段中得到澄清。在前诠释阶段中,法律人对法律概念的领会体现为一种“语义学”或“生活形式”上的大致共识;在诠释阶段中,法律人将凭借各自的诠释意图希望最好地诠释其所身处的法律实践,也可以说是在最好地揭示法律的寓意;在后诠释阶段中,法律的概念延伸表现为对上一个阶段之寓意的修正、补充或者怀疑。按照建构性诠释的观点,既然存在着对法律实践的“最佳诠释”,就必须有“诠释竞赛”的规则,用以判断不同诠释的孰优孰劣。“符合”与“尽善尽美”就正是这样的规则。

在这个基础上,德沃金提出了自己的法律概念,将英美法律实践的寓意理解为“根据来源于过去的政治决定正当化强制力的使用、持有和保留”。这个法律概念的三个概念延伸就是因袭主义、实用主义和“作为整体性的法”,它们分别对法律与强制力的关系以及如何理解过去的政治决定做出了不同的回应。于是,通过将“正当化强制力”引入法律的概念,这个法律概念和它的概念延伸必须同时回答“法律是什么”以及“何谓正当之法”的问题。德沃金此处实际上站在了法律实证主义分离命题的对立面,以建构性诠释融合了法律的“是”和“应当”。他进一步指出,因袭主义没有正确地描述英美法律实践,不“符合”它所试图诠释的对象,因此,是一种失败的诠释;实用主义怀疑“法律正当化强制力”的寓意,故对

它的反驳必须通过对合法性问题的重提来展开。

“作为整体性的法”试图击败因袭主义与实用主义,它所坚持的立法原则和裁判原则均是对合法性问题的回应:前者要求立法者必须追寻正当之法——他的立法应当尊重整体性的政治美德,使其符合政治共同体的道德传统,并确保立法一以贯之和平等地适用于所有公民,以使得公民产生服从法律的“联合义务”;后者要求法官必须在司法裁判中发现正当之法——他们必须将法律实践视为一个整体,并且通过对诠释意图的正确运用来看待判决先例,从而发现每一个案件的“最佳诠释”,从而为裁判活动本身提供合法性证明。在本书的第四章中,我们就将具体地探讨这两类原则,并说明建构性诠释与整体性政治美德之间的关联。

本书的第五章,笔者将对本书的论述进行总结,并简要探讨国内学界所关心的一个主要问题:德沃金的理论能否适用于中国的法律实践。笔者对这个问题持谨慎的怀疑态度。然而,通过以上的论证,我们已经大致了解了德沃金对待合法性问题的态度,也领会了“建构性诠释”与“整体性”在解决该问题时所发挥的重要作用。在德沃金看来,或许每一个追问“法律是什么”的法律人同时也进行着“何谓正当之法”的追问。理解了这一点,我们或许就明白了德沃金为我们留下了怎样的法理学“遗产”。

熟悉德沃金《法律帝国》一书的读者可能会看出,本书的布局与论证并未过多地脱离这部法理学经典。在此,笔者希望坦陈的是,本书未能给出更多原创性思考的原因,乃是由于笔者的能力有限,而并非进一步的思考没有意义和价值。事实上,在本书完成后,有不少前辈与学友指出本书并无太多“原创性推进”。对于此类批评,笔者予以感谢,并欣然接受。但是,原创性推进势必要建立在对经典著作大致正确的理解上。诚如德沃金所言,法律人进行理论性争议的前提,在于他们对所探讨的疑难已经形成了大致的共识,否则,任何争论、探讨都将失去焦点,成为令人忧惧的自言自语。笔者不敢评价本书“大致正确”,但可以姑且把它当作朝向该目标的一次努力吧。

德沃金的方案能否适用于有着完全不同历史、文化、政治传统的当代中国,学界对此莫衷一是。在这个问题上,我比较赞同季卫东先生和其他持有相同观点的学者的立场,即基于不同的法律传统和思维,不能将他的理论简单地生搬硬套。德沃金对此亦有表态,他希望读者重视起理论中关键的抽象阶段,而不是牢

牢抱住其结论不肯放下。何谓关键的抽象阶段？例如，某人叙述他是如何处理一项事务或者论证一个难题——对于听者而言，更重要的是他处理事务、论证难题的切入点、思考方式以及背后蕴含的抽象性原理，而并非他在叙述的最后给出的具体方案或阶段性结论。这要求听者将相似的、抽象的、哲学上的思考模型予以抽取，最后根据自己的实际情况加以运用。所以，本书的目标也仅在于大致正确地“提炼”德沃金的思考模型，而更为困难的“加以运用”，留待笔者自己与读者们思考与推进。

囿于个人能力，本书也许存在着错漏和观点值得商榷之处，欢迎各位师长与学友提出更多的批评与反馈。

是为序。

徐 晨

2018年8月21日

于渝北巴山夜雨

目 录 | CONTENTS

第一章 导论：德沃金的“态度”	1
第一节 法律帝国与合法性问题	1
第二节 本书主旨	8
第三节 文献综述	13
第二章 法律是什么	24
第一节 法律的概念	24
一、本质之法	24
二、实证之法	27
三、现实之法	29
第二节 语义学之刺	31
一、恶法亦法	33
二、疑难案件	36
第三节 拔出语义学之刺	39
一、语言之灵活性	39
二、争议之理论性	42
第三章 建构性诠释	46
第一节 与合法性问题的关联	46
第二节 诠释性概念	48
一、诠释性态度	48

二、诠释之类型	49
第三节 诠释与意图	53
一、还原与给予	53
二、局内与局外	56
三、诠释的阶段	60
第四节 建构性诠释回应质疑	63
一、回应语义理论	64
二、回应怀疑主义	66
第五节 正义作为诠释性概念	69
 第四章 建构性诠释与法律的概念	72
第一节 概念之演进	72
一、前诠释阶段：共识之平台	73
二、诠释之阶段：法律之寓意	76
三、后诠释阶段：寓意之延伸	80
第二节 法律之寓意	84
一、界限与规则	84
二、合法性寓意	88
三、分离的消解	91
第三节 因袭主义、实用主义和作为整体性的法	95
一、因袭主义	95
二、实用主义	99
三、作为整体性的法	102
 第五章 何谓正当之法	105
第一节 立法原则	106
一、合意之问题	106
二、第四种美德	114
三、联合之义务	122
四、原则共同体	131

第二节 裁判原则	136
一、合法性裁判	137
二、文学之类比	140
三、赫拉克勒斯	143
四、整体之诠释	150
结语 德沃金的“遗产”	156
参考文献	160
附录 重要译名对照表	169
索引	171
后记	174

第一章

导论：德沃金的“态度”

第一节 法律帝国与合法性问题

我们总是不可避免地身处于各式各样的共同体中：在“家庭”里，我们是“父母”“夫妻”和“兄弟姐妹”；在“社会”中，我们是“朋友”“同事”和“街坊邻居”；在“政治国家”的名义下，我们是“公民”“选民”和“诉讼当事人”。我们的身份和言行被共同体的原则和规则所主宰，因而或多或少地总是有服从它们的义务。在这些原则和规则中，我们将发现“道德”，而为什么人必须服从于道德是一个伦理学问题(ethical issue)；^①我们还将发现“法律”，而公民为何有义务遵守法律、服从裁判则是“合法性问题”(puzzle of legitimacy)的延伸。如何回答这两个问题，我们总是有自己的期许：也许道德是使人成为人的内心律法，也许它能让共同体更加和睦而繁荣；^②也许法律应当代表正义和公平，也许它应当成为粉碎皇冠的利剑，让“法律面前人人平等”不至于沦为可笑的空谈，除此之外，它还应当成为驯化“利维坦”(Leviathan)的巨网，让个人脆弱的生命和尊严成为权力的目的

① “道德对人类提出了怎样的要求”以及“为什么人类应当服从这些要求”，可以说是伦理学的两个核心问题：“答案就在于，伦理标准是规范性的……它们还向我们提出了要求，它们能够命令我们、强迫我们，或建议我们、引导我们。或者，最起码，我们在这些标准的时候，是在相互提出要求。如果我说某个事情是对的，我是说你应当做它；如果我说某个东西是好的，我是向你推荐你值得选择它。”详见〔美〕克里斯蒂娜·科尔斯戈德：《规范性的来源》，杨顺利译，上海译文出版社2010年版，第9页。

② 前一种观点代表着康德对道德问题的看法，而后一种则代表着经验论传统中功利主义者的观点。详见〔德〕康德：《实践理性批判》，载李秋零主编：《康德著作全集（第五卷）》，李秋零译，中国人民大学出版社2006年版，第93页；〔英〕边沁：《道德与立法原理导论》，时殷弘译，商务印书馆2000年版，第82—83页。

而不是手段。^①然而,也有人认为世俗道德只是虚伪的说教,或者优势意志的体现,而法律只不过是“划分敌我”后将异己押上的“断头台”;^②还有人说:“应当”(thing ought to be)和“事实”(thing is)根本就是两个问题,而这前面所有的“也许”只是一种喃喃梦呓。^③不管怎样,这些问题都关乎我们的态度,或许是态度决定了合法性问题的正确答案。

那么,什么是合法性问题?为何有这个合法性问题?若不对概念进行澄清,恐怕下文的论述将难以获得其自身的“合法性”。“legitimacy”一词指代本书探讨的“合法性”概念;合法性问题又可以译作“正当性问题”,在本书中笔者是在同一个意义上使用这两个词语。在进入“合法性”的正式阐释前,必须区分以下三个概念:①“合法性”(legality),它主要指对象是否符合特定法律体系的规定和表达,是否应当被判定为符合法律或者违背法律;②“有效性”(validity),它主要指法律在法体系中是否获得了恰当的形式性认可,从而获得其自身成为法律的效力;③“合法性或者正当性”(legitimacy),它更多地关系政治决定或者法律的制定、裁判是否符合价值标准,从而使得官员和民众拥有合理或道德上的义务遵守这些决定和法律。笔者是在第三个意义上使用“合法性”一词。^④

① 这里参照了洛克对霍布斯的批评以及他“以法律限制特权”的平等主张。详见〔英〕约翰·洛克:《政府论(下篇)》,叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆2012年版,第12—14页,第90页、第105页。

② 在这里,笔者参考了尼采(Friedrich Nietzsche)和施密特(Carl Schmitt)的观点。详见〔德〕尼采:《论道德的谱系》,周红译,生活·读书·新知三联书店1992年版,第11—12页;〔德〕卡尔·施密特:《政治的概念》,载刘小枫主编:《施密特文集(第一卷)》,刘宗坤等译,上海人民出版社2004年版,第106—108页;〔德〕卡尔·施密特:《宪法学说》,载刘小枫主编:《施密特文集(第三卷)》,刘峰译,上海人民出版社2005年版,第98页。德沃金将此种针对道德与法律的不同观点视为“内在怀疑主义”(internal skepticism),关于内在怀疑主义和“外在怀疑主义”,参见Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Boston: Harvard University Press, 1986, pp.78-85.

③ 英国哲学家大卫·休谟(David Hume)和后期的功利主义者与法律实证主义者们是这种划分的支持者。详见〔英〕大卫·休谟:《人性论》,关文译,商务印书馆1980年版,第94页;〔英〕边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆2000年版,第79页;〔英〕约翰·奥斯丁:《法理学范围之限定》(影印版),中国政法大学出版社2003年版,第184—185页;H. L. A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals," *Harvard Law Review* Vol.71, No.4. (1958), pp.593-629.

④ “合法性问题”也可以按照如下方式进行:我们为何需要政治国家?如果我们需要政治国家,那它应当采取怎样的方式正当实施它的统治?如果它的统治方式是法治,那么,这些法律又依照怎样的程序,它的内容应当符合怎样的原则,从而有效地为法律所代表的国家强制提供正当性证明(justification)?无政府主义者(anarchist)强调人们并不需要政治国家,而霍布斯(Thomas Hobbes)则认为国家是绝对必要的,并且强大的主权者应当对政治共同体有绝对的支配权;密尔(J. S. Mill)的伤害原则或不干涉原则("harm principle" or "non-interference principle")为国家的行为划定了必要的界限,而罗尔斯(John Rawls)则认为政治结构和分配方案必须符合他所提出的“正义原则”(principles of justice)。在这些基础上,合法性的衍生问题是:谁应当拥有统治的权力,以及为何人们有服从统治的义务。第一个问题关系统治者的“合法权威”(legitimate authority),第二个问题则关系公民的“政治义务”(political obligation)。结合下文的对立法原则论证,我们将看到德沃金采取了与经典思想家不同的路数:(转下页)

笔者认为,合法性问题的价值取向代表了对“正当之法”的追求,具体而言,它关系法律制定与司法裁判的价值取向,关系法律与道德的关系以及我们如何看到法律实践中的各种疑义。既然我们正当之法与价值取向有关,那么,就必须追问此种价值取向或者规范标准来源于何处?古典自然论者认为,这些标准来源于“法”的形而上学本质,即法律本身必须成为“抽象道德”的代言人。在他们的论说中,我们发现合法性难题解决的关键,正在于寻找那超验的“正当之法”:它们不存在于我们可感的经验世界,存在于为理念之光普照的“洞穴”外部;^①不存在于世俗王权的一声令下,存在于全知全能者的先行规划。总而言之,法律或者裁判的合法性基础,存在于立法者或者裁判者是否能具备某种超越经验的知识,进而洞见那潜藏于“法律”理念中独一无二的共性,也就是所谓的“超验规范”。正是此种先在的规范,给予了立法与司法行为的合法性基础。从而,一旦世俗之法迎合了它的要求,它便作为超验的秩序的化身能够正当地要求其公民臣服于它的正当权威。这种超验秩序大都还主张:法律与道德之间存在着密不可分的关系,因为法律的合法性基础在于它符合或者体现了某种价值取向。反过来,假如人定法没能实现自然法的高尚追求,那么,我们似乎就立即拥有了一种拒绝将其称之为法律的理由。这就是著名的“恶法非法”(evil law is not law)判断。

但是,这种规范真的存在吗?它会不会只是哲学家们一厢情愿的说辞?它是否独断地混淆了法律与道德之间存在的界限,以至于浑水摸鱼地觅得了它所希冀的合法性答案?最后,法律的概念一定与此种超验价值存在联系吗?在特定共同体的道德传统中,一定就存在着能够被视为“正当之法”依据的规范性源泉吗?就法理学在20世纪初期的发展而言,这些追问或多或少地提醒人们应当

(接上页)他没有从第一组问题入手,从国家的基本形式证明政治权威的合法性,进而得出公民的政治义务,而是直接考察在何种情况下真正的政治义务会在特定的政治实践中产生,再借由此种“义务”的产生反过来说明此种情况下强制力的使用和持有是合法的。并且,司法裁量的正当权威也应当来自其对政治共同体道德传统的体现。本书主要介绍德沃金的论证思路,但没有能力,也并不试图站在更高的角度去审视德沃金的理论是否完美解决了合法性问题——尽管后一个问题可能更加困难,也更具研究价值。参见〔美〕罗伯特·诺齐克:《无政府、国家和乌托邦》,姚大志译,中国社会科学出版社2008年版,第62—64页;〔英〕托马斯·霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,杨昌裕校,商务印书馆2012年版,第131—132页;〔英〕约翰·密尔:《论自由》,许宝骙译,商务印书馆2012年版,第10—11页;〔美〕约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社2009年版,第47页。

①〔古希腊〕柏拉图:《理想国》,郭斌和、张竹明译,商务印书馆1986年版,第156—157页,第272—280页。

保持清醒的头脑。现代法理学之父约翰·奥斯丁(John Austin)对法律的概念作了如下定义:就其本质而言,法律乃是主权者凭借其政治优势地位,以特定不利与威胁作为后盾而颁布的命令体系。^①虽然奥斯丁的理论招致了许多批评,但此种应然与实然的严格区分为后世法律实证主义(legal positivism)的研究奠定了基调,即法律应当被客观地视为一种语言、符号的事实性存在予以探究。如此延伸,那么,我们便很快能够得出法律实证主义者坚信的“分离命题”:法律的存在是一回事,它是否符合某种特定的合法性标准则是另一个问题。换言之,法律与道德、正义、公平并无概念上的必然联系,而假使研究者希望严肃地对待这一概念,那么,他就应当保持清醒,不要被形而上学与自然法(natural law)的胡话冲昏了头脑。如果他想要探求“正当之法”的存在标准,不肯放弃对合法性问题的追问,法律实证主义者就会告诉他:这很好,但这与“法律是什么”是不同的问题,不要把它们混为一谈。法律实证主义者哈特(H. L. A. Hart)也曾经指出:我们完全可以不必去否认纳粹种族屠杀的法律就“是”法律,但也没有必要因为它事实上“是”法律,就认为自己有服从的义务。我们可能会说,这就是法律,只不过因为它太不正义了,太过邪恶了,所以,我们没有义务去服从。^②所以,按照法律实证主义者的观点,如果当今的法理学希望探讨“法律是什么”,那么,它必须和那些乌托邦的合法性理论划清界限——很显然,那些理论既没有给我们讲述真实历史,也不是对法律存在的客观描述;那些理论可以是政治哲学,甚至可以是伦理学,但它们不是法理学。

我们必须注意,法律实证主义并不是在说,自由主义传统所坚守的“个人权利”传统应当随着此种划分而随之消隐。^③它们只是在说,合法性问题的关切在于此种权利传统能否为强制力的使用、持有和保留提供证成,但这与法理学探究法律的概念的事业不能同日而语。实证主义的策略不仅仅表现在法学理论层面上:在对法律语言进行孜孜不倦地研究后,哈特教授得出了一个惊人的结论,那就是由于法律语言不可避免的模糊性,在疑难案件中必然会存在着“法官造法”

① [英] 约翰·奥斯丁:《法理学范围之限定》(影印版),中国政法大学出版社2003年版,第184—185页。

② H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed. P. Bulloch and J. Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p.208; H. L. A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review* Vol.71. No.4, 1958, pp.593-629.

③ 关于哈特对实证主义政治立场所做的澄清,参见 H. L. A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, *Harvard Law Review* Vol.71. No.4, 1958, pp.593-629.

的情形。^①也就是说,在法律语言的清晰地带,裁判者必须严格拘泥于法律文字之清晰含义从而“忠诚于法律”,而不能用自己个人的道德信念与法理判断代替法律本来之所是,但“完全忠诚”又是不可能的,因为裁判者在法律语言的开放结构中时常会发现自己必须在可能的法律解释之间做出选择,但那时似乎又不存在着某种“高阶原则”指导他应当采取何种解释。所以,不论他如何行事,不论他如何正当化自己的判决,彼时彼刻的他都是在进行一种被称为“缝中立法”(interstitial legislation)的实践。^②按照这种逻辑,我们可以推出,在英美普通法传统中,公民在法律语言的清晰地带享有确定不移的权利,而在另外一种情况中则没有。所以,合法性问题在司法裁量中的完全解决对于实证主义者只是一出政治哲学的幻想。而法理学本身的任务,就是在司法裁判过程中揭穿那不可能存在的“合法性之梦”。

无独有偶,法律现实主义(legal realism)者采取了更为激进的策略来审视法律概念与合法性问题的联系。“法律是对法官将要做出何种判决的预测,而不是你们平日里喋喋不休的先例和规则。”现实主义者如是说。^③换言之,我们日常意义上的法律是不存在的。既然如此,我们也不必对他们以下的宣言感到震惊:人们拥有的法律权利只是一种似乎存在的权利(as if right),而这些权利提出的意义并不在于为共同体的强制力提供任何形式的合法性证明。^④那为何法律人还要就它们争个不停呢?现实主义者采取了实用主义的立场:这是通向共同体美好明天的道路,而权利应当在这途中扮演一种工具,以使得立法者和法官能够采取灵活的策略——比如进行棋盘式立法,比如思考什么裁判最有利于共同体的明天——在社会现实和历史情境中审时度势地利用他所能利用的一切,尽可能地编织共同体之似锦前程。^⑤“法律的生命不在于逻辑,而在于经验”。^⑥所

① H. L. A Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed. P. Bulloch and J. Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp.121 - 126.

② H. L. A Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed. P. Bulloch and J. Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p.132.

③ See B. Cardozo, *the Nature of the Judicial Process*, New Haven: Yale University Press, 1921, pp.10 - 69; J. Gray, *the Nature and Sources of the Law*, ed. by D. Campbell and P. Thomas, Aldershot: Ashgate & Dartmouth, 1997, p.65.

④ Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Boston: Harvard University Press, 1986, pp.154 - 155.

⑤ Karl N. Llewellyn, "A Realistic Jurisprudence- the Next Step", Vol. 30, *Columbia Law Review*, 1930, pp.464 - 465.

⑥ Oliver W. Holmes, *the Common Law*, in William W. Fisher III, M. J. Horwitz, Thomas A. Reed(eds.), *American Legal Realism*, Oxford: Oxford University Press, 1993, p.9.

以,即使法律实证主义那般主张权利存在于“清晰地带”的观点亦误解了法律实践的本质。所以,立法者与法官必须说出那高贵的谎言,共演一出“别有用心”却“动机高尚”的戏剧,以此规避无知大众在知晓真相后的出离愤怒。合法性问题,在法律现实主义看来,在自然论者与实证主义那里都是一个天大的误会。正好像,年轻的汉德法官(Learned Hand)向他心中的法律英雄霍姆斯致敬(O. W. Holmes),后者却残酷地剥夺了他天真的幻想——“请主持正义!大法官!(Do justice! Justice!)”。“那可不是我的工作!(That's not my job!)”。^①

那么,法理学应当按照这些建议弱化、回避甚至放弃对合法性问题的探寻吗?在本书中,笔者将主要考察德沃金(Ronald Dworkin)的态度,这是一种建立在“建构性诠释”(constructive interpretation)与“整体性”(integrity)之上的态度。^②为什么应当考察此种态度?这种指向合法性问题的考察有什么意义?笔者相信德沃金分别使用了这两个概念以解决提到的困境:

其一,“法律的概念”与合法性问题究竟有没有联系?针对法律实证主义者的“分离命题”,德沃金提出了“建构性诠释”的概念,用以填补那些没有必要存在的“是”和“应当”的区分。这一概念的提出将法律实证主义、自然法学说,乃至法律实用主义关于辨识法律概念的“共同语言标准”斥之为“语义学之刺”(the sting of semantics),并认为正是这恼人不休的偏见使得法理学在审视“法律与

① 这个真实的故事来自《身披法袍的正义》一书: Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, Harvard University Press, 2006, p.1.

② 关于“建构性诠释”(constructive interpretation)与诠释性概念(interpretive concepts)的译法,国内学界似乎没有形成同一意见。《法律帝国》的大陆中译本译者李常青教授将其译为“建设性阐释”与“阐释性概念”;而我国台湾地区译者李冠宜先生在其新译本中将其译作“建构性诠释”与“诠释性概念”;沈宗灵先生将“interpretive”一词理解为“解释性”,而季卫东先生也采取了这样的理解,将这个前者表述为“建构性解释”。在本书中,笔者采用了李冠宜先生的译法。而对于“integrity”的译法,以上学者看法亦不尽相同。例如,李冠宜先生将其译为“整全性”,而季卫东先生将其译为“整合性”。笔者采用了李常青先生“整体性”的译法。之所以采取此种译法:首先,德沃金所使用的“constructive interpretation”一词指的是“意图与对象之间的互动过程”(后文将给予详细论证),那么,这个概念就涉及哲学诠释学上“主观—客观”二元对立的融合,从而不同于“使得主观意图符合客观语词”的语义学和“单纯以主观规定客观对象”的康德式认识论。其次,对于“Integrity”而言,德沃金在《法律帝国》中多次提及最佳诠释的对象乃是“legal practice as a whole”,并且也因为其诠释学的背景,这个概念可能实际上隐含了现象学中认识和实践过程的合而为一。当然,不管译法如何,我们只有明确语词的使用方式才能确切地知晓它的含义。而本书正是这样的—个努力。参见〔美〕罗纳德·德沃金:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版;〔美〕罗纳德·德沃金:《法律帝国》,李冠宜译,时英出版社2002年版;沈宗灵:《评介哈特〈法律的概念〉一书的“附录”——德沃金与哈特在法学理论上的主要分歧》,《法学》1998年第10期;季卫东:《法律体系的多元与整合——与德沃金教授商榷解释方法论问题》,《清华法学》2002年第1期。另外,关于法律诠释学,还可以参见郑永流:《出释入造——法律诠释学及其与法律解释学的关系》,《法学研究》2002年第3期。