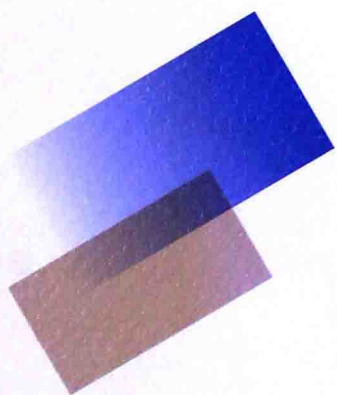


Confucian Virtue Theory of Legal Adjudication:

A Reconstruction
in the Contemporary Context



儒家美德

裁判理论纲：

当代法理学语境下的重构

王凌皞 —— 著



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

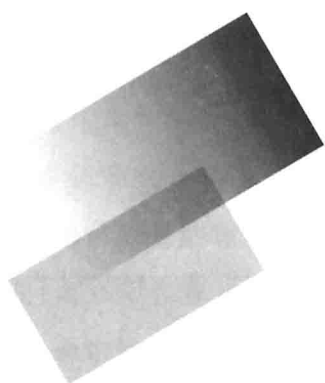
Confucian Virtue Theory of Legal Adjudication:

a Reconstruction
in the Contemporary Context

儒家美德

裁判理论论纲：

当代法理学语境下的重构



王凌皞 —— 著



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

儒家美德裁判理论论纲：当代法理学语境下的重构 /
王凌皞著. —杭州：浙江大学出版社，2015.2

ISBN 978-7-308-14215-1

I. ①儒… II. ①王… III. ①儒家—法制—思想评论
IV. ①B222.05②D929.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 301561 号

儒家美德裁判理论论纲：当代法理学语境下的重构

王凌皞 著

责任编辑 曾建林

封面设计 续设计

出版发行 浙江大学出版社

(杭州市天目山路 148 号 邮政编码 310007)

(网址：<http://www.zjupress.com>)

排 版 杭州林智广告有限公司

印 刷 杭州日报报业集团盛元印务有限公司

开 本 640mm×960mm 1/16

印 张 14.5

字 数 175 千

版 印 次 2015 年 2 月第 1 版 2015 年 2 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-14215-1

定 价 35.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部联系方式：(0571) 88925591；<http://zjdxcbbs.tmall.com>

【浙江大学“一带一路”合作与发展协同创新中心成果】

总 序

当下,法治已成为我国基本的社会治理模式。然,任何社会治理模式是否成功,归根结底还是要看是否能够给社会成员带来幸福和福祉。人们都有追求幸福美好生活的愿望和权利,而法治则是这种幸福美好生活的重要保障和实现手段。因此,法治不仅应该成为一种治国方略,亦应该成为一种知识、一种情感、一种智慧。

人类有两个最伟大的发明,其一是发明了科技,使得人类征服了自然;其二便是发明了法律,使得人类征服了自己。中国作为世界上最大的转型和发展中国家,拥有近十四亿人口和五千余年文明史的中国迈向法治社会的意义决不限于其自身,它关乎整个人类文明的前途和命运。置身于这个时代,若非对公平正义的法理有所深究、对法律的精神有所深耕、对法治的精髓有所深悟,则不能有所成就,更遑论对世界有所贡献。

浙江大学光华法学院地处中国改革开放最前沿地带,依托浙江大学百十余年形成的精神文化和综合优势,坐拥之江校区美轮美奂的优裕办学空间,雄踞月轮山,胸怀法治梦想,

秉承“求是厚德，明法致公”的院训，坚持“专业典范，社会公义”的法科教育理想，守候“返回法的形而下”的学术旨趣。现特推出一套法学新锐创作的学术作品，冠名“之江·法学”文丛。我们希望这套开放式学术文丛立基于中国的法治建设，既富含知识，又充满激情，更富有智慧，为法学研究的繁荣和法治理想的春天鼓而呼。

编 者

乙未年新春于之江月轮山

目 录

1 引 言

1.1 儒家和法理学	1
1.2 儒家美德法理学框架内的儒家 裁判理论	3
1.3 路线图	10

2 概念界定与方法论上的说明

2.1 哪个儒家?	13
2.2 何种方法?	16
2.3 善意原则	22
2.4 概念不可共量性的挑战	27
2.5 三种技术	29
2.6 开放、多元的儒家法律理论	34

3 儒家美德伦理学

3.1 儒家道德理论概观	37
--------------------	----

3.2 礼	46
3.3 正 名	53
3.4 义	60
3.5 仁	67

4 法律概念的适用

4.1 正名问题	82
4.2 描述性概念和评价性概念	84
4.3 法律和道德中的“名”	94
4.4 法律规范的行为指引功能	98
4.5 法律的行为指引功能与法律概念	102

5 法律规范的适用

5.1 礼和法	110
5.2 嫂溺援手与理由的整体权衡方法	115
5.3 误伤己父案	123
5.4 整体的理由衡量论 VS 目的论限缩	129
5.5 法律理由的整体权衡论	133
5.6 混淆了法律和道德的边界吗?	142
5.7 法条主义 VS 整体的理由权衡论	145
5.8 作为“提示”的法律规范	151

6 以美德为中心的裁判理论

6.1 法律裁判中的两类不确定性	160
6.2 以美德为中心的证立理论	164

6.3	以程序为中心的证立理论	175
6.4	美德和程序	183
6.5	“作为公平的正义”与“作为守法 的正义”	189
6.6	“正义”与诸美德的关系	203
 7 结 语		
参考文献		210
索引		221

1 引言

1.1 儒家和法理学

如果把先秦儒家的道德和法律思想当作一种当代法理学来对待,我们会有什么发现,又能得到怎样的启示?

本书可以看作是对这个问题的解答。然而,这个问题初看上去似乎并没有多少实际意义,甚至有很多人会怀疑这样一种尝试的理论价值。在很多人看来,儒家思想不过是故纸堆中的陈词滥调,它不但和现代法治理念格格不入,而且还在很大程度上阻碍着现代司法制度的发展和理念传播。法学教授们在课堂上一遍又一遍地颂扬着法治殿堂中的崇高理念——法治、公正、人权、自由、民主。儒家思想则被放在这些代表人类社会发展方向的崇高理念的对立面。人们常常会用“人治”、“恣意”、“滥权”、“专断”等词汇来刻画古代儒家思想及受其影响的政治法律

制度。^①

作为法律人或者法学人，我们对这样的看法再熟悉不过。法学家们往往批评，古代司法体系中的审判官拥有不受限制的“恣意”空间，判决中缺失法律性。古代道德和法律没有清晰分野这一点，也备受指责，而运用道德规范来做出司法判决的“引经决狱”原则更是成了众矢之的。

这种对“儒家思想”^②的负面看法当然不是毫无根据的，但退一步讲，一种能够吸引历史上最睿智的头脑并治理中国帝制社会数千年的理论传统怎会如此不堪呢？至少，古典儒家的文本中多少也应该包含着哪怕些许真理的颗粒吧。然而，令人倍感失望的是，在当下的法理学（或一般的人文社会科学理论）讨论中，学者们却极少从中国古典文本资源中汲取思想的养分。反观西方，在当代人文社科领域，古典文本却成了当代理论探讨的源头活水。在法理学领域，当代法哲学家菲尼斯（John Finnis）的新自然法学说^③，对风头正劲的实证主义构成了强有力的理论挑战，其理论根源正在于阿奎那的古典自然法传统。

① 法学学者对儒家思想的负面印象可以从下面这个例子中得到印证：在2009年召开的第二十四届世界法哲学法社会学大会（IVR）上，杜维明教授做了主题为“文化多样性、文化间对话与和谐：一种儒家视角”的主题发言。在这个报告中，他针对全球化与文化多样性不可调和问题，从儒家的角度做出了积极回应。但杜维明教授的发言引起了在座法律学者的强烈批评，对儒家传统持对立立场的双方甚至都难以平和、理性地进行沟通。

或许上面的这个例子仅仅是个案，它并不能普遍地说明法律学者对儒家思想的想法，但至少在某种程度上这个例子展现了一部分理论法学家对儒家思想的立场。

② 这里的“儒家思想”用引号是因为我将在下文中对这个词汇的各种意义做进一步的概念厘清和分析。

③ See John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Clarendon Press, 1980).

在一般的人文社科领域,这样的例子也是不胜枚举:如近代思想家康德之于当代哲学家罗尔斯的建构主义正义论^①,如古希腊的斯多亚学派之于当代哲学家 Martha Nussbaum 的世界主义政治哲学^②,再比如亚里士多德的伦理学作品之于 Bernard Williams 的道德运气观^③。无论是菲尼斯、罗尔斯、Nussbaum 还是 Williams,他们都是现当代在各自领域内非常杰出也是非常具有原创性的理论家。但他们的思想无一例外都受到了传统经典作家、经典文本的激励与启发。

这些例子促使我们必须认真反思当下法学界面对儒家经典的偏激态度。本书就将是这样的一种尝试,试着将儒家的基本立场和观念放到当代法理学、伦理学的语境之中进行深入考察,并进而以此来关照当下的法理学、伦理学问题。这种借助古典儒家的思想资源而勾勒出的一般法理学(general jurisprudence)立场,本书将其称之为“当代的儒家美德法理学”,而“儒家司法裁判理论”将是其中的重要组成部分。

1.2 儒家美德法理学框架内的儒家裁判理论

那么,法理学或者法律理论是什么?它探讨哪些问题?在当代的英美法理学中,因为对这个问题答案的分歧,学者们分成了两个阵营。有一部分学者主张法律理论应该研究规范性的问

① See John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971).

② See Martha C. Nussbaum, *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006).

③ See Bernard Williams, *Moral Luck* (Cambridge: Cambridge University Press, 1981), pp. 20-39.

题,因而法理学的根本目标是建立规约性的法学学问(prescriptive legal scholarship)。这群法理学家坚持认为法律理论家的主要工作应该是证立(整体或者部分)法律制度。这就是“规范法理学”或“规约法理学”。

还有一些学者(包括实证主义者在内)则主张法律理论的首要工作是描述现有的法律制度。这群学者中的一部分人致力于对“法律”这个概念或法律制度必然属性的分析;另一部分学者将法律科学看作是社会科学的延续,他们把对法律现象(作为一种社会实在)的普遍描述作为自己的理论事业。相应地,这就是“实在法理学(positive theory)”或“描述法理学(descriptive jurisprudence)”。

规范法理论与实在法理论之间的争议一直以来就是现代法理学中的核心议题。简单来说,这两种理论立场都是对“法律是什么”这个问题的回答。实在法理学通过描述法律实际上是什么以及在现实中如何运作来解答这个问题;规范法理学则通过探讨法律的恰当目的为何或法律体系存在与否的应然标准来给出问题的答案。在西方现代分析法律理论的语境中,规范法理学和实在法理学的方法论之争指向的是“法律的本质”这一形而上学问题。但从儒家的角度来看,法律理论的最核心问题并非法律的“本质”,而是法律的目的或者功能。沿着儒家的思路,学者们希望回答“法律的功能是什么”或“一个社群中的法律要良好运转需要哪些条件”这样的问题,而不是“法律是什么”或“法律效力的标准是什么”。

尽管儒家美德法理学和当代西方分析法哲学的基本理论关注点不同,但它也可以有规范性和描述性两个面向。如果将法律看作是一种宽泛意义上的用公共、公开的规则来治理社会的实践,儒家的基本社会理论和政治理论就表达了对这种社会实践理想状态的看法。儒家美德法理学不过是运用当

代的概念与论证将这种理想予以理论化与概念化。一般来说,“应当”必须以“可能”为前提,在理论建构上也是如此。儒家美德法理学的规范性部分也需要一个相应的实在法理论的支援,以说明法律这种社会实践实际上是如何展开的。在正文中,我们也将从儒家的“正名”理论出发来发展一种描述性的法理学,以说明法律实际上是如何来指引人们行动的。当然,仅仅有描述性理论也不够,学者们还需要知道法律实践中的哪些侧面和属性具有重要的价值,规范性理论就为此提供了重要的指引。由此,我们可以说规范性理论与描述性理论是相互支撑的。^①

通常而言,一般法理学需要回答下面这三个基本问题:

1. 法律是什么,它具备什么功能,或,法律应当实现什么功能?
2. 立法的目的是什么,或,法律规范应当具有怎样的内容?
3. 法官们如何做出判决,或,法官们应当怎样做判决?

与上面这些问题相应,对它们的理论回答就构成了一般法理学中的三个部分:

1. 关于法律的本质与功能的理论;
2. 立法理论;

^① Shauer 在晚近的作品中也曾捍卫过这种规范性法理学与描述性法理学互相支持的观点。See Frederick Schauer, *Necessity, Importance, and the Nature of Law*. Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2010-19. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1594930>.

3. 司法裁判理论。

完整的儒家美德法理学同样也将包含这三部分内容，而儒家的司法裁判理论则是其中最重要的一个组成部分。

首先是关于法律的本质与功能的理论。在古典儒家思想中，孔子和他的追随者从未将法律的形而上学问题（“什么是法律”）或知识论问题（“如何知道一条规则是法律”）当成他们的核心来考量，他们并不在乎法律与其他规范性体系——比如道德或社会规范——之间有无清晰的界限。古典儒家侧重于对人的关怀和对人所组成的社群良性运转的哲学性思考，而法律（或礼）则服务于这个最高目标。或者，我们不妨说古典儒家是在更开阔的规范性视野中思考法律问题。古典儒家们所关注的不仅是狭义上的法律，还包括“道”这一普遍的宇宙法则，以及“礼”这种一般社会规范和（当代意义上的）道德。当代儒家美德法理学也将继承古典儒家的这种对待法律的功能主义态度和人文主义/实用主义的精神气质。

与儒家的这种实用主义态度不同，分析哲学传统内的法律理论家痴迷于法律的形而上学问题。他们将探究法律的本质（the nature of law）作为他们的主要工作。例如，法实证主义者就坚持认为法律理论就应当以阐明法律（或法律体系）存在的必要和充分条件为主要目标，坚持法律理论家应当找到并描述法律区别于其他社会实践（或概念）的独特属性。当代社会中的法律是一种规范人际交往的独特规范体系，这一点毋庸置疑。从另一个角度来说，任何一个站得住脚的法律理论也都隐含着对法律是什么或法律独特属性为何的看法。但像儒家美德法理学这样从功能视角来看待法律的理论并不需要把法形而上学当作是其理论的焦点来加以关注，也无须提供一个精致的法律本质理论。在这个意义上，孔子或许会同意富勒（Lon Fuller）对法

律基本功能的看法,即法律的主要功能是“将人们的行为置于一般规则的指引之下,让他们通过这些规则来自主安排他们的行为,以此实现社会秩序”^①。儒家美德法理学将解释法律的这种行为指引功能的机制,并且将“和谐”当作是法律体系的核心价值。

一般法律理论的第二个组成部分是关于立法的理论,也就是关于法律的目标和价值的规范性理论。它不关注立法的技术层面或程序层面^②,而是对立法的目的、目标或功能进行反思。立法理论可以是寻找整个法律制度的规范性基础,也可以是针对某个法律部门的目的与价值的思考,比如侵权法学者思考侵权法的功能是“矫正正义”还是“效率”,或者刑法学家探讨刑法的目的是“报应”还是“预防”。一般法理学中的立法理论则是从总体上反思法律的目的或价值,来探讨法律的根本目的是促进公民美德的发展,增加总体的社会福利,还是保护公民的基本个人权利。这些基本的规范性问题就在立法理论和规范伦理学之间建立起了深层联系。以促进公民美德发展为目的的立法理论把美德伦理学(virtue ethics)或美德政治学(virtue politics)作为理论模型或基础;将增加社会总体福利看作是法律基本功能的功利主义立法理论建立在结果论(consequentialism)伦理学的假设之上,是以福利经济学为模型的;而将个人权利保护看作法律终极价值的立法理论则是以康德的道义论(deontology)和规范法律理论为理论根基。

举例来说,立法理论中法律经济学(normative law and economics)是将效率看作评判法律规定是否合理的基本规范性

① Lon L. Fuller, “A Reply to Professors Cohen and Dworkin”, *Villanova Law Review* 10 (1965), p. 657.

② 关注立法的程序与技术的理论一般被冠以“立法学”之名。

标准^①。根据这种立场，法律政策应当导向最有效率的结果或服务于一般福利。与这种结果主义的理论主张不同，美德法理学会提议立法者要将促进公民美德的发展当作是法律的目标之一^②，具体到儒家美德法理学中，我们将发展孟子的自然主义人性论，主张立法应当致力于建立一个能便利地促进公民培养或发展“仁”这一美德的制度性的框架。

除了法律本质学说与立法理论之外，司法裁判理论(theory of adjudication)探讨的是法理学中的另一个核心主题——司法过程中法官作出裁判的方法与过程。实在的裁判理论以经验研究的方法探讨法官事实上如何做出判决^③，规范的裁判理论^④则为成立的判决(justified decision)或好的判决(good decision)设定标准。德沃金的理论就为我们提供了一个很好的范例。他的法律整体论(“作为整体的法律”)为法官提供了一套正确裁判的标准：一个判决是正确的，当且仅当，这个判决最佳地切合并证立了法律的整体。另一方面，他主张司法裁判最终的规范性基础在于既有的权利(他称之为“原则”)，而不是结果论的考量(他称之为“政策”)。用规范伦理学的术语来描述他的司法裁判理论，我们不妨将其称作“权利道义论的判决理论(right-based deontological theory of judging)”^⑤。

① See, e. g., Louis Kaplow & Steven Shavell, *Fairness versus Welfare* (Cambridge, MA: Harvard University Press 2002).

② See Lawrence B. Solum, “Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging”, *Metaphilosophy*, 34(2003), p. 181.

③ 比如法律现实主义者对裁判过程的研究，政治科学家运用态度模型对裁判的研究等。See, e. g., Richard Posner, *How Judges Think* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2008).

④ 判决的证立也可以被看作是某个法律命题的证立，因此后者也常常被称为“法律认识论(legal epistemology)”。

⑤ See Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986).