

社会事实、价值与法律的规范性

沈宏彬

内容提要:当代法律实证主义者主张,法律的规范性是法理论需要说明的首要议题。同时,他们坚持对法律规范性要求的识别标准,完全是由社会事实所决定。这就是社会事实命题。然而,将法律视为规范性实践,意味着法律是能够向人们提供行动理由的事实。对这种事实给予充分理解,一方面必须说明它是如何与某些深层价值保持关联的,另一方面必须说明在每个具体情境下,它是如何对具体的行动给予指引的。德沃金所提炼的理论争议显示出,实证主义无法确保由社会事实确定的法律规范,在错综复杂的法律实践中,始终和深层价值保持必要的关联。而实证主义要避免陷入这种争议,对法律规范性的说明就只能停留在抽象、一般的层面上,这又导致法律的规范性变得空洞。这说明,法律实证主义无法维护社会事实命题。法理论必须在一个基本的实践哲学框架下才能完成自己的使命。

关键词:理论争议 法律规范性 法律实证主义

沈宏彬,华东政法大学科学研究院博士后研究人员。

导 论

被学界称之为“哈特-德沃金之争”的讨论,毫无疑问是20世纪法哲学中最重要的讨论。这场讨论围绕合法性议题展开,逐渐延伸到其他法哲学议题,极大地促进了我们对法律实践的理解。随着2013年德沃金的离世,争论的双方都已作古。究竟这场争论的获胜方是谁,人们再次陷入争论之中。其中特别值得注意的是,作为法律实证主义主要支持者的斯科特·夏皮罗(Scott J. Shapiro)在一篇文章中,大方地承认德沃金在《法律帝国》中基于“理论争议”现象对实证主义提出的批评,其攻击力被实证主义阵营广泛低估,事实上,该批评依然有待答复。^[1]而布莱恩·莱特(Brain Leiter)的主张则代表了多数实证主

[1] 参见[美]斯科特·夏皮罗:《哈特与德沃金之争:答疑解惑》,郑玉双译,《法哲学与法社会学论丛》2012年卷,法律出版社2012年版,第120页。

义者的看法,他认为既有的实证主义完全可以回应德沃金的批评,维护法律的存在和内容完全由社会事实决定这一被称为“社会事实命题”的核心主张。^[2]

本文将重新评估社会事实命题的稳固性,我将主张,如果我们赞成将法律的规范性特征作为法理论需要说明的首要目标,那么法律实证主义很难坚持社会事实命题。为了说明这一点,本文主要分为三个部分。第一部分将叙述社会事实命题以及德沃金的批评。之后的两个部分分别检讨了实证主义的两种辩护路线。第二部分将以莱特的观点为例,检讨实证主义提出的回应方案。我将说明,莱特对法理论的性质做出了错误的判断,导致其打算用理论理由对社会事实命题给出辩护,而这种理由在类型上是错误的,此处需要的是规范性理由。一旦将理由转换成规范性理由,规范性和社会事实命题之间的张力就凸现出来,后者就变得岌岌可危。拉兹则尝试在一个更弱的分类学立场上辩护社会事实命题。第三部分将说明,对于说明规范性而言,分类学理论是不充分的,它丢掉了规范性这个实践概念的核心意义。因此,总的来说,法律实证主义并未能成功维护社会事实命题。这将意味着,法哲学最好被理解为包括伦理学、政治哲学在内的实践哲学的一个分支,而非研究某一独立规范性现象的学科。

一 对争议的初步界定

(一) 社会事实命题

约翰·加德纳(John Gardner)在《法律实证主义:五个半误解》这篇旨在澄清人们对实证主义各种误解的文章中指出,法律实证主义并不是一种回答所有法哲学问题的综合理论,它只涉及合法性判准议题,即回答一个规范具有法律资格,并成为既有法体系的一部分,需要满足何种条件。实证主义给出的回答是社会事实命题:“在任何法律体系中,一条既定的规范是否具有法律效力,并因此是否构成这个法律体系的一部分,取决于它的来源而非价值(在相关的意义上,它的价值包括它来源的价值)。”^[3]这里所说的“来源”是指获得法律授权而具有制定法律之资格的法律官员,在某个时间地点颁布、援引、执行、采纳,或者以别的什么行动,明确承认和认可了这条规范的法律资格。^[4]因此,对实证主义而言,即便一条法律规范的内容极端邪恶,法律官员没有任何理由承认它,但这并不构成否定这条规范具有法律资格的理由;相反,一条规范即便内容上极有价值,但如果法律官员没有在事实上予以承认,它依然不具有法律的资格。总之,法律内容和来源的价值,

[2] 莱特对理论争议的主要看法都在《阐释理论争议》一文中,最近他又发表了另一篇文章,深化和发展前者中的基本观点。鉴于后者并未对其基本看法做重大修正,因此本文依然以前者的论证作为检讨的对象。参见[美]布莱恩·莱特:《阐释理论争议》,张超译,《法哲学与法社会学论丛》2012年卷,法律出版社2012年版。See Leiter, Brian, Theoretical Disagreements in Law: Another Look, in D. Plunkett, S. Shapiro, & K. Toh eds., *Ethical Norms, Legal Norms: New Essays in Metaethics and Jurisprudence*, Oxford University Press, 2016. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2830732>.

[3] 参见[英]约翰·加德纳:《法律实证主义:五个半误解》,雷磊译,《法哲学与法社会学论丛》2007年第2期,北京大学出版社2008年版,第225页。

[4] 参见[英]约翰·加德纳:《法律实证主义:五个半误解》,雷磊译,《法哲学与法社会学论丛》2007年第2期,北京大学出版社2008年版,第224页。

对判断一条规范的法律资格而言是不相关的。^[5]

那么,法律实证主义者是如何辩护该命题的呢?原则上说,合法性判准应当是从法律义务的性质中分析性地推导出来。早期的法律实证主义者通过“强制”界定法律义务。例如,在奥斯丁看来,法律义务就是主权者制定的,以强制为后盾的命令。当人们违反这种命令时,强制就会带来严重的不利后果。既然法律义务是一种以强制为后盾的命令,那么合法性判准自然是,有资格发布命令之人(主权者)在事实上发布了什么命令。这就为社会事实命题提供了一个简洁明了的辩护。

然而,哈特认为,奥斯丁的理论存在一个致命缺陷。将法律义务界定为以强制为后盾的命令,并不符合法律义务在实践中所扮演的角色,“有义务”和“被迫”存在本质的不同。简言之,义务的内容为我们提供了一个行动理由,当法律规定人们有义务纳税时,我们就有义务这么做,并且我们这么做的理由是“法律是这么规定的”。相对而言,以强制为后盾的命令,其内容并不提供人们如此行动的理由,人们之所以遵循该命令,是因为考虑到违反它可能带来的严重不利后果。当劫匪举枪要求受害者“交出钱包”时,我们交出钱包的理由,根本上而言不是“这是劫匪的要求”,而是“保全性命”,后者是由拒绝交钱可能招致丢掉性命这一严重不利后果所激发的审慎理由。法律是通过施加义务的方式,而不是胁迫的方式,指引人们的行动,因此奥斯丁的理论是失败的。^[6]

哈特主张,义务是和规则的概念关联在一起的,后者可以为人们提供行动理由。因此要说明前者,首先需要建立一种规则理论。为此,哈特提出了社会规则理论。社会规则的存在条件并不复杂,包括两个方面。

首先,从外在视角看,人们大体上采取了一致性的行动。但单纯的群体性习惯,同样

[5] 参见[英]约翰·加德纳:《法律实证主义:五个半误解》,雷磊译,《法哲学与法社会学论丛》2007年第2期,北京大学出版社2008年版,第224-225页。值得注意的是,一些学者主张,法律实证主义是一种关于法律“效力”的理论,而不是一种关于法律规范性的理论。按照这些学者的看法,法律的规范性问题是,法律为什么能够约束人们的行动,或者说,我们为什么有道德义务服从法律。但我认为这种说法有失严谨。我们说某个主张是有效的法律主张,就意味着这个主张在法律上是有约束力的。而在法律上的约束力或规范性,并不等于它构成了人们行动的一个真正的规范性理由。换言之,追问一个规范是否具有法律效力,就是在追问其是否具有法律上的规范性,而即便该规范具有法律规范性,也不必然意味着我们在道德上必须服从。是否服从是一个独立的道德议题,这是守法义务或政治义务要解决的问题。我们完全可以说,X是一个有效的法律主张,它在法律上对人们提出了规范性要求,但X过于邪恶,我们应当将它的要求置之不理。无论是德沃金的理论还是法律实证主义,它们都是关于法律规范性的理论。它们关心的是,在何种条件下,官员做出的决定能被视为一个真正的法律决定,对我们具有法律上的约束力。实证主义的回答是,当官员的决定可获得由某种社会成规或社会规划所识别出来的规则的辩护时,他的决定必然在法律上具有规范性;而德沃金的主张是,官员做出的决定必须获得整全性原则的辩护,才能被视为一个有效的法律决定,在法律上施加约束力,该原则不仅要求契合特定的法律实践,同时必须最佳地证立既有的法律实践。其中尤为值得注意的是,德沃金并不认为法律的规范性和守法义务是等同的。德沃金的意思是,当我们思考法律规范性的条件时,必然预设了守法义务的存在,即我们都是法律社群的内在成员。”翻译”成哈特式的主张就是,这种理论是从法律实践的内在参与者视角出发的,旨在说明对法律的内在参与者而言,究竟什么条件会导致一个主张成为一个真正的法律主张。在德沃金《身披法袍的正义》一书的前言中,更为清楚地将法律的规范性问题和守法义务问题加以严格区分。德沃金将一般性法理论划分为几个阶段,其中最后一个阶段为“裁判阶段”,在这个阶段中,法官应当决定,已经被诠释出来的法律是否真的值得服从,还是有其他外在于法律的、更重要的道德理由,要求我们偏离法律的要求去追求正义。这就是一个守法义务的问题了。可见,德沃金的整全法理论是和守法义务问题严格区分的,前者是关于法律效力,也就是法律规范性问题的说明。See Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, Harvard University Press, 2006, pp. 18-21.

[6] 参见[英]哈特著:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第78-81页。

会使得人们采取一致性的行动。例如某地居民周末喜欢看戏,这导致他们在周末往往去戏院,然而他们不会认为自己在遵循一项“周末应当去看戏”的规则,如果有人不去,也不会被视为一个错误。

其次,区分“遵循规则”和纯粹习惯的要点体现在社会规则存在的第二个方面,即从参与其中的行动者所持有的“内在观点”(the internal point of view)看,他们对这两类行动有不同的实践态度。对纯粹的习惯,人们并不会持有特定的实践态度,但对遵循规则的实践,人们则会对这种实践持有一种反思批判的态度,严肃地认为规则是正确行动标准,提供了自己如此行动的理由,而自己的行动则是对规则的遵循。这表现在,他们会在遵循规则的过程中使用“应当”、“必须”等规范性术语,并将在有人违反规则的时候,对其施加批评和谴责,而这种批评和谴责本身会被视为是正确的,故而不会遭到进一步的批评。由于外在的一致行为和人们在内在观点下所持有的态度,两者都是纯粹的社会事实,因此这种规则也就得名社会规则。^[7]

借助社会规则的概念,哈特就能说明法律义务这一特定类型的义务。法律义务同样来自于一种特定的社会规则,即承认规则,它是一种存在于法官之间的社会规则。^[8] 例如,在英国法官之间共享的承认规则,包含了“英国议会制定的规则就是法律规则”的要求。之所以承认规则是法官所分享的规则,是因为法官职位的特殊性。这个职位有资格以权威性的方式,最终宣布法律究竟要求了什么,并将相应的法律规则事实上用于解决分歧,引导人们的行动。这一点是和哈特将法律义务视为向人们提供理由的概念,而非纯粹表达某种强制的概念关联在一起的。由于承认规则是社会规则的一种,因此其存在和内容同样是由一个法体系内法官事实上的行动和反思批判态度所决定的,因此社会事实命题作为合法性判准的实证主义基本观点,也就得到了维护。^[9]

(二)来自理论争议的攻击

在之前的论述中可以看到,哈特的论证起点是法律义务在实践推理中的角色,它本身为人们的行动提供了理由,而非是由不履行它可能招致的不利后果激发人们的行动。因此,与义务相关的是可提供理由的规则而非强制。进而,承认规则为法官识别并执行法律规则提供了理由,因此其本身也成为合法性判准。那么,要攻击这个简洁的论证结构,就应当说明,在法官之间并不存在对其施加司法义务,要求其适用特定规则的承认规则。德

[7] 参见[英]哈特著:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第81-86页。

[8] 参见[英]哈特著:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第239-240页。

[9] 哈特后期将自己的社会规则理论限缩为一种社会成规理论,主张这种理论并非是一般性的规则理论,而仅能说明成规这一类规则。同时,他主张承认规则并不必然总是由事实决定,在某些法体系中,它可能包含道德原则。这引起了两个争论:(1)承认规则究竟是何种性质的成规;(2)承认规则是否有可能包含道德原则。第一个争论发生在实证主义内部,因此不影响本文的讨论。第二个争论与此处的讨论相关。然而,有趣的是,哈特后期的主张,似乎建立在对承认规则性质的误解上。他认为,很多国家的司法成规中,包含了承认诸如平等保护原则、正当程序原则等等道德原则,这表明承认规则中可能包含某些道德原则,只是这种包含必须建立在法官事实上予以承认这个事实基础上。但这反而说明了,作为根本合法性判准的承认规则,必须由纯粹的社会事实构成。道德原则不可能仅因为自己在内容上的合理性,而具有法律的资格。所以,德沃金直接将承认规则凝练成实质与社会事实命题完全一致的“谱系命题”,也就在情理之中。之后的实证主义者,也是为社会事实命题辩护。因此,下文中我依然坚持将社会事实命题置于法律实证主义的核心。

沃金从理论争议这个现象中发展出来的批评,就旨在证明上述这一点。

在分析这个批评之前,德沃金引入了一些概念以界定理论争议现象。他将关于法律允许、禁止或授权人们做什么的主张或陈述,称之为法律命题(proposition of law)。这类命题可真可假。决定特定命题为真的条件,则被称之为法律根据(grounds of law),如果一项法律命题有法律根据支持,则它就是一个真的法律命题。^[10]

围绕法律根据,可能存在两种不同类型的争议。首先,人们可能会对既有的官方决定究竟在字面上包含哪些内容发生争议,而我们可以通过经验性的方式解决这类争议,如检索法典内容等等。这类争议他称之为“经验争议”。其次,在经验争议之外,还存在另一种类型的争议。在这种争议中,人们对既定的官方决定包含哪些内容并无分歧,但他们对法律根据究竟是什么依然纷争不已。这类争议就是“理论争议”(theoretical disagreement)。^[11]

德沃金以埃尔默案为例,对这种争议提供了一种较为直观的说明。在这个案件中,埃尔默的祖父制定了一份遗嘱,确定埃尔默为自己的财产继承人。这份遗嘱符合《纽约遗嘱法》对遗嘱生效要件的规定,因此是一份合法有效的遗嘱。之后,埃尔默发现,其祖父有更改遗嘱的打算,遂将其谋杀,打算因此获得相应的遗产。埃尔默犯了谋杀罪并无争议,法官所争论的是,埃尔默是否依然享有遗嘱确定的继承权。显然,这些法官对该遗嘱符合《纽约继承法》并无分歧,也承认继承法并未明文规定必须剥夺谋杀犯的继承权,同时他们在根本上亦承认,身为法官应当依法裁判,而不是依照自己青睐的正义观念裁判,但他们依然发生了争议。^[12] 这种争议就是理论争议。这种争议显示出一个令哈特理论颇为尴尬的事实。《纽约继承法》这部由承认规则识别出来的法律,并未终局性地决定,法律提出了什么要求。那么,这至少使得我们合理怀疑,作为合法性判准的承认规则,是否真的存在。

值得提醒读者注意的是,埃尔默案显示出的争议和我们惯常遇到的法律争议之间存在细微但重要的差别。比方说,当宪法中规定“禁止立法规定残忍而异乎寻常的刑罚”,那么,围绕死刑是不是算“残忍而异乎寻常的刑罚”就会产生激烈争议。这类争议看上去也是在争论“法律在这个案件上究竟要求了什么”这个问题,然而这类争议是由社会事实识别出的规则过于抽象和模糊所导致的,因此争议的双方并不会对作为识别标准的社会事实本身发生争议。相反,正因为双方均认可法律完全由社会事实决定,才会认为有必要围绕宪法条款展开争论,而不是进行广泛的道德讨论。但埃尔默案并非如此。在该案中,《纽约继承法》的要求是清晰明确的:既然埃尔默祖父的遗嘱符合形式要件,那么这显然是一份合法有效的遗嘱。埃尔默固然要承担故意杀人所导致的刑事责任,但任何实在法都没有规定,在这种情况下,遗嘱将会被宣布无效。可见,实在法在本案中的主张是清晰的,即埃尔默依然有权继承其祖父的遗产。但此时法官依然对“法律要求了什么”发生争

[10] See Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, p. 4.

[11] See Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, p. 5.

[12] See Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, pp. 15 - 20.

议,这就意味着,由社会事实确定的规则,并没有终局性地决定“法律”要求了什么。那么,如果这种争议是真的,则社会事实命题就变得可疑起来。

德沃金认为,实证主义者为了维护自己的主张,只可能采取一种可被称之为“不真诚论证”的策略。这种策略主张,理论争议的各方尽管都号称自己是在依法裁判,但实际上有一些法官是不真诚的。他们借着争论“法律是什么”的旗号,主张“法律应该是什么”,并将后者塞入自己的判决意见之中。在埃尔默案中,那些主张埃尔默没有继承权的法官,实际上是在说“法律应当规定剥夺谋杀犯的继承权”,而承认其有继承权的法官,才是真正忠于法律的法官。然而,他认为这种意见太过糟糕。如果理论争议是因为其中一方的不真诚所导致,那么这种偷偷修改法律的勾当,早就应被人们拆穿。我们根本无法想象为何这种欺骗能大规模、长时间地存在于法律实践之中。^[13] 德沃金认为我们可以轻易排除这种明显荒唐的看法,而得出的唯一结论就是,理论争议的各方是真诚的,他们的确对“法律是什么”发生了分歧。这就意味着,在法官之间并不存在一项对法官施加司法义务,并因此作为合法性判准的承认规则。对法律的识别是以一种更复杂的方式实现的。

二 社会事实与规范性之间的张力

(一)含混的司法修辞?

面对德沃金的批评,布莱恩·莱特连续发表了两篇文章为法律实证主义的立场辩护。莱特的辩护采纳了德沃金认为不可行的“不真诚论证”。他承认在理论争议中,法官是在讨论“法律是什么”的掩盖下,讨论“法律应该是什么”。然而,他同时主张,出现理论争议的案件是极为个别的,并且在部分案件中,承认规则所识别的规则是否真的穷尽是很难精确判断的,因此法官很有可能在没有意识的情形下,将某些承认规则未曾包含的内容,主张为法律既有的内容。这并没有什么难以理解的。而在另一些案件中(包括埃尔默案),主审法官事实上清楚自己的观点并不能得到既有实在法的支持,但他们同时认为,自己作为大法官,有权利修正既有的实在法,使其趋近于某种正义观念。从美国司法系统的历史看,这种持有现实主义态度的法官并不在少数。因此,这些法官在将自己的道德观念加入法律时,并没有祈求自己这种“明修栈道,暗度陈仓”的做法不要被发现,相反这种做法已经成为法律实践的一个常态。因此,德沃金单纯依靠极个别案件中法官的某些说辞来否定实证主义和社会事实命题,就显得非常单薄。^[14]

此时似乎陷入一个僵局。法律实证主义理论尽管能说明绝大多数情况下的法律经验,但对理论争议的说明是令人生疑的。至少,它拒绝承认法官在这种争议中对自己的做法有充分的自觉,并且认为在这些案件中,法体系存在着系统性的错误和词不达意。而德

[13] See Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, pp. 37 - 38.

[14] 参见[美]布莱恩·莱特:《阐释理论争议》,张超译,《法哲学与法社会学论丛》2012年卷,法律出版社2012年版,第171-175页。

沃金的理论虽然对理论争议的情形有充分的考虑,但它对绝大多数情况下法律的运作并没有给予比实证主义更出色的说明。概言之,在绝大多数案件中,法官明显是在遵循既定的实在法裁判,纵然他们对这些法律的内容极为不满。实证主义能轻松地说明这些现象。而德沃金的理论则主张,法官在判案时总是要进行复杂的道德判断,这与多数法官的自我理解并不完全一致。在这种情况下,莱特认为应考虑某些理论美德,比方说理论的一致性、简洁性、保守性等等。相较而言,实证主义的理论更具有这些美德,而德沃金的理论则过于特殊化、复杂,且与我们对绝大多数情形下法律运作的常识并不完全契合。因此,加入了部分法律现实主义考虑的实证主义理论,是一种对法律实践更好的说明。^[15]

莱特的回应看上去强而有力,但却在论证上犯了“范畴错误”(category mistake)的哲学谬误。试想一个莱特式的法官在审理案件时,当事人追问道,为何用承认规则识别出来的规则来断案?法官回答,这是因为法律实证主义是一种优美的法理论。这显然非常荒唐。如果坚持哈特理论的出发点,即从法律义务扮演的实践角色来考虑构建法理论,那么决定何种法理论是妥当的唯一标准,只能是对法律义务的实践角色给予了充分说明。而既然哈特将法律义务视为一个提供行动理由的规范性概念,那么妥当的法理论只能是能够最佳说明法律义务规范性的理论,而非最简洁优美的理论。理论理由对一个规范性概念理论的成败来说,在范畴上是不相关的。

然而,莱特的回应并非一无是处,他意识到要说明理论争议的结构,就必须进一步深入到法律实践的深层事实之中,只是他所深入的是各种经验事实,而我们真正需要的是某些更为基本的规范性事实,给出一种规范性论证。这些事实和论证在哈特的理论中是存在的。

详言之,哈特通过调用人们生活的一些基本事实所构筑的实践困境,给出了我们引入并遵循承认规则的规范性理由。人的理性能力能够自发地形成一些小范围的社会合作。在这些社会合作中,只存在施加义务的初级规则。但随着社会复杂性的逐渐增加,单凭自发形成的初级规则,很难再维持社会合作。此时,我们就需要引入包括承认规则在内的一系列次级规则,其中承认规则旨在解决人们对哪些义务具有法律上的约束力这一问题的分歧。^[16]

因此,对一个哈特式的法官而言,面对当事人之前的追问,他会主张,因为承认规则确定了一个具体的法体系,从而使得社会生活得以稳定进行,各种社会理想得以有序实现,因此它对我们有高度的道德重要性,这给予我们理由遵循承认规则及其所确定的法体系。相较于之前莱特式的法官所给出的理论理由,哈特式法官给出的是一个在范畴上正确的规范性论证。

一旦用这个论证替换掉莱特诉诸理论美德的论证,莱特的回应就显得更有道理。无论在经验中理论争议现象是否广泛分布,也无论法官是否真心表达了自己所要主张的内

[15] 参见[美]布莱恩·莱特:《阐释理论争议》,张超译,《法哲学与法社会学论丛》2012年卷,法律出版社2012年版,第177页。

[16] 参见[英]哈特著:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第89-90页。

容,法律实证主义作为一种概念理论,并不会受到某些特定经验事实的影响。相反,概念理论确定了对法律的正确理解,从而提供了理解经验现象的基准。^[17] 在理论争议中,那些拒绝承认并适用由承认规则识别出来之规则的法官,就在客观上犯了一个错误,偏离了依法裁判的职责。

当然,这一结论可以变得更为温和。对某些特定的法律实践而言,其中的法律人形成了特定的“游戏规则”。他们借助争论“法律是什么”,的确将某些外在于法律的道德原则,混杂在自己的论证之中。这种做法不仅对他们,而且对民众都是可理解的。在这种情况下,概念上的真理使得我们意识到,对最终得出一个判决而言,真正发挥作用的不仅有实在法,而且有道德原则。或许这个法体系下的民众依然会默认这种混杂实践的存在,但至少从一个更抽离的哲学层面,我们搞清楚了在那个法律实践之中究竟发生了什么。^[18]

(二) 规范性与价值

然而,如果法律实证主义的成功取决于规范性论证,而非与经验事实相契合,那么这将使其落入德沃金的火力范围。理论争议固然只是一种现象,但德沃金将其从诸多争议中提炼出来,背后就是他对规范性概念的深入考虑。哈特主张,承认规则的出现是为了解决分歧环境下的合作问题。由于承认规则的存在和内容完全是由社会事实决定,因此人们可以排除有争议的道德原则,确认法律要求自己在公共生活中如何行动。哈特后期将法律提供的理由称之为“独立于内容”的行动理由,就是指法律所提供的理由是由承认规则所确定的来源决定的,而非法律内容的合理性。当我们注意到一项规则是由承认规则所识别的之后,这个事实本身就提供了我们在法律上如此行动的理由,无论该项规则的内容是否合理。然而,德沃金注意到,规范性这个概念总是和价值事实关联在一起,后者提供了规范性的来源,担保了这个概念的可理解性。而要判断一个事实是否具有价值,必须诉诸实质的实践推理。^[19] 因此,主张存在一种“独立于内容”的理由,就会令此处理由概念所具有的规范性变得难以理解。一个理性行动者无论如何都不可能在不顾及规则内容的情况下,将规则本身作为自己的行动理由。换言之,如果一项由承认规则识别的规范在内容上极为邪恶,那么主张这项规范同样会在法律上给出人们行动理由,扮演哈特笔下法律义务在人们实践推理中的角色,这是难以想象的。

上述事实正是德沃金尝试通过理论争议展示的。在埃尔默案中,那些倾向于否定埃尔默祖父遗嘱有效性的法官,并非不承认使其遗嘱有效的《纽约继承法》是由承认规则确定的有效实在法,他们注意到的是,如果在这个案件中适用该法,将导致法律规则提供的行动指引与某些根本的客观价值发生根本的背离,从而丧失指引他人行动的规范性地位。相反,那些坚持遵循《纽约继承法》的法官则很难说清楚,为何明知适用该法将出现明显

[17] 比克斯对概念主张的性质和作用,给出了一个较为简明的说明。参见[美]布莱恩·比克斯著:《法理学:理论与语境》,邱昭继译,法律出版社2008年版,第10-34页。

[18] 查尔斯·雅布隆对这种观点给出了一种具体的论证。参见查尔斯·雅布隆:《法官是说谎者吗?——对德沃金《法律帝国》的维特根斯坦式批评》,陈林林、刘诚译,《法制与社会发展》2005年第5期。

[19] See Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011, pp. 166-170.

与重要道德价值相冲突的结果,还有理由坚持这是作为规范性实践的法律所要求的。一种回答是,这将维持分歧环境下社会合作的稳定性和可预见性。但这是一个缺乏说服力的答案,因为即使在该案中将这部实在法置之不理,也不会导致社会合作的瓦解。人们会清楚这样做是为了避免导致糟糕的道德后果,而非随意将实在法置之不理,实在法在多数情况下依然是我们需要尊重的,即使我们不喜欢它们的某些规定。可见,理论争议的真正力量在于,它展示出在这种情境下,哈特坚持能够向人们提供行动理由的法律,与纯粹由社会事实决定的承认规则之间,存在严重的紧张关系。

德沃金主张,哈特之所以会认为,将法律界定为一种规范性实践,与纯粹由社会事实决定的承认规则并无矛盾之处,是因为哈特将法律的规范性视为一种独立的规范性领域,和道德领域的规范性属性完全不同。^[20] 在后者中,任何人的观点都不能终局性地决定道德在客观上要求什么;在前者中,法官事实上采取的观点和立场,则终局性地决定了法律客观上要求什么。这是因为,哈特认为,法体系的基础是承认规则,而这种规则是法官所共享的社会规则。一项社会规则存在的条件有二:(1)从外在观点看,人们存在某种一致性的行动。(2)从参与者的内在观点看,这是一种“遵循规则”的行动。他们会在行动中,使用“应当”、“必须”的规范性概念,并且当某些人偏离规则的时候,他们会援引规则对其加以批评,而这种批评被普遍认为是正当的,不会招致进一步的批评。作为社会规则的承认规则,确定了哪些规则具有法律的资格,法官在裁判时应当予以适用。例如,《中华人民共和国民法通则》之所以被视为有约束力的法律,只因为中国法体系中的承认规则规定,“凡是全国人大制定的规则,都是法律规则,都具有法律规范性”。而之所以承认规则是法官共享的社会规则,是因为法官一方面能够最终确定法律要求了什么,另一方面能确保法律具有实效,实际用于解决社会纠纷,指引人们的行动。如果我们承认,法律存在就意味着“人们的行动不再是任意的,而是义务性的”,那么法官以承认规则的内在参与者的态度,事实上遵循承认规则,就是实现这一点的必要条件,而普通人持有何种态度,则与法律的存在并不相关。因此,法官的观点和实践,就终局性地决定了法律要求了什么。

然而,上述论证的问题是,其中预设了一个错误的元伦理学立场。按照上述论证,社会规则之所以对人们具有规范性,是因为人们在内在观点中,表达了一种反思批判的态度,即在认知层面,认识到某个行动是遵循规则的行动,并且在意愿层面,表达了承认或支持的态度。但在反思层面,当人们表达了某种态度时,我们总能合理地追问,这种态度是否是合理的。这是因为,休谟原则已经明确指出,不可能从任何非规范性的事实中,直接推导出任何规范性的结论。在“人们实际上对此事持有何种态度”这一经验性事实与“这件事是否在客观上是合理的”这一规范性问题之间,并不存在任何直接的推导关系。即便全世界所有人都对酷刑持有一种赞许的态度,也并不等于酷刑这件事本身就变得合理。一旦将规范性等同于人们实际持有的某种态度,那么规范性就消失了。

如果哈特的元伦理学立场失败了,那么相应的推论也就失败了。既然哈特已经成功

[20] See Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011, pp. 400 - 405.

证明,法律并非如命令理论所言,是通过激发人们已有的审慎理由指引行动,而是通过自身成为人们的行动理由指引行动,那么法官在事实上对法体系持有的态度,同样不足以对行动者给出真正的行动理由。行动者不会因为法官对法体系的支持态度,就将其所发布的指令视为“独立于内容的”行动理由。这样做对他而言是完全不可理解的。如果上述推理大致不错,就意味着判断法律要求了什么的标准不可能是纯粹的社会事实,而必然涉及实质道德论证,以维持法律和深层价值之间的关联,确保法律提出的规范性要求是可理解的。

三 社会事实与服务性权威观:一种分类学的辩护

(一) 服务性权威观:排除道德争议

法律实证主义要想维持社会事实命题,就必须在承认规范性和深层价值存在内在关联的前提下,给出一种解决方案,这样才可能全面回应德沃金的批评。其中一个强有力的方案,是拉兹提出的基于服务性权威观的论证。拉兹的论证继承了哈特理论简洁明了的美德,他用三个命题刻画了服务性权威观:

(1) 依赖性命题(The Dependence Thesis):所有的权威性指令都应该以那些适用于其受众的理由为基础(当然也依赖其他的因素),这些理由与指令所指向的具体情境有关。我们称这些理由为依赖性理由。

(2) 通常证立命题(The Normal Justification Thesis):一个人被认定为对他人拥有权威最通常、最主要的方式是,假如该权威的受众认可该权威性指令具有约束力,并试图去遵循该指令,而不是遵循那些直接适用于他的理由,那么,该受众就是遵循了对他来说更为充分的行动理由(而不是只遵循了该权威性指令)。

(3) 优先性命题(The Preemption Thesis):“权威要求履行某种行为”这一事实本身就构成了实施这种行为的一个理由,在估量如何去行动的时候,这个理由不是附加到相关理由之后的,而是用来替代那些理由的。^[21]

上述三个命题中,前两者刻画了权威的服务观念。这种观念是将权威视为行动者和适用于其的正确理由之间的中介。如果权威成功扮演了这种中介角色,第三个命题则表达出权威性指令在实践推理中的地位,即成为一个有能力排除其他相反行动理由,直接影响人们行动的义务性要求。^[22]

这种权威观在日常生活中并不鲜见。例如,A 和 B 对双方之间签订的合同条款存在分歧,此时他们决定引入一个仲裁者。仲裁者所考虑的内容,就是这份合同以及相关的事实,这和 A 与 B 独立考虑该争议时所要权衡的事实是一致的,仲裁者并没有加入任何外

[21] 参见[英]约瑟夫·拉兹:《权威、法律和道德》,刘叶深译,《法哲学与法社会学论丛》2007年第2期,北京大学出版社2008年版,第48-49页。

[22] 参见[英]约瑟夫·拉兹:《权威、法律和道德》,刘叶深译,《法哲学与法社会学论丛》2007年第2期,北京大学出版社2008年版,第49页。

在于该争议的新理由。这些事实就是依赖性理由。如果仲裁者成功地对这些事实进行了权衡,那么 A 和 B 就应当将仲裁结果视为纠纷的终局裁决,直接予以执行,而不是将它添加在依赖性理由的行列之中,自己再做权衡。

拉兹主张,上述权威观可以用来为法律权威提供正当化说明。在现代社会中,人们在诸多实质道德议题上存在广泛的合理分歧,这导致很难建立起一个稳定的社会合作框架。即便存在一个合作框架,人们也总是有理由偏离这个特定框架,按照自己认为正确的方式行动。这就使得每个人陷入了类似囚徒困境的实践难题中,即我们每个人都有合理的理由怀疑,他人将会偏离合作框架,那么如果我还继续遵循既定的框架,将会成为境况最糟的人。这样,基于我自己对理由的权衡,似乎最佳的方案是偏离合作框架,做一个搭便车者。然而,这将导致整个社会合作不复存在,每个人的境况都将变糟。

换言之,在这种局面下,单纯依靠行动者个人的权衡,并不能获得正确的行动理由。解决囚徒困境的方案就是引入法律这种政治权威。它将给予每个公民明确的行动指引,并防止出现搭便车的现象。这样,法律就确保了行动者和适用于他们的最佳行动理由保持一致,满足了通常证立命题的要求,我们因此就有理由将法律的指令视为义务性要求。法律解决的问题是一个由道德分歧导致的合作难题,因此法律满足通常证立命题的方式,并不是去说明法律官员在道德上有更高的情操,而是去说明这些官员处在一个更能做出正确判断的位置上。他们有更充分的信息,更多的社会管理手段等等。这就使其有能力发出全局性的指令,解决囚徒困境。^[23]

如果上述推理大致不错,那么将会推导出支持社会事实命题的结论。既然法律的指令旨在解决由道德分歧导致的合作难题,那么它就应当排除人们对相关道德理由的权衡,直接成为最终的行动理由。这样,对法律的识别,自然就不能掺入任何实质的道德原则,只能诉诸纯粹的社会事实了。相较于哈特仅在规则层面说明社会事实命题,拉兹诉诸客观理由以及相应的实践推理结构,这就避免了哈特理论中的弊病。按照拉兹的理论,通过社会事实识别法律,不仅没有切断法律和价值与理由之间的深层联系,相反这样做是深层理由所支持的。只有这样,我们才能最佳地和正确行动理由的要求保持一致。德沃金诉诸理论争议的批评,似乎就被瓦解了。

(二)“具体的”规范性与“抽象的”的分类学

然而,如果再次仔细考察理论争议,就会发现德沃金对拉兹的理论并非毫无还手之力。无论是在《法律帝国》的几个案例中,还是在《法袍正义》虚构的“索伦森案”中,德沃金都尝试通过具体的案件,逼问实证主义法律要求我们如何行动,从而发起对实证主义的批评,而非从某个高度抽象的规范性概念开始论证。这种策略显示出德沃金对规范性概念有特定的理解。当我们说某些事实对我们而言具有规范性,就意味着它能对我们的行动施加实际的约束和指引。这种指引必然要落实到具体情境下应当如何行动的问题上。从深层次上说,规范性作为价值事实具有的客观性质,并不是一种自然属性或者社会共

[23] See Joseph Raz, “The Problems of Authority: Revisiting the Service Conception”, in his *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press, 2009, pp. 153 – 154.

识,而是在人们具体的实践推理中发挥作用的性质。

因此,如果坚持将法律的规范性现象作为法理论首要应予以说明的对象,那么就必须说明,应该如何在每个具体情境下判断法律要求了什么,而不是停留在一个相对抽象而无法回应实践关切的层次上。^[24] 这种对规范性概念的一般理解,也为拉兹所共享。拉兹在构造其“价值的实践理论”时同样指出,抽象的价值必须通过某些具体的实践形式,才能确定具体的规范性要求,从而指引人们的行动。如果不能具体化,这些价值就不能提供规范性的指引。^[25]

虽然拉兹在规范性的一般概念上承认这种“具体化”的理解,但在他的法理论中,这种具体化并没有贯彻到底。在服务性权威观中,权威性指令究竟在多大范围内享有排除其他理由的优先地位,他并没有给出回答,只是主张需要在具体情境中判断。因此,一个接受拉兹理论的法官在面对埃尔默案时,即便调用事实性的承认规则识别出《纽约继承法》中关于遗嘱生效要件的规定,他依然还要问,这些规定是否在这个案件中具有优先地位,从而支持埃尔默享有继承权? 在这种疑难案件中,拉兹主张,法官应调用自由裁量权作出判断,但这就陷入了德沃金的批评,后者指出,那种认为在运用自由裁量权确定法律根据时,法官会将“类比、技艺、政治智慧与对自己角色的看法,在直观的判决中融为一体”的看法,太没有组织性,也太神秘化。^[26]

事实上,拉兹并非没有考虑到上述问题,只是他认为这些问题在一般层面上无法回答,必须在特定的环境下才能给出特定的回答。^[27] 但这个说法显然不那么令人满意。如果不能在一般层面上确定法官正确思考法律要求了什么的方式和原则,那么即便是在具体的环境中,法官的判断依然是盲目和随意的。这将会使得法律是一种规范性实践的主张再次变得无法理解,法律成了法官专断的代名词。法律和纯粹意志之间的区分消失了,前者实际上就成了某种纯粹的强制,实证主义试图说明法律和道德与强制在概念上之区别的理论目标,也就失败了。

德沃金主张,当拉兹从将法律的规范性强硬地界定为“独立于内容”的理由的哈特式立场后撤到只是在部分范围内排除其他理由的立场时,拉兹就已经不再为法律命题为真的条件做充分的说明了。法官通过承认规则识别出法律规则之后,还需自行判断这一规则在特定案件中究竟能排除多大范围的其他理由。

拉兹承认,这必然要诉诸实质的道德判断,但这些道德条件被视为非法律的条件。因此,对他而言,使得一个法律命题为真的各种条件中,只有部分能贴上“法律”的标签。这就使得他的理论变成了一种分类学理论。糟糕的是,拉兹自己也承认,在司法裁判中,这

[24] 德沃金是通过讨论不同的概念类型,对上述主张加以说明的。他将指涉某种自然属性的概念称之为自然种属概念,而将指涉某种社会共识的概念称之为社会判断性概念。这两种概念类型都不是对规范性概念的妥当说明。See Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011, pp. 158 - 170.

[25] See Joseph Raz, *The Practice of Value*, Oxford University Press, 2003, p. 19, 27.

[26] 参见范立波:《作为诠释事业的法律:德沃金〈法律帝国〉的批判性导读》,《法哲学与法社会学论丛》2014 年卷,法律出版社 2015 年版,第 278 页。

[27] See Joseph Raz, “Why Interpret?”, in his *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press, 2009, pp. 234 - 235.

种分类几乎是不可能的。司法裁判中,不可能明确划分出一个阶段识别法律,另一个阶段则就特定法律规则的排除范围进行实质推理,法律理由和道德理由始终交织在一起。^[28]因此,这种分类学所辩护的社会事实命题,对我们最终确定法律要求什么,并无太大的帮助。那么,拉兹就必须回答,这种理论在何种意义上可被视为关于法律规范性现象的妥当理论?

拉兹的回答是,这种理论可以促进我们对自身的理解。简言之,法律是一种独特的社会文化现象,在某种意义上类似于宗教、文学等等。一种宗教理论,可能并不旨在回答神要求我们如何行动,它只是深入地描述这种现象,揭示出人的基本属性中可能包含对神圣权威的崇拜这一事实。这就促进了我们对自身的理解。拉兹认为,作为分类学的一般性法理论,就是在这个意义上促进了自我理解。^[29]当然,每个时代人们对自我理解的角度有不同的侧重,导致每个时代的法理论都有自己的风格。在某个时期,人们可能会对法律的强制性一面有格外的兴趣,那么强制理论可能就变得引人注目。然而,尽管有可能发展出一种足够复杂的强制理论,解决诸如授权性规范等等既有强制理论的缺陷,但随着人们自我理解焦点的转移,强制理论就逐渐淡出了。现在人们可能更关心从实践推理的角度思考法律的结构,拉兹本人的理论就是从这个角度理解法律的。^[30]

德沃金认为,上述回答错失焦点。对我们而言,“发明”法律这个概念并不是像文学或宗教那样,为了以特定的形式呈现某种自我理解。法律就是一个实践性的概念,它界定了人们在特定领域内应该如何行动,因此对法律概念的充分分析,就是要给出界定法律要求了什么的正确思考方式和原则。

支持分类学理论的学者会主张,上述说法忽视了法律的独特性。法律具有一套体系性的建制,这是其他规范性概念所不具有的。这套体系性建制的存在,使得那种旨在促进自我理解的分类型理论有了理论空间。^[31]因此,无论是将法律构想成一种社会成规,还是共享合作规划,这些说明性的分类学理论的确促进了我们对法律的理解,也促进了我们对人们如何合作行动的自我理解。

然而,这种辩护依然错失焦点。德沃金并非否认描述性的分类学理论是错误的,或者是根本没有意义的。他承认我们需要一个妥当的分类学理论作为论证的出发点,但不能仅停留在抽象的分类上,还必须进一步深入到具体的、有争议的情形中去,确定法律要求了什么。这才是对法律规范性的充分理解。^[32]应当承认,尽管从德沃金的理论逻辑上看,这种理论不仅不排斥,相反还需要一个稳固的分类学理论为基础,但德沃金本人似乎

[28] See Joseph Raz, “Incorporation by Law”, in his *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press, 2009, pp. 198 - 199.

[29] See Joseph Raz, “Can There be a Theory of Law”, in his *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press, 2009, p. 31.

[30] See Joseph Raz, “Two View of the Nature of the Theory of Law”, in his *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press, 2009, pp. 57 - 58.

[31] See Joseph Raz, “The Problem about the Nature of Law”, in his *Ethics in Public Domain*, Oxford University Press, 1994, pp. 203 - 208.

[32] 德沃金强调,自己的理论对手是教义性实证主义,而非分类学实证主义。See Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, Harvard University Press, 2006, p. 234.

始终对法律的分类学说明并不热衷,仅仅是含混地将法律和证立官方强制关联在一起,作为对法律的抽象概念共识。^[33] 这种说法招致了很多误解和批评。鉴于本文的目的,我并不打算在这里处理这些争议。此处应指出的是,尽管德沃金的实质理论的确存在缺陷,但他的法哲学基本路线和纲领是正确的,只是需要一个更精致化的版本而已。这恰恰是值得进一步努力的方向。

分析至此,应该可以得出结论,如果承认规范性是一个具体的概念,即有能力指引人们行动的、具有规范性的事实。那么,对这些事实的说明必须予以具体化,它们才是可理解的。这样,实证主义对社会事实命题予以维护的努力,在根本上就是失败的。理论争议显示出具体实践的错综复杂,这是既有的实证主义理论借助社会事实命题所无力应对的。

余 论

在某种意义上,本文可被视为一篇为德沃金法哲学基本纲领进行辩护的文章。它说明了,如果认可哈特将法律的规范性现象作为法理论需要说明的首要对象,那么实证主义的社会事实命题就很难得到维护。然而,非常有趣的是,德沃金始终坚持,自己所持有的非实证主义理论,才是哈特精神的真正继承者。^[34] 只是因为哈特对规范性概念的性质存在误判,才导致其支持了社会事实命题。如果纠正这个错误,导向德沃金的法理学路线,就是水到渠成之事。相反,真正背离哈特精神的,反而是那些从分类学角度维护社会事实命题的学者。他们在根本上放弃了对法律规范性现象的充分说明,只满足于在不同的分类标准上争论不休。这导致越来越多的理论家认为,一般性法理学层面的争论无非是一些词语之争,对实践并无直接影响。这进一步导致一般性法理学的讨论日渐萎缩。大卫·伊诺克就公开表示,在抽象层面讨论的一般性法理学已经变得相当乏味。^[35]

值得注意的是,近来一些实证主义者也注意到德沃金批评的深层力量。夏皮罗在《合法性》中承认,法理论应当对法律要求了什么这一问题给出具体的回答,并尝试在与德沃金共享该前提的情况下,为法律实证主义提出一种辩护。^[36] 这种辩护是否是成功的,我已经在另一篇文章中予以检讨。^[37] 重要的是,实证主义逐渐开始分享与德沃金同样的理论出发点和成功理论的标准,而在这背后是三十多年的争论,使得人们对规范性本身的理解逐渐深入,积累出了新的理论共识。尽管德沃金在《法袍正义》中哀叹,“大量的

[33] See Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, p. 110.

[34] See Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, Harvard University Press, 2006, p. 233, n. 15.

[35] See Enoch, David, Is General Jurisprudence Interesting? (May 1, 2015). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2601537> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2601537>.

[36] See Scott J. Shapiro, *Legality*, Harvard University Press, 2011, pp. 22 - 25.

[37] 参见沈宏彬:《成规、规划与法律的规范性》,《法制与社会发展》2016年第5期。

时间已经浪费掉了”，但至少姗姗来迟的共识还是出现了。^[38]或许可以期待，借助一种价值蕴含意义的规范性概念，法律可以和道德、伦理一道，被安置在一个完整的实践哲学框架之中，为每个具体而又真正重要的规范性问题提供正确的思考程序和原则。

[**Abstract**] Modern legal positivism claims that legal normativity is the primary issue of jurisprudential discussion. Meanwhile, it insists that, under legal normativity, the criteria of legality are social facts and only social facts. That is the social facts thesis. However, seeing the law as a normative practice suggests that, under the rule of law, the law should have the ability to guide human actions. And to support this supposition, legal positivism needs to deal with two questions. On the one hand, it needs to explain how the law is linked to values held by individuals or society; on the other hand, it needs to provide arguments on how the law guides each individual action under each specific condition. Dworkin's theoretical disagreement shows that legal positivism cannot ensure that legal norms as defined by social facts are always able to maintain the necessary link with values held by society in complicated legal practice. To avoid falling into this controversy, legal positivism can explain legal normativity only at the abstract or general level, which in turn could make the discussion of legal normativity sound rather thin. Thus, it seems that legal positivism cannot defend its social facts thesis. A theory of law can complete its mission only within the framework of practical philosophy.

(责任编辑:田 夫)

[38] See Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, Harvard University Press, 2006, p. 234.