



《北大法律评论》(2019)
第 20 卷·第 1 辑·页 293—321
Peking University Law Review
Vol. 20, No. 1, 2019, pp. 293—321

法律的性质^{*}

〔美〕安德瑞·马默 〔英〕亚历山大·萨奇^{**} 著
张民全^{***} 译

The Nature of Law

Andrei Marmor and Alexander Sarch

Translated by Zhang Minquan

内容摘要：一般法理学试图探究法律的普遍性质，这种研究包括两方面内容：一是阐明法律有效性的条件，二是说明法律的规范性。对于前者，法律实证主义者、自然法学者和德沃金分别给出了不同的观点；而关于后者，则经历了早期实证主义者的“强制论”、哈特的“理由给予”学说和拉兹的权威理论。此外，关于一般法理学自身的性质，也产生了许多争论，此即“法理学的方法论”问题。该问题涉及两方面争论：一是法律理论的目标何在？对此，存在着概念分析观点、探究法律本身、元规范性探究观点、规定性观点和法律实践的建构性解释五

* 本文是作者安德瑞·马默教授(Andrei Marmor)和亚历山大·萨奇博士(Alexander Sarch)为《斯坦福哲学百科全书》(*The Stanford Encyclopedia of Philosophy*)撰写的“The Nature of Law”词条，原文请参见 <https://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/lawphil-nature/> (最后访问日期:2020年3月7日)。本译文已获得作者授权。

** 安德瑞·马默，康奈尔大学 Jacob Gould Schurman 哲学与法学教授。亚历山大·萨奇博士，萨里大学法哲学讲师。

*** 张民全，中国政法大学“2011 计划”国家司法文明协同创新中心博士研究生。

种观点。二是法律理论是否内在的评价是性的？对此，形成了源自法律功能的论证、源自内在观点的论证和源自解释的论证三种观点。

关键词：一般法理学 法律的有效性 法律的规范性 法理学方法论

律师对这个问题特别(typically)感兴趣：对于某个特定的争议点，法律规定了什么(What is *the law*)？这经常是一个地方性问题，其答案会因这个问题被提问时所处法域的不同而不同。相反，法哲学则对这个一般性问题感兴趣：法律是什么(What is Law)？这个关于法律性质的一般性问题预设了法律是一种独特的社会—政治现象，有着或多或少的普遍特征，这些特征可以通过哲学分析予以辨明。对法律性质的这一哲学探究被称作一般法理学(general jurisprudence)，它意在成为普遍性的。它假定，法律拥有某些特征，而且是因其作为法律所具有之性质或要素而拥有这些特征的，无论法律存在于何时何地。然而，即便存在这些普遍的法律特征——这是有争议的，正如我们后面会讨论到的——我们依然需要说明为何会对阐明这些特征产生哲学上的兴趣。首先，对于理解这样一种复杂的社会现象，我们有着纯粹智力上的兴趣，毕竟这种现象是人类文化最难理解的方面之一。然而其次，法律也是一种规范性的社会实践：它旨在指导人类行为，为行动提供理由。尝试对法律的这一规范性、理由给予性(reason-giving)面向加以说明，是一般法理学需面对的一个主要挑战。对法律性质感兴趣的上述两个来源是紧密关联的。法律并非我们文化中唯一的规范性领域；道德、宗教、社会成规(social convention)、礼仪等也以许多类似法律的方式指导着人类行动。因此，对于法律性质的理解便包含这样一些部分：说明法律如何区别于这些类似的规范性领域，法律与这些规范性领域如何相互作用，以及对法律的理解是否依赖于其他规范性领域，例如道德或社会成规。

当代法律理论以下述方式区分了对于法律性质的这两种主要兴趣：首先，我们需要理解使得任何特定的规范具有法律有效性的一般条件。例如，它是否只是一个关于该规范之来源的问题，比如该规范是由某个特定的政治机构制定的？抑或，它也是一个关于该规范之内容的问题？这是一个关于法律有效性条件的一般性问题。其次，便是对法律的规范性面向的兴趣。这一哲学兴趣是双重的：一个完整的、关于法律规范性的哲学理论，既包含一项说明性任务也包含一项证立性任务。说明性任务包括尝试说明法律规范如何为行动提供理由，以及究竟是什么类型的理由牵涉其中。证立性任务关心的问题是，从道德上说或全盘考虑之下，人们是否应当遵守法律的要求。换言之，它试图说明法律的道德正当性(legitimacy)和受众(subject)遵守法律的理由。与对法律的批判理论不同，关于法律性质的理论集中于这两个问题中的前者。它旨在说明法律的规

范性实际上存在于何处。然而,当代某些法哲学家怀疑,法律规范性的这两个方面能否被分割开来。(我们会在后面再回到这个问题。)

因此,阐明法律有效性的条件和说明法律的规范性,便构成所有关于法律性质的一般性理论的两个主题。在第一部分,我们会说明关于这两个主题的某些主要争论。在第二部分,我们会讨论关于一般法理学之性质的某些方法论争论。在过去的几个世纪中,关于合法性(legality)的性质出现了两个主要的、相互对抗的哲学传统。年代更为久远的那个可以追溯至中世纪晚期的基督教学统,被称为自然法传统。自19世纪早期开始,自然法理论遭到了法律实证主义传统的激烈挑战,后者由杰里米·边沁(Jeremy Bentham)和约翰·奥斯丁(John Austin)等学者宣扬开来。而法律实证主义的哲学起源要早得多,可能源于托马斯·霍布斯(Thomas Hobbes)的政治哲学。这两个传统之间的主要争议集中于法律有效性的条件。大体上讲,法律实证主义主张而自然法否认法律有效性的条件纯粹是一个社会事实问题。与实证主义相反,自然法主张,法律有效性的条件并未被社会事实穷尽;特定规范的道德内容也与其法律有效性相关。正如通常归于圣·奥古斯丁(Saint Augustine)的那个著名格言所言:不义之法不是法(*lex iniusta non est lex*)。^[1]

一、一般法理学

(一) 法律有效性的条件

法律实证主义的主要观点是,法律有效性的条件是由社会事实决定的;它包含两个分离的主张,分别称为社会命题(The Social Thesis)和分离命题(The Separation Thesis)。社会命题主张,法律是一种社会现象,而法律有效性的条件由社会性事实,即非规范性(non-normative)事实构成。早期的法律实证主义者遵循了霍布斯的观点,即法律在本质上是政治主权者的一种工具,而且他们坚称,法律有效性的基础性来源存在于构成政治主权者的那些事实之中。他们认为,法律主要是主权者的命令。后来的法律实证主义者已经修正了这一观点,他们坚信,是社会规则而非关于主权者的事实构成了法律的根据(ground)。当代的大多数法律实证主义者都共享这一观点:存在承认规则,即这样一些社会规则或成规,它们确定了那些创设、修改和废止法律标准的特定事实或事件。这些事实(例如一项立法活动或一项司法裁判)便是每个现代法律体系都会成规性地予以承认的法律来源(the sources of law)。理解法律实证主义者这一

[1] Augustine, *De Libero Arbitrio*, On Free Choice of the Will, translated by Thomas Williams, Indianapolis: Hackett Publishing, 1995, I, 5. see also, St. Thomas Aquinas, *Summa Theologica* (available online in English translation: <http://www.newadvent.org/summa/>), I-II, Q. 96, Art. 4.

观点的方式是,将该观点视作某种形式的还原论:法律实证主义本质上在主张,法律的有效性可被还原为某种非规范类型的事实,也就是关于人们行动、信念和态度的事实。

自然法学者否认这种观点并坚称,一项特定的规范只有通过了某个特定的道德门槛,才能成为在法律上有效的规范。为了成为法律,实在法必须首先在内容上符合自然法的某些基本规诫,即普遍性道德(universal morality)。换言之,自然法学者主张,规范的道德内容或优点,而不仅仅是其社会来源,也构成法律有效性的条件的一部分。在此,可以将此立场视为关于法律的某种非还原论概念观(conception),它主张法律的有效性不能还原为非规范性事实。^{〔2〕}

分离命题是社会命题一个重要的否定性推断,它主张在法律与道德之间,即在“法律是什么”与“法律应当是什么”之间存在概念上的分离。然而,分离命题经常被过分强调。在有些时候人们会认为,自然法主张而法律实证主义否认“法律必然在道德上是善的”或者“法律必须具有某种最低限度的道德内容”。社会命题当然不意味着“法律中存在某些必然为善的东西”这一推论是错的。法律实证主义可以接受这种主张:法律因其自身性质或其在社会中的必要功能而成为某种善的东西,值得我们在道德上赞赏。法律实证主义也不必被迫承认这一看似合理的主张:只要有法律存在的地方,便需要有大量与道德相符合的指令。在法律的实际内容和道德之间,可能存在,或许必然存在大量的重叠之处。再次强调,恰当理解的分离命题仅仅关涉(concern)法律有效性的条件。它主张,法律有效性的条件不依赖于相关规范所具有的道德优点。“法律是什么”不能依赖于在相关情境下“法律应当是什么”。

当代许多法律实证主义者不会同意分离命题的这一构想。当代一个被称作包容性法律实证主义(inclusive legal positivism)的思想流派赞成社会命题,即法律有效性的基本条件源自社会事实,例如碰巧通行于某个给定共同体之中的社会规则或成规。但是,包容性法律实证主义者坚称,法律的有效性有时是一个关于规范的道德内容的问题,依赖于恰巧通行于某个给定共同体的特定成规。社会成规是我们识别法律的基础,它可能但不必然包含着将道德内容作为合法性的条件予以参照。^{〔3〕}

自然法传统在20世纪被大大地精致化,这主要是因为其传统的、通俗的版本面临着对其核心观点的明显反对:要坚持“在道德上恶的法律不是法律”这一观点,本身就非常困难。“为了能够被视作法律,法律就必须通过某种道德过滤”,这种观点在大多数法学家看来是与我们所了解的法律世界相矛盾的。因

〔2〕 参见论述“自然法理论”的词条, <https://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories/>。

〔3〕 例如可参见, Wil Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, 1994.

此,当代自然法学者已经为自然法的主要原则提供了不同的、更为精细的解释。例如,约翰·菲尼斯(John Finnis)并未将(托马斯主义版本的)自然法视作对实在法之法律有效性的限制,而是主要将其视为对(最为完满或最高级别意义上的)法律理念的阐明,聚焦于法律以何种方式必然促进共同善。^{〔4〕}然而正如前面提到的,我们并不清楚,这样一种认为法律必然具有道德内容的观点是否与法律实证主义的主要原则相抵触。如果说这里存在争议的话,那也是一个形而上学的争议:对于法律来说什么最为本质或必不可少?法律的必要特征是否必须以目的论形式加以阐明?法律实证主义者并不倾向于循着菲尼斯描述的路线,寻求对法律进行深入的目的论说明,但是我们不清楚他们是否会否定这种形而上学事业。

“法律有效性的条件至少部分地是一个关于规范的道德内容或优点的问题”这一观点,被罗纳德·德沃金(Ronald Dworkin)的法律理论以一种精致的方式予以阐发。然而,德沃金并非一个传统意义上的自然法学者,他并不主张在道德上可接受的内容是一个规范获得合法性的先决条件。他的核心观点是,法律领域的事实与价值之分,即法律是什么与它应当是什么之分,会比法律实证主义所认为的更为模糊得多:确定在特定案件中法律是什么,不可避免地依赖于对于法律应当是什么的道德—政治考量。对法律应当具有或应当规定的内容的价值判断,部分地决定了法律实际上是什么。

德沃金的法律理论并非基于对传统事实—价值分离的普遍拒绝,而是基于一种特定的关于法律推理的概念观。这一概念观经历了两个主要阶段。在20世纪70年代,德沃金主张,法律实证主义的谬误在于,它无法说明法律原则在法律中扮演的重要角色。德沃金主张,法律实证主义认为法律仅仅是由规则构成的。然而,这是一个严重的错误,因为除了规则,法律还部分地由法律原则决定。规则与原则之间的区分是一个逻辑上的区分。德沃金坚称,规则以一种“全有或全无的方式”得以适用。如果规则适用于某些情境,它便决定了某个特定的法律结果;如果它并不适用,它便与该结果毫无关系。然而,即便原则清晰地适用于相关情境,它也并未决定一个结果。原则为法官提供了一个法律理由来以这样或那样的方式裁判案件,因此它们仅仅具有分量的维度,即原则提供的理由可能相对较强或相对较弱,但是它们从来不是“绝对的”。这种理由本身并不能像规则那样决定一个结果。^{〔5〕}

然而,法律原则最为有趣,从实证主义的观点来看也最成问题的方面,在于它们的道德维度。根据德沃金的理论,不像法律规则(它们可能会,也可能不会

〔4〕 John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, 1980.

〔5〕 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, 1977.

与道德有某种关联),原则在其内容上必然是道德的。事实上,决定一项法律原则存在与否的,正部分地是一种道德考量。何以如此?因为根据德沃金的观点,如果一项法律原则是根据对相关领域中过往司法裁判和立法决定的最佳道德和政治解释得出的,那么该原则便是存在的。换言之,法律原则占据着法律规则和道德原则之间的中介位置。法律规则是由被承认的机构设定的,它们的法律有效性源于它们被制定的来源。道德原则因其内容而存在,它们的有效性是纯粹依赖于内容的。同时,法律原则从以来源为基础的(source-based)考量和以内容为基础的(content-based)考量的结合中获得其有效性。正如德沃金以最为一般性术语表述的那样:“根据整全法,如果法律命题考虑了为该共同体的法律实践提供最佳建构性解释(constructive interpretation)的正义、公平以及程序正当原则,或是根据这些原则推导出来,那么该法律命题便为真。”〔6〕因而一项法律原则的有效性便来源于对事实和道德考量的结合。事实关涉在相关领域中已经发生的、过往的法律决定,而对于道德和政治的考量则关涉过往的这些决定如何能够被正确的道德原则予以最佳说明。

不消说,如果这样一种对法律原则的说明是正确的,那么分离命题便不再能够被坚持。但是许多法律实证主义者质疑是否存在德沃金所设想的那种类型的法律原则。对于法律中规则与原则的区分,有另外一种更为自然的说明方式:相关的区别所关涉的,是该法律规范所规定的规范行动(norm-act)的一般性或模糊性程度。在该规则所规定的规范行动的精确度上,法律规范的一般性或模糊性可多可少;而且这些规范越是具有一般性或模糊性,它们就越是具有德沃金赋予原则的那些准逻辑性(quasi-logical)特征。更为重要的是,需要注意,如果你将规范(例如法律原则)的法律有效性依赖于道德论证,那么你便允许了这种可能性,即整个法律共同体使得法律发生错误。在推导某个法律原则时存在的任何道德错误,都可能导致关于该原则的结论不可靠,该原则自身因而不具有法律上的有效性。由于没有什么东西能够阻止法官和其他法律行动者犯道德上的错误,因而便不存在任何东西能避免整个法律共同体长时间地使其法律发生错误。〔7〕或许德沃金不会认为这是一个问题,但是其他人会:“整个法律共同体有可能系统地误解其法律”这一观点可能会被法律理论家视为严重的问题。

在20世纪80年代,德沃金进一步推进了他在这一问题上的观点,力图将其反实证主义的法律理论建立在一个一般性的解释理论基础之上,并且强调法律深刻的解释性特征。尽管事实上德沃金的解释性法律理论极其精致和复杂,

〔6〕 Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, p. 225.

〔7〕 Andrei Marmor, *Philosophy of Law*, Princeton University Press, 2011, chapter 4.

但对于他那根据解释的论证,我们却能够以一种相当简单的方式来概括其要义。它主要的论证包括两个重要的假设。第一个命题坚称,在确定法律在每个特定案件中要求了什么时,必然会涉及解释性推理。任何这种形式的陈述,“根据S的法律,x针对y有一项权利/义务……”,都是某个解释的结论。而根据第二个假设,解释经常包含评价性考量。或许更为准确地讲,解释既不单纯是一个关于决定性事实的问题,它在本质上也不是一个关于评价性判断的问题,而是二者不可分割的混合物。足够清楚的是,同时接受上述两个命题之人必然会得出“分离命题存在根本上的谬误”这一结论。如果德沃金的这些命题是正确的,那么在确定法律要求了什么时,自然经常需要涉及评价性考量。

德沃金这一一般论证的第一个预设尤其具有高度的争议性。某些法律哲学家已然主张,法律推理并不像德沃金所假设的那样全部都是解释性的。根据这个长期由H. L. A. 哈特(H. L. A. Hart)坚持的观点,解释是对语言和沟通的标准理解的例外,只有当法律由于某种原因而不清楚时,解释方才必要。^{〔8〕}然而,在大多数标准情况下,法律可以被直接理解和适用,而无须解释作为中介。^{〔9〕}

德沃金的法律理论与包容性法律实证主义共享了某些观点。然而需要指出,尽管德沃金和包容性法律实证主义者共享了“道德与法律的有效性紧密关联”这一观点,但是他们在这种关联的根据上存在分歧。一方面,德沃金坚持,法律有效性对道德考量的依赖,是法律的一个必要特征,它源于法律那深刻的解释性性质。另一方面,包容性实证主义者坚称,法律有效性对道德考量的这一依赖是一个偶然事件,它并非源于法律的性质或者法律推理的性质,诸如此类。包容性实证主义者接受社会命题;他们主张,道德考量只有在这样一些情况下才会影响法律有效性:恰巧盛行于某个给定法律体系的那些社会规则或成规,要求道德考量影响法律的有效性。在任何给定的法律体系中,道德的相关性都是由该社会中成规的偶然性内容决定的。相对于上述两种观点,传统的,或如其现在被称作的,排他性法律实证主义(exclusive legal positivism)则坚称,一个规范的法律有效性从不依赖于其道德内容。根据这一观点,法律有效性完全依赖于法律那些被成规性地予以承认的事实性来源。

可能需要指出的是,那些坚称“法律有效性部分地依赖于道德考量”的法律理论,也必然共享关于道德性质的某种观点,即他们必然在道德价值的性质问题上抱持一种客观论立场。否则,如果道德价值不是客观的而合法性又依赖于

〔8〕 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, J. Raz & P. Bulloch (eds.), Oxford University Press, 1994, chapter 7.

〔9〕 Andrei Marmor, *Positive Law and Objective Values*, Clarendon Press, 2001, chapter 6.

道德,那么合法性也会成为主观性的,从而给“如何识别法律是什么”这一问题的回答造成严重的困难。然而,某些法律理论确实坚持道德判断的主观性,因而在法律的性质问题上拥护怀疑性结论。根据这些怀疑论,法律的确深刻地依赖于道德,但是由于这些理论假定道德是完全主观性的,它仅仅阐明了法律如何也具有深刻的主观性,即所谓的经常是悬而未决的。这种怀疑论进路流行于所谓的后现代文学之中,它关键性地依赖于一种价值的主观论,而这种价值主观论在后现代文学中几乎未获得任何精致形式的阐述。

(二) 法律的规范性

纵观人类历史,法律一直被视为一种强制性制度,它通过威胁和暴力的方式强迫其受众遵守其实践要求。法律的这一显著特征诱导某些哲学家主张,法律的规范性便存在于其强制性面向之中。然而,即便是在法律实证主义传统内部,法律的强制性面向也已引发了激烈的争论。早期的法律实证主义者,例如边沁和奥斯丁,坚称强制性是法律的一个必要特征,它将法律从其他规范性领域之中区分出来。20世纪的法律实证主义者已然倾向于否认这种观点,并主张强制性对于法律而言既非必要,而且实际上对于实现法律在社会中的功能而言也不关键。在我们对这个争论中的各个问题展开讨论之前,可能需要指出,关于法律的强制性面向的讨论是法理学中聚焦于“什么可能是法律的一个本质性或必要性特征,无论其在这个或那个法律体系中有何具体表现”这一问题的众多讨论中一个优秀的范例。如何理解这些关于法律本质的主张,以及这些主张是关于形而上学的还是关于别的什么东西(或许是道德)的,这样一些问题会在第二部分第(一)小节中得以讨论。

回到法律的强制性面向上来,这里有许多问题相互纠缠,而我们应当仔细地分辨它们。约翰·奥斯丁坚称,每个法律规范本身都必然包含一项以制裁为后盾的威胁。这至少包含两个分离性的主张:在第一个意义上讲,它可被理解为一项关于法律的概念的主张,坚称我们称之为“法律”的那个东西只能是这样一些以政治主权者的制裁为后盾的规范。在第二个意义上讲(尽管这一意义同样颇具争议),法律与制裁威胁之间存在的紧密关联,是一项关于法律规范性的主张。这是一项关于法律的规范性特征的还原论主张,它认为法律的规范性在于,主体有能力预测自身招致惩罚或恶果的可能性,而且他们希望避免这些惩罚或恶果。

除上述争议外,还存在另外一个问题,即对于法律实现其社会功能的能力而言,制裁具有何种相对重要性。例如,汉斯·凯尔森(Hans Kelsen)坚持认为,对社会中暴力的垄断以及通过暴力手段施加其要求的能力,是法律在社会中最为重要的功能。20世纪的法律实证主义者,例如H. L. A 哈特和约瑟夫·拉兹(Joseph Raz)否认这一观点,并主张法律的强制性面向要比他们的前辈们

所设想的更为边缘性得多。这里的争议实际上又是双重的:对于法律做的事情而言,强制是否必要?以及,即便它并不必要,那么与法律在我们生活中发挥的其他功能相比较,强制具有何种重要性?

奥斯丁关于法律规范性的还原论认为,法律的规范性面向仅仅存在于主体避免制裁的愿望之中;这种说明被 H. L. A 哈特广泛讨论并激烈批评。针对奥斯丁对法律规范性的还原论说明,哈特提出的根本性反对是(用他自己的话来说):“这种预测论解释遮蔽了这样一个事实,即在规则存在之处,对规则的背离不仅是预测会发生敌对反应的根据……而且也被当作这种反应和施加制裁的一项理由或证立。”^[10]这种对规则的理由给予(reason-giving)功能的强调当然是正确的,但或许并不足够。预测论的支持者们可能主张,它仍需追问这样一个进一步的问题:人们为什么应当将法律的规则视为行动的理由或证立。例如,如果仅仅是因为法律恰巧是一个有效的制裁提供者,那么法律规范性的预测论模式最终便是正确的。也就是说,哈特对预测论模式的根本性反对,实际上是基于他对法律在社会中主要功能的观点,与奥斯丁和凯尔森不同,这种观点主张这些功能并不是排他性地与法律施加制裁的能力联系在一起。

然而,法律在我们文化中的功能与其强制性面向之间的联系,要比哈特所设想的更为紧密。“博弈论”在当代法律领域的应用倾向于表明,大量法律安排的基本原理能够被法律解决机会主义难题(例如所谓的囚徒困境)的功能予以最佳解释。在这些情况下,法律的主要功能实际上是为所有相关各方的相互利益提供强制性激励。即便如此,我们或许也应当对奥斯丁或凯尔森的立场持保留意见,他们认为法律在社会中的唯一功能必然系于其强制性面向。解决一再发生的和复杂的协作问题,为可取的行为设置标准,宣布共同价值的符号性表达,解决关于事实的争议,诸如此类,都是法律在我们生活中发挥的重要功能,而这些功能与法律的强制性面向和施加制裁的功能没有什么关系。

“法律实际上在多大程度上能够通过为其受众提供行动理由来指导行为”,这一问题已经被 20 世纪上半叶一群非常有影响力的法律学者(法律现实主义流派)提了出来。美国法律现实主义者主张,我们在法律规则的基础上预测法律案件结果的能力是相当有限的。在那些需要由上诉法院裁判的更为疑难的案件中,相对于案件结果而言,法律规则本身便极度不确定。法律现实主义者认为,对预测法院实际上会如何裁判疑难案件感兴趣的那些法律人,需要进行社会学和心理学研究,着力发展那些能够增强我们预测法律结果之能力的理论工具。因此法律现实主义主要是一种为了实现预测之目的而将社会科学引入法理学领域的尝试。这项科学事业究竟在多大程度上是成功的,是一个有争议

[10] *Supra* note [8], p. 82.

的问题。即便如此,法律现实主义也很少关注法律规范性问题,即“在法律似乎足够确定的那些案件中,法律如何指引行为”这一问题。

关于法律的规范性问题,我们可以在约瑟夫·拉兹的权威理论中找到一个更具前景的进路;他的理论也展现了一个关于法律规范性的理论如何蕴含着与法律有效性条件相关的重要结论。^[11]拉兹论证的基本观点是,法律是一种权威性社会制度。拉兹主张,法律是一种事实权威。然而对于法律来说,同样必要的是,法律必定主张正当性权威。当然,任何实际的法律体系都可能无法满足这一主张,但是法律正是这样一种必然主张成为正当性权威的制度。

根据拉兹的观点,权威在我们实践推理中发挥的必要角色,便是充当权威的受众与在相关情境中适用于这些受众的正确理由之间的中介。一项权威当且仅当它能够帮助其受众更好地遵从与他们的行动相关的正确理由时,方才是正当的,即他们通过遵循权威性解决方案比他们试图(不借助这种中介性解决方案而)直接找到这些理由并以之行动更为可能是按照这些正确理由在行动。例如,对于“在某条行人众多、急弯不断的道路上,究竟以多快的速度行驶”这一问题而言,存在许多理由;但是司机通过遵守法律规定的时速限制比他们试图在当时计算出所有的利弊得失,能够更好地遵从对这些理由的权衡。因此,对于法律所规定的时速限制而言,其正当性便会源自其帮助人们更好地按照对于正确理由的权衡进行行动。

现在可以得出,对于某个想要主张正当权威的事物而言,它必须具有能够主张正当权威的那类东西,即能够实现这样一种中介性角色的东西。什么类型的东西能够主张正当权威呢?对于权威能力(authority-capacity)而言,至少有这样两种特征是必要的:首先,对于某个想要主张正当权威的事物而言,它必须满足这种情形,即其指令能够被识别为权威性指令,而无须依赖该权威性指令所取代的那些理由。如果这个条件不能得到满足,即如果不依赖该权威意在取代的那些理由,便无法将该权威性指令识别出来,那么该权威便不能实现其必要的中介性角色。简而言之,它无法产生它意在制造的实践差异。需要注意,这一论证与权威的实效(efficacy)并不相关。这里的要点并不是除非权威性指令能够被这样地识别出来,否则权威便不能有效地发挥功能。这一论证是以我们实践推理中的权威的原理为基础的。权威意在制造差异;而只有当权威的指令无须借助其据以作出决定的那些理由就能够被识别出来时,权威才能够制造这样一个差异。换言之,如果为了发现一项权威性指令是什么,你就必须进行这样一些推理——这些推理恰恰是你在依赖该指令时所意图取代的——那么,

[11] Joseph Raz, “Law, Authority and Morality”, in J. Raz, *Ethics In The Public Domain*, Clarendon Press, 1994, Chapter 9.

拥有一项权威性指令便毫无意义。其次,对于某个想要主张正当权威的事物而言,它必须有能力在“其受众应当如何行为”这一问题上形成意见,以区别于受众自己对其行动理由的推理;权威要求某种创作(authorship)。

拉兹关于法律权威的概念观为排他性法律实证主义提供了非常强有力的支持,因为它要求作为一种权威性解决方案的法律能够根据它自身被识别出来,而无须依赖法律意在予以解决的那些考量。因此,只有当一项规范的有效性并非源自该法律意在取代的那些道德考量或其他评价性考量时,该规范在法律上方才是有效的(权威性的)。很明显,拉兹的理论既挑战了德沃金的反实证主义法律理论,也挑战了法律实证主义的包容性版本。这种挑战以及它所引发的争议,形成了当今一般法理学领域中讨论的一个重要话题。

然而,对法律权威的基本原理进行说明,并非关于法律规范性的理论所包含的唯一内容。如果我们支持法律实证主义的命题,认为法律本质上建立在社会成规之上,那么这里便出现了另一个重要的问题:一个成规性的实践如何能够产生行动理由,尤其是如何能够产生义务?某些法律哲学家主张,成规性规则本身并不能产生义务。正如莱斯利·格林(Leslie Green)所观察到的,“哈特的‘根本性(承认)规则’仅仅是成规”,这一观点与任何义务观念都不能轻易地相联”;格林认为这一点非常棘手,因为承认规则标明了“法官在法律上应当适用的来源”。^[12] 这里的争论,部分是关于承认规则的成规性性质的,部分是关于成规能够以何种方式出现在我们的行动理由中的。根据由大卫·刘易斯(David Lewis)阐发的一个有影响力的理论,成规性规则是作为大规模的、一再出现的协作问题的解决方案而出现的。^[13] 如果承认规则的确是这样一种协作类型的规则,那么要说明为何它们能够产生义务就相对容易。如果规范的受众有义务解决协作问题,而协作问题导致了相关协作性成规(coordination conventions)最初的产生,那么协作性成规便会是义务性的。但是有疑问的是,作为法律基础的那些成规到底是不是协作性成规?在某些方面,法律可能更像是实际上由社会成规构成的一种有组织的游戏或艺术类型。这种构成性成规(constitutive conventions)并不能被说成是对某些先在的、一再发生的协作问题的解决方案。例如,构成象棋游戏的成规性规则便并不是为了解决棋手间的协作问题;在象棋比赛开始之前,并不存在某个协作问题需要解决。象棋的成规性规则将这项游戏自身构造成一种人们会发现值得参与其中的社会活动。构成性成规部分地构成了内在于这一初现的社会实践的价值。然而,这种价值仅对那些关心它们的人而言才存在。构成性成规本身并不能为“参与由构成性

[12] Leslie Green, “The Concept of Law Revisited”, *Michigan Law Review*, vol. 6, no. 6, 1996, p. 1697.

[13] David Lewis, *Convention*, Harvard University Press, 1969.

成规构成的实践”这一义务提供根据。

从道德观点来看,承认规则本身并不能被视作“遵守法律”这一义务的来源。法官或任何其他人是否应当尊重一个法律体系的承认规则,最终是一个道德问题,它只能由(关涉政治义务这一由来已久的问题的)道德论证予以解决。而更为普遍的是:一项社会实践的存在本身并未要求任何人有义务参与该实践。承认规则仅仅定义了该实践是什么,它们对于“某人是否应当参与该实践”这一问题无从置喙。但是当然,一旦某人确实参与了该实践,扮演了法官或某个其他法律官员的角色,那么便存在由该游戏的规则予以界定的法律义务。也就是说,在遵守承认规则的法律义务这一观点上,并不存在什么特殊之处。一场足球比赛的裁判同样有义务遵守他的比赛规则,从这个“内在游戏者的”观点来看,“这场比赛是成规性的”这一事实并未造成任何困难。但是同样,足球的构成性规则并不能为任何人解决“他们是否应当踢足球”这一问题。类似的,承认规则并不能为法官或任何其他人解决“他们是否应当依法律规则行动”这一问题。它们只是告诉了我们法律是如何规定的。然而,不像象棋或足球,法律也可以说是一种人们有义务去参与的游戏。但是如果存在这样一种义务,那么它必然产生于外在的、道德的考量,即一项遵守法律的一般性道德义务。是否存在这样一项遵守法律的一般义务,这项义务是否依赖于相关法律体系的某些特征,这样一些复杂的问题在论述道德义务的文献中得以广泛讨论。一个完整的、关于法律规范性的理论,也必须处理这些道德议题。^[14]

然而最近,一些哲学家已经开始质疑“法律的规范性有其独特之处”这一观点。他们让我们了解,法律如何以一些与法律的性质并无紧密关联的方式,影响我们的行动理由。^[15] 其中一些观点(例如 Enoch 和 Marmor)意在表明,各式规范的存在以许多不同的方式作用于人们的行动理由,其他领域如此,法律领域也是如此;这些观点并未否定法律经常制造差异;这些观点仅仅是否定,与其他类型的规范性要求相比,法律以一种独特的方式改变其受众的行动理由。其他人从一个相反的角度挑战了法律的规范性^[16],他们主张,法律中唯一具有规范性意义的面向,便是它给人们的行动理由造成的道德差异。

^[14] 参见论述“政治义务”和“法律义务”的词条, <https://plato.stanford.edu/entries/political-obligation/>, <https://plato.stanford.edu/entries/legal-obligation/>, 最后访问日期:2020年3月7日。

^[15] Mark Greenberg, “The Moral Impact Theory of Law”, *Yale Law Journal*, vol. 123, no. 5, 2014, p. 1118; David Enoch, “Giving Practical Reasons”, *The Philosopher's Imprint*, vol. 11, no. 4, 2011, pp. 1-22; Andrei Marmor, “Norms, Reasons and the Law”, *Cornell Legal Studies Research Paper* No. 16-19 (2016); reprinted in K. Himma et al. (eds.), *Unpacking Normativity*, Hart Publishing, 2018.

^[16] Mark Greenberg, “The Moral Impact Theory of Law”, *id.*, p. 1118; Scott Hershovitz, “The End of Jurisprudence”, *Yale Law Journal*, vol. 124, no. 4, 2015, p. 1160.

在 20 世纪的最后二十年里,对一般法理学尤其是法律实证主义的新的挑战,发生了一个有意思的方法论转向。这种方法论转向随着德沃金《法律帝国》(*Law's Empire*)一书的出版而获得力量;这本书主张,不仅作为一种社会实践的法律是一种深刻的解释性事物(因而部分地、但必然地在性质上是评价性的),而且任何关于法律性质的理论也以类似的方式是解释性的,因而同样是评价性的。许多人并不必然分享德沃金关于法律实践之解释性特征的观点,或者德沃金解释理论的具体内容,但他们也已经与德沃金一同加入了这样一种方法论怀疑主义的阵营:它怀疑一般法理学的传统目标,即怀疑发展一个具有普遍适用性和道德中立性的、关于法律性质的理论的可能性。这些,以及其他随之而来的对传统一般法理学的方法论挑战,会在接下来的部分得到处理。

然而,这种说法是公允的;在过去的数年里,许多法哲学家对这些关于法律性质的传统讨论越来越失望,他们呼吁法哲学走出哈特—德沃金之争,并探索新的研究方向。在这些新的批评者中,一些人情愿将这整个事业抛弃,宣称一般法理学的死亡。^[17] 而其他人则忙于探索新的挑战。一个正在兴起的研究领域与法律的人造物(*artifact*)性质相关,意在从如下事实中获得关于法律性质的某些东西,这个事实就是,法律似乎是一种人造物,是由人类为了特定目的而创造并维持的。^[18] 其他人则探究了法律的人造物特征与虚构主义之间的关联,认为它们的潜在逻辑以及形而上学有众多相同之处。^[19] 另一个新兴并可能多产的研究领域则关注语言哲学在法律中的应用,它引入语言哲学尤其是语用学中的最新发展,来回答关于法律解释和对法律内容的理解问题。^[20] 然而,这个语言学方向并非毫无争议的;一些法哲学家对“法律的内容是由语言因素决定的”这种观点表示怀疑^[21],关于这些问题的讨论正在进行中。最后,在最近的发展中,对可能作用于法律性质理论的形而上学的兴趣,似乎也在与日俱增;甚至关于元形而上学(*meta-metaphysics*)的讨论也正在一般法理学的语境中兴起,这些讨论意图表明,我们对于形而上学探讨之任务的思考方式可能作

[17] Scott Hershovitz, “The End of Jurisprudence”, *id.*, p. 1160.

[18] 例如可参见, Luka Burazin, Kenneth Einar Himma and Corrado Rovorsi (eds.), *Law as An Artifact*, Oxford University Press, 2018.

[19] Andrei Marmor, “Law as Authoritative Fiction”, *Law and Philosophy*, vol. 37, no. 5, 2018, p. 473.

[20] Hrafn Asgeirsson, *The Nature and Value of Vagueness in the Law*, Hart Publishing, 2016; “On the Instrumental Value of Vagueness in the Law”, *Ethics* vol. 125, no. 2, 2015, pp. 425-448. Andrei Marmor, *The Language of Law*, Oxford University Press, 2014.

[21] Mark Greenberg, “Legislation as Communication? Legal Interpretation and the Study of Linguistic Communication”, in A. Marmor and S. Soames (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford University Press, 2011.

用于我们对于法律的思考方式。^[22] 例如,如果形而上学的主要任务是确定什么事物真实地存在于世界之中(无论我们对这个事物有什么想法或者我们以何种方式表达这个世界),那么形而上学可能就对法律的性质无从置喙,或许它可能指出,只有一种科学的法理学研究方式能够产生在形而上学上值得尊重的结果。但是,如果形而上学探究的任务也包括指出哪些事物比其他事物更具基础性,给我们提供这个世界的一个等级结构,在这个结构中,某些事物构成了其他事物的基础,那么,在试图阐明合法性以及更为一般意义上的法律现象的基础时,形而上学可能就是一个成果非常丰硕的研究框架。目前,这种潜在的、对法理学的形而上学兴趣还处在初始阶段,时间会告诉我们这种新的进路是否能够让我们得到一些有趣的结果。

二、法理学的方法论

当涉及法理学的方法论时,我们会发现两个主要的问题,其中一个并不直接与规范性相关,而另一个则相反。第一个问题追问的是,对于关于法律性质的哲学理论而言,其目的和成功标准是什么? 即一阶(first-order)法律理论意在把握的目标(target)是什么,以及它们何时成功地把握了这个目标? 第二个问题追问的是,在法理学方法论中,评价扮演了何种角色? 即一阶法律理论是否内在的或必然的是评价性的,或者说它们是否可能纯粹是描述性的。上述每个问题都会依次得以讨论。

(一) 法律理论的目标

法理学中第一类重要的方法论问题,与一阶法律理论的目标有关,即这些理论意在提供的说明是关于什么现象的? 为了确定一阶法律理论的恰当目标是什么,学者需要作出许多其他的方法论承诺,包括明确一个理论的成功标准,确定这些理论意图予以系统化和说明的资料类型,以及决定哪类论证能被正当地用来在不同理论之间作出判断。

在这个问题上存在五类主要的观点。第一种观点将法理学当作某种形式的概念分析,也就是说,法律理论意在为某个关于法律的概念提供说明。这一进路经常与哈特的名作《法律的概念》(The Concept of Law)相联。第二种观点对概念分析方法采取一种更为怀疑的立场,并且将法律理论当作从事这样一种工作:为法律本身而非法律的某种概念提供一种还原论说明。第三种近来的观点将一般法理学视为仅仅是元规范性探究(metanormative inquiry)的另一个分支,这就使得它与其他的哲学领域(例如元伦理学)相联系。第四种观点是

[22] Gideon Rosen, "Metaphysical Dependence: Grounding and Reduction", in B. Hale & A. Hoffman (eds.), *Modality: Metaphysics, Logic and Epistemology*, Oxford University Press, 2010, pp. 109-136.

规定性(prescriptive)观点,它认为法律理论的目的是详细说明那些最值得我们采纳的法律观念。第五种观点与德沃金的工作相关联,认为法律理论所从事的工作是为法律实践提供一种建构性解释。接下来将会更深入地讨论上述五种观点及它们面临的主要问题。

1. 概念分析观点

根据概念分析观点,法律理论意在把握法律的概念,而且它们成功的标志是:它们为关于该概念以及其他相关概念的有关资料提供了一个融贯的说明。具体而言,人们认为需要被体系化的资料是人们的直觉,这些直觉包含了那些被人们共享的关于法律的概念(或像“法律有效性”“法律义务”这些同族概念)。在其最简单的形式上,这些直觉被视为是在判断这个相关概念是否适用于特定情形。因此在这种观点看来,一个法律理论意在说明目标法律概念(或其同族概念)得以适用的条件。

而且,我们能够通过运用概念分析方法,一个众所周知的迂回方法,来得到这样一种法律理论。这种方法是,理论家从某套用于判断目标概念是否得到正确适用的判准开始,然后根据他关于该目标概念的直觉检验这一判准的说明。如果这个说明允许该概念适用于某些从直觉上看它并不适用的情形,那么这便提供了反对或修正该说明的理由。相反,如果这个说明导致目标概念适用于特定情形,而这也是直觉上正确的结果,那么这便倾向于为该说明提供确证性支持。如果该说明针对特定情形产生了直觉上正确的结果,而且是以一种在说明上足够令人满意的方式(而非某种特设的方式)产生这种结果,那么在这个意义上,我们可以说该说明成功地把握了目标概念。^[23]

法理学受到了理解相关直觉(或资料)——这些直觉(或资料)正是法律理论意在系统化的东西——的两种主要方式的影响。反过来讲,这是由于人们可能以两种不同的方式来理解概念本身以及我们关于这些概念的直觉。因此,我们发现了两类主要的概念分析方法论。

对概念的第一种理解,将掌握(possess)某个概念主要当作一个语言能力问题,即掌握法律的概念就是知道在法律实践意义上(juridical sense)(而非科学意义上)使用的“法律”这个词在何时适用。因此,关于该法律概念的直觉便需要被理解为是关于如何使用“法律”这个词的语言直觉。根据这个观点,概念分析便是一种语言分析模式。这类观点在德沃金《法律帝国》一书的第一章和第二章中得到了著名的讨论。^[24]可以说,这种观点可以追溯到与 J. L. 奥斯丁

[23] 欲了解更多对适用于法律概念的概念分析方法的深入讨论, see Scott Shapiro, *Legality*, Harvard University Press, 2011, pp. 16-22.

[24] *Supra* note [6], pp. 32, 43-46.

(J. L. Austin) 和吉尔伯特·赖尔 (Gilbert Ryle) 相关的那类日常语言哲学。^[25]

然而,这种对掌握某个概念的理解有其缺点。或许当下语境中最受关注的便是,这种观点助长了德沃金的“语义学之刺”的论证。^[26] 这项论证可以概括如下:假设法律理论意在把握法律的概念,而对概念的掌握仅仅是这样一个问题,即知晓“法律”这个词在何时适用。这项论证继而指出,果真如此的话,那么法律理论便不能说明关于法律根据的争议,即关于法律有效性条件的争议。毕竟,如果法律理论在性质上是这种语义学理论的话,那么关于“法律的根据是什么”的争议便必然归结为“‘法律’这个词何时适用”的争议——它至少预设了争议各方并不只是在自说自话。但是现在出现了一个两难。法律从业者要么掌握了同样的法律概念,要么没有。如果他们确实掌握了同样的概念,那么看来他们便不会在“一个规范要想算作法律的话,需要满足什么条件”这一问题上产生分歧。毕竟,他们都知道在何时适用表达了他们共享的法律概念的那个词。但是这并不合理,因为法律实践事实上充斥着关于“法律的根据是什么(因而,什么可算作法律或合法的)”的争议。反之,如果法律从业者并不共享同样的法律概念,那么他们关于“法律的根据是什么”的争议便必然只能是他们在自说自话。但是这同样不合理。正如德沃金所指出的,法律实践并非“一个荒诞的玩笑”。^[27] 因此,将法律理论解析成仅仅是关于“法律”这个词何时适用的语义学说明,这种做法必然有误。

根据上述论证,如果我们想要抛弃“一阶法律理论就是语义学理论”这个观点,那么明显有两个方式可以选择。首先,可以直接抛弃“法律理论就是在从事概念分析”这一观点。这是德沃金所倾心的回答,然而我们会看到,人们能够在不接受德沃金自己偏爱的方法论的同时,拒斥概念分析。(对此,后面第二部分会有更多的讨论。)其次,如果人们仍然坚持法律理论是在从事对法律概念的分析的话,那么对“语义学之刺”这一论证显而易见的回应便是,否认掌握概念仅仅是知晓法律实践意义上的“法律”这个词该如何适用。这便提出了法律理论家们可能会从事的第二类,也是内涵更为丰富的概念分析。

这个内涵更为丰富的观点背后的基本看法是,掌握概念与其说仅仅是一个知道词语何时适用的问题,倒不如说其包含着更为丰富的东西,即掌握大量关于该概念及其必要特征与恰当适用方式的实质性信念或直觉。这里预设的是,

[25] Andrei Marmor, “Farewell to Conceptual Analysis (in Jurisprudence)”, in Waluchow & Sciaraffa (eds.), *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Oxford University Press, 2013, pp. 210-212.

[26] *Supra* note [6], pp. 43-46.

[27] *Supra* note [6], p. 44.

某人由于掌握法律的概念而具有的直觉,已经足够构成某种关于法律是什么及其如何发挥功能的实质性概念观。如此,法律理论的目的便是,将这些关于法律概念的前理论(pre-theoretical)判断予以系统化,以提供一个关于某种实质性法律概念观的说明。^[28] 根据这个观点,法律争议依然是可能的,因为尽管法律从业者可能都在使用同样的法律概念,然而概念的丰富内涵却允许他们并不足够确定地掌握这个概念,或者并不足够全面地理解其适用条件以保障在关于“法律的根据实际上是什么”这一理论问题上达成共识。

然而,这个内涵更为丰富的关于概念掌握的理解,以及这一理解产生的内容更为丰富的概念分析图景,也遭受了广泛的批评。^[29] 一个立即出现的问题是,究竟是哪个法律概念构成了法律理论的恰当目标? 是某个特定法域中法律从业者所拥有的那个法律概念? 还是某个普遍共享的法律概念? 无论哪种答案都令人疑惑。一方面,如果一个法律理论仅仅意在把握应用于特定法域的法律概念,便会使得该理论是区域性的(parochial)并且使并不关心该法域的那些人对这个理论失去兴趣。另一方面,人们可能会怀疑,是否真的存在某个被人们普遍共享的、能够被法律从业者在所有法域中使用的法律概念,又或者确实存在这样一个概念。但是同样可疑的是,这个概念不过是这样一种薄(thin)概念,即人们由于知道法律实践意义上的“法律”这个词意味着什么而掌握的那种概念。

对于所有形式的概念分析而言,一个更为深刻的担忧在于这个问题:我们为什么一开始就关心某个人的法律概念。^[30] 毕竟对于哲学家们而言,法律的性质本身似乎才是我们应当关心和理解的。^[31] 即便追问“关于法律如何发挥

[28] 这种内涵更为丰富的关于拥有概念的观点,在这样一些文献中得以讨论,例如 Joseph Raz, “Can there be a Theory of Law?”, in Golding & Edmundson (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, 2004, pp. 4-7; Nicos Stavropoulos, “Obligations, Interpretivism and the Legal Point of View”, in Andrei Marmor (ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, Routledge, 2012, pp. 78-79; Scott Shapiro, *Legality*, Harvard University Press, 2011, pp. 16-22. 这可能也是哈特预设的那类观点。

[29] Andrei Marmor, “Farewell to Conceptual Analysis (in Jurisprudence)”, in Waluchow & Sciaraffa (eds.), *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Oxford University Press, 2013, pp. 215-217; Joseph Raz, “Can there be a Theory of Law?”, in Golding & Edmundson (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, 2004, p. 10; Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, 2007, pp. 177-179.

[30] Andrei Marmor, “Farewell to Conceptual Analysis (in Jurisprudence)”, in Waluchow & Sciaraffa (eds.), *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Oxford University Press, 2013, pp. 216-217; Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, 2007, pp. 177-179.

[31] Joseph Raz, “Can there be a Theory of Law?”, in Golding & Edmundson (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, 2004, pp. 7, 10.

功能,各个群体的人们相信什么”这个问题有着社会学意义上的吸引力,这个问题也并没有任何特别的哲学特色。哲学家们(作为哲学家)会对“关于某个给定的概念,人们相信什么”感兴趣,乃是因为理解“关于该概念,人们相信什么”是理解“它究竟是关于什么的概念”这一问题的一种方式。^[32] 据此,人们可以认为,法律理论意在把握的并非任何特定之人的法律概念,而是法律自身的性质。^[33]

对于这个反对意见,一个可能的回应是主张,既然法律是一种社会现象而且部分地由从业者自己对他们所参与的这个实践的理解构成,那么收集关于法律从业者们掌握的法律概念的证据便是探究法律本身的一种非常有效的方式。^[34] 然而,人们可能会怀疑,既然这种探究法律本身性质的方法并不直接,那么它还是不是我们能够运用的最为有效的策略? 如果法律能够被直接予以研究的话,为什么还要把我们局限于提出关于概念的问题?

一个非常不同的回应会采取一种对概念的柏拉图式说明,根据这种说明,概念根本不是心灵的表达,而是与数学研究的客体属于同类的抽象客体。那么,法律的概念便会是想要思考法律之人必须予以把握的抽象客体。据此,正是这个抽象客体——法律的这个概念——才是哲学家们关心并意在运用概念分析方法予以探究的东西。^[35] 然而,关于概念的这种观点面临常见的反驳。对于人们来说,需要说明的是,对于这个被设想为独立存在之抽象客体的法律概念,我们如何能够使用它。而且,即使我们能够使用它,仍然存在这样一个疑问:那些都准确把握了这个法律概念不同的人,为什么最终会对其性质产生分歧?^[36] 最后,尽管数学和逻辑学这类先验学科意在探究抽象的客体^[37],然而并不清楚的是,对于法律这种社会现象——它非常依赖于人类的信念、态度和行为——的探究是否也能得以类似地理解。尽管数学家们可能是在探究数或集合这类抽象客体的性质,然而,说“法律哲学家是在探究法律这个抽象客体”,这看来却是更为可疑的。

[32] Joseph Raz, “Can there be a Theory of Law?”, in Golding & Edmundson (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, 2004, pp. 4, 10.

[33] 也可参见论述“概念”的词条第 5.2 部分。https://plato.stanford.edu/entries/concepts/, 最后访问日期:2020 年 3 月 7 日。

[34] Nicos Stavropoulos, “Obligations, Interpretivism and the Legal Point of View,” in Andrei Marmor (ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, Routledge, 2012, p. 79.

[35] 试比较,George Bealer, “Intuition and the Autonomy of Philosophy”, in M. DePaul and W. Ramsey (eds.), *Rethinking Intuition: The Psychology of Intuition and Its Role in Philosophical Inquiry*, Rowman & Littlefield, 1998, pp. 201-239.

[36] Alexander Sarch, “Bealer and the Autonomy of Philosophy”, *Synthese*, vol. 172, no. 3, 2010, pp. 468-473.

[37] 参见论述“数学哲学中的柏拉图主义”的词条。https://plato.stanford.edu/entries/platonism-mathematics/, 最后访问日期:2020 年 3 月 7 日。

2. 探究法律本身

既然概念分析存在上述疑问,许多观点便被提了出来,根据这些观点,一阶法律理论所主要从事的,是描述和说明法律本身的性质而非它的任何概念。还原论观点和自然论(naturalistic)观点都属于这一类型。(正如下文所示,这类观点并不需要完全抛弃刚才描述的那些迂回的方法,而既然那些方法依然可行,就需要为它们的可辩护性提供一种非常不同的说明。)

具体而言,还原论观点认为,阐明法律的性质就是以更为根本性的事实来说明法律是什么以及法律如何运转。其结果是,一阶法律理论需达到这种程度方为成功;该理论以一种有力的方式完成了上述说明工作。^[38] 根据这类观点,一阶理论的目的是提供一个对法律的形而上学的还原,即表明法律现象实际上是由其他某些更为根本性的现象构成的,而且它完全能够还原为这些根本性的现象(就像化学原则上可以被还原为微粒的物理学)。若如此分析,那么以实证主义为例,它便会寻求通过将关于法律是什么、法律如何发挥功能以及法律要求什么的事实还原为更为根本性的社会事实——例如关于人们的行为、信念以及安排的事实——来说明法律的性质。通过提供这样一种还原论,诸如实证主义这种理论便试图通过将法律本身分解为其组成部分并说明这些组成部分如何共同构成了法律这种复杂的社会实践来阐明法律现象本身。^[39]

一种著名的还原论观点是自然论法理学(naturalized jurisprudence)。布莱恩·莱特(Brian Leiter)是这一立场最为突出的辩护者。^[40] 如同其他还原论观点,自然论法理学将法律理论的目的视为说明法律自身(而非任何人的法律概念)的性质。但自然论法理学的特征在于,它还坚持应当在其中应用一种纯粹经验性的方法。^[41]

自然论者可能会部分地赞同还原论者在如下问题上的观点:哲学家们的迂回方法以及相应地对直觉、思想实验以及其他类似事物的借助是否是被误导的?自然论者可能会拒绝这种探究模式,而其他的还原论者可能更倾向于使用

[38] Andrei Marmor, "Farewell to Conceptual Analysis (in Jurisprudence)", in Waluchow & Sciaraffa (eds.), *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Oxford University Press, 2013, pp. 209-229.

[39] 欲更多地了解一般意义上的形而上学还原论,可参见 Mark Schroeder, *Slaves of the Passions*, Oxford University Press, 2007, pp. 61-83;亦可参见论述“科学还原论”的词条, <https://plato.stanford.edu/entries/platonism-mathematics/>,最后访问日期:2020年3月7日。

[40] Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, 2007.

[41] Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, 2007, pp. 180-181, 183-199.也可参见论述“法律哲学中的自然论”的词条, <https://plato.stanford.edu/entries/lawphil-naturalism/>,最后访问日期:2020年3月7日。

它。例如,一个还原论者大体上会以如下方式为这种探究模式辩护,即主张我们在特定情况下的直觉包含了我们从法律实践经验中获得的一个概念,而且这种直觉能够成为有关法律自身性质的一个有效信息来源。而且,如果法律实践(作为一种社会现象)部分地是由从业者自己关于他们参与之实践的信念和态度构成的,那么关于法律从业者的法律概念的证据便会是关于法律自身的非常相关的证据。^[42]

与之相对,自然论者倾向于不支持“以直觉检验法律理论”这一迂回方法,因为他们的目的是使“哲学上的理论化承接于并依赖于科学上的理论化”。^[43] 莱特主张(像其他人针对其他哲学领域中的直觉所主张的那样),我们关于法律的直觉太过不可靠以致无法提供多少认识论上的力量。^[44] 根据莱特的观点,哲学家们一般应当试图分析这样一些概念:“这些概念已经被它们对经验现象的成功说明和预测予以辩护。”^[45] 因此,他主张方法论要“认真对待社会科学关于法律的论述,以发现何种法律概念在对法律现象(诸如司法行为)的最有力说明和预测中发挥了作用”。^[46] 然而,这种方法论却引发了“为何法律哲学家仅应当研究司法行为而不研究其他东西”这一问题。更为一般地说,自然论者欠缺关于“法律的何种特征最需要被说明以及为何如此”的论述。

还原论观点(或许还有自然论观点)所引发的另一个问题是,它可能会给实证主义设置特定难题。具体而言,如果法律是一种产生法律义务的规范性现象,那么人们可能会担忧,法律事实(关于我们的法律义务是什么的事实)便不可能还原为纯粹的非规范性事实,例如社会中的各类事实。人们可能会认为,这会跨越著名的(尽管并非毫无争议的)是/应当的鸿沟,而这种跨越是不被允许的。^[47]

作为回应,想成为还原论者的那些实证主义者可能会采纳的一种路线是,坚称法律事实在性质上确实是描述性的,而非规范性的。具体而言,这些实证主义者可能主张,关于我们拥有的法律义务的那些事实,仅仅是关于“法律要求(hold)我们应当做什么”的描述性事实,而非关于“我们真正应当做什么”的规

[42] Nicos Stavropoulos, “Obligations, Interpretivism and the Legal Point of View”, in Andrei Marmor (ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, Routledge, 2012, p. 79.

[43] Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, 2007, p. 35.

[44] Id., 2007, pp. 180, 184; 试比较, Robert Cummins, “Reflection on Reflective Equilibrium”, in M. DePaul and W. Ramsey (eds.), *Rethinking Intuition: The Psychology of Intuition and Its Role in Philosophical Inquiry*, Lanham, MD, 1998, pp. 113-128.

[45] Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Id., p. 184.

[46] Id., Oxford University Press, 2007, p. 184.

[47] 欲了解此种关于实证主义的担忧, see *supra* note [23], pp. 47-49.

范性事实。^[48]

3. 元规范性探究观点

最近,另一个方法论观点由普伦基特(Plunkett)和夏皮罗(Shapiro)发展起来^[49],这个观点将一般法理学当做仅仅是元规范性探究的另一个分支。后者作为一个一般性的事务,意在阐明规范性的思想、言论和实体(如果有的话)如何与现实相契合。元伦理学是元规范性探究的另一个分支,它聚焦于伦理学思想、言论和实体如何与现实相契合。因此,根据当前这个观点,一般法理学探究的主题就是法律思想、言论和实体(如果有的话),这个领域的目标就是阐明这些关于法律的思想 and 言论——以及法律结构和法律属性(如果有的话)——如何最好地贯彻了某人关于现实的一般性哲学观点。在这个观点看来,法理学的探究会与规范性探究的其他领域(尤其是伦理学和美学)的工作相接续,而且在方法论上也颇为相似。

然而,这个立场引发的一个问题是,它在多大程度上是一个区别于前述讨论的方法。如果某人元规范性探究的关注点是法律思想和言论,那么我们似乎就非常接近于关于法理学应当如何开展的概念分析图景。另一方面,如果探究的关注点着重于法律实体或者属性如何契合于一般的现实,那么这个观点终究会非常接近于自然论立场,即法理学探究的主题是法律现象本身。虽然如此,或许元规范性观点的一个特别引人之处在于,它表明了概念分析图景和自然论图景如何共同捕捉到了这个更大的事业(法理学所从事的那个任务)的不同片段。因此,如果元规范性观点想要变得合理的话,它不应当意图取代上述讨论的其他方法,而是应当祛除这种观点,即法理学探究中存在着一个优先始点(例如法律内容的形而上学、法律陈述的语义学分析或者法律义务的性质)。

4. 规定性观点

法理学方法论中一个不同类型的进路认为,法律理论的恰当目标是详细说明某个实质性的、尤为值得人们采纳的法律概念观。而且,即便这种研究最后得出的那个法律概念观完全偏离了我们对法律的前理论理解,我们得出的这种理论也会要求我们摒弃先前对法律的理解。据此,如果法理学首先是一种规定性的事业的话,那么法律理论在性质上可能最终就是完全修正主义的(当然,尽管并非必然如此)。

正如下面一节所示,德沃金的方法论便包含了一定的规定性要素。但是排

[48] *Id.*, 2011, pp. 188; see also, *supra* note [8], p. 110.

[49] David Plunkett and Scott Shapiro, "Law, Morality, and Everything Else: General Jurisprudence as a Branch of Metanormative Inquiry", *Ethics*, 2017, 128(1), pp. 37-68.

他性的规定性方案的一个主要倡导者是尼尔·麦考密克(Neil MacCormick)。〔50〕麦考密克主张,有许多强有力的规范性论证支持了采纳一种实证主义的法律概念观。具体而言,他主张,像自治和良心自由这种价值要求法律不能以高压手段规制“可取的价值的范围、自我尊重义务的范围以及爱这一义务的范围”,这些领域“寻求超越于义务的善,或者寻求自我发展的正确道路,或者寻求应当施与个人家庭、朋友或者邻居的恰当关怀”。〔51〕麦考密克认为,像自治和良心自由这种价值支持了这一主张;至少在这种行为领域,保持“法律要求了什么”这一问题与“道德要求了什么”这一问题的完全分离,是可取的。〔52〕据此,至少在某些行为领域,“法律是什么”这一问题应当区别于“道德要求什么”这一问题。因此,麦考密克似乎为经常与实证主义联系在一起的一个主张提供了规范性论证,即某种版本的分离命题。(尽管一如前述,并非所有的实证主义者都必然承认该命题的强版本。)

尽管“何种法律概念观最值得人们采纳”这一问题非常重要,但依然有必要指出,法理学方法论中的规定论并不真正地概念分析观点或还原论方法相互竞争。例如,我们可能最终会发现,尽管存在强有力的规范性论证要求改变法律实践或者采纳一种新的法律概念观,即与自然法理论相契合,但实证主义依然为我们的法律概念提供了最佳的说明或者是对法律现象本身的最佳的还原论说明。据此,对于法律概念的说明,或者法律的还原论,并不必然与这种规定论说明相冲突,即从道德观点来看,何种法律理论是最值得采纳的。

5. 法律实践的建构性解释

第四种方法论是德沃金的方法论,它因其影响力和精致程度而需要被单独对待。〔53〕这种观点认为:(1)一阶法律理论的目标是既存的法律实践; (2)这种理论需达到这种程度方可成功——它们为该实践提供了一个可辩护的(德沃金意义上的)建构性解释。根据这种建构性解释观点,一阶法律理论的目的并

〔50〕 Neil MacCormick, “A Moralistic Case for A-Moralistic Law?”, *Valparaiso University Law Review*, vol. 20, no. 1, 1985, pp. 1-41; 也可参见 Tom D. Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Dartmouth, 1996; Liam Murphy, “The Political Question of the Concept of Law”, in Jules Coleman (ed.), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to ‘The Concept of Law’*, Oxford University Press, 2001, pp. 371-409; Gerald Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon Press, 1989; Fredrick Schauer, “Positivism as Pariah”, in Robert P. George (ed.), *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, Oxford University Press, 1996, pp. 31-55; Jeremy Waldron, “Normative (or Ethical) Positivism”, in Jules Coleman (ed.), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to ‘The Concept of Law’*, Oxford University Press, 2001, pp. 410-434.

〔51〕 Neil MacCormick, “A Moralistic Case for A-Moralistic Law?”, *id.*, pp. 35-36.

〔52〕 然而,麦考密克也允许法律恰当地规制“正义的义务”的范围,因为这种义务在某种意义上更为重要。*Id.*, p. 35.

〔53〕 *Supra* note [6].

非分析任何概念或者将法律事实还原为其他更为根本性的事实。法律理论的目的是重构法律实践参与者的行为和自我理解,而且是通过以其最佳道德观点来审视该实践的方式加以重构。其结果是,一个法律理论越是能够更好地符合(fit)关于“法律从业者如何理解他们所参与之实践”的材料,同时又更好地为该实践提供了规范性证立,那么该法律理论也就越成功。^[54]

关于法理学方法论中的建构性解释的观点,一个担忧是,它可能并不会与概念分析或还原论方法真正冲突。毕竟,说明(或许是根据我们的法律概念说明)法律实际上是什么以及它如何运作,是一种方案,而说明我们应当如何设想法律以使法律实践能够得到最佳证立,却是另一种非常不同的方案。很可能我们关于“法律实际上是什么”的陈述告诉了我们一种事情(例如,法律的某些特征是必要的而其他的不是),而我们关于“法律应当像什么样以使法律实践能够尽可能地证立”的陈述却告诉我们以另一种相当不同的方式思考法律(例如,认为法律拥有不同的必要性质)。据此,有人已经主张,只有当建构性解释的观点否认前述其他类型的方法论观点所主张的东西——法律理论试图提供关于法律的实际性质(或者我们关于法律的概念)的说明(或许是某种特定类型的说明,例如还原论说明)——时,建构性解释的观点才与前述这些方法产生冲突。

一种拥护建构性解释的观点的方式,可能会通过否认为法律提供一种还原论说明的可能性,来否认某些其他的方法论观点所主张的东西。^[55]这种观点可能会主张法律是一种规范性实践,而规范性实践不能被还原为纯粹的非规范性事实而不失去其本质。作为回应,还原论者可能会否认法律实践实际上是规范性的(此时,寻求还原便不会存在问题),也可能会主张任何成功的还原都需要将法律事实还原为一系列包括规范性事实在内的事实(此时,某种版本的自然法理论便具有了吸引力)。

(二) 法律理论是否内在地是评价性的?

关于法理学方法论,第二个广为讨论的问题是:一阶法律理论是否内在地是评价性的?对于这第二个问题,上述关于一阶法律理论恰当目标的观点有着不同的推断结论。但是在对此进行说明之前,我们首先必须使相关问题更为清晰地展示在人们眼前。

1. 初步准备

人们可能会问,人们为何会对“法律理论是否内在的是评价性的”这个问题

[54] *Supra* note [6]; Stephen Perry, “Interpretation and Methodology in Legal Theory”, in Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press, 1995, pp. 129-131;也可参见论述“法律解释主义”的词条, <https://plato.stanford.edu/entries/law-interpretivist/>,最后访问日期:2020年3月7日。

[55] 欲了解相关讨论,可参见 *supra* note [38], p. 218.

产生兴趣。某些兴趣可能会追溯到这一怀疑性的担忧：意在成为纯粹描述性理论的法律理论实际上是在推行某种隐藏的观念性方案或政治性方案。^[56] 这一问题第二个有意思的地方可能来源于这种怀疑(或希望)：如果法律理论最终内在的评价是性的，那么这便是一项采纳某种版本的自然法理论的独立理由。然而，是否真的如此仍然是不确定的，因为初步看来，关于法律理论方法论的元问题(meta-questions)似乎独立于一阶的法律理论问题(例如，法律内容的决定性因素是什么)。此外，法律学者们可能是通过思考德沃金的下述论证而被吸引到这个问题上的：在法律理论化的评价性性质与法律自身的评价性性质之间存在紧密关联，使得法律的内容不可避免地(至少部分地)依赖于道德—政治考量。然而，无论究竟是何种动机使得人们参与到对“法律理论是否内在的是评价性的”的讨论之中，这一讨论都已经具有了独立的重要性，并且它本身就已成为一个成果丰硕的思想来源。

为了避免混淆，我们必须在几个方面对这里关心的问题加以澄清。因为，在许多并不存在争议的方面，法律理论似乎是或可能是评价性的；但是这些方面并非法理学方法论讨论中的核心。

首先，在许多无足轻重的方式上，法律理论如同关于任何其他主题的理论一样，不可能完全是价值无涉的。具体而言，如果不对“各种理论需要达到何种程度方才是一致的、简单的、清晰的、优雅的、全面的等”进行评价，人们似乎便无法参与到对法律的理论化这一事业中来。^[57] 尽管这意味着法律理论家必须从事某种形式的评价，但是在这种看法中，法律理论并无任何特殊之处，毕竟这些元理论性价值是判断关于任何主题的理论是否成功的标准。

其次，第二种似乎不存在争议的方式是，如果不确定法律的何种核心特征需要被说明，那么人们便不可能发展一种法律理论。^[58] 例如，约翰·菲尼斯主张，如果不对“法律的何种重要特征(例如，法律对权威的主张)是那个完整的理论需要说明的”这一问题表达立场，人们便不可能得出一阶的法律理论。然而，这看来是需要进行评价的。^[59]

但是，法律以这种方式而具有评价性，这似乎并不会存在太大争议。为理解其缘由，需要区分厚的评价性主张(thick evaluative claims)与薄的评价性主张(thin evaluative claims)，前者需要对某个事物的某种类型的道德善或者全

[56] 更多论述，请参见约翰·加德纳(John Gardner)对 Julie Dickson, “Methodology in Jurisprudence: a Critical Survey”, *Legal Theory*, vol. 10, issue. 3, 2004, pp. 117-156. 一文的介绍。

[57] Julie Dickson, *Evaluation and Legal Theory*, Hart Publishing, 2001, pp. 32-33.

[58] *Id.*, pp. 38-45.

[59] *Supra* note [4], pp. 9-15.

盘考虑下的价值进行判断,后者则无须如此。^[60] 因此,最为简单的厚的评价性主张拥有这种形式: X 在道德上(全盘考虑下)是善(恶)的。这种主张在其性质上可能也是可进行比较的,因此它们拥有这种形式: X 在道德上(全盘考虑下)比 Y 更为善(恶)。相反,薄的评价性主张所判断的是: 相对于某个既不具有道德上的规范性也不具有全盘考虑下的规范性的标准而言,某种事物发展得如何? 这种主张也无须预设任何厚的评价性主张。因此,薄的评价性主张的例子会包括“X 是重要的”或者“X 是有趣的”。据此,即便法律理论家必须作出薄的评价性主张以便能够发展一种一阶法律理论,也并不意味着他们必须作出厚的评价性主张以便从事这项工作。毕竟,人们能够构造一种理论来把握一系列被视为中心性的和重要性的法律现象,与此同时又依然能够在“这些现象是否自身便是有价值的”这一问题上坚持不可知论。

最后,法律理论能够原则上是评价性的第三种方式,同样不存在什么争议,它是由上一部分第(三)小节的规定性观点产生的。如果一阶法律理论的工作便是识别最值得我们适用的法律概念,那么我们说“得出的法律理论当然会是评价性的”便有一定的道理。然而,正如我们前面所看到的,规定性理论意在回答的问题不同于概念分析方法、还原论方法或者解释性理论所欲回答的问题。因此,在对“法律理论是否是评价性的”这一问题的讨论中,关键的不是法律理论是否原则上是评价性的,而是它是否不可避免地或必然地是评价性的。

现在我们能够完整地理解这里最有趣的问题了。具体而言,这一问题便是,关于既存法律实践之性质(或者我们的法律概念)的理论是否必然包含或要求关于法律的厚的评价性主张。即提供一种一阶的法律理论(无论这种法律理论是概念分析类型的、还原论的还是建构性解释类型的),是否要求接受关于下述问题的主张: 法律或法律的某些特征具有怎样的价值? 这是本词条剩余部分要讨论的问题。

2. 在相关意义上,法律理论是否是评价性的?

对第二部分第(一)小节中所论问题的某些回答会主张,从“为拥护某些法律理论,需要对法律作出厚的评价性主张”这一意义上讲,这些法律理论是内在的评价性的。正如我们将要看到的,方法论中的建构性解释观点最为支持这种看法。相反,对第二部分第(一)小节中所论问题的其他回答则并不会明显地得出这种结论: 一阶的法律理论要求其支持者们作出厚的评价性主张。法理学方法论中的概念分析观点和还原论观点尤为如此。至少表面来看,这两种观点似乎都承认存在对法律的纯粹描述性说明,即这样一些说明,它们未对法律做任

^[60] 这一区分大致可回溯到朱莉·迪克森(Julie Dickson)对直接的评价性命题与间接的评价性命题的区分。参见 *Supra* note [57], pp. 51-55。

何道德上的或全盘考虑下的评价就把握住了法律的核心特征。毕竟,人们可能认为,某个特定的说明能够很好地把握某个广为接受的法律概念,但它却并不明显地要求人们说这种概念下的法律是善的。类似的,人们可能支持将法律事实还原为某类更具根本性的事实(例如某些社会事实),而这种还原并不要求人们认为法律是有价值的或能够在道德上得到证立的。

其结果是,至少在表面看来,概念分析观点和还原论观点似乎都认为存在纯粹描述性的一阶法律理论。如果要支持相反的结论,人们就需要一些论证。因此,让我们考虑一些突出的论证,它们认为法律理论在其性质上必然是内在的评价性的。^[61]

(1) 源自法律功能的论证

为了得出“在相关意义上,法律理论必然是评价性的”这一结论,一个核心的论证来源于这一观点:理解法律是什么,要求在“它服务于什么功能”这一问题上采取一定的观点。^[62]而且,人们可能认为在下述意义上,功能是评价性的:将一项功能赋予某事物便是支持某个标准,人们能够根据该标准判断该事物是否成功。以这种方式,人们可能认为法律理论也是内在的评价性的。

尽管这种思路合理地表明法律理论要求接受某种评价性主张,但它并未明显地表明法律理论必然包含厚的评价性主张。^[63]“X的功能是F”这种形式的主张会被自然地归类于“X是重要的”(或更为具体的,“X相对于某个目的Y是重要的”)这种薄的评价性主张。据此,主张“法律的功能是F”,并不明显地要求对法律作出厚的评价性主张。毕竟,这一点并不清楚:将一项功能赋予某事物,为何会要求相信“实现该功能在全盘考虑下或道德上是善的”?因此,将一项功能赋予法律,并不要求作出任何厚的评价性主张。

(2) 源自内在观点的论证

支持将法律理论视为在相关意义上是内在的评价性理论的第二个自然的论证,依赖于这一观点:任何适格的法律理论必然考虑法律从业者倾向于对法律采取的内在观点。更为具体地讲,对法律采取内在观点便是对法律采取某种类型的支持态度,将它视为在某种意义上证立了行动或为行动提供了理由。^[64]

[61] 欲了解相关概述, see *supra* note [7], pp. 122-35.

[62] *Supra* note [59], pp. 12-17; Stephen Perry, “Interpretation and Methodology in Legal Theory”, in Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press, 1995, pp. 114-120.

[63] *Supra* note [59], pp. 114-125.

[64] *Supra* note [23], pp. 96-97; Stephen Perry, “Interpretation and Methodology in Legal Theory”, in Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press, 1995, pp. 99-100;也可参见论述“法律实证主义”的词条, <https://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>, 最后访问日期:2020年3月7日。

而且,通常认为,大量关键性的法律实践参与者必须对该实践采取内在观点,以保证该实践能够被真正当作法律。人们可能认为,这是任何适格的法律理论都必须予以考虑的事实。据此,既然内在观点包含一种对法律的肯定性评价,既然任何适格的法律理论必然将这种观点考虑在内,那么人们便可能推导出,任何适格的法律理论本身必然是内在的评价性的。^[65]

然而,并不清楚的是这种论证是否成功。毕竟从原则上讲,人们能够对“何种类型的考量得到了法律从业者的支持以及为何如此”进行说明,而无须自己也支持这种考量。类似的,一阶法律理论能够合理地说明“法律从业者倾向于对他们法域中的法律采取内在观点(支持该法律)”,而无须主张任何法域中的法律(或一般意义上的法律)都是有价值的或能够被证立的。据此,便不能清楚地主张:如果一个法律理论不对法律作出任何厚的评价性主张,那么原则上它便无法把握法律从业者对法律采取的内在观点。

(3) 源自解释的论证

或许,为“法律理论是内在的评价性的”这一观点提供的最有影响力的论证源于这一观点:法律理论是一种德沃金意义上的解释性事业。^[66] 说法律理论是一种解释性事业便是主张,对法律是什么的全面理解要求将法律建构为它能够成为的、它所属于的那类东西的最佳事例。而且,人们可能认为,为了将法律实践建构为它所属于的那类东西的最佳事例,就需要对法律作出厚的评价性主张。^[67]

有人可能试图以两种方式回应这一论证。一种自然的(尽管最终是不成功的)回应是,将某事物建构为它所属于的那类东西中它能够成为的最佳事例,并不要求将那类东西当作是善的。说伯尼·麦道夫(Bernie Madoff)是历史上(一段时间内)最好的骗子,并不要求赞成欺骗。其结果是,说法律必须如此这般以成为它所属的那类东西的好的事例,并不要求作出任何厚的评价性主张。但是,在另外一种更为深入、更有意思的意义上,德沃金的观点使得法律理论是内在的评价性的。对于德沃金而言,法律理论是一种解释性事业,而为法律实践提供一种建构性解释便要求以其最佳的道德观点对法律实践进行建构。因

[65] 例如,人们可以在 Stephen Perry, “Interpretation and Methodology in Legal Theory,” in Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press, 1995, pp. 121-25 和 Wil Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, 1994, pp. 423-28 中找到这种论证的多个版本。

[66] *Supra* note [6]; 对其批判,可参见 Julie Dickson, *Evaluation and Legal Theory*, Hart Publishing, 2001, p. 105; Andrei Marmor, *Philosophy of Law*, Princeton University Press, 2011, pp. 126-30.

[67] 参见论述“法律解释主义”的词条, <https://plato.stanford.edu/entries/law-interpretivist/>, 最后访问日期:2020年3月17日。

此,提供一种对法律实践的解释,会要求在“这些可能的建构法律实践的方式中,哪种方式在道德上比其他方式更好”这一问题上采取一定的立场。当然,这并不必然要求主张,在任意特定的建构中,法律是完全善的。但是它的确要求至少法律实践的某些建构会在道德上比其他建构更好。这看起来是一个厚的评价性主张,尽管是一个比较级的厚评价性主张。而且,如果人们在“什么会使得法律实践的一种建构在道德上比另一种建构更好”这一问题上没有一个观点,那么便不可能作出这样一种比较性的判断。因此,至少在这种意义上,将法律理论作为一种德沃金意义上的解释性事业,会使得法律理论在我们当前关注的意义上成为内在的评价性的。

据此,如果有人想要坚持“纯粹描述性的一阶法律理论是可能的”,那么一个更好的、回应源自解释之论证的策略便是质疑其关键性前提,即法律理论必然是一种德沃金意义上的解释性事业。如果某个支持源自解释之论证的人想要主张这一前提,那么就需要为它提供某些理论上的说明。即需要提供某些论证来说明,为什么我们应当认为理解法律要求给予法律一个建构性解释。如此,对源自解释之论证的批评就可能主张,这种论证的支持者们并未为该论证所极度依赖的这一前提提供一个理论上的说明。

这里可能提供的一个理论上的说明是,既然社会实践必然包括沟通,而理解任何形式的沟通都必然包含对言说者之主张的解释,那么理解法律这一社会实践便必然包含对法律的解释。然而,这一理论上的说明太过急切了。即便理解任何社会实践都要求这种类型或那种类型的解释,但是这并不会得出,这一解释要求一种德沃金意义上的建构性解释——为实践识别出这样一种解释,它将该实践放在其最佳的道德观点下予以审视。^[68]但是毫无疑问,这后面一项主张是支持源自解释之论证的人需要确立的,以得出他们想要的结论,即法律理论是内在的评价性的。

据此,我们似乎处在了这样一种二分境地。“在相关意义上,法律理论是否内在的是评价性的”这一问题依赖于“源自解释的论证是否成功”。而这一论证是否成功又依赖于其关键性前提,即这一主张:理解法律必然要求给予法律一种建构性解释。如果能够为这一主张提供一个不存在疑问的支持性论证,那么便有理由认为法律理论在性质上必然是评价性的。相反,如果不能为“理解法律要求一种建构性解释”这一想法提供一个不存在疑问的支持性论证,那么人们便能够坚持存在纯粹描述性的一阶法律理论。

当然,即便源自解释的论证失败了而纯粹描述性的法律理论是可能的,“试图为法律实践提供一种建构性解释”依然会是一项值得从事的事业,而这种事

[68] *Supra* note [7], pp. 127-128.

业的结果也确实会是一种部分评价性的理论。然而,这两种类型的理论并不会真正地相互冲突,因为它们会被用来回答不同的问题。因而最终,“方法论上的多元主义”可能是对法理学当前状况最恰当的定性。

(审稿编辑 谢可晟)

(校对编辑 潘程)