

法律不确定性命题

——一个问题史的考察

周国兴

内容提要:法律不确定性命题是在各流派的相互批判与辩驳的过程中不断演化和推进的。法律现实主义在对法律形式主义的反动中确立其法律不确定性命题;其理论面向上的承继者批判法律研究运动在与哈特、德沃金提供的旨在克服法律不确定性问题的两种不同方案的辩驳中论证其不确定性命题;而其经验面向上的承继者新法律现实主义则在批评批判法律研究运动理念化倾向的基础上论证其经验性研究进路。法律不确定性命题体现出来的实际上是一种“建设性的怀疑主义”,是一种对现实的确定性的寻求。

关键词:法律现实主义 法律不确定性 确定性

周国兴,吉林大学法学院博士研究生。

一 引论:研究意义和结构安排

在美国,“人民而非非选举产生的法官选择治理他们自身的规则,司法审查有利于加强而非削弱代议制民主,美国政府是法治政府而非人治政府”^[1]这样三个传统理念一直激励着美国人民。然而,兴起于20世纪二三十年代的法律现实主义运动对法的确定性的质疑却向这些理念提出了挑战,并且直接指向了司法判决/法/法治的正当性问题。在正统观念看来,司法判决的正当性^[2]取决于法官严格地适用法律而非创造法律,只有法官适用法律的范围完全受限或被限制在一个比较窄的范围内,司法判决才是正当的。但是,在法律现实主义者看来,此种正当性的基础在于法官正确适用法律,而法官正确适用法律的前提在于法律自身必须是确定的,因而无法避免如下追问:司法判决中是否存在不道德的现象,司法判决是否反映了法官的个人偏好或政治意识形态等与法律无关的因素?正是在这个意义上,法

[1] William W. Fisher III, Morton J. Horwitz, Thomas A. Reed (eds.), *American Legal Realism*, (New York/Oxford: Oxford University Press, 1993), pp. xiv - xv.

[2] 这里的正当性是古典政治哲学意义上的,说一个司法判决是正当的,那就意味着公民有遵守和服从该判决的道德义务。此种正当性不同于社会学意义上的正当性概念,社会学意义上的正当性概念探究的是如下因果关系问题:法律体系如何引致对其权威的信仰以及对其法则的服从?

律现实主义者所掀起的现代意义上的不确定性命题凸显出了其重要意义,法律的不确定导致法的正当性的丧失,法律并未充分限制法官,因而司法判决通常是不正当的,我们必须到法律之外寻找司法判决、法律乃至法治的正当性基础。^[3]

细致地考察法律不确定性命题的生成与发展,将法律不确定性命题置于其所处的问题史脉络和理论传统中进行描述与分析,一方面可以使我们明晰法律不确定性命题在其问题史中的历史演变及其确证方式;另一方面,也可以使我们看到,主张法律不确定性的这些流派与传统之间的差别并没有我们通常认为的那么大,法律不确定性命题体现出来的实际上是一种“建设性的怀疑主义”,是一种对现实的确定的寻求。

由此,本文将在第二部分考察美国法律现实主义运动的不确定性命题,主要分析法律现实主义运动如何在对法律形式主义的反动中确立其法律不确定性这一核心命题。第三部分将考察法律现实主义理论方面的嫡系继承人——批判法律研究运动——如何站在前人的肩膀上确证其不确定性命题。第四部分将剖析法律现实主义经验方面的承继者——新法律现实主义——对其不确定性命题所蕴含的实用主义进路的承继与推进。在结论部分,本文将揭示出法律现实主义及其承继者旨在通过为具体法律争议中的法律不确定性问题提供现实的解决方案,从而实现法律的确定性,并进而通过法律的确定性实现对法律的确信,最终实现对未来的确信这一根本理论诉求。

在展开本文的正式讨论之前,需要对如下问题做出说明。首先,尽管如托依布纳所言,“法律的不确定性像法律本身一样古老”,^[4]但本文所讨论的不确定性问题,主要指始于美国法律现实主义运动的一种看待法律的视角,包含如下几层含义:^[5](1)诸如立法、先例、习惯、学者的学说等形式上的法律权威在法院的判决中并无绝对的约束力,司法权力的行使甚至可能会与这些权威相互冲突;(2)权威性的渊源本身就可能包含了模糊不清且相互冲突的原则;(3)法律并非固定的和客观的,而是不确定的、主观的,法官必定会严格遵循规则只是一种幻想;(4)必须在权威性渊源之外的社会现象中寻找解释司法过程的因素。其次,本文主要针对的是美国的法律现实主义运动,对20世纪法律现实主义的另一脉——斯堪的纳维亚法律现实主义暂不涉及,但这并不表明笔者认为斯堪的纳维亚法律现实主义是不重要的。^[6]最后,本文是在“具有某种相似的理论旨趣或理论性情”的意义上将美国法律现实主义、美国批判法律研究运动以及新法律现实主义关联起来的,是在他们都共同关注法律不确定问题的层面上将它们置于相同的理论脉络之中的,但这并不意味着笔者无视这些理论流派或运动内部存在的理论分歧以及各理论运动彼此之间的分歧。

[3] 参见 Ken Kress, “Legal Indeterminacy”, 77 *California Law Review* (1989), p. 285.

[4] [德]贡塔·托依布纳:《法律:一个自创生系统》,张骥译,北京大学出版社2004年版,第113页。

[5] 参见 James E. Herget, “Unearthing the Origins of a Radical Idea: The Case of Legal Indeterminacy”, 39 *The American Journal of Legal History* (1995), p. 60。就此而言,关于法律不确定性的讨论必然关涉到法律与道德领域的客观性问题。根据布赖恩·莱特,法律的客观性是指“合理的确定性”,也即各种法律理由集合在一起能够证明唯一答案的正当性,包含形而上学与认识论两个维度,其一,只要在法律问题上存在正确的答案,法律就具有形而上学意义上的客观性;其二,只要发现正确答案的机制不受可能阻碍该正确答案的各种歪曲因素的影响,法律就具有认识论意义上的客观性。参见[美]布赖恩·莱特编:《法律和道德领域的客观性》(影印本),中国政法大学出版社2003年版,第3页。

[6] 关于斯堪的纳维亚法律现实主义及其与美国法律现实主义的比较,参见 Gregory S. Alexander: “Comparing the Two Legal Realisms—American and Scandinavian”, 50 *The American Journal of Comparative Law* (2002), pp. 131-174.

二 法律现实主义对确定性命题的批判

法律现实主义者是在对以兰代尔为代表的法律形式主义的批判与反动中确立其自身的,因而有必要在讨论其法律的不确定性命题之前首先讨论法律形式主义的确定性命题。^[7]

(一) 法律形式主义的确定性命题

通常认为,依循兰代尔的法律科学观,法律形式主义将做出司法判决的过程视为一个科学的、演绎推理的过程:待决法律案件受到先前存在的法律权威的支配,法官根据先前存在的权威推论出当前待决案件的正确答案。在这种形式主义的视角下,只要有确定的事实,就一定能确定应适用的法律,从而得出一个正确且唯一的判决,法官客观地判案,他的判案过程仅仅是通过对一个明确的、连贯一致的法律规则体进行演绎推理而得出正确解决方案的过程。换言之,法律推理是一个三段论过程,经由历史或逻辑清晰确立的规则或先例是大前提,特定的案件事实是小前提,最终得出的清晰判决是结论。一旦法官做到了这一点,他就能确定、统一地判决案件。^[8]

可见,根据法律形式主义的看法,只要建立一套完整、精密和恒定的规范体系,就能确保法律普遍、稳定和永久地存续下去。换言之,法律形式主义预设了“答案经由演绎推理而获得,答案必须正确,且唯一正确”,^[9]其核心论点可以概括为,法律是理性的、确定的;判决的过程是机械的、演绎的过程,法律推理是自动的。各种法律理由相结合足以为一个唯一的结果做辩护,所以,在得出判决结论时根本不用诉诸非法律因素。^[10]

(二) 法律现实主义的反动

现实主义者的法律不确定性命题针对法律形式主义的上述核心观点,提出了两项针锋相对的主张:适用演绎推理原则并不曾(也不能)单独决定特定案件的结果,司法判决并不是“根据一个封闭的法律体系进行的理性演绎”。^[11]具体来说,法律现实主义的不确定性分析包含两重论证:法律(规则)自身的不确定性与关于规则与事实之解释的不确定性。

法律现实主义者的第一个核心论题是:法律本身就由相互冲突的规则组成,法官判案时总是必须在“许多规定同一问题,却会引致相反结果的互竞规则”间做出选择。^[12]在他们看

[7] 需要注意的是,“近一些年来,很多学者都已经指出,弗兰克、卢埃林等法律现实主义者在美国法理学中虚构了一个霍姆斯反抗兰代尔形式主义教义的神话,夸大了兰代尔法律学说的缺陷,甚至丑化兰代尔本人的形象,以此来反衬霍姆斯作为一个敢于反对法学院教条主义的叛逆英雄形象的伟大,从而为现实主义法律理论攫取了有利的合法性支持。”柯岚:《霍姆斯的司法哲学及其影响》,载邓正来主编:《西方法律哲学家研究年刊》(总第1卷),北京大学出版社2006年版,第174页。但是,无论兰代尔本人的形象是否被扭曲,都不能否认法律形式主义传统的存在。

[8] 参见 John Hasnas, “Back to the Future: From Critical Legal Studies Forward to Legal Realism, or How Not to Miss the Point of the Indeterminacy Argument”, 45 *Duke Law Journal* (1995), p. 87.

[9] [美]卡尔·卢埃林:《普通法传统》,陈绪纲等译,中国政法大学出版社2002年版,第254页。

[10] 参见陈锐:《法理学中的法律形式主义》,《西南政法大学学报》2004年第6期,第4页。

[11] John Hasnas, “Back to the Future: From Critical Legal Studies Forward to Legal Realism, or How Not to Miss the Point of the Indeterminacy Argument”, p. 88.

[12] 参见 Andrew Altman, “Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin”, 15 *Philosophy and Public Affairs* (1986), p. 208.

来,这些互竞规则中的任何一个规则的模糊性都可能影响案件的判决结果。任何一个单一案件都可能会由于规则的模糊性而存在多重的不确定性。

法律现实主义者的第二个核心论题是:法官对规则和事实的解释具有不确定性。在法律现实主义者看来,法官总是可能对涉讼案件的案件事实和可适用的规则范围做出或宽或窄的解释,从而可能做出相互冲突的判决结果。这一方面是由于,表达规则之语言的模糊性(例如,“合理的”、“正当程序”、“公平价值”等)为法官根据自己欲求达到的结果或宽松或严格地理解规则本身提供了机会;另一方面是由于,由法官自己来概括案件事实并决定不同具体事实与案件的相关性。^[13]

就规则的解释而言,法律现实主义运动的领军人物卢埃林认为,不确定性首先来源于同时存在关于先例及制定法的均合法却相互冲突的权威解释。由于法官拥有偏离先例的权限,从而能通过解释重新限定先前案件中的判决和附带意见,事实上,这种偏离使得法官重写了先前案件判决所确立的法律规则。其结果是,后来的法官总会发现之前的先例判决既有能适用于当前待决案件的合法规则,也能从另外的先例判决中发现与之相反的规则。因而,后来的法官总是面临着这样一个不确定的困境:他必须在这些互竞的规则中做出选择以判决当前的待决案件,然而,尽管所有的先例都暗示了一组可适用的规则,但是,在任何案件中都存在相互冲突的规则会引致相反的结果。^[14]此外,更为紧要的是,在普通法制度中,这些不相容的规则中的哪一个或哪一些规则将决定案件的结果,是不确定的,这是由于,关于先例的判决与附带意见是否均能对后来的待决案件具有约束力,普通法制度的态度也是双重的:既支持宽松的遵循先例原理,也支持严格的遵循先例原理。^[15]具体来说,宽松的先例原理将过去的判决意见的所有言辞都认为是法律(不论是判决还是判决的附带意见),或者,认为判决意见中“法官选择用以决定案件的要点和法官通过合理论证而选择放弃的要点”都是法律。宽松的先例原理是一种利用可以支持当前案件的先例的技巧。^[16]与之不同的是,严格的先例原理是用来削减不能支持当前待决案件的先例约束力的技巧,也就是将当前待决案件与先例区别开来的技术。严格的先例原理认为附带意见对后来的待决案件没有约束力,先例所创立的规则只能适用于具有精准相关性的案件事实。从而,在每一个事实情境中,法官通过援引宽松的或严格的先例原理,都可以对相关先例所创立的规则进行至少两种不同的解释,适用不同的解释会产生不同的结果,且这些结果之间是彼此矛盾的。因此,先例原理有两个头,它是杰纳斯的脸,它“并非是一个原理,也不是一条原理的路线,而是两个原理,这两条路线同时适用于相同的先例,但是这两个原理又是彼此冲突的。一个原理是要清除那些被认为是棘手的、麻烦的先例,而另一个原理则是要利用那些看起来有助益的先例。只有你看到这个行动中的学说的这一双面性,你才会具体感受到,你能够预测到的、仅仅从规则中获得的东​​西是多么的少;你才会感受到,为了预测的目的,你必须在多么大的程

[13] 参见 John Hasnas, “Back to the Future: From Critical Legal Studies Forward to Legal Realism, or How Not to Miss the Point of the Indeterminacy Argument”, pp. 88 - 89.

[14] 参见 Karl Llewellyn, “Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound”, 44 *Harvard Law Review* (1931), p. 1222, p. 1252.

[15] 参见 Karl Llewellyn, *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study*, (New York: Oceana Publications, 1960), pp. 61 - 69.

[16] 参见 Karl Llewellyn, *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study*, pp. 67 - 68.

度上转向考察法官为了应对事实以及应对围绕在法官周围的生活而采取的行为”。^[17] 通过上述论证,卢埃林打破了一直以来在遵循先例原理与法的确定性间虚幻的必然联系,“认为先例产生了……确定性……的人们并不了解他们生活于其中的先例制度。”^[18]

可见,卢埃林等规则怀疑论者在规则背后寻找法律不确定的缘由,并试图在规则背后的社会因素中寻求更大的法律确定性。与此同时,美国法律现实主义运动心理学一脉的代表人物弗兰克则走得更远,他把导致法律不确定性、司法判决之不可预测性的原因主要归结为法官对案件事实之解释的不确定性——“事实”仅仅是法官认为是的东西,判决会随着法官对事实的理解而变动。也就是说,在我们所谓的“有争议的”案件中,规则并不产生判决的一致性,而仅仅产生包含规则的那部分意见的一致性。尽管在他看来,“无论正式法律规则多么简明或精确,无论在那些正式规则背后可以发现多么大的一致性,然而,因为判决依赖的各种事实的难以掌握,在大部分(不是所有)还未开始诉讼或还未审判的诉讼中,预测未来的判决是不可能的,并将一直是是不可能的。”^[19] 但是,他依然主张,事实怀疑论者首先是一个规则怀疑论者,他们也通过规则怀疑主义来洞见“书面规则”,并且与规则怀疑论者一起,关心影响了法院判决、可法院的司法意见却未给予关注的各种因素。他并不否认法律规则的一般指导意义,所希望的是在规则中注入大量的司法处理权因素,以实现“看得见的正义”。他试图在怀疑规则和事实的确定性这一基础上,为司法正义寻求更大的确定性。

由上可知,尽管法律现实主义的不确定性命题始于对法律形式主义之确定性命题的反动与批驳,但是,他们在一定意义上仍是规则中心的,是一种“建设性的怀疑主义”(弗兰克语)。一言以蔽之,他们不反对理想的法律确定性,只不过他们寻求的是一种更为现实的确定性,试图“在律师和法官们的操作性技术之中、在一些特定的判例的事实之中以及在‘现实生活规范’之中,发现‘法律确定性’的一些其它道具”。^[20]

[17] 杰纳斯,罗马神话中的双面神,有着朝正反两个方向的两张面孔。Karl Llewellyn, *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study*, p. 68. 在这里,卢埃林将思考法律问题的参照中心从规则转移到了行为,关于卢埃林对规则中心的批评,参见 Karl Llewellyn, “A Realistic Jurisprudence—The Next Step”, 30 *Columbia Law Review* (1930), pp. 438-441. 需要说明的是,尽管卢埃林背负着“规则怀疑论”的标签,但实际上,他并不怀疑理想规则本身对人的行为以及法官判案的指引作用,他的不满只是在于,现实中的规则是如此糟糕以至于不能有效地发挥其应有的指导作用。这种理想和现实之间的矛盾,也正是卢埃林主张“应然与实然暂时分离”的根本缘由所在,因而,卢埃林并非像许多评论者所认为的那样,对于善、美、正当等应然问题不关心,他的这种暂时不关心是法官所面临的“现实”使命所致——法官必须首先解决现实的纠纷。关于卢埃林的有限规则论,参见[美]卡尔·卢埃林:《普通法传统》,第211-217及第387-388页。

[18] Karl Llewellyn, *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study*, p. 69.

[19] [美]杰罗姆·弗兰克:《〈法与现代心智〉第六次印刷序言》,于晓艺译,载邓正来主编:《西方法律哲学家研究年刊》(总第1卷),第309页。在该序言中,弗兰克针对一些批评者将现实主义者视为一个同质学派的误解而提出规则怀疑论和事实怀疑论的区分。他认为,在两派之间存在着明显的不同:以卢埃林为代表的“规则怀疑论者”,致力于更大的法律确定性,即认为通过在书面规则的背后可以发现一些描述实际司法行为一致性、与恒常性的真实规则,并且那些真实规则将用作更可靠的预测工具,对未来诉讼结果产生大量的行之有效的可预测性,因此律师应该能够在大多数还未开始的诉讼中向当事人预测判决;事实怀疑论者认为,无论正式法律规则多么简明或精确,无论在那些正式规则背后可以发现多么大的一致性,然而,由于判决依赖的各种事实的难以掌握,在大部分(不是所有)还未开始诉讼或还未审判的诉讼中,预测未来的判决是不可能的,并将一直是是不可能的。

[20] 刘剑:《追求一种现实的法律确定性——简评卡尔·卢埃林〈美国判例法体系〉》,载邓正来主编:《西方法律哲学家研究年刊》(总第1卷),第332-333页。另参见葛洪义、陈年冰:《法的普遍性、确定性、合理性辨析——兼论当代中国立法和法理学的使命》,《法学研究》1997年第5期,第82页。

三 批判法律研究运动的不确定性命题

批判法律研究运动作为美国法律现实主义的一个嫡系继承人,与法律现实主义在问题关注的焦点上自然也具有家族相似性,在法律不确定性命题上尤其如此。但是,二者论证的方式不同。法律现实主义运动在对法律形式主义的反动中确立起自身的不确定性命题,与此不同,批判法律研究运动的不确定性命题是在与两种关于法律不确定性问题的解决方案——一是哈特在形式主义和规则怀疑论之间所建立的中间道路,二是德沃金的规则—原则—政策模式——的反复辩驳中确立起来的。本部分将首先讨论哈特所提供的中间道路及其受到的批评,然后分析德沃金所提供的方案如何在利用不确定性命题确证原则模式的同时尝试着解决法律的不确定问题。最后讨论批判法律研究运动如何通过批判而确证自身。

(一) 哈特的中间道路

与法律现实主义认为法官总是面临相互冲突的规则、从而案件的结果总是具有不确定性不同,哈特认为案件的不确定性是由自然语言的开放结构所致,在这样的案件中,即便我们不能确定案件的结果,但是仍然能够确定可以适用的规则。不确定性只存在于少数比较边缘的案件当中。哈特在承认法律现实主义不确定性命题的三个基本主张的同时,对每一个主张都做了修正,以表明法律不确定性并不如现实主义者主张的那样普遍,从而试图在法律形式主义和法律现实主义之间寻求一条中间道路。^[21]

首先,哈特承认,尽管“并没有单一的方法可以制定出一项规则来规定哪个判决先例是权威”,但是,“我们从大多数已判决的案例中所找出的判决先例,几乎是无人会加以质疑的。而我们从附注中可以找到的应该都是正确的判决先例无疑”。^[22]然而,在批判法律研究运动的倡导者看来,哈特的此种限定实际上是主张判决附注提供了关于正确规则的准确表述,而法律现实主义者恰好主张并不存在“正确的规则”,从而也不存在某个规则“足够正确”的标准。因而哈特的此种限定并不能证明现实主义者的分析是错误的。^[23]

其次,哈特承认,“对于任何将要从个案中抽取出来的规则而言,并没有任何权威的或独一无二的正确表述方式。”但是,“当判决先例与后来个案中的议题相关时,人们对于什么样的规则表述方式可以从判决先例中撷取出来,以适用于目前的个案,通常存在普遍的共识。”^[24]在这里,哈特实际上是说,律师可能就一个规则的精确阐释方式会有分歧,但是仍然会就一个案件的正确结果达成一致,因而也能够接受一种在特定情形下对此规则持骑墙态度的阐释。然而,批判法律研究者指出,即使对案件结果和适用规则的粗略陈述存在一般性的一致,人们赞同案件结果也不能证明人们同意是规则决定了该案件结果。现实主义的核心要旨是,通常情况下,人们对结果的一致意见或对规则的一致意见之所以能证明该结果的正当性,这并不是因为人们一致认为该规则决定了该判决结果,而是由于人们一致赞同某些更为基本的政治价值选择——这些政治价值隐秘地影响法官的判决,但法官的判决意见对此避而不谈。现实主义者并不否认存在广泛的一致意见,他们否认的只是一致意见能通过

[21] 参见[英]韦恩·莫里森:《法理学:从古希腊到后现代》,李桂林等译,武汉大学出版社2003年版,第401-404页。

[22] [英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》(第二版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第129页。

[23] 参见 Andrew Altman, “Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin”, p. 210.

[24] [英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》(第二版),第129页。

法律的确定性而得以解释。^[25]

最后, 哈特承认尽管法庭总是要限缩或扩张先例所确立的规则, 但是, 先例制度却产生了“一整个规则体系, 其中大量的规则(有较重要的也有较不重要的)与任何成文法的规则一样地确定”。^[26] 然而, 在批判法律研究者看来, 哈特仍然没有击中法律现实主义之不确定性命题的要害: 即使每一个规则在人力所能及的范围内尽可能精准, 但法律体系内仍然存在大量可供法官在诉讼案件中选择适用的互竞规则。

(二) 德沃金式的解决方案

然而, 法律现实主义的不确定性命题主要关注的是法官必须在互竞的法律规则间做出选择。这就使得德沃金式的如下批评成为了可能, 即, 法律不仅仅是规则, 而且也是规则所表达的伦理原则和理想, 正是这些原则和理想指引法官确定案件的结果。^[27]

实际上, 德沃金主义者运用现实主义的不确定性命题来论证其原则模式: 如果法律仅仅是诸多规则的集合, 它就会遭遇现实主义者所设想的广泛的不确定性; 如果法律的不确定性达到一定程度, 那么法官就不仅仅是在边缘案件中, 而是在所有案件中“立法”。如此一来, 法官就可能违背只适用既存法律这一制度性义务而总是在创造法律, 我们必须面对如下抉择: 要么将原则和政策作为法的组成部分, 从而控制(甚或根除)仅将法律视为规则集合所导致的不确定性, 要么承认普通法审判本身就是不正当的。^[28] 由于德沃金已经预设了普通法审判的正当性, 因而他提出的替代方案是唯一的: 必须把伦理原则和政策理解为法律的一部分, 这些原则和政策对法官有约束力, 我们必须意识到“一项法律义务可以由一群原则设定, 正如它可以被一项已经存在的规则设定一样”。^[29] 相关的法律规则相互竞争的时候, 正是这些原则指引法官决定案件的结果。那么, 当指引法官决定案件的原则之间发生冲突时, 又由什么来确定适用哪一个或哪一些原则呢? 在德沃金看来, 各个不同原则的分量不同, 手边案件的正确结果是由分量重的原则所决定的。^[30]

正是在如何处理相互冲突的原则这一问题上, 批判法律研究者与德沃金发生了分歧。在他们看来, 德沃金将原则和政策视为法律的一部分实际上削弱了其将法律从不确定性中拯救出来的努力, “引入原则不过将法律不确定性与司法选择的发生地推向了另一舞台”。^[31] 批判法律研究者对德沃金的批评主要是基于德沃金所预设的总原则而展开的。

其一, 当德沃金试图通过原则的不同分量来解决原则间的相互冲突这一问题时, 他实际上假设存在某种总层面的原则以确定适用给定案件的各个原则的适当分量。^[32] 在德沃金看来, 关于既存的特定法律的最佳理论^[33] 提供了可适用于任何给定案件的特定原则的分量。由此, 在权衡可适用于手边案件的各个原则的不同分量时, 法官并不是诉诸直觉, 而是必须相信存有

[25] 参见 Andrew Altman, “Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin”, pp. 210 - 211.

[26] [英] H. L. A. 哈特:《法律的概念》(第二版), 第 130 页。

[27] 参见[美] 罗纳德·德沃金:《认真对待权利》, 信春鹰、吴玉章译, 中国大百科全书出版社 1998 年版, 第 40 - 48 页。

[28] 参见 Andrew Altman, “Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin”, p. 212.

[29] [美] 罗纳德·德沃金:《认真对待权利》, 第 68 页。

[30] 同上, 第 45 页。

[31] Andrew Altman, “Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin”, p. 217.

[32] 参见 Andrew Altman, “Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin”, pp. 217 - 218.

[33] 在德沃金看来, 特定既存的法律包括被一个法律共同体共同接受为权威的法律规则和原则。而最佳理论是最可为之辩护的伦理和政治理论, 其与上述法律规则和原则相融贯, 且能证明上述法律规则和原则的合理性和正当性。参见[美] 罗纳德·德沃金:《认真对待权利》, 第 97 - 98 页。

某种更高的原则以确定一个原则的分量比另一个原则重,他至少必须尝试去概括和表达那个更高的原则是什么。而在批判法律研究运动的拥护者看来,并不存在指定各相互冲突的原则之不同分量的总原则。“我们能够区分一方比另一方更为看似合理的特定事实情景。难以理解的是,并不存在可供使用的总原则去正当地解释到底是何种特定事实情景使一方[而不是另一方]成为一个成熟的解决方案。”^[34]

其二,与对“总原则”预设的批判紧密勾连在一起的是,“既存的特定法律”实际上是社会各利益集团间意识形态斗争的暂时性的和偶然性的结果,在这种意识形态斗争中,关于正义、善、社会和政治生活等互竞的观念得以调和、删减或者调整。这就意味着,既存的特定原则中不仅包含着互竞的原则,而且这些互竞原则的分量与适用范围并不是由旨在施行秩序或和谐的总层面的哲学原则所确定,而是由意识形态权力斗争所确定。既存的特定法律作为一个整体及其每一个部分,都代表了一种意识形态冲突的结果。^[35]

(三) 批判法律研究运动的不确定性命题之论证

任何批判都不是,也不应当是为了批判而批判,批判法律研究运动的批判尤其如此。在对德沃金之元原则预设进行彻底的剖析和批判之后,批判法律研究运动的倡导者们通过两条不同的路径——拼凑物论证和基本冲突论证^[36]——各自论证了法律不确定性命题。

第一,关于拼凑物论证。这种论证路径旨在通过将原则的起源这一因果命题同对法律进行连贯一致的、理性的重构的可能性这一逻辑命题相勾连,从而证明法律就像一块拼装而成的被子,是内在地不连贯的,从而也是不确定的。在他们看来,原则是互竞的社会群体和社会观点间意识形态斗争的偶然的、不稳定的调和,因而“如果那些原则体现了一种连贯一致的合理性的话,那将是令人惊讶的”。^[37]

第二,关于基本冲突论证。与拼凑物论证强调始于意识形态斗争的不一致性不同,基本冲突论证强调的是内在于个体法律制定者和我们每一个人的不一致性。“在我们之间或者在我们自己的内心,我们被划分为不可调和的个人和社会,被划分为对我们共同的将来有极端不同向往的个体。”^[38]这种冲突存在于诸如利他主义与个人主义间的矛盾这样的心理学上的模糊状态之中,反映出了人与他人融合的欲望同保持自身独立性的欲望之间、承认人自身的社会建构性同表达自身的个性之间、社会的培养与其对服从的要求之间的基本矛盾,简而言之,个人自由既依赖于共同体,又与共同体不相调和。这种基本冲突在法律问题中体现为四种二元对立:规则与标准、利他主义与个人主义、客观主义与主观主义以及自由意志与决定论。个人与共同体这一基本冲突以及表现在法律推理问题上的各种具体冲突共同导致法律的不确定性。

总之,尽管法律现实主义者强调的是互竞的规则,法律批判研究运动的倡导者强调的是互竞(实际上不可调和)的原则和理想,但是,他们所关注的基本主题都是相同的,都在于法

[34] Duncan Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication", 89 *Harvard Law Review* (1976), p. 1724.

[35] 参见 Roberto Unger, "The Critical Legal Studies Movement", 96 *Harvard Law Review* (1983), p. 571.

[36] 参见 Ken Kress, "Legal Indeterminacy", pp. 303 - 307. 除此两种论证方式外,批判法律研究运动也通过语义分析或后现代式的论证方式证明法的不确定性。本文之所以将讨论的中心放置在此两种论证方式,是由于它们是批判法律研究运动中的主流论证方式,影响也更为广泛。当然,这并不意味着笔者认为对法律不确定命题的语义分析或后现代式的论证方式是不重要的或没有意义的。

[37] Roberto Unger, "The Critical Legal Studies Movement", p. 571.

[38] Duncan Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication", p. 1685.

官必须做出一个并未由法律规定的选择。在批判法律研究者看来,法官作出的这个选择只是用于指导其判案的几个互竞的原则或理想之一,不同的选择会导致不同的判决结果。由于并不存在一个总原则以确定这些互竞的原则或理想的重要性,无论是冲突的规则,还是冲突的原则、理想,其结果都只会增强法律的不确定性。但是,批判法律研究运动通过揭示总原则预设的根本错误以及与之相勾连的意识形态斗争,将法律现实主义的法律不确定性命题发展为一种极端的版本,利用法律的不确定性命题攻击法治概念本身,他们声称法官能够非个人化地、客观地根据确定的标准判案这种观念是一种神秘化的命题,它掩盖了将一个群体的意识形态偏好强加给整个共同体这一现实。在他们看来,法治的理想,仅仅是权利外衣掩盖下的权力,它通过伪装内在于司法过程的价值选择,使法律规制看起来是各种中立力量运行的必然结果,而非控制社会的政治机制的人的意志的结果,因而,法律制度所产生的社会结构并不是法律制度所旨在促进的正义的体现,而不过是一种不合法的、不正当的等级结构。

那么,法治是否就因为这种攻击而不再成为一种理想的社会治理方式了呢?法治所旨在促进的正义理想是否就无实现的可能了呢?对此问题的回答,需要重新估量法律现实主义之不确定性命题的当代意义及其方法论价值,需要考察新法律现实主义者们在新的时代境遇中所做出的智性努力。

四 新法律现实主义的承继与推进

新法律现实主义脱胎于美国法律与社会研究^[39]阵营,其研究的领域并不局限在司法判决如何做出,而是强调经验研究和交叉学科研究的重要性,旨在发展出一种经验性研究范式,透析行动中的法与书本上的法之间的差距,关注争议案件中法律官员和公众的实际行为,试图将法律理论和经验研究有效地勾连在一起,从而为理解法律和形成法律政策提供更为坚实的基础。^[40]如果说作为美国法律现实主义的知识后裔,批判法律研究运动所承继的是美国法律现实主义运动的更为抽象的和理念化的面向,那么,新法律现实主义则是承继了其更为经验化的面向。正是这种承继面向上的不同使得他们对不确定性命题的可能意义持不同的态度,并使新法律现实主义得以推进法律现实主义所倡导的理论与经验相结合的研究路径——法律的实用主义进路。^[41]

(一) 对法律不确定性命题之意义的两种态度

在新法律现实主义者看来,就批判法律研究运动利用法律不确定性命题反对后现实主义法律世界中存在的形式主义而言,他们确实是法律现实主义的知识后裔。然而,一旦论及

[39] 关于美国法律与社会研究运动、法律与发展研究运动阵营的研究,详见姚建宗:《美国法律与发展研究运动述评》,法律出版社2006年版。

[40] 参见 Thomas J. Miles and Cass R. Sunstein, "The New Legal Realism", 75 *The University of Chicago Law Review* (2008), pp. 832-835. 另参见[美]斯图尔特·麦考利:《新老法律现实主义:“今非昔比”》,范愉译,《政法论坛》2006年第4期;范愉:《新法律现实主义的勃兴与当代中国法学反思》,《中国法学》2006年第4期。

[41] Brink 在 *Legal Interpretation, Objectivity, and Morality* 一文中,对这种所谓的法律实用主义进路提出了批评。Brink 指出,法律实用主义进路能更好地应对现实问题这一论断只是一个假设,它视法律先例为一成不变的,并且无法为争议案件提供一般性的指引,详见[美]布赖恩·莱特编:《法律和道德领域的客观性》(影印本),中国政法大学出版社2003年版,第50-53页。

两者对不确定性命题论证意义的态度,这种家族相似性就消失殆尽。

在批判法律研究运动中,法律不确定性命题所可能具有的意义有两个层面:一是理性主义一脉旨在通过揭示为确定性神秘化命题所掩盖的不确定性,从而为利用法律制度创造一个更为民主、更为平等、更为美好的社会提供可能;而非理性主义一脉所揭示出的不确定性命题的意义则在于表明所有的法律判断都应当依据直觉而做出。^[42]而法律现实主义引进法律不确定性命题的主要目标是,将法律共同体的关注点引向各种法律决定和法令对其所规制的人们的现实生活所产生的经验上的影响,因而他们批评当时法律形式主义将抽象概念间的逻辑关系而非各种判断的实际影响视为法律判断的基础。因此,在新法律现实主义看来,法律现实主义的不确定性命题乃是呼唤一种看待法律的实用主义的、经验主义的进路。批判法律研究运动的不确定性命题并没有抓住其先行者法律现实主义不确定性命题的核心,从而丧失了其当代意义。这一方面是由于其抽象的理论旨趣预先假设精英法律意识形态与社会行动间的关系,拒绝研究书本中的法与行动中的法之间的断裂;另一方面是由于其过分强调政治意识形态斗争,陷入了一种政治形式主义。^[43]新法律现实主义的当代使命就在于重新担负起法律现实主义未完成的工程,在新的历史境遇中将这种看待法律的实用的、经验的进路向前推进:促使法律人根据法律对人类的实际影响来评价法律,也就是说,为了评判任何法律条款的可欲性,我们必须“从政治抽象的王国转向经验上可证实的世界,我们必须努力去确定那些条款实际上产生了什么影响和效果”。^[44]

(二)新法律现实主义的目标与使命

在新法律现实主义看来,法律现实主义运动所倡导的法律的实用主义进路既有规范性的维度,也有描述性的维度。^[45]在描述的层面,现实主义者坚持应当关注被适用的法律而非被书写的法律,他们拒斥如下这种观点——认为一个人要了解一个特定规则的效果和影响,只需去阅读该规则并理解其目的。与之相反,他们要求研究源自政治过程和解释过程的法律——亦即实际上影响着公众的法律,其主要目标是研究被书写的法律转换成行动中的法律的方式。在规范的层面,法律现实主义的规范工程立基于对法律目的承认,这就意味着必须首先根据法律实际上能实现什么,然后才能根据它是否能比其他可供选择的社會控制机制实现得更好来评判法律。这两个层面的要求正是当下的新法律现实主义所致力于实现的目标和使命。

那么,新法律现实主义到底是如何推进法律现实主义的未竟工程的呢?一方面,在规范的层面,就法律旨在追求的公正法律制度从而追求公正的社会这一目标而言,新法律现实主义一定程度上修正了“实然与应然暂时分离”这一方法,“对公正的法律制度的迫切要求不能等到研

[42] 理性一脉所采用的论证方式即“拼凑物论证”和“基本冲突论证”,而非理性主义一脉所采用的论证方式即为语义分析或后现代式的论证方式。关于批判法律研究运动之两脉对不确定性命题之可能意义的详细讨论,参见 John Hasnas, “Back to the Future: From Critical Legal Studies Forward to Legal Realism, or How Not to Miss the Point of the Indeterminacy Argument”, pp. 98 - 106.

[43] 参见 John Hasnas, “Back to the Future: From Critical Legal Studies Forward to Legal Realism, or How Not to Miss the Point of the Indeterminacy Argument”, pp. 107 - 111.

[44] David M. Trubek, “Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism”, 36 *Stanford Law Review* (1984), p. 618.

[45] 参见 John Hasnas, “Back to the Future: From Critical Legal Studies Forward to Legal Realism, or How Not to Miss the Point of the Indeterminacy Argument”, pp. 114 - 115。在该文中,作者以公共选择理论为例详尽地讨论了新法律现实主义在规范的层面和描述的层面对法律现实主义所倡导的法律的实用主义进路的遵循和拓展。

究者对‘实然’达致一个充分的理解。法学学术团体及其培养的法律人必须在有限信息的基础上对法律规则和制度做出规范性的评价,而且必须意识到其分析及其评价的限度所在。”^[46]

另一方面,在描述的(经验的)的层面,新老法律现实主义都强调对司法行为进行经验的研究,但二者在具体实施的程度上不同。正是在具体实施的层面上,新法律现实主义有更为实际的推进,他们与老法律现实主义不同的地方,很大程度上就是他们进一步做出贡献的地方。具体来说,新法律现实主义在如下五个相互关联的层面上有不同程度的推进:^[47]第一,法律现实主义的出发点都在于强调法律与社会之间的现实关联,视法律为依社会条件的变化而变化的因素。然而,传统上的法律现实主义主要立足于司法金字塔的上层,采取了一种精英主义的立场;而新法律现实主义则倡导一种“自下而上的”经验性研究,主张从基层的社会现实生活入手,探究秩序形成、法律与社会的关系、各种形式的“活法”等,从而更为客观地评价法律所发挥的作用,并促使法律发挥其应当发挥的作用。第二,三者均以改造法学、改革法律教育、重构法律理念为根本目标。但是,与传统法律现实主义者多为社会改革者、并进而与当时的新政结盟^[48]不同,对于社会变革,“新法律现实主义应该在什么程度上做出这种回应,这是一个开放性的问题”,他们坚持科学研究的基本定位和不与任何政治倾向结盟的立场,他们坚持探究那些掩藏在各种偏见性解释背后的事实,相信事实自己会说话,坚信法学研究应当为现实的社会发展服务。第三,尽管老法律现实主义开经验研究之先河,但事实上他们却很少真正这样做。^[49]而新法律现实主义则已经以经验性研究为基本进路,并致力于将经验性研究发展为一种研究范式,不承认任何根据传统意识形态和抽象理念推演出的普适性的规律,而是倡导一种实事求是的现实主义态度,用以检审各种法律理念和制度,揭示以往被意识形态和理想主义掩盖的事实。第四,如前文所述,尽管老法律现实主义批评规则中心,将法律问题的参照中心从规则转向行为,但是,在一个根本的层面上,他们怀疑的并不是理想的规则,而是现实的规则,他们对规则的怀疑乃是旨在通过这种怀疑和批判推动法律与社会的进步和革新,因而他们在这种意义上仍然是法律(规则)中心的。而新法律现实主义则更具多元化的倾向,他们并不否认法和法治的价值,但也不认为法律在现代社会中起着绝对的中心作用,而是更为关注社会关系自身根据需要产生的规则和制裁机制。第五,新法律现实主义将老法律现实主义引进社会科学研究方法来进行法学研究的基本观念发展到了一个新的阶段,致力于促进法律人与政治科学、经济学的融合。

一言以蔽之,新法律现实主义的一个显著特征就在于,为了理解法律现实主义的“法官个性”如何影响判决结果和法律制度如何限制这些影响,要去近距离地审视案例报道集,这就要求检验法的不确定性命题这一直觉观念,并且如老法律现实主义所呼唤的那样对不同的法官如何通过对每个案件的“刺激反应”来判案进行经验性的研究,^[50]并且,在这些经验研究的基础上,对现实的法律规则和制度做出规范性的评价。在笔者看来,这种经验性研究

[46] Thomas J. Miles and Cass R. Sunstein, “The New Legal Realism”, p. 832, p. 850.

[47] 参见范愉:《新法律现实主义的勃兴与当代中国法学反思》,第40-42页。

[48] 参见 G. Edward White, “From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth-Century America”, 58 *Virginia Law Review* (1972), pp. 1025-1026.

[49] 例如,尽管现实主义法律运动的领军人物卢埃林旨在提供一种参与者的指导理论,试图通过提供司法上的方法将理论与实践勾连起来,但是他几乎没有进行过社会实证研究与调查,而主要是依赖文献分析。参见[美]斯图尔特·麦考利:《新老法律现实主义:“今非昔比”》,第59页。

[50] 参见 Thomas J. Miles and Cass R. Sunstein, “The New Legal Realism”, p. 832, pp. 834-835.

及有限的规范性评价,构成了新法律现实主义承继法律现实主义不确定性命题所暗含的法律的实用主义进路的方式,这也是其贡献所在。

五 结 论

通过考察美国法律现实主义及其传承者的法律不确定性命题的问题史,可以看出,法律不确定性命题体现出来的实际上是一种“建设性的怀疑主义”,他们并不反对规则一般意义上的指导作用,也不反对一般意义上的法律确定性,而是致力于在法律的确定性中寻求不确定,在不确定中寻求确定性。他们也不反对一般意义上的法律对社会变革的作用,而是试图通过批判,揭示现实的法律/法治与理想的法律/法治间的差距,进而使法律能更有效地为社会需要服务,能有效地促进更民主、平等、善好的社会的形成。与其说他们相信法律的不确定性,毋宁说他们秉持这样一种理想信念,即,法律本应当是具有确定性的。一言以蔽之,他们不反对理想的法律确定性,只不过他们寻求的是一种更为现实的确定性,试图“在律师和法官们的操作性技术之中、在一些特定的判例的事实之中以及在‘现实生活规范’之中,发现‘法律确定性’的一些其它道具”。

如此看来,与其说法律现实主义是传统的破坏者,毋宁说法律现实主义正在通过不确定性命题构建一种新的传统——通过法律的确定性实现对法律的确信,最终实现对未来的确信。换言之,尽管法律现实主义及其承继者一直致力于揭示法律的不确定性,然而实际上,他们却是在一种理想主义的指引下进行对“确定性的寻求”,他们旨在通过一种更为现实的确定性实现当下的秩序,为当下的行为提供行动的依据和理由,意图通过法律变革与社会变革实现理想的确定性,进而实现对未来的确信,^[51]也即,相信未来社会是一个更善、更好的社会。

[Abstract] Under criticisms and debates among various legal schools, the thesis of indeterminacy of law has constantly evolved and developed. Legal realism has established its thesis of indeterminacy of law in the cause of counteracting legal formalism. Theoretically, the CLS, successor of legal realism, has demonstrated its thesis of indeterminacy of law through the debate over the two solutions put forward by Hart and Dworkin in order to overcome the indeterminacy of law. On the other hand, empirically, the new legal realism, also successor of legal realism, has shown its empirical approach by the affirmation that the CLS was too idealistic. What the thesis of indeterminacy of law has embodied is actually a kind of constructive skepticism. Moreover, it is a quest for determinacy of reality.

(责任编辑:支振锋)

[51] 参见 Duncan Kennedy, “Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology”, 36 *Journal of Legal Education* (1986), p. 518.