

第七届分析法学会
会议论文集

重庆大学·法学院

2018.12.01

目录

美好生活需要的权利维度	1
“权利泛化”：这是一项指责吗？	16
被遗忘权的概念分析.....	30
从独角兽到AI：人工智能应取代法律职业吗？	42
习惯与给出理由.....	60
最高人民法院指导案例应用之困境.....	79
德沃金论伦理与道德的统一.....	96
论功利原则.....	122
人之尊严的法理分析.....	143
论行政法上反射利益的权利化理据.....	159
习惯的法源地位再思考.....	172
法治社会的基本逻辑.....	193
法律渊源类型论.....	207
所有法律适用都需要法律解释吗？	228
“同案同判”是一个法治神话？	244
存在（理智上可辩护的）法律教义学么？	264
人工智能与法律：法律推理模式的垫脚石.....	296

美好生活需要的权利维度

于柏华

内容提要：美好生活是人类永恒的伦理追求，在现代社会背景下，个人自主构成了美好生活的核心意涵。美好生活是依照个体自主选择的生活模式组织起来的、有价值的活动和体验的总和。维护和促进个人的美好生活，是法律当然的价值追求，构成了法律理念的重要组成部分。美好生活需要的法律价值并非其伦理意义的复制品，有其特殊表现形态。一方面，法律作为一种外在的权威，只能在特定意义和范围内满足人们的美好生活需要。另一方面，美好生活要求法律接受正义的规整，美好生活需要由此在相当程度上转化为权利的主张。在法价值层面，美好生活需要的满足与协调被重构为权利的保障与限制。

关键词：美好生活；法律；正义；权利

目次

- 一、美好生活的伦理意义
- 二、美好生活对法律的要求
- 三、美好生活需要：利益保护的正义规整
- 四、美好生活需要的权利转化

党的十九大报告指出：“中国特色社会主义进入新时代，我国社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾”。满足人们的美好生活需要、促进社会充分平衡发展是一个综合的、全面的社会工程，仰赖政治、经济、文化等多种治理手段的协同运作，法律无疑是其中重要的一种。美好生活需要的法律保障由此成为重要的时代课题，为了防范美好生活需要保障上的“泛法律化”风险，有必要明确法律在保障美好生活需要的社会工程中的角色定位，即法律能够在何种程度和意义上满足美好生活需要。为了回答此问题，下文首先解释美好生活的含义，特别是它在现代社会背景下的自主性特征。其次，基于美好生活的主要特征，提炼法律能够为美好生活提供的服务：保护利益与实现正义。再次，阐明美好生活向法律提出的这两个要求的关系：利益保护受正义的规整。最后，基于此种关系，解释美好生

* 本文为国家社科基金“基本权利与公共利益平衡的实践方法与制度路径研究”（16BFX083）教育部人文社科青年基金“基本权利的公益构成及其权衡方法研究”（15YJC820071）的阶段研究成果。

活需要在法价值层面的权利转化。

一、美好生活的伦理意义

（一）美好生活的概念

“美好生活”是人类永恒的伦理追求，什么是美好生活？在思想史上有不同的答案。在 2000 多年前的希腊城邦时代，柏拉图认为，美好生活是一种“混合的生活”，¹它包含诸多有价值的要素，这些要素之间有着严格的等级位阶关系。它们分为五个等级：第一位值得拥有的东西是“尺度或恰当”；第二位是“合比例、美和完善”；第三位是“理性和理智”；第四位是“知识、技艺和正确意见”；第五位是“无痛苦的快乐”。这个定义中的美好生活的价值要素以及它们的等级关系，无疑有着浓重的时代印记，不足以作为理解美好生活的一般概念框架。对于理解美好生活的一般意义而言，这个定义最有价值的部分是它提示的美好的“混合”特征与“模式”特征。所有美好生活的构想都需要将二者考虑在内，可以将它们分别称为美好生活的内容要素与形式要素，在一般意义上，美好生活就是这两类要素的结合。²一方面，美好生活包含诸多有价值的活动和体验。例如，生命、健康、快乐、知识、审美、美德、友谊、正直、权力、自由、安全、猎奇、名望。就此而论，个人的美好生活表现为这些有价值的活动和体验。另一方面，这些活动和体验不可避免地存在着冲突，无法在同等程度上被最大化实现。因此，除了有价值的活动和体验，每一个个体的美好生活都必须包含某种“模式”或“形式”，依此来协调这些活动和体验之间的权重关系，个人生活据此方能获得一个好的整体形态。综合美好生活的这两个要素，可以将美好生活界定为，美好生活是依照某种生活模式组织起来的、有价值的活动和体验的总和。

（二）美好生活的现代意涵

上述定义解释了美好生活的普遍特征，需要进一步解释的是，哪些活动和体验值得追求、何种生活模式是好的？就此而论，美好生活的观念是一个历史地变化着的观念，不同时期、不同地域的人们有不同理解。特别是在生活模式的选择上，古代社会与现代社会有极大差异。相比于整体主义、价值一元论的古代社会，在尊重个人自主、承认价值多元的现代社会里，并不存在整齐划一的美好生活模式，“人类的目标是多样的，它们并不都是可以公度的，而且它们相互间往往处于永久的敌对状态”，³好的生活模式在相当程度上从属于个体的主观判断。在现代社会中，对于同一套价值，不同的个体对于它们的关系和位阶常有不同理解。有些人重视生活的和平与安全、有些人则偏重冒险与猎奇，有些人在意物质享乐、有些人则注重卓越和德性……⁴在现代社会中此种现象并不被视为“堕落”、“无序”，被人们普遍接受为美好生活的常态，美好生活的观念在现代社会中个性化、多元化了。在现代社会背景下，美好生活是依照个体自主选择的生活模式组织起来的、有价值的活动和体验的总和。

¹ 参见[古希腊]柏拉图：《柏拉图全集》（第三卷），王晓朝译，人民出版社 2003 年版，第 191、260 页。

² William K. Frankena, *Ethics*, Englewood Cliffs: Prentice-Hall, INC. 1973, p. 92.

³ [英]以赛亚·柏林：《自由论》，胡传胜译，译林出版社 2011 年版，第 220 页。

⁴ William K. Frankena, *Ethics*, Englewood Cliffs: Prentice-Hall, INC. 1973, p. 93.

⁵ Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford: Oxford University Press, 1986, Ch. 5.

美好生活观念在现代社会的个性化、多元化是一个普遍事实，其自主化程度在不同社会中则有不同表现，美好生活的模式选择在某些社会“非常自由”，在有些社会则“没那么自由”。应该在多大程度上把生活模式的选择交由个体决定，不同理论家有不同观点。⁵此问题的讨论无疑具有重要的理论和实践意义，但对于把握现代社会中美好生活法律保障的一般原理来讲，无需考虑美好生活观念的这些细致区分和争论，只需要在总体上把握它的“自主性”特征即可（以下所说的美好生活，均特指此种意义上的美好生活）

强调美好生活的自主性，并不意味着美好生活仅仅是个人的私事，美好生活有其超越个人的共同性方面。在构成美好生活的活动和体验中，有一些明显是关系性、社会性的，例如，友谊、家庭、婚姻、正直、仁善。美好生活的共同性不仅体现在其个别要素的有限涉他性质上，还在以下意义上普遍地、一般地具有共同性。美好生活内含的诸多活动和体验（生命、健康、财产、自由、隐私、友谊、正直等），对于所有个体都有价值，在这个意义上它们是所有人共同的价值。⁶例如，每一个个体对健康的追求及体验具有个人性，张三的健康体验代替不了李四的健康体验，但它们体现的是同一种价值，是健康价值在不同个体生活中的不同表现形式。美好生活要素的价值共同性为个体的社会生活提供了可能性，为个体彼此生活的界限与关联提供了考察基准。基于对美好生活要素的客观价值的理解，才有可能确定他人的何种做法有助于个人的美好生活、何种做法损害了美好生活。

二、美好生活对法律的要求

保障和促进人们的美好生活，是法律当然的价值追求，构成了法律理念的重要组成部分。美好生活有两个重要特征，其一，美好生活模式选择的自主性，其二，美好生活要素的价值共同性。与此相应，美好生活对法律提出了以下两方面要求。

（一）保障个人生活的自主

美好生活的核心要素是生活模式选择上的自主，严格来讲，个体的自主无法由他人替代其实现。法律作为一种外于主体的权威，⁷不可能使个体实现自主，法律能够做的仅仅是保障个人自主的一些必要条件。一般认为，个人自主有三个条件（1）理性能力；（2）充足选项；（3）免于干涉。⁸相应地，法律对个人自主的保障体现在以下三个方面。

1. 尊重个人的自主能力

自主的生活以主体最低限度的理性能力为必要条件，包括理解手段和目的的关系、协调不同行动等能力。这种自主能力普遍被视为人的伦理意义和人的尊严的根据。⁹法律作为一种外在的行为规范，它不可能在真正意义上给予人们自主的能力，只能尊重、确认个体的自主能力。通过“权利能力”之类的规定，承认“人依其本质属性，有能力在给定的各种可能性的范围内，自主地和负责地决定他的存在和关系、为自己设定目标并

⁶ John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 155.

⁷ Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 28.

⁸ Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 372.

⁹ 参见[德]康德：《道德形而上学原理》，苗力田译，上海人民出版社 2005 年版，第 54、61 页。

对自己的行为加以限制。”¹⁰从现实的角度看，并非所有人都在同等程度上具备自主选择的能力，对此法律通过“行为能力”等规定对不同主体的自主能力进行区分。对于儿童、精神病患等“无行为能力”或“限制行为能力”者，法律会通过“监护”等制度在不同程度上替代其进行选择。

2. 保证充分的行动选项

个体的自主除了需要有相应的自主能力以外，还需要有较充分的行动选项。在选项匮乏的情况下，个体的行动选择缺乏自主性，选项的匮乏度越高，选择的自主性越差。例如，对于极度贫困、受病痛折磨的人，娱乐休闲、艺术创作等活动是他不可能自主选择的。因此，为了保障个人自主，不仅要尊重个人的自主选择能力，还要确保个人有较充分的行动选项。个体行动选项上的匮乏往往是因为相关有价值的行动遇到个体自身难以克服的阻碍，例如，疾病和贫困使得体育竞技、科学研究等活动不再是可供相关主体选择的选项。保障个体的充分行动选项，就是对个体提供相应帮助来消除这些障碍。

帮助他人消除行动选项上的障碍是一种积极的行为要求，与消极的不干涉不同，它面临较大的不确定性，一般性地要求所有人尽其所能地帮助所有有需要的人，必将带社会秩序的混乱。¹¹此义务因此需要在两个方面明确化，一方面明确帮助的主体，另一方面明确帮助的范围和程度。这是特别适合法律这种权威性社会控制机制来完成任务。

3. 阻止他人干涉

个人自主体现在个体运用其理性能力追求各个有价值的活动和体验、以及在不同的行动选项之间做出选择。个体对其生活模式的选择在相当程度上不是一般性的一劳永逸的完成时，而是具体的、不间断的进行时。个体在日常生活中的每一次选择、每一次着手从事某种有价值的活动，都是在自主地塑造生活模式。这些自主的选择会因为外在的干涉而受到侵害，当个体生命被剥夺、身体受残害、财产被盗窃时，与生命、健康、财产相关的行动选项在不同程度上被取消，个体选择能力的运用也会因他人剥夺或限制其行为自由而被侵害。当特定个体的选择被他人通过强制、欺骗等手段干涉时，其意志实质上从属于干涉者的意志之下，其生活因此不再是自主的，免除此类干涉就构成了自主的必要条件。

个人自主的外在干涉有两个来源，一个是代表国家意志的法律自身，另一个是个人以外的其他主体（个体或团体）保障个人自主免于干涉首先要求法律自身不能强迫个人从事（或不从事）某种活动。强迫个人选择特定生活模式在古代世界很常见，例如，《唐律疏议·杂律》规定，“诸负债违契不偿，一匹以上，违二十日答二十……各令备偿。”对于违约行为，在损害赔偿以外还有额外的惩罚，这是对“不诚实”的惩罚，依此来强迫个体诚实。¹²此种法律将个体视为有待教化的臣民，通过一系列类似的规定，法律将其信奉的特定生活模式强加给个体。对于来自于他人的强制干涉，个人的自主则为法律运用强制措施阻止此种行为提供了理由。正是在上述使个

¹⁰ [德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社 2003 年版，第 45 页。

¹¹ Joel Feinberg, *Harm to Others*, Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 169.

¹² 参见吴经雄：《法律哲学研究》，清华大学出版社 2005 年版，第 62 页。

人自主免于干涉的意义上，穆勒宣称，“违背其意志而不失正当地施之于文明社会任何成员的权力，唯一的目的也仅仅是防止其伤害他人。他本人的利益，不论是身体的还是精神的，都不能成为对他施以强制的充分理由。”¹³

当个人自主地做出了某种严重损害甚至终结其生活的选择时，例如，自杀、自残、吸毒、卖器官、卖淫，法律是否需要运用强制手段予以干涉，这是一个有着高度争议的问题。¹⁴不过，即便正确的答案是禁止此类行为，这也属于例外和边界事例，并未推翻保证个人自主免于干涉这个一般原则。

（二）维护共同生活条件

美好生活要求法律在承认个人自主能力的基础上保障个人生活模式的自主选择，确保个人能够依自己的需求来从事有价值的活动和体验。由于“利益，也就是人类社会中的个人提出的请求、需求或需要”，¹⁵在这个意义上，保障个人的自主即是保障他的个人利益。¹⁶但保护个人利益并非美好生活的唯一条件，除了个人利益以外，个体美好生活的实现还有赖于一系列共同生活条件。

个人所能构建的美好生活的品质不仅受到其自主选择的影响，还受制于外在环境，例如，社会动乱威胁个人生命，空气污染损害个人健康。美好生活依赖的外在社会条件有不同类型，例如，自然资源，生态环境，经济繁荣，社会和平，国防安全，文化传统，水、电、气、交通、公园、图书馆、教育、医疗等各类公共服务，民主，法治，社会正义。作为一个明显的经验事实，它们对每一个个体的美好生活的实现和提升都有益，它们并不专属于特定个体，也不能被分解为个体的份额。在这种意义上，共同生活条件是一种公共利益，是“人们作为共同体成员共同享有的利益”。¹⁷个体的美好生活对共同生活条件的需要，源自于美好生活要素所具有的客观价值。例如，健康是美好生活的内容要素之一，不同个体的健康体验都包含免于病痛、环境污染等含义，因此公共医疗系统、适宜的生态环境就是他们各自健康共同需要的条件。如果不同个体健康有不同的价值，就不可能有适用于不同个体健康的共同生活条件。

需要特别强调的是，这些共同生活条件仅在其有益于个体的美好生活的意义上才有价值。它们要么是维护、改善个人生活的工具，¹⁸例如，自然资源、公共服务。要么是美好生活的构成性要素，¹⁹例如，优美的环境、宽容的社会文化。它们并没有个人以外的服务对象，在形象的、与个人利益相区别的意义上，可以将其称为“社会”的利益或“集体”的利益，但不能将这种利益归属给“社会”或“集体”。因为，“并不存在拥有利益的社会实体……存在的只是个体的人，具有他们自己个别的生命的不同的个体

¹³ [英]约翰·穆勒：《论自由》，孟凡礼译，广西师范大学出版社 2011 年版，第 10 页。

¹⁴ 参见郑玉双：《自我损害行为的惩罚——基于法律家长主义的辩护和实践》，《法制与社会发展》2016 年第 3 期，第 181-192 页。

¹⁵ [美]罗斯科·庞德《法理学》（第三卷）廖德宇译，法律出版社 2007 年版，第 18 页。

¹⁶ Kai Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 44.

¹⁷ Brian Barry, *Political Argument*, Hemel Hempstead: Harvester Wheatsheaf, 1990, p. 190. “公共利益”也经常被用来指称“不特定多数人的利益”（参见[英]边沁：《论道德与立法的原则》，程立显、宇文利译，陕西人民出版社 2009 年版，第 3 页）在描述的意义，这种公共利益并非个体的共同生活条件，而是复数个体的个人利益的加总结果，是个人利益的另一种表现形式。在规范的意义，它是解决个人利益冲突的实践原则：冲突中多数一方胜出。共同生活条件意义上的公共利益与加总意义上的公共利益在生活中常有关联，例如，在公园内纵火，损害了公园的公共服务功能，在这种意义上侵害共同生活条件意义上的公共利益，纵火同时也对不特定多数个体的生命、财产等个人利益造成危险，并在这种意义上侵害了加总意义上的公共利益。

¹⁸ John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 168.

¹⁹ Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 200.

的人”。²⁰这些公共利益的主体仍然是个人，与生命、健康这样的个人利益的区别仅仅在于，它们是每个自主个体共享的利益。

共同生活条件与美好生活的密切关联为人们维护、营造、促进这些条件提供了理由，人们有理由以保障个人的美好生活为名来成就这些共同生活条件。与个人展开其美好生活不同，这些条件无法由每个人自己来单独成就，需要所有社会成员的协同合作才可能实现。因此，组织、协调共同体成员的行动以实现这些公共利益，便是美好生活对法律提出的要求。

在这些共同生活条件中，相当一部分是外于法律的目标。例如，法律通过一般性地禁止人们相互伤害、排放污染物，来保护生态环境、维护社会和平，还可以通过设置职权、职责、程序等方式组建专门的机构，来解决纠纷、恢复社会和平，治理污染、改善生态环境。对这种类型的共同生活条件来讲，法律是实现它们的工具。相比之下，民主、法治和正义则比较特殊，它们并非外于法律的、有待其实现的目标，它们是针对包括法律在内的社会制度的品性（德性）上的要求。它们三者并非并列关系，正义是其中的核心，民主和法治则属于正义的不同表现形式。“形式正义的观念，即规律性地、无偏颇地执行公共规则，当适用于法律体系的时候就成为‘法治’”。²¹“非常特别的是民主亦是正义之基本形式：平等原则必须为其最高的指导原则。”²²有鉴于此，为了简化论述，以下仅考虑美好生活的社会正义条件。

如果说社会正义是美好生活的共同条件，它提供的是这样一种生活环境，即包括法律在内的社会制度满足了正义的要求。如此看来，美好生活不仅要求法律实现那些外于法律的目标（个人利益和公共利益）还要求法律具备特定品性（正义）需要进一步解释的是，美好生活向法律提出的这两种要求的关系是什么？这是两种彼此独立的、可以由法律分别予以满足的、甚至是竞争性的要求，还是有着内在关联的要求。

三、美好生活需要：利益保护的正义规整

厘清美好生活对法律提出的这两种要求的关系，以确定它们各自的含义和要旨为前提。前文已经阐述了美好生活需要的利益保护面向，下面先对法律的正义品性做必要说明，然后再讨论这两种要求之间的关系。

（一）法律的形式正义

理解法律的形式正义首先需要把握正义的一般特征，古罗马法学家乌尔比安的正义定义为此提供了一个良好的分析样本。他认为，“正义是给予每个人他应得的部分的这种坚定而恒久的愿望”。²³这个定义指出了正义的三个普遍特征。²⁴

第一，定义中“给予每个人”指出了正义的涉他性。正义是一种关于应该如何对待他人或者说个人应如何被他人对待的品性，“正义是唯一一种顾及他人的善的德性，这是因为，它通过关联于他者而实现：它所要求的是对他人有益的东西，不论践行正义

²⁰ [美]罗伯特·诺奇克：《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 39 页。

²¹ John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 206.

²² [德]考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社 2011 年版，第 175 页。

²³ [古罗马]查士丁尼：《法学总论——法学阶梯》，张企泰译，商务印书馆 1989 年版，第 5 页。

²⁴ David Miller, “Justice”, <https://plato.stanford.edu/entries/justice/>

的那个人是他人的管理者还是他人的伙伴。”²⁵正义的涉他性预设了特定的社会环境，²⁶在人们既共同生活在一起又存在利益冲突的情况下，才涉及到正义问题。在那些无冲突的情形（资源极大丰富、亲密关系等）中，无所谓公正地对待他人。

第二，定义中“应得的部分”指出了正义的义务性。正义有别于仁慈、行善，公正地对待他人是他人应得的，对于提供公正对待的一方来讲，这是一种必须遵守的义务。“正义的要求是实践合理性要求的总和，其根据在于，人类在实现和尊重人类的善的时候，必须要这样做，不仅仅为了自己的目的、在个人自己身上实现，同时也要共同地实现，在共同体的范围内实现。”²⁷在人类的不同行动领域（分配、交换、惩罚、贡献）中，正义总是要求相关的行动者承担与这些行动相关的某种义务。

第三，定义中“坚定而恒久的愿望”指出了正义的无偏私性。正义是偏私、任意的对立面，基于“坚定而恒久的愿望”对待他人、给予他人应得，要求人们依据普遍的规则对待他人。“正义的规则”的一般表现形式是“相同情况相同对待、不同情况不同对待”，²⁸它也可以被表述成“以 Y 方式对待所有 X 情形”。²⁹不论规则的内容是什么，人们遵守和适用规则自身必然遏制其偏私与任意，并在这种意义上体现了正义的德性。

基于正义的上述特征来考察法律，很容易看到法律与正义的亲缘关系。法律是涉他的，是权威对他人的指令。³⁰法律是义务性的，“法律在所有时空中最显著的一般特征是，它的存在意味着，人类的特定行为不再是任意的，而是在某种意义上义务性的。”³¹法律是一般的，“法律的控制主要……通过一般性的指引而实现”，³²法律指令的基本形式是“所有 X 都应当 Y”。在对比正义与法律的特征之后，不难理解“正义既是一种最适合法律的德性，也是诸多德性中最具法律性的一个。”³³法律的正义品性的贯彻，特别是“无偏私、非任意”的落实，需要一系列条件，这些条件构成了法律正义品性的实施维度，也被称作法律的安定性。³⁴这些条件有：³⁵法律应具有一般性；法律应该被公开；法律不得溯及既往；法律的表达应该清楚、便于理解；法律不得自相矛盾；法律的要求不能超出人们的能力范围；法律应该保持稳定；政府行为应该与法律保持一致，等等。通过“相同情况相同对待、不同情况不同对待”而实现的“无偏私、非任意”，是法律的正义品性中最容易被人们感受到的部分，通过法律贯彻此种正义品性也绝非易事。不过，“相同情况相同对待、不同情况不同对待”自身仅是一个形式性要求，“正义的规则没有阐明在确立实质上相似的主体类型时，哪种区分应该或不应该被考虑在内，也没有指明这些主体如何被对待。”³⁶个体彼此之间总是在某些方面相同、

²⁵ Aristotle, *Nicomachean Ethics*, translated and Edited by Roger Crisp, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 83.

²⁶ 参见[英]休谟：《道德原则研究》，曾晓平译，商务印书馆 2001 年版，第 35 页。

²⁷ John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 161.

²⁸ Chaim Perelman, *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, London: The Humanities Press, 1963, p. 15.

²⁹ K. E. Goodpaster (ed.), *Perspectives on Morality: Essays by William K. Frankena*, London: University of Notre Dame Press, 1976, p. 94.

³⁰ Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 28.

³¹ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 6.

³² H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 21.

³³ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 7.

³⁴ 参见[德]考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社 2011 年版，第 176 页。

³⁵ 参见[美]富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆 2005 年版，第 46 页。

³⁶ Chaim Perelman, *Justice, Law, and Argument: Essays on Moral and Legal Reasoning*, London: D. Reidel Publishing Company, 1980, p. 44

在某些方面不同,因此,“相同情况相同对待、不同情况不同对待”中的“相同”与“不同”,尽管与事实认知有关,但并非纯粹事实问题,而是一个类比的过程,其中的价值判断必不可免。例如,“同工同酬”基于相同劳动量给予工人们相同对待,它忽略了工人在性别、年龄、需求、品德等方面的差异。将劳动量从个体的众多特征中单独拿出来作为比较基点,预设了某种价值追求(经济效率等)通过此类价值判断的加入,正义获得了实质内容,才可能具体地指引工资的分配。“这就是关键点,但也是正义整个难题之所在”。³⁷

(二) 法律的实质正义

实质正义的关键词是“合目的性”,³⁸通过参照特定目的,相同情况与不同情况得以区分,个体被对待的方式得以确定。它包含两个层次的要求:其一,确定与特定目的相匹配的手段;其二,解决不同目的之间的冲突。

1. 工具合理性

法律的实质正义的第一个层次的要求是,法律所规定的义务等措施应符合相应目的的要求。³⁹这是一种工具合理性要求,“如果完全理性地考虑并权衡目的、手段和附带后果,这样的行动就是工具理性的”。⁴⁰基于工具合理性来判断法律是否符合实质正义,在思想史上有着普遍的共识。⁴¹例如,阿奎那在分析法律的本质时认为,“‘必要性’和‘有用性’的意思是,法律应当促进福祉:‘必要性’意指消除恶;‘有用性’意指实现善。”⁴²格老秀斯在讨论国际法基本原则时主张,“在所有作出决议的场合,不仅对最终目标,而且对将会导致主要目标的中间目标也要加以考虑。最终目标总是一些善果,或者至少是避免一些恶果,这两者没有什么区别。那些手段不应从其自身进行考虑,而只能作为导向设定目标的因素来考虑。在所有作出决议的场合,手段与目标之间的比例关系,需要通过对它们进行比较和充分权衡来确定。”⁴³基于阿奎那和格老秀斯的阐述,可以将法律的工具合理性判断分解为两个步骤:第一,法律的适切性(有用性)法律规定的措施能否实现设定的目的,如果不能实现设定目的,该法律是不合理的。例如,通过限制车速来解决交通拥堵。第二,法律的必要性。法律规定的措施是否造成了不必要的损害,如果存在能够达到同样目的但附带的损害后果更小的措施,该法律也是不合理的。例如,为了维护交通秩序将“闯红灯”规定为刑事犯罪,由于存在着损害更小的维护交通秩序的手段,惩罚“闯红灯”不具有合理性。

2. 价值合理性

法律的不同目的之间经常出现冲突,例如,言论自由与名誉的冲突、隐私与

³⁷ [德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2011年版,第179页。

³⁸ 参见[德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2011年版,第185页。

³⁹ 参见[德]N.霍恩:《法律科学与法哲学导论》,罗莉译,法律出版社2004年版,第279页。

⁴⁰ [德]马克思·韦伯:《经济与社会》(第一卷)阎克文译,上海人民出版社2010年版,第115页。

⁴¹ Eric Engle, “The History of The General Principle of Proportionality: An Overview”, *The Dartmouth Law Journal*, Vol. 10, p. 4(2012).

⁴² Aquinas, *Aquinas: Political Writings*, Edited and Translated by R. W. Dyson, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 132.

⁴³ [荷兰]胡果·格老秀斯:《战争与和平法》,何勤华等译,上海人民出版社2013年版,第248页。

⁴⁴ 参见[德]莱因荷德·齐佩利乌斯:《法哲学》,金振豹译,北京大学出版社2013年版,第140、162、167页。

⁴⁵ 参见[奥]凯尔森:《纯粹法理论》,张书友译,中国法制出版社2008年版,第143页。

“信息经济”的冲突，解决目的冲突由此成为实质正义的使命。⁴⁴目的冲突的实质是价值冲突，解决价值冲突需要满足价值合理性的要求。这是实质正义最重要的环节，也是理论分歧最大的地方。价值合理性（价值冲突能够被理性地解决）自身经常受到质疑，⁴⁵即便承认价值合理性的论者，对于价值合理性要求什么也常有不同理解。⁴⁶从目前世界范围的法律的正义实践（人权法院的裁判、各国合宪性审查）来看，比较普遍的做法是通过“价值平衡”来贯彻价值合理性。⁴⁷价值平衡的基本要求是，“不满足或侵害某个原则（价值）的程度越大，满足另一个原则（价值）的重要性就必须越高。”⁴⁸其贯彻方法是，在具体语境中比较冲突中的价值的相对重要性，⁴⁹冲突双方的重要性则通过考察它们的抽象重要性、受干涉的强度以及认知可靠度来判断。⁵⁰

价值平衡（狭义比例原则）与工具合理性的适切性和必要性要求合在一起，被称为广义的比例原则，由此观之，广义比例原则表达了实质正义的总体的理性化要求，可以将其称为实践合理性要求。⁵¹作为实践合理性要求的比例原则是形式性、程序性的，⁵²相关目的确认，目的的性质和重要性的评析，这些都是比例原则自身解决不了的实质性问题。将这些实质性问题的答案填入比例原则，才能获知实质正义的完整内容。比例原则只是在有限的意义上将实质正义判断予以理性化，这是它的弱点，也是它的优点。“合比例性是一种形式原则，它能够被用于世界的任何地方。……通过将一种分配正义的基本原则整合进每一个共同体的自我理解之中，它整合了理想与现实、地方性与普遍性。”⁵³

（三）美好生活的实质正义诉求

综上所述，法律的正义品性分为两个层次，基本层次是形式正义以及作为其实施环节的安定性，在此基础上加入合目的性要素，法律便进入实质正义层次。法律的形式正义无疑在一定意义上有助于人们的美好生活，“在一个具备法律确定性和法律安全的社会中，公民能够在彼此信任的环境中过上一种自主的生活。”⁵⁴相比于法律不确定、缺少法律安全的社会，法律确定、安全的社会使得人们的行为具有更高的可预见性，在这种意义上有助于个人的自主选择。但同样明显的是，确定、安全的法律在内容上可能恰恰是高度压制性的，例如，秦代的严刑峻法，这样的法律为个人生活带来的不是安全地自主选择，而是安全地被控制。故此，美好生活所需的法律的正义品性，不能停留在形式正义层次，需要进入实质正义层面，即以保障个人自主及其相关社会条件为目的的正义。

⁴⁶ 参见[德]普佛尔滕：《法哲学导论》，雷磊译，中国政法大学出版社2017年版，第144-163页。

⁴⁷ Alec Stone Sweet and Jud Matthews, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 47, p. 73(2008).

⁴⁸ Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers, Oxford University Press, 2002, p. 102.

⁴⁹ Neil MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 167, 173.

⁵⁰ Robert Alexy, “The Reasonableness of Law”, in Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor, Chiara Valentini (ed.), *Reasonableness and Law*, Berlin: Springer, 2009, p. 9.

⁵¹ Robert Alexy, “The Reasonableness of Law”, in Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor, Chiara Valentini (ed.), *Reasonableness and Law*, Berlin: Springer, 2009, p. 5.

⁵² Robert Alexy, “Thirteen Replies”, in George Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 340.

⁵³ David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 168.

⁵⁴ Neil MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 16.

前文总结了美好生活向法律提出的两类要求：保护自主利益（个人利益与公共利益）和实现正义，美好生活的实质正义诉求指明了二者的关系。它们不是并列的两种要求，更不是有着竞争关系的要求。保护自主利益的要求作为法律的实质正义的合目的性要素，被整合进法律的正义品性之中，成为一种受到正义规整的利益保护。⁵⁵正是在这种意义上，有论者指出，“正义是社会制度的首要德性……法律和制度，不论多么有效率、多么条理分明，如果是不公正的，都必须被变革或废除”。⁵⁶鉴于美好生活的实质正义诉求，法律应该为美好生活提供的服务，就是藉由一般性规则，依照实践合理性的要求（比例原则）保护自主生活所包含的个人利益与公共利益。

美好生活要求其利益诉求的保护受到正义的规整，其深层原因在于，这是共同生活背景下解决个体利益冲突的必然要求。总体而言，美好生活提出的保护个人利益的要求，其出发点是个人自己，是为了自己的自主生活而主张利益。美好生活要求的公共利益，尽管在功能上惠及共同体所有成员，但就个体的动机而言，仍然是为了满足每个个体自己的生活所需。不同个体生活之间、个体生活与共同生活条件之间由此有了冲突的可能性，从现实的社会生活来看，此类冲突并非偶然事件，而是普遍存在。为了在共同生活背景下保障每个人的美好生活，必须理性地地协调个体的生活、解决这些冲突。美好生活提出的利益需求自身并未提供解决这些冲突的原则，而这正是最适合正义发挥作用的领域，⁵⁷正义的实践合理性要求所欲解决的，就是在共同生活背景下人们的利益冲突问题。这也意味着，经由此种正义的规整，美好生活需要获得了新的规范形态。

四、美好生活需要的权利转化

正义地协调利益冲突的规范表现是权利保障与权利限制，二者处于不同的协调阶段。权利保障是协调利益冲突的预备阶段，这个阶段一般地、初显性(*prima facie*)地确认正义允许的个体利益诉求的可能边界，考虑的重点是正义的工具合理性要求。权利限制则是协调利益冲突的实施阶段，这个阶段具体地、结论性(*all things considered*)地确认正义允许的个体利益诉求的实际边界，考虑的重点是正义的价值合理性要求。这两个阶段合在一起勾勒了美好生活需要的权利转化的完整过程，在其中发挥规整作用的，是正义的实践合理性要求，即广义的比例原则。在这种意义上，有论者甚至断言，“谈论人权即为谈论合比例性。毫不夸张地说，在指引当代人权法和人权研究方面，合比例性的作用已经超过了权利”。⁵⁸

（一）权利保障

1. 正义与权利

在观念史上，权利出现的时间远远晚于正义，一般认为，“权利”一词脱胎于正义的拉丁语

⁵⁵ 参见张恒山：《论正义和法律正义》，《法制与社会发展》2002年第1期，第45页。

⁵⁶ John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 3.

⁵⁷ 参见[英]休谟：《道德原则研究》，曾晓平译，商务印书馆2001年版，第35页。

⁵⁸ Grant Huscroft, Bradley W. Miller, and Gregoire Webber, “introduction”, in Grant Huscroft, Bradley W. Miller, and Gregoire Webber (ed.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 1.

词“ius”。⁵⁹“ius”的原本含义是指“正确之事”，即符合正义的人际关系。例如，“不阻挡邻居采光”这件事是“ius”，⁶⁰由此而来的邻里关系就是一种正义的人际关系。在西方中世纪晚期的时候，人们赋予“ius”一词以主观的意义，不仅用其指涉正义的人际关系，还用它指称正义关系中一方当事人的规范性地位。主观“ius”所指称的当事人的规范性地位有两个特征：其一，该当事人是正义关系中另一方当事人履行义务的对象；其二，该当事人从对方履行义务中受益。⁶¹由此出现了现代意义上的“权利”，“简而言之，权利的现代语词和语法是这样一种多用途工具，它从一种正义关系的受益人的视角出发，记录和断定一种正义关系的要求或其他意涵。”⁶²参照权利与正义的观念史可以初步理解美好生活需要的权利转化，美好生活需要的是受正义规整的利益保护，保障个人的美好生活需要就是保障个体在正义关系中的受益人地位，也就是保障他的权利。

从正义的实践合理性要求入手，可以更精细地解释美好生活需要（正义规整的利益保护）与权利保障之间的内在关联。（1）在不考虑可能存在的反对理由的前提下，当一种行为对于保障某种重要的利益是适切的、必要的时候，依照工具合理性的要求，从行动者的角度，行动者初显性(*prima facie*)地负有一项以该行动为内容的义务。⁶³（2）从该义务指向的获益方的角度看，他的利益构成了此种义务的理由（工具合理性理由），他初显性地享有一项以此利益为内容的权利。⁶⁴（3）从第三方（不偏不倚的理想观察者）的角度看，二者之间存在着一种正义关系，这是一种非比较性的交往正义关系。⁶⁵（4）将此种正义关系拓展至所有相似情形，即所有具有相同利益的主体以及所有需要依照工具合理性做出相似行为的主体，使他们得到相同的对待，所有相同利益的主体都得到他人义务保障、都享有权利，所有需要依据工具合理性为此采取行动的人都负有义务，这时之前的交往性正义转化为比较性的分配正义关系。⁶⁶（5）此种分配正义关系如果被法律确认，就形成了一条法律原则，例如，“公民的合法的私有财产不受侵犯”《宪法》第十三条）

2. 权利与公共利益

在人们通常的观念里，权利以保护个人利益为内容，公共利益不仅不属于权利的保障对象，甚至经常站在权利的对立面，属于权利的限制因素。前文特别强调过，共同生活条件意义上的公共利益的主体是每个个体，它是社会成员共享的利益。每一个个体从共同生活条件中获得的好处是自己的，是此种利益可识别的个体接受者，因此并不存在理论上的障碍阻止公共利益成为权利的保障对象。⁶⁷

⁵⁹ 参见方新军：《权利概念的历史》，《法学研究》2007年第4期，第69-95页。

⁶⁰ Richard Tuck, *Natural Rights Theories: Their Origin and Development*, Cambridge: Cambridge University Press, 1979, p. 9.

⁶¹ 并不是所有正义关系都包含权利。例如，国家惩罚罪犯是一种正义关系，其中国家负有惩罚罪犯的义务，此种义务指向的罪犯因惩罚受损，因此并不享有“被惩罚”的权利。

⁶² John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 205.

⁶³ John Searle, “*Prima Facie* Obligations”, in Joseph Raz(ed.), *Practical Reasoning*, Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 90.

⁶⁴ Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 181.

⁶⁵ John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 177.

⁶⁶ Phillip Montague, “Comparative and Non-Comparative Justice”, *Philosophical Quarterly*, Vol. 30, p. 136(1980).

⁶⁷ Andrei Marmor, *Law in the Age of Pluralism*, Oxford: Oxford University Press, 2007, p.238.

如果某种正义关系要求人们为了保障某种公共利益而承担义务，那么从该公共利益获得好处的每一个个体都有要求对方履行义务的权利。例如，《世界人权宣言》第二十八条规定“人人有权要求一种社会的和世界的秩序，在这种秩序中，本宣言所载的权利和自由能获得充分实现。”不过，仅仅强调这一点会过于简化美好生活需要的权利转化方式，即便抛开公共利益自身能够成为权利的保障对象不谈，在利益保护的正义规整过程中，公共利益与权利也有密切关联。

第一，维护公共利益为权利提供了实施环境。在一般的意义上，维护公共利益总会在某种意义上有益于个人的美好生活，并在这个意义上有助于相关权利的实现。例如，相比于资讯贫乏、谣言遍布的社会，在一个资讯充足、真实的社会里，个体能更有成效地行使言论自由权。

第二，维护公共利益为权利保障提供了制度化条件。有些权利，特别是要求他人积极帮助的权利，仰赖于公共事业的组建才能明确相关义务人，由此才获得行使的可能性。在这种意义上，组织实施相关公共利益同时也是在制度层面落实权利。例如，有了民政等相关公共事业之后，获得物质帮助权才具有行使的现实可能性。

第三，公共利益保护在受正义规整过程中“生产”权利，有很多权利来自于参与公共利益保护的正义规整过程。公共利益保护的正义规整主要涉及两类事情，一类是组织公共事业来产出公共利益，一类是将公共利益在社会成员间分配。⁶⁸在公共利益的这两类正义规整过程中，都会授予个人权利。例如，担任公职的权利（公正地组织公共管理）选举权（公正的政治决策）采矿权（自然资源的公正分配）得到公平审判的权利（司法裁判的公正分配）

第四，维护公共利益为权利保障提供了正当化理由。有些个体权利自身就是公共利益的构成要素，保障这些权利同时也是在实现公共利益，公共利益为保障这些权利提供了理由。例如，财产、契约自由等权利是市场经济的构成要素，市场经济为保障这些权利提供了理由。⁶⁹结社、言论、游行、集会等权利是民主政治的构成要素，民主政治是保障这些权利的重要理由。⁷⁰（二）权利限制

一般认为，权利的限制有两个来源，一个是他人的权利，另一个是公共利益，以下分别讨论。

1. 权利冲突

权利保障只是一般地、初显性地确认了正义允许的个体利益诉求的可能边界，在不考虑反对理由的前提下，某种为美好生活所需的利益如果在工具合理性的意义上构成了他人采取行动的理由，他人对此负有初显性义务，主体对此利益初显性地享有权利。对于每一个初显性权利，总是存在着“反对理由”。让他人承担义务总会对义务人的某种利益造成损害，例如，承担义务会限制义务人的自由。从义务人的角度看，义务人因承担义务减损的利益自身也是某种初显性权利的保障对象，由此出现了“权利冲突”。权利冲突出现在具体的生活情境中，在解决权利冲突的同时，也是在该情境中具体地、结论性(all things considered)地确定了冲突双方各自权利的实际内容，划定了他

⁶⁸ John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 167.

⁶⁹ 谢海定：《中国法治经济建设的逻辑》，《法学研究》2017年第6期，第24页。

⁷⁰ Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 253

们的利益保护在正义规整中的实际边界。在利益保护的正义规整的这个阶段中，需要重点考虑的是价值合理性的要求，需要判断双方利益的抽象重要性、受干涉的强度以及认知可靠性，在此基础上进行权衡比较，依据比较的结果（它们的相对重要性）确定双方权利的实际边界。⁷¹

初显性权利的平衡结果往往是“互有输赢”，呈现为一种“有条件的”优先关系。⁷²例如，当张三在公共场合将李四称为白痴时，李四的名誉权胜过了张三的言论自由权，而在张三公开指责李四吝啬的情形中，张三的言论自由权则胜过了李四的名誉权。不过，有些初显性权利由于其保护的利益的特殊性质，总是在冲突中落败，因此完全无法为其保护的利益结论性地划定界限。这样的权利主要有两种类型，一种是以卓越、德性等理想性利益为内容的权利。⁷³例如，升职对于公司员工是重要的利益，它的实现需要公司老板的相应行动，就此而论，公司老板负有初显性义务提拔员工。但考虑到该义务对老板的相关利益的严重损害，员工并不实际享有要求老板提拔自己的权利。另一种是以历史文化、语言文字等参与型公共利益为内容的权利。⁷⁴例如，不存在专供单一个体自己使用的语言，个体只能与他人联合共同消费某种语言。它的存在必然伴随个体之间基于某种共同价值信念的联合形式，⁷⁵即某种积极共同体的存在。当个体要求他人负担供给该公益的义务（“必须或不得使用某种语言”等）时，相当于要求他人必须认同主张者，与其联合起来形成或维持某种共同体。要求人们必须持有特定价值信念、必须认同他人，对个人的自由利益无疑是极为严重的损害。因此，参与型公益不具备相对于自由利益的相对重要性。个体针对参与型公益的权利，总是会在竞争中落败，不具有结论性意义。由于完全缺少结论性意义，人们有理由怀疑将上述这些纯粹初显性权利称为权利的必要性，实践中人们很少会认真对待针对这些利益的权利主张。参与型公共利益以外的公共利益都是消费型的，⁷⁶例如，社会和平、国防安全、公共服务。以消费性公益为内容的初显性权利有可能在某些权利冲突情形中胜出，从而具有结论性意义。例如，保持街道清洁是一种消费型公益，这需要每个人不乱扔垃圾，一般来讲这是一种极轻微的负担，即所谓“举手之劳做环保”。在此种情形中，以此公益为内容的权利就具有了结论性意义。消费性公益种类众多，是公共利益最主要的类型，但从各国法律的内容来看，以此种公共利益为内容的权利却很少见，环境权是其中不多的例子之一。⁷⁷这种现象的成因在于，法律是一种制度性实践，法律将某种价值制度化时，总会考虑制度效果和成本。在通常情况下，以赋予权利的形式来保障公益，并不是一种行之有效、经济节约的制度选择。⁷⁸

⁷¹ 参见于柏华：《权利认定的利益判准》，《法学家》2017年第6期，第3-8页。

⁷² Neil MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford University Press, 2005, p. 173.

⁷³ Joel Feinberg, *Harm to Others*, Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 62.

⁷⁴ Jeremy Waldron, *Liberal Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 1993, p. 355.

⁷⁵ Andrei Marmor, *Law in the Age of Pluralism*, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 240.

⁷⁶ Denise Réaume, “Individuals, Groups, and Rights to Public Goods”, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 38, p. 11(1988).

⁷⁷ 参见蔡守秋：《论环境权》，《金陵法律评论》2002年春季卷，第83页。

⁷⁸ Andrei Marmor, *Law in the Age of Pluralism*, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 238.有论者认为学界关于环境权的讨论陷入困境，主要论据就是环境权的效用不佳。参见徐祥民：《对“公民环境权”的几点疑问》，《中国法学》2004年第2期，第109页；朱谦：《环境权问题：一种新的探索路径》，《法律科学》2004年第5期，第96页；巩固：《环境权热的冷思考》，《华东政法大学学报》2009年第4期，第125页。

2. 权利的公益限制

在初显的意义上，所有公共利益都可以成为权利的保障对象，因此，可以简单地将权利的公益限制理解为权利冲突的一种形式，使其同样依循前述权利冲突的基本原理。但是这样做会忽略以个人利益为内容的“权利”与以公共利益为内容的“权利”在限制权利时的实践差异，前一种情况需要协调的是个人权利之间的冲突，而在后一种情况中，由于公共利益的组织实施者一般都是国家，因此，它协调的是个人权利与公共权力的冲突。为了凸显这一点，需要单独考虑公共利益对权利的限制。权利的公益限制会限缩个体权利的范围，这一点毋庸置疑。这里强调的是这个限制过程的积极的一面，对满足个人的美好生活需要而言，权利的公益限制并不是一个纯粹消极的事情，同时也是一个基于权利控制公共利益的组织实施的过程。

相比于保护个人利益，保护公共利益过程中的不确定因素更多。不同公益目标之间的优先关系、实现目的的手段的选择，高度依赖共同体多变的内外环境。⁷⁹以国防安全与经济繁荣为例，在公共财政有限的情况下，将财政预算更多地用于加强军备、巩固国防还是用于缩减通胀、稳定物价？只有结合具体情境才有答案，例如，当面临外来军事压力时，国防优先，压力越大、越紧迫，国防的优先性越高，反之则经济发展优先。公益目标的实现手段也经常是不确定的，以电力供应为例，采用何种发电方式？水电、火电还是核电？采用何种输送方式？高压、超高压还是特高压？这些都需要在具体环境中才可能确定。规整权利的公益限制的正义则要求，公权力不论追求何种公益目标、不论使用何种手段，对权利的限制都不得违反实践合理性的要求，都需要符合比例，在这种意义上，权利的公益限制同时是一个对公权力的控制过程。积极的、获得帮助的权利的公益限制同样需要符合比例，⁸⁰因此在类似的意义上具有控制公共利益的功能。例如，获得物质帮助权的实现程度受制于特定社会的经济发展水平，公权力机关应当“量力而为”。但这也意味着公权力机关需要结合特定经济社会发展阶段，不断调整对个体提供帮助的范围与程度，应当“尽力而行”。⁸¹

⁷⁹ 陈新民：《德国公法学基础理论》（上），山东人民出版社 2001 年版，第 204 页。

⁸⁰ Robert Alexy, “On Constitutional Rights to Protection”, *Legisprudence*, Vol. 3, p. 10(2009).

⁸¹ 参见胡玉鸿：《新时代推进社会公平正义的法治要义》，《法学研究》2018 年第 4 期，第 50 页

“权利泛化”：这是一项指责吗？

陈景辉

导言

至少在现代社会中，人们经常运用“权利陈述”来支持自己的主张或者对抗相反的要求和行动。无论权利最终的落脚点是权利人的利益还是自由，这都一概的说明：拥有权利，通常应当被视为是一件好事。之所以采取这个带有明显保留味道的陈述，是因为理论家一般会认为，在某些条件下，拥有权利可能成为一件坏事，或者至少是件有缺陷的事情。无论怎样认识这些条件，¹“权利泛化”通常被认为必然位列其中。²因此，如果权利泛化这项主张是成立的，那么它就同“权利的确是重要的”的另一项主张，一起构成了对权利之实践的全面理解；否则，就有可能过分高估了权利的地位。

这篇文章将会直面权利泛化这项关于权利之重要性的挑战。我将在第一节中，全面处理权利泛化这项主张，来说明它如何由一项事实描述转换成某种批评性的规范判断。接下来的第二和第三节，将用来处理这种批评性的规范判断，来说明其中的误解到底出现在哪里。第四、五两节用来专心讨论一件事情：权利这件事情的重要性到底是什么，以至于人们愿意频繁动用权利主张，即使会产生权利泛化的虚幻批评也在所不惜。最后，是个简要的结论。

一、什么是权利泛化？

一个一开始的问题是：为什么理论家会认为权利泛化是项对权利重要性的挑战？这项挑战的根据又在哪里？显然，要想避免权利泛化是一项随意的、没有根据的指责，那么它必须要有可靠的基础。在我看来，权利泛化这项指责，依赖一个关于“权利实践”的事实描述，并以此为基础推演出来的关于权利重要性的指责。也就是说，权利泛化这项主张，包含着描述性和规范性的两个部分；相应的，如果这项指责成立，一方面依赖于事实描述的准确性，另一方面依赖于规范判断部分的有效性。其中，我认为事实描述部分是准确的，所以我的回应主要在规范判断部分，但是由于二者之间存在推论关系，所以我的讨论还是先从事实描述这个部分开始。

在关于权利实践的现象描述上，存在一个关于权利泛化的事实，即权利主张在实践中以不可列举、层出不穷的方式频繁出现。它具体表现为至少四个样态：³第一，人们在公共论辩中普遍而经常的使用权利主张，而且这种普遍而经常的使用还体现在，持

· 中国人民大学法学院教授，法学博士。文章为国家社科基金重大项目“马克思主义法学方法论研究”（11&ZD077）的阶段性成果。

¹ 另一个可能的情形是权利的相对性或者权利的滥用，即权利的行使必须在某些范围内才能有效展开，一旦超出这个范围——无论它是权利本身所设定的还是其他人所拥有的权利，它都将因此变成一项应受指责的事情。

² 例如，汪太贤：“权利泛化与权利人的现代生存”，《法学研究》2014 年第一期，页 7-9；陈林林：“反思中国法治进程中的权利泛化”，《法学研究》2014 年第一期，页 10-13。

³ 其中的前两项样态来自于如下作品，L. M. Sumner, *The Moral Foundation of Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1987, pp. 1-4.

有对立立场的各方均会援引权利主张。第二，由于权利在公共论辩中的频繁使用，以至于权利的运用领域就等于公共论辩的领域，例如教育、医疗、环境、雇佣甚至国际领域，只要你能想象得到的领域，都可能成为权利得以运用的领域。第三，权利的内容是广泛而普遍的，即人们可以将“权利”指向任何类型的事物，无论是指向某些价值——我拥有自由权、生命权和尊严权，还是指向其他人的行动——我有权利要求你赔偿，也包括指向某些具体的事物——我有权利拥有一栋房子，等等。最后，权利还具有针对未来的开放性，某些今天尚且无法称之为权利的事物，在未来某些条件的成就下，也会形成某项新的权利类型，例如数据化时代的被遗忘权、删除权等等。

以上这些具体的描述，其实表达了一个描述意义的权利泛化现象，即，权利主张在以不可列举、不可预测的方式发挥着作用：一方面，谁也不知道，身处公共论辩之中的人们，在何时、在何种情况下将自己的主张以“权利”的方式提出来；另一方面，也不知道何时突然就有了一项以权利为内容的立法，例如 2013 年开始施行的《老年人权益保障法》中的第十八条之规定：“家庭成员应当关心老年人的精神需求，不得忽视、冷落老年人。与老年人分开居住的家庭成员，应当经常看望或者问候老年人。”这种不可预测性，挑战了理论家经常对（知识）确定性的追求，由此产生了相关的疑虑，以至于权利泛化由一项事实描述转换成为一项规范判断，即，权利泛化是坏的。

显然，“权利泛化是坏的”这项指责过于笼统，理论家必须得详细说明它到底坏在哪里才行。具体来说，至少有四种具体指责：第一，权利泛化现象会引发权利的“通货膨胀”（inflation）以至于降低了权利这件事情的重要性。权利显然是公共议题中所运用的论证工具，但一个能证成所有问题的论证工具实际上什么都证成不了。因此，权利主张一旦被应用在公共议题的所有方面（all sides），它就不再被认真的看解决这些问题的工具了，于是最大的危险就是，权利由此不再被给予认真对待了。所以，就像真正的通货膨胀一样，泛化的权利主张严重侵蚀了权利所拥有的论证力量（the argumentative power of rights）⁴从另外的角度讲，如果对立双方都可以将自己的主张“打扮”成权利，那么就会出现抵消效应，于是权利主张就会丧失权利的外衣而单纯成为一项主张，于是权利主张也就变得不重要。例如，当记者侵犯我的隐私时，我以“尊严（隐私）权”捍卫自己的利益、而记者以“新闻自由权”来主张对我的故事的报道，其中的权利现象将会抵消，最终就会出现“尊严（隐私）”与“（新闻）自由”的对抗，而“这其中是否涉及权利”的问题看起来就是无关紧要的。

第二，权利泛化引发的成本问题。⁵如果忽视通货膨胀的指责，承认这其中 的确存在着权利，那么将会导致普遍的权利冲突现象，因为公共议题中的对立双方各自持有自己的权利主张。此时，由于权利概念本身所具有的正当性，一个看起来理想的做法，就

⁴L. M. Sumner, *The Moral Foundation of Rights*, pp. 8-9. Sumner 甚至由此认为，这是一种关于权利的虚无主义。

⁵ 后三项指责来自于如下作品，陈林林：“反思中国法治进程中的权利泛化”，《法学研究》2014年第一期，页 10-13。

是同时满足双方的权利主张。然而，受制于各种资源的有限性，任何政府或国家都不具备同时满足再所有公共议题上的对立权利主张的能力，无论这个政府和国家有多强大、攫取税收的能力有多强。此时，只有三种结果：要么双方的权利主张都只能部分满足，要么只能满足其中一方的要求，甚至都不能被满足。无论最终出现哪个结果，就会得出一个关于权利的负面印象：由于无法同时满足冲突中的权利要求，至少总有一方的权利始终被侵害，以至于“有权利就等于被侵害”，这甚至使得有权利不再成为一件好事。与此同时，即使忽略这个负面效应，权利泛化对成本或资源的过分要求，依然会产生另一个严重的负面效应，即它会阻碍了共同善（public goods）的落实。例如，建设铁路这样的公共设施，显然会有助于交通便利和经济发展这样的公共善，但是相关土地的权利人可能通过主张自己的权利阻碍公共设施的建设，要保护或尊重这其中的权利，那么就要放弃对公共善的追求。

第三和第四项指责相对更为简明。第三，跟第二项指责相关，道德泛化会赋予更大的国家权力。显然，权利主张越泛化，就越需要相应的国家权力的扩张以便满足保护权利的要求；然而，据说首先是用来对抗公权力或者政府权力的（个人）权利，不但没能获得对抗公权力的效果，反而成为国家或者政府肆意扩张自己权力的根据。第四，权利泛化会对道德体系造成严重的侵蚀。由于权利主张本身具备当然的正当性，因此如果可以将任何主张都打扮成权利主张并因此拥有当然的正当性，那么权利人将会由此来对抗道德体系的要求。例如，在主张对自己财产拥有权利的同时，权利人将会由此拒绝“慈善义务”的道德要求，坐视身处困境的人们而不理，这严重冲击了正常社会的道德观念，也不是一个正常的社群所应当有的样子。

到此为止，一个关于权利泛化的事实描述，就成为一项包含不同内容的规范判断，它被用来说明权利这件事情的缺点或不足。如果承认这其中的密切联系，那么看起来，在主张权利的确是重要的同时，不能过分高估它的重要性：权利依然是个重要性有效的事情，它在面对权利泛化情形时，权利人就必须退让，即使他拥有无可置疑的权利。情形果然如此吗？权利泛化真的是对权利之重要性的一项有效指责吗？权利泛化作为一项事实描述，难道不是毫无争议的吗？有什么理由来反对这个指责呢？

二、权利真的通货膨胀了吗？

权利泛化的事实部分与评价部分的区别，有点像素材与故事之间的区别。同样的素材可以讲出不同的故事，潘金莲和西门庆的素材，既可以是个奸夫淫妇的故事，也可以是个寻找真爱的故事。故事和故事之间不一定有竞争性，但是理论和理论之间却是有竞争性的。那个最终被认为是“对”的理论，除了要匹配素材的具体内容，本身也得是融贯的，更重要的是，它还得证明自己是最佳的。最佳与否的判断显然跟话题有关系，在这篇关于权利的讨论中，最佳与否就要看能否完美的匹配权利的重要性这个话题。所以，从现在起，我的任务就是讲述一个与权利泛化的事实部分匹配的关于权利重要性的“故事”。

要想把这个故事讲圆、讲好，一些基本的区分就是必要的，而这些区分将会极大降低“权利通货膨胀”⁶这个指责的力道，最终会使它不再成为关于权利重要性的一项挑战。首先，即使人们在日常生活中经常会将自己的诉求表达成一项权利主张，以至于引

发权利无所不在的泛化现象，但是这其中仍然要区分真正的权利主张与虚假的权利主张。也就是说，即使一项有正当性根据的诉求也未必自然等同于一项权利主张。⁷例如，基于你过去一贯的品行，我有合理的道德根据主张你“不能为富不仁”，但这并不等于“我有权利要求你为富不仁”。简单说，存在着一系列值得追求的道德观念、美德和价值，它们是用来审视自己和评价他人的规范基础，权利只是其中之一。当然，由于权利本身所具有的某些规范性特点（这在后面会详细讨论）使得人们愿意将他们有道德基础的诉求表达为一项权利主张，但这样的做法并不是每次都能成功。因此，一个非常必要的工作，其实就是区分真正的和虚假的权利主张；并且，在这项作业完成之后，你将会发现权利主张的数量会有所减少。当然，也不要高估这项作业的意义，因为即便如此，权利主张的普遍而广泛存在的现象并没有在“质”上被根本削弱，⁸通货膨胀的指责其实仍然存在。所以，这项区分工作，其实也是识别权利的概念工作，将不再是这篇文章的主要内容。

其次，如同刚才所讲，即使是真正的权利主张，它在数量上也是巨大的，在范围上也是广泛而普遍的，于是通货膨胀的指责看起来依然成立。然而，一旦注意到“基础权利”与“衍生权利”的区分，这项指责的严重程度将会大幅度下降。此处所说的基础权利，并不是通常用来表达宪法权利的基本权利的含义，虽然二者还是有所交叉，⁹但是它主要用来说明这种权利并不是从其他权利中派生出来的权利——否则它就是衍生权利了，而是存在自身独立的基础和根据。¹⁰作为一项独特权利的基础权利，可能基于特定事实条件派生出衍生权利。这些事实条件，或者是因为能够与基础权利之间形成论证关系，例如如果能够证明“土葬”与人格尊严之间的关系，那么就可能派生出“土葬权”这种“新型”衍生权利；或者是因为某些新的社会或者科技条件的成就而派生出来，例如“被删除权”这种“新兴”的数据化权利要么来自于隐私权、要么来自于财产权。¹¹一旦注意到基础权利和衍生权利的区分，那么权利泛化或者权利通货膨胀之类的指责，就可以被区分为基础权利的泛化与衍生权利的泛化。很明显，基础权利的泛化，在事实层面上就很难成立，所以它不太容易是项有效的指责，除了生命、自由、财产、尊严之类传统的基础权利，你很难想象还有哪些新型或新兴的基础权利。所以，权利泛化或者通货膨胀之类的指责要想适当，一般只能指向衍生权利。然而，衍生权利的派生性，难道不是基本权利真正发挥作用的基本

⁶ 权利通货膨胀，主要是个关于权利如何运用的实践命题、而非权利性质如何的理论命题，因此本节讨论并不涉及权利的性质。

⁷ Alon Harel, “What Demands are Rights? An Investigation into the Relations between Rights and Reasons”, 1997 (17) *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 101-114.

⁸ Sumner 就是以这种方式来回应权利的虚无主义，但我认为这是不够的。L. M. Sumner, *The Moral Foundation of Rights*, pp. 10-11.

⁹ 问题的关键在于：宪法之外的其他法律——主要是民法（私法）——所规定的权利，是否有独立的根据。

¹⁰ Henry Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U. S. Foreign Policy*, 2nd edition, Princeton University Press, 1996, pp. 13-34.

¹¹ 例如，丁晓东：“什么是数据权利？——从欧洲《一般数据保护条例》看数据隐私的保护”，《东政法大学学报》2018年第四期，页39—53。

方式吗？不用说良善的社会了，在一个只拥有基本秩序的社会中，都很难存在着直接对基础权利的普遍侵犯吧？因此，由基础权利所派生出来的衍生权利越多，其实在说明基础权利获得保护的情况越理想；反之，越是指责衍生权利的多样性（泛化）其实在某种意义上，就等于忽视了基础权利的重要性。当然，这个讨论受制于前面的论证，即，必须证明它是真正的衍生权利才行。¹²

最后，在现象上，通货膨胀这个指责，是跟繁多的权利类型密切联系在一起的。由于权利清单是无法穷尽列举的，因此权利类型就不可胜数，这可能因为通货膨胀造成权利的重要性反而下降。然而，一旦注意到权利的重要性不仅仅是个理论问题，而且还是个实践问题，通货膨胀的指责就有可能驳回。在理论上，学者得区分生命、自由、财产、尊严等传统的权利类型，也得区分个人信息权、被遗忘权等新的权利类型。这样的做法具有理论上的重要性，你必须在认识论的意义上，说清楚一种权利和另一权利的区别与联系。然而，在真实的权利实践中，权利人并不是通过主张自己的生命权、自由权、财产权、个人信息权、被遗忘权的方式，来捍卫自己的利益、保护自己的选择。在我看来，权利类型的区别，通常只具备理论意义，它的实践意义非常有限。因此，即使由权利类型的不可穷尽可以合理的过渡到权利通货膨胀的指责，这一般也主要是个理论上批评：它降低了权利“在概念上或理论上”的清晰性。

这是因为，在权利实践中，权利主张或者权利断言（assertions of rights）都可以被化约为两种基本形式：“A 有关于 ϕ 的权利”（A has a right to ϕ ）与“A 有关于 B 做 ϕ 的权利”（A has a right that B ϕ ）¹³很明显，A 是权利人，B 是义务人，而 ϕ 则是权利的内容，它既可以是特定的行动——你要还我钱，也可以是具体的事物——我的财产。显然，即使承认通货膨胀的指责具备实践意义，它针对的也是权利的内容、而不是权利断言本身，因为权利断言只有这两种类型，而只有权利的内容才可能是普遍而广泛的。但是，在权利实践中真正重要的，是权利的内容？还是此处存在一项权利？显然是后者，因为当你主张“这（权利的内容）是我的”与主张“这（权利的内容）是我的权利”具备同等意义时，其实就在反向证明权利断言本身是不重要的。因此，在实践中，权利断言其实可以被进一步被化约为单一类型：“A 有……权利”（A has a right）“这是我的权利”这样看起来断然性味道强烈的表达，其实才是权利运用的普遍情形，权利人只要能够真正的主张“这是我的权利”，那么就会让另一方负担义务，或者对抗与之相反的举动。正是因为，只要能够祭出“这是我的权利”这枚法宝，就可以获得相应的规范性结果，所以人们才那么渴望拥有权利。然而，刚才所说的这一切，都与权利的内容没有什么关系。简单说，在权利实践中，权利断言或者权利主张的运用是非常简单、直接的，它不可能是复杂多样的，因此并不会遭受通货膨胀式的批评；换言之，这个批评即使有效，也是针对权利的内容、而不是权利断言本身，因此其实践意义有限。

¹² 这一点对于新兴权利或者新型权利的主张者而言，提出了一个理论上的限定条件：其实，并不存在那么多的“新”权利。

¹³ Leif Wenar, “The Nature of Rights”, 2005 (33) *Philosophy & Public Affairs*, p.225.

简单做个小结：由于权利通货膨胀是个关于权利实践的指责，只要注意到真正和虚假权利之分，在真正的权利中注意到基础权利和衍生权利的论证结构，同时注意到权利主张在实践中运用的简单样态，那么权利的通货膨胀将会被排除：这既是因为虚假的权利不能够被计算进通货膨胀中，也是因为衍生权利只有膨胀才能实现对基础权利的保护，更是因为权利主张的使用的最常见形态是“这是我的权利”的单一类型。

三、权利受制于成本或资源吗？

如果说权利通货膨胀还主要是个实践命题，那么权利和成本或资源之间的关系，就是个兼具实践和理论双重属性的命题，对这个命题的完整回答，将不得不进入到关于权利性质的讨论中。这是因为，仔细分析“权利与成本”这件事情，它其实提出了两种性质不同的挑战：1.权利泛化将会引发成本上的难以为继，即如果承认或者规定了过多的权利，那么由于权利的落实需要成本上的基础，因此将会导致这些已经被肯定的权利无法实现，纵使这些权利都某种法律或者道德上的基础。简单说，这是一种有权利泛化所引发的无法被落实的指责（不现实的指责）但它并未挑战“这些权利有理由被肯定”这个部分。2.权利泛化还会引发对其他、可能是更重要的共同善的侵害，因为成本或者各种资源是给定的，在这个条件的限制下，权利泛化将会褫夺对共同善的保护和追求，因此这些权利从一开始就不应当被肯定下来，或者只能在满足共同善的前提下才能肯定这些权利。显然，这种指责所关心的，并不是被肯定的权利是否能够落实这个现实性的问题，而是这些内容究竟应不应当被认可为权利的规范性问题。本节将用来处理前一个是否具备现实性的问题，而将第二个更重要的问题留待后两节处理。

一个显而易见的常识是：特定时空条件下，一个社群中的各种资源都是被给定的，因此尽管某些目标是值得追求的，但如果无法匹配给定的资源，那么这些目标的追求就会存在问题。回到权利的话题中，同理，如果权利一旦泛化——超出资源的承受能力，那么即使肯定了这些权利，由于它们不具备落实的可能性，“被规定下来”这项事实反而削弱了权利的重要性。这样的指责难道不是合理的吗？又有怎样的理由反对呢？如果将这项指责限定在“法律权利”（legal rights）这件事情上，那么我部分同意、部分反对同意它的批评是有效的。但是，如果回到道德权利（moral rights）这件事情上，那么我看不到这项指责成立的基础。

受制于篇幅和主题、也是为了讨论的方便，请让我先假定两项主张：其一，道德权利和法律权利是两项不同的权利，即被实在法体系认可的就是法律权利，不具备这个特点的就是道德权利；其二，法律权利是以道德权利为根据的，因此权利才具备评价和批评法体系（也包括其他社会制度）的能力。由这两项主张可以看到法体系与权利的两种关系：法律权利的落实与法体系对道德权利的落实。前者意味着，不但存在一项“法律”权利，且法体系因为它被规定下来而必须落实；后者说明，虽然不存在一项“法律权利”、但因为存在一项道德权利，并因为某些原因法体系要落实¹⁴它的要求。下面这个“同性婚姻”的例子，可以很好的说明这些区分：如果一个实在法体系承

¹⁴ “落实”这个表达过于日常化了，在后面的讨论中，我将它替换为“强制执行”（enforcement）这个词。

认同性婚姻也是婚姻的一个类型，那么国民将拥有“同性结婚”的法律权利；如果该法体系只承认“同性伴侣”、但不承认同性婚姻，那么国民将不拥有该项法律权利，而只拥有同性婚姻的道德权利。¹⁵显然，成本问题或者资源问题，主要是同法体系的“强制执行”问题联系在一起。因此，一个法体系中，如果规定了过多的、无法为资源所承受的法律权利（权利泛化），那么至少看起来，这就变成了一件坏事，就像法律中规定“国民有住房权”的例子一样：显然，这个权利即使被规定在下来，但也不具备落实的可能性；或者，即使该国举全国之力落实了对这个法律权利的承诺，但是该做法也会造成对其他法律权利的严重亏欠。法律泛化的主张者，通常就是以这种方式来批评“福利权”（welfare rights）作为一种法律权利的地位，甚至也是反对我国《劳动合同法》对劳工权益保障的理由。

这是个复杂的问题。先让我提出一个相对简单的反驳：法律权利的强制执行与成本和成本的不匹配，是否认存在该法律权利的合适理由吗？在我看来，这个主张过分依赖直觉了。显然，在现在这个时代，任何国家的法体系都会承认国民享有生命权，这一点毋庸置疑。然而，要想真正落实这项法律权利，是任何社群的给定资源都无法做到的：一方面，这需要雇佣无数的警察和安装无数的摄像头，需要采取消灭任何可能会对生命造成危险的手段，这显然是任何社群都无法承受的；另一方面，即使事实上可以做到，难道这不会导致对其他权利——例如受教育权——的无力保护吗？难道不会对其他法律权利——例如人身自由与隐私权——的侵害吗？根据同样的理由，生命权作为一种法律权利，显然也将陷入权利泛化的困境中，不是吗？然而，那些支持者却不会承认生命权、人身自由之类的权利，是权利泛化所要针对的对象，这个论证不是自我溃败的吗？总之，如果权利泛化的成本指责成立，那么每个人都拥有的生命、自由、财产之类的绝对权利，将会陷入到这个指责的困境中。

之所以要在法体系中规定某些权利——例如生命权、自由权等等，除了获得法体系所保障的强制执行效果之外，其实还有某种“宣告性意义”：它至少表明，特定政府或者国家“承诺”，要对于某件事情的尊重，并将它作为公共行动的目标来看待，以及赋予国民相应的批评能力和批评资格。因此，即使事实上不可能保障每个人的生命、自由、财产不受侵犯，但是也必须要在法体系中加以承认，因为这表明生命、自由、财产是必须被尊重的事项。是否能够被强制执行，能够在哪个程度上被强制执行，都不影响到宣告性意义的存在，也不影响到致力于追求“对这些内容的保护”这个目标的有效性，更加不影响到“未落实承诺”为理由的批评。¹⁶反过来讲，如果因为强制执行上的理由，而拒绝将这些权利作为法律的一部分规定下来，这难道不是国家或政府解脱自己责任的合适理由吗？当然，不能过分强调宣告性意义，强制执行这个部分仍然还是法律权利至少同等重要的性质；但也不能因此，就彻底否认法律权利的宣告性意义。

¹⁵ 承认同性伴侣，早期可能来自于“同性婚姻”在道德上（而不是法律上）的正当性，后期一定会过渡为承认国民拥有“同性结婚”的道德权利；否则，法律上同性婚姻的权利就是不可想像的。

¹⁶ 宪法中以“基本权利”来对人权内容的肯定，就可以做如此的理解。James Griffin, *On Human Rights*, Oxford University Press, 2008, pp. 95-110

不过，这个推论仍然面对着权利泛化的第三个风险：这不是授予国家和政府大的权力了吗？这不是使得它们更有合适的借口侵害权利了吗？同样明显的更是，这个批评也是建立在强制执行这个性质之上的。如果注意到宣告性意义，那么这个指责将很难成立。更为重要的是，在面对国家或政府时，关于“积极权利”（positive rights）和“消极权利”（negative rights）的区分，将会在很大程度上削弱这个指责的力量。如果承认“权利是让另一方负担相关义务的根据”，¹⁷那么 不同于让对方负担作为义务的积极权利，消极权利就是让对方负担不作为的消极 义务；尤其是面对比较威权化的政府时，确立消极权利其实就在限制政府所能做出之行动的范围，而不是它们做出特定行动的理由和根据。当然，积极权利的确 会要求政府做出特定的行动，看起来就会受到这项指责的伤害；然而，这并不意味着政府可以在脱离这项权利的基础上展开某项行动，也是因为该项权利的存在，限制了这项行动的恣意展开。换言之，即使权利的确授予了政府做某事的能力，但是这并不能够成为脱离权利只要求的恣意行动。显然，要想保护消极权利，除了不得做出某些行动之外，政府还得做出另外一些行动来救济其他主体对于消极 权利的侵害，这看起来也给政府做出某类行动的资格；同样的，此类行动的做出，仍然因为受制于消极权利的存在，而不应当是恣意展开的。所以，因为权利对某些公共行为的要求，就认为权力越多会导致政府活动范围越大、行动选择越恣意 的批评，是一种根本脱离权利现象的说法；这其实反过来说明，要想限制公行为恣意，不断主张权利可能是最有效的方式。

四、权利与个人的独立性

逐一回应反对意见的论述方式，使得过去的讨论不但显得非常琐碎，而且也难以取得彻底击溃权利泛化这个指责的整体效果。现在，这篇文章需要直接处理权利的重要性了。如果在这件事情上取得成功，那么就有可能最终证明：权利泛化是个不必要的担心，甚至，权利的重要性必然要求“权利泛化”。¹⁸当然，权利的重要性不太容易被说明，好在有一种针锋相对的反对意见，对它的批评就成为论证权利重要性这件事情的背景，这就是建立在公共利益或共同善基础上的后果主义，其中的代表就是边沁的功利主义。我并不打算整体上来讨论功利主义或后果主义的优劣、对错，这无法被这篇短文所承载；我所要做的是做某些基础性的反省，然后看看权利的存在为什么是重要的。

如果你同意罗尔斯的看法，一个社群应该被视为由一群人所组成的联合体，那么这个社群就会成为这群人所共同从事的一项合作事业；之所以要社会合作，最重要的原因是，它能够获得个人行动所无法获得那些好处，并且这些好处是个人过上一种好的生活所必需的。¹⁹这些由社会合作所产生的好处，就是所谓的公共利益或者共同善²⁰。由此出发，就会存在一种认为公共利益或者共同善本身具备正当性的道德理论，

¹⁷ Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, 1986, p.171.

¹⁸ 在展开具体论证之前，必须说明的是，所要讨论的是“道德权利”的重要性，而不是法律权利的重要性，如果承认后者以前者为根据的话。这也是为什么我会部分同意权利泛化对法律权利之 资源和成本的挑战，但我仍然拒绝它对权利重要性的挑战的原因。

¹⁹ John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971, p.4.

²⁰ 为论证的需要，文中所称的“公共利益或共同善”，严格限定为排除道德权利或个人自治之后的概念。

并且这是一种典型的后果主义的道德理论，边沁的“最大多数人的最大幸福”的功利主义就是其中最有力的代表。这套想法看起来非常可靠，这既符合直觉——人们通常就是这样权衡自己的行动，也是有根据的——痛苦和快乐都是可经验的感觉。所以，与之对立的想法，要么伪善——你自己不这样做但却要求别人这样做，要么纯属胡扯——所以边沁说“自然权利本身就是胡说八道”。显然，在这种道德理论的实践中，只有公共利益和共同善才是重要的，权利基本上只退缩到法律领域，所以边沁只承认法律权利的存在。²¹由于承认了公共利益或者共同善本身的道德意义，并且保护或追求公共利益通常是政府的指责，因此后果主义不再只是一套道德理论，同时也是一种“政治”哲学，它是政府辩护自己行动的根据，也是反对对立主张的理由。

然而，社会合作本身，除了公共利益或者共同善之外，它还有一个至少同样重要的事实性基础，即该社群是由每个独立的个体组成。这种独立，不仅仅体现为其中不存在人身依赖关系，否则就不是合作、而是强制的体系；并且，他们也因为自己拥有不同的观念和看法，而得以区别于其他人，否则同意就变得不重要了。因此，如果一个理想的社会合作必然是以“同意”为基础的，那么除了公共利益或共同善之外，还必须尊重个体的独立性或者分离性（*separateness of persons*）也只有这样，独立的个人才会有意愿加入到那个体系当中。虽然在现实的状况中，每个人自一出生就被安置在一个特定的社会合作的基本结构当中，并且那个社会合作的主要制度决定了他处在一个什么样的特定位置，这看起来根本没有选择（意愿）的余地。然而，要想使得这个合作的体系致力于追求成为一个良善的社会，除了公共利益或共同善之外，那么“个人愿意加入其中”这个要素，仍然是对该合作体系的主要规范性要求之一。²²

必须注意，个人的独立性除了是个事实之外，它还是个道德上的命题，因为承认个人的独立性拥有道德上的重要性，等于同时承认了一个人仅仅因为拥有“人的资格”这一点就值得值得被尊重，这最终等于承认了“人”作为道德主体的地位。因此，一旦人的道德主体的地位不受质疑，那么就必须承认个人的独立性在道德上是重要的，于是任何社会合作形式都会面对一个关键性的内在紧张关系：在道德上，它是公共利益或共同善的道德正当性与个人的道德地位之间的矛盾；在政治上，它是代表公共利益的政府（公共政策的决定者）与作为权利主体的个人之间的矛盾。在哈特看来，注意到“个人的独立性”在道德上的重要性，被认为是对功利主义最有效的批评工具。功利主义的批评者因此提出一系列的追问：为了公共安全可不可以惩罚或折磨无辜的人？可不可以杀一个人来救更多的人？如此等等。²³于是，理论家不太可能同时主张公共利益与个人独立性都是重要的，很难将它们融贯的安排在同一个理论中。²⁴

²¹ William A. Edmundson, *An Introduction to Rights*, 2nd edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 44-50.

²² 这就是罗尔斯区分理想理论与非理想理论的根本原因。John Rawls, *A Theory of Justice*, p.9.

²³ 全面的批评请参见，H.L.A. Hart, “Between Utility and Rights”, in his *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1983, pp. 199-201.

²⁴ 所以，密尔支持权利主张的伤害原则如何与功利主义共处，就成了一个巨大的难题。

论述至此，一个道德权利的概念呼之欲出：所谓道德权利，就是一个人仅仅因为“人的身份”所拥有的权利。由于人作为道德主体地位这一点不容否认，因此道德权利也必须受到认可，并且，由于这个权利不依赖于任何其他条件，因此有时候也被叫做自然权利。刚才这个说法我都接受，但它仍然是过快的结论：因为承认人的道德主体地位理论，仍然有可能否认存在道德权利的概念。这就是通常认为与后果主义对立的另一道德理论——道义论，它否定道德权利的一般理由在于：人的道德主体的地位意味着人要受到道德律令的拘束，尤其是绝对命令（categorical imperatives）已经附加了各种道德义务，此时由于权利能够被化约为义务或权利只是义务所投射的影子，因此权利的存在就是冗余的。²⁵这表明，在人的道德主体地位与道德权利之间仍然存在论证上的缝隙，要想得出道德权利的概念，必须要附加新的论证来完成这个任务。

一个有影响力的做法是如下这个思想实验：想像一个世界，除了没有道德权利的概念，其他和我们这个世界一样，甚至其中的人们拥有更高的道德能力，那么这样一个世界究竟会缺了什么？它会缺失由“主张”（claim）这种最严格意义上的权利而来的对于个人的尊重。²⁶为什么会如此呢？最重要的理由在于，由于并不是每项道德义务都蕴含着相应的道德权利，例如我的助人为乐的义务并不蕴含你有要求我帮助你的权利；一项道德权利也并非与一项道德义务等值交换，我有生命权与你不得杀人的道德义务之间并不是等同的关系，因此道德权利所蕴含的道德义务拥有一个非常重要的特点，它必然是指向性义务

（directed duties）也就是说，道德权利所蕴含的义务是指向权利人的，因此义务人对于该项义务的违反，这本身不仅仅是一项错误，更关键的，它是一项指向权利的错误的，是针对权利人的错误。²⁷例如，即使我不拥有环境权，但你破坏环境仍然是一项错误，但这并不是针对我的错误，而是一项违反“不得破坏环境”这个道德原则的错误；相应的，你欠我钱不还，就不仅仅是一项违反“欠债还钱”的道德错误而已，它还是针对我这个债权人的错误。

在那个假想的世界中，所缺乏的正是跟指向性义务联系在一起的权现象。指向性义务除了同非指向性义务一样，是对义务人的某种拘束或要求，但是它仍然具备非常独特的属性：由于违反该项义务是一种指向权利人的错误，如果权利人因为某些原因愿意减轻甚至放弃对这项错误的追究，那么这个决定就必然是有效的；否则，该项义务就不是指向性的了，就像即使我原谅了你对环境的破坏，但这并没有影响到你破坏环境这个错误的性质和程度。这表明，指向性义务的性质就在于，将某种选择的资格交到权利人之手，并且他的决定影响了这项义务的性质和程度。²⁸因此，只承认存在道德义务的假想世界，将会缺失由指向性义务而来的权利人的选择空间和选择能力。那么选择又意味着什么呢？它意味着，拥有权利，是以一种独特的方式来表达对人的道德地位的尊重：尊重权利人的自由意

²⁵ L. M. Sumner, "Rights", in Huge LaFollette ed., *The Blackwell Guide to Ethical Theory*, Blackwell Publishing, 2000, pp. 293-294.

²⁶ Joel Feinberg, "The Nature and Value of Rights", 4 (1970) *The Journal of Value Inquiry*, pp. 243-260.

²⁷ Hillel Steiner, "Directed Duties and Inalienable Rights", 123 (2013) *Ethics*, p.232.

²⁸ 即使承认存在不可放弃的权利，但是权利人依然还是拥有某些选择的空间和可能。

志 (free will) 或者自主 (autonomy)

显然, 体现尊重个人自治或自主的道德权利, 将会使人具备自我塑造的机会; 并且, 由于每个个体所持有的价值观念上的不同, 于是道德权利将会肯定个人的差异性。这看起来会产生缺陷权利泛化所指责的缺陷: 道德权利因此可能诱使权利人罔顾公共利益和道德义务的要求, 依据自己的自私判断任意恣意行事, 这严重冲击了既有的道德体系。²⁹显然, 如果承认个人的道德地位, 也承认 (来自于道德律令的) 非指向性义务与道德权利 (指向性义务) 一起构成了道德的内容, 那么这个指责就是不适当的。理由在于: 冲击道德体系这个指责, 只有在认为道德体系中只包括非指向性义务时才成立; 也就是说, 如果道德权利这个概念是成立的, 那么对于道德权利的恰当运用, 并不会造成对道德体系的冲击, 这反而是道德体系的要求。同时, 这说明了, 为什么道德权利的概念不能被其他的道德概念所取代, 因为那些道德概念基本上只能蕴含着非指向性义务, 它们在尊重人的道德主体地位的同时, 并不必然赋予权利主体自治的能力; 要想捍卫自治或者自主这个价值, 道德权利的概念就是必须的。而这一点正是那个假想世界例子带来的最重要的结论。

五、公共论辩中的权利

刚才这个讨论的前提是承认人的道德主体的地位, 由此推导出每个人都拥有值得尊重的独立性, 进而个人的自由意志、自治或自主也必须被肯定, 于是道德权利的概念就应运而生。必须注意, 这里仍有两个值得进一步讨论的余地: 第一, 人的道德主体地位, 除了蕴含着个人的自治或自主的价值之外, 还蕴含着他必须要受到道德律令的拘束, 这是他拥有道德重要性的重要基础。由此, 引发了一个艰难的问题: 是否存在着做道德上错误之事的道德权利? ³⁰但这个问题与文章的主题关联有限。第二, 在上节讨论中我说过, 社会合作涉及公共利益 (共同善) 与个人的独立性 (道德权利) 这两个部分, 并且它们很难被同时安置在一个理论框架当中, 因此一定存在着“权利与善的冲突”

(conflict between rights and goods) 这个话题当然涉及到权利泛化的现象: 如果过分主张权利, 那么就会对共同善造成损害, 这成了权利应受指责的理由。由于保护并落实公共利益或共同善, 通常都是政府 (国家) 的职责, 因此这个话题就成为一个政治议题或者公共议题。所以, 本节就用来考察权利在公共论辩中的角色, 以及权利泛化为什么不是一个恰当的指责。一旦道德权利建立在道德主体个人自治的基础上, 那么权利的内容中必然包括一项选择的自由 (liberty) 即他可以在去阿里的基础上, 去做那些未被禁止的和不伤害他人的行动。这一点是显而易见的。此外, 一般还会认为, 权利当中还会包括一项禁止干涉 (interference) 的内容。然而, 由于在道德领域内无法精确区分批评与干涉是, 而一项基于权利的行动无法免于道德评价, 因此这种说法存在问题。³¹不过, 这种说法仍然可以在公共论辩或者政治领域内成立, 由于公共能力 (public force) 的存在, 在那个领域中的干涉, 就不仅仅只是一种作为道德

²⁹ 另一个缺陷是, 道德权利使得共识的获得变得越来越困难。这涉及到对价值多元这件事情的看法, 这个问题过于巨大, 此处仅存而不论。

³⁰ Jeremy Waldron, "A Right to Do Wrong", in his *Liberal Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 1993, pp. 63-87. 陈景辉: "存在做错事的权利吗?", 《法律科学》2018 年第二期, 页 3-14。

评价的批评，它必然表现为动用公共力量的“强制性干涉”（coercive interference）因此，在我看来，权利“对抗干涉”的能力，是道德权利在政治领域中所拥有的独特效果，而不是它在道德领域中的效果。³²

这个结论，在权利的概念理论中也呈现的非常明显。依据霍菲尔德那套著名理论，³³就最严格意义的权利类型而言，权利人所拥有的“主张（权）”（claim）在公共论辩中，必然对应着政府负担的相应“义务”（duty）同理，政府对义务负担，又对应着政府没有“特权或自由”（privilege or liberty）³⁴然而，同样在权利的现象中，政府对于强制性干预的动用，一定属于单方意志改变规范关系的“权力”（power）现象。因此，在权利的概念框架中，当面对权利人在某些事项上拥有“主张（权）”时，政府不可能同时既负担义务、又拥有权力。因此，仅从概念上，就排除了作为权力的强制性干涉。然而，除了基于“权力”之外，政府的强制性干涉，还可能基于公共利益或者共同善而动用。此时，就无法获得因为无法与“主张（权）”同时存在，将强制性干涉作为“权力”而排除掉。此时，如果还是承认道德权利的重要性，那么一个常见的思路，是去讨论在特定情形中，“个人自治”与“公共利益”谁更值得保护这件事情。于是，就会产生一种权衡性的看法，并且一旦公共利益更值得保护的话，权利泛化真的就会变成一件坏事。德沃金激烈反对这种权衡的看法，他认为这严重挑战了权利的重要性。³⁵理由非常简单，此时关于“个人自治”与“公共利益”谁更值得保护的权衡，并不必然需要“权利”这件事情的参与。因此，即使政府以公共利益为由对权利进行强制性干涉时，如果承认权利的重要性，那么它必然会带来某些独特的规范性效果。

那么，这个规范性效果是什么呢？德沃金采纳了一个非常强的立场，他认为权利最好被理解为“王牌”（trumps）它能够压倒政治决定的某种正当性根据，即此时的政治决定就是在将社群视为一个整体的基础上所展现的特定目标。³⁶也就是说，在他看来，权利能够压倒将社群视为一个整体的公共利益判断，所以此处不存在权衡的可能，反而只有在权利之间发生冲突的时候，权衡方式才是妥当的。然而，这个主张的确可能过强了，所以出现了另一种较弱的立场，即权利的存在为基于公共利益的干涉设置了一个“论证门槛”（argumentative threshold）也就是说，“我拥有权利”这件事情本身，不但证明了我采取相关行动的正当性，而且也为强制性干涉设置了限定条件。除非干涉的正当根据，强大到足以越过权利设置的这个论证门槛，否则干涉就是不正当，这体现了权利所拥有的规范力量（normative force）³⁷当然，在某些极端情况下，公共利益的

³¹ 陈景辉：“存在做错事的权利吗？”，页 6-8。

³² H. L. A. Hart, “Are There any Natural Rights?”, in Jeremy Waldron ed., *Theories of Rights*, Oxford University Press, 1984, p.77.

³³ Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, New Haven: Yale University Press, 1919.

³⁴ 同理，这又蕴涵着权利人不可能是“无权利”（no-right）所以他拥有“主张（权）”。

³⁵ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, pp. 197-204.

³⁶ Ronald Dworkin, “Rights as Trumps”, in Jeremy Waldron ed., *Theories of Rights*, Oxford University Press, 1984, p.153.

³⁷ David Lyons, “Utility and Rights”, in Jeremy Waldron ed., *Theories of Rights*, Oxford University Press, 1984, pp.114-115.

判断的确可能越过权利的论证门槛，使得正当干涉权利变得可能，例如在自然灾害去救更多的人而不是更少的人就是道德上正当的做法。但除了这些紧急情况之外，对于权利的强制性干涉都会变得极为困难。³⁸ 因此，权利的重要性并没有在性质上被削弱，它只是在程度上并没有达到王牌的程度而已。

虽然一定存在着王牌和论证门槛哪个更好的论争，但是权利理论家都会同意，在政治领域面对强制性干涉时，权利必然拥有对抗干涉的能力，否则权利的存在就会变得好不重要。除了用来对抗政府以公共利益或共同善的名义进行强制性干涉，道德权利的概念还被用来对抗另外一种干涉，即在合理分歧情况中的多数意见。当社群成员在某件事情上存在两种或者更多的不同看法，且每种看法都不拥有压倒反对意见的决定性正当理由，那么此处就会出现“合理分歧”（*rational disagreement*）例如在同性恋者是否可以结婚这件事情上，明显存在着支持和反对两种意见，如果其中任何一种看法都无法凌驾于对立看法之上，此时就出现了合理分歧。面对这种情形，一个常见的决定策略，通常是多数意见获胜。然而，这样的做法，其实等于取消了少数意见的正当性，漠视了它背后的根据其实并不弱于多数意见这个事实。因此，为了保持对少数意见正当性根据的肯定和尊重，唯一合适的选择，就是承认合理分歧中的少数意见受到了权利的保护。之所以要这样做，是因为只有承认少数意见的权利属性，才能彻底避免多数意见仅仅因为“自己是多数意见”这个单一的事实，就凌驾在少数意见之上。³⁹ 也就是说，少数人因为合理分歧所获得的权利，抵消了“多数意见”所具备的效力，从而将分歧解决的中心，从意见的少数与多数转移到这件事情本身性质的讨论上。⁴⁰ 于是，同性婚姻的反对者不能因为自己的看法属于多数意见，就直接否定同性恋者的婚姻权利；反而，他们应当将争论的重心，集中在“婚姻的性质到底是什么”这件事情上；并且，除非在这件事情上获得压倒性的论证优势，否则唯一的做法就是承认同性婚姻权利的存在。

说清楚了这两件事情，就可以理解为什么在公共论辩中，人们愿意普遍而频繁的动用权利断言？因为只有这样做，才能够为政府的强制性干涉和多数意见的专横，至少设置了论证上的门槛，从而为独立的、作为道德主体的个人提供足够的保护。否则，那些无法为个人所对抗的力量，将会因为可以轻易摆脱权利规范力的限制，变成一种纯粹暴力（*physical power*）的恣意行使，作为道德主体的个人由此不过是可以随意牺牲的炮灰罢了。如果刚才这些讨论是成立的，那么表面上看起来泛化了的权利夸张行使方式，反而是对强制性干涉和多数（意见）暴政的强烈警醒，这不但应当受到指责、反而应当获得肯定和赞扬的掌声。这不就是权利这件事情的意义吗？否则，我们干嘛要它呢？

³⁸ 陈景辉：“比例原则的普遍化与基本权利的性质”，《中国法学》2017年第五期，页296-301。

³⁹ 这是为什么理论家虽然都同意民主在外观上是某种多数决原则，但是他们还争论民主是否要满足其他条件的原因。相关讨论参见 Ronald Dworkin, *Is Democracy Possible Here?*, Princeton: Princeton University Press, 2006, pp. 127-159.

⁴⁰ 陈景辉：“存在做错事的权利吗？”，页12-14。

⁴¹ Joseph Chan, “Raz on Liberal Rights and Common Goods”, 15 (1995) *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 18-19.

结论

据说，现在正处在一个“权利的时代”。但人们在接受权利的确重要这个看法之后，又不加反思的接受了“权利泛化”这个权利重要性的指责。因此，一个艰难的问题就是：如何合理的同时安置权利（的重要性）与权利泛化这两件事情。我在这篇文章中，尝试着证明权利泛化并不是一项合理的指责。其中的部分原因，来自于对权力现象的某些误解，二、三两节就用来处理这种误解；但更加重要的原因，则来自于对权利本身属性的不当判断，如果承认权利来自于个人作为道德主体的地位，承认权利在公共论辩中所拥有的独特规范力，那么真正需要警惕的，就不再是权利的泛化，而是对个人道德主体地位的否定、是政府强制性干涉的粗暴行使，也是多数意见的蛮横无理。因此，作为致力于追求“共同善”（common goods）的社会合作事业，不能只将公共利益和多数意见计算在内，个人所拥有的权利同样，也应当被视为共同善的内容。⁴¹正是在这个意义上，权利泛化不再是一项针对权利的指责，它反而应当被视为对权利理直气壮的行使，虽然权利泛化的确不是什么好词。

被遗忘权的概念分析

——以分析法学的权利理论为工具

段卫利

(西南政法大学 行政法学院, 重庆 401120)

摘要: 被遗忘权针对的主要是已经公开的个人信息, 其旨在使已经公开的个人信息重新进入隐私领域。被遗忘权与删除权属于不同层面的问题。删除权是实现被遗忘权的手段, 被遗忘权是删除权的请求权基础。被遗忘权是典型的新兴权利, 其与狭义的隐私权存在诸多不同点。被遗忘权既有特权的面向, 也有请求权的面向, 但是其最为核心的则是请求权的面向。利益论和意志论都能解释被遗忘权, 其在解释力上各有优劣。在对被遗忘权的保护上, 可以将被遗忘权视为一种兜底性的人格权, 在其他具体人格权的救济手段穷尽时, 起到删除个人信息, 维护人格利益的作用。

关键词: 被遗忘权; 删除权; 隐私权; 利益论; 意志论; 共同善

随着2012年欧盟《一般数据保护条例》(General Data Protection Regulation)草案的出台, 国内外对被遗忘权的研究迅速升温, 特别是2014年欧洲法院关于“被遗忘权第一案”的判决¹作出之后, 相关研究成果如雨后春笋般涌现了出来。2015年我国也出现了国内第一起被遗忘权诉讼,²使被遗忘权更加直观的呈现在国人面前, 拉近了人们与该权利的距离。人们发现自己与被遗忘权并不遥远, 大数据时代的每个人都与该项权利息息相关。但是, 被遗忘权的核心意涵是什么, 内部结构是什么, 其与隐私权的关系是什么仍然存在争议。因此从权利理论的高度来对被遗忘权的概念进行分析就显得尤为必要。在分析工具的选取上, 本文主要用分析法学的权利理论来对被遗忘权的概念进行分析, 分别从外部关系和内部结构两个角度来对被遗忘权进行深入剖析。论文主要分为四个部分: 第一部分梳理被遗忘权的多种含义, 并对传统被遗忘权与数字被遗忘权进行区分; 第二部分对被遗忘权的外部关系进行分析, 揭示被遗忘权与删除权、狭义隐私权的区别; 第三部分采用逻辑分析方法, 运用霍菲尔德的权利理论对被遗忘权的内部结构进行逻辑分析, 并呈现被遗忘权的利益论面向和意志论面向; 第四部分是对文章的总结。

一、被遗忘权的多种含义

作者简介: 段卫利(1988-), 男, 河南偃师人, 西南政法大学行政法学院教师, 法学博士。研究方向: 法哲学、法律逻辑学。论文原载于《河南大学学报(社会科学版)》2018年第5期。

基金项目: 国家社科基金重大专项项目“核心价值观融入法治建设研究: 以公正司法为中心的考察”(17VHJ007)阶段性成果; 2017年度河南省哲学社会科学规划项目“法治思维中的公民权利质量保障研究”(2017BFX006)阶段性成果。

¹ Judgment of the Court (Case C-131/12),

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CJ0131&qid=1475918185755&from=EN>, 2017-9-27.

² 北京市海淀区人民法院(2015)海民初字第17417号民事判决书; 北京市第一中级人民法院(2015)一中民终字第09558号民事判决书。

虽然被遗忘权早在上世纪90年代就被人提及,³但是其准确含义至今仍未被达成共识。⁴人们对欧盟的“被遗忘权”(right to be forgotten)这一概念有不同的理解,代表性的观点主要有以下几种:第一,认为欧盟《一般数据保护条例》中的“被遗忘权”(right to be forgotten)包含了传统的被忘却权(droit à l'oubli, right to oblivion)⁵和删除权。⁶第二,认为“被遗忘权”(right to be forgotten)等同于删除权,⁷指数据主体有权要求数据控制者永久删除有关个人数据的权利。第三,认为被遗忘权本质上并不是一项新的权利,而是与欧盟数据保护中的删除权、更正权等联系在一起。⁸第四,认为被遗忘权可以在三种意义上使用:其一,被遗忘权指的是到了一定的时间,数据主体可以删除数据的权利;其二,被遗忘权指的是数据主体享有获得清白历史的权利;其三,被遗忘权指的是数据主体享有的不受限制地进行自由表达的权利。⁹值得注意的是,欧盟《一般数据保护条例》第17条的标题也从2012年的“被遗忘和删除权”(right to be forgotten and to erasure),变为2014年的“删除权”(right to erasure),再变为2015年的“删除和被遗忘权”(right to erasure and “to be forgotten”),欧盟2016年4月通过的《一般数据保护条例》第17条的最终表述是“删除权(被遗忘权)”[right to erasure (“right to be forgotten”)]。¹⁰由此可见,欧盟的立法也没有能够将删除权与被遗忘权严格区分开来,因此人们对被遗忘权有不同的理解也情有可原。但是, Meg Leta Ambrose和Jef Ausloos认为删除权(right to erasure)与被忘却权(right to oblivion)存在差异。被忘却权(right to oblivion)旨在保护个人的名誉、身份和人格等利益,而删除权(right to erasure)则旨在使个人对其个人数据(data)有更强的控制权。二者不应被欧盟2012年《一般数据保护条例》(草案)中的被遗忘权(right to be forgotten)所同时涵盖。¹¹

产生上述不同用法的原因在于,不同学者往往在不同的语境下来使用“被遗忘权”这一概念。从学者们对被遗忘权的不同论述来看,他们有的是在广义上使用被遗忘权的概念,有的则是在狭义上使用被遗忘权的概念,有的是不加区别地在传统被遗忘权与现代的数字被遗忘权之间来回穿梭,进行论述。不同学者都是从不同的角度、不同的层次上来使用“被遗忘权”这一概念的,都有一定的合理性。但是如果没有对被遗忘权的概念形成较为清晰一致的认识,则不利于讨论的进一步深化。因此,澄清被遗忘权的核心含义,为人们的讨论提供一个能够交流的平台尤为必要。第一,人们一般认为被遗忘权起源于法语中的“droit à l'oubli”(right to oblivion),即被忘却权,其原初含义说的是犯人享有的不希望其犯罪记录被公众所获取,以对抗公众知情权的权利。该项权利的理论基础是隐私权,是一项关涉人的尊严和名誉的基本权利。¹²被忘却权的目的在于使犯人能够更好地回归社会。第二,法国的被忘却权(droit à l'oubli, right to oblivion)实现了从线下权利向线上权利的迁移。2009年法国就已经开始致力于使被忘却权从线下走到线上,¹³从而使人们在互联网领域也可以享有被忘却权。第三,被忘却权(droit à l'oubli, right to oblivion)和被遗忘权(right to be forgotten)的核心含

³ David H. Flaherty, “Controlling Surveillance: Can Privacy Protection Be Made Effective?”, Philip E. Agre and Marc Rotenberg eds., *Technology and Privacy: The New Landscape*, Massachusetts: The MIT Press, 1998, p.172.

⁴ Bert-Jaap Koops, *Forgetting Footprints, Shunning Shadows: A Critical Analysis of the Right to Be Forgotten in Big Data Practice*, vol.8, *SCRIPTed*, 2011, p.230.

⁵ “droit à l'oubli”是法语词汇,其对应的英译词汇是“right to oblivion”也可以翻译为“被遗忘权”,但是为了与“right to be forgotten”相区分,笔者在本文中将其翻译为“被忘却权”。

⁶ Meg Leta Ambrose, Jef Ausloos, *The Right to be Forgotten Across the Pond*, *Journal of Information Policy*, vol.3, 2013, p.2.

⁷ Chris Conley, “The Right to Delete”, *AAAI Spring Symposium Series*, 2010, pp.53-58.

⁸ Gabriela Zanfir, *Tracing the Right to Be Forgotten in the Short History of Data Protection Law: The “New Clothes” of an Old Right*, Serge Gutwirth, Ronald Leenes, Paul de Hert eds., *Reforming European Data Protection Law*, Springer, 2015, pp.227-247.

⁹ Bert-Jaap Koops, *Forgetting Footprints, Shunning Shadows: A Critical Analysis of the Right to Be Forgotten in Big Data Practice*, vol.8, *SCRIPTed*, 2011, p.237.

¹⁰ General Data Protection Regulation, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>, 2017-9-27.

¹¹ Meg Leta Ambrose and Jef Ausloos, *The Right to be Forgotten Across the Pond*, *Journal of Information Policy*, vol.3, 2013, p.19.

¹² Meg Leta Ambrose and Jef Ausloos, *The Right to Be Forgotten Across the Pond*, *Journal of Information Policy*, vol.3, 2013, pp.1-2.

¹³ Meg Leta Ambrose and Jef Ausloos, *The Right to Be Forgotten Across the Pond*, *Journal of Information Policy*, vol.3, 2013, p.3.

义基本上是重合的。只不过被忘却权（droit à l'oubli, right to oblivion）常常指代前互联网时代犯人所享有的权利（线下权利），而人们常常谈论的被遗忘权（right to be forgotten）主要指的是互联网领域的被遗忘权，即数字被遗忘权¹⁴（线上权利）。被遗忘权的分类，参见下图：

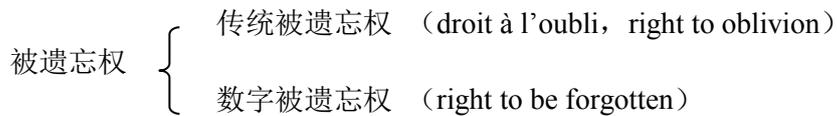


图1 被遗忘权的分类

数字被遗忘权体现了“信息自决”（information self-determination）的理念，其试图使已经公开的信息迁移至隐私领域。¹⁵这实际上说的是已公开信息的再度隐私化的问题。在德国的“雷巴赫士兵谋杀案”¹⁶中，媒体曾经公开过的信息可以再次变为隐私信息，这在前互联网时代是可能的。但在互联网时代，个人数据会一直留存在互联网上，如果没有特殊的技术干预，只要有人用搜索引擎进行检索，就可以轻易检索到该信息，即使时间已经过去了很多年。总之，虽然在广义上被遗忘权包括了传统被遗忘权（被忘却权）和数字被遗忘权，但数字被遗忘权应当成为“right to be forgotten”的专有含义。因为在互联网时代，遗忘成为了一个问题，为了应对持久记忆带来的困境，所以数字被遗忘权应运而生；而在前互联网时代，曾受过刑事处罚的人的传统被遗忘权（被忘却权）可以通过隐私权得到救济，因为在前互联网时代，遗忘不是一个问题。在互联网时代，数字被遗忘权针对的一般是已经公开的个人信息¹⁷，受过刑事处罚的人当然也应当享有数字被遗忘权，但是其应当得到限制，以保护公众的知情权。

欧盟被遗忘权最初的立法动机旨在调整三类删除数据的情形：其一，个人数据对收集数据的目的来说已经不再有必要；其二，数据主体撤回了同意；其三，数据存储期限已经届满。¹⁸值得注意的是，欧盟2016年《一般数据保护条例》第17条对被遗忘权进行了广义的理解。第17条第1款详细罗列了数据主体可以要求数据控制者删除个人数据的6种情形；第17条第2款规定了个人数据已经公开的情况下，数据主体的删除权和数据控制者的相应义务。结合《一般数据保护条例》序言第65、66段可知，欧盟的被遗忘权既针对已经公开的个人信息，也针对未公开的个人信息。前文说到，被遗忘权主要针对的是已经公开的个人信息。

对于未公开的个人信息是否属于被遗忘权的范围，值得进行进一步的分析。记忆可以分为机器记忆和人脑记忆。第一，未公开的数据一般主要被机器所记忆，以及被极少数人的人脑所记忆。自动化处理过程中，自动产生的个人信息会被机器所记忆，进而被机器的控制者所记忆。但是，此时个人信息没有被公开，因此个人信息只会被极少数人所记忆。此时，要求删除个人信息，实质上是删除机器记忆，防止个人信息被进一步处理和利用。由于此时的个人信息尚未被公开，因此受到隐私权的保护，数据控制者不得对这些数据进行披露。为了保护数据主体对个人数据的利益，因此赋予其删除个人数据的权利。这种意义上的删除权虽然体现了被遗忘权的内涵，但是不太典型。因为个人信息尚未公开，此时删除数据，主要是让机器遗忘，而不是让人遗忘。因此，笔者认为欧盟将未公开的数据也视为被遗忘权的调整对象不太恰当。第二，已公开的数据是被机器所记忆和大多数人的大脑所记忆的。由于数字记忆具有持久性，所以被机器所记忆的个人信息会持久存在于互联网上，登录互联网的任何人都可以进行检索，从而被大多数人的大脑所记忆。由于个人信息已经被公开，特别是在公开数据的原始行为是合法的情况下，由于个人信息在互联网上的持久存在会给数据主体带来麻烦。此时，数字被遗忘权的必要性才凸显出来。因此，已经公开的个人信息才是被遗忘权的主要调整对象。已经公开的个人信息包括信息主体自己主动公开的个人信息和他人公开的涉及数据主体的个人信息。而且，他人公开个人信息的原初行为一般是合法的。如果他人披

¹⁴ 郑文明：“个人信息保护与数字遗忘权”，载《新闻与传播研究》2014年第5期，第27-31页。

¹⁵ Meg Leta Ambrose and Jef Ausloos, The Right to Be Forgotten Across the Pond, *Journal of Information Policy*, vol.3, 2013, p.14.

¹⁶ 王泽鉴：《人格权法：法释义学、比较法、案例研究》，北京大学出版社2013年版，第368-372页。

¹⁷ 在本文中，“个人信息”和“个人数据”是同义词。个人信息的含义要更为广泛一些，个人数据也是一种个人信息。但在数据保护领域，以互联网为媒介的个人信息，即数字化的个人信息与个人数据则是同义词，可以交替使用。

¹⁸ Bert-Jaap Koops, Forgetting Footprints, Shunning Shadows: A Critical Analysis of the Right to Be Forgotten in Big Data Practice, vol.8, *SCRIPTed*, 2011, p.232.

露数据主体的个人数据的行为是违法的，数据主体可以基于隐私权等权利直接要求侵权者删除。

二、被遗忘权的外部关系分析

（一）被遗忘权与删除权的关系

本文所谈论的删除权是在互联网语境下的删除权，即数字删除权。对删除权可以有两种理解，即作为权利的实现手段的删除权和作为有特殊指代内容的删除权。前者说的是一种工具性质的删除权，例如，在名誉遭受侵犯的情况下，受害者有要求侵权者删除其发布的侮辱性文章的权利；而后者指的是作为一种初始权利的删除权（非工具性质的删除权），例如个人数据保护领域中的删除权。作为个人数据保护领域中的删除权（right to erasure）通常指的是数据主体享有删除其在自动化处理过程中产生的个人数据的权利。¹⁹例如，数据主体有删除浏览器上的检索痕迹的权利。这种意义上的删除权针对的是数据主体在上网过程中消极产生的个人数据，而且通常是不为公众所知的个人数据。因此有学者认为，被遗忘权与这种意义上的删除权是不同的。²⁰其实，作为初始权利的删除权也可以还原为工具性质的删除权。如果将删除的范围从自动化处理过程中被动产生的数据扩张到包括删除已经公开的个人数据，那么删除权的内容就得到了实质性的扩充，因而与被遗忘权所指代的内容就基本上重合了。由于工具性质的删除权更为根本，因此，本文也主要谈的是被遗忘权与工具性删除权的区别。

工具性质的删除权又可以进一步分为两类：其一，只要涉及删除个人信息数据的情形，那么就属于被遗忘权的范围（“大删除权”意义上的被遗忘权）。被遗忘权的行使必然涉及数据的删除²¹，即删除数据是被遗忘权的必要条件。而就“大删除权”来说，删除个人信息则是被遗忘权的充分必要条件。其二，虽然被遗忘权以删除权的行使为手段，但某些删除个人信息数据的情形并不属于被遗忘权的范围（“中删除权”意义上的被遗忘权）。即删除个人信息数据是被遗忘权的必要条件，但不是充分条件。由于第一种删除权（“大删除权”意义上的被遗忘权）的范围过于广泛，会与已有的具体人格权（例如，狭义的隐私权）发生重合，因此不太恰当。而第二种删除权（“中删除权”意义上的被遗忘权）能够将狭义的隐私权等具体人格权排除出去，因此作为数字被遗忘权的实质内容比较恰当。删除权的分类，参见下图：

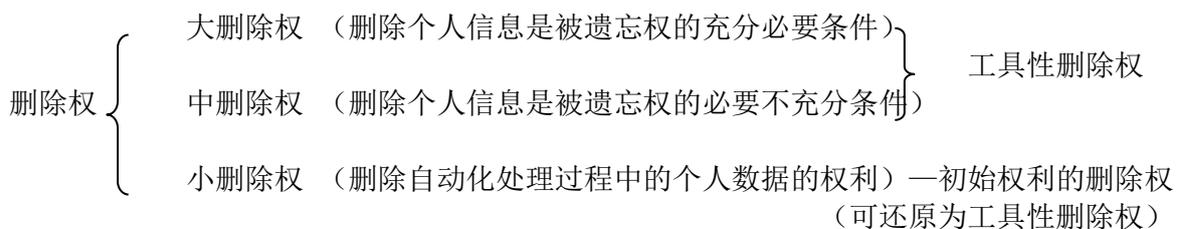


图2 删除权的分类

在数据主体享有删除权的前提下，数据主体的删除权的行使体现为两种方式：即自行删除和要求他人删除。其一，自行删除指的是数据主体可以对自动化处理过程中产生的个人数据和自己主动公开的个人数据进行删除。而自行删除的前提条件是网络服务提供者提供了相应的操作界面，从而使数据主体的自行删除得以可能。其二，要求他人删除指的是个人数据被数据控制者所把持，自行删除变得不可能或者说不彻底，从而要求数据控制者删除其掌握的个人数据。自行删除体现为自主删除权，而要求他人删除则体现为一种删除请求权。例如，美国加州第568号法案（“橡皮擦法案”）第22581条²²体现的主要是自主删除权，而冈萨雷斯

¹⁹ Meg Leta Ambrose and Jef Ausloos, The Right to be Forgotten Across the Pond, *Journal of Information Policy*, vol.3, 2013, p.14.

²⁰ Meg Leta Ambrose and Jef Ausloos, The Right to be Forgotten Across the Pond, *Journal of Information Policy*, vol.3, 2013, p.19.

²¹ 这里的删除包含了通过断开链接等形式所导致的数据的隐藏，因为数据的隐藏要求在最终的可视化的结果列表中消失，也是一种特殊形式的删除。

²² Senate Bill No. 568, http://www.leginfo.ca.gov/pub/13-14/bill/sen/sb_0551-0600/sb_568_bill_20130923_chaptered.pdf,

案²³所确立的被遗忘权主要是一种删除请求权。当然，美国加州第568号法案在赋予未能年人对自己上传的个人数据进行删除的权利后，如果网络服务提供者提供的服务使未成年人的自行删除权无法实现的时候，未成年人享有相应的删除请求权。如果我们将被遗忘权所针对的个人信息限定为已经公开的个人信息，那么这种公开可以是个人主动公开的，也可以是他人主动公开的。因此，被遗忘权的实现方式也就可以体现为自行删除自己公开的个人数据和要求他人删除已经公开的涉及自己的个人数据。

删除权可以建立在被遗忘权的基础上。换言之，被遗忘权是删除权的请求权基础，删除权是被遗忘权的实现手段。被遗忘权与工具性删除权的区别体现在以下几个方面：第一，虽然被遗忘权与删除权有密切的联系，但是删除权并不能与被遗忘权完全等同。即使被遗忘权的行使方式是通过删除这一形式而获得实现的，也并不代表被遗忘权没有新的内容。除非删除权在内容上进行扩张以囊括被遗忘权所保护的利益内核才行，否则被遗忘权就很难说是删除权的一部分。此外，删除权只是保护权利的一种方式，删除权也可以建立在其他人格权基础（例如，姓名权、名誉权和隐私权等人格权）之上。²⁴第二，被遗忘权与时间因素有关，随着时间的流逝已经公开的信息丧失了继续被人获知的必要性，而删除权则与时间因素无关。在互联网时代，信息的永久存在，使人成为透明体，损害了人的尊严。因此，人们对于已经公开的信息，有要求信息控制者删除个人信息，使个人的形象在互联网上重新模糊化的权利。这样人们就能够回归生活的宁静，使人更有尊严，使人的形象更加高贵。第三，被遗忘权的侵权发生原因具有特殊性。对被遗忘权的侵害，往往是合法行为的衰变过程导致的。合法的信息公开行为随着时间的流逝变得违法或者不适当。而删除权是被遗忘权被侵犯或受到妨害的情况下，权利人可以主张删除个人信息的请求权。

总之，被遗忘权与删除权是两个不同层次的问题。被遗忘权是基础权利，是删除请求权的权利基础。被遗忘权是删除权的上位权利，删除权是被遗忘权的手段，被遗忘权是删除权的目的。被遗忘权维护的是人的人格尊严，删除权是保护被遗忘权的手段，不能因为法律上有删除权就否定被遗忘权的存在。即使可以通过对删除权的内容进行扩张以囊括被遗忘权所代表的利益，也不代表二者属于同一权利范畴。尽管如此，在对被遗忘权的保护路径选择上，可以采取“借壳上市”的策略。即明确规定数据主体对于已经公开的个人信息享有删除权，这样拥有具体内容的删除权才可以说是被遗忘权。需要注意的是，被遗忘权的实现方式包括了删除、限制、断开链接、更正等多种方式，²⁵狭义的删除只是保护被遗忘权的一种方式。如果在立法上要用单一的删除权来保护被遗忘权，必须将“删除”解释为包含隐藏信息、断开链接等内容，即采取广义删除权的概念，否则，删除权就无法涵盖被遗忘权所保护的利益。删除权只是一种手段，空洞地谈论删除权是无意义的，只有在谈论删除权的时候，精确到删除的内容包含已经公开的个人信息，而且是合法的信息，那么才是有意义的，即通过删除权的形式来规定被遗忘权。删除分为客观删除与主观删除。在信息源头进行删除属于客观删除，而断开链接和隐藏信息则属于主观删除（相对于他人来说数据因为不可见似乎是被删除了，但原始数据其实并没有被删除）。通过删除权来保护被遗忘权中的删除权必须是广义的，必须将第三方断开链接，数据主体自己主动隐藏数据包括进去。

手段（删除）+内容（合法公开的个人信息）=被遗忘权

（二）被遗忘权与狭义隐私权的关系

信息主体主张被遗忘权并不要求个人信息的存在已经侵犯了其隐私权等具体人格权，只要信息主体的个人信息没有继续存在的正当理由，信息主体就可以主张删除该项信息。²⁶由此可见，被遗忘权极大地扩张了信息主体的利益范围。王利明教授认为，隐私权的主要内容是

2017-9-27.

²³ Michael L. Rustad & Sanna Kulevska, "Reconceptualizing the Right to Be Forgotten to Enable Transatlantic Data Flow", *Harvard Journal of Law & Technology*, vol.28, 2015, pp.363-366.

²⁴ 段卫利：“论被遗忘权的司法救济——以国内“被遗忘权第一案”的判决书为切入点”，载《法律适用》2017年第16期，第59页。

²⁵ Michael J. Kelly, David Sato, The Right to be Forgotten, *University of Illinois Law Review*, vol.1, 2017, p.3.

²⁶ Bert-Jaap Koops, Forgetting Footprints. Shunning Shadows: A Critical Analysis of the Right to Be Forgotten in Big Data Practice, vol.8, *SCRIPTed*, 2011, p.233.

生活安宁和私人秘密，隐私权与个人信息权属于两个独立的权利，²⁷对隐私权的这种界定实际上属于狭义隐私权的范畴。有学者指出，隐私权是被遗忘权的支柱。²⁸但是，被遗忘权与狭义隐私权仍然存在区别，二者的不同点主要体现在：第一，信息公布行为在是否合法上存在不同。²⁹在被遗忘权受到侵害的情形下，信息的上传和公布可以是合法的。例如，在西班牙冈萨雷斯案中，新闻媒体的报道行为是合法的，谷歌一开始抓取相关新闻信息的行为也是合法的。而侵犯狭义隐私权的行为在披露个人信息的那一刻起就是违法的。第二，在所保护的利益的范围上存在不同。被遗忘权所保护的利益已经超越了狭义隐私权的范畴。被遗忘权试图使已经公开的信息从公共领域重新进入隐私领域。³⁰例如，在冈萨雷斯案中，合法公布的新闻信息并没有侵犯冈萨雷斯的隐私权等权利，但是信息的长久存在却使其人格利益遭受了侵害。而狭义隐私权所针对的信息一般是未被公开的信息或者是虽曾被公开但已被人所遗忘的信息。第三，被遗忘权与时间要素密切相关。被遗忘权所针对的主要是已经公开的合法信息，而随着时间的流逝合法的信息的继续存在而变得不适当，因此有了删除的必要。第四，义务主体的特殊性。被遗忘权针对的义务主体主要是搜索引擎等个人信息控制者。第五，发生领域的特殊性。被遗忘权所针对的信息主要是存储在互联网上的已经公开的个人信息。德国联邦宪法法院在对人格本身的保护上发展出了所谓的“领域理论”，将环绕人格的“领域”由内而外分为“私密领域”、“隐私领域”和“社会领域”。³¹隐私权可以存在这三个领域之中，而被遗忘权则主要存在社会领域里，部分存在隐私领域里，一般不涉及私密领域。

正是因为通过隐私权、姓名权等传统权利已经不足以对某些利益进行保护，所以被遗忘权才出现的。被遗忘权将原本不受法律保护的领域纳入了保护的范畴，其目的就是要打破互联网时代“记忆是常态，遗忘是例外”的尴尬情形，使人的裸体化倾向³²被遏制。前互联网时代的所谓传统“被遗忘权”虽然有被遗忘的利益的存在，但其与互联网语境下的被遗忘权仍有区别。在前互联网时代，个人信息的载体主要是报刊、书籍等，因此可以被人们所遗忘；而在互联网时代，个人信息的载体则是互联网，个人信息会被互联网所永久记忆。虽然被遗忘权是通过删除信息的方式来对公民的人格利益进行保护的，但是其本质上是一项新的权利，因为其体现了新的利益诉求。这些溢出的利益已经不能被原有权利所涵盖，除非对原有权利进行内容扩张。³³西班牙冈萨雷斯案反映了被遗忘权的最为核心的特征，即对已经公开的个人信息进行删除，这种意义上的被遗忘权属于狭义上的被遗忘权，因此以该案意义上的被遗忘权作为讨论的起点，比较稳妥。在冈萨雷斯案中，被遗忘权与搜索引擎运营商的断开链接义务紧密相连，³⁴但这是否就意味着被遗忘权的义务主体只能是搜索引擎运营商，从而将被遗忘权限定为要求搜索引擎运营商断开链接的权利。笔者认为，这种观点只看到了被遗忘权的一个的面向，而忽视了被遗忘权的全貌。因为根据这种观点，美国加州第568号法案规定的未成年人自主删除已经发布信息的权利就不是被遗忘权了。其实，被遗忘权的义务主体非常宽泛，不能将搜索引擎作为被遗忘权的唯一义务主体。

按照创造数据的主体，个人数据可以分为用户自己产生的个人数据（数字化脚印）和他人创造的关于用户的个人数据（数字化阴影）。³⁵按照数据是否已经公开，可以进一步分为用户自己创造的已经公开的个人数据和未公开的个人数据以及他人创造的关于自己的已公开的

²⁷ 王利明：“隐私权概念的再确定”，载《法学家》2012年第1期，第115-120页。

²⁸ Lawrence Siry, *Forget Me, Forget Me Not: Reconciling Two Different Paradigms of the Right to Be Forgotten*, *Kentucky Law Journal*, vol.103, 2014, p.313.

²⁹ 段卫利：“论被遗忘权的司法救济——以国内“被遗忘权第一案”的判决书为切入点”，载《法律适用》2017年第16期，第60页。

³⁰ Meg Leta Ambrose and Jef Ausloos, *The Right to be Forgotten Across the Pond*, *Journal of Information Policy*, vol.3, 2013, p.14.

³¹ 陈俊榕：“资讯社会下的人格保护——以‘人口普查案’为起点”，陈戈、柳建龙：《德国联邦宪法法院典型判例研究·基本权利篇》，法律出版社2015年版，第102-103页。

³² 王泽鉴：《人格权法：法释义学、比较法、案例研究》，北京大学出版社2013年版，第177页。

³³ 段卫利：“论被遗忘权的司法救济——以国内“被遗忘权第一案”的判决书为切入点”，载《法律适用》2017年第16期，第60页。

³⁴ Julia Kerr, “What is a Search Engine? The Simple Question the Court of Justice of the European Union Forgot to Ask and What It Means for the Future of the Right to be Forgotten”, *Chicago Journal of International Law*, pp.219-223.

³⁵ Bert-Jaap Koops, *Forgetting Footprints, Shunning Shadows: A Critical Analysis of the Right to Be Forgotten in Big Data Practice*, vol.8, *SCRIPTed*, 2011, p.230.

个人数据和未公开的个人数据。经过上述分析，在数字被遗忘权的前提下，对被遗忘权的理解大致可以分为以下几种：第一种，将被遗忘权等同于大删除权意义上的被遗忘权，即删除（广义的删除）个人信息是被遗忘权的充分必要条件。这种意义上的被遗忘权所删除的信息既包括未公开的个人信息也包括已公开的个人信息，既包括合法公开的个人信息也包括违法公开的个人信息。第二种，将被遗忘权等同于中删除权意义上的被遗忘权，即删除（广义的删除）个人信息是被遗忘权的必要不充分条件。将删除的范围严格限定在已经公开的个人信息，而且是合法公开的个人信息，既包括自己合法公开的个人信息，也包括他人合法公开的个人信息。第三种，将被遗忘权理解为要求搜索引擎断开链接的权利，而将要求信息发布者删除信息源头的权利理解为删除权。这种观点实质上是将“断开链接”排除在了“删除”的含义之外，而且将搜索引擎作为被遗忘权的唯一义务主体。

本文作者持第二种观点，即认为被遗忘权是对互联网上已经合法公开的个人信息，通过要求信息控制者断开链接、删除信息源等方式封锁个人信息，使其不能被他人轻易获取，从而间接达到被人遗忘的目的的权利。³⁶我们可以将被遗忘权视为一种特殊的人格权，³⁷人人都应享有这种基本权利。上述对被遗忘权的概念分析可以用下图来表示。

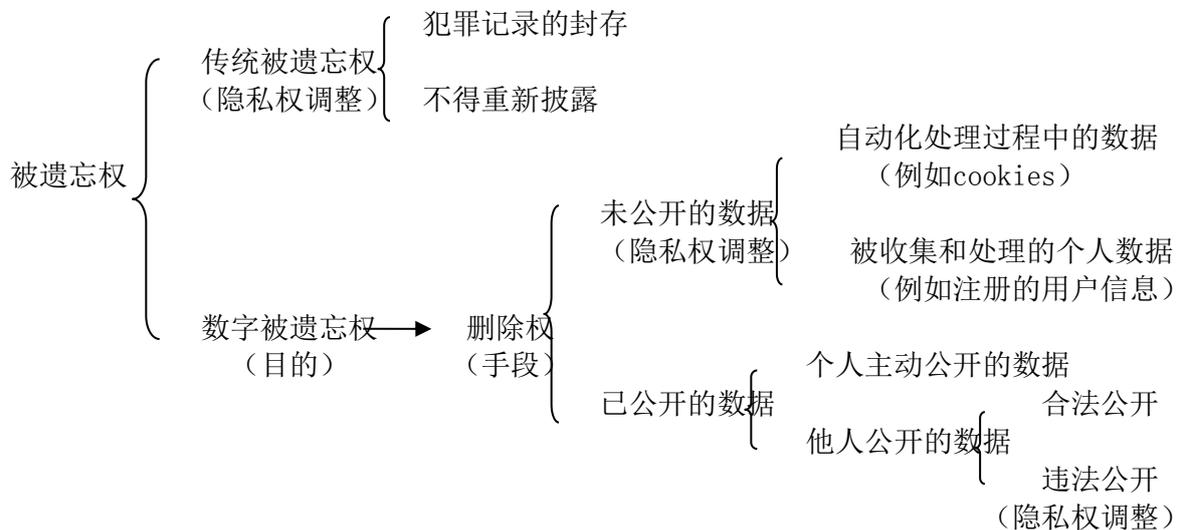


图3 被遗忘权的概念分析图

三、被遗忘权的内部结构分析

（一）被遗忘权的霍菲尔德式分析

人们在谈及被遗忘权时，往往局限于从权利主体、义务主体以及权利内容等方面来对被遗忘权进行分析。³⁸但是，对被遗忘权的逻辑结构则缺乏较为清晰的认识，而逻辑分析则直接指向了权利的内在结构。³⁹因此以霍菲尔德的权利理论来对被遗忘权的内部逻辑结构进行分析就显得尤为必要。

权利和义务被视为法哲学的中心范畴，⁴⁰人们往往认为所有的法律关系都可以被还原为权利和义务，然而“权利”概念又具有多义性，对权利概念的任意使用往往导致理解上的困难。

³⁶ 段卫利：“论被遗忘权的法律保护——兼谈被遗忘权在人格权谱系中的地位”，载《学习与探索》2016年第4期，第75页。

³⁷ Franz Werro, “The Right to Inform v. the Right to be Forgotten: A Transatlantic Clash” in Aurelia Colombi Ciacchi, Christine Godt, Peter Rott and Lesley Jane Smith eds., *Haftungsrecht im dritten Millennium Liability in the Third Millennium*, Baden-Baden: Nomos, 2009, p.285.

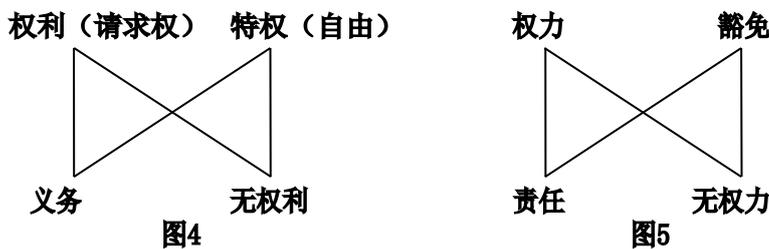
³⁸ 段卫利：“论被遗忘权的法律保护——兼谈被遗忘权在人格权谱系中的地位”，载《学习与探索》2016年第4期，第75页。

³⁹ 朱振：“妊娠女性的生育权及其行使的限度——以《婚姻法》司法解释（三）第9条为主线的分析”，载《法商研究》2016年第6期，第52页。

⁴⁰ 张文显：《法哲学范畴研究》，中国政法大学出版社2001年版，第281页。

为此，霍菲尔德对权利概念进行了分析。⁴¹霍菲尔德指出，人们经常不加区别地用权利（right）来指代特权（privilege）、权力（power）和豁免（immunity）所指代的内容，而这会导致混乱。霍菲尔德认为权利（right）的同义词是请求权（claim）。⁴²霍菲尔德实质上是将请求权（claim）理解为狭义的权利（right），而将其与特权、权力和豁免区分开来。广义的权利其实具有四种含义，即请求权（狭义的权利）、特权、权力和豁免，而霍菲尔德用“right”一词来专指请求权意义上的权利。“权利是某人针对他人的强制性的请求，特权则是某人免受他人的权利或请求权约束之自由。同理，权力是对他人对特定法律关系的强制性‘支配’，则豁免当然是在特定法律关系中，某人免受他人法律权力或‘支配’约束的自由。”⁴³

霍菲尔德用“权利”（right）、“义务”（duty）、“特权”（privilege）、“无权利”（no-right）、“权力”（power）、“责任”（liability）、“豁免”（immunity）、“无权力”（disability）八个概念来进行理论分析。它们之间的关系可以用图4和图5来表示（其中竖线代表相关关系，斜线代表相反关系）：⁴⁴



需要指出的是，图4和图5是两个独立的系统。⁴⁵其中，图4涉及的是权利领域，而图5则涉及的是权能（实施权利的法律能力）的领域，⁴⁶并且由于图5主要涉及代理等特殊情形，因此本文的讨论主要以图4的理论模型为基础。

由图4可知，权利（请求权）和义务是相关关系，特权（自由）和无权利也是相关关系；权利（请求权）和无权利是相反关系；特权（自由）和义务也是相反关系。两个相关关系的法律概念组成一个“对子”或“对偶”，相关关系也就是对偶关系的意思，⁴⁷也即一种逆向关系（converse relation）⁴⁸；而相反关系的意思则指的是逻辑上的矛盾关系。⁴⁹

我们可以根据霍菲尔德的理论模型来对被遗忘权进行分析。被遗忘权（right to be forgotten）是一种第三人称的表达，是信息主体所享有的要求他人忘记自己的过去的权利。⁵⁰被遗忘权既有特权（自由）的一面，也有请求权的一面。就第一个面向来说，第一，在是否行使被遗忘权的层面上，信息主体可以行使被遗忘权，也可以不行使被遗忘权，信息主体享有一种霍菲尔德意义上的特权，是否行使被遗忘权是信息主体的自由。与该项特权相关的是他人没有要求信息主体行使或不行使被遗忘权的请求权，即无权利。第二，被遗忘权与信息自决权具有密切的关系，被遗忘权可以看作是信息自决权的延伸。信息自决权意味着个人有处置个人信息的绝对权利。这首先就体现为一种特权，如何处置个人信息是个人的自由，他人无权干涉。也就是说，信息主体（甲）的特权与他人（乙）的无权利是相关关系。总之，甲拥有特权意味着甲对于乙没有义务，等值于乙对甲没有权利，与甲对于乙负有义务是矛盾关系。

就第二个面向来说，在如何行使被遗忘权的层面上，信息主体是通过删除权来实现被遗

⁴¹ Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Edited by Walter Wheeler Cook, Yale University Press, 1946, p.36.

⁴² Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Edited by Walter Wheeler Cook, Yale University Press, 1946, p.38.

⁴³ [美]霍菲尔德：《基本法律概念》，张书友译，中国法制出版社2009年版，第70页。

⁴⁴ 图4和图5借鉴了陈景辉教授所绘制的图表，参见陈景辉：“权利和义务是对应的吗？”，载《法制与社会发展》2014年第3期，第44页。

⁴⁵ 陈景辉：“权利和义务是对应的吗？”，载《法制与社会发展》2014年第3期，第44页。

⁴⁶ 雷磊：“法律权利的逻辑分析：结构与类型”，载《法制与社会发展》2014年第3期，第57页。

⁴⁷ 陈锐：“对霍菲尔德法律概念论的逻辑分析”，载《西南政法大学学报》2003年第5期，第16页。

⁴⁸ 雷磊：“法律权利的逻辑分析：结构与类型”，载《法制与社会发展》2014年第3期，第58页。

⁴⁹ 陈锐：“对霍菲尔德法律概念论的逻辑分析”，载《西南政法大学学报》2003年第5期，第19页。

⁵⁰ Bert-Jaap Koops, *Forgetting Footprints, Shunning Shadows: A Critical Analysis of the Right to Be Forgotten in Big Data Practice*, vol.8, *SCRIPTed*, 2011, p.231.

忘权的，当个人信息遭受侵犯时，信息主体有要求他人删除相关信息的权利，有相应的请求权。第一，被遗忘权意味着信息主体对于互联网上的个人信息有要求信息控制者删除相关个人信息的请求权（要求权）。与信息主体的删除请求权相关的是信息控制者的删除义务。也就是说，甲对乙享有删除请求权就意味着乙对甲负有删除相关个人信息的义务。总之，甲对乙享有删除请求权等值于乙对甲负有删除义务，与甲没有对乙的删除请求权是矛盾关系。第二，请求权有积极请求权和消极请求权之分，被遗忘权同时反映了请求权的积极面向和消极面向。个人的被遗忘权不受侵犯，受到法律的保护，这是被遗忘权的消极请求权的体现；当被遗忘权遭受侵犯时，个人要求义务人删除相关个人信息是积极请求权的体现。

被遗忘权的权利主体在行使被遗忘权的时候可以采取两种方式，即自主删除信息和要求他人删除信息。自主删除信息的权利就体现为霍菲尔德意义上的特权（自由），而要求他人删除信息则体现为霍菲尔德意义上的请求权（要求权）。其实，自主删除信息得以可能也是建立在义务主体的积极配合下的。例如，被遗忘权的权利主体要删除自己已经发布的个人信息，那么此时只有相关的网络服务提供者提供了相应的服务时，自主删除才得以可能。在信息主体享有被遗忘权的情况下，信息控制者有配合用户删除个人信息的义务。因此，无论是自主删除信息还是要求他人删除信息，它们共同的前提是信息控制者有配合信息主体删除个人信息的义务。因此，被遗忘权最为核心的面向实质上是被遗忘权的权利主体有要求信息控制者删除个人信息的请求权（要求权）。总之，被遗忘权虽然既体现了特权（自由）的面向，也体现了请求权的面向，但是其最为核心的、最为突出的面向则是请求权的面向。因为被遗忘权要得到实现，很大程度上是通过信息控制者的删除义务实现的。被遗忘权经典地体现了请求权与义务的相关关系。

（二）被遗忘权的利益论和意志论维度分析

从被遗忘权的霍菲尔德式分析中可以发现被遗忘权中的利益因素和意志因素。但是，被遗忘权的内部结构体现的究竟是利益论还是意志论，抑或是同时体现了这两种理论，要澄清这一问题，则必须进行更进一步的分析。权利理论中有两种代表性的观点，一种是利益论，一种是意志论。⁵¹利益论认为，权利的核心是利益。而意志论则认为权利的本质是主体的意志。这两种观点各有利弊，都有其说的通的地方，也都有一定的合理性。因此，本文分别以这两种理论来对被遗忘权进行分析，以呈现被遗忘权在这两种理论之下的不同面向。在当代世界法学中，利益论是影响最大的权利理论。⁵²因此，本文首先从利益论的角度来对被遗忘权进行分析。

根据传统利益论的观点，权利反映了主体的利益。边沁就认为，除了“无益的”和“利己的”义务之外，所有的义务（无论是民事义务，还是刑事义务）都有与之相关的权利。⁵³“这些权利是由那些预期会从该义务的履行中受益的人们享有的。”⁵⁴边沁区分了三种权利，即“与义务相关的权利”（right correlative to obligation）、“自由-权利”（liberty-rights）和“权力”（power），大致对应于霍菲尔德的“请求权”（claim-right）、“特权”（privilege）和“权力”（power）。⁵⁵边沁的利益理论实质上主要针对的是“请求权”意义上的权利，因为这种权利是“与义务相关的权利”。而所谓的利益就是值得人类追求的东西。⁵⁶拉兹对权利的定义是：“当且仅当X能够拥有权利，且其他情形相等，X的福祉（他的利益）的某个方面是使他人负担某项义务的充分理由时，‘X拥有某项权利。’”⁵⁷我们可以用利益理论来对被遗忘权进行分析。被遗忘权反映了信息主体的个人信息应被人所遗忘的利益。互联网使记忆成为了

⁵¹ 吴然：“基于角色责任的利益理论——权利概念分析新解”，载《法制与社会发展》2017年第1期，第26页。

⁵² 张文显：《法哲学范畴研究》，中国政法大学出版社2001年版，第303页。

⁵³ H. L. A. Hart, “Legal Rights”, in H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1982, p.174.

⁵⁴ [英]H. L. A. 哈特：“法律权利”，[英]H. L. A. 哈特：《哈特论边沁——法理学与政治理论研究》，湛洪果译，法律出版社2015年版，第183页。

⁵⁵ H. L. A. Hart, “Legal Rights”, in H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1982, p.164-170.

⁵⁶ H. L. A. Hart, “Legal Rights”, in H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1982, p. 176.

⁵⁷ Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press, 1986, p.166.

常态，而使遗忘成为了例外。⁵⁸这种现象的存在对人们的生活带了诸多困扰。互联网上个人信息的删除，对于信息主体回归宁静的生活有着重大的利益。因此，互联网上的诸多个人信息有删除的必要，从而维护个人的人格利益。互联网上已公开的个人信息的删除对于信息主体是有利的，这就是被遗忘权所保护的删除信息的利益的实质。从被遗忘权应当成为受法律保护的权利来说，利益理论可以为被遗忘的法定化提供部分的正当性理由，但是用利益理论来解释被遗忘权也有一定的局限性。

约瑟夫·拉兹就指出，权利和利益之间存在不匹配的现象。拉兹举了一个旧衬衫的例子来说明权利与利益的不匹配，利益并非总能证成权利。⁵⁹例如，我有一件旧衬衫，对我来说一点用处也没有，但是别人也不能因此就把我的这件衬衫拿走。虽然旧衬衫对我来说没有利益，但是我仍然对该件衬衫拥有权利。由此可见，用利益无法完全来解释权利。权利之中，除了利益之外，还有其他别的东西存在，单纯的利益并不足以解释权利。就被遗忘权所针对的个人信息来说，已经公开的个人信息不一定对权利人有用，但权利主体仍然持有权利。此外，被遗忘权所针对的个人信息不一定是负面信息，也可以是对其有利的信息，例如评优评奖信息，但是权利人仍然可以主张删除。⁶⁰也就是说，个人信息的存在也许对权利人是有益处的，但是被遗忘权的权利主体仍然可以主张删除有利的个人信息。由此可见，用利益论来解释被遗忘权是有局限性的。

在前面拉兹所举的衬衫的例子中，衬衫的所有人对旧衬衫没有利益，但是他仍然可以自由处分衬衫，这是因为权利之中除了利益之外，还有处分权（选择权）在内。由此可见，狭义的利益理论是有局限性的。如何处分衬衫是权利人的自由，权利人有选择权，这体现了权利持有者的自由意志。哈特的选择理论（the choice theory）是在意志论的基础上发展出的一种权利理论，也被称作新意志论（the new will theory）。⁶¹哈特的选择理论认为，只有一种意义上的法律权利，即法律上受尊重的选择权。⁶²权利人对另一个人的义务具有控制权，对于另一个人的义务来说，权利人是一个小型的主权者（a small-scale sovereign）。⁶³“最完满的控制措施包含了三个不同的要素：其一，权利持有者可以免除或消灭义务或使义务继续存在；其二，当违反义务或者威胁违反义务时，他可以坐视义务‘不被强制执行’，也可以通过请求给付赔偿金来使义务‘得到强制执行’，或在特定情形下请求法院发布禁止令或强制令来防止持续的或进一步的违反义务；其三，当义务被违反后，他可以免除或消灭支付赔偿金的责任。”⁶⁴

就被遗忘权来说，权利主体对于个人信息有强劲的控制权，有处分个人信息的自由，有决断个人信息的强大权利。信息主体对个人信息控制的自由是被遗忘权的一部分。换言之，对个人信息处分的权利体现在了被遗忘权之中。被遗忘权是通过删除信息来实现的，而删除权反映了对信息的强处分的权利。从意志论的角度可以很好地理解被遗忘权。即使对于没有价值的个人信息，信息主体依然可以请求删除。即使删除信息本身对于信息主体没有利益可言，信息主体仍然可以主张删除。由此可以看出，被遗忘权的行使体现了信息主体的自由意志。信息主体可以行使删除请求权，也可以不行使删除请求权；可以要求信息控制者履行删除义务，也可以免除其删除义务；可以请求损害赔偿，也可以免除损害赔偿。当然，权利选择理论也不是万能的，也有其局限性：其一，有些情况下，权利人可能没有自主选择的能力，例如精神病人和婴儿；其二，有些情况下，可能根本不允许进行选择，例如，有些权利是绝

⁵⁸ [英]维克托·迈尔-舍恩伯格：《删除：大数据取舍之道》，袁杰译，浙江人民出版社2013年版，第6页。

⁵⁹ Joseph Raz, "Rights and Individual Well-Being", in Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain*, Oxford: Clarendon Press, 1994, p.46.

⁶⁰ 段卫利：“论被遗忘权的法律保护——兼谈被遗忘权在人格权谱系中的地位”，载《学习与探索》2016年第4期，第79-80页。

⁶¹ 张文显：《法哲学范畴研究》，中国政法大学出版社2001年版，第305页。

⁶² H. L. A. Hart, "Legal Rights", in H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1982, p. 189.

⁶³ H. L. A. Hart, "Legal Rights", in H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1982, p. 183.

⁶⁴ H. L. A. Hart, "Legal Rights", in H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1982, p. 184.

对权利，是不可以放弃的。⁶⁵这启示我们在被遗忘权的保护问题上，要按照不同的情形，来分别处理。例如，对于未成年人的被遗忘权要重点保护，对于精神病人、婴儿等没有选择能力的人来说，他们的被遗忘权可由其监护人来代为行使，从而来保护其人格利益。“横看成岭，侧看成峰”，从利益论和意志论的角度可以看到被遗忘权的不同面向，对于我们更为深入的理解该项权利具有重要意义。

四、结语

被遗忘权是一项典型的新兴权利，其具有与狭义隐私权的不同内容。人们对于互联网上的个人信息应当享有支配权，过时的个人信息应当可以被删除。使已经公开的个人信息可以重新进入隐私领域⁶⁶符合信息主体的利益。被遗忘权的实现主要是通过删除权来实现的。允许人们能够对自己的个人信息进行删除，尊重了人的自主性和人的尊严。德国联邦宪法法院在人口普查案中，创设了信息自决权（资讯自决权）以加强对公民个人信息的保护，该项权利属于兜底性基本权。⁶⁷我们可以借鉴德国的个人信息保护策略，将被遗忘权作为一项兜底性的人格权，或者说是候补性的人格权。这样做的好处就是能够使我国的人格权体系更加的融贯，使权利之间的界限更加的清晰。当被遗忘权与其他权利的保护范围存在重叠的时候，能根据隐私权、名誉权等删除个人信息的，以这些具体的人格权作为删除权的请求权基础，如果出现既有权利的救济已经穷尽，或者具体何种权利遭受侵犯难以确定时，可以将被遗忘权作为请求权基础。这样隐私权、名誉权等具体人格权就成为第一顺位的权利，而被遗忘权就成为第二顺位的权利。例如，我国“被遗忘权第一案”就显示出名誉权、姓名权等与被遗忘权的重合保护问题。⁶⁸删除个人信息的请求权可以同时建立在名誉权、姓名权、被遗忘权三项权利基础之上，当名誉侵权和姓名侵权不被认可的时候，被遗忘权就是删除个人信息的最后手段。在《民法总则》已经通过的前提下，在司法实践中可以对《民法总则》第111条有关个人信息保护的规定进行扩张解释，将被遗忘权所保护的利益纳入其中，从而实现对被遗忘权的法律保护。⁶⁹

⁶⁵ 吴然：“基于角色责任的利益理论——权利概念分析新解”，载《法制与社会发展》2017年第1期，第28-29页。

⁶⁶ Meg Leta Ambrose, “It’s About Time: Privacy, Information Life Cycles, and the Right to Be Forgotten”, *Stanford Technology Law Review*, vol.16, 2013, p.381.

⁶⁷ 陈俊榕：“资讯社会下的人格保护——以‘人口普查案’为起点”，陈戈、柳建龙：《德国联邦宪法法院典型判例研究·基本权利篇》，法律出版社2015年版，第110页。

⁶⁸ 段卫利：“论被遗忘权的司法救济——以国内“被遗忘权第一案”的判决书为切入点”，载《法律适用》2017年第16期，第55-62页。

⁶⁹ 段卫利：“论被遗忘权的司法救济——以国内“被遗忘权第一案”的判决书为切入点”，载《法律适用》2017年第16期，第62页。

从独角兽到AI：人工智能应取代法律职业吗？

黄伟文

摘要：人工智能应否取代法律职业，是一个价值性、整体性和根本性的问题。对此问题的回答可存在外在主义和内在主义两种不同的理论视角。外在主义主要是采取事实性论证并从后果论的角度对人工智能取代法律职业进行功利主义的衡量，忽略了法律职业对人类生活所具有的内在伦理价值。与此相反，内在观点从规范性的角度把法律职业看作人类道德生活和道德实践不可分割的一部分，其关涉人类的主体性和生活意义，具有不可放弃、不可取代的伦理价值。法律职业对人类的生活具有内在价值，值得严肃认真的对待和珍视。

关键词：人工智能 法律职业 法律职业冗余论 机器风险 伦理意义

一、导论：法律职业的消逝？

在19世纪末的英国，曾有大量的马车夫聚集街头，抗议汽车挤占了他们的工作，至今已成历史陈迹。1989年上演的美国科幻电影《回到未来2》预言，到了2015年，法律系统臻于完美，律师作为一种职业已经消失，事实证明是言过其实。但是，随着人工智能（AI）技术的发展，大量职业将被机器取代，若干年以后，法律人是否会经历当年英国马车夫同样的遭遇？

未必不可能。随着人工智能技术的发展，法律职业正面临着一场前所未有的严峻挑战。2016年，世界上第一位机器人律师 ROSS-Intelligence 受雇于美国一家律师事务所；同年，英格兰一位机器人律师的工作成果获得了法院的支持；还有机器人法官可以基于大量的案例数据，通过机器学习预测裁判的社会后果，从而为法官裁判提供依据；¹英国于2016年7月发布的《民事法院结构改革最终报告》，勾勒了一幅无需律师参与即可完成全部诉讼过程的司法愿景。²法律机器人在法律检索、文件审阅、案件预测、智能合约、在线纠纷解决、法律咨询等方面，应用前景广阔。有学者预言，在未来15年内，机器人和人工智能将主导法律实践，并导致法律职业的“结构性坍塌”，³并非毫无根据。

技术进步给法律职业带来的压力，敦促法律人思虑“法律人的明天会怎样”。⁴事实上，人们对技术的高速发展，总是既恐惧又迷恋。迷恋是因为科技使得人类的生活更加便捷和丰富。恐惧则主要来自两个方面，一是担心技术脱离人类的控制，而另一个则更为深刻，关涉人的本质。“人是工具的制造者”通常被认为是人类区别于动物的本质所在，但本应作为工具的技术却可能反过来控制人类的生命，侵蚀人类的自主性，从而使人异化为工具。⁵法律人对人工智能的忧虑也

¹[德]霍斯特·艾丹米勒.机器人的崛起与人类的法律[J].李飞,敦小匡,译.法治现代化研究,2017,1(04):62-71.

²[英]布里格斯,生产正义方式以及实现正义途径之变革——英国在线法院的设计理念、受理范围以及基本程序[J].赵蕾,译.中国应用法学,2017(02):47-55.

³Michael, C. (2015). Role of artificial intelligence in law. [online]. England: Raconteur Media Ltd. Available from: <https://www.raconteur.net/business/time-for-technology-to-take-over> [Accessed on 25th October, 2018].

⁴参见[英]理查德·萨斯坎德.法律人的明天会怎样——法律职业的未来[M].北京:北京大学出版社,2015.

⁵[美]温德尔·瓦拉赫,科林·艾伦.道德机器：如何让机器人明辨是非[M].北京:北京大学出版社,2017,30.

深深地渗透着这种恐惧。⁶在人类社会早期，人们曾将法律事务求助于非理性的神秘力量，例如独角神兽，近代以降，启蒙去魅，理性滋长，人类开始自我立法，自我裁断。作为人类造物，人工智能如在将来取代法律职业，尽管对于传统法律职业而言未必是好消息，但无疑是人类运用理性自我规制的最后胜利。

但是，人工智能取代法律职业包含着与汽车司机取代马车夫极为不同的意涵。赶马车毕竟只是一种较低水平的劳作，科技进步的意义之一正在于把人类从单调乏味的工作中解放出来，而投身于更加具有创造性和人文性的活动当中，而法律实践却是最精妙复杂的工作之一，特别是因关涉理性、情感与价值，与人类生活的意义息息相关，被视为专属于人类的特殊领域，因此，如果法律职业将被人工智能取代，那么，从独角神兽到 AI 的演进，就透露出一个严肃的信号：那不仅是人类理性的最后胜利，同时也是人类文明的最后时刻。

如果我们把法律实践视为与生活意义相关的人类专属领域，那么，思考人工智能应否取代法律职业，最终就是思考人类应如何看待自身的地位与命运，这是一个具有终极意义的价值性和整体性问题。基于这个理解视角，本文将在第二部分检视人们关于人工智能与法律职业的争论与忧虑，揭示人们所忧虑的真正问题究竟是什么。在此部分，本文将考察相关讨论的两种理论类型，即外在主义的观点和内在主义的观点。主流观点属于外在主义的观点，无论其对人工智能应否取代法律职业持肯定抑或否定态度，皆主要围绕技术是否可能以及风险可否防范这两个问题展开。个别学者关注到了内在主义的理论视角，但大体上仍处于意识萌发阶段，论证有待充实。⁷本文的第三和第四部分，分别讨论外在主义关注的两个主要问题，即技术是否可能与风险可否防范，是否可以支撑对人工智能应否取代法律职业命题之论证。第五部分则回到内在主义的观点，本文将为内在主义提供一个初步的论证，并指出在人工智能的背景下，法律职业对人类生活的伦理意义值得严肃认真的对待。最后是一个简单的结语。

二、忧虑与争议：真正的问题是什么？

（一）讨论的起点

很多人都能够深切地感受到，人工智能给人类职业带来压力，与昔日因汽车的普及给马车夫带来威胁，表面上看来都是技术进步的表征，却是性质很不相同的两件事情。如果确实存在着根本的不同，那么这种不同是什么？又是什么因素导致了这种不同？如果不能把握这种不同以及造成不同的原因，我们就无法真正了解人们关于人工智能的忧虑和争议，究竟在忧虑和争议什么。因此，对这个问题的探索与回答，便应当成为讨论的起点。

人事有代谢，往来成古今。职业的更新换代，好比人体的新陈代谢，本是社会发展的正常现象，事实上，在我们所处的这个时代，不断有旧的职业被淘汰，也不断有新的职业在产生，尽管新旧的交替并非同步因而会在某个特定的阶段产生就业问题，但不会在全社会范围产生如此深刻的忧虑。有学者形象地描绘了这种深刻的忧虑：在人工智能面前，人类不是要被替换的马车夫，而是那些要被淘汰的马！问题的严重性正在于此，马车夫尤可升级为汽车司机，但人类不会选择升级马，而是直接淘汰了马。如果人类沦为如马一般的地位，则无疑面临着被整体淘汰的命运。

⁶ 马长山. 人工智能的社会风险及其法律规制[J/OL]. 法律科学(西北政法大学学报),2018(06):1-9[2018-10-31]. <https://doi.org/10.16290/j.cnki.1674-5205.2018.06.004>.

⁷ 参见陈景辉. 人工智能的法律挑战:应该从哪里开始?[J]. 比较法研究,2018(05):136-148.

这种忧虑，伴随着人工智能技术的飞速发展和科幻作品的渲染，加上媒体的推波助澜，获得强化。AlphaGo 战胜围棋世界冠军李世石是一个标志性的事件，其重要意义在于，该事件意味着机器战胜人类的领域，不再局限于简单的、机械性、重复性的劳动，而是已经侵入到复杂性和创造性的人类活动之中。此后，微软的图像识别和科大讯飞的语音识别接近人类水平，Alphazero 以100:0 的大比分碾压 AlphaGo，Project Debater 分别战胜了以色列国家辩论冠军 Noa Ovadia 和以色列国际辩论协会主席 Dan Zafrir 这两位顶尖人类辩手，人工智能在越来越多的领域斩获佳绩，而人类则节节败退。这些领域素来被视为人类抵御科技发展的威胁，庇护人类维持作为万物灵长心理优势的最后绿洲，随着这些领域的连连失守，人类不能不担心，电脑在战胜人脑之后，下一步将战胜并取代人类的心灵，从而使人类陷于被人工智能改造、控制甚至“饲养”的危险境地。⁸人类已经开始警惕现代化的陷阱，意识到科技的发展是一把双刃剑。科技的发展赋予了人类改造自然、利用自然的巨大能量，使人类得以摆脱自然的束缚，而沉溺于科技世界的自由与欢愉，但也导致了人类与自然的隔阂与疏离。一方面，人类对世界的抛弃帮助人类登上“世界的主宰”宝座的同时，也成为“丧失掉世界的人”；另一方面，科技的进步使人类可以制造出完美的造物，却也反过来凸显了人类自身的缺陷与无能，在万能的机器面前成为“无用之人”，从而导致“世界对人的抛弃”。⁹例如，在未来无人驾驶的情形下，人类将因无法胜任驾驶而被严禁驾车。一旦这种情况扩展至全部领域或职业，人类将面对一个“不需要我们的未来”，

¹⁰终究难逃被抛弃的悲惨命运。倘若如此，人工智能发展的最终结果，便是人类自导自演的一个自杀游戏，人工智能的问题亦由此上升为一个具有存在论与伦理学意涵的终极问题。¹¹

如果人工智能是一个关系到人类的存在及其意义的问题，同时如果法律职业被视为人类专属领域的一个典范，那么，讨论人工智能应否取代法律职业，便是反思人类生活意义的一个有效的视角，而且对该问题的回答，也就构成关于人类生活意义这个问题的回答的一部分。基于同样的理由，讨论人工智能应否取代法律职业，就需要考虑法律职业之于人类生活意义的意义，这应当构成相关讨论的起点，¹²同时也是本文的一个基本判断。

（二）问题的性质

找准了讨论的起点，才可能正确理解人工智能应否取代法律职业这个问题的性质。为了明确也为了限定本文讨论的议题，有必要对此加以更为详细的说明。

首先，这不是一个事实性问题，而是一个价值性问题。这意味着，本文的关切点，并不在于人工智能能否取代法律职业，而是在于应否取代。这是两个性质不同的问题，前者是事实性或描述性问题，后者是价值性或规范性问题。人们当然也关心事实性问题，对于如何突破技术的瓶颈，研发功能更加强大的法律机器人，法律网络公司和科学家们始终充满了令人敬佩的热情。但是，无论人工智能事实上能否在未来的某天取代法律职业，都不影响对人工智能应否取代法律职业的回答，正如即便每个人的自由都得到充分

⁸ 张祥龙.人工智能与广义心学——深度学习和本心的时间含义刍议[J].哲学动态,2018(04):13-22.

⁹ 路卫华.跨学科视域下的机器智能与人——“人工智能与哲学的对话:从 AlphaGo 谈起”会议综述[J].科学技术哲学研究,2017,34(03):126-128.

¹⁰ [美]温德尔·瓦拉赫,科林·艾伦.道德机器:如何让机器人明辨是非[M].北京:北京大学出版社,2017,111.

¹¹ 赵汀阳.终极问题:智能的分叉[J].世界哲学,2016(05):63-71.

¹² 尤其是法哲学的讨论应当有此意识，但法理学界极少有人关注。参见陈景辉.人工智能的法律挑战:应该从哪里开始? [J]. 比较法研究, 2018(05):136-148.

实现的理想社会事实上无法达到，并不影响人们应心向往之，克隆人即便不存在的技术上的障碍，也不意味着克隆人在道德上是正当的。因此，尽管很多事实的背后都伫立着价值判断，例如各级法院建设智慧法院的热潮多少体现对人工智能积极乐观的态度，但人工智能事实上可以或无法取代法律职业，都并非人工智能应该或不应取代法律职业的有效理由。

其次，这不是一个局部性问题，而是一个整体性问题。说它是一个整体性的问题，至少包含三个意思。第一，法律职业的整体性。这里所说的法律职业被取代，是指法律职业整体被取代，而不是某些法律职业被取代。因此，也就排除了以下可能：有的法律职业或岗位被取代了，但又产生了新的法律职业或岗位。第二，取代的整体性。取代的整体性是指人类将完全退出法律领域，彻底让位于人工智能，人类不再胜任任何法律工作，或者法律实践不再需要人类的参与。这就排除了以下可能：人类法律职业的工作方式或工作内容的升级换代。第三，问题的整体性。基于前面两个整体性，“人工智能应否取代法律职业”所引发的这个问题本身，就是一个整体性的问题。除了这个整体性的问题之外，“人工智能应否取代法律职业”还会引发其他具体的、个别性的法律问题，例如如何安置失业人员、如何解决算法歧视、如何认定机器人的法律地位等，¹³这些问题当然也相当重要，但限于本文主旨，这些问题都不在本文讨论的范围之内。

再次，这不是一个派生性问题，而是一个根本性问题。如前所述，本文是讨论法律职业对于人类的生存与生活意义而言，具有什么意义，这不仅是事关法律职业共同体生死存亡的大事，而且也在存在论意义上关涉对人类生命的终极伦理追问，因此它就是一个根本性的问题。从外在的角度考虑人工智能取代法律职业的具体后果与风险，例如对传统的平等、正义、自由和民主等价值观念的冲击，就属于派生性的问题，因为这些观念虽与人类生活的意义密切相关，但其价值正是从这种关联关系中派生出来的。基于派生性问题的论证不能回应假如人工智能取代法律职业能够颠覆这些传统价值的意义，或者可以促进这些传统价值，那么，人工智能是否应当取代法律职业的问题。

（三）理论的姿态

如何看待人工智能应否取代法律职业的问题，存在着两种不同的理论姿态。一种是外在主义的理论立场，即把法律职业看作是实现某种外在价值目标的工具，并以此为标准，对人工智能取代法律职业进行功利主义的利益衡量和后果评估，如果利大于弊，则认为应当取代。另一种是内在主义的理论立场，即把法律职业看作是人类道德生活和道德实践的构成性部分，关涉人类的主体性和尊严，具有内在的道德价值和伦理意义。

学界既有讨论多持外在主义的理论立场，在此理论视角下，对于人工智能应否取代法律职业的问题，存在肯定和否定两种对立的观点。

肯定性的观点主要有两种理论主张，一是法律职业冗余论，二是法律消亡论。法律职业冗余论认为，在未来世界，人工智能的能力将远超人类，在各个方面的工作都比人类更为出色，人类的职业遂成为技术的冗余，故应当被取代，法律职业亦概莫能外。例如，法律机器人的算法具有人类无法比拟的优势，它可以即时处理海量的数据并作出反应，而且，它永不疲倦，随时可以工作，它一天时间检索到的案例比一个律师花一辈子时间找到的信息还要多；¹⁴它掌握大量的信息，

¹³ 马长山. 智能互联网时代的法律变革[J]. 法学研究, 2018, 40(04): 20-38.

¹⁴ [以]尤瓦尔·赫拉利. 未来简史[M]. 林俊宏, 译. 广州: 中信出版社: 2017, 279-281.

全面而准确，因此可以作出通盘的考虑，最大限度避免遗漏和错误；它摒除了人类难以避免的各种前见和情感等非理性因素的干扰，更加理性中立和客观公正。

法律消亡论可以说是法律职业冗余论的一个特殊版本，因为它事实上也主张法律职业将沦为冗余而被取代，但是它的论证方式更具有釜底抽薪的效果。法律消亡论主要是通过论证法律的消亡来论证法律职业的消亡的。其基本看法是，在未来的人工智能时代，数据为王，万物皆是数据，法律将被代码或算法取代终至消亡，而所谓皮之不存毛将焉附，法律的消亡必然导致法律职业的消亡。法律消亡论与法律职业冗余论一样，都认为人工智能应当取代法律职业，就如汽车取代马车一样，是技术进化的自然结果。

否定性的观点主要也有两种理论主张，分别为技术不能论和风险失控论。技术不能论认为肯定性观点对人工智能技术发展的估计过分乐观，它认为人工智能充其量只可能在模拟的意义上具有智能，不可能拥有真正的智能，尤其是在法律实践这种规范性领域，不可能做得比人类好或者像人类一样好，例如，人工智能无法真正理解规范问题，无法进行价值权衡，也无法为裁判负责，因此，尽管人工智能将发挥越来越大的作用，人类也将对人工智能产生越来越深的依赖，但因为技术的限制，人工智能不可能实现从弱人工智能向强人工智能的突破，故只能充任人类的助手，不可能完全取代人类。

风险失控论认为，即使强人工智能在技术上是可能的，但一旦出现强人工智能甚至超级人工智能，将引发不可控的重大风险，例如作出将严重危害人类整体安全的错误裁判，从而使得人工智能取代法律职业变得不可欲。

外在主义忽视了或至少是没有深入思考法律职业对人类生活的意义所具有的内在价值。在具体的论证方案上，无论是持肯定抑或否定的立场，外在主义的论证主要围绕着技术是否可能与风险可否防范这两个事实性论据展开，因而也无法在规范的意义上回答假如技术可能且风险可控，人工智能应否取代法律职业这一价值性问题。与此相反，内在主义则坚持把法律职业看作人类道德生活和道德实践不可分割的一部分，其关涉人类的主体性和生活意义，具有不可放弃不可取代的伦理价值。本文接下来将在第三和第四部分分别讨论外在主义的两个关键论证，即法律职业冗余论与技术不能论的争论，以及法律消亡论与技术风险论的论证，在第五部分讨论内在主义的观点，指出法律职业对人类生活具有内在价值的若干方面。

三、技术的力量：作为冗余的法律职业？

（一）法律职业冗余论

法律职业冗余论者对人工智能的技术进步抱持十分乐观的态度，他们相信终有一天机器人将总体超越人类，而那些认为人类拥有机器永远无法超越的特殊能力的观点，不过是人类一厢情愿的想法罢了。¹⁵而随着机器的能力不断超越人类，相关领域的人类职业就将逐渐沦为科技的冗余，直至被完全取代。很难说这是一种盲目的或为时过早的乐观，因为人工智能飞速发展的事实让他们有理由相信

“未来已来”。他们宣称，有的专家反复声称有些事情是计算机“永远”都无法做到的，而事实证明这里的“永远”通常都不会超过二十年。¹⁶一个被广为引用的例子，是1997年深蓝战胜国际象棋冠军卡斯帕罗夫之后，《纽约时报》曾引用普林斯顿大学高级研究所天体物理学家胡特（Piet Hut）的话：“计算机要在

¹⁵ [以]尤瓦尔·赫拉利.未来简史[M].林俊宏,译.广州:中信出版社:2017,286.

¹⁶ [以]尤瓦尔·赫拉利.未来简史[M].林俊宏,译.广州:中信出版社:2017,287.

围棋上击败人类，恐怕需要 100 年的时间，甚至更久。”但在 2016 年，AlphaGo 战胜围棋世界冠军李世石，胡特的悲观预测被证明是失败的，¹⁷屈指算时光，正好二十年。

在法律职业冗余论者看来，AlphaGo 战胜李世石的意义不仅在于它为技术乐观主义增添的有力的例证，更为重要的是，它意味着人工智能不仅是在单纯的体力等简单的、机械的、重复性的工作中超越人类，而且也在那些因需要运用认知、理解甚至创造等高级能力而被认为是专属于人类的独特领域，有能力与人类一较高下甚至将人类远远地抛诸身后。事实上，在此之前，人工智能已经在语言、文学、音乐、艺术等诸多领域，都有令人惊叹的表现。例如，2011 年，加州大学圣克鲁兹分校音乐学教授柯普（David Cope）编写了一个名为安妮（Annie）的程序，不仅可以基于机器学习不断变化发展音乐风格，而且擅长写俳句，并于 2011 年出版诗集；¹⁸2014 年，Automated Insights 公司设计的软件撰写了大量的新闻稿件并通过图灵测试；¹⁹2016 年，计算机写作的一部短篇小说顺利通过日本一项文学奖的第一轮遴选。²⁰法律素来被认为是人工智能最难侵入的领域之一，2013 年，牛津大学的弗雷（C.B.Frey）和奥斯本（M.A.Osborne）发表的一份关于未来职业的研究报告指出，在未来的几十年，将有大量的岗位被计算机取代，但是，律师被取代的概率极低，仅有 3.5%。²¹然而，法律领域也并非世外桃源，2016 年，斯坦福大学英国分校的布洛德（Joshua Browde）开发的一款聊天机器人律师成功地伦敦和纽约开出的 16 万张停车罚单进行了抗辩，²² 本文一开头也曾提过，已有机器人受雇于律所，英国的法院更是已经开始规划一个没有律师的未来。人工智能的发展一路高歌猛进，法律职业冗余论者发出有力的质问：一旦人工智能接手几乎一切工作，而且做得比人类更好时，那么，人类还能做什么呢？人类的职业，包括法律职业，还有什么存在的必要和理由呢？

（二）冗余论的难题

当然，法律职业冗余论只是一种声音，其反对者提出质疑：人工智能要想全面超越人类，尤其是在需要认知理解、情感体验、价值评价和创新创造的领域超越人类，困难重重。在法律领域，这些困难主要体现在三个方面：第一，技术能力难题，即人工智能因为无法突破的技术障碍，无法在法律领域做得像人类一样好；第二，规范理解难题，即法律是一个需要解释并作出价值判断的规范性领域，而人工智能不具有理解能力，无法真正理解因而无法判断价值和规范性问题；第三，价值化约难题，即法律是关涉价值的行为规范，但价值与规范性问题不能还原为数据或算法，因此人工智能无法作出妥当的法律判断。这三个方面都牵涉颇为复杂的理论面向，下文将对法律职业冗余论的支持与反对两派围绕该三个问题而展开的论辩作仔细的检视，并指出冗余论的不足之处。

首先，讨论技术能力难题。冗余论的反对者指出，人工智能取代法律职业的技术条件无法满足，法律职业冗余论的观点是建立在机器人具有处理法律问题所需智能的假设之上，但是这个假设并不成立。尽管很难脱离人类智能的概念给智能下一个定义，但是，人工智能只是在很少方面模拟人类智能，事实上，人工智能的运算方式与人类的思考方式极少交叉。²³图灵测试也并不要求人工智能具有与人类一样的智能，根据图灵测试，

¹⁷[澳] 托比·沃尔什.人工智能会取代人类吗?[M]. 阎佳,译.北京:北京联合出版社:2018,43.

¹⁸[以]尤瓦尔·赫拉利.未来简史[M].林俊宏,译.广州:中信出版社:2017,291-292.

¹⁹[澳] 托比·沃尔什.人工智能会取代人类吗?[M]. 阎佳,译.北京:北京联合出版社:2018,128.

²⁰[澳] 托比·沃尔什.人工智能会取代人类吗?[M]. 阎佳,译.北京:北京联合出版社:2018,135.

²¹C.B.Frey and M.A.Osborne. T and future of employment:How susceptible are jobs to computerisation?Technical report,Oxford Martin School,2013.

²²[澳] 托比·沃尔什.人工智能会取代人类吗?[M]. 阎佳,译.北京:北京联合出版社:2018,137.

²³John McCarthy,WHAT IS ARTIFICIAL INTELLIGENCE?http://www-formal.stanford.edu/jmc/,2007.

很多程序可以成功骗过人类而被认为是智能的，但事实上，这些程序是很愚蠢的，²⁴它们缺乏灵活性、创造性和变通能力，推理能力弱，鲁棒性差，无法胜任复杂的特别是创造性和无限性问题。人工智能确实在棋类游戏、知识竞赛甚至辩论比赛等领域接连创下重挫人类的辉煌战绩，但是，这些胜利都是必须建立在一个合适的应用场景之下的，需要同时满足五个条件，即拥有丰富的数据、确定性信息、完全信息、静态的、单任务和有限领域，只要任一条件不满足，人工智能都很难完成任务。²⁵也就是说，人工智能无法处理信息不足、信息模糊、动态的、多任务的、意外的或突发的事件。发生在德国的阿沙芬堡案为此提供了一个例证。2012年春天，一辆配备有功能强大的车道保持辅助系统的汽车驶入阿沙芬堡市附近的阿尔策瑙村。在驶入口处，车上60岁的司机突然中风并失去了意识。他向右扭转方向盘，在正常情况下汽车会停在驶入口前的灌木丛中。然而，车道保持辅助系统又将汽车驶回到马路上。车辆高速驶入阿尔策瑙村，并撞死了一位年轻女子和她的孩子。²⁶人工智能也缺乏创造性或批判性的能力，那些电脑创作诗歌、音乐和绘画的事例，并不能证明电脑拥有创造力，因为真正的创造力并不能还原为组合和联想，而在于能够改变思路，重建规则，甚至改变问题，²⁷这些能力人工智能都是缺乏的，因此没有办法进行开创性的研究，²⁸我们不要寄望机器人能够提出量子力学或者纯粹法学这样的理论，也不要寄望它们能够建立人民主权、意思自治或无罪推定这样的法律制度。此外，人工智能的“智能”在于运算，只能思考有限的、程序性的事情，不可能思考无限性和不确定性，不能处理无限性、不确定性和悖论性问题，也就是无法解决哥德尔不完全性定理和停机问题。²⁹

众所周知，法律实践往往是动态的、多任务的，法律论辩唇枪舌战涉及方方面面，也需要根据临场情况的变化随时调整策略；即使是在信息不足或模糊的情况下，或者在左右矛盾、进退维谷的两难境地，无论是肯定还是否定，法律人都必须也有能力在有限的时间内作出确定的判断和选择；而在疑难案件、争议案件等例外情形和特殊案件中作出裁判并提供充分的论证，更是法官日常工作的一部分。法律实践的这些鲜明特征，使得人工智能殊难胜任法律职业。所以，这也就不难理解，在当下时髦的建设“智慧法院”的热潮中，人工智能多只是作为一种辅助性的手段，局限于非裁判性事务或简单、明确的案件，³⁰主要从事电子诉讼、诉讼参与人的身份认证、庭审电子化、电子诉讼档案管理等技术性的工作。

31

冗余论或许会反驳道，人工智能现在不具备取代法律职业的能力，并不意味着永远不具备。他们可能会提出，根据摩尔定律，机器运算将会越来越快，可以像人类一样思考的强人工智能甚至比人类智能更高级的超级人工智能迟早都会到来。但这个反驳

²⁴ Daniel Dennett. *Brainchildren: Essays on Designing Minds*. MIT Press, 1998.

²⁵ 张钺.走向真正的人工智能[J].卫星与网络,2018(06):24-27.

²⁶ [德]埃里克·希尔根多夫.自动系统、人工智能和机器人, https://mp.weixin.qq.com/s?src=11×tamp=1540970996&ver=1215&signature=ptfqaDWjuJ6ReLP-plBKZSosonuzNAyY45gCusxTzf2dlrGCMGI1H5Ai5olxpiP0jV4cntY79WN9BKJhvizBR71HTCWxbAX2Xt3ZQBHjYeM48rWVzr3*TJSI9pZVNzVb&new=1,2018-4-4/2018-10-28.

²⁷ 赵汀阳.终极问题:智能的分叉[J].世界哲学,2016(05):63-71.

²⁸ Russell, Stuart. Q&A: The Future of Artificial Intelligence. University of Berkeley. <http://people.eecs.berkeley.edu/~russell/temp/q-and-a.html>, 2016.

²⁹ 赵汀阳.终极问题:智能的分叉[J].世界哲学,2016(05):63-71.

³⁰ 左卫民.关于法律人工智能在中国运用前景的若干思考[J].清华法学,2018,12(02):108-124.

³¹ 蔡立东.智慧法院建设:实施原则与制度支撑[J].中国应用法学,2017(02):19-28.

是不成功的，一是因为摩尔定律不是一个物理定律，而只是一种基于经验的预测；二是因为即使人工智能在运算上具有人类无法企及的优势，也并不意味着它有能力作出恰当的法律判断，速度并不能保证真理，相反，更快的速度可能只意味着更快获得错误的回答。³²而且，更为根本的是，即便未来的人工智能真的拥有了这种能力，也不能直接推导出应当取代法律职业这个结论，因为应否取代是一个需要作出价值判断的规范性问题，而冗余论在性质上说是一种事实性论证，不能回答规范性问题。

其次，检视规范理解难题。人工智能经常被诟病为只有语法没有语义，只有数据没有意识，只有计算没有思维，只有推理没有人性。这是塞尔反对图灵的著名论断，也是冗余论反对者的重要论据。冗余论的反对者指出，人工智能只是在模拟的意义上具有智能，而不是真正的智能。例如，机器人看上去会下棋，最近的机器人更是可以通过深度学习学会下棋，但事实上只是根据程序移动棋子而已，并不像人类那样通过学习规则和理解规则来“知道”规则，³³它们只懂步骤而不识规则。在电脑的词汇里，只有“下一步”，而没有博尔赫斯意义上作为时间分叉的“未来”，³⁴因而也就没有筹备与规划。也就是说，机器人可以合法移动棋子，但它们并不是真的“会”下棋。因为没有理解能力，便不能对概念做出解释，也不能在具体的语境中理解语义的自由切换，更不能理解多义、歧义、反讽和隐喻等语言现象，自然也不能根据理解和解释做出规范性判断。但是，法律实践却是一项解释性的事业，法律的争议往往就是关于法律概念的意义之争，而法律概念的意义也不是通过翻阅大部头词典即可回答，相反，法律毋宁是一种实践智慧，是一门精妙的艺术，法律人需要区分法律条文与法律精神，在经验、细心地行动和观察的基础上，整合认识、情感和反思，³⁵才能在案件事实曲折、人际关系复杂、掺杂人性和情感因素的场合，根据法理、常识以及对机微的洞察做出判断并拿捏分寸进行妥善处理。³⁶人工智能如果无法理解，便不能胜任法律这项需要作出规范性解释的工作。

对于反对者的上述批评，冗余论可以采取两种回应方案。第一种方案是进行正面的回应，即主张未来的人工智能将具有真正的智能，可以认知和理解，或者主张万物有灵，机器也能思考和感受。但这种策略是很虚弱的，因为人工智能的未来只是一种预测甚至只是一种愿望，既不能证实也不能证伪，而万物有灵论更像是一种信仰，既难寻依据亦与生活常识相去甚远。第二种方案则更为有力，但不是正面的回应，试图论证机器人具有与人类一样的意识与理解能力，而是采取迂回的策略，说明智能并不依赖于人类的意识与理解，机器人虽然不能像人类那样意识和理解，但仍然可以获得意识和理解的能力。在这种观点看来，意识并非智能的构成性要素，智能是必要的，但意识可有可无，可以实现意识和智能分离的“无意识智能”。³⁷那么，“无意识智能”是如何可能的呢？冗余论是通过把意识和理解都理解为是一种功能性的概念来证立这个概念的。具体而言，它认为不一定需要用人类的意识和理解去定义意识和理解，就像不一定要用鸟类的飞行来定义飞行一样，只要可以像鸟类那样在天空中保持长时间的飞行，即便不具有和鸟类相同的结构，也可以认为那就是飞行。同样的道理，只要人工智能能够产

³² Russell, Stuart, Q&A: The Future of Artificial Intelligence. University of Berkeley. <http://people.eecs.berkeley.edu/~russell/temp/q-and-a.html>, 2016.

³³ Russell, Stuart, Q&A: The Future of Artificial Intelligence. University of Berkeley. <http://people.eecs.berkeley.edu/~russell/temp/q-and-a.html>, 2016.

³⁴ 赵汀阳. 终极问题: 智能的分叉[J]. 世界哲学, 2016(05): 63-71.

³⁵ [美]温德尔·瓦拉赫, 科林·艾伦. 道德机器: 如何让机器人明辨是非[M]. 北京: 北京大学出版社, 2017, 84.

³⁶ 季卫东. 人工智能时代的司法权之变[J]. 东方法学, 2018(01): 125-133.

³⁷ [以]尤瓦尔·赫拉利. 未来简史[M]. 林俊宏, 译. 广州: 中信出版社, 2017, 279.

生类似于人类意识一样的表现,并能够适当、适应性地对社会环境和物理环境做出反应,即便它最终不可能以人类完全相同的方式获得意识和理解能力,也可以认为它拥有相似的能力。³⁸这种观点其实是一种图灵测试,它只看结果,不问理解,只要计算机能够作出正确的事情而非错误的事情时,便认为它是智能的,而所谓正确的事情,是指机器可以实现预期的目标。³⁹据此,只要人工智能做出的法律判断能够通过图灵测试,便可认为其能够理解并适用法律,便可以取代法律职业从事相关的工作。

但是,且不说人工智能是否真的可以在法律领域通过图灵测试,即便它可以作出与人类裁判相似的决定,也依然不符合法律实践的理性本质,因为法律实践不仅仅是要作出一个适当的法律决定,而且要对这个适当性进行正当性的论证。法官不仅需要作出正确的裁判,而且要论证为何这是正确的,也就是说,它不仅需要作出裁判,而且要真正理解并有一个正当化的过程。理解和正当化的意义在于理性化说服,即摆脱偶然性而获得对权威或必然性的服从。否则,如果只看结果无需理解与正当性的内化,那么,假如一只章鱼或者掷骰子能够准确预测裁判结果,就既无需律师也无需法官,任章鱼径直裁判或者掷骰子便可,但这样一来便与法律实践应当服从理性的本质要求背道而驰了。由此角度,我们也可以看到,对意识和理解仅做功能性解释的冗余论同样是缺乏对法律职业内在价值的考虑,故也未能直接回应人工智能应否取代法律职业的应然之问。

最后,我们来看一下价值化约难题。法律实践之所以被视为人类的专属领域,主要原因之一在于法律关涉价值判断,而价值是很难化约为数据或算法的。但冗余论者们对此却信心满满,试图用数据和算法颠覆一切价值观。他们认为,不仅价值和意义,而且是包括人类在内的所有生物,都是各种有机算法的组合,人的体验只是瞬间的生物反应,这些瞬间的体验不会积累成为永续的本质。⁴⁰在他们的眼中,价值和意义都只如肥皂泡一样虚幻,唯有数据与算法才是真实的。他们相信,机器人比人类具有很多优势,例如不受情感和情绪的影响,更加理性,能够计算出更多的可能性,从而做出更好的价值和道德选择,⁴¹因此,服从算法而不是服从内心,才是真正的明智选择。⁴²换言之,人类的价值或道德判断应拱手让给人工智能,也唯有如此,才能得到真正符合人类价值或道德目标的结果。

但是,问题的关键在于,人工智能作为人造的程序系统,是如何做到把价值完全化约为算法的呢?机器人处理价值或道德性问题,可能采取两种进路,即自上而下的进路与自下而上的进路,但都会遭遇价值化约的难题。

自上而下的方式是一种理论驱动的方式,即理论承诺了一套全面的解决方案,如果道德原则或规范可以清晰地陈述出来,那么有道德的行动就转变为遵守规范的问题,机器人需要做的就是去计算它的行动是否为规则所允许。⁴³自上而下的进路以存在一组可以转换为算法的规则为前提,但这一组规则可能来自于多元的价值观念,而它们之间是存在竞争和冲突的,应当如何解决价值冲突,如何对冲突的价值进行位阶的排序?例如,如何调和功利主义与道义论的分歧?这些问题的终极答案,或许只有全知全能的上帝才知道,恐怕是人工智能所不逮的。

³⁸ [美]温德尔·瓦拉赫,科林·艾伦.道德机器:如何让机器人明辨是非[M].北京:北京大学出版社,2017,54-58.

³⁹ Russell, Stuart, Q&A: The Future of Artificial Intelligence. University of Berkeley. <http://people.eecs.berkeley.edu/~russell/temp/q-and-a.html>, 2016.

⁴⁰ [以]尤瓦尔·赫拉利.未来简史[M].林俊宏,译.广州:中信出版社:2017,273.

⁴¹ [美]温德尔·瓦拉赫,科林·艾伦.道德机器:如何让机器人明辨是非[M].北京:北京大学出版社,2017,61.

⁴² [以]尤瓦尔·赫拉利.未来简史[M].林俊宏,译.广州:中信出版社:2017,300.

⁴³ [美]温德尔·瓦拉赫,科林·艾伦.道德机器:如何让机器人明辨是非[M].北京:北京大学出版社,2017,70.

自下而上的进路认为价值与道德是经验长期进化的结果，因此，它不给机器人设置先天的道德原则，而是让其在模拟的经验环境中，根据其他实体的行为作出变化和调整，自动形成道德准则。⁴⁴自上而下的优势是可以动态地集成来自不同社会机制的输入信息的方式。但是，自上而下的进路让道德自然进化和生成，并不能保证其所产生的价值标准和道德准则是真正道德的。社会达尔文主义让

“道德最高者生存”，却可能会使得为生存而战的残酷斗争露出“自然带血的爪牙”。⁴⁵放任道德的自然进化可能是缺少反思性的，因而可能导致不成熟的道德判断和非道德的道德标准，⁴⁶比如仅仅是基于情感上的不适，例如厌恶血液、同性恋甚至某种肤色，便给相应的人和事贴上不道德标签。

由此可见，无论是自上而下还是自下而上的进路，道德机器人都将面临复杂的价值冲突和道德难题，无法完全化约为数据和算法。如果不同的机器人接受了不同的价值标准和道德观念，那么，它们之间也会产生难以调和的价值冲突。如果人类将价值和道德判断完全诉诸人工智能，不仅无法获得道德的生活，反而会导致道德感知能力和道德判断能力的退化，最终丧失道德主体性。法律作为人类解决价值冲突和道德争议的理性方式，本身就是道德实践的重要组成部分，其一个重要的意义恰在于希望通过服从法律的治理，明辨曲直，定分止争，安抚世俗的人生与人心。而如果通过法律的道德实践被机器取代，势必会削弱人类的道德体验和道德能力，使人生的意义变得空虚。由此角度，对法律职业应否被人工智能取代之问题的思考，便也切入了追问法律职业内在价值的伦理视角。

四、法律的未来：法律消逝而代码永存？

（一）法律消亡论

法律消亡论是法律职业冗余论的一个特殊版本，它不是直接论证法律职业的消亡，而是抄到法律职业赖以存在的根基，认为法律将被算法取代而终至消亡，法律消亡后法律职业遂成无本之木无源之水，自然应被人工智能取代。消亡论者认为法律的死亡虽然宣示了人类规范文明最后火种的熄灭，但未来并非一幅灰暗的图景，因为法律终将死亡就好像法律在公共领域取代巫术、宗教和道德一样，

⁴⁷是人类社会发展的自然结果，是值得拥抱的未来。

法律消亡论包含三个基本命题。其一，机器人的“深度学习”将取代法律的“深度不学习”。消亡论者认为法律最为核心的特征是“深度不学习”，体现在法律不能时刻根据外界信息、参数或标识的变化，灵活调整它的规范、原则和价值，法律调整的模式主要是针对特定当事人进行事后的规制。这是由法律的作用主要在于定分止争和化约复杂性这一功能定位决定的，但这些特征使得法律已经无法适应现代风险社会的要求。因为现代风险社会的风险是时刻变化的，其风险效应一般也不仅限于当事人，而且事后规制可能造成无可挽回的后果。⁴⁸相反，人工智能的特点正在于深度学习，机器学习可以通过各种大数据、身份虚拟账户、评分系统、智能算法的技术装置帮助，形成对法律主体持续追踪认知、认证、评价、识别和反馈学习性网络，⁴⁹人工智能不仅可以事前甚至即时性地进行反馈式的规制，以适应各种风险变化，甚至可以根据实验模拟的结果来调试和出台新的

⁴⁴ [美]温德尔·瓦拉赫,科林·艾伦.道德机器:如何让机器人明辨是非[M].北京:北京大学出版社,2017,89.

⁴⁵ [美]温德尔·瓦拉赫,科林·艾伦.道德机器:如何让机器人明辨是非[M].北京:北京大学出版社,2017,89-90.

⁴⁶ [美]温德尔·瓦拉赫,科林·艾伦.道德机器:如何让机器人明辨是非[M].北京:北京大学出版社,2017,162-163.

⁴⁷ 余成峰.法律的“死亡”:人工智能时代的法律功能危机[J].华东政法大学学报,2018,21(02):5-20.

⁴⁸ 余成峰.法律的“死亡”:人工智能时代的法律功能危机[J].华东政法大学学报,2018,21(02):5-20.

⁴⁹ 胡凌.超越代码:从赛博空间到物理世界的控制/生产机制[J].华东政法大学学报,2018,21(01):6-21.

法律规则。⁵⁰因此，为了适应风险社会的发展，深度学习的人工智能将会取代深度不学习的法律。其二，智能技术的认知功能将取代法律的规范功能。消亡论者乐观地预测，随着计算机技术的日益进步，人工智能将以不同程度改变法律的规范主义特征。最为初级的层次是法律的信息化、流程化和自动化，例如法律检索、文件自动审阅、自动生成、智能法律咨询、案件结果预测等；第二层次则将实现从“不敢违法”到“不能违法”的飞跃，例如通过嵌入代码技术使得饮酒者根本无法开动汽车从而杜绝酒后驾驶的可能；第三层次更是上升至“不用违法”的境界，例如区块链合同，其效力由技术担保，完全不给法律留下丝毫的用武之地。这种科学化、非道德化的机器规制，或将完全并直接取代法律的规范功能，规范性期望就会被认知性期望取代。⁵¹其三，代码将取代法律。如果法律规范功能的独特性完全丧失，被机器学习取代，也就意味着法律将被代码和算法取代，法律的生命也就走到了尽头。⁵²如果连法律都死亡了，法律职业便更无从谈起，所以，法律死亡的前景也就是法律职业死亡的前景。

法律消亡论的论调混淆了一些关键概念，因而也模糊了一些重要问题。首先，法律消亡论混淆了“不深度学习”与“深度不学习”，过度夸大了深度学习的作用。深度学习是一个计算机学的专业术语，源于人工神经网络的研究，是机器学习中一种基于对数据进行表征学习的方法。深度学习依赖于大数据，在理论上最好是穷尽所有的数据。⁵³应当承认，法律确实并不依赖于大数据，更无需穷尽全部数据，就此而言，说法律不是“深度学习”的并无不妥。但是，并不能就据此认为法律是“深度不学习”的。深度不学习这个概念颇具蛊惑性，在不经意之间就给法律塑造了一个顽固僵化的刻板形象。法律不依赖深度学习和大数据，一方面固然是因为技术的限制无法穷尽数据，但也是因为并无此必要，正如一个人不用等到弥留之际才明白人生的意义，一位医生不用剖解所有尸体才了解人体的结构，一名法官也不需要见过全部的判决才懂得如何裁判。因此，法律不依赖于深度学习和大数据，并不意味着法律并不需要数据，或者深度学习与大数据对法律毫无意义，相反，不管是同案同判等法律原则要求，还是类案鉴别等法律适用技术，抑或我国裁判文书全面上网等意义深远的法律实践，都说明法律的世界并非一潭数据死水。法律不依赖于深度学习和大数据也不意味着法律对外界信息不闻不问毫无反应，法律不能朝令夕改，但也不是一成不变的，法律的适用绝不是“死抠法律的字眼”，而是需要透过法律条文的表象追寻法律价值的精神，谨慎考虑个案的细微差异与人生百态，才能作出既符合法律真意亦熨帖人心的优质裁判。相反，倒是因为缺乏常识，即便坐拥海量数据也无法因应具体情势的变化作出灵活调整应对，恰恰是人工智能无法处理日常生活情事的重要原因。一台装有千万词汇的对话机器人，其语言交流能力恐怕尚且不如三岁幼童，便道出个中要害。况且，对于法律而言，并非数据越多越好，正义女神蒙眼布的隐喻，正说明了为免于偏见和公平正义起见，有些信息是需予屏蔽而不应进入“法”眼的。

其次，法律消亡论过度强调了人工智能在数据处理上可以即时反馈的速度优势，却忽视了法律应有的稳定性。生活的信息瞬息万变，尤其是在现代信息社会，各类信息每时每刻都在以几何级的惊人的速度不断增长，但是法律作为公共的行为规则，却不可能也无必要与信息的变化保持同步，相反，法律应当保持相对的稳定性与连续性，否则人们将

⁵⁰ 余成峰.法律的“死亡”:人工智能时代的法律功能危机[J].华东政法大学学报,2018,21(02):5-20.

⁵¹ 余成峰.法律的“死亡”:人工智能时代的法律功能危机[J].华东政法大学学报,2018,21(02):5-20.

⁵² 余成峰.法律的“死亡”:人工智能时代的法律功能危机[J].华东政法大学学报,2018,21(02):5-20.

⁵³ LE Q V, NGIAM J, COATES A, et al. On optimization methods for deep learning[C]// International Conference on Machine Learning. Bellevue, Washington, USA. DBLP, 2011:265-272.

无所适从，无法作出生活预期与行动安排。何况，正如前文业已指出的，运算的速度并不能保证真理，更快的速度可能只意味着更快收获谬误。此外，尽管理论是灰色的而生活之树长青，但法律当中所包含的基本价值与法律原则，却具有永恒的意义，不会因信息的变化而消逝，它们虽然是大数据之中的小数据，却是在数据洪流中统摄数据价值的定海神针，而对这些价值原则的理解与诠释，人工智能并不比人类具有优势。

在处理价值问题这个角度，也可以看到法律消亡论的第三点不足，即低估了价值化约的难度。即便如数据主义者们所说的那样“代码即法律”，⁵⁴首先也需要对数据作出规范判断并有一个将之程序化的过程。但是，正如前文曾论证过的，规范的数据化，无论是采用自上而下的还是自下而上的方式，都难以完全突破价值化约的技术障碍。

由此我们便同时也可看到，法律消亡论给未来法律下发的死亡通知书可能是过于仓促了，它混淆了法的变化与死亡，这是法律消亡论的第四点缺陷。毋庸置疑，信息时代的到来确实给传统法律和律师职业带来了前所未有的冲击和挑战，甚至说这是千百年来所未见之大变局，或许亦并不为过，但是，促使法律的变革乃至革命，与宣告它的死亡之间，委实尚存在本质的差距。诚如有论者指出的那样，科技手段不能完全定义法律概念，法律概念也不能只通过科技这一种方式来定义，⁵⁵宣扬法律消亡的数据主义者仅仅定义了代码，却没有清晰定义法，因此其提出的真正问题，与其说是“法”的消亡，毋宁说是法的范式转移。⁵⁶而且，我们尤应看到，即使人工智能重塑了法律的范式，数据全面成为法律的内容，但特定算法无论是否法律的内容，都是法体系接受或者不接受的结果，算法始终是法体系所要调整的对象，所以，在人工智能时代，法律不但没有死亡，也不可能匍匐在算法之下，反而是算法的主宰者和拘束者。⁵⁷

法律消亡论不恰当地夸大了深度学习的作用，似乎深度学习就是掌控世界的上帝之手，与之形成鲜明反差的是，人工智能学界却已经开始反思深度学习的局限了，在 2018 全球人工智能与机器人峰会（CCF-GAIR）上，多名顶尖学者对深度学习提出了严厉与尖锐的批判，直言深度学习不是真正的智能，将在不久的将来被逐渐拉下神台。⁵⁸退一步而言，即使算法取代了法律，但是，一方面，不同的算法系统之间仍然是存在着分歧的，另一方面，算法也并非都是善良的天使而是既可为善亦可为恶，例如数据歧视，因此，为了维护一种公共的和良善的行为标准，依然需要有超越所有个体算法的公共评价标准，这样法律与律师职业就并不能消除。对此，法律消亡论一个可能的辩护是，即使在算法之上需要评价算法的法律，关于算法的法律也可以由机器人作出，这样，关于算法的法律其本身就是算法了。而且，他们可能还会进一步辩护道，让算法评价算法这种说法并不是无意义的循环，因为在人类的历史上并不缺少恶法当道的记录，既然人类的错误可以由人类自己来裁断和矫正，为何机器人就不能呢？这种观点的意思是说，即使有法律，也是作为法律的算法，而不是人类的法律，因此，即使在人工智能的世界中分化出专门从事算法裁判的职业，也是由机器人担任，而不是由人类担任。但是，在这样一个人工智能垄断法律职业的世界里，如果还有人类的存在，那么，对于机器裁判将存在三种可能。一是人类能够理解机器人的裁判，且

⁵⁴ 参见[美]劳伦斯·莱斯格.代码[M].李旭,译.广州:中信出版社:2004.

⁵⁵ 赵蕾,邓楚伊译.区块链将取代法律吗.<https://mp.weixin.qq.com/s?biz=MzU1MTE2Mzk0OA%3D%3D&id=1&mid=2247483923&sn=92949327a6709e9a2fa8f2c8284fb508>,2018-7-3/2018-10-28.

⁵⁶ 鲁楠.科技革命、法哲学与后人类境况[J].中国法律评论,2018(02):96-107.

⁵⁷ 陈景辉.人工智能的法律挑战:应该从哪里开始?[J].比较法研究,2018(05):136-148.

⁵⁸ 张钊:走向真正的人工智能 | CCF-GAIR 2018,雷锋网. <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1604667011248503461&wfr=spider&for=pc>, 2018-06-30/2018-10-28.

理解能力超越机器人，那么，机器裁判最终还需依赖于人类的决断，机器人只能成为人类的助手，不能完全取代人类。二是机器人的能力和人类打成平手，但如果人类将行为评价全部交给机器人，人类的价值判断能力就必将退化，由此必然导致第三种情况。第三种情况是机器人超越人类，人类无法理解机器人的判断，即使机器人的判断事实上要比人类自己判断更好，但是，如果人类无法理解，那么再好的裁判对人类来说还有什么意义呢？就好像人类认为自己对待动物的方式要比动物自生自灭要好，确实事实上也是如此，但人类的善意动物是无法理解的，因此对它们来说便没有意义，所谓对它们的意义不过是人类觉得有意义罢了。如果人工智能真的发展到超越并取代人类的阶段，机器人之对待人类，就像今日人类之对待动物一样，人类便丧失了真正的道德主体性，只有在作为人工智能应当善待的对象时才具有道德和伦理意义，而此时需要承担道德责任的道德主体，已经是机器人而不是人类了。讨论到这个层面，法律职业之于人类的内在伦理价值，便呼之欲出了。

（二）机器风险论

但在正面进入这个问题之前，仍有必要检视反对法律和法律职业消亡论的另一种重要理论，即机器风险论，该理论关注的重心不在于数据事实上能否取代法律或人工智能事实上能否取代法律职业，而是在于人工智能将引发不可控的整体性风险，因此让数据取代法律或让人工智能取代法律职业变得不可欲。

风险作为一个理性的概念，产生于近代。据考证，风险作为与其他各种不安全感相区别的一个概念，出现在 14 世纪早期的意大利商业城市和城市国家，其原意是指远途贸易特别是海上贸易的损失。把风险作为一个理性的概念，其重要意义在于，它从一个理性参与者的立场出发，把经济活动的不可预测性不再当做要去承受的命运事件或其他不可预测的影响因素，而是看作或多或少地可以计算的不确定性。这样，风险与理性的行动规划或决策就有了一种紧密的关联，也因此排除了纯粹的自然灾害或自主的个人冒险行为。⁵⁹人工智能因为可能脱离人类的控制并产生波及全人类的危害，而被认为是一种特殊类型的风险，在这种新型的风险面前，人类的理性显示出捉襟见肘的窘困与无能为力的无奈。

根据塔勒布的反脆弱理论，体系的精密程度与安全系数可能呈反相关的关系，也就是说，越是精密的体系其抗风险的能力就可能越脆弱，其风险也就越大，对于非常精密的体系，一个小小的漏洞就可能导致全盘崩溃的极端后果。⁶⁰如果反脆弱理论是有道理的，那么，对人工智能的规制和风险防范便是重要且紧急的，因为人工智能无疑是极端精密的体系且发展势头迅猛。但是，对于人工智能而言，无论是事前的预防还是事后的规制，都困难重重，正是这些困难使得人工智能风险成为区别于传统公共风险的一个独立的风险类型。

首先，且不说技术发展到强人工智能或超级人工智能之后，人类想要控制比自己更聪明的机器人，就像人类想要控制上帝一样，简直是天方夜谭，即使是对弱人工智能，事先预防也存在着诸多困难：第一，隐蔽性难题。人工智能的研发并不需要大型的设施，极难发现。传统的公共风险类型，例如核能和污染等，在认定责任的主体和发生地方面，并不存在太大的困难，因为需要大规模的采购和建设。但是，制作一个人工智能编程却是非常简单的，可能仅凭一人之力，有一部电脑，甚至一部手机，就可以做到。这种隐蔽

⁵⁹ [德]阿明·格伦瓦尔德.技术伦理学手册[M].吴宁,译.北京:社会科学文献出版社:2017,30-33.

⁶⁰ 赵汀阳.现代性的终结与全球性的未来[J].文化纵横,2013(04):81-91.

性是区分人工智能风险与传统公共风险的最大特征。第二，分散性难题。人工智能的开发者可能分散在不同的法律辖区。甚至是，某些系统是开放的，例如网络图书馆，任何人都可以自由地编辑，做出大量的修改，很难追踪到是谁作出了什么样的修改。这些人可能来自于不同的国家，因此没有任何一个国家可以完全监管。第三，离散性难题。人工智能系统的组件在组装起来之前，可能是并无合意的，但是一旦组装起来却产生了重大的风险。第四，不透明性难题。人工智能技术对大多数监管者而言是不透明的，人工智能系统内部运行是不可知且不可逆的。一个复杂的人工智能系统的设计缺陷可能是无法探测的，不仅是消费者无法探测，即便是开发者和设计者也无法探测，因为人工智能可能是由产自不同地方的软硬件组装而成的，而这些组件可能都受到专利的保护，使用者可能根本不知道它们是如何运行的。⁶¹第五，理解悖论难题。从 2014 年开始，媒体就开始报道霍金、马斯克、沃尔兹尼克、盖茨等名人对人工智能的担忧，但人们更多的只是关注到了这种声音，并没有真正了解他们担忧的到底是什么。事实上，他们并不只是担心机器人本质上是邪恶的或者憎恨人类的，人工智能的风险不仅来自于一个人工智能系统可能被设计来毁灭人类，或与人类的价值观相悖，即使人工智能与人类的价值观与利益是完全一致的，人工智能对人类目标的实现，也可能出现事与愿违的结果：你获得了你所要求的，却不是你想要的。⁶²Minsky 曾举过一个例子：人类命令机器人提供大量的回形针，但机器人却可能为你找来了多到可以覆盖整个地球的回形针。Russell 和 Novrig 在一篇文章中所举的例子更为恐怖：我们设定了一个最大限度减少人类痛苦的程序，而为了达到这个目标，人工智能可能会毁灭人类，因为没有人类便没有痛苦。⁶³正是因为人工智能有可能误会人类的真正意图而导致与目的相悖的结果，Wiener 曾提醒人们注意：“如果为了达到我们的目标，而使用一部无法完全控制其操作的机器，那么，我们就最好能保证，我们放入机器之中的目标，就是我们真正想要的东西。”⁶⁴但是，有什么可以提供这种保证呢？如果这个难题无法解决，那么，那些基于人类中心主义制定的机器人伦理规则，例如阿西莫夫原则，其意义便须打去很大的折扣。

事先预防的难题也带来了事后监管的难题。除了人工智能的风险一旦发生，就可能给人类造成无可挽回的重大损失之外，人工智能事后监管的困难突出地表现在责任的认定和归结的难题之上。人工智能是自主运行的，可以以一种脱离其责任人甚至人类可以控制的方式运行，其产生的结果既不可知因而无法预测，也不可逆因而无法改变，由此便导致“责任的裂缝”，在人工智能引发损害之后如何对受害者做出赔偿等，都成为棘手的难题。让最终的使用者承担责任无疑是不公平的；但如果让人工智能系统的制造者承担责任也是不妥的，因为其制造者可能很多，且他们也无法预测人工智能的结果；⁶⁵机器人也无法成为责任的主体，因为传统的法律制裁手段，即便是较为严厉的财产罚与自由罚乃至极刑，在机器人面前都全部失效。

此时，即便是适用强意义的预防原则也无济于事。强的预防原则要求政府应当“不计代价”地因应科技风险，而不是就科技风险进行利害计算。也就是说，即便风险的支

⁶¹ Matthew U. Scherer, *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies*, 29 Harv. J. L. & Tech. 2016, p.353.

⁶² Russell, Stuart, Q&A: The Future of Artificial Intelligence. University of Berkeley. <http://people.eecs.berkeley.edu/~russell/temp/q-and-a.html>, 2016.

⁶³ Stuart Russell and Peter Norvig, *Artificial Intelligence: A Modern Approach* (Third edition), Pearson Education Limited, 2009, p.103,.

⁶⁴ Russell, Stuart, Q&A: The Future of Artificial Intelligence. University of Berkeley. <http://people.eecs.berkeley.edu/~russell/temp/q-and-a.html>, 2016.

⁶⁵ Matthew U. Scherer, *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies*, 29 Harv. J. L. & Tech, 2016, p.353.

持证据仍然是臆测的，并且即便就此支付的经济成本是高昂的，也需要突破成本收益分析的界限，而以“安全边界”是否获得确立作为最主要的任务。⁶⁶但是，强预防原则的困难在于如何确定标准来决定什么时候启动它。⁶⁷一方面，对于什么是“安全的边界”，可能存在着尖锐的理论争议，无论如何选择，都存在“误判风险”。⁶⁸例如，围绕转基因和人类基因工程等议题展开的激烈争论，至今未有消停的迹象；就算一百多年前的人们知道全世界每年有逾百万人即相当于每天 3500 人或每 25 秒 1 人死于道路交通事故，另有几千万人因此受伤或致残，⁶⁹他们估计也不会停止发展汽车；同样地，恐怕也几乎没有人会因为 20 世纪 50 年代对机器人的恐惧而牺牲 50 年来计算机技术的进步。⁷⁰另一方面，在上述争论正酣之时，人工智能的风险可能事实上已经开始渗透，或者甚至却已如特洛伊的木马，早早就潜伏在错误的安全共识之中了。

正是基于对人工智能风险的种种顾虑，机器风险论者对数据取代法律和人工智能取代法律职业，态度谨慎。但是，假如机器的风险可控，对于人工智能应否取代法律职业这个问题的回答，机器风险论者的口风将会有所松动吗？价值化约的技术障碍与未来风险的难以防范给人工智能无法取代法律职业留出了事实性的空间，但正如本文反复强调的，事实性的论据与后果论论证不能直接回答应否取代的问题。退一步而言，假如未来算法与代码完全取代了法律，人工智能的风险也得以有效的防范，那么在那个时候，法律职业应该让位于人工智能吗？相信前文的讨论已经足够充分了，行文至此，是时候对此问题作出正面的回应了。

五、生活的意义：认真对待法律职业

本质上具有价值的事物，可以分为两种类型：一种是外在的工具性价值，一种是内在的伦理性价值。一个事物拥有外在价值是指当且仅当它可以帮助实现其他有价值的目标的时候存在价值，也就是说，如果它不能实现或不能很好地实现其价值目标，它就不再具有价值或价值便减损了，此时若有其他事物能够实现或能够更好地实现该当目标时，它就应当被其他事物取代。例如，电话机所具有的价值就是外在价值，因为随着手机的普及，传统电话机通讯功能的实现比不上手机，它在日常生活的应用领域就逐渐缩减。一个事物拥有内在价值是指其存在价值无需通过能够帮助实现其他价值目标来获得证明，相反，其存在本身就是有价值的。也就是说，对于内在价值而言，即使存在实现价值的其他可能更好的方式，其价值也不会因此而受到任何的减损，因此不因据此而应被取代。就此而言，内在价值也可被称为神圣的或不可侵犯的价值。⁷¹例如，人的生命就具有内在价值，对一个人的生命而言，即使其他人的生命比他更圆满，但他的生命也仍然值得我们尊敬、推崇和保护，因为生命本身就值得我们尊敬、推崇和保护。对于外在价值而言，如果一个事物被更好的事物取代，我们应该感到高兴和庆幸，觉得那是一件好的事情，例如一件破烂肮脏的衣服缝补清洗后变得干净整洁旧貌换新颜；相反，对于内在价值而言，即使一个事物被更好的事物取代了，我们不会感到高兴和庆幸，反而会感到悲伤和遗憾，例如，假如一个孩子被人贩子拐卖了，并且在其养父母那里得到比亲生父母那里更加精心的照料和更为富足的生活，我们依然感到深深的遗憾，因为与亲生父母一起生活本身就具有重要的内在价值。

需要指出的是，外在价值与内在价值并非相互排斥的关系，一个事物可以既具有外

⁶⁶ 陈景辉. 捍卫预防原则: 科技风险的法律姿态[J]. 华东政法大学学报, 2018, 21(01): 59-71.

⁶⁷ [美]温德尔·瓦拉赫, 科林·艾伦. 道德机器: 如何让机器人明辨是非[M]. 北京: 北京大学出版社, 2017, 44.

⁶⁸ [德]阿明·格伦瓦尔德. 技术伦理学手册[M]. 吴宁, 译. 北京: 社会科学文献出版社, 2017, 13-14.

⁶⁹ 详见世界卫生组织. 道路安全全球现状报告 2015, http://www.who.int/violence_injury_prevention/road_safety_status/2015/zh/, 2015-12-31/2018-10-28.

⁷⁰ [美]温德尔·瓦拉赫, 科林·艾伦. 道德机器: 如何让机器人明辨是非[M]. 北京: 北京大学出版社, 2017, 44.

⁷¹ [美]罗纳德·M. 德沃金. 生命的自主权[M]. 郭贞伶, 陈雅汝, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2013, 87.

在价值，也具有内在价值。例如，作为一种交通工具，马车具有的是外在价值，所以当更为便捷的汽车出现时，马车便应当让位于汽车。但是，如果把马车视为传统礼仪的一部分，例如欧洲王室在婚丧等重大仪式中，依然坚持使用传统的马车，而不是现代的汽车，就是因为此时作为传统一部分的马车具有内在价值。

如果从区分外在价值与内在价值的角度来看待人工智能应否取代法律职业的问题，就应当思考法律职业是否具有内在价值。如果法律职业仅具有外在价值，那么倘若人工智能做得比人类好，就应当取代法律职业。但是，如果法律职业并不仅仅是具有外在价值，而且同时也具有内在价值，那么，即使人工智能可以做得比人类好，并且既不存在技术上的障碍，也不存在不可控的风险，也不应当取代法律职业。缺少内在价值视角的讨论，仅仅关注事实性论据或后果论论证的角度，就是不完整因此也是不充分的。那么，法律职业之于人类生活的意义具有内在价值吗？对此，我们也可以这样来提问：如果人工智能取代了法律职业，将会削弱人类内在价值的重要方面吗？如果答案是肯定的，那么，法律职业之于人类生活便具有内在价值，值得严肃认真的对待和珍视，人工智能就不应取代法律职业。本文认为，如果人工智能取代了法律职业，将会削弱人类内在价值的重要方面，具体而言，可以从以下三个方面来理解。

第一，如果人工智能取代法律职业，将削弱人类的道德实践能力。所谓用进废退，人类的能力会因为相关实践的匮乏而退化，例如，随着技术的不断进步和生产力的提升，人类逐渐摆脱对自然的依赖，但是，人类与自然相处的能力，例如感知自然的能力、运动能力、野外生存能力等，也随着科技的进步而退化。法律实践是人类道德实践的重要构成部分，如果法律职业被人工智能取代，那么，人类道德实践很重要的一部分就从人类的生活实践中脱离了出去，这是对人类道德实践的严重减损。而且，一旦人工智能取代了法律职业，将难以避免地引发滑坡效应，导致人类道德能力的全部丧失。一方面，如果法律实践与法律职业可以被人工智能取代，也就意味着其他规范性领域也可以被取代，直至最终取消人类的道德生活与道德实践；另一方面，如果人工智能取代人类进行规范性判断，由机器人控制道德决策的全过程，机器人就会成为道德权威，人类要质疑和挑战机器的决策和建议就会变得相当困难，⁷²以至于最后只能无条件服从，这样一来，离开了道德实践，人类的道德实践能力也就完全退化了。那人类为什么需要道德实践和能力呢？因为道德生活构成人类有意义生活的一部分，具有不可放弃的内在价值，离开了道德实践和道德感知能力，人类生活的意义就会被抽空，缺乏道德意义的人，就是只有生命而无生活的人，与行尸走肉无异。

第二，如果人工智能取代法律职业，将消解人类的道德主体性。如果人工智能取代了法律职业，基于前述滑坡效应，人工智能也将入侵其他规范领域而将人类清理出局，进一步地，如果人类只能服从人工智能的道德选择和规范判断，那么人类就不再具有创造性的自由，充其量只能在人工智能程序给定的选项中选择，人工智能就取消了人类的道德自主性。如果被取消了道德自主性，人类的道德生活就只能交由人工智能来选择和判定，这样，人类便从道德主体异化为人工智能道德审视的对象，彻底丧失道德主体的伦理资格。但是，人类作为道德主体，凭借自己的天赋和努力，自主地进行道德选择并自主地去过道德生活，是基本人性和人的尊严的直接体现，⁷³本身就是人类生活意义的构成性部分。就此而言，法律职业对于人类，就不仅具有作为法律人生存手段的“硬”意义，而且还具有“软”意义，即法律职业与法律实践给人类提供了“道德生活的内容”，因此，人工智能取代法律职业带来的真正难题，不是如何处置下岗的法律人，而是人类生活意义的萎缩与消失。⁷⁴道德自主性与道德主体性之于人类的生活，是一

⁷² [美]温德尔·瓦拉赫,科林·艾伦.道德机器:如何让机器人明辨是非[M].北京:北京大学出版社,2017,33.

⁷³ [美]迈克尔·桑德尔.反对完美:科技与人性的正义之战[M].黄慧慧,译.广州:中信出版社:2013,22.

⁷⁴ 赵汀阳.人工智能“革命”的“近忧”和“远虑”——一种伦理学和存在论的分析[J].哲学动态,2018(04):5-12.

种典型的内在价值，不能够以外在的后果衡量来加以限制和否定。例如，即使严格遵守父母之命媒妁之言更有可能获得幸福的婚姻，自由恋爱与自由婚姻也自有其内在的价值，我们不应因此而重返那个等级森严的古老时代。

第三，如果人工智能取代法律职业，将伤害人类团结，导致社会溃败。人是一种社会性的生物，需要在社群生活中成就生命的意义，而现代性的后果之一，就是导致了个人与社会关系的悖论：一方面，全球化与现代科技的进步使现代人可以足不出户而知天下事，所谓万物互联，一个现代人可以为遥远国度一个陌生人的命运伤心感怀，也可以躲在自己的房间仅依赖一部手机就足以维持日常生活，人与人之间的关联与依赖从未如此深刻与紧密，尽管这种关联与依赖关系是虚拟的或隐形的；但是另一方面，人与人之间也从未像今天那样是如此的疏离与隔膜，技术的速度与生活的节奏越来越快，但人们之间亲密相处的时间却越来越短，难怪有漫画讽刺，亲密爱人之间即使面对面，交流的方式也是埋首微信，舍不得抬头瞄上对方一眼。人工智能的发展将使得上述问题变得更加严重，因为如果人工智能取代了人类职业，人与人之间的相互依赖，就将转变为人类对机器人的依赖，现代社会中人类彼此之间原本所具有的虚拟的或隐形的关联与依赖关系便可能消失殆尽，人类将走向极端的原子化状态，最终导致人类的孤独与社会的崩溃。同样的道理，如果人工智能取代法律职业进而取代所有规范性职业，人类的公共道德网络便将走向解体与崩溃。但是，人与人之间相互需要，过一种公共的道德生活，本身就是好的，相反，走向人类的孤独与社会的溃败，并不值得追求与向往。

六、结语

曾有人戏称，我们生活在一个人工智能越来越聪明，而人类却越来越愚蠢的时代。此言虽或为戏谑，却足以警示人类重新反思人类的本质与生活的意义。这也是我们应当深入到人类生活意义的内核，从内在价值的视角思考“人工智能应否取代法律职业”这个问题的意义与价值所在。

人工智能是人类智能的延伸，而不是延伸的人类智能，它可以帮助人类作出规范性选择，促进人类智能和道德能力，但不应取代人类作出规范选择和道德决定，从而危及人类的道德自主和主体性。人类应当直面道德问题，亲身参与到道德实践之中，自我负责，自我成就，既享受成功的喜悦，也承受失败的苦楚，并凭借着智慧和勇气，在经验中反思，在反思中成长。毕竟，机器人越来越聪明而人类却越来越愚蠢的社会并不美好，不值得人类拥有。

人工智能正在塑造人类历史的新格局，不仅法律职业，而且是整个人类都需要严肃面对这个千年未有之大变局。尽管未来充满让人既惊且喜的未知数，人工智能的伦理也是一种“未完成的伦理”，⁷⁶但理论思考不应当是“马后炮”，而是应当始终保持一种更加积极的、更负责任和更具远见的姿态。诚如雅斯贝尔斯所言，生存的震撼恰是哲学沉思的源头，未来社会的挑战呼唤更深刻的理论回应，未来的法律职业也必将更深地进入法哲学和道德哲学领域，这是我们的挑战，也是我们的机会。

习惯与给出理由

刘叶深*

本文尝试对习惯做一个概念分析，聚焦于习惯为什么可以给出实践理由，以及那将是什么样的实践理由。由此，也反对几种对习惯的概念分析，它们要么将习惯看作无力给出实践理由的，要么将错误类型的实践理由归属给了习惯。

概念分析并不等于语义分析，在概念分析工作进行之前，我们要区分“习惯”所具有两种迥异词义。“习惯”一词在汉语中可以指动作或行为的规律性，例如：甲有说话挤眼睛的（不良）习惯，这里的习惯指的就是在某情形下规律性反复出现的非意图性动作，再如，乙有早起伸个懒腰的习惯，伸懒腰是规律性反复出现的意图性行为。这两个例子中的规律性行为模式完全是描述性的，不具有评价功能。某日张三早起没有伸懒腰并不会被批评为是错误的。用本文关注主题来看，上述两个例子都不会对相关行为人给出理由。“习惯”一词又指代一种社会规范，此种习惯则具有评价功能，其被违反时会被评价为不当，甚至违背义务，人们也会援引这种意义上的习惯为自己遵循习惯的行为辩护。这是被同一词语涵盖的两种性质很不相同的事物。在英语中有着相对清楚的标示，前一种习惯一般用habit指代，后一种一般用custom指代。本文所要给予哲学分析针对的是后者，即custom。理由很简单，与法律紧密相连的是作为社会规范的“习惯”，而不是作为外在规律性的“习惯”。我们所称的民间买卖习惯、订婚习惯无疑都是社会规范意义上的。

本文对习惯概念的关注源于对习惯法概念问题的关注。习惯法存在是否正反两派观点都不能否认的是习惯是一个有效的概念，其并在法律内外发挥中重要的指引作用¹。习惯的哪些特征与法律的属性是相斥的，以至于不可能存在习惯法？对这一问题的回答有赖于对习惯概念和法律概念双重厘定，本文可以看作前一个方面的努力。

本文将分为以下几个步骤开展。首先，我们描述一些基本没有争议的习惯的典型性特征，任何一个成功的习惯的概念分析必须能够很好地说明这些特征²。其次，我们将依次讨论三种关于习惯的理论，这三种理论在说明作为社会规范的习惯在不同方面上失败了。检讨它们的失败之处也为我们寻求正确的习惯概念指明了出路。第三，我们将推荐一种诉诸实质价值的习惯概念分析。最后是一个余论，谈谈这一研

* 北方工业大学法律系副教授。

¹ 参见陈景辉：“习惯法是法律吗？”，《法学》2018年第1期，第4-5页。

² 概念分析要从典型情形着手，参见刘叶深：“法律概念分析的性质”，《法律科学》2011年第1期，第22页。

究对于习惯法概念问题可能有何种前提性意义。

1. 习惯的典型性特征

作为社会规范的习惯有着如下几乎能够取得共识的特征，任何一个对习惯的概念分析如不能说明其中一个特征则是失败的。

1.1 特征I：某一特定群体内人们行为的大体一致性

不同的习惯有着不同的适用范围，因此习惯都是在某一特定的群体内发生的。而习惯存在的情形一个很明显的标志就是人们大体上按照某种行为模式而行动，即具有行为上的大体一致性。当然，有人会追问这种一致性到底要求到什么程度？完全一致，还是有一半人如此行为即可？这很难有一个量化的标准。我们只能说，完全一致是不必要的，而只有一半人行为一致又是不足的。这里要求的“大体一致性”应该是在这个区间内一个较高水平的地方。而其他类型的规范则不不然要求这种“大体一致性”，以法律这种权威性规范为例，当某一社会中大多数人都违背某一条法律时，该法律仍然存在；但该行为大体一致性的消失则意味着相关习惯消失了。

1.2 特征II：具有时间上的延续性

上述行为模式必须反复被人们遵循并延续一段时间，才能够判定某一习惯存在，而且这一行为模式在未来还有望继续被重复下去，这就是所谓的时间上的延续性。这是习惯区别于权威性规范的重要特征。权威性规范往往可以没有“历史”，但习惯必须有自己的“历史”，换句话说，绵延的历史是习惯概念的必然要素。习惯并没有一个被创制出来的明确时间点，习惯往往是随着时间的推移渐渐发展而成的，习惯也没有一个明确的终结时间点，其消逝也是渐进的（或者说渐退的）。

但这一点也不能被夸大。第一，这种习惯的“历史”无需特别“悠久”，习惯概念无需和“民族精神”、“历史传统”这些范畴联系在一起³；第二，这并不意味着习惯不可变化，习惯的历史完全可以逐步变化的历史。

1.3 特征III：遵循习惯的理由部分地是“依赖于服从的”

这个特征需要仔细地予以分辨，可以具体分为以下几个方面。

第一，遵循习惯的行为是敏感于理由的有意识的行为。

习惯作为规范性存在其主要功能就是能够给出理由，指引人的行为。分析习惯概念这是绝对不应该忽视的重要特征。这一论断可能与我们关于习惯的一些初步印象是冲突的。我们经常说，“习惯成自然”，这似乎意味着习惯是自然而然发生的事

³ See Gerald Postema, Custom, Normative Practice, and the Law, *Duke Law Journal*, Vol.62 (2012), pp.709-714.

情，是潜移默化的，甚至是不加反思的，因此遵循习惯的人们似乎并没有把习惯看作行动理由，即可能没有意识到习惯的指引作用。甚至可能有人认为，遵循习惯有可能是下意识或者无意识的行为，是无意识的模仿，或者对选择的漠然，而这恰恰说明了习惯的力量所在，让人无法通过自主意识去违反习惯。

但这种观点混淆了事物的性质与人们对事物性质的认知。人们对事物性质的错误认知或者粗糙不深入的认知并不能决定事物本来的样子。虽然习惯给出理由这一特征无法离开人类有意识的活动而存在，但这并不意味着人们不可能对习惯有一种不严格的认知。把“不得闯红灯”这一规范当作对他人行为的模仿，这种情形确实可以发生，但这并不否定“不得闯红灯”的规范本质。通过这一例子也可以看出，上述混淆不仅在习惯中可能发生，在权威性规范如法律中也同样会出现。我们可以借助安德瑞·马默一个观点来进一步澄清上述混淆，即遵循习惯的行为是“有潜在可能认识到习惯给出的理由的”⁴。

第二，依赖于服从的理由是习惯概念的必然组成部分。

这一特说标示出习惯与其他规范的不同之处。所谓依赖于服从的理由（compliance dependent reasons）是指其他人实际遵循习惯是我遵循习惯的部分理由⁵。这里有三点需要重点予以说明。

（a）很多遵循大体一致行为模式的理由都是不适合用来分析习惯的。例如：因对刑罚的惧怕而不去盗窃，该行为虽在某一群体内大体一致，但不盗窃的理由来自于躲避刑罚，而不是他人也如此行动。人们出于将心比心的考量而不去盗窃也是如此。这些情形下，人们都是各自独立地鉴于某种共同的理由而大体一致地行动，他人如何行动在其行动理由结构中不起任何作用。再如：遵循法律这样权威性规范的理由并不必然是“依赖于服从的”，立法者颁布了不得闯红灯的规则，这一规则在立法者本人及其他大多数人都都不遵循的情况下依然是有效的，能够指引行为的。该规则凭借的是权威性规范的地位，而不是其他人的实际服从。再如：人们达成自愿一致同意去遵循“不得闯红灯”的规则后，即使没有一个人去遵守该规则，其仍然能够给同意者们给出行动的理由，这是依赖于“承诺需要被遵守”这一道德原则的力量，而不是其他人实际的服从⁶。综上所述，“依赖于服从的理由”的提出实质上确立了习惯的鲜明的特性，确立了与其他规范（权威性规范、一致同意的规范）的

⁴ See Andrei Marmor, *Social Conventions: From Language to Law*, Princeton University Press, 2009, pp.5-8.

⁵ See Andrei Marmor, *Social Conventions: From Language to Law*, p.8.

⁶ 当然这里的讨论是经过简化了的，没有讨论更为复杂的关于承诺的道德原则，即其他人不遵守承诺的情况下，我们是否还负有遵守承诺的义务。

界分。

(b) 依赖于服从的理由只是习惯给出的部分理由，而非全部。关于这一点不同的习惯概念理论是有分歧的。例如，本文下面拟讨论的协作习惯论基本上把依赖于服从的理由当作习惯给出的全部理由。但这是不合理的。换句话说，习惯作为规范性存在其给出的将是一个理由结构，在其中依赖于服从的理由是必不可少的部分，但不能以偏概全地认为这就是全部。“部分理由”还意味着依赖于服从的理由可能与权威性理由共存，即某一规范同时给出两种理由。但这并不意味着习惯与权威规范分界的瓦解，只是意味着权威性理由中可能包含习惯的成分，但习惯中不能包含权威的成分，一旦包含，概念界分就瓦解了。所以这里存在着一种非对称性。具体见下表：

权威性规范	包含习惯成分
	不包含习惯成分
习惯性规范	

上表中所揭示的这种非对称性对对习惯法概念的存在有着重要的启示意义。

(c) 习惯给出的“依赖于服从的理由”之下还可以进一步的细分，其中比较重要的区分是普通理由和排他性理由。例如：文字写法方面形成的习惯给出的就是普通理由，一个人写错了字的偏旁并不是违反任何义务；但右侧通行的习惯则会给出排他性理由，使得人们有义务遵循该习惯。下面我们将说明这种差异不是来自于“依赖于服从的理由”本身，而是来自于理由结构中的其他种类的理由。

1.4 特征IV：不成文？NO.

有人把“不成文”作为习惯的一个特征。但我们并不赞同。习惯完全可以是成文的，只要这种诉诸文字的正式表述方式并不具有权威性意义。这里的关键在于区分立法式成文化与百科全书式成文化⁷。后者并不具有权威性意义，只是记录习惯规范的内容，这种记录只是给行动者提供信息，并不构成排他性理由。而立法式的成文化则不同，其诉诸文字本身就表明其权威性规范的性质。因此，习惯不可能是立法式成文化的，但完全与百科全书是成文化是兼容的。

由上述原理，我们还可以推论出习惯可能具有的另外一个特征，即习惯与分工是兼容的，与掌管习惯的专家是兼容的，只要这些分工和专家并不起到权威的作用⁸。换句话说，习惯存在的社会至少在习惯所适用的事项上没有出现集中权力的现象。

⁷ See Andrei Marmor, *Social Conventions: From Language to Law*, pp.50-52.

⁸ See Andrei Marmor, *Social Conventions: From Language to Law*, pp.46-48.

但是，这并不否认习惯适用中人们之间会存在横向的分工。例如：在民间买卖习惯中，买方和卖方就扮演着不同的角色，他们的行为要相互协调，但行动的内容却并不相同。没有垂直的结构分工这一特征蕴含着习惯的很多其他特征。具体包括：（1）习惯并没有一个被创制出来的明确时间点，习惯往往是随着时间的推移渐渐发展而成的，习惯也没有一个明确的终结时间点，其消逝也是渐进的（或者说渐退的）。（2）促成、维系习惯的一个个行为本身既有创制习惯的性质，又有适用习惯的性质。这也是没有实现相应垂直分工的一个附带特点⁹。

2. 哈特式的习惯概念及其批判：第一种不成功的尝试

2.1 哈特式的习惯概念

哈特在《法律的概念》一书中提出的社会规则理论可以视作对习惯的哲学分析。¹⁰按照该理论，当一个社会规则存在时，有两个方面要同时被满足：（1）外在方面：可以观察到人们的行为大体一致；（2）内在方面：人们对该行为模式持有一种批判反思的观点，或者说“接受”了该行为模式¹¹。哈特试图用这种内在主观观点加外在客观行为的方式来阐释一阶社会规则。¹²

2.2 对哈特式习惯概念的批判

但是这种理论用来阐释习惯有着极大的缺陷，具体如下。

（1）这种理论不能说明习惯必然要给出“依赖于服从的理由”。

根据上文提出的习惯特征III，人们遵循习惯的理由部分地来自于其他人也如此行动。换句话说，“依赖于服从的理由”是遵循习惯的理由中的重要部分。但是，根据哈特的理论，人们只是对某种行为模式持有批判反思的观点，该种行为模式是否被大体一致的实践并不影响批判反思性态度的持有。¹³例如：某人对不食肉这一规则持有批判反思性态度，而该规则并没有被我们社会中的人们普遍地实践。所以，哈特的理论的两个方面并不是相互依赖的，虽然要同时被满足，但是是可以被逻辑地剥离开来的。当我们剥离开后，仅仅考虑“内在方面”——这也是作为行动理由的重要方面，我们发现他人如何行动（大体上行动一致）并没有成为理由的重要组成

⁹ See John Gardner, *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*, Oxford University Press, 2012, pp.70-72.

¹⁰ 朱莉·迪克森认为哈特原本没有对规则、习惯这些概念作出一个完整的哲学分析，see Julie Dickson, Is the Rule of Recognition Really Conventional? *Oxford Journal of Legal Studies*, vol.27(2007), issue 3.

¹¹ See H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd, Clarendon Press, pp.89-91.

¹² 当然哈特并没有说这一理论模式是用来分析习惯的，但在《法律的概念》“后记”中他也接受了“承认规则”是司法领域中的习惯性规则。这也为本文这一判定提供了旁证。See H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, pp.254-259. 另外参见陈景辉：“习惯法是法律吗？”，第4-6页。

¹³ See Gerald Postema, Custom, Normative Practice, and the Law, pp.715-717.

部分。不能说明特征III，社会规则理论无法成为一种成功的习惯概念理论。

当然，在《法律的概念》中可以看到哈特对这一缺陷的尽力弥补。他又补充认为，批判反思性态度所针对的对象是“共同行为标准”，而不是私人行为标准；人们对该行为模式所持有的理由也是“共同的理由”，而不是各自的“私人理由”。¹⁴但是，这两个弥补都是徒劳的。以上文素食主义者为例来说明更为直观。素食主义者所“接受”的“不食肉”的行为标准就是一个完美的“公共行为标准”。素食主义者提出这一行为准则并不是只对自己的行为有评价意义，而是试图使其成为全社会的行为准则，当然他心中当然清楚对此作出同样“接受”者寥寥，但这并不影响其作为公共行为标准存在。“公共理由”这一要素也遭遇类似的困境。“公共理由”意味着素食主义者试图求助于客观理由来支持“不食肉”这一行为准则，他愿意诉诸公共标准和公共辩论来检验自己的观点主张，但与此同时他也可能很清楚地认识到其观点并未被其他人所接受，更不用说该行为标准被其他人所遵循。因此，诉诸“公共行为标准”和“公共理由”都不意味着，其他人接受或者实践该行为标准是某人遵循该标准理由的一部分。习惯的“集体性”仍然没能得到很好地阐释。

(2) 在更为根本的层面上，批判反思性态度并不是给出行动理由的恰当范畴，无论其是不是能够兼顾习惯的“集体性”特征。

批判反思性态度本质上仍然是一种事实，是一种主观态度。根据理由的相关理论，事实必须借助价值才能够成为理由，如果事实能够起到实践理由的作用，那么必须借助实践价值。哪怕批判反思态度是一张对价值的认知，其也不能起到理由的作用。¹⁵例如：A认为“不食肉”这一行为准则有益于人性善良这一价值，这一行为准则之所以能够指引我们的行为、作为我们行动的理由，是因为该准则“真的”有益于人性善良，而不是“A认为其有益于”。A的认识可能是完全错误的，也许实际上食肉与善良没有任何关系。那么，我们现在面对的情境就是，A因为其错误的认识而开始不食肉，但我们会怎么对他说呢？我们会说，你根本没有理由这样做，尽管你是真心实意地持有一种错误观念。假如他事后认识到自己的错误，也会认同我们的观点，认为：即使自己真心实意持有一种批判反思性态度，也不等于自己真的有了一种行动理由。行动理由只能来自于价值本身。当然价值不激发出信念和动机，行为就不会行动，但这并不否认理由是独立于关于理由的信念而存在的。

接下来要讨论的另外两种尝试都试图在第一个方面做出弥补，即说明习惯的“集

¹⁴ See Gerald Postema, *Custom, Normative Practice, and the Law*, pp.716-717.

¹⁵ See Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, pp.49-52. See also Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, 1999, pp.53-58.

体性”，但却拒绝在第二个方面做出彻底的挽救。我们下面将分别探讨他们的改进和缺陷。

3. 协作习惯论及其批判：第二种不成功的尝试

3.1 协作习惯论

大卫·刘易斯对惯习的分析可以作为一种对习惯的解读，我们可以称该种理论为“协作习惯论”¹⁶。在法理学中，也有为数不少的学者接受了这种理论模式，如后期的哈特¹⁷、科尔曼¹⁸、早期的菲尼斯¹⁹、波斯特玛²⁰等。

该理论将人们行为中形成的习惯看作是解决不断出现的、大规模的协作难题的有效手段。很多人类活动都不是私人性的，需要集体的协调合作。但由每个人的偏好一般不会完全一致，在没有有效沟通的情形下，各行其是则会导致集体协作能够带来的利益无法实现。这就是协作难题。解决协作难题有很多手段，其中就包括协议、权威这两种手段，但习惯在其中有着独特的不可取代的地位。

(1) 就协议这种手段来说，往往在小群体内才能取得成功。人群的规模越大，则协商的交流成本越大，超过一个节点则人们会因巨大成本超过协作的利益而放弃协作。

(2) 假如说协议这种手段的缺陷是社会经验方面的，那么，权威这种手段的缺陷既是哲学上的，又是经验上的。从哲学方面来说，一个权威或者权威性机构确实可以通过其指令来实现社会中的协作，但是权威的地位往往需要得到认可。而这种认可假如来自于另一个上级权威，问题并没有根本性地解决。最终的权威其规范性地位必然奠定在习惯的基础之上。而这种习惯不仅仅是权威机构的组成人员之间的习惯，而应该成为整个社会成员之间的习惯²¹。总之，权威在哲学上仍然需要在习惯中找到其最终的依据。

从经验方面来看，权威的手段也有其局限性，即权威容易使得社会习惯被过度固化，这一定程度上会阻碍社会协作模式的自然发展与变化²²。例如：打电话假如遇到掉线的情形，应该由谁来再次拨通电话，这是一个经常会出现的协作难题，假如得

¹⁶ See David Lewis, *Convention: A Philosophical Study*, Harvard University Press, 1969, pp.8-35.

¹⁷ See H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, pp.250-254.

¹⁸ See Jules Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, 2001, pp.96-102.

¹⁹ See John Finnis, *Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2001, pp.66-73.

²⁰ See Gerald Postema, Coordination and Convention at the Foundation of Law, *Journal of Legal Studies*, vol.XI (1982), pp.167-172.

²¹ See Gerald Postema, Coordination and Convention at the Foundation of Law, pp.182-186.

²² See Leslie Green, Positivism and Conventionalism, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. XXI, no. 1 (1999), p.46.

不到解决，则双方无法一直处于占线的状况，无法再次通话。在大多数社会往往对此能够形成习惯，由打来电话者再次拨通电话。我们也可以想象由权威来解决这一难题。权威的决定会迅捷地确定回拨方案，但该方案通过普通社会成员的实践则很难被改变，只能再次动用权威的力量。当普通社会成员与权威沟通不畅的前提下，不合理的回拨方案则很难被改变。这也意味着习惯在解决协作难题方面有其独特的地位。

习惯解决协作难题的方式就是按照该社群内大多数人行动的方式去行动。当某一社群内大多数人都按照“谁打电话谁再次拨通”的方式行动，那么这就成为其他人如此行为的理由，也会成为大多数人再次如此行为的理由。这就能保证了人们行为的彼此协调一致，协作问题就此也得到了解决。这种解决方式既没有诉诸协商合意，也没有诉诸权威。

3.2 协作习惯论的优势

与哈特的习惯概念相比，协作习惯论有着其独特的优势，它不同程度地弥补了哈特习惯概念的两个缺陷。

(1) 协作习惯论能够更好地说明习惯能够给出“依赖于服从的理由”之特点。哈特理论将习惯看作每个人分别对某种行为模式所持的批判反思性态度，虽然把该行为模式作为每个人都该遵循的行为标准，但这些态度完全是可以独立作出的，并没有参考其他人如何行动。而协作习惯论则不同，其行动是遵循着“依赖服从的理由”，这意味着充分考虑其他行动主体行为。

(2) 协作习惯论能够更好地说明为什么习惯能够给出理由。哈特的理论把习惯看作某社群成员对某种行为模式一致的批判反思性观点，但为什么这种态度上的一致性就构成了其他人以及他们自己今后的行动理由呢？哈特并没有给出答案。换句话说，为什么人们的一致性态度这一纯粹的事实（brute facts）能够产生规范性的结果——给出理由甚至施加义务呢？这显然是需要给出理论上的说明的。而协作习惯论似乎在这方面有所推进，它诉诸了人类协作这一价值。一定程度上弥补了哈特理论的第二个缺陷。

3.3 协作习惯论批判

但是，协作习惯论也有着自己的缺陷。具体包括以下几个方面。

(1) 协作作为习惯唯一的理由则会导致“包容不足”。

协作习惯论除了“协作”这一价值外，并没有赋予习惯其他功能与价值这使得其

能够涵盖的具体习惯会过少。协作意味着行动一致、或者行动之间相配合相协调，这意味着，只要满足行为一致或相配合的要求之外，习惯对于各种（甚至对立的）行为模式都持有一种无所谓的态度。但符合这一条件的习惯可能只剩下右侧行驶、由打来电话者回拨这些习惯，因为相反的行为模式（左侧行驶、接电话者回拨电话）成为习惯完全无损于其要实现的功能。

当然，刘易斯正确地指出，习惯存在并不意味着各种选择之间没有差异，该社群中的人们并不会对之持有一种无所谓的态度。面对这两个选择A和B，人们也许认为A优于B，但由于现在大多数人都按照B来行动，并且行为的重要性超过了遵循按照更优的方案A来行动，所以习惯（按照B来行动）仍然能够给人以行动的理由²³。但是，这也不能完全弥补“过少包含”的缺陷。因为毕竟存在着选择A的价值远远大于B的情形，协作带来的益处要远远小于A与B之间的价值差距²⁴，假如社群中大多数人都按照B来行动，那么根本就不会存在习惯B；假如该社群中多数人都按照A来行动，那么就会存在着习惯A。习惯A的存在说明“A与B差距很大”的情况下也可以存在习惯，这是刘易斯的理论所不能涵盖的，所以其无法完全排除“过少包含”的缺陷。习惯A的存在也说明了另外一个问题，即习惯的存在并不完全凭借其促进协作的价值。这也是下面所要讨论的协作习惯论“理由不完整”的缺陷。

（2）协作习惯论给出的理由是不完整的：为什么协作有价值？

习惯的典型特征III意味着遵循习惯就是按照社群中其他大多数人的行为方式行动，这使得习惯肯定有协调行为的作用²⁵。但行为的协调为什么是有价值的呢？它为什么能够给出我们遵循习惯的理由呢？我们可能试图说，协作本身就是有价值的。但这是不合理的，很多协作不但是没有价值的，而且是糟糕的、邪恶的。纳粹德国在对犹太人进行大屠杀也需要集体行动，因此也需要协调屠杀者的行动。但是这种协作不能给我们遵循它的任何行动理由，反倒会给我们破坏他、摧毁它的理由、甚至义务。对于参与纳粹屠杀犹太人计划的一个德国公务人员来说也是如此，一旦条件允许，他有理由撤出这一行动，或者破坏这一行动，继续为其效力在道德上是错误的。我们完全可以依据这些理由正当地批评他。²⁶

由此可见，协作并不是一种独立的价值，而是依赖于其他价值的，即这种协作的

²³ See David Lewis, *Convention: A Philosophical Study*, pp.76-79.

²⁴ See Leslie Green, *Positivism and Conventionalism*, pp.49-50.

²⁵ 值得注意的是安德瑞·马默反对协作可以作为所有习惯的共有特征，他认为关于习惯的功能是可以有分歧并彼此争论的，但这如何说明习惯都具有“依赖于服从的理由”马默似乎并未给出合理的说明。See Andrei Marmor, *Social Conventions: From Language to Law*, p.54.

²⁶ See George Letsas, *The DNA of Conventions*, *Law and Philosophy* (2014), vol.33, pp.563-564.

具体内容是什么。协作因此只是一种行动的辅助性理由，它不能单独指引行为，它必须依赖于主要理由。²⁷因此一种合理的习惯概念应该包含着一个理由的结构，协作只是其中的一部分，且不能是独立的一部分。协作习惯论的缺陷在于没有揭示出这种理由的整体结构，犯了以偏概全的错误。²⁸

(3)协作习惯论给出的理由是不完整的：为什么协作有时给出的理由是排他的？

这种以偏概全的错误还体现在另外一个方面：并不是所有习惯给出的理由都是相同的，假如只关注习惯的协作功能，无法对这些理由之间的差异给出很好的说明。换句话说，必须补全习惯的理由结构才能彻底解决这个问题。其中与习惯法问题比较相关的是，有些习惯能够给出排他性理由，而有些习惯给出的仅仅是一阶理由²⁹。例如：语言使用的习惯就是前者的典型。“狗”这个字读作“gou”这在汉语中是约定俗成的，是一种语言习惯，当一个人将这个字读作“mao”（猫）时，我们会指出其错误，所依据的就是汉语发音的习惯。但是，我们并不能批评这个人违背了义务，换句话说汉语习惯并不能产生义务这种排他性理由。但是，左侧通行的习惯则会给社群中的人们施加道德义务，当人们违背这一习惯时，不仅会被批评为错误的，还会被批评为违背义务。习惯法也是如此，当习惯法被违背时，不仅仅是没有遵循理由，而且是没有遵循排他性理由这种特殊的理由。但语言习惯和左侧通行的习惯都同样是起到了促成协作的作用，协作本身无法说明为什么会产生上述理由类型的差异。这必须要求助于习惯所包含的另外一些理由，即要求探求习惯所具有的完整理由结构。构成性习惯论就是这样一种尝试。

4. 构成性习惯论及其批判：一种接近成功的尝试

4.1 构成性习惯论及其优点

安德瑞·马默正是认识到协作理论的不足，提出了构成性惯习的理论，该种理论也能够为习惯概念分析带来启示。我们可以称其为“构成习惯论”。马默给出了一种习惯存在的三个条件³⁰，其中就包括习惯为什么会给出理由的说明（条件2与条件3）。

1. 存在人群P，他们在情形C下通常能够遵循规则R。

2. 存在着理由或者理由的混合A，使得人群P的成员们在情形C下去遵循规则R。

²⁷ See John Gardner, T. Macklem, Reasons, in Jules Coleman ed., *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2002, pp.440-475.

²⁸ See George Letsas, *The DNA of Conventions*, p.552.

²⁹ See Leslie Green, *Positivism and Conventionalism*, pp.43-44.

³⁰ See Andrei Marmor, *Social Conventions: From Language to Law*, p.2.

3. 至少存在着一个其他潜在的规则S, 假如人群P的成员在情形C下实际遵守的是规则S, 那么对于人群P的成员来说, 理由A则是充分的理由在情形C下遵守规则S, 而不是规则R, 或者**部分是**因为规则S、而不是规则R是那个实际被人们遵循的规则。规则R与规则S在情形C下同时被遵循是不可能的(或者无意义的)。

我们分别可以将这三个条件命名为“实际遵循条件”、“理由条件”、“依赖遵循的理由条件”。条件1“实际遵循条件”体现了习惯第一个典型特征, 即它必须被人群中的大多数人实际地遵守, 不然习惯不可能存在。这也是习惯与法律这样的权威性规范不同的地方, 一条法律实际上只有很少人遵守, 并不能使得该条法律无效或者不存在。

条件2“理由条件”则弥补了刘易斯的协作习惯论的不足。协作习惯论将协作作为行动的理由, 但正如我们在上文所指出的, 其所揭示出的行动理由结构是不完整的: 协作本身并不一定就是有价值的, 换句话说, 其不见得能够给出行动理由。以最常见的左侧行驶的协作习惯为例, 遵循左侧行驶的规则的理何在, 只诉诸协作是不够的, 它要依赖于该条交通规则背后所要保护的人的生命、安全和便利等价值。这些价值奠定了协作作为价值的基础。马默称这些理由为主要理由(primary reasons)³¹。马默在此基础上提出, 除了协作习惯之外, 还存在着一种独特的习惯, 即构成性习惯。这种习惯并不只是解决协作问题, 它还“构成”了一种实践。例如: 象棋规则中不仅包含棋子如何行走的调整性规则, 还包含定义象棋得分、胜负等要素的构成性规则, 没有后面这些规则, 象棋这种游戏根本不能存在。在这个意义上, 假如没有象棋规则也就根本不存在协作难题需要解决, 正是象棋规则建构起了一种实践, 人们在实践中的行为才需要协调, 象棋中的调整性规则才有存在之必要。马默认为, 构成性规则往往指出该种实践的价值之所在。例如: 象棋游戏规则是围绕着竞技性这种价值而建构的, 输赢的规则、棋子的行走规则都是为了更好地展现竞技性。试想假如另一种规则使得象棋变成一个一人游戏, 那么竞技性这种价值就在这里无法体现了。³²

条件3“依赖遵循的理由条件”则揭示出习惯**特有的**规范性面向, 即遵循该种规则的理由至少“部分地”是因为条件1被满足, 即因为该社会中大多数人遵循该规则。

³¹ Andrei Marmor, *Positive Law and Objective Values*, Clarendon Press, 2001, pp.26-27.

³² 当然, 某种实践的价值不仅体现在指引该种实践的规则上, 也体现在从事该种实践所采取的策略上。某种消极怠工的比赛态度和行为, 也会使竞技性这种价值无法实现。See Andrei Marmor, *Social Conventions: From Language to Law*, pp.36-37.

假如说条件2揭示了习惯理由结构中的主要理由，那么条件3揭示的就是该种理由结构中的“辅助理由”（auxiliary reasons）。没有主要理由，我们根本没有办法说明协作有什么价值，协作是服务于该实践的价值的手段，因其构成了人们应该遵循的辅助理由。³³从“依赖遵循的理由”中至少有以下几个含义：

a，习惯具有的历史偶然性与路径依赖的特点³⁴。

社群中大多数人当前遵循的、实现主要理由的方式有可能完全是因历史上偶然的原因而出现的，并循序渐进发展而来的。这与立法等产生权威规范的方式很不相同，后者是可能通过一次激进的变革来彻底抛弃历史遗产从头再来的，但习惯往往不能如此。

b，习惯具有“并非由理性完全决定的”（underdetermined）的特点。

按照社群中大多数人的行为方式去行动并不必定是遵循主要理由的最好方式，完全可能存在着另外的方式能够更好地（或者同样好滴）遵循主要理由，但由于现有的方式已经被社群中大多数人所采取，那么遵循当前的方式就构成了充足理由。这就是马默所说的当前行为方式“并非由理性完全决定的”（underdetermined）³⁵。换句话说，习惯虽然不是实现主要理由的最佳方案，但仍然给行动者给出了理由。

4.2 构成性习惯论批判（一）：主要理由外在于习惯？

至此为止，马默的理论极好地弥补了协作习惯论的缺陷，特别是揭示出习惯概念所依赖的复杂理由结构，这对我们理解习惯给出理由的特征有着极大的贡献。但是该理论也有着自身的不足，主要表现为以下两点，本节讨论第一点，即马默似乎将习惯所服务的主要理由看作是外在于习惯的。

马默在讨论遵循习惯的理由时，给出的答案是依赖条件的。他认为，我们是不是有理由（甚至有义务）遵循某一习惯³⁶，要取决于我们是不是先有理由参加该实践，或者有偏好去参加该实践。³⁷他举了棋类游戏的例子来说明这一点。棋类游戏规则中有很多是指引棋手的行为的，例如：马走日，象走田。这些规则表面上构成了棋手遵循它的理由，甚至是义务这种排他性理由。但是，马默认为，这要先取决于一个人决定进入或者有理由必须进入棋类游戏这种实践，他一旦做出这种决定，他当然就负有按照相关规则行动的理由，如他没有进入该类游戏，相关规则对他来说则不

³³ 乔治·莱特萨斯称这些理由为“动机性理由”（motivated reasons），因为这些理由已经驱动大多数人如此行为。See George Letsas, *The DNA of Conventions*, p.537.

³⁴ See Andrei Marmor, *Social Conventions: From Language to Law*, pp.49-50.

³⁵ See Andrei Marmor, *Social Conventions: From Language to Law*, p.149.

³⁶ 他分别论述了协调性习惯和构成性习惯，See Andrei Marmor, *Social Conventions: From Language to Law*, pp.135-141.

³⁷ See Andrei Marmor, *Social Conventions: From Language to Law*, pp.134-135.

构成理由。马默很形象地说，习惯规则是回答“怎么做”的，它不会回答“为什么做”的问题。³⁸

但是，马默这一分析的局限是很明显的，他自己也认识到这一点³⁹。对于棋类游戏、某种行为礼仪、某种时尚这些习惯，一个人确实有理由不加入或者不接受这种实践。这种“可选择性”有其客观价值依据——“个人伦理生活的自主性”。选择何种娱乐游戏、选择何种着装都属于个人自我生活的重要组成部分，这一领域虽然也存在着客观的价值评判标准，例如，某些着装确实平庸而丑陋，在美学上远远低于其他着装方式，但我们却不能采取强制手段让别人接受更好的美学品位，因为只有自愿接受才是真正享受更高美学价值的前提条件。⁴⁰这确实说明构成棋类游戏的习惯是“依赖条件的”，这恰恰是棋类游戏这一实践本身的性质及其在价值中的地位所决定的。

但是，其他实践的性质以及在价值体系中的地位可能就不是依赖选择的。例如：信守承诺这一道德要求，其具有不依赖于个人意愿和选择的力量。你很难想象一个人不信守承诺时，以我不喜欢或者没有选择信守承诺这一实践来为自己辩护。信守承诺是绝对理由，它不以人们的偏好为前提。这类绝对理由和棋类游戏应该允许人们做出选择，都是客观价值决定的。马默也会认为遵循信守承诺的习惯规则也是“依赖条件的”吗？也是依赖于人们对该类实践的接受的吗？

马默给出了一个有点令人费解的区分来解决这一疑难。他区分了承诺实践本身与构成承诺的习惯规则。⁴¹他认为承诺本身只是一种实践，但并不是习惯。因为习惯要求具有任意性，即可以找到另外一种实现其目的的规则体系作为替代，但承诺很难有替代方式。同时他认为，承诺的具体实践可以是习惯，因为世界各地会发展出不同的表达要约、接受要约的方式来。我们可以对马默这一理论区分作出如下的评论：

(1) 该区分不符合他给出的习惯的三个条件。

我们可以追问，区别于具体承诺习惯规则的承诺实践到底是什么呢？可能有两种答案。一是作为一种承诺实践肯定体现为某些具体的规则，这些规则一旦具体化，就存在着马默所谓的“任意性”，即可以想象到存在着其他规则也可以作为适格的承诺规则。这就无法区分开承诺实践本身与具体的承诺习惯。二是脱离具体规则形式的承诺实践本身指的是承诺所服务的价值，但是这种解读不符合他给出的习惯三

³⁸ See Andrei Marmor, *Positive Law and Objective Values*, p.27.

³⁹ See Andrei Marmor, *Social Conventions: From Language to Law*, p.136.

⁴⁰ See Ronald Dworkin, *Sovereign Virtues: The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, 2000, pp.267-274.

⁴¹ See Andrei Marmor, *Social Conventions: From Language to Law*, pp.136-139.

个条件。马默给出的习惯三个条件中的第二个，要求存在着主要理由去遵守某一习惯规则。对于承诺这一习惯规则来说，其主要理由就是“保护预期”等相关的功能和价值，这些行动理由是习惯成立不可或缺的条件。假如像马默所说的那样，可以区分开承诺实践本身与承诺习惯，那么就意味着承诺习惯存在可以不依赖第二个条件。这里就会存在一个矛盾。

(2) 把习惯所服务的理由看作是外在于习惯的是不合理的。

试想假如删去条件2，习惯概念还剩下什么。随着条件2失去就是条件3，因为条件3确定的是习惯的辅助性理由，这些理由之所以成立是辅助于条件2中的主要理由的，现在条件2一旦被排除到习惯概念之外，条件3单独也无法产生出辅助性理由。那么，到此为止，我们就只剩下条件1，即“某一人群中大多数人按照某种行为模式来行为”。这使得习惯与行为规律很难区分开，失去了规范性维度的习惯概念根本无法成为习惯。

(3) 马默的担忧可以通过其他理论说明来打消。

我揣测，马默之所以将习惯所依据的理由置于习惯之外，以至于服从习惯是“有条件的”，他是考虑到“邪恶习惯”的困境⁴²。马默应该是很清楚意识到，存在着很多邪恶的习惯，即该种“习惯”规则所服务的目的是邪恶的，在协调行为、遵循规则的理由为“依赖服从的理由”等其他方面与“善良习惯”无异。我们通常也把这些规则体系包括到习惯概念之下。马默通过将习惯所服务于的“主要理由”不属于习惯概念本身，而回避了习惯是不是一定为善的问题，以便于把邪恶习惯也包容进来。但是，我认为，马默根本没有必要这样做，通过其他理论阐释一样可以说明邪恶习惯的问题。

我们以纳粹的规则系统为例说明。假设纳粹集团内部形成了一套习惯规则，其目的是对犹太人实施统治。这一习惯规则体系的目的是邪恶的。但是，该规则体系在宣传的过程中，并不会宣称自己的邪恶的，而会宣称屠杀犹太人有政治上的必要性，是服务于更为伟大的政治目的。虽然这一宣称很容易被戳穿，或者很难得到证立。但关键在于，邪恶的习惯规则体系也会与道德目标建立其联系来，把自己认同为服务于道德目的的习惯规则体系。我们再设想一个强盗集团，它可能不会想纳粹国家那样去宣称自己服务于政治道德目标，但是这个强盗集团也不会经常宣称自己是服务于邪恶目的的，它更为经常的策略是对邪恶目的闭口不谈。经常进行道德反思的

⁴² See George Letsas, *The DNA of Conventions*, pp.567-569.

强盗不但心理上是痛苦的，在概念上也是对其作为道德主体的否定。所以，从回避道德目标反思这一点来看，强盗也隐约地感到习惯概念所必然包含的道德目标这一要素。从上述分析中，我们看到在使用习惯规则这一概念时，道德目标的考量是无法彻底忽视的，这应该是习惯概念的必然要素。⁴³当然，我们也要看到，对习惯的概念分析也不是为所有习惯的用法提供充分必要条件，而是揭示出这个概念使用中无法回避的“理想类型”。⁴⁴

4.3 构成性习惯论批判（二）：止步于形式说明？

纵观马默的构成习惯论，其优点在于补全了习惯所具有的完整理由结构，揭示出在协调功能只是辅助性理由，没有主要理由这一要素，无法全面说明习惯，也无法说明习惯为什么可以给出理由。但对理由结构的揭示仍然是一种形式性的说明，马默的理论并没有说明为什么协作这种辅助性理由对主要理由是有贡献的，以及如何贡献的。这种说明当然一方面要求考虑到每种习惯的特殊性——不同领域中的习惯中协作作出贡献的方式应该是有所区别的，另一方面也要这必然要求一种实质性的道德理论。这都要超越马默的理论框架。⁴⁵

而且这种说明也是很有必要的。遵循习惯的理由是依赖于服从的，而现有遵循具有路径依赖、并非由理性完全决定的特点，这就让人不得不萌生了这样的疑问：为什么我们不遵循一种更为理性的、不那么依赖偶然历史结果的理性行动方案，而要接受这种“次优”的方案呢？马默的理论基本忽视了相关的实质性论证，在他提供的习惯三条件中，仅仅说其他人如此行动构成了遵循习惯的“部分”理由，但这是不够的。我们会追问：为什么要接受这“部分”理由呢？其正当性何在？这“部分”理由与其他理由到底有着一种什么样的关系？这些都是需要在规范层面上给出证立的。本文下一部分就要对这一方面给出探索性思考。

5. 习惯作为已经被采纳的公平合作框架

虽有缺陷，但马默的构成性习惯理论至少指出了一个有希望的方向，即必须阐述出习惯所具有的完整理由结构，才能说明为什么习惯能够给出行动的理由。本文推

⁴³ 关于邪恶习惯的问题，莱特萨斯直接否认了邪恶习惯存在的可能性，将纳粹集团的行为规则排除了习惯范围之外，See George Letsas, *The DNA of Conventions*, pp.567-569.; 而Dickson则允许用描述性的视角来看待习惯概念，see Julie Dickson, *Is the Rule of Recognition Really Conventional?*, pp.396-401。这两种解决方案与本文均有不同。

⁴⁴ 参见刘叶深：法律概念分析的性质，第29-30页。

⁴⁵ 其他学者给出的习惯理论也基本止步于形式分析，See George Letsas, *The DNA of Conventions*, See Gerald Postema, *Custom, Normative Practice, and the Law*. 迪米特里奥斯·凯里特西斯是个例外，他试图诉诸于民主理论来说明法律中的习惯，see Dimitrios Kyritsis, *What is Good about Legal Conventionalism?*, *Legal Theory*, 14(2008), pp.135-166.

荐将习惯看作人类特定活动所依赖的合作框架。这一合作框架论有以下几个要素。

5.1 习惯是用来调整行为的合作框架

习惯是一套规则体系，它确立了一个合作的框架，多人在其中协调彼此的行为，以实现合作所追求的目标。⁴⁶从这一说明中我们可以推论出以下几点：

第一，习惯具有集体行动的性质，不存在个人习惯。当然这并不否认“习惯”这个词可以用于个人的情境，但这种使用要么往往不具有行为指引的功能，只代表了描述意义上的行为规律性，如甲有周六去电影院看场电影的习惯，要么虽然对行为有借鉴意义和参考价值，但并不具有指引行为的功能，例如，过去下班开车走二环不堵，这并不能成为一种规范来确定今天的下班的路线，它只具有信息参考的价值。

第二，任何一个合作事业都是服务于特定的目的的。不同目的决定了某些合作指引行为的作用是依赖于意愿的，即只有选择自愿参与该合作框架才能够给出理由甚至施加义务，而另外一些合作则是无须依赖意愿的，如“不得盗窃”这样的道德规范，无论行动者是否对该行为框架表达了同意都有义务遵守这一规范。

第三，这一合作框架会起到分配利益负担、指引行为等多种作用。

5.2 服务于有益目的且大致符合公平原则

虽然有了上一条件，但这并不能保证这一合作框架是可以给出理由的。因为有两种合作体制无法产生行动理由：一种是“邪恶体制”，例如一个盗窃集团，其无法对该集团内外的人给出行动理由；另一种是没有平等对待某些合作者的合作框架，这种框架不符合互惠原则，把合作产生的益处和负担不平等地在其成员之间分配，在这种框架下，受到不公平对待的主体（其实受益的群体也）并没有义务服从该合作框架。当然何谓有益目的以及何谓公平是极具争议性的论题，本文对这两个论题不持有固定的立场，这并不会影响本条件在抽象层面上得以成立。

5.3 合作框架必须足够稳定

这是源于约翰·罗尔斯的正义理论的一个条件。⁴⁷该理论要求一种公平的合作框架必须能够在合作者间激发出足够的正义感，使该合作框架得到强有力的支持，以保证在外部因素的冲击之下该合作框架能够不崩溃，保持稳定。稳定性不仅是一个保障性的要素，它还对判断哪种合作体制是公正起到决定作用。假设一个合作体制是有益且公正的，但该合作框架要求每个行动者都采取一种利他主义的个人伦理立场，这与人的本性有着极大冲突。即使以强制力保障执行该合作框架，也只能暂时

⁴⁶ 杰拉德·波斯特玛指出了这一点，并把其追溯到朗·富勒理论中，See Gerald Postema, *Custom, Normative Practice, and the Law*, pp.724-726.

⁴⁷ See John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971, pp.453-461, pp.496-503.

保障合作框架的暂时稳定，一旦外部因素冲击之下，该合作体制必然遭到体制内合作者的集体反对，因此会瞬间崩溃。所以一个合作框架光是有益且公平还是不够的，必须具有足够的稳定性。

而产生足够稳定性很重要的一点是该合作框架必须向所有合作者公开，让合作者们能够认知到该合作体制的有益且公平，以激发人们认可并遵循其指引的情感欲望。一种秘而不宣、以欺骗为手段的合作体制是难以激发正义感，并具有足够稳定性的。

5.4 保护预期或者解决理性多元分歧

前三个条件是说明框架的性质、目标与基本特征的，但这些并不能说明习惯的一个重要特征——其他大多数人如何行为就会成为我如何行为的理由。只要按照大多数人的方式行为，就存在着这样的一种可能性：现有的大多数人的合作模式并不是最佳合作模式，或者它轻微程度地偏离了有益目标，或者并没有达到充分的公平，或者其稳定性不够充分。用马默的术语来说，现有的合作模式并不是由理由完全决定的。那么，为什么不充分合理的行为模式会给出遵循的理由，甚至会替代更为合理的合作模式成为首选的方案呢？

我们可以区分两种情形，分别说明它们能够给出行动理由的依据。第一种情形是何为合理的合作模式能够取得共识、但一种次优合作模式却流行已久，很多合作者已经在次优模式下形成了较为稳定的预期。在这种情形下，假如变更既有合作模式迈向最优模式取得的益处并没有挫败较为稳定预期的损失大，那么遵循现有合作模式及其规范就是合理的选择。所以，在第一种情形下，大多数人的行为模式是可以给出充分的行动理由的。

第二种情形是人们从各自伦理道德观点出发，无法在最佳合作模式上达成共识，即存在罗尔斯所谓的“理性多元事实”，那么，这个时候合理的合作模式就是能够达成重叠共识的模式，尽管该模式并未完全满足不同伦理立场的要求。⁴⁸

无论是考虑到预期合理性的情形，还是重叠共识的情形，都给予了大多数人行为模式一定的权重，使其能够在给出理由中发挥应有的作用。但正如马默所说，其起做用的方式只是“部分地”，即作为理由的一部分指引行为。这种理由必须与其他理由共同起作用，假如大多数人极大地偏离了有益目标和公平原则，那么该行为模式不能给出任何的行动理由。所以在这个意义上，条件（4）和条件（2）可能是有冲突的，需要根据具体情形权衡后才能确定其是否能够给出行动理由。

⁴⁸ See John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1996, PP.140-144. See also Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Clarendon Press, 1999, pp.188-205.

5.5 既没有诉诸权威机构，也没有诉诸一致同意

满足了上述条件的合作框架可能并不是习惯，而是权威性的决定方式，例如立法、仲裁这样的方式，也可能是通过全体一致的情形达成的，所以习惯是这些模式之外的合作框架。这一原理在前面有所论述，这里不赘述了。

最后需要说明的是，假如习惯被理解为一种合作框架，那么习惯在运用过程当中会容纳很多不同的甚至针锋相对的解释。针对下面几种情形都可以存在合理的不同解释：第一，对于大多数人遵循的合作模式到底体现了什么样的合作理念存在分歧；第二，对于大多数人遵循的合作模式是否已经严重偏离了公平原则和该合作所服务的有益目的存在分歧；第三，对于一种新的合作模式是否可以合理地替代大多数人遵循的合作模式以更好服务于有益目的存在分歧。所有这些分歧都不是外部分歧，都是围绕某一合作计划而展开的内部分歧。

六、余论：对习惯法研究的启示

上述对习惯概念的探讨，对我们下一步研究习惯法有如下启示：

第一，习惯是一规范性存在，能够给出行动理由，这意味着其与法律的规范性属性并不相斥。换句话说，法律拥有规范性属性并不构成以习惯为基础要素之一的习惯法成立的障碍。

第二，假如上述习惯概念理论（诉诸了实质性价值）是合理的，那么能够说明习惯法存在的理论必然还要包含一种非实证主义的法律概念理论。

第三，习惯虽然是非中心化的规范性存在，但是其与权威性规范并不是完全排斥的，是可以包含在权威性规范之内的一种要素。即习惯法的法律权威性也是可能得以成立的。

在上述结论的基础上，习惯法概念能否成立还有很多具体问题需要探讨：

第一，习惯这种规范与法律权威性具体应该如何结合仍需进一步探讨。

第二，作为一种独立类型的习惯法，与制定法、判例法等其他法律类型如何界分需要进一步说明。

第三，习惯法与法律原则、无法避免价值判断的法律解释如何界分需要进一步说明。

最高人民法院指导案例应用之困境

——基于高级人民法院相关判决书的实证研究

陆幸福*

[摘要]通过分析与指导案例相关的高级人民法院判决书,可看出最高人民法院指导案例在当前存在以下形式困境:应用数量非常有限、遭到法官普遍忽视、引用方式相对混乱、指导案例作为说理根据还是判决依据不统一;同时也存在三个方面的实质功能受限情形:裁判要点的解释空间导致司法裁判难以统一、以利益衡量否定指导案例之应用、同一案件事实认定前后变动导致指导案例应用不一。

[关键词]指导案例;裁判要点;判决理由;大陆法系;利益衡量

在当今世界,大陆法系和英美法系的融合已成当然之趋势。德国宪法法院的判例具有直接法律效力,而德国一般的判决已有高达90%以上引用先前判例;¹日本最高法院的判例具有直接法律效力,其他法院的判例也或多或少具有事实上的效力;²美国成文法的制定蔚然成风,各类法律的出台如雨后春笋。在中国司法实践中,虽然最高人民法院自一九八零年代即开始制定司法解释,各级法院亦在审判中予以遵循,有些情况下,法院参考先前案例进行判决而不言明;但是在中国当前依然很难较好吸收先例制度的经验,认为中国是成文法国家而案例不具有效力的观点比比皆是。³即便最高人民法院在2010年建立案例指导制度,力图推动最高人民法院指导案例(除非特别说明,下文所称指导案例都是最高人民法院指导案例)在审判中的适用,依然争议不断,⁴其实际应用亦状况不明。当前已经有若干对指导案例的适用状况进行讨论的论文,⁵但未能全面展现指导案例所面临的困境。鉴于讨论所有法院参照指导案例的状况会因其受到数量巨大而无法进行精细分析,因此,笔者选择高级人民法院的判决书进行研究,以便在兼顾数量的情况下,对所出现的问题进行更为详尽的分析。

一、 涉及指导案例的高级人民法院判决书

笔者于2018年6月13日在中国裁判文书网检索最高人民法院指导案例的具体应用情形。设定的检索条件如下:全文检索“指导案例”,法院层级为高级法院,文书类型为判决书,判决时间为2010年11月26日至2018年6月13日。经过检索,共得判决书102份,而截至检索日期,最高人民法院共发布指导案例92个。去除检索条件“指导案例”,保留其他条件,共得判决书102145份。由于需要分析的102份判决书为数不少,且名称过长,拟在此处予以交代并编号,以便后文详细论证。

1. 盘锦德泰电气有限公司与中国农业银行股份有限公司南京三元巷支行、广发银行股份有限公司南京白下支行、中国建设银行股份有限公司盘锦油城支行、盘锦大疆工程安装有限公司、辽河石油勘探局票据损害责任纠纷二审民事判决书——(2014)辽民二终字第00204号
2. 中铁二十二局集团第四工程有限公司与揭阳市凤建路桥有限公司、广州市奎业建材有限公司建设工程施工合同纠纷二审民事判决书——(2014)冀民一终字第208号
3. 孔大华与临沂市人民政府行政强制二审行政判决书——(2015)鲁行终字第61号
4. 判决书:信阳市顺发钢模板有限责任公司诉信阳市人民政府、国网河南省电力公司信阳供电公司土地行政管理一案行政判决书——(2015)豫法行终字第00244号
5. 林禧与菏泽康地置业有限公司公司解散纠纷二审民事判决书——(2016)鲁民终714号

* 陆幸福,西南政法大学行政法学院。

¹ *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, 1997.

² Hiroshi Itoh, *The Role of Precedent at Japan's Supreme Court*, 88 *Wash. U. L. Rev.* 1631 (2011).

³ 判决书,论文等举例。

⁴ 最突出的是指导案例的效力之争,参见雷磊、泮伟江、陈兴良等文。

⁵ 石磊、刘松涛,指导性案例参照情况的实证分析,2015(23)等论文。

6. 判决书：上诉人宁夏永日电梯营销服务有限公司与被上诉人赵某某、原审第三人朱某某公司解散纠纷二审民事判决书——（2016）宁民终243号
7. 李谋响与重庆市沙坪坝区聚融小额贷款股份有限公司案外人执行异议之诉二审民事判决书——（2017）渝民终99号
8. 西安奎鑫矿业有限责任公司、陈发旺与魏春梅公司解散纠纷二审民事判决书——（2017）陕民终990号
9. 深圳华泰企业公司、深圳市天源科技控股股份有限公司确认合同无效纠纷二审民事判决书——（2017）粤民终7号
10. 判决书：陵水海岛混凝土有限公司与中天建设集团有限公司、中天建设集团有限公司海南分公司买卖合同纠纷二审案件民事判决书——（2014）琼民二终字第13号
11. 湖北珩生投资有限公司因与智富企业发展（集团）有限公司股权转让纠纷二审民事判决书——（2015）辽民二终字第00279号
12. 张小春与温州市龙湾区人民政府、温州市龙湾区环境保护局等行政强制二审行政判决书——（2016）浙行终575号
13. 严进明与温州市龙湾区人民政府、温州市龙湾区环境保护局等行政强制二审行政判决书——（2016）浙行终574号
14. 张长清与温州市龙湾区人民政府、温州市龙湾区环境保护局等行政强制二审行政判决书——（2016）浙行终576号
15. 宁波中瑞进出口有限公司、宁波鼎得丰制衣有限公司买卖合同纠纷再审民事判决书——（2016）浙民再132号
16. 上诉人海城市东盛房屋开发有限公司及海城市万和商业有限公司与被上诉人张明民间借贷纠纷二审民事判决书——（2017）辽民终218号
17. 李守仁与临沂市人民政府行政强制二审行政判决书——（2015）鲁行终字第58号
18. 秦玉玲与临沂市人民政府行政强制二审行政判决书——（2015）鲁行终字第59号
19. 艾迪士径向钻井（烟台）有限公司与北京博思德泓能源技术服务有限公司建设工程施工合同纠纷二审民事判决书——（2015）鲁民一终字第217号
20. 叶宏亮与河南省中油企业管理咨询有限公司劳动争议再审民事判决书——（2016）豫民再298号
21. 石国存与温州市龙湾区人民政府、温州市龙湾区环境保护局等行政强制二审行政判决书——（2016）浙行终578号
22. 玉环鸿诚船舶燃料有限公司与南京海翔船务有限公司、江苏都霖海运有限公司船舶物料和备品供应合同纠纷二审民事判决书——（2016）浙民终679号
23. 王振国、通化市北方房地产开发有限公司与中国信达资产管理股份有限公司吉林省分公司、徐利茂、杨云申请执行被执行人执行异议之诉二审民事判决书——（2017）吉民终370号。
24. 李涛利用未公开信息交易二审刑事判决书——（2017）京刑终153号
25. 陈伦忠、龙岩市人民政府二审行政判决书——（2016）闽行终790号
26. 天津市鑫永强混凝土外加剂有限公司与王光军及许延波买卖合同纠纷再审民事判决书——（2017）吉民再288号。
27. 辽宁省机械（集团）股份有限公司与辽宁粮油进出口股份有限公司、中粮辽宁粮油进出口公司大连储运贸易公司、中粮辽宁粮油进出口公司、辽宁省人民政府国有资产监督管理委员会追偿权纠纷二审民事判决书——（2014）辽民二终字第00237号
28. X X X与临沂市人民政府行政强制二审行政判决书——（2015）鲁行终字第57号
29. 四川众兴华业市政照明工程有限公司、济南三星灯饰有限公司侵害外观设计专利权纠纷二审民事判决书——（2017）川民终743号
30. 章友菊、吴楚远资源行政管理：土地行政管理（土地）二审行政判决书——（2016）浙行终987号
31. 林东梁、钜强（广州）机械有限公司侵害商标权纠纷二审民事判决书——（2017）闽民终153号
32. 牟定兄弟矿业有限责任公司、云南德胜钢铁有限公司民间借贷纠纷二审民事判决书——

一（2017）云民终523号

33. 陈定云与赣州汽运房地产开发经营有限公司、黄桂彬、黄宇波、邓良香、蔡绍美股权转让纠纷再审二审民事判决书——（2015）赣民再终字第1号

34. 山东省天安矿业集团有限公司与山东省建设建工集团第三有限公司、山东省建设建工（集团）有限责任公司建设工程施工合同纠纷再审民事判决书——（2013）鲁民提字第252号

35. 山东临淄农村商业银行股份有限公司与淄博明珠物资有限公司、淄博泉泰经贸有限公司等金融借款合同纠纷再审民事判决书——（2015）鲁民再字第23号

36. 冯东元、全起群等与大冶市人民政府行政监察二审行政判决书——（2016）鄂行终480号

37. 邹大君、通化市北方房地产开发有限公司与中国信达资产管理股份有限公司吉林省分公司及徐利茂、杨云申请执行人执行异议之诉二审民事判决书——（2017）吉民终344号

38. 西南水泥有限公司、段云秀民间借贷纠纷再审民事判决书——（2016）川民再314号

39. 西南水泥有限公司、罗祥炳民间借贷纠纷再审民事判决书——（2016）川民再297号

40. 中国平安财产保险股份有限公司资阳中心支公司、陈刚机动车交通事故责任纠纷再审民事判决书——（2016）川民再496号

41. 恒丰银行股份有限公司温州分行与淮安禧徕乐投资发展有限公司、上海禧徕乐（集团）有限公司等金融借款合同纠纷一审民事判决书——（2016）浙民初7号。

42. 五大连池风景区王毛驴豆腐美食店、五大连池风景区小巷豆腐美食阁擅自使用他人企业名称、姓名纠纷二审民事判决书——（2018）黑民终206号。

43. 海南陵水宝玉有限公司、李振龙等与三亚志成彩色印刷有限公司、徐丽等股权转让纠纷一审民事判决书——（2017）琼民初24号

44. 陵水海岛混凝土有限公司与中天建设集团有限公司、中天建设集团有限公司海南分公司买卖合同纠纷二审民事判决书——（2014）琼民二终字第13号

45. 中国联合网络通信有限公司北海市分公司与廖伟劳动争议纠纷一案民事再审判判决书——（2013）桂民提字第163号。

46. 再审申请人杨晓波因与被申请人大连金玉贸易有限公司房屋租赁合同纠纷一案再审判判决书，（2015）辽审四民提字第00056号

47. 上诉人亚洲迪拉特国际有限公司与被上诉人黑龙江亚布力雪上亚运村大酒店有限公司买卖合同纠纷一案民事判决书——（2015）黑涉外商终字第1号

48. 罗泽萍等利用未公开信息交易罪上诉一案——（2016）京刑终60号。

49. 汇丰银行（中国）有限公司唐山分行、河北旭阳焦化有限公司二审民事判决书——（2016）冀民终704号

50. 刘罕、阮子清侵害外观设计专利权纠纷二审民事判决书——（2016）粤民终978号

51. 郭云喜、天津市南开区人民政府二审行政判决书——（2017）津行终60号

52. 上诉人宁夏永日电梯营销服务有限公司与被上诉人赵某某、原审第三人朱某某公司解散纠纷二审民事判决书——（2016）宁民终243号

53. 西南水泥有限公司、周莉松民间借贷纠纷再审民事判决书——（2016）川民再288号

54. 徐庆宝、徐庆安与山东省人民政府行政复议二审行政判决书——（2014）鲁行终字第181号

55. 李秀针与青岛杰盛置业有限公司、薛晓明公司解散纠纷再审民事判决书——（2015）鲁民再字第5号

56. 厦门鹭升物流有限公司与何进宝、高蓉娟清算责任纠纷二审民事判决书——（2016）闽民终365号

57. 宋长飞与中华人民共和国教育部其他二审行政判决书——（2016）京行终5274号

58. 潘坤堂、王松岭二审行政判决书——（2016）豫行终1285号

59. 郭云喜、天津市南开区人民政府二审行政判决书——（2017）津行终61号。

60. 解济华、通化市北方房地产开发有限公司与中国信达资产管理股份有限公司吉林省分公司及徐利茂、杨云申请执行人执行异议二审民事判决书——（2017）吉民终371号。

61. 中国物资储运总公司与东亚银行（中国）有限公司天津滨海支行等执行异议之与二审民事判决书——（2016）京民终535号。
62. 威海海岸置业有限公司、上海大西洋投资有限公司合资、合作开发房地产合同纠纷二审民事判决书——（2017）鲁民终1130号
63. 上诉人文县农村信用合作社与被上诉人任小军、文县中寨纹党产区代元有限公司借款合同纠纷二审民事判决书——（2017）甘民终583号
64. 陈安华与山东富而通投资置业有限公司、段超庆民间借贷纠纷再审民事判决书——（2015）鲁民提字第10号。
65. 广州市衡丰贸易有限公司与广东省东莞市盐务局盐业行政管理再审行政判决书——（2016）粤行再1号
66. 李同福与许昌市魏都区人民政府、许昌市魏都区西关街道办事处水利行政管理二审行政判决书——（2016）豫行终1020号
67. 阿拉善农村商业银行股份有限公司乌斯太支行与马金平、内蒙古百建房地产开发有限责任公司二审民事判决书——（2016）宁民终40号
68. 王冠故意杀人二审刑事判决书——（2016）粤刑终1397号
69. 张明刚、青岛内分泌糖尿病医院民间借贷纠纷二审民事判决书——（2017）鲁民终742号
70. 淮南淮河农村商业银行股份有限公司与巢湖农村商业银行股份有限公司、安徽中贝融资担保有限公司执行异议之诉二审民事判决书——（2017）皖民终268号
71. 宝鸡八阵精密机械有限公司与陕西海力特精密机械有限公司、北京百度网讯科技有限公司擅自使用他人企业名称、姓名纠纷民事二审判决书——（2014）陕民三终字第00086号
72. 文昌市锦山镇下溪坡村民委员会潮滩南村民小组、文昌市锦山镇下溪坡村民委员会潮滩北村民小组与文昌市人民政府不履行法定职责二审判决书——（2014）琼行终字第126号。
73. 国泰君安证券股份有限公司天津新开路证券营业部与中国投资咨询有限责任公司、中国建设银行股份有限公司海南省分行债权纠纷二审民事判决书——（2014）琼民二终字第11号
74. 金国毅与华泰财产保险有限公司绍兴中心支公司、高关兴等机动车交通事故责任纠纷再审民事判决书——（2016）浙民再44号
75. 庾志坚、韶关市衡溢置业有限公司申请执行人执行异议之诉二审民事判决书——（2016）粤民终347号
76. 西南水泥有限公司、刘雪燕民间借贷纠纷再审民事判决书——（2016）川民再320号
77. 熊美华、江苏省第一建筑安装集团股份有限公司股权转让纠纷二审民事判决书——（2017）赣民终449号
78. 中国工商银行股份有限公司太原小店支行与太原市强当寄卖有限公司储蓄存款合同纠纷二审民事判决书——（2017）晋民终628号
79. 重庆宏迈物资有限责任公司与重庆市嘉瑞房地产开发（集团）有限公司、重庆渝亚房地产开发有限公司、郑志桥、李凯、张新农、魏强等借款合同纠纷民事判决书——（2014）渝高法民初字第00046号。
80. 艾芳与达县好又来房产中介有限责任公司居间合同纠纷再审民事判决书——（2015）川民提字第154号
81. 范津铭与临沂市人民政府行政强制二审行政判决书——（2015）鲁行终字第60号
82. 成都金旅运通投资有限责任公司与四川仙牌灵芝集团有限公司、益阳金旅运通房地产开发有限公司合同纠纷二审民事判决书——（2016）川民终229号
83. 滨州市众成融资担保有限公司（原滨州市众成担保有限公司）与邹平县正鑫小额贷款有限公司二审民事判决书——（2016）鲁民终1556号
84. 秦皇岛市创新橡胶制品有限公司、中国建设银行股份有限公司秦皇岛分行申请执行人执行异议之诉二审民事判决书——（2017）冀民终151号

85. 珠海哈成建材有限公司、孙彦公司解散纠纷二审民事判决书——（2017）粤民终1308号
86. 四川众兴华业市政照明工程有限公司、济南三星灯饰有限公司侵害外观设计专利权纠纷二审民事判决书——（2017）川民终743号
87. 安徽五建建设工程集团有限公司诉沈阳市皇姑区源宏祥建材经销中心买卖合同纠纷一案民事判决书——（2016）辽民终701号。
88. 西南水泥有限公司、黄新民间借贷纠纷再审民事判决书——（2016）川民再312号
89. 西南水泥有限公司、何如明民间借贷纠纷再审民事判决书——（2016）川民再306号
90. 山东临淄农村商业银行股份有限公司与淄博明珠物资有限公司、淄博泉泰经贸有限公司等金融借款合同纠纷二审民事判决书——（2014）鲁商终字第214号
91. 刘汝排与临沂市人民政府行政强制二审行政判决书——（2015）鲁行终字第65号
92. 张崇标与温州市龙湾区人民政府、温州市龙湾区环境保护局等行政强制二审行政判决书——（2016）浙行终577号
93. 潘云辉、赖秀珠走私普通货物、物品二审刑事判决书——（2015）粤高法刑二终字第131号
94. 郭云喜、天津市南开区人民政府二审行政判决书——（2017）津行终63号
95. 洪玲与铜陵市郊区政府房屋拆迁补偿安置协议二审行政判决书——（2017）皖行终818号
96. 西南水泥有限公司、曾华清民间借贷纠纷再审民事判决书——（2016）川民再296号
97. 中国工商银行股份有限公司义乌分行与中国技术进出口总公司信用证欺诈纠纷二审民事判决书——（2016）浙民终922号。
98. 铜陵市通源融资担保有限公司与铜陵市宇涵正业商贸公司、池州市天成电磁有限公司等追偿权纠纷二审民事判决书——（2015）皖民一终字第00133号
99. 王晓东与格林豪泰酒店（上海）有限公司、格林豪泰酒店（中国）有限公司房屋租赁合同纠纷二审民事判决书——（2015）苏民终字第00401号
100. 郭云喜、天津市南开区人民政府二审行政判决书——（2017）津行终62号
101. 洪亮与铜陵市郊区政府房屋拆迁补偿安置协议二审行政判决书——（2017）皖行终817号
102. 北京梅兰嘉德机房设备有限公司与财政部二审行政判决书——（2017）京行终4824号

二、 数据统计与说明

为了清楚说明前述高级人民法院判决书中指导案例的应用状况，特制下列七个表格。其中，表1意在统计所涉指导案例是否属于最高人民法院指导案例。由于我国法院系统出现过多次所谓“指导案例”，其中大部分是非正式的说法，但均以书面形式面市，既有在书籍中的所谓指导案例，也有以文件形式出现的指导案例。为筛选出最高人民法院指导案例，有必要进行逐个案例甄别，以免出现统计错误。结果显示，在102个案件当中，涉及最高人民法院指导案例的判决书共有78份，未涉及的共有24份。不过，统计其他类型的指导案例的应用，有助于说明我国审判过程中，以案例推理为论证的思维大致处于何种地位。根据此数据，涉及指导案例的判决书占有所有高级人民法院同时段判决书的百分比为： $102/102145=0.1\%$ ；涉及最高人民法院的判决书占高级人民法院同时段判决书的百分比为： $78/102145=0.076\%$ 。

表1

	属于	不属于
所涉指导案例是否属于最高人民法院指导案例	2、4、5、6、7、8、9、11、12、13、14、16、20、21、22、23、24、25、26、27、29、30、31、32、35、37、38、39、40、41、42、45、46、47、48、49、51、52、53、55、56、57、58、59、60、61、62、63、65、66、67、68、69、70、71、73、74、75、76、80、82、83、84、85、86、87、88、89、90、92、94、95、96、98、99、100、101、102	1、3、10、15、17、18、19、28、33、34、36、43、44、50、54、64、72、77、78、79、81、91、93、97

表2旨在统计哪个主体首先提出指导案例。在中国这种成文法国家，谁在审判过程中首先提出指导案例具有一定的价值，因为，这表明该主体具有一定的判例法意识，没有将我国纯粹限定为成文法国家，并进而认为指导案例不应该有效。若依然以同期所有的高级人民法院判决书为基数，则由法官首先提出指导案例的判决书占比为： $8/102145=0.0078\%$ ，由当事人首先提出的占比为 $94/102145=0.092\%$ ；此二者的比例为8：94=1：11.75。

表2

	法官	当事人
哪个主体首先提出指导案例	22、24、41、42、45、48、85、99	1、2、3、4、5、6、7、8、9、10、11、12、13、14、15、16、17、18、19、20、21、23、25、26、27、28、29、30、31、32、33、34、35、36、37、38、39、40、43、44、46、47、49、50、51、52、53、54、55、56、57、58、59、60、61、62、63、64、65、66、67、68、69、70、71、72、73、74、75、76、77、78、79、80、81、82、83、84、86、87、88、89、90、91、92、93、94、95、96、97、98、100、101、102

表3是最为关键的一份统计数据，意在统计出法官在说理或者陈述判决理由时是否论及指导案例。本研究最关键的部分自然还是要看最高人民法院指导案例在实际判决过程中到底起到何种作用。而对此的考察不仅是在判决书中有当事人提及最高人民法院指导案例，最重要的是法官如何应用。如果法官在判决中直接忽略最高人民法院指导案例，那么便表明此指导案例在实践中被悬置，未起到作用，相反如果法官在审判中确实提及最高人民法院指导案例，那么表明此案例实际在起作用，不管法官遵从该案例的裁判理由与否。至于当事人首先提出指导案例，则可以看出当事人对最高人民法院指导案例的重视程度。但审判归根到底还是要看法官如何说理，如何下结论，因此，表3的统计很能说明问题。需要说明的是，由于本数据包含有其他指导案例在内，所以在统计法官涉及指导案例的判决书数量时也包括了非最高人民法院指导案例，因此，笔者在统计时，对于这部分判决书特别标明。根据表3的统计，以同时段高级人民法院所有判决书数量为基数，法官在判决中论及指导案例的比例为： $17/102145=0.017\%$ ，其中论及最高人民法院指导案例的比例为： $12/102145=0.012\%$ ，未论及任何指导案例的比例为： $85/102145=0.083\%$ ；。

表3（说明：（非）表示该指导案例不是最高人民法院指导案例）

	论及	未论及
法官在说理或者陈述判决依据时是否论及指导案例	3（非）、17（非）、22、24、28（非）、35、41、42、45、48、55、61、81（非）、85、90、91（非）、99	1、2、4、5、6、7、8、9、10、11、12、13、14、15、16、18、19、20、21、23、25、26、27、29、30、31、32、33、34、36、37、38、39、40、43、44、46、47、49、50、51、52、53、54、56、57、58、59、60、62、63、64、65、66、67、68、69、70、71、72、73、74、75、76、77、78、79、80、82、83、84、86、87、88、89、92、93、94、95、96、97、98、100、101、102

法官如何在判决书中引用最高人民法院的指导案例也是一个比较重要的话题，因为中国的法官已经习惯司法推理的三段论，即法律规范为大前提，案件事实为小前提，基于二者推导出审判结论。如何引用最高人民法院指导案例在一定程度上反映了法官是如何看待该指导案例，是将其看做一个规则或者原则，还是看做一个准判例？在如何使用最高人民法院指导案例尚不十分明确的情况下，法官如何引用指导案例本身就是一个十分有趣的问题。因此，笔者制作的表4虽然仅仅涉及前述论及最高人民法院指导案例的12份判决书，但其多样性却一点不差。表4的各栏目需要简要交代，“标明裁判要点”是指法官在判决书中明确指出所论及最高人民法院指导案例的裁判要点及其内容；“内容为裁判要点”是指法

官虽然没有明确提出所引用为裁判要点，但其内容完全与裁判要点相吻合；“裁判理由”是指法官在判决书中所引用的是最高人民法院指导案例的裁判理由部分，如果裁判理由和裁判要点相近，此处标为裁判理由而非裁判要点，前文所列的第99号案例便属于这种情形；“无具体引用内容”是指法官在判决书中明确论及某个特定的最高人民法院指导案例，但却没有引用其具体内容，前文所列第61号案例需要特别说明，法官在结论部分提及参照最高人民法院指导案例，但并未指明是具体哪一个，不过，该判决书前面部分在讨论上诉理由时，明确提及最高人民法院指导案例为第54号，因此，这里推论法官指明了具体案例；“未指明具体案例”是指法官在判决书中论及最高人民法院指导案例，但却没有明确是第几号。从表4的统计可知，标明并陈述最高人民法院指导案例裁判要点的比例为4/12=33.3%，虽未标明但内容是裁判要点的为2/12=16.7%，二者一共占比为33.3%+16.7%=50%。使用裁判理由的比例为3/12=25%，无具体引用内容的比例为2/12=16.7%，未指明具体案例的比例为1/12=8.3%。

表4

	标明裁判要点	内容为裁判要点	裁判理由	无具体引用内容	未指明具体案例
法官如何引用最高人民法院指导案例	24、41、42、85、	22、48	35、90、99	55、61	45

最高人民法院指导案例在审判中到底起到何种作用是本文关心的重点之一。一般而言，判决书除了查明事实，便是适用法律，而指导案例不可能是事实，按照官方的说法是具有事实上效力的法律渊源。适用法律部分在判决书中并不是完全一体，可以将最后法官陈述结论部分所涉及的指导案例视作判决依据，而其他部分所涉及的则归为说理。当然这种划分本身有一定问题，因为在中国语境中，我国法官适用法律并没有如同英美法系法官那般区分附带说明和判决理由，因此很难说哪种情况下，指导案例所起作用仅仅是说理，何种情形下，指导案例又变成了法律依据。但是，为了论述方便起见，也为了套用最高人民法院相关司法文件关于指导案例作用的具体规定，此处将适用法律分为两个部分。在英美法系，附带说明和最终的判决结果没有关联，附带说明也因此不是判例法的一个组成部分，唯有判决理由才能成为成为判例法，具有法律效力。⁶在中国当前的语境中，划分说理和判决依据主要是为了回应最高人民法院于案例指导工作的规定。纯粹从学理角度考虑，在中国的审判中，法官若要说明理由，必然与最后的判决结论有密切关联，否则法官无需在判决书中提及。因为按照中国法院审判的三段论思维，将某个法律规范适用到案件事实即可，也就是说，说理的范围也限定为在这三段论当中，超出三段论的内容，在法官看来是与本案不相关的，为何要写在判决书中？按照这种在中国通行的逻辑，最高人民法院要求法官在说理的时候参照指导案例，而不是将指导案例作为判决依据，其实有点勉为其难。需要说明的是，由于此处高级人民法院审理的案件有不少是再审或者二审，若高级人民法院赞同原审法院的判决，且支持其判决理由，在此处统计时，原审法院的立场视为高级人民法院的立场。

法官在利用最高人民法院指导案例说理的过程中，基本都是在论述当事人的主张是否可以被采纳，这看起来似乎不是将指导案例作为判决依据，因为在最终法官下结论的时候，并没有提及到底是否参照了指导案例。因此从形式上看，这些说理就是说理，与判决依据没有关系。但是，实际上，当事人的主张被采纳与否直接决定判决结论，如果当事人主张被接受，那么该当事人就赢得诉讼，反之则败诉。因此，最终的判决结论与前述的所谓说理之间有着直接关系。在表5中，法官利用指导案例说理的比例为8/12=66.7%，明确以指导案例作为判决依据的比例为4/12=33.3%。

表5

	说理	判决依据

⁶ 关于判例法的介绍。

最高人民法院 指导案例的作 用	22、24、35、41、42、45、55、85	48、61、90、99
-----------------------	-------------------------	-------------

在英美法系法官适用判例时，区别技术是至关重要的一环。⁷如果法官认为与本案事实类似的先例不能应用于本案，那么他就必须将两案事实进行区别，分析出关键的不同之处，以此作为排除适用先例的理由。在我国法律体系中，法官依照成文法判决，一般不涉及和另外一个案件的事实区别问题，因此，区别技术在中国语境中确实没有市场。但是，自从最高人民法院实施案例指导工作以来，区别技术应该在中国提上日程。不过，这并未成为事实。然而，即便如此，我们依然应该看看在实践中，法官们是如何使用指导案例的。由于中国法官并没有区别技术这种来自英美法系的术语概念，本文采取事实比对这个概念，即法官们是否在判决书中将本案事实与指导案例的事实进行对比，以便得出是否应该参照指导案例的结论。由于指导案例本身法律地位的不确定性，法官们在论及指导案例时，有时甚至不提及本案事实，或者说只考虑指导案例要点的含义而不考虑两个案件之间的事实异同，事实在这里并不重要，重要的是如何理解指导案例的裁判要点，并以此作为裁判的准则。至于事实分析，法官们认为已经在事实部分说清楚了，没有必要在说理部分再行论述。而有些情况下，法官们会在说理部分讨论本案事实，但并不涉及指导案例的相关事实，其实质依然是将指导案例的裁判要点当作一种规则进行适用，而不甄别具体的事实。在所有12个案件之中，明确比对本案事实和指导案例事实的有三个，比例为25%，而且三个案例都出自山东省高级人民法院。这说明该法院有意识应用指导案例，而且已经达到较高的水准。判决书中有本案事实，但是并未将其与指导案例事实进行比对，而是将本案事实归入裁判要点这一大前提，这种案例也有三个，占比也是25%。另有三个案件主要是解释裁判要点的适用范围，对事实并不关注，未涉及本案具体的事实，这样的案例也有3个，占比也是25%。还有一种情况是：解释裁判要点的适用范围，并且有本案事实，但无本案事实和指导案例事实之比对，这种案例有一个。另有一种情况是，有本案事实，但未涉及指导案例的实质内容。最后一种情况是，无本案事实，亦无指导案例内容，此类案例也是一个。从上述统计可以看出，法官们在参照指导案例之际，并无章法。这种状况当然有各种原因，但最高人民法院迟迟不明确具体用法难辞其咎，最近胡云腾撰文认同指导案例可以作为判决依据，只不过还是必须标明是参照。⁸

表6

	比对事实， 指导案例内 容具体明确	有本案事 实但无比 对，指导案 例内容具 体明确	解释裁 判要点 的适用 范围，无 具体事 实，	解释裁判 要点适用 范围，有本 案事实，无 比对	有本案事 实，但无 指导案例 内容	无本案事 实，无指 导案例内 容
论及指 导案例 的方式	35、55、90	22、41、99	24、48、 85	42	45	61

指导案例被论及的比例非常低，而遵照指导案例进行判决的比例更低。在所有十二份

⁷ 解释区别技术的具体内容。

⁸ 胡云腾文，2018。

判决书中，遵照指导案例进行判决的比例是7/12=58.3%，过半而已。为什么要统计这个数据？因为法官是否遵照指导案例进行判决直接反映指导案例在实际审判中的作用。试想，如果指导案例在法官推理中基本都被推翻，那么这种所谓“参照”是没有意义的。严格意义的参照应该恰如法官适用某个法律条文。当然，必须承认，在中国目前的格局中，海量的案件，各种疑难杂症，因此，在审案件与指导案例事实有相似之处，而法官不遵照指导案例判决，亦无需惊讶。基于此，本文对这一数据进行统计。当然，需要这个数据的另外一个原因是：探寻这些判决背后的理由。参照与否的原因十分重要，如果法官没有明确原因，而是随意进行参照，这是一个十分危险的信号，也就是说，法官并没有认真对待审判。而到底是何种原因，却并不那么简单，我们无法联系每一个法官进行直接访谈，但是分析其中涉及的问题，大致可以分析出基本原因，尽管这种原因也是基于判决书得出的，无法挖掘更深。但这种分析已经具有实际意义，可以大致看到在形式层面，法官对指导案例的立场，并由此进一步可以探寻指导案例在中国当下是否能够起到最高人民法院原本所乐见的结果。

表7

	是	否
是否遵照指导案例进行判决	35、41、45、48、61、85、99	22、24、42、55、90

三、 指导案例应用状况之形式困境

自第一批最高人民法院指导案例颁布以来，关于指导案例在司法裁判中到底应该扮演何种角色，争议不断，至今尚无定论。⁹截止到2018年6月13日，最高人民法院公布的指导案例一共92个，其数量与全国每年海量的实际审理案件并不匹配。前一个部分的数据统计大致可以说明以下几个问题。

第一，指导案例在司法裁判中的实际影响非常小。如前文数据，涉及最高人民法院的判决书占高级人民法院同时段判决书的百分比为：78/102145=0.076%，而法官在审判中论及最高人民法院指导案例的比例为：12/102145=0.012%。这两组数据都低于千分之一，在概率统计中，完全属于小概率事件，也就是可以忽略不计。既然最高人民法院指导案例在判决书中几乎可以忽略，其影响力之小可想而知。

第二，法官倾向于忽视指导案例。从表2的统计可知，法官首先提出指导案例的数量是8份，而当事人首先提及指导案例的判决书数量是法官首先提及的近12倍。结合表3中的数据，法官论及指导案例的判决书数量是17份。法官在当事人首先提及指导案例的情况下论及指导案例的比例是： $(17-8)/17=53\%$ 。从这个数据可以看出，法官在大于50%的情况下是被动论及指导案例。而当事人与此不同，当事人首先提出指导案例的判决书数量是法官的12倍，这也就是说，当事人对此的意愿也是12倍于法官。当事人诉讼的宗旨在于胜诉，而胜诉之途径则无需受限，当事人因此采实用主义，指导案例若有利于某一方当事人，其自然愿意在诉讼中提出，以说服法官。即便当事人首先提出指导案例，法官依然不愿意论及，在总体102份判决书当中，法官论及的数量是17份。法官这么做的原因有很多，第一，法官认为在民事案件中，当事人提出指导案例作为论证依据时，仅仅将其作为一种证据使用，法官并不需要回应；第二，法官认为指导案例本来并没有明确的法律地位，如果在审判中以之为依据，那么就必须要强化论证过程，不能仅仅提及，必须进行充分论证，这无疑大大增加了工作量；第三，既然指导案例之使用需要花大力气论证，在当前错案追究比较严格的今天，论证越多越容易出漏洞，因此采纳指导案例进行论证比不采纳更容易给自己招来不必要的麻烦；第四，法官所受法学教育都是我国的成文法模式教育，一般不会接受

⁹ 细则的相关规定虽然更为具体，但很难说是定论。

专门的大规模案例分析教学，如果有相关课程，也仅仅作为辅助性课程，因此，绝大多数法官并不熟悉应用指导案例所需要的那些方法，例如类比推理、区别技术等。因此，对法官而言，最好不应用指导案例。

第三，指导案例之引用方式相对混乱。《〈最高人民法院关于案例指导工作的规定〉实施细则》第九条规定，“各级人民法院正在审理的案件，在基本案情和法律适用方面，与最高人民法院发布的指导性案例相类似的，应当参照相关指导性案例的裁判要点作出裁判。”这一条是规定法院应当参照指导案例的裁判要点，但如何参照未作说明，相关内容在该细则的第十一条中。第十一条的具体内容为：“在办理案件过程中，案件承办人员应当查询相关指导性案例。在裁判文书中引述相关指导性案例的，应在裁判理由部分引述指导性案例的编号和裁判要点。公诉机关、案件当事人及其辩护人、诉讼代理人引述指导性案例作为控（诉）辩理由的，案件承办人员应当在裁判理由中回应是否参照了该指导性案例并说明理由。”该条的内容相对具体，规定裁判文书必须引述指导案例的编号和裁判要点，但依然没有规定是否必须点名“裁判要点”字样，该条同时规定，法官必须回应公诉机关、案件当事人及其辩护人、诉讼代理人关于指导性案例的引述。由于细则颁布的时间是2015年6月，因此，此前的案件未必按照前述规定进行引述与回应。

根据表4的统计，有33.3%的判决书直接明确引用指导案例的裁判要点，也就是标明裁判要点并表述其内容，另有16.7%虽表述裁判要点内容但未标明。由于这种类型判决书的比例达到了50%，因此可以说，多数法官在引用指导案例之际，倾向引用裁判要点。此现象比较容易解释，正如前文所述，中国法官习惯于司法三段论，而在三段论的论证模式中，其方法是演绎，而演绎的大前提就是法律规则，在审判上来讲，就是请求权基础，也就是原告提出请求权的法律规范。由于习惯于从法律规范出发审查事实，并最终将事实归于请求权基础规范，从而得到判决结果，因此，法官们在面对指导案例时，首先想到的是寻求其中包含的规则，也就是可以成为规范内容的规则，而不是首先审查指导案例的事实。而指导案例的裁判要点又恰好将此案所产生的裁判规则归纳在其中，导致法官极其便利地得到需要的规范。笔者在江苏省某基层法院调研时，一位员额法官告知他们使用指导案例的方式，这就是，首先看裁判要点是否与本案相关，若有关，再看其他内容。而由于裁判要点本身提炼得很好，法官对指导案例所含有规则的获得可谓得来全不费工夫。因此，即便法官认真研读整个指导案例，他很可能最后还是回到裁判要点，这样做如前文所言，比较简单，而且也避免了在他们看来不必要的麻烦。因为如果法官自己根据指导案例的相关内容提炼出一个不同于裁判要点的规则，那么一旦判决出现问题，他就必须承担全部责任。职是之故，于法官而言，明智的选择是直接采用裁判要点，既简单省力又无需承担额外责任。在表4中，四分之一的判决书引用了判决理由。判决理由相对裁判要点字数更多，论述更加充分，更具体。法官引用判决理由，一般而言，会使得论证更为细致，并且通常会涉及到指导案例本身的事实，这就使得法官的引用变得不仅是在简单适用已有的规则，而是在具体分析比对本案和指导案例之间的事实异同，此论证方式实为遵循先例的类比论证，而非司法三段论之演绎论证。尽管只有四分之一的比例，但也足以证明，在当前中国语境中，推行案例指导制度向判例制度发展并不是全无基础，相反，有些法官已经明确具有这种意识，并且在实践中付诸实施了。在表4中，另有四分之一的判决书要么未引用指导案例的具体内容，要么连指导案例是哪一个也未提及。这部分判决书的存在进一步说明我国

判决书制作和实际审判中的问题。如果不引用具体内容，当事人和其他阅读判决书的人，何以知道法官到底是采用指导案例的哪一部分？遑论形成有说服力的论证。可见学界一直呐喊，而最高人民法院一直强调的增强判决书说理，在实践中并未得到彻底贯彻。即便在高级人民法院这个层面，依然有四分之一的判决书出现这个问题，确实有点匪夷所思。当然，这里反映出来的可能问题是，法官不重视指导案例，所以敷衍了事，或者指导案例在法官论证时，其实并不占主要地位，因此，无所谓是否阐明其具体内容。不管怎么样，法官在制作此判决书时，既未遵从司法三段论，也未遵循类比论证，其实是论证的缺失。当然，无具体引用内容而抽象谈及指导案例的判决书，并不排除可能其隐含的意思是根据指导案例的裁判要点作出某个判断，¹⁰但是鉴于在判决书中，法律推理必须严格，因此，此处的差评并不失其公允。即便承认这种善意的推导，此做法相对于不指明裁判要点的内容，依然要差一个等级。勿需讳言，最差的引用方式是连哪一个指导案例也未提及，这种论证方式居然出现在判决书中，大有葫芦僧乱判葫芦案之感。这种情形已经不是基于论证方法的思维可以解释的。

从表4和上述分析可以看出，法官们引用指导案例并无一定之规，呈现出各种各样的方式，甚至其中一些完全不符合审判的逻辑。出现这种状况的原因，一方面是最高人民法院并没有推出一种引用模板，以便各级法院遵循。中国司法改革，一般都是最高人民法院推动，案例指导制度亦不例外，因此，当最高人民法院没有相关的具体引用方式示下，法官们并不会自动形成一个合适的模式，依然需要最高人民法院予以指导。这可能是自上而下的改革必然面对的问题，就是说，在上层没有具体指令的情况下，下层机构实际上难以自生自发出良好的模式。由于司法裁判的特殊性，如果法律依据的引用出现混乱局面，显然会影响司法所应该具有的确定性和权威性。最高人民法院在当前也举棋不定，这从胡云腾前后不一的态度可以看出。¹¹

出现引用指导案例混乱的另一个原因是中国当代的法官没有受过类比推理的系统训练，在实践中也依赖司法三段论，引用类似于规则的裁判要点，甚至将整个指导案例当做规则引用实属自然。正是由于法官们在几十年的司法实践中都是按照司法三段论进行判决，突然出现一种指导案例要用类比推理的方法，他们的措手不及，实在情理之中。思维惯性和路径依赖是实践中司空见惯的，法官们当然不可能例外。蒙田曾言，习惯是最大的暴君，¹²虽然看似言过其实，但仔细想想亦不无道理。还有一个原因是法官不会论证，前文判决书的一个种类是没有具体内容而仅提及指导案例，并将其作为说理乃至裁决的依据。此形式的出现加剧了指导案例引用模式的混乱。未出现这种类别之前，尚可区分为三段论和类比模式两种引用，而这种类别实际上是将指导案例整个作为一个抽象规则对待，至于是何种规则，读者是无法辨别出来的，其结果是不知所云。这种模式也可以视为没有引用。

第四，指导案例作为说理根据还是判决依据不统一。《最高人民法院关于案例指导工作的规定》第七条规定，最高人民法院发布的指导性案例，各级人民法院审判类似案例时应当参照。至于指导案例被参照时是作为说理的根据还是作为判决依据并无规定。最高人民法院随后颁行的《〈最高人民法院关于案例指导工作的规定〉实施细则》第十条对此有规定，即各级人民法院审理类似案件参照指导性案例的，应当将指导性案例作为裁判理由引述，但不作为裁判依据引用。《最高人民法院关于案例指导工作的规定》始于2010年，而其实施细则颁行于2015年，因此在长达五年的空档期内，指导案例无论作为说理使用还是作为裁判依据使用，均不违背任何规定。

然而，问题正如前文所述，裁判理由和裁判依据在中国语境中实际上很难分得清楚。最高人民法院的表述前后也不一致。在《关于案例指导工作的规定》中，“应当参照”放在中国司法语境中，便是应当参照某个规定，作出判决。这就是说，应当参照本身就含有作为裁判依据的意思。而《实施细则》却直接否定指导案例可以作为裁判依据使用。在高级人民法院参照指导案例的12份判决书中，便有部分判决书以指导案例为裁判依据，且判决时间在《实施细则》颁行之后，也未见最高人民法院对此有任何纠正。即便在《实施细

¹⁰ 孙海波文。

¹¹ 胡云腾前后关于效力和引用的文。

¹² 蒙田，随笔集。

则》中，其第九条规定，“各级人民法院正在审理的案件，在基本案情和法律适用方面，与最高人民法院发布的指导性案例相类似的，应当参照相关指导性案例的裁判要点作出裁判。”此处的“应当参照指导性案例的裁判要点作出裁判”该如何解释？既然是参照XX作出裁判，这里的参照如果不是裁判依据，那是什么？将这种表述归结为说理难以服众，“参照XX作出裁判”无论如何都不是一种“说理”，而是一种对依据的表述。

在指导案例对法律条文予以扩大解释以填补法律漏洞，或者指导案例针对新型案件提出一种不同于一般法律条文规定的判决方法或者理由，或者指导案例将法律条文进一步明确化等情况下，最终作为裁判依据的看起来还是法律规定，法官可以表述为根据XX法第XX条，判决如下。然而，如果没有指导案例，判决结果便不一样，而之所以出现当前这种判决结果，原因就是指导案例是如此判决的。因此，在这种情况下，指导案例实际上就是判决依据无疑。而各级法院在实践中，完全可以逐步认识到这一点，慢慢统一以指导案例为判决依据。据表5的统计结果可知，已有三分之一的法官以指导案例明确作为裁判依据使用，另有三分之二法官虽然讲指导案例作为说理依据使用，但其说理最终也决定了判决结果。因此，尽管高级人民法院判决书中呈现出一种指导案例使用混乱的局面，但其实可能向未来统一为指导案例当作裁判依据开放。而《实施细则》在制度层面扼杀了这种可能性。不得不说，这是一个巨大的遗憾。

笔者在此处的解释是将明确参照指导案例，紧跟着表述判决结果的判决书归为以指导案例为裁判依据。最高人民法院可以有另外的解释，也就是将这种使用情况也归为说理，因为一般而言，除了参照指导案例，判决书还是会表述根据XX法第XX条。¹³既然最终在表述形式上看存在法律根据，那么参照指导案例的说法解释为说理，貌似也未尝不可。然而，这种做法和中文的习惯表达相冲突，在中文世界，参照然后得出结论，所参照之规则应理解为裁判依据，否则很难界定什么叫裁判依据，参照的意义虽然弱于根据、依照等词汇，但意思依然是一种相对弱意义上的根据。此外，这也与指导案例实际作用不符。如前文所述，指导案例被用于论述说理一般都是在辩驳当事人的主张是否成立，而当事人主张成立与否又直接决定判决结果，因此，无论哪种情况，指导案例最终的作用都是成为了裁判依据。最高人民法院之所以规定指导案例不得作为裁判依据，是因为顾虑会被认为是中国实施判例法。这种顾虑当然不是杞人忧天，因为毕竟中国是一个大家普遍认为是大陆法系的国家，毕竟全国人大掌有的立法权是不容其他机构侵犯的。¹⁴然而，基于这种顾虑所制定出的不得作为裁判依据的规定，实际上必然导致名实不符的困境，正所谓名不正言不顺，言不顺则效果堪忧。¹⁵

四、指导案例的实质功能受限

建立案例指导制度的目的在于统一司法裁判，以弥补成文法审判中出现的类似案件差别审判的状况。然而，指导案例在实践中到底是否能够实现这个功能却不无疑义。根据本次调查的具体判决书进行分析，指导案例的实质功能受到较大限制。

（一）裁判要点的解释空间导致司法裁判难以统一

根据表6的统计，真正比对事实的判决书仅占四分之一。在论述指导案例时，论及事实但未比对的占三分之一，即表中解释指导案例裁判要点的适用范围但无具体事实和无本案事实且无指导案例内容两个类别的判决书。其他十二分之五的判决书，有本案事实，但并未进行比对。虽然在判决书中，论述关于指导案例应用的仅仅是其中一部分，但鉴于指导案例之性质，若要被参照，法官应当采用类比论证的方法。而一旦需要使用类比论证，法官就必须将指导案例中的关键事实和本案的关键事实进行比对，找出其中的共性或者关键区别，以便决定是否参照指导案例。若将指导案例的裁判要点直接加以适用，实际上是把指导案例的裁判要点当做一种直接的规则在适用，而且是抽象意义上适用，不需要探讨具体的事实细节，直接使用即可。这种做法是非常典型的大陆法系的司法三段论，前文多有涉及，但此处亦无法绕过。关键是最高人民法院在《实施细则》当中要求法官参照裁判要点作出裁判，法官们本来就对指导案例事实比对不太熟悉，更不了解英美法系的区别技

¹³ 也存在仅仅参照指导案例，便表述判决结果的例子。例如，。。。。

¹⁴ 胡云腾文。

¹⁵ 最高人民法院指导性案例法律效力之证成。

术，最高人民法院如此规定真是正中下怀，法官们当然愿意更为简单的参照裁判要点，而不是需要经过事实比对再得出结论。

由于法官根据裁判要点作出判决，他们需要解释裁判要点，这和适用成文法的条文并没有区别。其背后依然是司法三段论。而解释裁判要点成为必须之后，法官在无需比对事实的情况下，享有极大的自由裁量权，这一点同样恰如适用成文法。而一旦法官可以对裁判要点进行各种解释，那么最高人民法院希望借助指导案例达到的类似案件类似审判之效果，便遥不可及。因为成文法中的法官自由裁量权过大问题一样会出现在参照指导案例裁判要点的审判当中。以第24号判决书——李涛利用未公开信息交易二审刑事判决书（（2017）京刑终153号）和第48号判决书——罗泽萍等利用未公开信息交易罪上诉一案刑事判决书（（2016）京刑终60号）为例，这两个案例中的被告人都构成未公开信息交易罪，两案都论及最高人民法院第61号指导案例，两案的审判法院都是北京市高级人民法院，两案合议庭法官有两人重合（朱锡平、刘瀚阳），不得不承认，这两个案例高度相似。有意思的是，李涛案的判决书否定了最高人民法院第61号指导案例的适用，而罗泽萍案的判决书则采纳之，结果截然相反。或有人言，两案毕竟有事实方面的差别。其实不然，就这两个案件而论，之所以出现类似案件，未类似对待的原因是，法官对指导案例适用范围的解释不同。在李涛案中，法官们认为，“最高人民法院发布的指导案例61号（马乐利用未公开信息交易案）裁判要点指出，刑法第一百八十条第四款规定的利用未公开信息交易罪援引法定刑的情形，应当是对第一款内幕交易、泄露内幕信息罪全部法定刑的引用，即利用未公开信息交易罪应有‘情节严重’‘情节特别严重’两种情形和两个量刑档次。目前暂未发布关于利用未公开信息交易罪‘情节特别严重’认定标准的专门规定，但鉴于利用未公开信息交易罪的社会危害性明显小于内幕交易、泄露内幕信息罪，故前者‘情节特别严重’的数额标准显然应当高于后者。”而在罗泽萍案中，法官们认为，“最高人民法院发布的指导案例61号（马乐利用未公开信息交易案）明确指出，刑法第一百八十条第四款规定的利用未公开信息交易罪援引法定刑的情形，应当是对第一款内幕交易、泄露内幕信息罪全部法定刑的引用，即利用未公开信息交易罪应有‘情节严重’‘情节特别严重’两种情形和两个量刑档次。目前虽然没有关于利用未公开信息交易罪‘情节特别严重’认定标准的专门规定，但鉴于刑法规定利用未公开信息交易罪是参照内幕交易、泄露内幕信息罪的规定处罚，最高人民法院、最高人民检察院《关于办理内幕交易、泄露内幕信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》将成交额250万元以上、获利75万元以上等情形认定为内幕交易、泄露内幕信息罪‘情节特别严重’的标准，利用未公开信息交易罪也应当遵循相同的标准。”

在李涛案和罗泽萍案中，法官们都认可第61号指导案例的内容，对此并无不同，但在关键的是否参照该指导案例的问题上，两案发生根本分歧。李涛案的法官认为，第61号指导案例认定，利用未公开信息交易罪援引法定刑的情形，应当是对内幕交易、泄露内幕信息罪全部法定刑的引用，即利用未公开信息交易罪应有“情节严重”“情节特别严重”两种情形和两个量刑档次。到此为止，十分明确，即未公开信息交易罪法定刑应有情节严重和情节特别严重两个量刑档次。罗泽萍案的法官持相同观点。两案法官的分歧出现在利用未公开信息交易罪是否参考内幕交易、泄露内幕信息罪关于“情节特别严重”的标准。李涛案的法官认为，利用未公开信息交易罪的社会危害性明显小于内幕交易、泄露内幕信息罪，故前者“情节特别严重”的数额标准显然应当高于后者。而罗泽萍案的法官则认为，刑法规定未公开信息交易罪是参照内幕交易、泄露内幕信息罪的规定处罚，因此，前者应该遵循后者关于“情节特别严重”的标准。这两个判断有明显的差异，一个认为两罪的社会危害性不同，不能适用同一标准，另一个认为根据刑法规定二者就应该适用同一标准。殊不知，社会危害性是中国刑法罪与非罪的关键判断标准之一，既然刑法规定一罪可以参照另一罪的规定处罚，说明刑法认为此二者社会危害性类似，否则不应该予以参照。而在前述的第24号和第48号案件中，三分之二法官相同的情况下，竟然针对同一指导案例，给出两种不同的解释，进行得出两个不同的判决结果，确实令人费解。这两个案件的判决给人一个启示——即便有指导案例，构成大致相同的合议庭在类似案件的处理上依然自相矛盾。再者，阅读最高人民法院第61号指导案例的判决理由部分，可以清楚看到，确定利用未公开信息交易的犯罪情节判定参考内幕交易、泄露内幕信息罪。这就是说，以参照裁

判要点为准，在审判中使用指导案例的做法，无法达到所谓同案同判的效果。

（二）以利益衡量否定指导案例之应用

经过事实比对的判决书是否能够解决类似案件不类似判决的问题？恐怕未必，只是表现形式更为复杂。在“李秀针与青岛杰盛置业有限公司、薛晓明公司解散纠纷再审民事判决书”（（2015）鲁民再字第5号）中，法官们进行了简单的指导案例和本案的事实比对，尽管比较简单，但已经具备适用指导案例的正确意识。他们指出，“李秀针主张本案与最高人民法院公布的指导案例《林方清诉常熟市凯莱实业有限公司、戴小明公司解散纠纷案》（2012年4月9日发布）案情相似，应予以参照适用。本院认为，两案相同之处在于公司均因股东之间存有分歧、互不配合而持续两年以上无法召开股东会，公司经营管理发生严重困难，对股东的利益都造成一定损害。”到此为止，法官们清楚比对了两个案件之间的共同点，而这几个共同点正是判断公司是否可以解散的标准。¹⁶随后，法官们提出本案的特殊性，这就是“杰盛公司经营的房地产项目相比凯莱实业有限公司经营的普通产品而言承担着更大的社会责任。”按照英美法系的区别技术，一般先说明共同点，然后提出关键不同之处，以排除先例的适用，此处形式上正式如此操作，可谓如出一辙。不过，与一般的事实不同，这里的事实指向的是一个抽象的不同，即社会责任。法官进而提出，“本院认为，在判断公司应否解散时，不仅要考虑股东利益还要考虑到社会公众利益。”如果允许该公司解散，那么“公司清算组势必无法履行公司应承担的后续施工及办理房产证等行为义务，进而影响项目的正常进展，阻却众多购房户的合法利益的实现，造成新的大规模上访，影响社会稳定。”当然法官也并不是不考虑当事人的利益，他们认为当事人不解散公司其实也不会受害。法官提出的房地产项目比普通商品承担更大的社会责任，未必就是如此。其实房地产项目尽管确实是一笔很大的投资，对于普通家庭确实如此。但这并不代表公司解散一定会导致购房者的利益直接受损，因为按照判决书中所言，这个项目已经开始盈利了，为何一定要令杰盛公司承担这种所谓的社会责任？难道另外的公司都没有可能接手？而这里的社会责任，其实并不是真的社会的责任，而是政府责任。因为法官直指的社会责任其实是大规模上访影响社会稳定。而在实践中，此类上访的诉求非常明确，不会对一般社会生活造成影响，倒是会影响政府的考核成绩，因为当前维护稳定是政府考核的重要内容之一。如果地方政府无法有效维护当地的稳定，那么政府首脑将承担工作不力的责任。所以，所谓的社会责任其实并不是维护民众的利益的责任，而是维护政府的责任。这种以社会责任作为裁判理由，作为排除参照指导案例的理由确实具有很强的中国特色。毫无疑问，稳定对于中国社会非常重要，但这种经济纠纷实际上并没有到动摇社会稳定的地步。倒是地方政府不得不谨小慎微，以免触动稳定这根考核神经。因此，加以分析，本案之所以要排除指导案例之参照，不是根据事实比对而得出结论。相反，法官们考虑的是以政府利益为核心的所谓“社会利益”。这是一种典型的利益衡量的结果，表面看是社会利益重于公司利益，实质是某种所谓的社会利益重于法律本身，越过形式上的法律以实现这种利益。这个判决书也提到《中华人民共和国公司法》第五条明确规定，公司从事经营活动，应诚实守信，接受政府和社会公众的监督，承担社会责任。并以此为依据，判决杰盛公司承担社会责任，不得解散。可是，尽管在字面上，确实有承担社会责任这个字眼，但如果把这条规定读完整了，其实是说从事经营活动必须承担社会责任，而从事经营活动是指公司开展业务的活动，例如房地产公司建造楼房的行为。而与此相关的社会责任，是指诸如建楼必须具有使用价值，再如房地产公司造成土地闲置，导致社会损失。而公司解散显然不在经营活动的范围之内。这是一种终结公司存在的行为，其目的是消灭经营活动，不是从事经营活动。因此，法官在此处将解散公司附加社会责任显然不符合公司法第五条的规定。法官所考虑的始终是社会稳定问题，这在当前环境中，无可厚非，但其实际效果确实破坏了指导案例应该具有的功能。回到该问题讨论的原初用意，比事实的判决书也未必就能够在是否参照指导案例方面得到明确的结论，因为利益衡量的强势介入，可以推翻各种法律规定，遑论指导案例。

（三）同一案件事实认定不同导致指导案例应用不一

除了利益衡量介入，虽有事实比对而指导案例失效情形另有一种，即对同一关键事实

¹⁶ 查该指导案例的裁判要点。

的认定不同，导致指导案例参照不一。这种情况发生在同一法院两次审判同一案件的场合。本文统计的第35号判决书和第90号判决书便属于这种情形。二者都是山东省高级人民法院审理，所审理的是同一案件。其中第90号是二审，第35号是针对该二审的再审。按照顺序，从第90号判决书说起。在该判决书中，法官重述了一审判决书对最高人民法院第15号指导案例的判决理由的归纳，其中逐条列举出指导案例的关键事实，这些事实标准是判断公司是否构成人格混同的标准。而一审法官和二审法官均详细论述本案事实，并在判决书中按照指导案例确立的标准逐条分析，检验前者是否与之相符。最终，两审法官们得出同样的结论，第15号指导案例不能应用于本案。此过程完全符合英美法系法官使用区别技术的过程，在形式上不可谓不严谨。按照二审判决书的说法，我国公司法第二十条规定了法人人格否认的法律依据，但仅限于公司股东，而第15号指导案例认可对于公司的关联公司亦能认定法人人格混同。这个指导案例的作用明确扩大了法律规定的适用范围，体现了指导案例填补法律漏洞的功能。

对比二审和再审对同一事实的认定，可以看出，即便是同一事实，如果法官从不同角度进行分析，其结果也不一样。以此可知，事实比对其其实也没有办法真正解决问题，毕竟案件的复杂性和法官的选择才具有最终作用，甚至法官如何适用证据规则才是最关键的因素。具体对比分析二审和再审对事实是否符合指导案例标准的认定，在这里具有较大意义。其一，在公司股东方面。二审认为，明珠公司与金旗瑞公司的股东之间虽然存在一定的亲属关系，但公司股东不存在重合或交叉持股情况。再审认为，泉泰公司与临淄农商行签订流动资金借款合同的时间为2012年7月，该时间点明珠物资公司与金旗瑞公司的股东之间存在亲属关系。在这方面，两审并无区别。但再审增加一项事实，即2009年1月8日，明珠旗瑞公司新旧股东共同参与了股东会决议的形成。其二，在人员方面，二审未提及管理人员的事实，而再审认为，明珠物资公司和金旗瑞公司的高管存在姻亲等关系。哪些事实可以认定是法官的裁量权范畴，这一点会导致事实认定本身的不确定性。而其他工作人员，二审认为，虽然明珠公司与金旗瑞公司的工商登记均由吕玫经办，但法院已查明吕玫在办理工商登记手续时系淄博正龙汽车销售有限公司的销售人员；程燕在公安部门调查时称系两公司的出纳，但是临淄农商行并无其他证据证明程燕确系明珠公司的员工。再审则认为，明珠物资公司与金旗瑞公司的工商登记均由吕玫经办，吕玫在办理工商登记手续时系淄博正龙公司的销售人员，而淄博正龙公司的法定代表人程磊亦是明珠物资公司法定代表人王富刚、金旗瑞公司法定代表人程健的亲属；程燕则是淄博正龙公司的财务负责人，明珠物资公司、金旗瑞公司的共同出纳。此处二审和再审的观点明显不同。二审为吕玫和程燕撇清关系，认为虽然二人均为两公司办事，但却不属于两公司的工作人员。而再审，则与之相对，认为吕玫与其中一个公司有关联，更是直接确认程燕是两公司共同出纳。这就意味着再审认可了两公司的人员具有关联性。其三，在业务方面，二审认为，“明珠公司与金旗瑞公司均代理奇瑞品牌汽车，但不排除存在经营不同汽车型号的情形。经营地址、销售宣传、合同格式的相同或相似，并不能得出业务混同的认定。”再审认为，“明珠物资公司与金旗瑞公司的经营场所、办公地址均在同一地址，且对外联系电话相同。两公司对外宣传中均称代理销售奇瑞品牌汽车。但根据山东省工商行政管理局2009年6月22日、9月27日印发的《关于做好品牌汽车销售企业变更登记工作的通知》的规定，奇瑞汽车有限公司授权在淄博市从事奇瑞、开瑞品牌汽车销售的公司仅为金旗瑞公司，并未授权明珠物资公司销售。即两公司在公司外观、公司经营范围上存在混同。”二审的判定显然有强词夺理的嫌疑，两个公司代理同一品牌，经营地址、销售宣传和合同格式系统或相似，已经足以证明二者业务混同。这就是说，一个公司挂了两块牌子。而再审则提出更多的具体事实，例如联系电话相同，且明珠公司实际上借用了金旗瑞公司的销售资格。再审因此认为，二者业务混同。此处，可能是新的证据改变了法官的看法，也可能不同的法官所认定事实的范围不同。不管怎样，都非常清楚的揭示出，虽然证据是认定事实的关键，但法官的立场不容忽视，这与是否进行事实比对其其实没有关系。其四，在财务方面，二审认为，“一是金旗瑞公司将215辆汽车所有权过户给明珠公司名下以抵顶租金问题，临淄农商行认为金旗瑞公司已无独立的财产，但金旗瑞公司是否有独立财产与明珠公司与金旗瑞公司是否财务混同是两个不同问题。二是明珠公司与金旗瑞公司是否使用同一银行账号问题，临淄农

商行称明珠公司在延边农商行办理银行承兑业务时，出具的增值税发票上填写了金旗瑞公司的账号，但经原审法院查明该增值税发票系明珠公司虚假伪造的，且该款项并未进入金旗瑞公司。”再审认为，“在财务方面，程燕是明珠物资公司、金旗瑞公司共同的出纳，两公司在财务管理人员上存在同一性。明珠物资公司、金旗瑞公司在伪造虚假买卖合同进行票据贴现的违法行为中，存在交叉出票、贴现，使用银行账户的行为，明珠物资公司、金旗瑞公司在法人意志、财务等方面丧失独立性。同时，明珠物资公司在金旗瑞公司2007年设立时向淄博市开发区工商局出具证明载明“我公司自愿将中心路186号展厅无偿同意给淄博明珠奇瑞汽车销售有限公司使用，特此证明。”而金旗瑞公司却在2012年12月将库存价值973万余元的215辆汽车以整车销售的方式转到明珠物资公司名下，虽称是用以抵顶明珠物资公司的租赁费，但金旗瑞公司、明珠物资公司并未提供租赁协议且在两公司的财务报表中并无租赁费用的任何记载，并且程健、程燕对租赁的时间、标准等陈述均不一致。因此，金旗瑞公司将215辆价值973万余元的车转移至明珠物资公司名下并无合同及法律依据。即明珠物资公司、金旗瑞公司在公司财务上存在混同。”财务混同是关键判断，公司经营的最终目的就是盈利，如果两公司财务混同，就意味着二者人格不可区分。二审在事实认定方面，先是否认程燕是两公司的出纳；再是认为金旗瑞公司向明珠公司转移资产的行为和结果，与两公司的财务混同不相干，这个判断看似合理，但结合明珠公司需要对外承担责任的情况下，这种转移的目的应该推定为逃避债务，这是一般理解的结果；还认为两公司同用一个账户是其中一个公司为了骗税而设立的，最终款项未进入另一个公司账户，据此也判断二者之间没有财务混同。其实如果上述三项事实单个考察，确实都很难确定两公司是否构成财务混同，但如果同时出现这三个事实，相互佐证，那么财务混同的概率就非常高。再审实际上纠正了二审的判断。再审确认财务人员混同，确认两公司财务在银行业务方面存在交叉，并用证据证明金旗瑞公司向明珠公司转移资产并不是因为所谓的租金问题，而是财务混同所致。因此，二审和再审面对同样的事实，但转换视角，结果便完全相反。再审最终认为两公司在股东、人员、业务、财务方面混同或者交叉，当然再审所采用的标准要略低于第15号指导案例，但在民事纠纷的审判中，并不是每一个案件的审理都必须如此严格，证据所证明的事实符合高度盖然率，而法官对此形成强烈的心证即可。

比较二审和再审事实认定的关键是想说明，无论在形式上，还是在法律上，二审和再审的法官们看起来都极为敬业，都详细考察了指导案例的事实、裁判要点和裁判理由，都审查了本案的具体事实，也同样经过详细的事实比对和检验标准的应用。然而，两案最终的判决结果正好相反。这就是说，虽然指导案例在统一审判方面可能可以确立一定的标准，但能否真正起到作用还需要进一步的观察和检验。当然，笔者并不是说，指导案例没有作用。实际上，第15号指导案例被应用较多，还是起到了相应的作用，但是指导案例所追求的类似案件类似审判还是比较难实现的。正如前文注意到的，同一个案件在同一个法院审判，应用同一个指导案例，却出现截然不同的结果。不得不说，实现类似案件类似审判任重道远。

德沃金论伦理与道德的统一

沈宏彬*

德沃金在 2011 年出版的《刺猬正义》中，尝试证明一个看似难以置信的主张，即至少伦理价值和道德价值是相互统一的。本文旨在系统性地检讨德沃金对这一统一命题的证明。本文将阐明，德沃金对伦理与道德关系的关注，来自于他对道德合理性基础的疑虑。他尝试将道德安置在“挑战模式”的伦理观念之中，从而为前者提供合理性基础。但我将证明，相较于挑战模式，“实现模式”才是一种合理且每个人都必然会接受的合理生活观念，并以此为基础，初步说明道德的合理性基础，以此一方面证明实现模式的说明力，另一方面完成德沃金理论未能完成的任务。

一、“统一”的含义

德沃金在《刺猬正义》中尝试主张了一个“庞大且古老”的哲学命题，即“价值的统一性”（the unity of value）。该命题意味着：

“关于过得好、好生活以及美妙之事的真理，不仅相互融贯，并且相互支持：我们对其中任何一方的看法，最终必须和关于其他两者我们所能找到的最强有力的论证相并存。”¹

进而，

“我将尝试证明，至少伦理和道德价值是相互统一的：我描述的理论就是关于何谓过得好，以及如果我们想过得好，就必须为他人做些什么，或不得做什么的理论。”²

* 沈宏彬，华东政法大学法律学院讲师，通讯邮箱：shenhongbinfx@126.com

¹ 【美】德沃金：《刺猬的正义》，周望、徐宗立译，中国政法大学出版社2016年版，第1页，译文有改动。

² 【美】德沃金：《刺猬的正义》，周望、徐宗立译，中国政法大学出版社2016年版，第1页，译文有改动。

我们不妨做一些初步的分析和整理工作。首先，德沃金采纳了古希腊人对“伦理”和“道德”的理解：道德涉及“我们应该如何对待他人”，伦理则涉及“我们应该如何自处”或“我应该如何生活”。³其次，德沃金将伦理和道德都是为对价值问题的讨论。他所说的“价值”则主要是指某些能够提供实践性理由的事实。当主张某种伦理观念具有伦理上的价值时，意味着在如何生活这件事上，这种生活模式会给予我们追求或实现它的理由；某种原则具有道德上的价值，则是指该原则在处理我们如何彼此相待上，是人们有理由尊重的。初步来看，伦理价值和道德价值相互统一，是指在伦理上我们有理由过怎样的生活，与在道德上我们有理由如何对待别人，这两组理由是“相互融贯、互相支持”的。

不过，如果将伦理界定为“我应该如何生活”，而将道德视为“我们如何对待他人”，那么从概念层面来说，这两者就存在内在的关联，毕竟我如何对待别人，这本身就是我该如何生活中的一部分。德沃金想讨论的，当然不是这个肤浅的结论。德沃金所注意到的是，在这两个存在联系的概念之间，存在着深层的紧张关系。

对每个人来说，对“我应当如何生活”问题的一个直接答案是，我想实现我所有希望实现的目标。但道德对我们实现自己的希望施加了约束和限制，有些行动即便我们希望，但却被道德所禁止。例如看到恐怖分子滥杀无辜，但当我们抓到恐怖分子之后，即便很想直接对其进行报复，但很清楚道德禁止这样的复仇，必须将其送至法庭审判。道德仿佛是从一个客观的视角出发给出的规范性要求，它要求每个人不偏不倚地对待彼此。这里的不偏不倚并非是指无论远近亲疏，我都必须以同一种方式对待别人——道德所要求的不偏不倚并不禁止，在面对危险时先保护自己的朋友家人而非陌生人。这里的不偏不倚强调的是，我们应该将每个人都是为享有平等道德地位的理性行动者，每个人都有权要求获得某种对待。道德允许每个人在一定范围内偏私自己的家人朋友，但它明确禁止我们为了自己的生活，贬损和侵犯别人的生活。——恐怖分子为了实现自己的政治目的，不惜牺牲无辜平民的生活，这就为道德所禁止。换句话说，道德要求我们彼此承认，每个人的人生都具有平等的价值或重要性。

作为理性的行动者，我们当然会有很强的关切和动机考虑自己的好生活，但道德从一个不偏不倚观点，对我的生活提出了诸多要求，为什么我还要考虑这些要求，就成了一个问题。德沃金意识到，现代道德哲学的两大传统，都没能对道德的合理性基础给出充分的辩护：

³ 【美】德沃金：《刺猬的正义》，周望、徐宗立译，中国政法大学出版社 2016 年版，第 211 页。

“根据这种观点，利己主义只能仅仅意味着碰巧拥有的大量偶然欲望的满足。这一新的、可能更加现实的，关于什么是过得好的图景，产生了两大西方哲学传统。第一大传统导致了 19 世纪英美的实质道德哲学，它接受了这种新的低劣的利己主义观，因此宣称道德和利己主义是相互对抗的。这一传统主张，道德附属于自利；道德要求行动者采取一种特定的客观观点，即无论如何都不能把自己的利益看得比其他人的利益更重要。”

“第二大传统主要流行于欧洲大陆，它反对现代利己主义的黯淡图景，并将此作为自己的基石。它强调，为了寻求人类生活的高尚图景，与习俗和生物学本能做斗争是人类的基本自由。……这样一来，道德作为一个骗子的形象暴露无遗，它对我们没有任何约束。生活唯一的真正命令就是生存——将人类生活看作是非凡而精彩的创造性行为而加以创造和证明。道德是那些缺乏创造性生活想象力，和愿望的人，发明出来的破坏性的思想。”⁴

概言之，对第一种道德观来说，道德类似于在不断竞争、扩大自我利益的人们之间的“临时停战协议”。从表面上说，如果各方都能遵循这份协议，克制自己扩张的欲望，而非陷入你死我活的战斗中，那么从长远看这将促进各方的利益。这个看上去妥当的说明，却和利己主义的伦理生活直接冲突。试想一个利己主义者，在面对这份协议时，有理由去做的必然是在表面上遵循协议，从而迷惑其他人，让他们继续遵守协议，而自己秘密地违反这个协议，从而作为搭便车者获取更大的自利。各方都如此行动的话，道德便不可能稳定存在。

第二种道德观则是一种怀疑论，直接否定了道德的合理性，将其斥之为一种意识形态。既然生活的唯一命令就是生存，遵循这一命令将使得人们陷入霍布斯式的自然状态。在这种状态下，每个人都为了自己能更好地生存，不惜一切代价相互争夺。但霍布斯也很明确地指出，这种一切人反对一切人的自然状态中，

“产业是无法存在的，因为其成果不稳定。这样一来，举凡土地的栽培、航海、外洋进口商品的运用、舒适的建筑、移动与卸除那些须费巨大力量的物体的工具、地貌的知识、时间的记载、文艺、文学、社

⁴ 【美】德沃金：《刺猬的正义》，周望、徐宗立译，中国政法大学出版社2016年版，第18页，译文有改动。

会等等都将不存在。最糟糕的是人们不断处于暴力死亡的恐惧和危险中，人的生活孤独、贫困、卑污、残忍而短寿。”⁵

显然，没有人会认为这样的人生是值得过的。正因如此，霍布斯才会认为，即使从审慎的立场看，人们也会尝试摆脱自然状态，构建道德生活。当然，霍布斯笔下的人是一些伦理的利己主义者，他们只是为了避免暴死他人之手，而选择接受道德的约束。这实际上就是第一类将道德视为临时停战协议的观念，而这种观念明显站不住脚。

这就给道德哲学家提出了一个相当棘手的问题，即能否为道德提供坚实的合理性基础？一些人可能会指出，既然已经指出放弃道德可能面对的灾难，这本身就给予了我们尊重道德的理由。并非如此。在这种观点下，道德对伦理生活而言依旧是外在的，我们只是以一种对待神秘禁忌的态度对待道德，仿佛违反它就会招致某种不幸。这就会使得我们将一时一地流行的实在道德，当做禁忌的内容盲目服从，这反而会导致道德的衰落。道德作为一种所有理性行动者都有约束力的规范性要求，必须能够在理性上阐明自己的规范性基础。舍此别无他途。

故此，德沃金尝试主张伦理价值和道德价值的统一，实际旨在解决道德的合理性基础问题，即在根本上提出一种伦理观念，这种观念能够展示足够有吸引力伦理生活，使得每个理性行动者都将接受这种生活观念；进而，这种伦理观念又能为道德约束合理安置，使得每个人都有理由占有道德这个看上去“客观的视角”，主动反思性地接受道德约束。只有这样才能在根本上解决道德的合理性基础问题。当然，通过上述初步的整理，也就能看到检讨德沃金所主张的伦理和道德的统一，最关键的就在于检讨作为基础的伦理观念是不是足够充分合理，并同时能够合理安置道德。这也是本文之后要重点讨论的问题。

二、德沃金的论证

（一）好生活与过得好

要证明道德是好的伦理生活的内在组成部分，首先必须提出一种人们有理由去追求的好生活观念。从生活常识看，一个人是否能过上日常意义的好生活，在很大程度上受偶然因素的左右。可能一个并不十分努力奋斗的人，因为运气不错而过得不错，而一个认真生活的人却运气不佳，早早离开了人世，很

⁵ 【英】霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆 1985 年版，第 94-95 页。

难说他过了不错的一生。因此，对好生活来说，理性似乎没有多少发挥作用的空间，一个人是不是过得好，主要是受运气的影响。

为了不使我们陷入对伦理生活的怀疑，德沃金首先引入了一组区分，即“好生活”与“过得好”：

“我们能够追求跟这不太一样，但我相信更有价值的观念。这要求我们在伦理内部做出区分，这种区分在道德内部是常见的：区分义务（duty）和结果，区分正当（right）和善（good）。我们应该区分过得好（living well）和好生活（have a good life）。这两种不同成就的联系和区别在于：过得好意味着努力创造好的生活，只受到某些人性尊严必不可少条件的约束。”⁶

进而，

“那么哪一个才是更为根本的伦理责任？过得好。……我们可以（用一个由经济学家发展而约翰·罗尔斯使之流行于哲学界的术语）说，过得好对好生活来说，在价值上享有词典式的优先顺序。”⁷

简单来说，“好生活”在德沃金那里指的是结果意义上，一个人一生度过了有质量的生活；“过得好”则侧重于强调行动，强调人们为了让自己拥有结果意义上的好生活，不断付出的努力和做出的挑战。德沃金主张，我们在评价一个人的伦理生活是否有价值时，首先考虑的是他是否过得好，而非在结果上他是否有一个好生活。应该承认，上述区分的确抓住了人们对生活评价的基本直觉：一个科学家毕生都在致力于攻克某个科学难题，但遗憾的是，他本人并没有最终解决这个难题。此时这个科学家并没有虚度了一生，相反他显然度过了充实而有价值的一生。一个生下来嘴里就含着金汤匙的富二代，可能一生生活富足，但因为这种好的生活并不是他自己努力的结果，因此不会被认为这样的生活是富有的。上述区分显示出，运气并不是决定一个人过得好坏的决定性因素，理性有发挥作用的空间。有些过得好做法是我们有理由追求的，而非只能期待运气带给我们的。

⁶ 【美】德沃金：《刺猬的正义》，周望、徐宗立译，中国政法大学出版社 2016 年版，第 215-216 页。

⁷ 【美】德沃金：《刺猬的正义》，周望、徐宗立译，中国政法大学出版社 2016 年版，第 222 页。

如果将伦理评价的焦点集中在过得好，那么问题紧随而来。我们在日常生活中，为了让自己拥有好生活而作出的种种努力和挑战，即使是成功的，可能也影响甚微。我们可能会努力让自己保持身材，努力维系和谐的家庭生活等等，但这些努力除了在自己的生活中有重要性之外，似乎并无太多价值可言。因此，有人会主张，或许只有那些拥有巨大影响力的人做出的挑战，才会被视为是有价值的，比方说丘吉尔为了击败纳粹所做的种种努力，或者说邓小平为了实现改革开放而做的种种挑战等等。

上述看法预设了行动的价值来自于其带来的结果，行动本身只是一个手段，并无独立的价值可言。为了反对这一前提，德沃金又引入了一组区分，即“产品价值”和“表现价值”。他指出：

“我们需要做出另外一种区分。某个事物的产品价值（product value）是它作为一个客体具有的价值，独立于创造它的过程或任何别的历史特征。一幅画具有产品价值，这种价值可能是主观价值也可能是客观价值。它的形式布局非常漂亮，这是它的客观价值，它能给观众带来愉悦或者受到收藏家的青睐，这种属性给它带来的是主观价值。完美的机械复制品跟这幅画一样漂亮。但是，这件复制品是否具有同样的主观价值，主要取决于人们是否知道它是一件复制品：对那些认为它是原件的人来说，它跟原件具有同样重要的主观价值。然而，原件具有一种复制品无法拥有的客观价值：它的价值在于它是通过创造性行为加工完成的，而这个创造性行为具有的表现价值（performance value）。它是由现身艺术创造的艺术家创作的。创作的客体——这件艺术品——之所以精彩（wonderful），是因为它是一个精彩表现的结果；如果它是一件机械的复制品，或者它的生成是由于某个反常的意外，那么它就没有了这份精彩。”⁸

上述区分的真正要点，“在于被创造出来的事物的价值，与创造该事物的行为本身的价值之间的关系”。⁹简单来说，行动本身并非只是带来某种后果的工具，其自身也有价值，即“表现价值”。这种价值来自于行动本身的精彩。这并不难理解。例如，我们看到一些运动员在赛场上拼尽全力，发挥出色，但因

⁸ 【美】德沃金：《刺猬的正义》，周望、徐宗立译，中国政法大学出版社2016年版，第217页。

⁹ 【美】德沃金：《刺猬的正义》，周望、徐宗立译，中国政法大学出版社2016年版，第217页。

为偶然的因素并未得到好的结果，此时我们并不会认为，这位运动员之前的发挥就完全不具有任何价值了。相反，人们还是会为她欢呼。这种欢呼就来自于，她在比赛中的“精彩”发挥，展现了人在挑战自我，克服局限的一份精彩。当然，这种精彩也会出现在平常生活中。一对恋人可能因为某些外在的因素，最终分开，但双方会回想起在一起的时候，依然会感到一份温情。这份温情就来自于当时对方所做的种种行动，表达出她对自己的一份在乎和感情。这同样体现了一种人性（humanity）才具有的精彩。

一旦我们意识到，行动的价值并非完全由其结果所决定，行动自身也会有“表现价值”，那么对平凡生活的价值同样可以做出解释了。生活的价值并不在于最终造成了什么结果，而在于在回应这个世界种种环境和困难时，做出的“恰当应对”。¹⁰即便我们不是如丘吉尔或邓小平那样伟大的政治家，但我们在生活中所做的努力，依旧是独特的，表达了一份独一无二的精彩。因此，每个人过得好的种种行动，总有一份表现价值在。德沃金将这种有价值的伦理生活，称之为“挑战模式”。至此，我们可以说，挑战模式的伦理生活阐明了一种有理由追求的伦理观念，是我们作为理性存在着所配享的好生活，而不必认为自己的生活如同惊涛骇浪中的航船，完全受到命运和偶然的左右。

（二）伦理责任与自我尊重

前面的论证表明，的确存在有客观价值的伦理生活的空间。德沃金进一步主张，挑战模式所表达的伦理生活，并不是人们可做可不做的，而是有责任（responsibility）必须去做的。需要说明的是，在日常用语中，“责任”往往和“义务”的概念等同，某人做了坏事，就会负有诸如赔偿或恢复原状的道德责任，这等同于主张，他有道德义务赔偿或恢复原状。¹¹但德沃金这里所说的“责任”并不是这个含义，这个概念的核心是“回应”（respond to something）。比方说，当我听到有人呼救后，主动报了警，报警的行动就是对他人呼救的回应。作为理性的行动者，人们在行动中必须回应那些有决定性理由支持的要求。挑战模式所表达的伦理生活是我们每个人有决定性理由回应的。

之所以这种伦理生活是我们有决定性理由去回应的，是因为德沃金认为，除此之外再也没有一种伦理观念，能够证明它是我们理性行动者值得去过的。

¹⁰ 【美】德沃金：《刺猬的正义》，周望、徐宗立译，中国政法大学出版社 2016 年版，第 217 页。

¹¹ 斯坎伦提供了一个对德沃金理论中出现的各类责任的分类说明。T. M. Scanlon, “Varieties of Responsibility,” in *Boston University Law Review*, vol. 90: 603-610, 2010.

这不难解释。在德沃金看来，要反对这个主张，只可能在两个节点上谋求突破。（1）反对者可以尝试证明，结果意义上的好生活——而非过得好——才是评价伦理生活优先考虑的事实。但我们在结果上是否能获得好生活，这中间包含了大量偶然因素，理性能力对此毫无作用。因此，结果意义上的好生活只是我们偶然得到的，而非作为理性行动者所配享或应得的。（2）反对者可以尝试证明，过得好的价值不在于表现价值而在于产品价值，即某种挑战或者努力本身，并不存在单独的表现价值，但这将导致与我们在审美上的很多直觉发生冲突。我倾向于相信，我们每个人在生活中种种独一无二的挑战和努力，的确具有某种表现性的审美价值。如果这两点是稳固的，德沃金就能主张，挑战模式的伦理生活是每个理性行动者有决定性理由采纳的生活。

反对论者会主张，我们的确有理性的能力回应理由的要求，但问题是为什么我要调用这种能力呢？正如每个人都有进行数学推理的能力，但并不是每个人都运用这种能力成为数学家。挑战模式的伦理生活固然好，但我并不打算这么做。对此，德沃金主张，

“我们是具有自我意识的动物，拥有自己的动力、本能、品味和偏好。为什么我们会希望满足这些动机和品味，这并没有什么神秘的。但为什么我们会希望拥有更具批判意义的好生活，就显得有些难解：当动力消失或者即使没有消失时，我们都会因拥有这种生活而引以为傲。只有当我们认识到我们负有过得好的责任，并且相信过得好意味着以这种批判的方式创造好生活，而不只是享乐的生活时，我们才能理解这种追求。”¹²

进而，

“这些批判性态度只对作如下想法的人有意义，即认为用自己的生命创造点什么什么是一件重要的事情，或认为自己负有一种在生命中创造价值的个人责任。它们对那些仅仅是碰巧想要某种生活的人没有意义。他们甚至完全不知道为什么感到遗憾。”¹³

¹² 【美】德沃金：《刺猬的正义》，周望、徐宗立译，中国政法大学出版社2016年版，第216页。

¹³ 【美】德沃金：《刺猬的正义》，周望、徐宗立译，中国政法大学出版社2016年版，第229页。

上述两段中，德沃金主张，如果我们拒绝接受挑战模式的伦理生活，就意味着我们拒绝回应理由的要求，而这对作为具有自我意识的人们来说，几乎是不可能的。对有自我意识的行动者来说，做任何行动都是自己意识的选择，而将自己的生活视为重要则是无可选择的。放弃这一点，做出主动的、有意识的选择，和那些偶然发生在我们身上的事，就无法划清界限，我们作为有自我意识的动物这一点，也将变得无法理解（make no sense）。甚至可以说，放弃这一点将意味着，我们将使得自己的生活丧失全部的意义，将自己降至和动物一样只凭本能做出行为。

因此，我们最好相信，自己事实上已经选择调用自己的理性能力，像一个理智健全的人那样活着，承认自己的生活具有客观的重要性。这里所说的“客观的重要性”是和主观的专断偏好相对应的概念，即承认我们的人生具有重要性，这是理性的要求，而不是我们随机形成的偏好。一旦承认人生具有客观的重要性，我们需要通过回应理由的要求，让自己的人生不至于虚度，那么挑战模式所构筑的伦理生活就是我们有决定性理由去过的。德沃金将这种承认自己的人生具有客观重要性的伦理原则，称之为“自我尊重”（self-respect）。¹⁴

（三）从伦理到道德

如果上面的论证大致不错，那么德沃金就为之前我们初步分析的道德要求，找到了一个合理性基础。他指出：

“在跟其他人打交道时，我们试图根据道德信念而行动，原因在于我们的自尊要求我们这么做。它之所以这么要求是因为，如果我们不承认每个人的生活都具有同等的客观重要性，我们便不可能前后一致地将我们自己的生活看成是重要的。我们可以——而且确实——期待他人接受最基本的人道原则。我们认为它是文明的基石。”¹⁵

这就是说，如果我们承认，挑战模式的伦理生活是人作为理性存在者唯一配享的合理生活，我们人生的客观重要性就来自于这种观念的话，那么就需要承认，这种观念也使得每个人的生活被赋予了平等的重要性。因此，当你在生活中应对各项挑战，让自己的生活变得精彩时，必须意识到别人的生活具有同等

¹⁴ 【美】德沃金：《刺猬的正义》，周望、徐宗立译，中国政法大学出版社 2016 年版，第 226 页。

¹⁵ 【美】德沃金：《刺猬的正义》，周望、徐宗立译，中国政法大学出版社 2016 年版，第 127 页，译文有改动。

的重要性，并因此对自己的行动构成了约束。换言之，我们必须以一种不偏不倚的视角，平等看待每个人生活的重要性。这正是道德所要求我们采取的观点。

16

不过，这并不是为道德提供辩护的终点。一些人会指出，即便我承认自己的生活和他人的生活具有同样的重要性，那么我会以我认为合理的方式前后一致地对待自己和别人，但这反而可能是不道德的。例如，A 是一个基督徒，当他意识到自己需要把异教徒和自己的生活视为同样重要，并以前后一致的方式对待别人时，他可能会将基督教的观念用来对待异教徒，因为这是在他看来合理且用来对待自己的方式，但这对异教徒来说显然是不道德的。

德沃金会指出，这种做法失之肤浅。承认他人的生活和我的生活具有同等的客观重要性，就意味着尊重对方生活中所包含的各种价值和目标，尊重对方做出的种种挑战和努力。将自己认为合理的做法强加给别人，反而是不尊重的表现。在德沃金那里，道德实际上表达了一种相互承认和尊重的人际关系。当我们进行道德思考的时候，是将自己置于这种人际关系所构成的道德共同体的视角进行思考，思考对“我们”来说确保不侵犯各方生活中所持理由，故而也是各方都有理由接受的彼此对待的方式是什么。

值得说明的是，在德沃金本人的论述中，理由的概念并不是基础性的，他本人是借助诠释性概念这种他所界定的特定概念类型，给出上述主张的。在他看来，道德价值的各种概念，在概念类型上就属于诠释性概念。

- 诠释性概念：共享一个诠释性概念的必要条件是，人们普遍承认这个诠释性概念包含了特定的价值，并且分享了关于这个概念的各种典范（paradigms）但对概念所包含的价值究竟意味着什么，则存在分歧。¹⁷

以正义为例。尽管人们对正义究竟意味着什么，存在大量的分歧，但多数人都承认，我们的确共享了正义这个概念。德沃金主张，人们所共享的是两方面的内容。一方面是，我们都在抽象的层面上承认，正义是一个具有重要价值的道德概念；另一方面，我们共享了很多正义的典范，即从直觉上说明是正义或不正义的情形，例如“奴隶制是不正义的”、“种族隔离是不正义的”、

¹⁶ 参见【美】德沃金：《刺猬的正义》，周望、徐宗立译，中国政法大学出版社2016年版，第279-282页。

¹⁷ 【美】德沃金：《刺猬的正义》，周望、徐宗立译，中国政法大学出版社2016年版，第174-176页。

“累进税率是正义的”等等。我们所争议的是，究竟是哪一组实质正义原则，能够前后一致地说明这些典范，并且体现出正义的重要性。罗尔斯主义者会认为是两项正义原则，而功利主义者会认为是最大多数人的最大幸福原则。

这里重要的是，包括正义在内的道德概念，它的存在依赖于一个论述社群（discourse community）。当我主张一个正义原则时，要想让他人合理地视为是一个正义原则，而不是我在发明某种新的原则，就必须尊重人们关于正义重要性和典范的共识。当我按照上述作为认识论的道德责任原则进行反思时，我并不是在一个私人的状态下，形成我自己的道德确信，“我”是作为道德社群中的“我们”中的一员，形成相应的道德确信。我固然是在系统化我自己的道德观念，但道德确信本身是建立在道德社群的“群体立场”之上的。这必然要求我考虑到同一个社群其他人的看法。最终，我从自己的观点看，最有理由接受的前后一致的原则，也应当是其他道德社群成员最有理由接受的原则。这是“我们”最有理由接受的原则。¹⁸

至此，德沃金完成了对道德的合理性辩护。简单总结一下。（1）作为有自我意识的理性行动者，任何有意识的行动都必然是回应理由的行动，而在自己的生活中引入价值和理由，就必然要求我们将自己的人生视为具有客观的重要性。我们在理性上有责任过好自己的生活。（2）的确存在理性上值得回应的好生活，这是一种挑战模式的伦理生活。这两点就构成了德沃金伦理观念的核心。（3）既然我们需要且能够过上客观上有重要性的生活，那么在对待他人时，同样需要尊重别人生活同等的重要性。这就要求我们以“作为认识论的道德责任”所要求的方式对待他人。这种责任要求我们以从自身的观念看，有决定性理由接受的道德原则对待他人。（4）道德概念是一种诠释性概念，预设了一个论述社群。（3）提供的理由使得我有理由站在道德社群的立场上反思，对群体来说有决定性理由接受的道德原则是什么，而不是我个人认为合理的做法是什么。这就将“他者”纳入了进来，说明了为何在道德事务上我必须考虑别人的理由这一点。这样，德沃金对道德合理性的辩护就完成了。

三、挑战模式的脆弱基础

从上面的论证看，德沃金对道德正当性的辩护，依赖于他所说的挑战模式的伦理生活。按照挑战模式的主张，生活的价值来自于我们通过有意识地行

¹⁸ 和范立波教授的一次谈话中，他促使我注意到道德概念作为诠释性概念，其中所预设的道德共同体的立场，而非诠释者私人的立场。在此特表感谢。

动，妥当地回应了生活中的各种挑战，从而具有了一种表现性价值。但究竟如何判断某个行动是否成功回应了相应的挑战呢？德沃金的回答变得有些含混。在一些地方，德沃金明确主张，这些标准是客观存在的，而不是我们主观创造的：

“他们主张是我们——渴望价值的人类——通过意志行为和命令行为，自己为自己创造了价值。这种策略是失败的，因为它们没有弥补激发价值的现象学。我们确实在创造自己的生活，但是我们创造生活的目标是实现价值，而不是试图创造价值。否则这些哲学家所赞美的为本真性而奋斗将是空洞的、没有意义的。我们的思考方式中无法避免一种假定，即价值独立于我们的意志或命令而存在。”¹⁹

上面这段话清楚地显示出，德沃金主张价值是独立于人们意志或命令存在的事实。但这段话同样包含了一个会导致含混的主张，即价值是独立存在的客观事实，这仅仅是一个“无法避免的假定”。这个假定是否客观上可被证实，德沃金在这里并没有明言。

不过，在讨论如何认识这些被假定独立存在的客观价值时，德沃金则进一步滑向了价值虚无主义的立场。德沃金主张，认识价值是否存在时，我们必须依赖“作为认识论的休谟法则”。

- 作为道德认识论原则的休谟原则：该原则主张，任何关于世界是如何的命题，无论作为一个科学意义上的还是形而上学意义上的事实问题，都无法给出一种情形，在这种情形之中——而不借助任何藏在缝隙间的某个价值判断——就能推导出这种情形应当是什么的结论。²⁰

德沃金究竟在何种意义上使用“价值”这个概念呢？我认为，德沃金支持的是一种“蕴含选择”的价值概念。在这种概念之下，某个事实是不是有价值，并不依赖于这个事实任何的客观特征，而依赖于我们是不是将这个事实主动选择视为是有价值的。换句话说，价值并非客观世界中的一部分，而仅仅

¹⁹ 【美】德沃金：《刺猬的正义》，周望、徐宗立译，中国政法大学出版社2016年版，第235页。

²⁰ 【美】德沃金：《刺猬的正义》，周望、徐宗立译，中国政法大学出版社2016年版，第45页，译文有改动。

是我们对客观世界投射的一种态度或观点：我们将某些事实“假定”或“视为”具有价值。这一点在德沃金主张的“整体性的认识论”（integrated epistemology）中有更清楚的显示：

“为了对关于如何判定什么是正确的理论进行检验，我们必须对什么是正确的做出假定。例如，我们的科学方法假定我们的光学和生物学信念的正确性，尽管我们用科学方法来证明我们的光学和生物学。整个知识结构是内在地联系自爱一起的，各个部分彼此相契合、共同进退。因此，认为某些认识论公理优先于我们的其他信念是一个错误。当然，认为任何具体信念优先于我们用这种交互证明的方式所提出的一般认识论，也同样是一个严重的错误。”²¹

这种整体性的认识论反对两种主张：（a）反对主张存在某种普遍的认识论原则，能够认识一切领域的真理；（b）反对主张存在某种普遍的真理，能够决定任何领域的认识论原则。按照这种整体性认识论，规范性领域的真和相应的认识论是相互决定和支持的。我们首先要假设（assume）存在某些有价值的事实，以决定采取何种与这些被假定的价值保持一致的认识论原则，以认识其余的价值。这清楚显示出一种虚无主义的观念：并不存在指涉蕴含不可还原的规范性属性的价值概念，某些事实有价值，只是因为我们将其“假设”或“视为”对我们有价值。

为什么我们“无法避免”假定这个世界存在客观的价值呢？德沃金最深层的依据，是诉诸于“我们是有自我意识的理性行动者”这个概念。自我意识意味着，我主动意识到“自我”的存在，这和动物纯粹受到其生物本能刺激而行动是不同的。我可以和我内部的各种欲望和冲动，拉开一个反思的距离，考虑“我”是不是真的要接受某个欲望成为“我”的一部分，并通过付诸行动去实现它。自我意识导致了我们可以在以下两种事实之间做出区分：我主动选择、并因此归属于“我”的行动，以及被动“发生”在我身上的事情。前者自然构成了“我”生活的一部分，而后者并不会被自动归属于“我”，比方精神病患在发病时，我们不会认为他此时做出的行动能被自动归属于他这个人，相反会认为她对自己的行动失去了控制。自我意识使得人们具有反思的能力，并能主动选择和构建自己的生活。

²¹ 【美】德沃金：《刺猬的正义》，周望、徐宗立译，中国政法大学出版社 2016 年版，第 98 页。

如果上述看法是稳固的，那么在主动选择如何行动时，人们势必会选择有价值的行动。但如果价值的存在如果仅仅是一个假定，某些事实仅仅是我们视之为有价值的，那么“遵循价值”这件事似乎仅仅是自我欺骗的闹剧。但德沃金并不这么认为。他强烈地指出：

“即使没有永恒的规划者，但我们自己是规划者——具有鲜明的自我尊严意识和好坏生活意识的凡人规划者，我们可以创造或承受这种好的或不好的生活。在回应什么东西是碰巧存在的这样的问题时，为什么我们不能在自己所创造的东西中发现价值，就像我们在艺术家或音乐家创作的东西中发现价值一样？为什么价值必须依赖物理现象？根据这种观点，正是那种认为伦理价值依赖于永恒的观点，以及伦理价值可能被宇宙学所摧毁的观点，看起来是荒谬的。它只是违背休谟定律的无尽诱惑中的又一个例子而已。”²²

德沃金在这里的看法似乎已经非常接近于某种表达主义立场。这种立场主张，这个世界客观上并不存在任何价值，当人们主张X是有价值的，仅仅是“表达”了自己对其赞成或支持的某种态度，例如“哲学是有价值的”在语义上等同于“我赞成做哲学”。很多艺术家或音乐家在自己作品中发现的价值，往往可被视为是对对自己所从事事业深层次的赞成或欣赏态度。²³

不过，德沃金指出，表达主义在根本上依然是一种会危及到“价值独立于我们的意志或命令而存在”，因为这种看法依然区分了规范性主张的两个层次。在内在的层次上，人们的确承认“价值独立于我们的意志或命令而存在”，但在外在的层次上，关于价值的各种主张仅仅是人们主观态度的表达，事实上客观世界中并不存在任何独立的价值。显然后一个主张和价值的独立性发生了直接的冲突。表面上看，德沃金在这里存在了一个明显的不一致。表达主义者明确承认，客观世界中并不存在任何独立存在的价值，这的确和德沃金“价值独立于我们的意志或命令而存在”的看法相冲突，但在德沃金自己的理论中，这一主张也仅仅是一个“假定”。虽然这个假定是“无法避免的”，但

²² 【美】德沃金：《刺猬的正义》，周望、徐宗立译，中国政法大学出版社 2016 年版，第 239 页。

²³ 德沃金在《刺猬的正义》中明确指出，表达主义的两位代表人物吉巴德和布莱克本都亲口承认，自己的主张和德沃金的主张非常相似。【美】德沃金：《刺猬的正义》，周望、徐宗立译，中国政法大学出版社 2016 年版，第 68 页。

这并不改变它是一个假定的事实，也不改变德沃金并没有直接承认客观世界中存在独立价值的事实。

在我看来，德沃金和表达主义者之间最根本的区别在于，表达主义主张，关于价值的陈述，仅仅是表达了行动者对相关事实的主观态度，而非陈述了某种客观存在的事实。德沃金则比表达主义的主张更进一步。他认为，尽管客观世界中并不存在独立的价值，但将某些事实视为是有价值的，也并非只是取决于行动者的主观态度和偏好。人性中客观的事实，决定了某些事实必然被视为是有价值的。前文提及，如果我们接受“自我意识的理性行动者”这个身份，那么必然需要将自己的生活视为是有价值、有客观重要性的事实，否则这个身份将毫无意义，而我们不可能拒绝这个身份。可以看到，德沃金的元伦理学有一抹很强的康德主义的色彩。一方面，价值的确不是外在客观世界中存在的固有属性，而是由具有能动性的行动者“赋予”给这个世界的，但另一方面，这种赋予也并不是偶然的，而是人作为具有自我意识的行动者必然会做的——正是因为德沃金前一方面的关切，使其拒绝了摩尔式的形而上学实在论，而后一方面的关切，则使其拒绝了与表达主义的合作。²⁴

然而，德沃金的元伦理学立场也并非稳固的。如果价值是由具有自我意识的理性行动者赋予这个世界的，那么进一步的问题是，为什么人们要承担这个角色呢？存在两种可能的回答，一种是这是由我们人的心灵结构所决定的，具有自我意识，这是一个显明的心理学事实。如果价值领域的存在只是建立在这个心理学事实的基础上，那么追求价值的行动在性质上就等同于膝跳反射这样必然存在的心理学或神经学现象。没有人会考虑，当膝盖被敲击时，我们是否有理由让腿向前踢。这是因为这件事并非是由理性所控制，而是基于神经的生物学原理必然会发生的生理现象。它就是一个赤裸裸的生物学事实，和价值与规范性毫无关系。

另一种回答则是，这种角色是我们“应当”承担的。如此的确能说明，围绕该角色得以可能所构建的规范性条件对我们的约束力，但问题是这里的“应当”是什么意思？唯一的合理解释是，“应当”意味着这个角色本身是有价值的，我们有决定性的理由接受它。但如此一来，价值和理由就必然优先于自我意识的理性行动者的概念，而非完全是由后者推导出来的。这就使得德沃金不得不倒向一种比他自己所辩护的实在论更强劲的实在论版本，即价值属性是这

²⁴ 【美】德沃金：《刺猬的正义》，周望、徐宗立译，中国政法大学出版社2016年版，第68页注释2。

个客观世界中固有的一种属性，而非是由行动者带入或赋予这个世界的。但德沃金对此明确予以拒绝。

在我看来，对德沃金最同情的理解是：我们人具有自我意识，这是人之为一个基本事实。该事实固然建立在某些心理学事实的基础上，但自我意识本身并不能完全还原为一种因果性的生物心理学事实，它和膝跳反应并不相同。人性中的这个基本事实，决定了我们必然进入到规范性领域，任何尝试论证我们有理由拒绝进入规范性领域的主张，都是不融贯的。²⁵但德沃金又拒绝规范性领域是一个独立存在的客观领域，规范性属性只是我们“假定”或投射到自然事实上的。这导致他必须说明，我们作为自我意识的行动者，是如何自行创造价值，进而反过来指引自身行动的。这个尴尬的问题，使得德沃金不得不向某些浪漫主义、存在主义等立场靠拢，提出了挑战模式的概念。挑战模式的根本要点，就正如前述引文提到的，是我们将自身视为如上帝那样的规划者，将人性中内在的美和精彩展现出来。这种模式的伦理生活的价值，最终来自于某种审美体验，这种体验是很主观和神秘的。不过德沃金确信，我们有理由承认，审美体验固然难以澄清，但至少和纯粹的主观偏好是不同的。我们面对浩瀚的星河，会感到一种切实的崇高感，这种崇高感来自于对宇宙精妙构造的赞叹。这是有理性的人都会或多或少感知到的，并非是一种纯粹任意和主观的个人偏好。²⁶

然而，德沃金并没有给审美体验更多的界定，这使得建立在此基础上的挑战模式的价值变得暧昧不清。固然可以承认，从直觉上说，审美体验似乎的确和纯粹的主观偏好有所不同，但也不能忽视，在很多情况下，某些人执着地做着自认为有价值的事情，不断挑战和突破，但内行人看来，这些行为只是缺乏判断力所导致的盲目和狂热，国内大量出现的所谓“民科”或“民哲”就是生活中的典型，而这种盲目和狂热显然是没有价值的。德沃金的挑战模式无法和这种盲目狂热的生活划清界限，这使得这种生活方式很容易蜕变成一出荒诞剧：我们认为有价值的事实，无非是另一种盲目和狂热罢了。但很显然，这和我们对生活的基本理解发生了直接的冲突。有理由相信，ISIS 所宣传的极端主义和恐怖主义是一种盲目和狂热，而我们所坚持的诸如知识、友谊、家庭等好生活的基本善，和 ISIS 所鼓吹的教义在本质上是不同的。挑战模式很难在概念

²⁵ 德沃金将这些主张称之为外在怀疑论。

²⁶ 德沃金在去世前的最后一本书《没有上帝的宗教》中已经开始讨论审美活动的结构和原则，但很遗憾这本书并没有最终修订完成。现在出版的《没有上帝的宗教》仅仅是德沃金没有系统修订的一个演讲稿。参见【美】德沃金：《没有上帝的宗教》，於兴中译，中国民主法治出版社2015年版。

上清晰地阐明这两者之间的界限，这使得这种模式并非是一种有价值的生活方式，遑论它必然会被每个理性行动者接受。这样，建立在这种生活模式之上的对道德合理性基础的辩护，也就失败了。

四、规范性属性的存在

在我看来，阻碍德沃金承认存在包括价值在内的客观规范性属性的，是他在存在论上的某种担心。德沃金预设了一种“存在”的单一观点：

- “存在”的单一观点：人们是以单一的意义使用“存在”的概念。²⁷

在自然科学领域，人们主张X是存在的，往往意味着客观世界中存在着X的实体。而自启蒙运动以来，自然科学取得了巨大的成功。因此，自然科学上对“存在”概念的理解，就具有相当强劲的吸引力，我们很难否认它的正当性。但如果承认自然科学所定义的“存在”是唯一合理的，那么以这种概念看，要想主张存在客观的规范性属性，就只能同时主张在形而上学领域存在古怪的规范性实体——规范性属性显然不可能是自然界存在的实体。这将招致无法解决的难题。人们通过回应理由的要求而行动，就会变成类似月亮引起地球潮汐那样的古怪现象。这显然是错误的。如果主张存在不可还原客观的规范性属性，必然需要同时主张存在古怪的实体，那么这种观点肯定站不住脚。

德沃金所持有的这种存在的单一观点并不正确。鉴于本文的主旨，我不打算做太过详细的元伦理学讨论。其实诉诸基本的直觉，我们也能拒绝单一观点。如果采纳这种观点，我们会发现很多重要的真理都将变得无法理解。比方说， $1+1=2$ 是一个基本的客观事实，而“可能性”（possibility）是一个客观存在的模态事实——如果可能性不是一个客观事实，那么当我们看到飘来一片雨云时主张，“很有可能要下雨了”就变得无法理解了，但这两者都不是关于世界存在着什么实体的描述性陈述，也不预设世界存在着数学或模态实体。因此，相较于单一观点，我们应该接受一种帕菲特所说的“存在的多元观点”，

- 存在的多元观点：存在一种广义和普遍意义的“存在”概念，它使得我们能够主张，存在特定的某些事实。我们同样可以在上述更狭义的

²⁷ Derek Parfit, *On What Matters*, vol. II, Oxford University Press, 2011, p. 469.

意义上使用“存在”，在这种意义上，主张某物存在就是指它存在在这个自然世界之中。²⁸

在这种多元观点下，包含了广义和狭义两种存在的概念。这样我们就能不相互矛盾地说， $1+1=2$ 是一个客观存在的事实，但这并不等于主张在世界中实际上存在着对应的数学实体。同样的逻辑，我们可以主张，为了让自己高兴而折磨他人，这个行为客观上是错误的，并不取决于任何人的主观选择，但这个主张并不意味着，承认世界中实际上存在着某种古怪的规范性实体。总之，当我们意识到，“存在”存在着多元的理解，就能理解即便否认规范性属性的存在是由我们的主观选择所决定，也并不必然只能接受，规范性属性是某种实际存在着的古怪实体，从一种广义的、普遍的观点看，我们完全可以理解这个主张：存在着客观的规范性属性，但同时世界中实际上并不存在任何对应的规范性实体。

那么，我们该如何理解“存在规范性属性”这个主张呢？帕菲特指出，当我们使用“属性”这个概念时，往往是在“描述契合”的意义上使用，而这种用法并不必然承诺任何存在论层面的实体。

- 描述契合意义：它与我们用来指涉它的描述性词语或短语相契合。

²⁹

举例来说，

- 这座楼房可以居住。
- 这座楼房具有可居住性。

此处“可居住性”就是在“描述契合”意义上存在的属性。当主张这座房屋具有可居住性的时候，并非是作出任何有关客观世界存在着什么实体的陈述，而只是表达这座房屋具有“可以居住”这个短语所描述的那种客观的状态。这种状态是客观存在的事实，而非人们主观臆测出来的。

类比上面的例子，我们就能理解以下两个规范性主张：

²⁸ Derek Parfit, *On What Matters*, vol. II, Oxford University Press, 2011, p. 469.

²⁹ Derek Parfit, *On What Matters*, vol. III, Oxford University Press, 2017, p. 67.

- 为了让自己高兴而折磨他人，在道德上是错误的。
- 为了让自己高兴而折磨他人的行为，具有道德上的错误性

(wrongness)

第二个主张指出，某种行为在道德上具有错误的属性，并不是在作出任何实际上存在什么实体的主张，而只是强调这种行为具有“在道德上是错误”的这个短语所描述的那种客观的规范性状态或地位，即人们在道德上将给予这种行为负面的评价作为回应。这种状态在客观上是有合理理由支持的，而非任何人的主观偏好或选择，并没有认为或预设存在“错误性”这种古怪的规范性实体。在这个意义上，我所辩护的立场可被称之为一种“非形而上学的实在论”。

一些人可能会指出，这种实在论和德沃金持有的观点之间，并无本质的不同。这两种观点都反对存在某种古怪的规范性实体，都认为规范性属性是不可还原的。只是我在这里区别了两种不同的“存在”概念，使得我们能以可理解的方式，谈论某种非实体意义上的存在，似乎并没有比德沃金“不可避免的假设”的说法更进一步。但我认为这种看法失之肤浅。尽管我同样拒绝存在古怪的规范性实体，但这不等于规范性属性就仅仅是一个假设。以上述方式理解规范性属性，是将规范性理解我们人和外在自然世界的某种特定关系。这种关系是指，外在世界的某种客观结构或自然属性，能够使得我们这种拥有特定心理学或生理学特征的存在物，以一种妥当的、生活得到繁盛的方式存在，这样前者就具有了规范性属性。例如，化学物质的某种结构，能够杀死微生物，这对我们这种易受微生物侵袭和感染的生物来说，显然有助于我们过得好。抗生素是一种有价值的产品，这是一个明显的事实，而非一个假设。

从另一个角度说，将规范性属性视为某种假设，与其说解决了问题，不如说只是粗暴地打断人们对问题的追问。这些假设仿佛是随机或偶然产生的，无法解释其合理性基础。以上述方式看待规范性属性，则清楚地显示出这些“假设”并不是偶然和随机的，而是和外在世界和我们自身的客观属性紧密相关的。对规范性议题的反省，在根本上并不仅仅是对应当如何行动的反省，而是对自我理解 (self-understanding) 的反省。这实际上也和德沃金所在的康德主义阵营，对规范性的某种深层观点保持一致。该阵营的代表人物考斯嘉德就曾指出，相较于之前的规范性理论，休谟的理论最重要的贡献在于，意识到对规范性的讨论并不是针对外在世界存在着什么的讨论，而是对我们自身的理解和讨论，关涉到什么是“好”的，而康德吸收了 this 看法，从我们人性的内部寻找

规范性的来源。³⁰在这一点上，我所辩护的实在论同样认可这个看法。规范性属性的确根植于我们对自身属性的理解，并以此来判断外在世界的客观结构，有哪些会帮助我们的生活实现繁盛。

不过，这两种观点的区别也是明显的。对包括德沃金在内、倾向于康德式立场的学者来说，规范性领域的核心议题就是关于如何行动的议题。他们在人性内部寻找激发行动的内在动机时，排除了主观欲望之后，主要将注意力集中在意志的概念上，并尝试在这个概念内部安置各种法则和属性。对德沃金来说，价值就是一个有自我意识的行动者中必然意欲的内容，故而是一个“不可避免的假设”。但对非形而上学的实在论而言，在根本上并不认同实践推理的全部内容都是关于如何行动的，相反关于如何行动的各种反省，要建立在对自己和外在世界的理解之上，单纯的意志并不能产生任何规范性属性。³¹

在澄清了规范性属性本身的性质之后，就能回应一个在认识论上对实在论的批评。这个批评指出，如果规范性属性是某种客观存在的属性，那么我们该如何认识这种属性呢？难道我们人类有某种类似视觉、听觉的某种感观，使得能够感知这种属性吗？传统的形而上学实在论在面对上述批评时，的确难以给出合理回答。如果规范性属性是一种存在的实体，而这种实体又不是通过听觉、视觉等生理上的感观所能感知的，那么似乎只能承认我们人具有某种特殊的感官来感知外在的这些属性。这显然很荒唐。

对非形而上学的实在论而言，则不存在认识论上的困难。规范性属性并不是某种独立存在的实体，而是一种行动者和外在世界的某种客观的关系。理解这种关系并不需要神秘的感观系统，而只需要以正确的方式思考我们自身和外在世界即可。抗生素的化学结构使其能够杀灭微生物，而我们人在生理上易受微生物的侵袭，导致极为严重和可怕的疾病，这些疾病将使得我们生活变得非常悲惨，因此抗生素对我们来说就是有价值的，我们有理由生产和推广使用它。在这中间并不需要任何神秘的独立感观，而只是对我们和外在世界有正确的认识即可。当然，按照这种观点，做出规范性判断，在根本上要依赖一些基本或纯粹的规范性判断，比方说在上述关于抗生素的推理中，在根本上要依赖

“疾病产生的严重痛苦对好生活来说是负面的，我们应该避免它”。帕菲特、斯坎伦等学者主张，这些判断是需要诉诸直觉就能准确做出。³²这个说法略显神秘。在我看来，这里的直觉同样不是指某种神秘的感官，而是指疾病所产生的生理痛苦，对好生活的负面影响是如此明显，以至于不需要做任何进一步的解释，有理性的人就能注意到这一点。总之，尽管本文对规范性属性的存在和认

³⁰ See Christine M. Korsgaard, *The Sources of Normativity*, Cambridge University Press, 1996, pp. 90-91.

³¹ See Derek Parfit, *On What Matters*, vol. II, Oxford University Press, 2011, p. 424.

³² See Derek Parfit, *On What Matters*, vol. II, Oxford University Press, 2011, p. 490.

识的讨论是初步的，但这里的讨论亦非打算正面回应所有怀疑论的挑战，而仅仅是对德沃金的理论做出修正，后者并非是一个彻底的怀疑论者，因此本节做出的修正，我认为德沃金是有理由接受的。³³

五、实现模式与道德的合理性基础

（一）实现模式

如果上述对规范性属性的辩护大致是可靠的，那么这就要求我们在伦理议题上采取一种实现模式的观念。实现模式主张，一个行动是“好的”或“有价值的”，就意味着它回应和实现了某些客观规范性属性的要求，而当人们在生活中实现和回应了各种规范性属性的要求，那么这种生活就是好的或值得一过的。相较于挑战模式，实现模式显然是对好生活更充分的理解。首先，由于实现模式主张，规范性属性是客观世界的一部分，而非我们假定或带入的，那么这种模式就能清晰地和某种狂热和盲目的生活方式相区分——后者的行动并没有回应任何客观规范性属性的要求。这是最明显和直接的优势。

其次，实现模式的说明力或解释力比挑战模式要强很多。即便在艺术领域，如果主张《格尔尼卡》的价值，只是来自于毕加索创作这幅画的行动所展现出的一种表现性或表演性的价值，这似乎非常古怪，似乎毕加索更像是一个表演艺术家或舞台艺术家。即便承认毕加索的创作过程是有价值的，但我们依然相信《格尔尼卡》的价值不可能被完全还原为毕加索一连串的挑战行动本身。从实现模式的观点看，毕加索的创作行动是在不断回应“审美”这个价值的要求，的确有其独立的价值，但《格尔尼卡》这幅画本身作为最终回应的结果，它本身将抽象的价值具体地实现了出来，让我们得以接近和欣赏，这也是有价值的。如果这幅画本身被毁掉，这种特定形式的美也就消失了。

对于平常人的生活而言，我们结交朋友、与伴侣结婚组成家庭等等，这些行动固然包含了表现价值，但如果说我们做这些事，就是为了像舞台艺术家那样表现自我，同样是古怪的。对实现模式而言，我们做这些事，是为了在生活中得到友谊、爱情、家庭这些客观且重要的价值。我们不仅在乎自己在这个过程中做了什么，也在乎最终实现的目标或结果。这显然是一个更完整的说明。对德沃金来说，由于没有客观的规范性属性的概念，他无法说明常人生活中，种种行动结果的价值，毕竟如果将“结果”的评价仅局限在，改变了世界发展

³³ 类似的主张可参见郑玉双：《价值一体性命题的法哲学批判：以方法论为中心》，载《法制与社会发展》2018年第二期。

的走向等经验可观察的方面，那么常人的生活的确没有多少所谓“产品价值”。但我们做事的确不都是、甚至在绝大多数情况下都不是为了表现自我，而是去实现什么、促进什么。这是挑战模式很难解释的。对实现模式来说，这都不成问题。我们评价行动的目标以及结果，关心的不是在多大程度上行动能改变经验所能观察到的世界，而是行动是否真的实现了某些客观的价值。一个平凡的人，在自己的生活中真正通过自己的行动，求得了知识、爱情、友谊等等，那么所得到的真知、伴侣、朋友这些结果，当然是有价值的，哪怕这些结果对世界走向影响甚微。

最后，从既有的文献脉络看，德沃金用以说明挑战模式价值的“表现价值/产品价值”的区分，在康德那里就已经出现。但根据帕菲特的整理，康德本人也并不认为所有重要的伦理价值都能被还原为表现价值。生活中依然会有诸多产品价值值得追求，而这些产品价值的价值所在，并不在于产生了某种经验可观察的巨大结果。这些价值中包括“善良意志”“目的王国”“最高的善”等等，这些价值很显然不能被还原成任何自我表现或自我表达式的价值。³⁴

总之，实现模式对好的伦理生活给出了一个更充分和全面的回答。作为理性行动者，实现模式所描述的生活方才是每个人都必然接受的合理生活。拒绝这种生活方式，意味着拒绝合理行动，而拒绝合理行动在任何情况下不可能被视为一种合乎情理的好生活。以这种伦理观念为基础，我们可以初步为道德提供一个更坚实的合理性基础。

（二）道德的合理性基础

按照实现模式的看法，好的生活在于回应和实现客观规范性属性的要求，那么要阐明道德约束的合理性基础，就必须说明这种约束来自于何种客观上具有规范性的事实。并且特别要注意的是，某些客观世界的事实具有规范性属性，能够给出实践性理由，但可能同时存在其他能给出近乎相同分量理由的事实。在这种情况下，我们有自由进行选择，正如哲学和绘画同样都是有理由从事的活动，我可以在这两者之间选择。但道德对人们施加的约束并非建立在人们主动选择的基础上，无论你是否选择或同意，都将受到道德的约束。因此，道德所给出的理由是决定性理由，它直接决定了我们应当如何行动。因此，对道德约束的合理性说明必须有足够的强度。

³⁴ See Derek Parfit, *On What Matters*, vol. I, Oxford University Press, 2011, pp. 239-240.

这个说明并不复杂。尽管在很多情况下，客观世界或对象所给出的理由，都不具有决定性的力量，我们在这些情况中都有自由，合理选择回应某个特定的目标而忽视其他目标。但正如我们所提到的，无论选择何种目标，选择的范围都只限于在真正具有规范性属性的诸种事实，我们有决定性的理由不去做没有任何客观理由支持的事情。其中，“无谓的痛苦”就是一项客观上绝不可能有理由去做的事情。痛苦本身带来的一连串负面的生理和心理体验，这些客观的事实，给予了我们决定性的理由避免无谓的痛苦。这里要注意两点。首先，一些人会提到，某些痛苦可能会带来有价值的结果，比方说某些艺术家故意让自己陷入痛苦以创作出卓越的作品。此时，痛苦是作为追求有价值的目标而出现，因此它并不是“无谓的”。同时，追求痛苦的人也正是意识到，痛苦本身将导致很多负面的、难以忍受的生理心理体验，才会用其作为追求艺术上卓越的手段。而对不追求这些艺术目标的普通人来说，这些负面的生理心理体验本身，显然是有决定性理由予以避免的。

其次，对动物而言，痛苦可能仅限于生理上的痛苦，但对人来说，痛苦并不仅限于此，我们能感受到更复杂和深刻的痛苦。概言之，这种痛苦来自于，我们自己所选择和塑造的生活，被专断地入侵和否定，我们不能继续以自己愿意的合理方式生活。这种痛苦对很多人来说，甚至比失去生命还可怕。20世纪大量的政治灾难都在反复说明这一点。很多邪恶政权强制要求某个特定社群的人，改变宗教信仰、政治观念，甚至拒绝合理的亲情和友情等等；某些生活方式和人群被视为是“二等公民”而遭到区别对待甚至赤裸裸的强制隔离。当然，遭到这种对待的人们，也进行了大量的斗争。从中我们能很明显地看出这些专断做法所带来的严重痛苦。

故而，“避免无谓的痛苦”如果是每个行动者都有决定性理由去做的事，那么在考虑“我们应该如何彼此相待”的道德议题时，各方也必然会同意，不能在彼此交往中制造无谓的痛苦，而这一点就会对人们在彼此对待时施加不多但严厉的自我约束。概言之，无论我们如何对待别人，至少都不能采取以伤害他人，制造痛苦的方式。这并不是因为任何审慎或策略性的理由，而就是关系到你怎么理解你自己的生活。如果你承认自己是理性的，那么就应该承认，制造痛苦这件事本身就是没有理由去做的。而正因为人所能感知到的痛苦不限于生理上的痛苦，更重要的是要尊重这个人选择的合理生活方式，因此道德会进一步要求，我们在行动时，必须意识到他人生活的平等重要性，不能以破坏牺牲他人合理生活的方式，达成自己的目标。这也就说明了，在实践中为何道德的要求似乎总是从一个不偏不倚的视角发出的，以及我们为何会有理由接受这

个视角发布的命令。因此我相信，基于伦理生活的实现模式，我们对道德已经初步提供了一个稳固的合理性基础。

当然，按照这种主张，道德也会约束我们不能以某种残忍的方式对待动物。动物同样能够感知痛苦，不要制造无为痛苦的要求，同样会禁止我们以这种方式对待动物。这样，道德似乎就不像某些理论家所言，其约束力只限于我们人之间，而这似乎同样是我们对道德的基本理解。这一点基于实现模式所提供的上述论证的确无法说明。但我认为，这并非终局性地证明了上述论证是错误的。首先，现在越来越多的人合理意识到，动物也享有不受到某种对待的道德权利，“道德的约束仅限于人们之间”的主张存在合理争议。其次，退一步说，即使这个基本理解并无太大争议，也并不意味着上述论证是错误的，出错的很可能是大众对道德的基本理解。鉴于本文的主题，我不打算在这里展开对动物权利的讨论。从既有的讨论看，反对者无法构想出一种连贯的道德观念，将道德要求的约束力仅限于人们之间。这就是说，尽管道德的核心议题是，“我们如何彼此相待”，但我们彼此相待的合理方式，将同时赋予其他动物获得某些对待的权利，这些权利和我们所享有的相应权利在性质上是一样的，都是道德权利。

结论

本文检讨了德沃金对伦理和道德相统一命题的论证。我指出这个命题的目标在于说明道德的合理性基础，而如果这个命题成立，则意味着道德并非是处在每个人好生活之外的某种社会禁忌式的盲目约束，而是每个人好生活内在的组成部分。毫无疑问，这个命题是否成立，对每个真诚对待道德、将其视为正当约束指引自己行动的人来说，都是重要的。

德沃金对伦理和道德统一性的说明，建立在他对好的伦理生活的看法之上，这种看法被称之为挑战模式。挑战模式主张，好的生活在于妥当地应对各种挑战所产生的一种表现性价值。挑战模式说明了，每个平凡人的生活都具有独一无二的伦理价值。正因为如此，当我在认真对待自己的生活，努力面对挑战时，也有理由意识到，其他人的生活对他们的所有者来说，具有同等的重要性。这就赋予了我一个理由，以道德所要求的不偏不倚的观点对待我自己和他人的生活，不能为了让自己过得好，而不惜侵犯和损害别人的生活。这就为道德在伦理生活中找到了安置之处。

然而，我也指出，挑战模式并非是一种合理的伦理观念，遑论让每个理性行动者接受。这种观念无法明确在客观上真正卓越的挑战，和纯粹的盲目和狂热之间做出明确的区分。导致这一缺陷的深层原因在于，德沃金在元伦理学上拒绝承认存在客观的规范性属性。没有这些客观的属性作为标准，人的意志和行动必然是盲目的。我们不可能在一个事实上毫无价值可言的地方，假装过上一种有价值的生活。即使有人真诚地这么做，只能显示出这种生活的悲凉：它就是一出自我欺骗的荒诞剧。

不过，德沃金拒绝存在客观规范性属性的理由并不充分。相反，如果澄清“存在”概念的复杂性，可以看到的确存在客观规范性属性存在的空间。主张存在某种属性，并不必然要主张存在某个实体与之相符合。在元伦理学上，非形而上学的实在论是一个更合理的立场。基于这个立场，伦理生活的实现模式就是一种合理的生活方式。这种生活方式要求我们去追求和实现客观上真正重要之事，同时赋予我们决定性的理由，去做明显不理性的事情。其中制造无谓的痛苦就是一个有决定性理由不去做之事。正因为这一点，我们在彼此相待时，就会主动施加自我约束，承认和尊重彼此生活的平等地位，避免侵犯别人的生活，给他人制造生理或心理上的痛苦。这正是道德所要求我们的。

论功利原则

翟小波, UMAC

Table of Contents

功利原则不同于功利主义.....	3
功利原理与功利原则.....	3
什么是功利原则?	4
对功利原则的挑战.....	6
心理快乐论成立吗?	6
Q1: 行为、欲望和避苦求乐.....	6
Q2: Self-defeating的避苦求乐.....	6
Q3: 人总在计算吗?	6
A1: 万念之根/多样性/普遍而必然?	7
A2: 控欲: 忍小苦求大乐。	8
A3: 疯子也计算。	8
苦乐可以计算吗?	9
白日梦?	9
简单的回应.....	9
边沁完全意识到了这些批评所指出的问题.....	9
Philip & Harrison: 认真的计算.....	10
人们在计算.....	10
不必精确, 靠谱就行.....	10
七大标准指导计算.....	10
计算之难: 强度, 缺乏统一度量.....	10
对行为的观察&道德心理学.....	11
苦乐的客观性.....	11
Nirvana Fallacy/具有数学基础.....	11
Postema.....	11
Calculus as Reason-giving.....	12
自然主义的谬误?.....	12
定义的与推出的.....	12
道德原则vs道德判断.....	12

定义上的自然主义，但不是谬误.....	12
边沁没犯推出的自然主义谬误.....	13
PS的辩护.....	13
RH, XZ & GP.....	14
功利原则的证立justification.....	14
无需证明的第一原理。.....	14
间接的证明.....	14
有意义的原则.....	15
道德原则的公共性: against asceticism.....	16
以自然主义为基石的情感主义.....	16
快乐作为目的?	17
从自利到公利?	18
快乐的量与质/道德问题作为智识问题.....	19

本文介绍功利原则的含义、对它的证成、它常遭遇的批评和对这些批评的回应。【功利原则的重要性+正确性，简述这种重要性中西观念史上的体现，历史与现实的影响（英国法制改革、世界影响 Bentham around the world、中国、当今世界 peter singer, effective altruism）】。

功利原则不同于功利主义

功利原理与功利原则

边沁的《道德立法原理导论》的开篇说道：

自然把人类置于痛苦和快乐这两大主宰之下。是痛苦和快乐，也仅仅是痛苦和快乐指明了我们应该做什么，也决定了我们会做什么。一方面，正确与错误的标准，另一方面，因果关系的链条，都取决于这两大主宰。它在行为、言说以及思想等所有方面支配着我们。我们要摆脱它的奴役的每个努力，只会证明和确认我们对它的服从。表面上，一个人也许可以声称弃绝它们的帝国，但事实上，他将依然时刻从属于它。功利原则承认

（recognize）这种从属性，把它假定为功利原则之体系的基础，而这个体系的目的就是用理性和法律的手段来建造一个福乐的大厦。ⁱⁱ

The principle of utility is the foundation of the present work: it will be proper therefore at the outset to give an explicit and determinate account of what is meant by it. By the principle of utility is meant that principle which approves or disapproves of every action whatsoever, according to the tendency it appears to have to augment or diminish the happiness of the party whose interest is in question: or, what is the same thing in other words, to promote or to oppose that happiness. I say of every action whatsoever, and therefore not only of every action of a private individual, but of every measure of government.

这是道德哲学里著名的两段话，被不断诠释。第一段讲这两段话谈到了两个 principles，为区别它们，我给它们以不同的翻译，一个是避苦趋乐的心理学原理，另外一个为功利的道德原则。这两段话包括两个要点，第一是说明功利原则的含义；第二是说明避苦趋乐的心理学原理与功利的道德原则之间的关系。

什么是功利原则？

什么是原则？

功利原则是一个原则。原则是什么？边沁在脚注里说，一个原则就是一种情感、心态 (sentiment) 或想法，一种心理现象。

评价的对象：任何行为

这种 sentiment 可以被用作标准，来评价 (认可与否定) 任何行为 (every action)。评价的对象是任何行为 (every action)，包括私人行为和公共的立法与政策行为。

评价的根据

如何评价？如何认可与否定呢？根据某个行为貌似具有的 (appears to have) 那种增加或者减少相关主体的幸福的倾向 (tendency)，这种倾向是这个行为的一种属性 (property)。作为评价之根据的、对相关主体的幸福的影响，是该行为对它貌似会产生的 (appears to have) 影响，而非真真切切地已经产生了的影响。评价的根据是该行为对相关主体的幸福的影响，而相关主体涉及一切相关主体；边沁没有把相关主体的范围限定于直接利害相关者，而是包含一切利害相关者。[幸福作为个人体验，共同体与个人，边沁的个人主义。]

作为最大幸福原则

功利原则又被称作最大幸福原则，边沁后来也倾向用最大幸福原则。功利是人的行为的一种属性，是它对相关主体的幸福会产生影响。但一种属性怎么会

成为一个原则呢？ 这里的关键在于我们考察的受某个行为影响的主体的范围。关于幸福的计算，边沁提出了七个指标，包括强度，持久性，确定性，远近，丰孕性，纯度和广度或数量。广度即受某行为影响的主体的范围。边沁强调说，当我们考虑到一个行为影响到的主体的范围和数量、并且根据它对最大多数主体的幸福的影响来评价该行为时，我们的这种心态就升华成了功利这个道德原则。边沁说，是我们顾念的相关主体的数量在最大程度上把一个心理事实（或心态）转化成了功利的道德原则。

仁慈、无偏私、开明立法者（佛）的视角

在计算相关主体的幸福时，每个人都只算一个人。ⁱⁱⁱ功利原则的视角实际上是一个仁慈、无偏私（impartial）、开明的立法者的视角。关键要素是快乐与痛苦的总量，而非某特定主体的快乐与痛苦。这与佛教伦理学有一些相似。功利主义刚被介绍到东亚时，日本及中国学者在翻译 utility 一词时很费了一番脑筋。最后，多数接受了“功利”这个特别引人误解的译法。但即便在早期，这也是一个颇有争议的译法。日本学者小野梓写了第一篇介绍边沁功利原则的论文，取名为《利学入门》，其中，他特别提醒读者，他所说的“利”是大乘佛教中“大利”的“利”，而不是一般私利的“利”。梁启超首先系统地把边沁的功利学说介绍到中国，他也强调功利原则与佛教伦理学的近似性。（需要引用相关文献以说明之）

公共原则和私人原则

边沁的功利原则体系的理想是用法律和理性的手段来建构公共福乐的大厦。功利原则既是公共政策和立法的原则（作为公共原则），也是私人作为人处世的原则（作为私人原则）。作为公共原则，它所受的质疑要少于它作为私人原则所受的质疑。我们这里讨论它本身（不论是作为公共原则，还是作为私人原则）所遭遇的质疑。

对功利原则的挑战

心理快乐论成立吗？

功利原则具有两面性：它既是一个心理学原理；也是一个道德原则。作为心理学原理，它也被称为心理快乐论。边沁说，他的功利原则“承认”心理快乐论，并以它为“基础”。心理快乐论成立与否，对功利原则的命运会产生重要影响。

iv

对功利原则的一类批评就是针对心理快乐论，主要有以下几项。

Q1：行为、欲望和避苦求乐

第一，很多时候，导致人的行为的心理运作（psychological/mental operations）与避苦求乐没有关系。[JB’ s ontology, theory of real and fictitious entities] 具体说来，心理快乐论混淆了欲望与快乐。欲望与快乐不一样，人们的行为是由欲望促动的，并不总是由对快乐的追求所决定的；快乐或许是欲望满足之后产生的附随的心理感受，但欲望的满足与快乐的获得之间并不是直接的正相关关系；人并不总是追求快乐，尤其是圣人君子不追求快乐。【JB:若不是过分狭义地理解快乐，欲望只能是对快乐的欲望。】

Q2: Self-defeating 的避苦求乐

第二，很常见的现象之一是，要真的追求快乐，就不应该聚焦于快乐；总是聚焦于快乐，反而享受不到快乐：比如在玩弹钢琴和踢足球等游戏时。通常，为了追求快乐，人不得不去控制自己对于快乐的欲望。

Q3：人总在计算吗？

第三，人们并不是先计算，然后再根据计算选择行动；比如说，Aristotle 说：“人类的一切行动并不是都有目的的，并不是一切有目的的行为都是在追求幸福。”

这三个批评，边沁的理论都可以轻松地回应。

A1：万念之根/多样性/普遍而必然？

第一个反驳：一切的心理概念 entity 包括动机、意图、欲望、利益、人的倾向，最终都是快乐与痛苦，边沁是一个彻底的化约论者。人类思想处理的对象的根底都是 physical，五官是一切知识的来源，一切不可以为我们五官所感触到的都是不存在的。但是，不存在的东西并不必然是没有意义的，尤其是在人文社科法律领域：在这里，我们谈论的许多对象都是不存在的，不是 reality，不具有 real existence，如 rights、duty——尽管它们不是现实存在的，但谈论 rights、duty 具有意义；也有一些谈论没有意义，比如，natural rights 和 human rights 在边沁看来就是 nonsense，没有意义。如何确定某种谈论是否有意义呢？边沁的回答是，要看它可否被化约为那些存在的东西，或根据那些存在的东西而得到解释。在人文社科领域，边沁认为，唯一存在的是人们对快乐与痛苦的感觉：人当然是存在的，但人是什么呢？人是快乐与痛苦的容器（receptacle of P&P）。政治与法律领域一切的抽象概念，如果没法根据快乐与痛苦而得到解释，就没有任何的意义，不值得谈论。因此，边沁认为一切心理实体或现象，都必然可以化约为快乐或痛苦的感觉；一切心理实体的根或支柱都只能是痛苦或快乐的感觉；没有这两种感觉，这一切 mental operations and entities 都不可能存在。

此外，边沁的苦乐不通常理解的庸俗、物质主义的 vulgar 的苦乐，还包括很多类型的精神或情感的苦乐。在《道德立法原理导论》中，他把快乐分成十四类，痛苦分成十二类【简单列举物质主义的苦乐与精神主义的苦乐，以说明之】：“人不都追求快乐”的批评预设了很狭隘的物质主义的苦乐观；如果在边沁所提示的意义上理解苦乐，很多本来不视作求乐的行为实际上却是在求乐。圣人君子只是不太在意物质主义的快乐，而专心于精神主义的或利他主义的快乐。

即便真有圣人君子不钟意于快乐，这也构不成对边沁的心理快乐论的反驳。关于人性的普遍且必然地正确的命题或许是不存在的。当提出一套道德或立法理论时，我们不能、而且也不应该去（徒劳地）寻找和表达那些或许并不存在的普遍且必然的人性。道德或立法理论是关于平常人的，是用来解释或指引平常人的，不是关于英雄或圣人的。作为一套关于平常人的道德与立法理

论，尽管它未必普遍且必然地正确，但若对绝大多数人来讲是可以成立的，它就算成功了。边沁认为，大多数平常人是避苦求乐的，这种说法是很难被否定的。
A2: 控欲：忍小苦求大乐。

第二个批评也很易回应，通常，为了追求快乐，人不得不去控制某些欲望，甚至要禁绝某些欲望，这并不表明他不是追求快乐。它最多表明，应该把求乐的人性和求乐的方法区别开来。关于快乐的度量，边沁提出了七个标准：强度，持久度，确定性，远近（遥远性与快乐的量成反比，这正如存款生利息，逾期缴纳罚款要支付滞纳金等），纯杂（如果某快乐不生痛苦，或某痛苦不生快乐，则较纯），孕瘠（如果A快乐还生B、C、D等快乐，A快乐就孕性高，若它不生其他快乐，则瘠性高），广狭。广狭是指范围或享受快乐的sentient beings的数量。如前所说，正是对范围的关心，把避苦求乐这个心理学命题转化成了规范性的道德原则。人们时常通过控制对短暂的、不确定的、眼下的、驳杂的、贫瘠的或物质性的快乐的欲望，来追求更持久的、确定的、长远的、纯粹的、孕性高的、更广泛的或精神性的快乐。

A3: 疯子也计算。

人是不是在计算？边沁承认，‘it is not to be expected that this process should be strictly pursued previously to every moral judgment, or to every legislative or judicial operation’ (ipml, 40) 他并不是要说，在做出每个道德判断、每一项立法或司法的运作之前，人们都会或都要去计算。通常，人们的计算是潜在的，比如说，人们通常依照习惯或道德诫律或法律来行为，这或许通常被称作规则功利主义，它虽不能说是直接的计算，但也不能说不是计算：在这里，计算是潜在的：第一，这些规则本身是人类集体计算的产物；第二，总存在这样一种可能：即，某时某刻，人们会发现有必要偏离这些规则。所以，边沁会认为，说人们不计算，是一种错误的心理学描述：“一切人都在计算，尽管有些人算得好，有些人算得差，但是一切人都在计算，甚至疯子也在计算。”^v

苦乐可以计算吗？

现在来讨论苦乐究竟能不能计算？梁启超在我国最早系统介绍边沁学说，他很喜欢边沁的快乐计算法，认为它是政治进步的工具，而且，他认为释迦摩尼佛是最精明的计算者。然而，对功利主义的最频繁的指责之一是苦乐计算是不可能的。这个批评大概可以分为这样几个方面。

白日梦？

1. 痛苦和快乐本身不在一个层次上：痛苦是 *sensation*，快乐是 *feeling*，二者本身无法比较。*RH148: pains are more like particular sensations than pleasures are*。肉体的痛与精神的痛，还有不同种类的苦与乐，都不一样，不可公约。没法放到一起来比较与计算。*Vs Bentham used sensation and feeling interchangeably*.
2. 人们所要的苦乐因人而异。我国清末民初学者在介绍边沁思想时，很多爱引用庄子的《齐物论》里的话来强调苦乐感觉的主观性、因人而异性。庄子说，人吃动物，鹿吃草，蜈蚣吃蛇，乌鸦吃老鼠，谁知道什么正确的味道呢？^{vi} 俗人和圣人对苦乐的理解不同。一些学者强调人 *distinctiveness* 和 *separateness*。
3. 苦乐感觉总在变化。
4. 边沁的计算标准有一些相互矛盾。长久的快乐通常不强烈。
5. 可以影响人的决策的苦乐不是该决策所产生的真实苦乐。在计算时，人们对该行为所能产生的苦乐并不拥有确实的知识。

综上，道德算数即快乐计算是不可能实现的白日梦。如果这个命题是正确的，那么功利主义就是一套根本无法实践的学说。

简单的回应

边沁完全意识到了这些批评所指出的问题

快乐的主观性、统一的计算标准的缺乏、计算的难度等。

苦乐的主观性、易变性、持久性与强度的矛盾，都是强度与敏感性的问题。人在不同的情形下敏感度不同。边沁曾专门对此做了细致而冗长的讨论。

边沁也明白地强调：不是要严格而精确地计算特定行为会带来的苦乐，而是去估量 estimated 某行为貌似拥有的 appears to have 影响痛苦和快乐的倾向，即根据过去的经验来估量。

西季维克说，精准的计算是不可能的，但大体上可靠的计算是完全可能的，这种不完全精确的计算，尽管是不完美的，但比起不计算，依然是巨大的进步。

Philip & Harrison : 认真的计算

人们在计算

Philip和Harrison认为边沁关于苦乐计算的说法是严肃的。边沁认为人都在计算，计算是心理事实。边沁认为，立法和公共政就是要利用人们避苦求乐的心理来设计把幸福最大化的法律与道德。刑罚的设计，比例原则的运用，民法关于权利和义务的创造和配置，福利经济学，高速路上车速限制与闹市区的车速限制，投资规划等等，都是计算。

不必精确，靠谱就行

边沁承认，这类计算不可能像数学那么严密精确，像数学一样严密精确的道德计算也不是边沁所要求的。他追求和要求的只是适用于通常情形的可靠的概括。

七大标准指导计算

成功的立法者或道德家必须要了解人的计算规律或方法（即道德心理学）。在《道德与立法原理导论》里，边沁提供了七个标准，来告诉立法者和人们该如何计算。在第四章中，他说，人们事实上在计算。但好的计算者必须要了解自己的真正利益，做出比较靠谱的计算。^{vii}

计算之难：强度，缺乏统一度量

边沁承认计算的困难。比如说，第一，快乐的强度 intensity 是高度主观的，难以精确衡量的；第二，不同种类的快乐是难以被确切地公约的，缺乏统一的度量单位，边沁本人也明确强调，一些惩罚类型，如自由刑和罚金，也是不能公约的。正是因为这样，我们需要不同种类的刑罚。他说，it is a

special case if two punishments can be made ‘perfectly commensurable’ (IPML, 177) “it is plain that between quantities so incommensurate there is no striking a sure balance” (OLG, 213)。这些评论，表达了边沁本人对精确计算的怀疑。

对行为的观察&道德心理学

尽管有这些困难，但人们依然在计算。观察和分析人们在特定种类的情形下的选择，是可以总结出一些关于人们的苦乐计算的可靠的规律或命题的，是可以获得可靠的道德心理学知识的，从而是可以运用这些知识来指导立法和道德发展的。

苦乐的客观性

比如说，苦乐是主观的，这个说法固然不错，但若说这是道德心理学的全部，那就大错特错了。苦乐也有其客观性和共同性。很多行为或东西通常都会给绝大多数人带来快乐。通过观察人的行为，通过内在反思，我们是可以获得不仅关于自己和他人的苦乐心理的大体上可靠的知识的。这些正是立法者所需要的。对于立法者和道德家来说，苦乐的 similarity 要比 difference 更重要。

Nirvana Fallacy/具有数学基础

人们在计算。道德计算难以像数学那么精确，但这并不是不计算的理由。否则，就犯了 Nirvana Fallacy.^{viii} 边沁的确认为，他的苦乐计算具有数学基础，而且他坚定地认为，不精确的计算也胜过不计算。

Postema

边沁对数学式的苦乐计算并不当真。他关心的，是改善人类规划生活的法制环境；为此目的，边沁认为，立法应促进生存、安全（自由）、平等、富足这四大目标。幸福最大化的必由之路是最大化地实现这四大目标。安全是最重要的：在不损害人们的安全感的前提下，可以去追求平等，富足次之。这四个价值或目标构成 public goods 或 universal interests。笔者认为，这两种解释并不矛盾。

Calculus as Reason-giving

计算也许是一个比喻，边沁真正要求的、也真正在做的，是开展彻底的说理。边沁曾写道：“功利原则的手段和工具是计算，什么是计算，reasons applied to the subject in the manner best adapted to the subject”。Reason 是什么？是痛苦和快乐，没有脱离痛苦和快乐的理由。

自然主义的谬误？

定义的与推出的

第三个挑战即著名的“自然主义谬误”的指控，这涉及心理快乐论和功利原则的关系。自然主义谬误的指控最早是与休谟联系在一起的，他强调不能从实然推出应然，否则就是犯了“推出”的自然主义谬误，因为这两个领域的关系没法确保这种“推出”。后来，自然主义的谬误也被用来指责一种所谓的定义或解释的方法：也就是说，道德原则不可以用自然或事实属性来解释或定义，否则就是犯了定义的自然主义谬误。根据某种论调（footnote needed），边沁既犯了定义的自然主义谬误，也犯了推出的自然主义谬误。

道德原则 vs 道德判断

在讨论边沁究竟有无犯了这两种自然主义谬误之前，XZ 认为，应当首先区别道德原则和道德判断。道德原则在最原初的层面、以最抽象的方式告诉我们什么是正确的、应该做或不做什么；道德判断要回答，在特定情形下某道德原则要求何种决策或行为，或者说，依照某道德原则，某行为、事态或主体是否正确（或拥有相应的道德质量）。

定义上的自然主义·但不是谬误

XZ：边沁对功利原则的定义或说明的确是自然主义的，但这不是谬误，这是唯一有意义的做法。依照边沁的本体论，在政治、法律或道德的世界里，快乐和痛苦的感觉是一切意义的根源；任何语词，若不可以或没办法依照苦乐感觉来解释，就是胡说或无意义的噪音。就此来说，边沁认为，在一切所谓的道德原则中，只有两个是有意义的：第一是功利原则；第二是苦行原则。

边沁没犯推出的自然主义谬误

边沁没犯推导的自然主义的谬误，小密尔犯了。小密尔说：desirable 是人们 desire 的东西。因为与 seeable, doable 不一样，desirable 是一个歧义词：既指事实上的可欲性，也指道德上的应欲或当欲。若说因为快乐是 desirable（可欲的，大家追求的），所以它是 desirable（应欲的），就的确犯了自然主义的谬误。

PS 的辩护

边沁却没这么做。菲利普回应说，边沁 ‘did indeed place ethics on a naturalistic basis’, but this is not a fallacy at all: ‘from the point of view of Bentham’s ontology, the whole notion of the so-called naturalistic fallacy is nonsense. For Bentham, the P of U was true (or XZ: meaningful?) just because it rested on a factual or naturalistic foundation’ .^{ix} There could be no other basis for moral theory;^x ‘a judgement became an ethical judgement when all the pleasures and pains …were taken into account. … it was the taking into account the final “circumstance” … of extent (XZ: i. e. impartiality), that superadded a statement of moral fact to a statement of psychological fact’ .^{xi} 根据边沁的本体论，所谓的自然主义谬误的观念是胡说，道德理论不可能有其他的基础。当所有的快乐与痛苦都被考虑到的时候，也就是说，当考虑到享受快乐的 sentient being 的数量时，一个判断就变成了道德判断。对数量和范围的考虑就是对 equality 或 impartiality 的考虑，让一个心理学事实转化成道德事实。

XZ: 菲利普的理论略显粗糙，他没有区别道德判断和道德原则（功利原则）。而且，他最多表明了边沁的功利原则是定义的自然主义，但他并说明它是推出的自然主义，他也没说明边沁是如何把功利原则确立为一项道德原则的。

在这方面，我更认同 RH 的解释。

RH, XZ & GP

我认为，功利原则作为第一道德原则是情感主义或表达主义。边沁提出功利原则，就是表达他的一种情感或想法或态度。但这并像通常的表达主义那样，会堕落为道德怀疑论和不可知论。这方面，

第一，定义的自然主义，评判标准的客观性…

第二，XZ 认同Postema 的观点，是情感主义的，但不是怀疑论或不可知论。边沁强调，道德原则或道德判断必须要 public 和impartial，要经受住 publicity 和 impartiality 的检验。

功利原则没有犯自然主义的谬误。

功利原则的证立 justification

功利原则没有犯自然主义的谬误，但这并不必然就表明功利原则就是正确的。所以，我们依然要说明，为什么功利原则是正确的。对此，边沁的著作包含了几种可能的回答。

无需证明的第一原理。

边沁在 IPML 中曾说，任何道德证明的链条总有一个开端，作为开端的第一原则是：无必要直接证立。P. 13: Another earth to stand upon.^{xii}

间接的证明

然而，功利原则，在边沁提出它的时候，毕竟不是一个大家都接受的自明的原则；而且，它在边沁的理论体系中又是基础性的。所以，单说它是无需证明的第一原则，似乎是过分轻浮地打发了一个极其重要的问题。其实，边沁并非如此轻浮。在这里，他说的只是，很难也没必要给它提供 ‘any direct proof’。边沁其实为它提供了间接的证明。按照 RH 的解读，这种间接的证明方法就是：若是我们找不到一个区别于功利原则或不可以化约为功利原则、同时也不比功利原则更好的原则 any other separate & better，就算证明了功利原则。边沁的间接证明分为两步。

有意义的原则

边沁认为,任何原则要有意义,都必须可以化约为痛苦和快乐的感觉。这样一来,苦行原则和功利原则之外的所谓的原则,边沁统一称它们为 principle of sympathy and antipathy, 又或者实质上就是这两个原则,尽管它们的倡导者误以为不是;或者都是无意义的废话,是主观的偏见或情感。功利原则也是一种情感,但它是可被普遍化的、具备公共性的、以实在的可被量化的属性为基础而发生的情感,和普通的同情和反感不一样。后者 approves or disapproves of actions merely because a man finds himself disposed to approve or disapprove of them; (every man's sentiment has the same privilege of being a standard to itself^{xiii} / anarchical, then, no argument is possible) holding up that approbation or disapprobation as a sufficient reason for itself, and disclaiming the necessity of looking out for any extrinsic ground 只是把爱恨感情本身作为充足理由,否定了去寻找可以用来评判相关行为的外在根据的必要性,这实际上否定了一切原则 the negation of all principle。因为,人类的道德生活之所以需要原则,就是为了找到一个外在 external、公共的、确实的标准 (Publicity as objectivity and determinacy and certainty), 可以让我们据以评价和指导内在情感。原则何为? JB: What one expects to find in a principle is something that points out some external consideration, as a means of warranting and guiding the internal sentiments of approbation and disapprobation: this expectation is but ill fulfilled by a proposition, which does neither more nor less than hold up each of those sentiments as a ground and standard for itself... meaningless, unfounded sentiments, caprice (p. 15), 泼妇骂街。把偏私性的内在情感本身作为原则,就等于否定了任何原则。边沁认为,不以痛苦和快乐的感觉为根基的言说,都无法指明对与错的确实的标准。如此以来,有意义的原则都可以归结为两个:一个是功利原则,一个是苦行原则,后者以求苦为目的。

道德原则的公共性：against asceticism

1) 对每个其他人来说，这种苦行的情感是否也应构成对错的标准呢？

whether his sentiment [regardless of the consequences] is to be a standard of right and wrong, with respect to every other man: 苦行原则没有普遍适用性，通不过公共性的考验，不能成为一项公共的原则：不能将苦行强加于他人，否则就是独裁、以人类为敌 (despotical and hostile)。

2) 不一致，不可以普遍化，违反道德原则的逻辑形式：asceticism: p. 19:

‘whatever merit a man may have thought there would be in making himself miserable, no such notion seems ever to have occurred to any of them, that it may be a merit, much less a duty, to make others miserable (in matters of government)。苦行原则在实践中也没被普遍地主张，适用于公共政策或立法；倡导者最多只主张说自己受苦是美德，没人主张说逼迫他人受苦是美德。

Consistency: ‘is [NOT] capable of being consistently pursued’.^{xiv} 不能自我一致。Bentham and Kant: similar in their idea of the logical form of morals.^{xv}…坚持 consistency 是一个最重要的美德，也是很少有人坚持一贯的原则，但功利主义做到了，这是对功利原则的证明。

以自然主义为基石的情感主义

功利原则对边沁来说是一种情感或态度，在元伦理学的层面，它是一种情感主义。

^{xvi}上述的 no any other separate & better 的论证也许可以证立功利原则。但这种情感主义却是以自然主义为基础的。

边沁自己明确地说它的功利原则是以心理学的功利原理为基础的：the P of U recognizes this subjection, and assumes it for the foundation of that system, the object of which is to rear the fabric of felicity by the

hands of reason and of law.^{xvii}这一方面体现为，如前面已经说过，它是一种定义的自然主义，尽管不是推出的自然主义。

另外也体现为，功利原则的指令是人们有动机来追随的：‘let him say whether there is any such thing as a motive that a man can have to pursue the dictates of it: if there is, let him say what that motive is, and how it is to be distinguished from those which enforce the dictates of utility,^{xviii}

快乐作为目的？

前面说的，只是一种 no any other separate and better 的一种消极的证立策略。功利原则若要被证立，还得回答（在心里快乐论之外）另外一个也许更根本的挑战：即快乐应不应该作为行为与制度设计的目的？对此，如前所说，边沁的立场是情感主义的。关于这一点，有三个反对意见。

一种说法是，人们应该追求利益，而非快乐：很多快乐是有害的，很多痛苦是有利的。在边沁的理论里，快乐就是利益。那些追求有害快乐、拒绝有利的痛苦的人，在边沁眼里，都是一群傻瓜：他们对自己的利益很无知，他们不会做快乐计算。这些丝毫不足以表明，快乐是不该追求的。

第二种说法是，如果大家都追求快乐，那么发明一个快乐机器，把我们都接到上面不就行了吗？若快乐机器真的可以发明出来，边沁肯定会赞成这个提议：若快乐机器能让我们永远快乐，永不乏味或痛苦，那么为什么不把自己接上去呢？有谁会去合理地反对这种做法呢？

第三种说法是，功利原则是结果主义的，忽视动机的道德属性。依照边沁的理论，动机本身无所谓好坏，界定动机或意图的好坏是荒谬的。动机是主观的，无法得知，无所谓好坏。“好心做坏事”这个俗语，表明了动机与行为的道德性没直接的正相关关系。当然，这并不是否认，某种动机与某种结果会发生统计上的、概约的正相关关系。

这种批评是以对边沁学说的结果主义解读为基础的；也有人说，边沁的功利原则也是符合康德的自我立法原则的。

从自利到功利？

功利原则接受功利原理，即人是自利的；但它作为道德原则，要求人们追求最大多数的最大幸福。这如何可能呢？

对此，边沁给出了两种解释。

第一，功/功利本身是由自利构成的。[Adam Smith: natural harmony] 第

二、自利的个人如何会追求最大多数的最大幸福呢？

对这个问题的回答，又分为两个方面。

第一，立法手段。立法是依照道德心理学的知识，通过特定的制度设计，把人们的道德义务和利益统一起来：通过惩罚和奖励机制，使得为大多数人谋幸福（或把对他人造成的痛苦最小化）成为每个人的义务。

第二，作为一个私人道德原则，要求私人追求最大多数的最大幸福。就此来说，对功利原则的最常见的指责是它“强人所难” too

demanding。这种指责说，我们都是关系中的人，我们与其他人的特别关系（尤其是爱与友谊）影响我们的道德决定或选择。功利原则要求 impartially 的把最大多数的幸福最大化，但这似乎并不必然意味着边沁认为特别关系与我们的道德选择是不相关的。一种可能的响应是，强人所难，无视特别关系的道德要求，或许是反功利

的：当这种要求变成了规则之后，基于特别关系而产生的习惯义务或社会义务或许都不得被消灭，这未必有利于功/功利。另一种看似相反的反应是说，见义勇为非勇也，道德就是如此，道德就是超出普通人意愿或能力的要求（vary demanding），做一个道德的人本来就是很难的。（难在人们不够聪明。）

第三，还有一种可能的响应是说，人们的利益或快乐是相互依存的：自利依赖于功利，自利要求利他。真正理解自己利益的人，就会选择功利要求的行为。所以，利他的或功利的道德，实乃开明的利己。这似乎表明，道德和智慧（聪明）是一回事，一个聪明的人本来就必然是一个有道德的人；有道德的人首先是一个明白自己利益、明白自利与公利的关系的聪明人。（教育的作用）

快乐的量与质/道德问题作为智识问题

边沁认为，快乐和痛苦只是量的问题，没质的差别。所以他说，若我们摆脱了偏见，那么小孩的游戏和音乐诗歌艺术科学有同等价值。密尔反对，他说快乐有高级与低级的质的差别；他说他自己宁可做一个痛苦的苏格拉底，也不愿做一头快乐的猪。卡莱尔也因此说边沁的功利原则是猪的哲学。这些说法或批评是错误的。

密尔的批判和修正是功利主义的自杀，尽管他试图捍卫功利主义。

第一，他引入了一个“质”的标准，表明了道德不是要促进快乐的量的最大化，但功利原则的核心主张就是快乐的量的最大化，而“质”的引入，表明快乐的量的最大化不再是首要目标，表明 Mill 已脱离了功利传统。

第二，密尔的区别标准是不以确定的原则为基础的，他要用公共观念来区别高质和低质的快乐，但他所谓的公共观念实际上就是他所处的维多利亚时代贵族的偏见。

密尔没有意识到，边沁可以很好地处理这个问题。对边沁来说，真正的区别不是质，仍然是量。密尔所谓高级快乐实质上是量大的、持久的快乐，可以不断繁衍的、纯粹的快乐。在边沁眼里，密尔的所谓的高贵，只是懂得自己的利益、善于计算而已。同样的逻辑，说得彻底一些，就是：人世间根本无所谓道德不道德，邪恶不邪恶，唯一的区别是愚蠢与聪明。人的本性是追求快乐、逃避痛苦，但这并不是人的本行。不道德行为都是由对自己的利益的无知和计算的错误导致的。因为人类的多数不明白自己的真正利益，看不到北极熊的利益与自己的相关性，拒绝计算、不计算或计算错误，所以人类是愚蠢的。边沁说：“道德学的任务是教导人们正确计算快乐与痛苦，明智的道德家应该向人们证明邪恶的行为都是计算错误，邪恶的人都是愚蠢的”。

ⁱ 本文为2018年10月27日在吉林大学法学院的讲座的记录，感谢……//感谢楊曼同学。

ⁱⁱ Nature has placed mankind under the governance of two sovereign masters, pain and pleasure. It is for them alone to point out what we ought to do, as well as to determine what we shall do. On the one hand the standard of right

and wrong, on the other the chain of causes and effects, are fastened to their throne. They govern us in all we do, in all we say, in all we think: every effort we can make to throw off our subjection, will serve but to demonstrate and confirm it. In words a man may pretend to abjure their empire: but in reality he will remain subject to it all the while. The principle of utility recognizes this subjection, and assumes it for the foundation of that system, the object of which is to rear the fabric of felicity by the hands of reason and of law. Systems which attempt to question it, deal in sounds instead of sense, in caprice instead of reason, in darkness instead of light. But enough of metaphor and declamation: it is not by such means that moral science is to be improved.

ⁱⁱⁱ 功利原则是高度的公共性的一个原则，强调的是最大幸福，而不是我们通常理解的一种自私的急功近利的理论。

iv

^v IPML, 173-4. i

^{viii} <https://www.logicallyfallacious.com/tools/lp/Bo/LogicalFallacies/134/Nirvana-Fallacy>

^{ix} PS, inaugural lecture, p. 4.

^x PS, inaugural lecture, p. 28.

^{xi} PS, inaugural lecture, 24. The normative gap between the psychological hedonism and the ethical hedonism (utilitarianism as a sentiment) is bridged by the value of Equality or impartiality.

^{xii} but misapplication of it is common p. 15.

^{xiii} Pp. 15-16.

^{xiv} ipml, p. 21.

^{xv} whether every man's sentiment has the same privilege of being a standard to itself . . .

^{xvi} ipml, p. 11: the number as being the circumstance, which contributes, in the largest proportion, to the formation of the standard here in question ...

^{xvii} ipml, p. 11.

^{xviii} IPML, p. 16.

人之尊严的法理分析

郑玉双

摘要：人之尊严被视为一项重要的宪法价值，但不同于权利、自由等基本价值，尊严的宪法内涵充满着很大的不确定性和冗余性，无论是在价值基础还是在宪法实践意涵上，都难以形成定论。比较法上的探究只能为理解尊严概念提供参照性理论说明，却难以在根本上回答人之尊严的本质。解决尊严的实践难题需要在法理学意义上对尊严概念加以澄清。首先需要在方法论上确定尊严的价值分析的理论路径，其次是分析尊严背后的价值网络的基本形态，最后借助尊严与人权之间的关系将尊严的价值内涵安置在宪法语境之中。通过方法论的澄清，可以得出尊严是一个厚概念，借助于中道的操作模式进路能够展现尊严概念的世界指向性与行为指引性。中道的内在价值尊严观主张尊严的价值内核是其不可侵犯性和共同体属性，尊严为人权提供价值基础，但不能决定人权的内容。尊严的保护需要放置在一个超越宪法的互惠模式之中才能更好地实现。

关键词：人之尊严 厚概念 操作模式进路 内在价值 人权

人的尊严被视为现代政治实践的一项核心价值，同样尊严也常常被指责为是陈词滥调，空洞且模糊。不同于权利、平等和自由等概念，尊严既不存在一个典范性的实践结构，也难以确定一个共识性的价值支点。尊严叙事面对的一个尴尬处境是，人们对尊严的重要性和基础性没有分歧，但对于尊严到底意味着什么，几乎难以达成有效的共识。¹实践中的困境更为明显。比如，尽管《世界人权宣言》和德国的《基本法》都以明文确定了尊严的基础价值地位，但司法实践中反复出现的疑难情形，并没有使尊严的内涵显得更为清晰，反而充满了争议性。

在我国的宪法实践中，由于宪法规范不能成为司法裁判的依据，而且我国宪法中也没有直接赋予尊严以基础性宪法价值的地位，所以尊严的宪法意义和法理直到近几年才引发比较集中的关注。²尊严在我国宪法中的特殊处境会给人一种印象，即相比于宪法中的基本权利和自由，尊严在法律体系中显得可有可无，既难以以法律规范的形式加以明确规定，也不存在固定的保护模式。但这种判断却与尊严日益重要的规范地位相冲突。在国内，越来越多的宪法学家将尊严作为人的基本属性，因而在宪法上具有独特价值，同时也影响部门法实践，特别是民法中对人格权的保护。

本文主张尊严的宪法实践难题需要从法理学视角进行破解，才能提供解决这些难题的理论方案。讨论分为两步。第一步对尊严进行法理意义上的概念分析，从方法论和一

作者简介：中央财经大学法学院副教授，法学博士。本文系不完整初稿，仅供会议讨论。

¹ 迈克尔·罗森：《尊严：历史和意义》，法律出版社2015年版。

² 不完全列举，有林来梵：《人的尊严与人格尊严——兼论中国宪法第38条的解释方案》，《浙江社会科学》2008年第3期；王晖：《人之尊严的理念与制度化》，《中国法学》2014年第4期；王旭：《宪法上的尊严理论及其体系化》，《法学研究》2016年第1期。

般理论上澄清尊严概念所面对的概念困境，并基于中道的操作模式进路提供一种更有竞争力的尊严之价值证成方案。在此基础上进行第二步，即通过对尊严的概念澄清来说明尊严的宪法实践困境的本质，及促进尊严的宪法内涵的理论方案。本文主张，一种兼具共同体属性的内在价值之人之尊严观能够在实质上推进尊严的宪法理解，并为具体法律实践中的尊严保护提供理论支持。

一、人之尊严的概念分析：方法论问题

对尊严进行讨论的一个棘手问题是尊严的概念含糊不清。尊严概念的一个尴尬处境是，每个人都认为尊严重要，但难以对尊严的重要性之基础形成有效共识。人们要么是基于对尊严受到漠视或侵犯的情感认同而形成情感性认知，比如战争摧残、贫穷的限制，要么是因为权利、自由等其他价值受到干预而引发的对于尊严的担忧。但一旦将问题转向尊严是什么的讨论，共识就会消失，围绕尊严之概念结构和价值内涵的大量分歧就会出现。

针对尊严的理论分歧，可能有两种回应方案。一种是将尊严视为习惯性概念（conventional concept）。这种概念观主张尊严的内涵在实践之中被挖掘，但我们无需对尊严这个概念形成强有力的内容共识才来对尊严进行保护，借用孙斯坦的术语，我们可以把这种回应称为基于“未完全理论化协议”的尊严观。³基于这一观念，在理论上我们无需对尊严概念进行完整的理论建构，在实践中通过具体问题的解决不断呈现出尊严概念的理论脉络。这种立场具有某种优势，特别是面对新兴技术所带来的挑战的情况下，比如互联网技术和人工智能对个人隐私或信息保护所带来的新兴挑战，可能是传统尊严观之内涵不能涵盖的情形，在这种情况下，通过对新兴问题的分析，可以使得尊严的概念更为清晰。

然而，这种尊严观存在着致命缺陷。暂且不管新兴技术对尊严的冲击是否能够为尊严的概念重构提供新的契机，在一般的法律和宪法实践中存在的大量难题，比如死刑、安乐死、健康权的保护等，其疑难都跟尊严的价值内核紧密相关，“未完全理论化协议”在面对这些困境时显得非常无力，回答这些问题的出路只能从尊严所处的整体性价值网络之中进行寻找，显然需要进行尊严的价值分析。即使在宪法语境下，对尊严条款的解释及其在具体案件中适用都不可避免地要对尊严的道德内涵进行深度挖掘。德沃金将司法裁判中对法律背后的价值网络的挖掘称为“辩护梯度的上升”，道德争议难题的解决既无法借助于概念的习惯性理解，也不能倚靠法官的自由裁量，必须进入到价值背后的深层网络之中进行建构性分析。⁴

对尊严的概念分析必须转向第二种回应方案，也就是将尊严视为一种重要的价值，探究这种价值的规范内涵。这一方案可以借助思想史的考察和具体实践（比如德国基本法）的理论分析进行，但并不足够。对尊严的概念分析需要借助于哲学意义上的价值理论，尽管价值分析并不会直接产生法律上的规范效力，但一旦我们在实践中涉及到尊严的规范性内涵，比如人的尊严是否支持安乐死的权利，那么必然涉及到实践背后的价值网络。当前学界关于尊严的讨论大多围绕尊严的价值本质进行争论，试图提出一种能够揭示尊严的独特属性并影响道德推理的尊严观。有大量的学者基于阿奎那神学、康德哲学或者自由主义理论提炼出了各种形式的尊严观。在对这些不同的主张进行评述并探究它们的实践意义之前，一个容易被忽略但至关重要的问题是，对尊严的概念分析在方法

³ 孙斯坦：《法律推理与政治冲突》，法律出版社2004年版。

⁴ 德沃金：《身披法袍的正义》，北京大学出版社2010年版。

论上意味着什么？

（一）方法论问题的重要性

方法论问题的重要性体现在三个方面。第一，尊严是什么？对这个问题的回答必然需要在方法论上进行预设。尊严像水那样有着自然结构吗？尊严是内在于人的生命之中的固定属性还是通过人的实践所达成的某种特定成就？不同的回答背后隐含着尊严概念建构的方法论立场。尊严之概念分析的方法论问题的首要方面体现在我们是在何种意义上建构和使用这个概念，这个方面涉及到概念分析的本质、尊严概念在实践中呈现的方式和分析尊严概念所需要的伦理学理论。

第二，尊严概念的实践意义呈现时间性。在《世界人权宣言》之后，尊严才成为一种真正意义上的普世性价值，这是否意味着尊严在过往时代不存在，或者不具有规范意义，而只有在当代才在建构主义的意义上变得重要？对尊严概念引发关注和共识的时间性追溯能部分回答这个问题，但并不足以解释尊严进入现代法政语境并影响政治道德推理的规范性方式。方法论意义上的追问，可以超越尊严概念的时间性意义而对尊严的制度化实践做出元理论层面的反思，从而为分析尊严的制度性框架提供理论基础。

第三，对尊严的抽象分析需要落实到具体的实践中，这个视角的转化可以视为尊严的规范内涵被制度化或法律化的过程。但当尊严从抽象的价值表达转化为影响宪法解释和司法裁判的实在原则，尊严的价值内涵会发生变化。这种变化可能是理论上的，即尊严从一般性价值原则转变为特定宪法结构中的某种价值，也可能是实践意义的，即尊严被嵌入特定案件之中而具有了实在和实证意义。如何理解这一转变？方法论视角的观察对这个转变的性质做出分析，既能够比较完整地展现出尊严概念的规范内涵的不同层次，同时也为在宪法语境中解释尊严的方法提供支持。

本文的分析将贯穿着这一方法论关注，但接下来部分将从两个方面讨论尊严的方法论问题的两个核心主题，即尊严概念的厚与薄和尊严的价值分析。尊严这个概念是厚概念还是薄概念？这个问题在一定程度上决定了尊严概念是否成立，以及是否能够成为一个具有实质意义的宪法概念。尊严的价值分析旨在确定基于价值论对尊严进行分析的方法论路径，将尊严的概念内涵和法律适用视为特定形式的价值实践，从而在价值论框架下解决尊严的证成和实践问题，这一路径并不排除其他视角，但能够最大限度地将尊严概念的各种争议纳入到一个整体性的讨论框架之中。

（二）尊严：厚概念还是薄概念？

即使尊严在实在法体系中获得了认可，比如德国基本法的规定，但尊严概念仍然不同于法律体系中的许多概念，如权利、责任和损害等。围绕尊严而产生的各种理论分歧以及尊严在法律实践中遭遇的各种挑战，在一定程度上反映了这个概念在概念层次上的含混。威廉姆斯对伦理学中的厚概念与薄概念做出了区分。厚概念指的是在伦理实践中具有世界指向性和实践指引性的概念，比如诚实、残酷、谎言和勇敢等。而薄概念与之相对，指的是具有普遍性和抽象性但不具有实践指引性的概念，虽然这些概念是薄的，不能对行动提供具体指引，但它们构成了道德体系和道德话语的一部分，如正当、好、义务和正义等。⁵虽然威廉姆斯关于厚概念与薄概念的区分在哲学上遭到了很多批判，但概念的厚薄之分却是解决尊严概念的分歧和冲突的一个突破口。但此处的分析并不必然忠实于威廉姆斯在厚薄概念上的具体立场，也不必像许多哲学家那样否定这一区分的必要性。而是在认可厚概念与薄概念之区分的基础上，将尊严视为一个厚概念，从而在方法论上澄清尊严的概念分析上存在的一些误解。

⁵ 威廉姆斯：《伦理学与哲学的限度》，商务印书馆2017年版。

威廉姆斯对厚概念与薄概念的区分具有两个理论意图，一是它否定了道德或者价值客观性，即不存在类似科学意义上的客观的道德价值；二是关于道德推理的结构，厚概念的存在表明的是人们的价值判断和实践选择在很大程度上依赖厚概念所依存的描述意义的世界结构，同时道德推理必须基于内在理由。⁶而薄概念由于普遍性和抽象性，同时也不依存于真实世界中的描述性实践，因此不具有指引性，无法在真正意义上影响道德推理。举例来说，残忍之所以是厚概念，因为残忍对应着真实世界中人对待他人或者动物所表现出来的冷酷无情和蔑视等具体的行为选择和性情，因此具有描述性结构，并且能够基于传统实践和人们对残忍实践的评判性态度而具有评价性意义，所以能够指引人们的行为，即人不应该做出残忍的行为。但薄概念并不具有这种概念结构，比如正当这个抽象概念，并不对应着真实世界中的特定描述性特征，因为符合正当的情形千差万别，同时正当又不具有行动指引性，比如我在路上遇到乞丐，给钱或者不给钱哪个选择是正当的？正当这个概念对我的选择并不构成指引。

尽管厚概念与薄概念的区分有些模糊，但能够为我们澄清围绕尊严概念而产生的很多争议提供帮助。尊严在实践中遭遇的困境或指责主要有尊严概念的不确定性、内涵的歧义和欠缺指引性，简言之，按照威廉姆斯的界定，尊严属于典型的薄概念。尊严这个概念自从被提出来之后具有极高的抽象性，无法与世界中的任何描述性特征相对应，除非从神学的意义上。同时尊严难以对个人和政府的行动提供明确的指引，体现在两个方面。一方面除了“人的尊严应受尊重和保护”这个抽象原则之外，我们难以从尊严的概念中推导出具体的行为准则，因此尊严的适用性就会失去基础；另一方面，目前已有的政治概念，比如自由和权利等，尽管仍然充满争议，但基本上能够解决政府行动和个人之间的道德关系之界定。在这个意义上，尊严概念既是薄的，也是冗余的。

这是否意味着我们要放弃尊严概念？并不必然，即使在威廉姆斯的方法论框架之下，我们仍然可以将尊严视为一个厚概念，并且将尊严的规范内涵加以充实。尽管尊严的确不像勇敢、自私等厚概念那样直接附着于某种特定的行为结构和交往模式，但这并不意味着尊严就不具有世界导向性和行为指引性。世界导向性指的是概念的实证(empirical)内容，能够在人们的实践和选择中体现出客观面向，而薄概念在社会实践结构中找不到这样的具有客观意义的实证面向。残忍这个概念对应着人的冷血态度或者极端手段等客观面向，尊严当然没有这种类型的客观面向，但这并不意味着尊严就失去了客观面向，或者尊严相比之下就显得更薄。如Scanlon所指出的，如果世界指向性只能通过客观的实证面向加以理解，那么威廉姆斯就犯了一个错误，将概念的描述面向和评价面向混同在了一起。⁷概念的描述面向为评价面向提供了客观支持，但并不意味着概念的评价面向就是由其客观面向所决定。一种更为适当的理解是将概念的客观面向作为概念的世界导向性的支撑材料，因此厚概念与薄概念关于实证面向的差异只是程度的差异⁸，世界导向性的落脚点应该放置在概念的评价面向所内含的价值网络之中。⁹

同样地，尊严概念的行动指引性也可以在这个区分的基础之上加以确定。按照威廉姆斯的界定，薄概念之所以欠缺行为指引性，主要在于薄概念不具有转化为具体行动理由的转化机制以及成为行动者内在理由的动机基础。比如慷慨大方是一个厚概念，其为我给地震灾区捐款提供了具体的行动理由，并让我产生了捐出特定数额金钱的内在动机。但公正这个薄概念并不能提供如此具体的行动理由和动机。然而，威廉姆斯将行动指引性落脚在能否产生行动理由这一点过度简化了理由与行动之间的证成关系。行为是“残酷的”这个理由为我们提供“不以残忍对待他人”的理由的逻辑分为两步。第一步

⁶ 关于内在理由的讨论，参见威廉姆斯：《道德运气》，上海译文出版社2007年版。

⁷ T. M. Scanlon, *Thick and Thin*, *The Journal of Philosophy*, Vol. 100, No. 6 (Jun., 2003), p.276

⁸ Scheffler, "Morality through Thick and Thin," *Philosophical Review*, pp. 417-18.

⁹ 德沃金：《刺猬的正义》，中国政法大学出版社2016年版。

是“道德证成”，即关于理由的道德上对与错的说明；第二步是“理性证成”，即我们将理由作为行动指引进行的理性辩护。¹⁰这两个步骤是分开的，但都包含在理由为行动提供指引这个实践推理过程之中。威廉姆斯只是将行动指引性理解为转化为行动理由的能力这一点忽视了这种证成关系的复杂性。他所主张的厚概念的行动指引性只是针对厚概念内容上的充实，更多的是突出了厚概念对人的实践态度的影响，而非提供了证成性辩护。

一旦将实践推理所包含的证成关系被揭示出来，那么概念的厚与薄就会展现出不同于威廉姆斯的另一层意义。虽然有很多哲学家对这对概念的区分做出反驳，但本文采取折中策略，认可厚概念与薄概念的区分，但赋予其不同的内涵。一方面，概念的厚薄之分在一定程度上像一根刺一样影响了尊严的规范内涵的挖掘，加剧了尊严概念的理论分歧，因此必须呈现出这个概念的厚度，才能减少不必要的分歧。另一方面，虽然威廉姆斯基于其怀疑论的伦理学立场将厚概念落脚在世界指向性和行动指引性这两个面向，而错误地把一些概念界定为是薄概念，但通过对世界指向性和行动指引性的重构，既可以保留概念的厚薄之分，又可以展现出厚概念的真正厚重之处。厚薄之分对于尊严概念的澄清至关重要，特别是体现在尊严的价值处境和价值推理结构的建构上，但目前已有讨论忽视了尊严的厚薄之分。尊严是否具有厚重形式，取决于尊严的价值本质和影响道德推理的能力。因此，对尊严的价值分析就成为必需。

二、分析尊严之价值结构的四种模式

分析尊严的最佳路径是将之放置在价值论的框架之下，这并不意味着尊严的其他面向是不重要的，而是在于理解其他面向必须借助于尊严的价值内涵，比如基因科技是否影响尊严，人工智能发展是否会对尊严构成冲击，本质上都关涉到尊严的价值。同样地，尊严在司法实践中的适用主要是一种价值适用，而非规范适用。尊严与其他价值之间的关系，典型地体现为价值关系。绝大多数的国际条约和很多研究者将尊严视为人权的基础，正是在尊严的价值基础意义上进行的。¹¹

价值论框架可以帮助我们澄清尊严概念的很多理论争议。概括起来，这些争议体现为这几个方面：尊严是一种基础性价值吗？尊严能够为人权（或其他重要价值）提供价值基础吗？尊严是否是一项宪法价值？

本节关注前两个问题，二者紧密相关，都指向尊严的概念内核，也是尊严之厚与薄的价值呈现。对尊严的价值分析既是对尊严的价值属性和规范内涵的提炼，也是对尊严应当如何在价值世界之中呈现其规范意义的方法论立场的建构。尊严的价值分析需要借助于人们在价值讨论和法律分析中如何使用这个概念。Alan Harel将尊严的使用方式区分为四种策略：目录策略、最后手段策略、历史进路和操作模式进路。¹²目录策略指的是提取尊严所依据的一些特定情形，探讨尊严能够提供支持的特殊关注、权利和价值，整理出一个目录，以体现出价值在实践中的重要性，比如追问尊严是否能够为健康权提供支持。最后手段策略主张将尊严作为解决其他价值穷尽时填补证成性裂缝的最后手段，比如个人自愿为奴的决定虽然与个人自治的价值相符合，但却破坏了人的尊严，因此不能得到证成。历史进路从思想变迁的角度探讨尊严概念如何获得重要性，以及进入到国家宪法、国际公约和宪法裁判的过程。操作模式进路关注的不是尊严能够为何种价值和

¹⁰ Scanlon, p.281.

¹¹ 严海良：《迈向以人的尊严为基础的功能性人权理论——当代人权观流变及评析》，《环球法律评论》2015年第04期。

¹² Alon Harel, Why Law Matters, pp.56-63.

关注提供基础，而是尊严证成这些价值和关注的独特方式。

这四种使用方式大致地区分了尊严被使用的典型方式，并且在每一种使用方式中都包含着对尊严的不同概念理解和特定的方法论主张，它们所体现出的尊严观存在着厚薄之分。尊严的厚与薄的界定背后预设着方法论上的选择，同时也与尊严的价值内核存在呼应，基于此，对尊严的分析必然会有成败之分。本节针对每一种模式下的代表性立场及其实践内涵进行分析，尝试寻找一种可靠的理解尊严之价值的实质主张和方法论立场。

（一）目录模式

该模式通常是将尊严视为一个厚概念，因此自然而然地能够在社会实践中产生世界指向性，同样也为裁判（特别是宪法裁判）提供价值指引。依据这一模式，尊严的世界导向性体现在个体在福祉上的完整和能力上的完备，因此政府有责任通过对个体能力的培养和福祉的继续来保护个人尊严。纳斯鲍姆是这种主张的代表。她基于亚里士多德而非康德式的尊严观，将尊严理解为人生命的独特存在意义和发展动态上的整体福祉性，因而培育和提高自己的基本能力是实现尊严的核心路径。能力进路是“以一个国家为中心的、将能力清单当作衡量每一个社会内部之社会正义的一个标准，当作关于基本宪法权利的一种说明”。¹³纳斯鲍姆将尊严落实到了人的核心能力的实现及相应的政府责任上，这一主张使得尊严具有了明确的世界导向性，然而却引发了尊严概念的混乱。纳斯鲍姆的核心能力清单上包含着生命、身体健康、感觉、情感、实践理性、归属、其他物种、娱乐和对外在环境的控制等类型¹⁴，但这些类型相互之间存在着差异和松散的关联性体现的与其说是尊严，不如说是人在世上更好生存的基本条件。它们虽然充分地体现了人在世界中的客观面向，但这个有些武断的清单难以呈现出一个有着独特价值表达的尊严概念。

格里芬采取了一种与纳斯鲍姆类似的目录模式，但却避免了能力进路的很多缺陷。格里芬将人权理解为人所拥有的规范能动性的保护方式。规范能动性是个体在行动之中自主和自由地塑造生活的能力。人能够拥有和实践规范能动性和享有人权的地位就体现为人的尊严。所以尊严概念表达的是人基于规范能动性而有的独特的地位，这种地位不会流于空洞，因为人基于人格而有的规范性地位为人权的保护功能提供了证成基础，并通过自主性、自由和福利等人权清单而得以充实，尊严从而获得了实在内容和法律保护的制度依据。相比于纳斯鲍姆，格里芬所建构的尊严概念既呈现出了尊严与其他价值间进行关联的证成结构，同时也能够转化为实践中的具体规范性内容。然而这个论证却仍然面临着一个价值证成上的难题。规范能动性的实践及其所实现的成就赋予人权这种保护机制以厚重形态，按照格里芬的建议，福利权、生存权和免于贫困的权利等都属于人权，但作为人的独特地位的尊严却是薄的，这个薄概念不足以支撑起人权等厚重的价值主张。

（二）最后手段模式

这一模式并不致力于成为一种完整的尊严理论，而是将尊严视为解决实践困境的最后手段。这一定位与国际人权条约中的很多规定相冲突，但在司法实践中却容易被采用，因为最后手段模式具有灵活性，可以更好地应对复杂的实践困境。比如在计划生育委员会诉凯西案（Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey）和劳伦斯等诉德克萨斯州案中，美国最高法院在关于妇女堕胎和成年人同性之间性行为的合法性判断中产生了深刻的意见对立，关于自由的范围、权利的边界或公共利益之内涵的理论分歧无

¹³ 纳斯鲍姆：《正义的前沿》，中国人民大学出版社，第204页。

¹⁴ 纳斯鲍姆：《寻求有尊严的生活》，中国人民大学出版社，第24-25页。

助于对这些问题给出答案，美国最高法院的大法官们在判决书中以尊严为理由，支持了妇女在无实质障碍的情况下自由选择堕胎和成年同性之间进行性行为的权利。法官们将堕胎和同性性行为视为个人隐私，其保护的基础在于人的尊严。然而，大法官们并没有对尊严是什么以及尊严究竟能够给这些规范性主张提供何种支持，并没有做出太多论证。类似的案例有德国行政法院的一个判决，法院基于基本法中人的尊严条款支持了一个禁止扔侏儒以牟利的行政禁令的合法性。¹⁵

尊严作为最后手段的模式在理论上也获得了支持。相比于司法推理的有限性，这一模式可以区分为两种进路，一种是理性论证模式，另一种是情感模式。理性论证模式在一定程度上借鉴了康德的尊严观。在对个人自愿为奴或者个人理性地决定结束自己生命的情形中，Dan-Cohen认为虽然这种决定处于个人自愿，符合个人自治价值，但个人自主地放弃自治的悖论性选择与尊严不符，尊严提供了不同意义的证成依据，论证了在这种情况下伤害仍然是存在的，因此这种决定不具有正当性。但这种论证并非像康德那样确立尊严在道德理由中的基础地位，而仅限于对自我伤害或自杀这种模糊的规范性领域的补强和救济作用，将尊严视为解决难题的最后手段。情感模式并不侧重于对尊严的价值论辩，而是在于在维持一个公正或体面社会的实践过程中，将尊严作为社会情感上的最后防线。马加利特在关于体面社会的理论建构中，提出了消除羞辱和残忍是体面社会的本质特征，而从反面上说，羞辱和残忍的存在是对人的尊严的践踏。尊严是消除羞辱的底线力量而非论证力量，能够为羞辱的严重性和非理性判断提供背景性支持。

作为最后手段的尊严观在理论上并无太大野心，而且能够在技术上得到法律实践的支持，但显然这一路径并未针对尊严的价值本质提出新的论断，其主要的关注点在于尊严是否能够为实践难题的解决提供支持，而非在对实践难题的分析基础上回答尊严的本质。¹⁶法官并不必然承担对尊严本质和法律文本中尊严这个语词的价值内涵做出哲学分析的任务，因此可以基于对尊严的“未完全理论化协议”的理解而对具体案件做出裁决，但司法视角的尊严观受限于特定的案件事实，不能反映出完整意义上的尊严内涵，也提不出方法论意义上的主张，因此对尊严的价值分析的理论贡献非常有限。

（三）历史进路

历史进路以一种回溯性方式探究尊严观念形成、塑造以及在历史实践中被建构的过程，毕竟尊严话语主要是在现代政治语境下被使用。¹⁷即使在早期的思想资源中尊严的某些特定方面被挖掘和凸显，但尊严真正以一种独立的价值形态进入哲学和政治思考中，是在康德的伦理学之后。而尊严进入政治和法律实践之中，主要是从《世界人权宣言》之后。为何在二战之后尊严上升为一种基本的政治价值，以及尊严在（宪法性）法律文本、国际条约和法官判决中如何被彰显？在人权法实践中，尊严如何为人权理解注入更多的内涵，以及如何为人权保护提供道义支持？

基于历史的反思能够对这些问题提供有益的视角，比如在德国《基本法》制定之后，通过对典型案例的分析，使尊严这个概念的模糊内涵结合特定的事实分析能够在一定程度上得到澄清，比如在一些宪法案件中通过法官对尊严概念的挖掘，可以将《基本法》第一条的规范内涵细致化。在美国，尽管宪法文本并未规定尊严，但最高法院大法官们

¹⁵ 谢立斌：《论法院对基本权利的保护》《中国法学》2012年第2期。

¹⁶ 当然，相比之下，尊严作为最后手段模式的观念在实践中的分析意义是巨大的，即使这种尊严观并不能让争议双方最终达成共识。特别是在新兴技术带来的挑战之下，尊严总是作为一种最后的论辩资源发挥作用，比如围绕基因编辑问题上的争议。参见朱振：《反对完美？——关于人类基因编辑的道德与法律哲学思考》。

¹⁷ See Charles Beitz, Human Dignity in the Theory of Human Rights: Nothing But a Phrase?, *Philosophy & Public Affairs* · 2013, p.261.

仍然可以进入到宪法背后的价值世界中，创造性地将尊严提炼为一种需要得到宪法保护的价值。在国际人权法实践中，以尊严为基础来理解人权是理解国际人权实践的一项重要线索。

这种回溯性的理解方案在确定尊严概念的厚与薄这个问题上具有独有的优势，在历史实践中尊严被理解和对待的方式是我们判断这个概念是否具有世界指向性的重要实证素材。然而遗憾的是，即使是采取历史进路，我们仍然无法确定尊严的概念性质。将尊严写入宪法的德国、南非等国家，并没有因为尊严成为宪法价值而使这个概念具备了更为确定的世界指向性。¹⁸同样地，在国际人权实践中，尊严是否能够为人权提供证成基础，是争议性最大的一个问题。这种概念争议性并不必然会影响尊严的厚度，但仅仅聚焦于尊严的历史视角，只能在有限的意义上强化其实证成分，对其评价性维度并无实质性助益。

（四）操作模式进路

本文主张只有在操作模式进路的分析框架之下，尊严的概念结构和价值内涵才能被完整地挖掘出来，并为其实证意义提供分析意义上的概念框架。围绕尊严的大量分歧都与这个概念究竟如何呈现其操作意义有关，有代表性的几种尊严理论都是从操作模式上来理解尊严，比如德沃金、沃尔德伦和Harel的立场。操作模式进路既包含着关于尊严之价值和实践意义的实质性主张，也包含着尊严如何进入实践并对其他价值和关注进行证成的完整理论说明。这种模式首先能够对尊严的几种质疑进行回应，比如尊严不具有行动指引性。在很多人权理论家看来，尊严的价值是为人权提供道德基础，因此尊严的行动指引性可以通过人权规范加以体现。

操作模式进路关注的是尊严证成其他价值特定方式，在一个整体价值论的框架之下，这种方式需要通过三个方面来填补，而且其证成的整体链条越完整，那么尊严的价值属性就会越厚重。这三个方面分别是：尊严的独特价值属性是什么，尊严的价值如何能够为其他价值提供基础和证成，尊严的证成性如何转化为实践中的制度和法律形态。按照操作模式进路，如果尊严不能够在这个证成链条中呈现为一种独特价值，那么我们就可以放弃这个概念。显然，所有采取操作模式进路的理论家都主张尊严是一种独特且基础性的价值，在实践中发挥着重要的证成和指引功能。真正的问题就转变为我们应该采取何种操作模式，以及如何在这种模式的三个方面之下理解尊严价值的全貌。

三、中道的内在价值尊严观：操作模式与辩护

操作模式注重的是尊严在价值网络中的证成关系，既包括尊严在证成其他价值上的规范力量，同时也包括分析其他价值之间的关系中尊严所能提供的价值支持。比如在分析健康与基本权利这两种价值之间是否存在着内在关联时，借助于尊严概念能够强化两者之间的价值联系，但尊严并不是作为一种毫无悬念的前提性价值等待随时被调取，而是要将其放置在一个价值关系的链条之中。因此，操作模式就显得非常必要。

既有的哲学和法理讨论在揭示这种证成关系上存在着三种梯度的操作模式分析，即强的操作模式、中道的操作模式和弱的操作模式之分。宪法研究中对尊严的价值分析大多可以与这三种梯度相对应。强的操作模式的代表性理论家是德沃金，他主张价值是一个整体，所有的价值都以一种相互支持和促进的方式共存，而尊严是这个一体性结构的锚，只要在确定尊严之价值的基础上，我们才能更好地理解平等、权利等其他价值。很

¹⁸ 德国宪法实践中关于尊严的争议。

多理论家主张尊严与人权之间的证成关系，将尊严作为人权的道德基础，但在证成链条的建构上，德沃金的方案是最为精致的。

中道的操作模式的代表性人物是沃尔德伦，他对尊严的价值内涵与法律意义做出了大量的探讨，但核心的观点在于将尊严的古典“地位（status）”内涵赋予了现代意义，指出尊严的内涵是每个人应该受到尊重和重视的地位，而法律制度的运行原理内在地蕴含着对尊严的保护和重视。沃尔德伦并未赋予尊严以过重的价值内涵，而且尊严并非人权的排他性道德基础，因为有一些人权并不需要从尊严那里获得证成，而且尊严可能作为辅助性力量而被其他更为重要的价值所吸收。¹⁹但尊严仍然是一重要的证成性价值，它不仅促进我们对人的重要性的理解，同时也塑造了法律的制度美德。

弱的操作模式既淡化了尊严在价值网络中的证成性角色，也将尊严的实践内涵限定在一个有限的范围之内，但它仍然是基于操作模式进路，因为它将尊严放置在一个规范性的处境之中，在尊严的价值内涵与实践选择之间建立一种证成性关联，尽管这种关联可能很弱。Khalitan所提出的尊严的表达规范理论是一个典型。他主张尊严是一种表达性的价值，是包含在特定的行动和语言中的带有道德色彩的规范性态度。当然这种态度是薄的，受到文化等因素影响，但他并不是站在非认知论的表达主义立场之上，而是主张尊严的表达规范是具有客观意义的。相类似的立场由哈贝马斯所提出。哈贝马斯并非明确地采取一种表达主义的立场，但他的操作模式进路仍然是弱意义上的。他主张历史上存在的羞辱和破坏对于人类尊严的损害激发出共同体对于尊严的各个层面的理解，人们转而通过穷尽权利和创设新的权利来回应尊严的危机。²⁰这种兼具历史色彩的分析路径体现了尊严和权利保护之间的弱证成性关联，在他看来，尊严是道德法与实在法之义务之间的一个枢纽。²¹

（一）尊严的内在价值属性

前述三种模式都将尊严放置在一个证成关系之中，展示出尊严与其他价值之间进行关联的方式。但这三种模式存在着立场上的分歧。这个分歧指向了这个核心性问题：尊严是一种怎样的价值？基于尊严概念之厚与薄的区分和三种操作模式的概述，本文提议一种理解尊严的中道的操作模式进路。这一进路既包含着对尊严是何种价值这个问题的回答，同样也对尊严如何证成其他价值和影响道德推理的方式进行提炼。中道的操作模式进路包含着三个内容：（1）尊严是一种有着共同体属性的内在价值，即使这种价值在根源上的解释是本质上有争议的，但尊严仍然是一个具有世界指向性和行动指引性的厚概念；（2）尊严以一种互惠模式为其他价值提供证成，特别是人权价值，这体现了尊严的共同体属性，也将尊严纳入到一种可操作的证成结构之中；（3）尊严以互惠性的方式进入法律实践，法律在价值上是与尊严内在相关的。

这种进路理解下的尊严概念仍然充满各种争议，但本文尝试在既有讨论的基础上，使这一进路显得更为合理，且在实践中更具有操作性。理解尊严的难题在于解释尊严到底是何种意义上的价值。尊严在概念史上的发现不同于DNA的发现，因为尊严是被建构出来的。但并不意味着尊严是主观的或者不确定的，它仍然可以是客观的，问题的关键在于如何确定这种客观性。因此，为上述主张（1）进行辩护就变得关键。这一工作分为两个方面。

首先，尊严是一种内在价值，这是尊严的辩护者的基本共识。这种内在价值主要体现在人之为人在独特且独立的、应受尊重和认可的价值状态。这个抽象的界定并非是对尊严做出一个终局性的概念界定，而是突出尊严的厚概念属性和在世界中实现的方式。

¹⁹ Waldron, Is Dignity the Foundation of Human Rights?

²⁰ Waldron, Is Dignity the Foundation of Human Rights?, in *Philosophical Foundations of Human Rights*, p.468.

²¹ Waldron, Is Dignity the Foundation of Human Rights? p.470.

但我们不能采取德沃金的强的操作模式。这一模式在方法论上面临重大难题。德沃金通过内在价值和本质性两个原则赋予尊严以内在价值地位，并将其作为证成其他价值的基础。这个论证的缺陷有两个，一是个人的内在价值不需要像德沃金所主张的那样通过个体采取一种解释性的态度来加以珍视（自尊原则），这对个体提出了过高的责任要求，二是德沃金所主张的本质性原则并不必然与自尊原则相符合，这个要求过于理想。即使德沃金所倡导的两个原则能够强化尊严的证成力量，但这两个原则赋予了尊严过高的概念厚度，在方法论上存在问题。

在回答这种内在价值来自于哪里的问题上，进一步的分歧会出现，很多人会诉诸神学论证，同样也有人会诉诸康德哲学，但我们无需就这些争论而感到担忧，因为尊严的怀疑论者并不是因为尊严的价值基础不确定，而是因为尊严与其他价值相重合。如果我们能够通过揭示尊严的内在价值在实践中影响推理的方式，那么就可以回应尊严的模糊性和空洞性指控。尊严内在价值基础的哲学论证也不会削弱这一共识，因为对尊严的实践状况的分析和反思反而可以检验一些哲学论证的有效性。

如果不诉诸尊严背后的深层争论，那么如何确定和证实尊严的内在价值属性？毕竟尊严不是内在于人自身的一种自然属性，而是价值属性，如何界定这种价值的内在性和相关性，答案并不清晰。康德将人的内在价值性解释为人的自我立法的绝对无价性或者人的目的性本身，但这种价值主张即使成立，也面临着巨大的实践困境。²²达沃尔提议了另外一种理解尊严之价值性的方式，他主张道德义务和责任都预设着第二人称视角，尊严体现在第二人称关系中的尊重。在这个结构中，个体拥有主张他人尊重的道德权威，尊重传达了对个体的尊严的承认和回应。但正如Beitz所指出的，尊重背后仍然需要道德理由的支撑，尊重只是传达了尊严内在的那些道德理由，基于第二人称结构的尊重是回应于尊严的独特实践，但仍然没有反映尊严的价值内核。²³沃尔德伦的方案将尊严的古典含义表达出来，避免了不必要的论证麻烦。他认为尊严的本质就是“地位”或者“等级”，传统意义上使用等级的概念是为了将具有特定政治、道德和法律地位的人区分出来。当我们在现代意义上使用尊严这个概念的时候，我们是把这种区分性和地位性赋予每一个人，尊严的规范内涵发生了变化，但尊严影响道德推理和制度建构的方式并没有变。拥有尊严地位的人值得法律上的尊重和保护。

沃尔德伦的中道方案避免了将尊严的价值落实在更为实质和争议性的那些道德考量之上，这种中道和非实质性的路径反而能够与法律的制度性道德目标相吻合，因为法律并不是以内容上的正当表达对人的地位的尊重，而是通过制度性的合作方式和法治结构体现对人的重视。然而，基于地位或者等级的尊严观虽然能够凸显出人区别于其他物种的重要性和独特性，以及人与人之间在尊严上的平等地位，但这个概念是没有实质内容的，其规范意义只能通过尊严的社会或制度实践来填补。这种操作模式遭遇了两个困境。第一个困境是以实践中的表现形式来充实尊严的内容存在着比较大的风险，正如Julian A Sempill所提出来的，沃尔德伦将尊严作为法律制度的一项内在美德和道德意义的基础，无法与实践中的很多对尊严造成羞辱和冒犯的法律内容的存在相协调。第二个困境涉及到对地位或者等级的理解，人的地位即使具备区别于其他物种的区分性和独特性，其仍然需要一个来源，来解释这种独特性之所在，因此对价值的寻求就是必需的。²⁴

借助于尊严之实践形态来理解尊严价值的模式似乎是走不通。尊严的价值只能从内部进行理解。借助于Nagel和Beitz所提出的一些主张，本文将尊严的内在价值性界定为

²² 康德主张自律是尊严所体现的那种无法比拟的价值，因此自律成为了尊严的基础。康德：《道德形而上学基础》。

²³ Beitz, p.279.

²⁴ Beitz, p.275.

人的不可侵犯性 (inviolability)，以及附属于该属性的辅助性价值内涵和限制因素。不可侵犯性表明了人的存在的内在重要性，这种重要性应该受到保护，而不应受到否定和损害。这是一种独特的价值存在形态，它表明了人作为一个行动主体在于世界之实质关联中所体现出的对内的自我引导和保全，以及对外的保护性要求。需要注意的是，无论是这种价值所包含的对内还是对外的要求，首先是指的尊严的存在形态，而非尊严所产生的规范性要求。

这种尊严观当然不会完全地摆脱尊严分析通常所面对的那些批评，而且表面上它确实呈现出一些其他尊严观所有的缺陷。对此，有几个回应和辩护。首先，如果我们对价值本身的（包括元理论意义上的）存在基础与存在形态做出区分，那么基于人的不可侵犯性的理解贯彻的是一种中道的操作模式，它并不试图对尊严的价值形态做出最为彻底的回答，这个问题可能是无解的，即使我们诉诸更深层次的哲学或神学论证，但它表明了人的存在意义上的重要性——人是一个不可侵犯性的存在，排斥否定和羞辱——仍然体现的是尊严的内在价值方面，而非外在的规范形态。相比于德沃金所提出的更为厚重的内在价值观，这种观念没有赋予个体的行动能力和主观倾向（本真性）以更重的分量，因此避免了将尊严视为解释性概念所带来的客观性困境。同样地，地位或者等级的尊严观的可取之处在于突出了尊严的“尊荣性 (nobility)”，传统意义的尊严，比如贵族的尊严，体现的正是这种尊贵性，沃尔德伦在选择地位的尊严观时，更看重的是其地位意义，而放弃了尊严概念的尊贵性意义。人的不可侵犯性观念能够将尊严的尊贵性内涵重拾回来。贵族所拥有的尊严体现为贵族拥有特权的专有性和不可侵犯性，与之类似，个体的不可侵犯性也能够体现出这种尊贵性，只不过人的尊贵性不再依赖于其特权不受侵犯，而是人在社会世界中自我引导之能力 (capacity for self-direction) 被认可、尊重和免于侵犯的地位。

其次，具有方法论意义的操作模式进路能够尽可能地澄清这种尊严观的实践内涵的模糊之处。尽管对尊严的界定都不可避免地存在模糊和空洞之处，但这种指责无外乎尊严的价值难以界定和形成共识，以及不能提供有效的行为指引。各种版本的操作模式进路在一定程度上能够回应这种批判，但基于人的不可侵犯性的中道理解能够更有力地做出回应。人的不可侵犯性的规范内涵是什么？在一定程度上，对人的自主实践造成障碍和损害的因素都是对于尊严的破坏，但按照中道的尊严观，我们不需如此理解人的不可侵犯性。在人所生活的道德和制度世界中，尊严以各种方式受到促进和压制，但并非所有压制都破坏了尊严，经济上的匮乏与自然环境的恶劣都会影响人的不可侵犯性，但只有那些以羞辱和否定的方式危及人的自我引导的伤害才是尊严性伤害 (dignitarian harm)。什么构成了尊严性伤害？这个问题把关注点从尊严的内在价值转向了尊严的规范内涵。人的不可侵犯性这种价值属性并不能直接导出特定的规范性主张，这一点使得尊严概念不同于权利、自由等具有更为确定的规范结构的概念。然而，尊严可以借助于一些辅助性属性而呈现出其更为完整的规范内涵，这也是中道的操作模式的题中应有之义。

（二）尊严的共同体属性与互惠模式

尊严的内在价值属性包含着格里芬或沃尔德伦之主张的一些合理成分，但在一些重要的方面与他们不同，特别是关于尊严的共同体维度。共同体维度体现为两个方面，一是尊严包含着享有尊严的个体对自身、自身与共同体之关系以及共同体本身的理解，这并不是主张尊严是一种共同体属性，或者是一种集体理解，而是说尊严的价值内涵必然首先在一个共同体语境中被体现出来。个人的内在尊严不是一个静态的存在，需要通过言语、行动和交往等社会实践形式体现出来，个体是通过自由实践、理性反思和情感理

解参与到社会实践中，形成了道德规范、社会认知和文化现象，这个过程中渗透和贯穿着对人之尊严的理解。当人们欣赏一幅杰出画作的时候，除了对艺术性的肯定，同样也是对创作者之内在价值（理性和审美能力）以艺术加以呈现的肯认。这是一种非常薄弱的通过共同体交往以认可个人尊严的方式，同时存在着大量的更为厚重的形式。

共同体维度的第二个更为关键的方面是尊严的制度性和法律性。尊严在现代社会中的地位并不完全是制度建构的结果，可能是尊严塑造了现代社会的制度和法律形态。这种塑造作用有两个体现，一是作为经典命题的尊严与人权之间的关系，二是尊严对宪法实践的促进。尊严与人权之间的关系同样存在着大量的争议，但这个问题本身表明了尊严是借助于人权这种制度形式发挥作用的，人权表达了人应受保护的特定主张的道德分量。尊严能够为此提供支持吗？按照互惠模式，尊严的价值内涵为其他价值所提供的证成性意义体现在，尊严既表明了其他价值的重要性基础，比如权利表明了人的应受尊重（respectfulness）的制度形式，而权利保护实践反过来又充实了人应当受到尊重的那些面向，从而强化了人的内在价值属性的证成性力量。²⁵

尊严的内在价值属性表明了尊严概念的实在性和客观性，同时基于其共同体属性而具有世界指向性和行为指引性，因此尊严是一个厚概念。但尊严的厚重意义不需要采取一种强的操作模式加以呈现，而是应该采取一种中道模式，尊严的世界指向性和行为指引性通过这种中道模式体现在社会实践中，其主要含义体现在尊严与人权之间存在着互惠意义的证成关系。基于尊严与人权的关系，我们大致能够划定“尊严性伤害”的范围和界限。或者说，人权的赋予正是为了防止尊严性伤害，人权的社会实践也反过来充实了人的不可侵犯性的规范内涵。无论是在国际法还是在国内宪法实践中，人权的保护都是一个复杂的制度过程。但我们首先需要解决的难题是，如何在宪法框架中借助于各种相关概念安置尊严这种价值。

四、尊严的宪法实践

正如本文开头所说的，尊严在宪法实践中的形象是复杂的，充满了争议。然而，基于对尊严的厚概念和内在价值属性的探讨，尊严具备了影响宪法实践的价值姿态，基于人的不可侵犯性的尊严观蕴含了进入到宪法框架的规范可能。但尊严不同于权利和自由等宪法性概念，权利是内生于宪法实践中的概念，但尊严是在宪法实践背后。权利和自由表明了人作为一个行动主体参与规范世界的能力和证成宪法规范的规范地位，它们一方面具有宪法教义学上的价值基础地位，另一方面能够为国家行动和个人获得基本福祉的保障提供规范支持。但尊严不是以这种方式发挥作用。尊严的世界导向性并不在于提供具体的行为指引，而是与权利等价值的实质关联，但尊严与其他价值之间的关系同样是模糊不清的，这体现在我们在对自由、平等等宪法价值进行分析的时候，是否需要援引尊严概念。

基于对尊严的内在价值以及尊严与权利的互惠关系的分析，本节尝试对如下命题进一步辩护：尊严是一项重要的宪法价值，无论是在德国基本法中明确规定的“人的尊严不可侵犯”，还是其他国家通过各种制度实践将人权纳入到宪法保护中的做法，都内在地体现了尊严在宪法实践中的独特规范地位，但尊严的价值内涵并不受限于宪法结构，一方面尊严为人权提供证成，并从人权实践中获得互惠性反馈，另一方面尊严具有超宪法的法律内涵，尊严的内在价值在法律实践中可转化为具体的行为规范，或者类似于Khaitan所提出的表达性规范，但必须在一种互惠性的结构之中被转化，也就是说在特

²⁵ 达沃尔：《第二人称观点：道德、尊重与责任》，译林出版社，第63-64页。

定事务或事例中的具体规范要与尊严的不可侵犯性内涵相符合并且能够强化尊严的规范内涵。

人权是基础性宪法价值，也是国际法的基本主题。当前世界在人权保护上取得了重大的实质性成果，但仍然留有大量的理论难题，其中之一即是人权的道德基础。对尊严和人权之关系的讨论既可能给人权理论带来突破，同时也可能产生额外的理论负担。这部分的讨论有两个目标：通过人权展示中道的内在价值尊严观的可行性；借助于尊严概念，在一个宽泛的意义上探讨人权的道德内涵。

有些论者主张人权的概念无需借助于背后的道德价值²⁶，但更多的学者主张尊严是人权的道德基础。中道的内在价值观突出的是尊严的不可侵犯性，这种价值属性在转化过程中经过了一个独特的处理机制，一方面尊严的内在价值属性在向人权的转变中越来越呈现为地位性尊严（status dignity）的规范形态，在以共同体视角对人权加以构建的过程中，尊严为人权的重要性和规范性提供了有力的证成，宪法以基础规范的形式确立了人权的宪法规范效力并加以制度性保障，比如限制国家权力的实施。在这个意义上，尊严成为了一项宪法价值，但尊严的宪法意涵不同于人权。另一方面，人权的设置和实践反过来与尊严形成互惠关系。尊严是人权的价值基础，但人权实践本身在社会世界中形成了一种具有独特道德意义的规范性实践，这种实践反过来塑造和强化了尊严价值，无论是其内在价值还是地位性价值。在这个过程中，共同体及其承载的文化观念为这个互惠关系做出了有限的贡献，这为从比较法的意义上分析尊严概念提供了可能。

尊严的不可侵犯性的内在价值如何发挥这种证成作用，以及中道的操作模式进路如何在这个证成关系中得以体现？论证可以分为两步。首先，如果不可侵犯性是一种成功的内在价值解释，那么在尊严的实践过程中尊严必然转化为特定的规范内涵。在这个转化中，格里芬或沃尔德伦所提议的将尊严理解为特定含义的地位就能发挥作用，而且减少了将尊严与人权进行关联的论证负担。真正的难题是，尊严从内在转化为外在规范状态的过程中，如何从内在价值形态转化为地位形态？这个转变的关键在于，人是以特定的地位状态进入到共同体生活和政治生活之中。这个地位体现为两点：人做出规范性主张和要求；人之间进行互动和合作。人的不可侵犯性分别转化为消极的地位尊严和积极的地位尊严来塑造人的地位状态。消极的地位尊严体现的正是人的不可侵犯性所内含的人的免于羞辱和否定的主张，当人以尊严主体的身份进入到实践中，消极的地位尊严确立的是共同体对个体之不可侵犯性的认可，也即对一个不可侵犯的个体在世界中的独特地位的肯定。积极的地位尊严表明了尊严的内在价值的共同体属性，在一个合作与交往的共同体之中，不可侵犯性的内在性同样可以转化为对人的重要性的共享性理解，这种理解促进每个人以一种更加体现尊重的方式重视其他人的内在价值。

第二步的论证涉及到尊严的转化机制与人权的道德内涵之间的关系。首先我们需要澄清尊严为人权提供证成的意义所在。人权包含着丰富多样的内容，但人权的特殊性在于其规范结构。这里需要区分人权的性质（nature）和基础（ground）。人权性质体现的是人权区别于其他价值的概念特征，比如自由。既然人权属于权利的一种，那么人权共享着一般权利的结构，但人权具有特定的道德内涵。虽然如此，人权的性质与基础仍然不同，后者关注的是人权的规范性基础，即人权所产生之道德理由的来源。按照Beitz的界定，人权是保护个体免于政府特定行动或不作为所产生之后果的公共性规范实践²⁷，那么人权的规范性基础在于个体向政府提出避免这种后果的道德主张的源头。批判尊严与人权之关联的主张认为引入模糊的尊严概念反而会加剧人权的证成难题，人权的证成

²⁶ 拉兹：《人权无需根基》，《中外法学》2010年第3期。

²⁷ Beitz, *The Idea of Human Right*, p.14.

并不需要特别地预设额外的一个抽象概念。²⁸此外，人权面向政府的这种公共实践结构体现了人权的政治功能性，尊严概念需要对人权的这一独特特征做出解释，否则政府对个体的伤害与普通人对个体的伤害会趋同，人权概念也就失去了意义。

然而，这个指控可以通过建立尊严与人权之间的中道的证成性关系加以解决。虽然德沃金采取了一种将责任、自我理解等诸多因素杂糅进尊严概念的处理方式，但他所采取的尊严前置的方案是恰当的。德沃金在讨论权利本质之前先分析了人们的政治义务，而政治义务是个体在联合之中表达自尊并体现本真性的要求。²⁹即使德沃金赋予尊严过高的含义，但他正确地指出了尊严在促成共同体联合及凸显权力实践之重要性上的意义。为什么人的不可侵犯性在转化为地位尊严之后能够针对政府产生独特的道德理由？我们可以在几种中道的方案之间进行综合考察，从而判断回答这一难题的可行方案。沃尔德伦基于地位尊严观在尊严和人权之间建立了微弱的证成关联。他把尊严视为人权背后的潜在的观念（underlying idea），解释这些权利关联于人的重要性和它们被统合在一起的重要性。³⁰Beitz的观点与之类似，他认为尊严所内含的自我引导能够解释人权的公共实践的价值，而非这种实践内嵌的特定规范性要求。在人权讨论中援引尊严，可以使人们更加自然地关注其背后的道德考量。³¹沃尔德伦和Beitz都持有薄弱意义的证成观，他们并没有在人权推理中赋予尊严以更强的证成力量。

哈贝马斯给出了一个更强的界定，他认为人权的身份内涵使得“人的尊严有资格成为道德和人权之间的历史联结环节”。³² John Tasioulas同样是基于一种内在价值的地位观主张尊严影响着人权的道德推理，但并非为人权提供价值来源，而是发挥着操作性功能，即人权规范背后的普遍利益形成紧密联合，以多元方式确定人权基础的道德和审慎成分。³³Laura Valentini和Jan-Willem van der Rijt则以类似的形式提供了一种在尊严和人前之间建立更强证成关系的方案。Valentini主张内在尊严和地位尊严的区分，后者与人权的功能在概念上相关。Rijt则区分了内在尊严和偶定尊严（contingent dignity），并主张人权直接从尊严的内在性质中导出，但保护的却是尊严的偶定特征。

³⁴

以上都是区别于强证成模式（德沃金）和怀疑论者的中道模式，但在强度和特定主张上存在差异。综合这诸种立场，尊严和人权之间的恰当证成关系应该是什么样的？基于第一步论证的讨论，中道的内在价值尊严观主张尊严的地位形态为人权提供了道德意义上的证成，但并非强意义上的，而是体现为如下两个方面的中道意义上的证成：人权的特定规范结构体现了尊严作为地位的规范效力，特别是指向政府行动；人权的内容与尊严的价值性存在关联，但尊严不能直接决定人权的内容，人权具有开放性。

尊严作为地位的规范效力指向了政府行动，其主要依据在于宪法确立每个共同体成员在地位上的平等，并将这种道德考量纳入到人权结构的设计之中。宪法通过规范的形式规定了人权的具体内容和效力，但人权的功能是政治上的（political），意味着人权的内容紧系于政府的行动或者对其提出限制，因为政府行动传达了共同体对社会合作形式的意向和权威性决定，尊严的地位观要求每个人所参与的社会合作既尊重个体的地位（平等），同时又积极地认可个人的自我指引并使其不受侵犯，这个规范性要求恰恰

²⁸ Doris Schroeder, *Human Rights and Human Dignity: An Appeal to Separate the Conjoined Twins*,

²⁹ 《刺猬的正义》，第348页。

³⁰ Waldron, p.136.

³¹ Beitz, *Human Dignity in the Theory of Human Rights*, pp.287-288.

³² 哈贝马斯：《人的尊严的观念和现实主义的人权乌托邦》，第9页。

³³ J.Tasioulas, *Human Dignity and the Foundations of Human Rights*. In McCrudden ed., *Understanding Human Dignity*. Oxford University Press. 2013. p. 293-314.

³⁴ Laura Valentini, *Dignity and Human Rights: A Reconceptualisation*, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 37, No. 4, pp. 862-885(2017); Jan-Willem van der Rijt, *Inherent Dignity, Contingent Dignity and Human Rights: Solving the Puzzle of the Protection of Dignity*, *Erkenntnis* 82 (6):1321-1338 (2017).

体现出了人权拥有者做出主张的方式。人权无需从尊严价值中直接推导出来，但人权实践反映了尊严的地位形态。

另一方面，人权的内容无需完全从尊严之中推导出来，很多人权性内容是从尊严价值转化而来的，比如不受酷刑的人权主张的价值基础在于人免于羞辱和否定的不可侵犯性。但尊严的中道操作模式的体现在于尊严的实践内涵由权利和自由实践所塑造，尽管权利实践充满了争议和不确定性，但权利以一种互惠模式促进了尊严价值的实现。

五、结语

本文尝试澄清人之尊严的概念分析和宪法实践反思中的理论难题，并试图提出一个分析这些难题的分析框架。方法论上的澄清有助于确立尊严的概念形态。虽然尊严概念充满模糊性和争议，但尊严不是一个薄概念，而是有着特殊结构的厚概念。相比于其他模式，中道的操作模式进路与厚概念的尊严相符合，并且能够提供分析尊严价值和实践内涵之关系的可靠框架。采取这种模式并不排斥其他进路，因为其他进路能够为理解尊严实践的各个面向提供支持，但操作模式的独特价值在于将尊严的价值结构与实践中的不同环节进行对应，把尊严的价值问题以规范性的方式转化为特定的政治和法律问题。人权是当今国际和国内政治实践的重大主题，也是理解政治之道德意义的核心概念，对尊严与人权之关系的澄清有助于更好地呈现人权的道德维度。当然，基于中道的内在价值尊严观对尊严和人权的关系做出了有限制的证成性关联，这表明人的尊严既无需通过严格的制度形式加以固定，也具有面向丰富实践的灵活性。

论行政法上反射利益的权利化理据

——从中国法院的实践出发

朱俊

(重庆大学 法学院, 重庆 400045)

摘要:近年来,行政相对人越来越愿意以其反射利益遭到行政行为侵犯为由提起行政诉讼,无论法院是支持抑或反对这种诉求,均表明行政法上的反射利益有权利化之需求及其实践。这些判决为总结中国法院权利化行政法上的反射利益之路径提供了很好的素材。本文基于该系列判决,进一步细化了差异与距离理论,即主张反射利益在通过了规范、差异与距离审查后有较大机会转化为行政法权利(取决于法院之实践),以解释法院支持或反对行政法上反射利益权利化之结论。

关键词:反射利益;行政法权利;差异;距离

引言

随着经济社会的发展以及民主法治的进步,行政相对人再也不愿做“砧板上的鱼肉”而逐渐觉醒权利意识,他们已经开始在证券法¹、银行法²、环境保护法³、规划法⁴、教育法⁵、工商登记⁶等领域主张反射利益的行政诉讼法保护。然而,囿于司法资源的有限性等因素,法院通常不会向所有提出该主张的行政相对人提供保护。其中,法院基于某种理由支持部分反射利益的保护请求,即在法院承认其请求权的基础上,该反射利益已经转化成了行政法权利。简言之,法院在实践中会基于某种理由允许反射利益行政法权利化。因此,本文将从现有案例⁷出发,探讨法院允许反射利益行政法权利化的那种理由⁸。

一、反射利益与行政法权利

与私法权利理论相比,公法权利理论成熟较晚,通说认为现代意义上的公法权利概念始自卡尔·弗里德希·冯格贝尔(Carl Friedrich von Gerber)在1815年所著《公权论》一书。⁹他认为,公法权利原则上并不属于个人,只是在作为民族共同体或国家的成员时才享有,主要为参政权,至于人民所享有的由宪法所保障的各种自由并非是法律

作者简介:朱俊(1986-),男,四川自贡人,重庆大学法学院讲师,法学博士,硕士研究生导师,主要从事权利理论研究。

课题:2017年重庆大学中央高校基本科研业务费“科研创新能力提升专项”(人文社科发展项目):2017CDJSK08YJ11。

¹ 参见北京市高级人民法院行政判决书(2017)京行终4762号等案例。

² 参见北京市第一中级人民法院行政裁定书(2017)京01行初758号。

³ 参见江苏省泰州市中级人民法院行政裁定书(2018)苏12行终132号。

⁴ 参见西安铁路运输中级法院行政裁定书(2018)陕71行终433号。

⁵ 参见中华人民共和国最高人民法院行政裁定书(2015)行监字第78号。

⁶ 参见江苏省南京市中级人民法院行政裁定书(2015)宁行终字第00426号。

⁷ 在2018年11月20日,笔者以“反射利益”为题,在北大法宝案例库(<http://www.pkulaw.cn/Case/>)检索“全文”,案由为“行政”,匹配方式为“精确”,共获得175个案例。

⁸ 事实上,在有关论文讨论“行政诉讼原告资格”“行政诉权”、行政诉讼之“诉之利益”“行政法上请求权”“行政诉讼的权利保护必要性”时,均会在某种程度上涉及该理由,只是并不全面。根据程琥的研究,“结合权利保障的过程看,从合法权益到行政诉权的逻辑关系体现在以下动态变化过程中:合法权益(法定权利和正当利益)→行政行为侵害→行政法上请求权→诉之利益→行政诉权→行政诉讼原告资格”,其中狭义的诉之利益就是行政诉讼的权利保护必要性。参见程琥,《行政法上请求权与行政诉讼原告资格判定》,《法律适用》2018年11期;王贵松,《论行政诉讼的权利保护必要性》,《法制与社会发展》2018年第1期;江必新编《新行政诉讼法专题讲座》,中国法制出版社2015年版;陈清秀,《行政诉讼法》,法律出版社2016年版。

⁹ 徐以祥,《行政法学视野下的公法权利理论问题研究》,中国人民大学出版社2014年版,第23页。

权利，而是个人的政治地位。而反射利益则是国民由于服从特定国家而成为其统治的客体——与私法上的主体与客体关系不同，在国民服从国家的对待给付中，国家授予其各种重要权能而形成国家与国民之间的相关法律关系，但这种国民享有之“权利”仅是法律的反射效果。¹⁰该反射利益不过是政治权利的衍生物，以国民之客体地位为限。

公法权利与反射利益理论的成熟则归功于耶利内克（Jellinek）、比勒尔（Buhler）和巴霍夫（Bachof）等人。耶利内克在《主观公法权利体系》中指出，个人的公法权利根据人格之能力而来，即依据该人格之具体能力所产生之请求权，其基础在于个人利益顺应了公共利益的要求。因此，“个人主观权利在公法领域里只是一种为了个人利益使法律规范发挥作用的能力。因为个人的主观公法权利只存在于个人与国家的关系中，所以它并不包含能够直接引起个人与其他服从者之关系的要素”，即它并非是个人的天赋自由，而是对天赋自由的扩展，“以授予权力的法律规范为基础”，在“承认个人利益也是公共利益的要求时，个人利益才能获得法律的承认”，“没有与公共利益无关的法律上的个人利益”。因此，“公法权利在实质上就是个人因其在国家中的成员地位应享有的权利”。¹¹反射利益则是客观法的反射效果，即“为了公共利益，公法的法律规范要求国家机关为特定的作为或不作为”，而“这种作为或不作为的结果可能会有利于特定个人，尽管法制并无扩大个人权利领域的意图”。因此，公法权利与反射利益构成了个人在公法领域所享有的请求权或事实利益，他们在疑难案件中存在着一个模糊地带，法官必须确认是否向个人开放法律保护，耶利内克认为，“按照现行法，实质标准只能是法律以明确的或以可推知的方式承认了的个人利益”。¹²

奥托马·比勒尔于1914年在其教授资格论文《公法权利及其在德国行政裁判上之保护》中提出了“法律地位说”，即“公法权利指人民基于法律行为或以保障其个人利益为目的而制定之强行法规，得援引该法规向国家为某种请求或为某种行为之法律地位”。而反射利益则是个人“因合法法规或行政机关的活动而受有利益”。¹³在公法权利与反射利益的区分问题上，比勒尔提出了公法权利的三个充要条件。一是法规的强行性要素，即客观法之规定乃公法权利存在的先决条件，且该客观法必须是强制性的，行政主体没有丝毫的自由裁量权；二是个人利益的保护性要素，即行政主体因强行法之规定而负有羁束行政之义务时，并不必然产生个人公法权利，它还要求该法益在维护一般公共利益的同时也维护个人利益；三是赋予向国家请求为或不为一定行为的法律上之力的要素，即法律赋予个人在其利益遭到侵犯时请求行政救济或司法救济的法律上的能力。¹⁴巴霍夫修正了比勒尔的公法权利理论。一是只要行政主体在其自由裁量范围内作出了行政行为，行政相对人也可享有无瑕疵裁量的请求权。二是规范目的确定个人利益的保护必要性，但在解释法律规范时不应局限于立法者的原初目的，而应根据客观情势来解释或推定。三是从基本法第19条第4项规定的概括性请求国家保护的救济权利来看，该第三项要素的独立性存疑。¹⁵

针对上述德国学界以保护规范理论为核心的传统公法权利理论，若干学者从实践角度提出了修正方案。一是对保护规范理论的再修正，如Rupert Scholz主张解释规范时

¹⁰ 杨建顺，《日本行政法通论》，中国法制出版社1998年版，第325页。

¹¹ [德]格奥格·耶利内克，《主观公法权利体系》，曾韬、赵天书译，中国政法大学出版社2012年版，第39-49页。

¹² [德]格奥格·耶利内克，《主观公法权利体系》，曾韬、赵天书译，中国政法大学出版社2012年版，第64页。

¹³ 徐以祥，《行政法学视野下的公法权利理论问题研究》，中国人民大学出版社2014年版，第25页。

¹⁴ 徐银华、肖进中，《行政法上之公权与反射利益的历史演变》，《中国行政法之回顾与展望——“中国行政法20年”博鳌论坛暨中国法学会行政法学研究会2005年年会论文集》。

¹⁵ [德]艾博尔特·斯密特·阿斯曼等，《德国行政法读本》，于安等译，高等教育出版社2006年版，第295页以下。

不仅应当采用主观目的论解释,还应当统合目的性解释和法效果解释;Schmidt-Assmann提出新保护规范理论,即分配行政需要公法权利的反向制约机制来保障个人的尊严、个性和自由,解释规范时应根据客观化的规范目的、规范构造及其相关规范结构、各方利益之权衡来确认个人的位置与差异,司法通过解释限制和缩减权利时应受合宪性原则的制约。二是有跳出保护规范理论的阐释,如Hans Heinrich Rupp主张区分法律地位与请求权,即通说中的法所保护的利益仅是一种法律地位,而只有在行政机关违反其自我约束之义务而侵害相对人之法律地位时,方赋予其公法权利;Wilhelm Henke主张个人自由仅在与公共利益相统一的情况下予以限制,该限制构成了法律条件,即行政主体违反该法律条件,则赋予相对人公法权利;H. Bauer主张从法律关系网络角度来理解公法权利,即公法权利是一个开放性的框架概念,需要在具体法律关系中来认定。¹⁶

在日本,按照田中二郎教授的观点,存在于公法关系中的权利是法律上承认可直接主张之利益,而反射利益则是法律规范之某种命令、限制或禁止而产生的事实利益。¹⁷简言之,日本理论与实务界承认第三人在事实上遭遇不利益时也可以寻求法律救济,如公共澡堂距离限制案¹⁸。在台湾,“大法官会议”释字第156号解释强调,“主管机关变更都市计划,系公法上单方行政行为,如直接限制一定区域内人民之权利、利益或增加负担,即具有行政处分之性质,其因而致特定人或可得确定之多数人之权益,遭受不当或违法之损害者,自应许其提起诉愿或行政诉讼,以资救济”。¹⁹质言之,该解释改变了城市规划变更后影响个人之权益为反射利益的观点,认为它并非单纯的公共利益而与人民的公法权益有关,故赋予行政相对人以请求权。因此,台湾通说认为,利益应分为法律上的利益和事实上的利益,赋予前者请求权,而认定后者为反射利益。

在中国内地,学界通常认为公法权利与反射利益并“没有成为中国行政法学的核心范畴”,立法者和人民法院则在实践中明确运用了“合法权益”与“利害关系”的规范表达,因而它们“暗地里成为人民法院受理行政诉讼,对行政争议作出裁判的核心思维工具”。²⁰但是,学界仅有少数论文²¹在理论上探讨该核心范畴,并没有总结人民法院的实践经验。

二、反射利益行政法权利化路径的基础

从规范保护理论来看,作为公法权利组成部分的行政法权利的证成关键之一在于,它必须获得法律规范的支持,即行政法权利存在于法律渊源当中。按照理论所示,法条可能清晰明确的规定了行政法权利,如《行政许可法》第7条规定“公民、法人或者其他组织对行政机关实施行政许可,享有陈述权、申辩权”;法条含义模糊或存在漏洞时,需要借助解释方法或续造方法来证成行政法权利,如点头隆胜石材厂诉福建省福鼎市人民政府“扶强扶优”措施案²²;宪法上基本权利通过立法或解释将具体化为行政法权利。²³基于此,反射利益行政法权利化的关键之一即是能否找到法律规范的效力支持,即该

¹⁶ 徐以祥,《行政法学视野下的公法权利理论问题研究》,中国人民大学出版社2014年版,第26-28页。

¹⁷ 徐银华、肖进中,《行政法上之公权与反射利益的历史演变》,《中国行政法之回顾与展望——“中国行政法20年”博鳌论坛暨中国法学会行政法学研究会2005年年会论文集》

¹⁸ [日]芦部信喜,《宪法学》(第六版),林来梵、凌维慈、龙驹译,清华大学出版社2018年版,第179-180页。

¹⁹ 王和雄,《公权理论之演变》,《政大法学评论》(台)1980年第43期。

²⁰ 王本存,《论行政法上的反射利益》,《重庆大学学报》(社会科学版)2017年第1期。

²¹ 介绍外国的论文稍多,典型者如徐银华、肖进中,《行政法上之公权与反射利益的历史演变》,《中国行政法之回顾与展望——“中国行政法20年”博鳌论坛暨中国法学会行政法学研究会2005年年会论文集》;阐释基本理论的少,仅有叶金方,《行政法上的反射利益理论再探讨》,《怀化学院学报》2016年第2期;王本存,《论行政法上的反射利益》,《重庆大学学报》(社会科学版)2017年第1期。

²² 《点头隆胜石材厂不服福鼎市人民政府行政扶优扶强措施案》,《最高人民法院公报》2001年第6期。

²³ 王本存,《论行政法上的公法权利》,《现代法学》2015年第3期。

利益是否处于法律规范授权行政主体行使公权力之作用范围之内。

比较行政法权利与反射利益，则反射利益权利化的关键之二还在于该利益非仅为公共利益而为行政相对人所享有，即获得法律授权的行政机关在行使公权力时不仅需要考虑公共利益的实现，还必须考虑行政相对人利益的实现。按照《行政诉讼法》（2017）第2条之规定，“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的行政行为侵犯其合法权益，有权依照本法向人民法院提起诉讼”。该规范表明，行政相对人或第三人的“合法权益”在被行政主体侵犯时，有权请求司法救济。关键就在何为“合法权益”。又根据《行政诉讼法》（2017）第25条之规定，“行政行为的相对人以及其他与行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织，有权提起诉讼”。它强调，行政相对人或第三人应与行政行为有“利害关系”。前者规定于总则部分，后者规定于诉讼参加人部分，表明后者是对前者“合法权益”的进一步解释，即“合法权益”是“利害关系”的基础，而“利害关系”则是“合法权益”的具体化。又根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（法释[2015]5号）第1条第2款第（十）之规定，“对于公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为”，“不属于人民法院行政诉讼的受案范围”；且该规范第69条第（八）项又规定，“行政行为对其合法权益明显不产生实际影响的”，“已经立案的，应当裁定驳回起诉”。立法从反面解释了法律上的利害关系即是权利义务关系，则权利义务关系为行政相对人与第三人的合法权益。并且，该合法权益受到行政主体之行政行为的“实际影响”时，法律赋予其请求司法救济的权利，即该行政相对人或第三人享有行政法权利。按法官程琥的理解，该“实际影响”是“指行政主体的行政行为实际上处分了公民、法人或者其他组织的权利义务，包括行政行为增加义务、剥夺权利或者变更权利义务，以及对权利义务进行确认等”²⁴，即江必新法官所谓“凡是行政行为与相对人权利义务有增减得失关系的就是具有当然的原告主体资格，与权利义务有关的就是利害关系人”²⁵。问题在于，上述规范及其解释仅仅解决了个人合法权益在何时获得司法救济的标准，仍然未能确认该个人合法权益与公共利益区别之标准。

按照王本存的观点，施密特·阿斯曼在《秩序理念下的行政法体系建构》中提出的“差异”与“距离”论述，打开了判断个人合法权益与公共利益区别标准的大门。阿斯曼在讨论法治国和民主的宪法决定的行政法价值时认为，“宪法原则的作用方式尽管有差异，但在法上仍具可重构性，使其能够为行政法的体系建构提供发展方向的指引以及具体化任务的素材”，“法治国原则的核心在于经由法来保障人类的自主决定……经由如此的方式，法治国证实其作为维护自主距离的一种国家形式”，“民主正当性的诫命、欧洲共同体的双轨正当性、议会政府体制、地方自治、透明性与公开性目标、职位秩序、民主法律的控制手段——所有这些都是内容上要创设公益秩序的建构性形式……以民主形式组织的共同体所作成的决定因此具有独特的民主架构。它们是一般的决定，并且在此意义下是公益的表征。因此，民主也有其保持距离的诫命：这里涉及的是保持对于特殊利益的距离”。²⁶简言之，阿斯曼强调宪法原则之于行政法体系建构指引的同一性，法治国原则强调维护个人自主距离，而民主维护个人利益与公益的距离，即个人与国家或公共利益既有差异又有距离。王教授据此提出了利益判断的“差异”与“距离”理论。

事实上，反射利益兼有个人利益与公共利益，兼有合法利益与法外利益，呈现出一种个人权益与公共利益的规范模糊形象，但这仍然不能遮蔽其关键环节，即“反射利益

²⁴ 程琥，《行政法上请求权与行政诉讼原告资格判定》，《法律适用》2018年第11期。

²⁵ 江必新，《行政审判中的立案问题研究》，《法律适用》2018年第3期。

²⁶ [德]施密特·阿斯曼，《秩序理念下的行政法体系建构》，林明锵等译，北京大学出版社2012年版，第45-47页。

已显现在个人身上，呈现个人利益形象，其根源是行政主体的行政行为”，其中一部分反射利益已经为公共利益所吸收，而另一部分则与公共利益保持着差异与距离，只是法律规范尚未对其加以调整。以差异与距离理论分析之，则是若“个体享有的利益与行政主体职责蕴含的公共利益之间没有‘距离’——公共利益实现，个体利益自动实现；亦没有‘差异’——匿名当事人享有均质的安全利益”。²⁷即是说，反射利益为公共利益所吸收，表现为个人事实上所享有的反射利益与公共利益之间没有距离，个体之间所享有之事实利益亦无差异。差异是行政相对人或第三人之间的利益比较，距离是个人利益与公共利益的比较。当然，这种比较是多层次进行的。

个人享有反射利益存在差异与距离，王教授以反不正当竞争领域的公平竞争权为例予以说明。市场经济中的竞争有利于所有竞争主体和消费者，若某厂以低于成本价的方式大肆销售商品，导致该地区的相关竞争者纷纷关门歇业，行政机关怠于发现并追究该不正当竞争者的法律责任时，该区域内的相关竞争者与远离该地区甚至全国其他竞争者相比，其利益既与他们的竞争利益不同，也与反不正当竞争之公共利益有一定距离。因此，判断个人所享有利益之差异及其与公共利益之距离情况，能够确定该反射利益是否应当赋予权利形式。

三、反射利益行政法权利化的规范审查

反射利益行政法权利化判断的第一步，在于确认该反射利益有法律渊源支持，即必须符合规范审查的要求。

在陈秀玲诉宁波市公安局鄞州分局交通警察大队道路行政强制案中，原告陈秀玲驾驶电动自行车与第三人龚亚菊驾驶的第三人宁波市金鑫机械厂所有的浙B·1224K货车发生交通事故；被告宁波市公安局鄞州分局交通警察大队接警处理了该事故，依据《中华人民共和国道路交通安全法》有关规定扣留了事故车辆，并在事故调查结束后出具了《道路交通事故责任认定书》，认定第三人龚亚菊负全责，随后接触了对第三人事故车辆的扣留；原告对事故责任认定无异议，但认为被告在明知原告与第三人未达成赔偿协议时，在未提前通知原告的情况下就作出解除车辆扣留的行为，导致其相关赔偿得不到保障，侵犯了她的合法权益，诉至法院。法院根据《中华人民共和国道路交通安全法》第72条第2款之规定，确认法律赋予被告作出扣留事故车辆的强制措施之目的是为了收集证据，以备核查；根据《浙江省实施〈中华人民共和国道路交通安全法〉办法》第56条之规定，认定法律要求被告在交通事故检验、鉴定后应当立即归还车辆；因而法院认为，“被告扣留肇事车辆并非为了保障第三人为起诉人缴纳医疗费用，被告是否扣留肇事车辆，与保障原告的医疗费用等得以垫付或补偿方面不存在直接关系，对起诉人的权利并不会产生实际影响。同理，被告在完成调查取证工作后解除对肇事车辆的扣留并不影响起诉人医疗费用的保障。即使起诉人在交通事故中受到了权益损害，要求交通事故中的责任方予以赔偿，也完全可以通过民事途径实现权利救济”。²⁸质言之，交通警察部门扣留肇事车辆的规范目的是为了收集证据以查明事实，客观上对第三人产生了尽快赔付原告之压力，因而带给原告“更快”实现其损害赔偿之利益，但这种客观现实并非规范之目的，即规范无论是在客观目的还是在主观目的上都没有涵摄至此种情形，它蕴涵的公共利益乃是为了保障调查程序的顺利进行。没有法律渊源支撑，陈秀玲的诉请并没有得到法院支持。

在曾皓与中国证券监督管理委员会复议上诉案中，被告曾就原告针对中国证券监督管理委员会福建监管局作出的闽证监函[2016]446号《答复函》提出的行政复议申请作

²⁷ 王本存，《论行政法上的反射利益》，《重庆大学学报》（社会科学版）2017年第1期。

²⁸ 浙江省宁波市鄞州区人民法院（2012）甬鄞行初字第52号。

出[2017]11号《行政复议决定书》，认定原告举报第三人违法事项时，福建证监局对第三人的核查处并不直接影响原告的权利义务，因而原告与福建证监局的核查处行为不具有法律上的利害关系，决定驳回原告的复议申请。原告不服该行政复议决定，诉至北京市第一中级人民法院。一审法院根据《中华人民共和国行政复议法》第2条之规定认为，“行政复议制度具有救济个人合法权益的属性”，而“曾皓以其主张的个别投资者地位，是否具有进一步通过行政复议等法律途径，要求福建证监局履行监管职责的请求权”是本案法律适用的关键。首先，“行政机关履行法定职责，其首要任务在于维护公共利益”；其次，根据《中华人民共和国证券法》第1条之规定，“证券监管机关履行监管职责，毋庸置疑具有保护投资者合法权益的功能，……但证券监管并不直接对个别投资者所涉及的权利冲突和市场纠纷进行考量和处理，其保护的投资者合法权益，应当且仅应当是所有不特定证券投资者的集合性权益”，即“证券监管机关通过对证券市场依法实施有效的监管，维护有序的市场秩序，保障所有的投资者能够公平地参与市场竞争，从而实现对所有投资者共同权益的平等保护”；最后，“曾皓基于个别投资者的地位，通过行政复议途径要求证券监管机关履行监管职责所保护的利益仅为‘反射利益’，尚不构成行政复议法所保护的合法权益，其不具有通过行政复议途径要求福建证监局履行监管职责的请求权。福建证监局作出的涉案答复函以及曾皓所称的不履行法定职责行为均不会影响其合法权益，即曾皓与上述行为不具有法律上的利害关系”，故“判决驳回曾皓的诉讼请求”。原告不服，上诉至北京市高级人民法院。二审法院认为，“曾皓基于个别投资者的地位，要求证券监管机关履行监管职责所保护的利益，并非证券监管实体法律规范在保护证券市场整体秩序及不特定投资者集合性权益基础上，要求证券监管机关给予特别考虑、尊重和保护的權利和利益，故不构成行政复议法第二条所规定的得以获得行政复议申请人资格的合法权益”，“涉案答复函系对曾皓反复申请履行监管职责的一般性答复，并未对曾皓设定新的权利义务，对其权利义务明显不产生实质影响，不具备申请行政复议之利益，从此角度而言，亦不符合行政复议受理条件”，故“驳回上诉，维持一审判决”。²⁹简言之，证券法第7条授权国务院证券监督管理机构及其派出机构对“全国证券市场实行集中统一监督管理”，第1条确定该监督管理之目的是“规范证券发行和交易行为，保护投资者的合法权益，维护社会经济秩序和社会公共利益，促进社会主义市场经济的发展”，并没有赋予个别投资者如曾皓请求中国证券监督管理委员会及其派出机构履行监管职责以保护其投资利益的权利，其所获得之利益仅是反射利益，无权利化之法律渊源支持。

因此，没有法律渊源支持，反射利益的享有者无机会主张该利益的行政法权利化。

四、反射利益行政法权利化的差异审查

反射利益行政法权利化判断的第二步，在于确认该反射利益享有者之间是否存在差异。

在朱乔春与中国证券监督管理委员会复议上诉案中，一审法院认为，“朱乔春针对该答复申请行政复议的目的，在于要求江苏证监局就其举报的上市公司的违法行为以及其他相关审计机构的违法行为履行立案查处的监管职责，并在此基础上给予其奖励”，其中，“证券监管机关通过对证券市场依法实施有效的监管，维护有序的市场秩序，保障所有的投资者能够公平地参与市场竞争，从而实现对所有投资者共同权益的平等保护”。即是说，朱乔春作为个别投资者即便有举报第三人违法事项之行为，其所享有的投资利益也与其他个别投资者一样，没有任何差异；其利益与其他个别投资者有差异的地方在于，他有基于该违法事项属实的奖励请求权，但他并非基于该请求权提出诉讼请

²⁹ 北京市高级人民法院行政判决书（2017）京行终4335号。

求。故一审法院认为，“朱乔春基于个别投资者的地位，通过行政复议途径要求证券监管机关履行监管职责所保护的利益仅为‘反射利益’，尚不构成行政复议法所保护的合法权益……江苏证监局作出的涉案答复函以及朱乔春所称的不履行法定职责行为均不会影响其合法权益”。二审法院也认为，“朱乔春基于个别投资者的地位，要求证券监管机关履行监管职责所保护的利益，并非证券监管实体法律规范在保护证券市场整体秩序及不特定投资者集合性权益基础上，要求证券监管机关给予特别考虑、尊重和保护的权利和利益，故不构成行政复议法第二条所规定的得以获得行政复议申请人资格的合法权益”。³⁰

在李百勤、郑州市二七区人民政府再审审查与审判监督案中，李百勤认为“杨寨社区综合安置楼是违法建筑，各项指标均没有经过行政机关的许可，空气是流通的，该工程对空气的危害不仅仅是二七区，郑州市每个公民均受到了侵害”，他与该违法工程有利害关系；但郑州铁路运输中级法院一审却认为，法律赋予“每个公民均享有对违法行为监督举报的权利”，但“这种公民监督举报的权利不能等同于行政相对人对行政行为提起行政诉讼的权利”，此案中“二七区政府对杨寨社区综合安置楼违法建设是否强拆的行为并不产生直接侵害李百勤合法权益的法律后果”；河南省高级人民法院二审也认为，一方面是“二七区政府对李百勤的举报是否回复以及如何回复应当属于二七区政府的自由裁量权……对于行政机关的自由裁量行为或因此引起的政治责任问题，不属于法律上的争议，行政审判不能进行审查”，另一方面是“李百勤所举报的违法建设问题与自己的权利是否受到侵犯无关，在李百勤对二七区政府的起诉中，也不存在李百勤认为二七区政府侵犯了他的权利的问题”；最高人民法院再审还认为，“除法律明确规定的公益诉讼外，行政诉讼原则上属于主观诉讼。原告提起行政诉讼，必须是认为他自己的合法权益受到行政行为侵犯”，而“李百勤在向二七区政府邮寄的《情况反映》中，援引《中华人民共和国城乡规划法》作为保护规范”，该法第1条要求城乡规划主管部门根据公共利益行使权力，第9条第2款赋予“任何单位和个人”的“举报或者控告的权利也是基于公共利益”，在“法律规范基于公共利益的目的，命令行政机关作为或不作为时，这些不确定的多数受益人中的某一个个人也会从中获得事实上的利益，但这种利益无论如何都是权利的反射，却不是自己的权利”，同时，《中华人民共和国环境保护法》第57条规定公民享有举报权，也“仍然属于公共利益规范，如果举报人不是基于自己的权利受侵害而进行举报，就不能因为进行了举报便具有了相对人的资格……对于提起环境公益诉讼的权利”，有关法律只赋予人民检察院。³¹简言之，李百勤所享有之环境权益与其他公民一样无任何差异，只是公共利益的事实反射而已。

在王建朋等8人与西安市规划局国际港务区分局、西安市城市管理综合行政执法局国际港务区分局不履行法定职责案中，一审法院指出，“在认定和拆除违法建设的法律关系中，行政机关履行职责维护的是城乡规划秩序，行政机关对于举报所作的处理，包括答复或者不答复，均与原告不具有行政法上的利害关系，由此原告也就不具备提起行政诉讼的原告资格”，即便上述人主张“目前秦汉大道改扩项目已经开始施工，施工场地就位于上诉人所处的西王村……秦汉大道改扩建项目在未取得建设用地规划许可证，也未取得国有土地使用权批准文件的情况下开展施工的行为属于违法占用土地，已严重侵害了上诉人的土地使用权”，二审法院也认为“行政机关履行职责维护的是城乡规划秩序，行政机关对于举报所作的处理，与上诉人不具有行政法上的利害关系，由此上诉人也就不具备提起行政诉讼的原告资格”。³²质言之，上诉人与其他公民一样享有的利

³⁰ 北京市高级人民法院行政判决书（2017）京行终4336号。

³¹ 中华人民共和国最高人民法院行政裁定书（2018）最高法行申2975号。

³² 西安铁路运输中级法院行政裁定书（2018）陕71行终433号。

益均只是事实上的反射利益，无权请求人民法院之司法保护。

在刘文霞与辽宁省人民政府行政复议、行政受理申诉案中，再审法院指出，“辽宁省教育厅不履行该项法定职责的行为，对辖区所有学校学生生命健康安全产生了同等的不利影响。刘文霞的儿子董权铭作为沈阳大学学生，与其他学生受到的不利影响并无区别。董权铭在学校被害身亡，并非辽宁省教育厅不履行对学校安全检查监督义务行为的直接法律后果，而是董权铭的同学王尔聪的犯罪行为所致，属于不履责行为的反射利益”。³³即是说，刘文霞之子与其他大学生所负担的辽宁省教育厅不履行对学校安全检查监督义务行为之不利益一样，无实质性差异。

在刘荣祥、戴兆璋质量监督检验检疫行政管理案中，二审法院认为，“本案被许可的经营场所位于环城西路313号4单元102室，刘荣祥、戴兆璋居住于环城西路313号4单元5楼，工商行政许可的经营范围是‘预包装食品、散装食品的零售’，工商行政许可行为未直接影响到刘荣祥、戴兆璋的权益，其与被诉许可行为没有利害关系”。³⁴换言之，工商行政许可并没有给上诉人带来与其他公民有差异的不利益。

因此，反射利益的享有者主张行政法权利时，必须确定其所享有之利益与其他公民所享有之利益有差异，并非只是公共利益的自动反射。

五、反射利益行政法权利化的距离审查

反射利益行政法权利化判断的第三步，在于确认该个体所享有之反射利益与公共利益之间存在着法律上的距离。从实践来看，这种法律上的距离既有时间性因素，亦有相当性因素。

（一）时间性因素

在张明娣等与郑松菊等继承纠纷案审理过程中，胡加招之母郑松菊质疑张明娣与胡加招的婚姻合法性，请求乐清市民政局撤销该结婚证。而乐清法院审理后认为，乐清市民政局关于张明娣与胡加招结婚登记行政行为之合法性直接影响到胡加招之财产继承分割情况，即该行政行为之有效性直接影响到胡加招之母郑松菊继承胡加招财产之份额，因而根据《中华人民共和国行政诉讼法》（1989）第3条之规定，郑松菊有权提起诉讼。³⁵质言之，乐清市民政局向胡加招、张明娣颁发结婚证之行为，根据《中华人民共和国婚姻法》第2、3、5条之规定，结婚男女双方完全自愿，禁止以各种方式干涉婚姻自由，即胡加招之母郑松菊无权对此提出异议，婚姻登记机关亦无义务考察胡加招之母的意见。但是，在胡加招死亡且其财产继承开始时，该行政行为之有效性之于此时的郑松菊与彼时不同，且与该继承关系无关的第三人亦不同，即郑松菊所享有之该婚姻登记行为之反射利益远离了公共利益而与其财产继承权接近。故乐清市人民法院受理了郑松菊之诉讼请求。

同样是非婚姻当事人提起撤销婚姻登记的案件，在田家乐诉北京市朝阳区民政局撤销婚姻登记纠纷案中，原告以其父患有法律上禁止结婚的疾病为由，质疑北京市朝阳区民政局婚姻登记之效力，而一审法院则以原告与该行政行为无法律上的利害关系为由，裁定驳回了原告的起诉。³⁶与郑松菊案不同，该案原告基于该婚姻登记行为所享有之反射利益并无转化为行政法权利之时间因素，即其所享有之反射利益距离公共利益较近，因为《中华人民共和国婚姻法》第3条明确禁止“包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为”，第5条亦规定“结婚必须男女双方完全自愿，不许任何一方对他方加以强迫

³³ 中华人民共和国最高人民法院行政裁定书（2015）行监字第78号。

³⁴ 云南省昆明市中级人民法院行政裁定书（2018）云01行终68号。

³⁵ 《温州：亿万富豪英年早逝 遗产引发家庭内讧》，《每日商报》2003年6月30日，<http://www.china.com.cn/chinese/difang/356151.htm>，访问时间：2018年11月2日。

³⁶ 何海波，《行政诉讼法》，法律出版社2011年版，第192-193页。

或任何第三者加以干涉”，该法授权婚姻登记机构在进行婚姻登记时，仅考虑结婚当事人的自由意志表达，只要其自愿且符合法定登记要件，即准许结婚，法律并未向婚姻登记机关科以考虑第三人意见之义务，因而第三人基于该行政行为所享有之利益仅为婚姻登记之公共利益的反射。

简言之，反射利益享有者在行政行为作出后，基于时间变迁而来的情势变更，能够拉长反射利益与公共利益的距离，进而获得法律承认其行政法权利之机会。但是，时间因素并非绝对会使之均获得此机会。

在宁波蒋勇家品牌管理有限公司与上海市住房和城乡建设管理委员会案中，二审法院强调，“徐汇建交委于2012年1月向建设单位绿地滨江公司核发涉案竣工备案证书，2015年上诉人于正大乐城公司建立房屋承租关系，上诉人所称经济利益受损与涉案竣工备案证书之间并无法律上的利害关系”³⁷。详言之，行政机关先颁发行政许可证书，而后上诉人与第三人建立房屋承租关系，上诉人不能基于该租赁关系而享有公法权利请求行政机关撤销该行政许可。因为《建设工程质量管理条例》第1条规定，“为了加强对建设工程质量的管理，保证建设工程质量，保护人民生命和财产安全”，此系维护公共利益之规范，第三人基于此享有之利益仅系该行政行为之反射利益；即便是第三人基于房屋承租关系，其利益仍然距离该行政行为所考虑之公共利益较近，至于其经济利益受损则与此公共利益无关。

在黄秀兰、蒋小荣等与灵川县工商行政管理局工商行政管理案中，一审法院认为，“本案原告黄秀兰、蒋小荣不是被诉工商行政登记行为的相对人，其二人系在被诉行政行为作出之后通过购买桂林八里街农副产品批发市场商铺的形式与被诉行政行为的相对人灵川县广华房地产有限责任公司形成一定的权利义务关系，与该被诉行政行为不存在利害关系，因此不是本案的适格原告”，二审法院也认同并重述了此观点。³⁸详言之，行政机关核准第三人成立房地产公司，而后上诉人向第三人购买了房产，上诉人基于该购买行为也不享有行政法权利请求行政机关撤销该行政行为。因为行政机关在1999年核准登记时依据《中华人民共和国企业法人登记管理条例》，该规范第1条规定“为建立企业法人登记管理制度，确认企业法人资格，保障企业合法权益，取缔非法经营，维护社会经济秩序，根据《中华人民共和国民法通则》的有关规定，制定本条例”，此系维护公共利益之规范。上诉人在购买房产之前，基于该行政行为所得之利益为公共利益之反射，而后又基于购房行为主张与该行政行为有利害关系，其利益仍然距离公共利益较近，至于其因该第三人违反承诺造成之损失，则与该行政行为无关。

即是说，反射利益享有者基于时间因素而拉开与公共利益之距离，需要在个案中具体分析。在时间因素方面，信赖利益则是相对成熟的反射利益权利化理由。

在中国工商银行股份有限公司大连市分行营业部与北京市工商行政管理局债权债务关系纠纷上诉案中，北京市中级人民法院刘井玉法官认为，“如果本案中的起诉人是基于信赖被诉行政行为作出前工商部门为南洋公司核发的载有注册资本的营业执照，才签订的借款以及担保合同，由于被诉行政行为导致了注册资本的改变，那么起诉人就具有信赖利益，进而也就可以证明其所主张的被诉行政行为对其产生的影响确实存在”，而事实则是“起诉人签订借款和担保合同时，南洋公司营业执照上载明的注册资本就是1000万元。虽然合同签订后南洋公司注册资本变更为15000万元，工商部门也予以核准，但此时上述合同已经签署，起诉人也不是基于信赖工商部门核准15000万元注册资本的事实方签署的合同。因此起诉人对工商部门核准15000万元注册资本的事实并没有产生任何信赖，其相对于工商部门将注册资本变更为1000万元的被诉行政行为，没有任何的

³⁷ 上海市第三中级人民法院行政裁定书（2018）沪03行终369号。

³⁸ 广西壮族自治区桂林市中级人民法院行政裁定书（2015）桂市立行终字第60号。

信赖利益可言”。³⁹

在马文学等六十六人与赤峰市交通运输局交通行政批复纠纷案中，一审法院认为，“通过实施省道304线乌丹至灯笼河子段线路的改建、扩建行为，能事实上给线路沿线居民带来特定的利益，但公民所享受的这种事实上的利益，是法的反射性效果，不是法对特定的个人予以保护的权力，不能成为法的救济对象。马文学等六十七人作为原线路沿线居民，认为被告赤峰市交通运输局批准线路变更的行政行为侵犯或者影响其上述利益而提起行政诉讼，因上述利益为反射利益，不具有法律上的可能性，不为法律所保护”，二审法院也认为，“被上诉人作出的赤交发（2014）42号《关于省道304线乌丹至灯笼河子段部分线路改线的批复》，未含有涉及设定上诉人权利义务的内容，并不能在法律上形成权利和义务关系，也不能对上诉人产生法律意义上的利益影响”。⁴⁰简言之，法院将原线路、A方案、B方案对马文学等人产生的利益，统称为反射利益。但实际上，基于原线路和A方案，马文学等人享有该行政行为之信赖利益，即“2013年9月乌丹线（乌丹至灯笼河）公路升级改造工程经内蒙古自治区交通厅批准立项，即所谓A方案，而后被上诉人依据翁牛特旗广德公镇人民政府的申请，在未报请自治区相关部门批准的情况下擅自改线，把对原有公路升级改造变成另起炉灶新修公路”，马文学等人基于对A方案的信赖而“经营的与公路配套的加油站、商铺、旅馆、饭店等，将失去原有价值”。基于此，信赖利益使马文学等人有足够的理由拉开与公共利益的距离而存在相对独立的权益，该权益基于该行政行为而受损，故他们有权利提出诉讼请求。然而，马文学等人并非基于信赖利益而提出诉求，而是该行政行为超越权限。

因此，基于时间因素及其所产生的信赖利益，反射利益的享有者若与行政行为确实存在实际而直接的利益关系，则给予法官个案考察反射利益转化为行政法权利之更多机会。

（二）相当性因素

相当性因素是法律因果关系确定的重要指标。在法律因果关系的相关理论中，法规目的说、义务射程说涉及违法性问题而非因果关系问题，等值说则无法实现责任的适度限制，可预见说在与过失判断的可预见性方面纠缠不清，只有相当因果关系理论有旺盛的生命力；相当因果关系中的相当性判断的核心是损害发生之可能性问题，实践中多基于理性人之地位来考察。⁴¹该理论为反射利益的行政法权利化提供了距离考察之视角。

在点头隆胜石材厂不服福鼎市人民政府行政“扶优扶强”措施案中，法院认为，该政府“文件虽未给原告点头隆胜石材厂确定权利与义务，但却通过强制干预福建玄武石材有限公司的销售办法，直接影响到点头隆胜石材厂的经营权利”，符合原《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第1条“认为行政机关侵犯法律规定的经营自主权的”，依据该解释第50条第3款关于“被告改变原具体行政行为，原告不撤诉，人民法院经审查认为原具体行政行为违法的，应当作出确认其违法的判决”的规定，判决确认被告福建省福鼎市人民政府2001年3月13日作出的鼎政办

（2001）14号文件违法。⁴²该案之行政行为是针对第三人之行政指导行为，虽然未为原告设定权利或义务，但该行政行为直接影响到原告的自主经营权。即是说，在原告之自主经营权受损与该行政行为之间具有法律上的相当性，为原《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》和现《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》所确认。

³⁹ 《中国工商银行股份有限公司大连市分行营业部与北京市工商行政管理局债权债务关系纠纷上诉案——行政诉讼中债权人的原告资格分析》，《人民司法·案例》2007年第22期。

⁴⁰ 内蒙古自治区赤峰市中级人民法院行政裁定书（2015）赤行终字第112号。

⁴¹ 叶金强，《相当因果关系理论的展开》，《中国法学》2008年第1期。

⁴² 《点头隆胜石材厂不服福鼎市人民政府行政扶优扶强措施案》，《最高人民法院公报》2001年第6期。

在中国工商银行股份有限公司大连市分行营业部与北京市工商行政管理局债权债务关系纠纷上诉案中，刘井玉法官分析到，“具体到行政行为领域，相当性可以概括为：如果没有行政行为，起诉人主张的损害一定不会产生，但是有了这个行政行为，一般都会产生这种损害，即为有因果关系。而如果没有该行政行为，起诉人主张的损害一定不会产生，而即使该行政行为存在，通常也不会发生这种损害，即为无因果关系”，而该案“案外第三人与起诉人之间具体的借款金额是1500万元，在签订借款和担保合同时，南洋公司的注册资本额是1000万元。而起诉人与南洋公司签订担保合同的目的，是由南洋公司承担案外第三人借款合同的保证责任。由于南洋公司是有限公司，因此基于有限公司的性质，其对外承担的最大责任范围也就仅止于1000万元，对于超出这个范围的责任，其没有法律上的承担义务和承担能力……被诉行政行为虽然减少了南洋公司的注册资本，但减少后南洋公司的注册资本依旧为1000万元，和起诉人签署合同时是相同的。而股东的变化对于南洋公司的清偿能力是不产生实际的影响的”，故担保“风险并没有因为被诉行政行为的存在而增加或者减少”。⁴³即在风险与该行政行为之间，并没有产生法律上的相当性因果关系。

在刘文霞与辽宁省人民政府行政复议、行政受理申诉案中，刘文霞之子死亡的直接原因是其同学的犯罪行为，间接原因才是辽宁省教育厅不履行对学校安全检查监督义务。从相当性角度来看，“原因力越大、责任应越大；行为社会有用性越高，责任应越小；可预见程度越高，责任应越大；被侵害的利益越重大，责任应越大；过错程度越高、责任应越大”⁴⁴，而辽宁省教育厅之于刘文霞之子的死亡原因力较小，其对学校安全检查监督行为之社会有用性较高，可预见程度较低，故法院认定该死亡为辽宁省教育厅“不履责行为的反射利益”。⁴⁵

在许甫林与南通市住房保障和房产管理局案中，原告许甫林遭到“南通市弘昌征收服务有限公司工作人员对原告的人身权造成侵害”，故其“要求被告南通房管局撤销南通市弘昌征收服务有限公司的房屋征收服务机构准入证、房屋征收服务人员上岗证并对该公司的违法违纪行为进行集中调查处理”。⁴⁶简言之，被告向第三人核发了许可证，而第三人造成原告的人身权损害，故原告认为被告应履行职责而撤销该许可证。从相当性角度看，被告之于原告的损害的原因力较低，对相关行业的监督管理行为之社会有用性较高，可预见程度较低，故原告之损害与被告之履职之间的法律相当性不足，其损害只是其不履责行为的反射利益。

在上诉人仇红军与被上诉人南京市建邺区市场监督管理局工商管理案中，上诉人认为被上诉人向第三人颁发同类工商行政许可登记时侵犯其知情权，一审法院则援引《个体工商户条例》第1条和《个体工商户登记管理办法》第1条认为，“上述法律法规从公法上规范和保障的是个体工商户合法权益，因法律法规的实施而对其他主体私法上权益产生的附随效果属于反射利益。诚然，个体工商户持证经营，有可能对其他主体的权益造成损害，但该损害既非由工商登记行政行为直接产生，亦非必然产生”；二审法院继续援引《中华人民共和国登记管理条例》第4条第1款和《个体工商户登记管理办法》第4条第1款、第10条第1款、第14条之规定后指出，“被上诉人根据该经营户经营品种为水果，经营位置在马路边，不在封闭的小区内，不经过居民楼道，且该道路同侧一楼均为门面经营户的情况下，向第三人刘元元发放个体营业执照的行为，符合相关程

⁴³ 《中国工商银行股份有限公司大连市分行营业部与北京市工商行政管理局债权债务关系纠纷上诉案——行政诉讼中债权人的原告资格分析》，《人民司法·案例》2007年第22期。

⁴⁴ 叶金强，《相当因果关系理论的展开》，《中国法学》2008年第1期。

⁴⁵ 中华人民共和国最高人民法院行政裁定书（2015）行监字第78号。

⁴⁶ 江苏省南通市港闸区人民法院行政裁定书（2016）苏0611行初308号。与此案类似的还有江苏省南通市港闸区人民法院行政裁定书（2015）港行初字第00382号。

序规定的要求。本案被诉发放营业执照的行政行为并未对上诉人仇红军产生行政诉讼法意义上的利害关系和影响”。⁴⁷按学者的观点，该行政行为具有其复效性，即在调整众多申请者之间关系的同时，也调整了水果经营户之间的关系，还涉及到了不特定消费者的生活便利利益，因而法律有反射利益模式与权利冲突模式的选择；权利冲突模式要求行政机关在行政程序中将所有竞争申请者都纳入其中予以论证说理和利益权衡，反射利益模式则根据新设水果店对已存在水果店的“垄断性”利益的损害程度、邻近居民的便利利益等来判断是否给予行政许可。⁴⁸日本的公共澡堂距离限制案则是反射利益模式的典型。⁴⁹而中国法院则以反射利益为理由，认为其所获得之利益与其他经营者无差别，且并没有拉开与公共利益距离之理由，驳回了该上诉人之请求。法院判决的逻辑在于，市场经济的关键在于自由竞争，已存在的水果店之“垄断性”利益并非处于法律规范保护的核心地带，即其利益受损乃基于其竞争力不强，而行政机关之行政行为的原因力较小，社会有用性较高，可预见程度相当，故法院不主张保护该利益而反对其行政法权利化。

因此，法院通常基于权利主张者所享有之反射利益受损情况与行政行为的相当性关系来判断是否将反射利益行政法权利化，即若反射利益受损与行政行为之间存在法律上的相当性，则有必要将之权利化。

结论

从本文所选取的案例来看，法院正面支持反射利益行政法权利化的案例相对较少，它们多以其主张不能同时满足规范、差异与距离审查的要求而予以拒绝，在反面展开权利化的论证。仅从少数几个成功的案例来看，反射利益行政法权利化必须同时通过规范、差异与距离的审查，即既有来自规范的效力支持，又与第三人之反射利益不同，且与公共利益拉开了距离，在其合法权益（信赖利益亦可）面临着实际而直接的侵犯时，该侵犯与行政行为之间具有法律上的相当性时，它们在实践中有相当大的机会转化为行政法权利。即便本文之案例更多的是在反面而非正面论证差异与距离理论，亦表明其具有相当强的实践解释力。当然，这种理论解释力还需要向未来的案例开放，法院或可以此理论论证成或证否当事人的反射利益行政法权利化诉求，或寻求对该理论的修正与扬弃。无论是哪种方式，都表明中国行政法学理论与实务界在真诚的回应社会现实问题，以道路自信和理论自信推进国家治理体系和治理能力的现代化以及社会主义法治国家的建设。

⁴⁷ 江苏省南京市中级人民法院行政裁定书（2015）宁行终字第00426号。

⁴⁸ 王本存，《论行政法上的反射利益》，《重庆大学学报》（社会科学版）2017年第1期。

⁴⁹ [日]芦部信喜，《宪法学》（第六版），林来梵、凌维慈、龙绚丽译，清华大学出版社2018年版，第179-180页。

习惯的法源地位再思考

——以《民法总则》第10条为出发点*

雷 磊**

摘要：习惯在现代司法裁判中拥有何种地位？我国《民法总则》第10条（法源条款）为这种思考提供了出发点，但不能局限于此。回答上述问题的前提在于厘清法源的概念本身。在一般法学说的层面上，法源指的是法律适用过程中的裁判依据的来源，是裁判所要依循的权威理由。它既可以是制度性权威，也可以是非制度性权威，既可以指效力渊源，也可以指认知渊源。在学说史上，经历了从习惯到习惯法再到习惯的过程：习惯法源于共同体的规范性实践，在性质上属于“法”的一种类型，是法的效力渊源，立法无权对它进行规定和限制；习惯在性质上不是“法”，而是一种基于说服力权威的认知渊源，需要立法的认可。第10条对法官适用习惯解决纠纷发挥着授权和限制的双重功能。

关键词：习惯 习惯法 裁判依据 效力渊源 认知渊源

一、引言

一般认为，《中华人民共和国民法总则》（以下简称“民法总则”）第10条构成了我国的民法法源条款。该条规定：“处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。”法官负有“依法裁判”之义务，而民法法源条款之立法意图，即在于指示民事法官应当去何处寻找“法”来作为裁判依据。具体而言，它要解决两方面的问题：其一，法官裁判案件所依循之裁判依据的范围有多大，或者说法源的类型有哪几种；其二，各类法源或裁判依据之间的适用顺序为何。就此而言，第10条完全应和这两方面的任务。对于该条款，目前大陆学界的主要关注点在于它在法源类型上的“缺失”——法理（基本法律原则）。但本文的兴趣点却聚焦于第10条已然规定的一种法源类型——习惯，具体而言包括这样一些问题：当我们说习惯是一种法源时，是在何种意义上说的？习惯是因为被立法条款所规定才成为法源的吗？习惯是否等同于习惯法，或者说属于法的一种类型？尤其是，当我们将上述第10条与“民法总则”第8条（“民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗”）进行对比时，会发现：两个条款中都出现了“法律”，但第10条中的“习惯”却在第8条中消失了，这是为什么？

要说明的是，虽然本文以《民法总则》第10条作为思考的出发点，但它并不是一篇民法教义学的论文。因为它不限于围绕该条款进行立法论或解释论的思考，而是致力于去回答一般性的理论问题，即现代社会中习惯的法源地位问题。上面提出的那些问题都可以被看做是对这一问题的具体化。而要回答这一（些）问题，就首先要去弄清楚一个预设性问题，即“什么是法源”（下文第二部分）。因为在笔者看来，很多时候之所以对于某一类型对象（也包括习惯）的法源地位争论不休，根本原因在于缺乏对法源概念本身的透彻理解。而如果不

* 本文为“中国政法大学优秀中青年教师培养支持资助项目”阶段性成果。写作过程中得到了易军、傅广宇、金晶、葛平亮、谢晶等同仁的帮助，并曾提交于2018年两岸四地法律发展学术研讨会（“民法典与方法论”），得到陈弘毅、王鹏翔、陈磊等师友指正，在此特别感谢！

** 中国政法大学法学院教授、博士生导师。

弄清楚这个概念的内涵，就没法对习惯进行准确定位。在此基础上，本文将来处理习惯法与习惯的关系，包括作为习惯法的法源地位（第三部分）以及从习惯的法源地位（第四部分），最后予以总结（第五部分）。

二、法源的概念

（一）法源理论三个层面

“法源”（sources of law）是迄今为止法学理论中最复杂的概念之一。这不仅是因为它含义的丰富性，¹也因为法源理论本身的多层面性。而之所以学者们在“法源”的标题之下阐述的内容各不相同，很大程度上亦是因为他们在不同的层面、不同的含义上来理解“法源”的缘故。纵观文献，大体上可以将对法源的研究区分为三个层面，即教义理论、中度理论与深度理论。

法教义学是“现行实在法科学”，它致力于以法律文本为依据，依照法律规范的内在逻辑和体系要求解释应用及发展法律。²相应地，法源的教义理论（dogmatik）旨在围绕一国现行实在法文本，依照其内在逻辑和体系要求发展出相应的学说。我国民法学者即主要在此一层面上作业，因为他们的基本切入点是围绕上述第10条法源条款进行“释义”，发掘其意蕴，发现其不足并予以补充。³尽管他们有时也会涉入其他层面，但其主要的关切在于当下中国的制度与实践；尽管他们的方法并不限于描述和分析，也会涉入规范理论，但更关心的是规范性理想在实在法体系和现实条件下如何实现的问题。⁴与实在法的关联性成为教义理论最鲜明的特征。所以，就习惯而言，这一理论关注的是习惯在中国法律体系中的位置及其适用的问题。

与此不同，中度理论和深度理论摆脱了特定实在法体系的限定，而在一般理论的层面上去处理法源的概念。中度理论进行的是法理论（Rechtstheorie）层面的思考，或者用德国传统的术语说，是一般法学说（Allgemeine Rechtslehre）的思考。一般法学说致力于先验的法律基本概念与基本结构，及其一般基础（功能、原则、结构、方法）的研究，⁵构成了法教义学的总论。⁶而深度理论进行的是法哲学（Rechtsphilosophie）层面的思考，在这一层面上，法源最终涉及对法的概念和性质的追问。就本文的主题而言，深度理论要处理的问题是，习惯是不是独特的法律类型？或者说，习惯是不是法？⁷很显然，这是两个层次不同但有联系的问题，其中后一个（法哲学层面的）问题更为根本，且对它的回答构成了前一个（一般法学说层面的）问题的前提。因为后一个问题更为一般性的版本就是“法是什么（法

¹ 例如参见舒国滢主编：《法理学导论（第二版）》，北京大学出版社2012年版，第66页。该教材认为在西方法学中，法源具有历史渊源、理论或思想渊源、本质渊源、效力渊源、文献渊源、学术渊源六种。

² 参见许德风：“法教义学的应用”，《中外法学》2013年第5期，第937、955页。

³ 最近的一个重要尝试，参见于飞：“民法总则法源条款的缺失与补充”，《法学研究》2018年第1期。

⁴ 有学者称之为“非理想性的规范理论”，而与法理学所要从事的“理想性的规范理论”相区别（参见陈景辉：“法理论为什么是重要的？——法学的知识框架及法理学在其中的位置”，《法学》2014年第3期。）

⁵ 参见刘幸义：《法律概念与体系结构》，翰芦图书出版有限公司2015年版，第9页。

⁶ 一般法学说的先驱阿道夫·默克尔认为，一般法学说研究是“具有普遍法律意义的更高概念，在其中给定了法律规范的要素”（Vgl. Adolf Merkel, Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur “positiven“ Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Teil derselben (1874), in ders., *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts*, Erste Hälfte, Straßburg: De Gruyter, 1899, S.299, 302.）。

⁷ 参见陈景辉：“‘习惯法’是法律吗？”，《法学》2018年第1期。只处理了前一个问题的，参见田成友：“‘习惯法’是法吗？”，《云南法学》2000年第3期。

的性质如何)？”。

在逻辑上,只有当我们明白了法的一般属性、概念、性质,也即是树立了法概念的标准之后,才能来回答习惯法是不是法的问题。进而,才能进一步去处理特定实在法体系(如中国法律体系)中习惯的法源地位问题。从这一角度看,从深度理论、中度理论到教义理论,前者依次为后者的前提,但它们也可以适度分离。简言之,我们可以在不触及对法概念之深层追问的情况下去厘清法源的性质以及习惯在法源体系中的一般定位。因为法源理论可以在保持自身阐明力的同时与关于法的终极性质的不同观点相容。⁸无论我们对于法概念的理解有着什么样的分歧,但至少拥有一个最低限度的共识,那就是从功能的角度看,法是一种裁判依据(grounds of decision),而法源则是这种裁判依据的来源。⁹或者说,法源指的就是法律适用的大前提或规范性命题的来源,它要解决的是法官去哪里寻找法律决定之大前提的问题。¹⁰这种共识预设了两点主张:其一,法源理论预设了一种特定的视角,即法律适用的视角。因此,它并不是从例如立法视角出发的理论。这不仅导致了立法的产物制定法并非法律适用过程中唯一的裁判依据,也导致了后面将会谈及的“去立法中心主义”倾向。其二,法源不是法律规范。¹¹法律适用过程中的裁判依据是单数或复数的法律规范,法源并不是裁判依据或法律规范本身,而是它(它们)的来源。所以,如果我们将法律规范等同于“法”的话,那么法源本身未必一定具有法的性质,¹²而只是发现或创设法的某些方式或途径(见下文关于认知渊源与效力渊源的区分)。由此,我们便会明白法源理论的意义:一方面是指法官去寻找作为裁判依据之法律规范的处所,另一方面则同时通过框定范围来限制法官的行动。¹³也就是说,法官只能在各该国特定法源的范围内去寻找法律规范来裁判案件。

在一般法学说中,法源理论通常包括两个方面:一是法源性质论。“裁判依据来源”的说法只是对法源的初步界定,“来源”究竟意味着什么?可以发现的是,在司法裁判中,可以被法官援引来论证和说理并与裁判结论形成支持关系的不只有法源。那么,法源在法律论证中的独特性何在?二是法源类型论。也即是上面提及的,法源包括哪些类型,它们相互间的关系是什么?¹⁴当然,一般法学说层面上对符合法源性质之对象的类型化处理只能是一般式的,对于各个国家的司法适用而言,是否完全具备这些一般类型乃至不同法源类型之间的适用顺序关系,与该国的法律实践和制度有着密切联系,将落入教义理论的范围。接下来我们将主要围绕法源性质论阐明习惯(法)的地位。

(二) 作为一般法学说的法源理论

什么是法的“来源(渊源)”?我们可以通过五组区分来予以澄清。

⁸ See Antonino Rotolo, A Theory or a Dogmatics of Legal Sources? Replay to Riccardo Guastini, *Ratio Juris* 20 (2007), p.329.

⁹ 用罗斯的话来说,“一切事物,只有当被法院适用时才是法”(Vgl. Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, Leipzig und Wien: Franz Deuticke, 1929, S.295.)。

¹⁰ 参见王夏昊:“法适用视角下的法的渊源”,《法律适用》2011年第10期。

¹¹ See Fábio Perin Shecaira, Sources of law are not legal norms, *Ratio Juris* 28 (2015), pp.15-30. 当然,作者认为,法律规范是通过解释的手段从法源中得出的,对此笔者并不苟同。因为作者将法源视为文本,将法律规范视为文本解释的后果,这与作者的观点根本不同:作者将法源视为事实而非文本(见下文),并认为法律规范本身就是文本,而非解释的结果。

¹² 认为法源在性质上仍然属于法(法律认识中的特殊阶段)的观点,参见马驰:“法律认识论视野中的法律渊源概念”,《环球法律评论》2016年第4期。

¹³ 参见约翰·奇普曼·格雷:《法律的性质与渊源(原书第二版)》,马驰译,中国政法大学出版社2012年版,第125页。这种功能也进一步说明了法源属于抽象范畴,而不等同于个案中作为裁判依据的具体法律规范:不同的具体法律规范可能来自于同一种法源,如立法(制定法)。所以法源不是法律规范本身。

¹⁴ 笔者曾在一篇文章中将法源理论分为法源性质论与法源分量论(雷磊:“指导性案例法源地位再反思”,《中国法学》2015年第1期,第273-279页)。但其实法源分量论是类型论的一部分,因为它指的就是不同类型法源之间的地位或者说适用关系。

1、法律规范的产生根据抑或表现形式？“法源”一词通常在两种意义上被使用：有时人们用它来指涉特定的规范性行为（**normative acts**）或事实（**facts**），例如立法，即订立制定法的行为；有时人们用它来指涉特定的规范性文本（**normative texts**），如制定法本身。¹⁵有学者将前者称为“内部法源”，将后者称为“外部法源”。¹⁶前一种观点的支持者有著名的萨维尼（**Savigny**），他就将法源视为一般法的产生根据，不仅包括法律制度的产生根据，也包括根据法律制度通过抽象而形成的具体法规则的产生根据。¹⁷相反，中国的主流民法学者则将民法的法源视为民法的存在/表现形式。¹⁸应当说，在产生根据与表现形式存在一一对应之关系——如，“立法（行为）-制定法”、“司法（行为）-判例法”、“共同的规范性实践-习惯法”、“共同的学术实践-教义/通说（法学家法）”——的前提下，将法源称为产生根据还是表现形式差别不大。但是依据上文关于裁判依据与裁判依据之来源的区分，除非我们将规范性文本与作为个案裁判依据之具体法律规范仔细区分开来，如区分“制定法”（抽象的范畴）与具体的制定法规范（个案中的具体所指），否则更准确的做法是用法源来指称发现或创设法（法律文本/法律规范）的行为，只有在此意义上才吻合合法的“来源”这一身份。当然，出于使用习惯的考虑，我们在下文中并不仔细区分这两种意义。只是要清楚的是，即便我们使用“制定法”、“习惯法”等用语之处，其实精确意义上指的是产生制定法或习惯法规范的立法或共同的规范性实践这些行为。我们将这些行产生为视为法律规范的依据，或者说裁判依据的来源。

2、裁判的原因抑或理由？我们既可以将法源理解为法得以产生的原因（**Ursache**），也可以将它理解为法得以成立的理由（**Grund**）。前者是对“规范如何成为法”所作的社会-科学上的说明，而后者是对“支持规范作为法”所作的法律-科学上的证立。¹⁹这就涉及了法社会学的“法源”概念与规范理论的“法源”概念的区分。法社会学（因果科学）上的法源探讨的是既定法律体系如何存在的原因问题。更确切地说，根据某个法律体系具有造法性之行为被采取的原因。举凡将法源等同于社会权力关系（尤其是经济关系）、阶级利益、习惯、历史传统、流行的宗教或道德观念等等都属于此类法源概念。²⁰与此相应的是，科恩菲尔德（**Kornfeld**）就认为，法源是“惯常的法律-社会行为的事实上的产生根据”²¹，埃利希（**Ehrlich**）也指出，“法源理论的职责在于寻找法律制度发展的推动力”²²。与这种法源概念相应的是，是将法视为经验-事实性行为规范的观点。而这种脉络中很强有力的一种倾向就在于将习惯作为所有法的基础性来源，将所有的法最终都视为习惯法。²³相反，规范理论的法源概念探讨的并非是作出裁判的真实原因，而更多是裁判得以证立的理由。理由与原因最大的区别在于，它不仅能“说明”（**explain**）裁判为什么会产生，而且能为裁判的正当性进行辩护（**justification**）。简言之，它具有规范性的力量。这就涉及到了法哲学上的一个经典区分，即法的发现（**Rechtsfindung**）与法的证立（**Rechtsbegründung**）。简单地说，前者是法官思考得出某个法律结论的实际过程或者说“真实”过程，后者则是他对这个结论

¹⁵ See Riccardo Guastini, *Fragments of a Theory of Legal Sources*, *Ratio Juris* 9 (1996), p.368.

¹⁶ Vgl. Felix Somló, *Juristische Grundlehre*, Leipzig: Verlag von Felix Meiner, 1917, S.330.

¹⁷ 参见[德]萨维尼：《当代罗马法体系I》，朱虎译，中国法制出版社2010年版，第15页。当然，萨维尼会将这种产生根据追溯至“民族精神”或“民族的共同意识”（参见同上引，第17页），无论是习惯法、学术法还是制定法皆是如此。但这就涉及法哲学的层面（深度理论）了，本文对此保持开放。

¹⁸ 例如参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社2017年版，第25页；王泽鉴：《民法总论》，北京大学出版社2009年版，第35页。

¹⁹ See Roger A. Shiner, *Strictly Institutionalized Sources of Law: Some Further Thoughts*, *Ratio Juris* 20 (2007), p.311.

²⁰ Vgl. Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, S. 291.

²¹ Ignatz Kornfeld, *Soziale Machtverhältnisse: Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Rechte auf soziologischer Grundlage*, Wien : Manz, 1911, S.73.

²² [德] 欧根·埃利希：《法社会学原理》，舒国滢译，中国大百科全书出版社2009年版，第87页。

²³ Vgl. Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, S.305.

提供论据进行论证说理的过程。一般法学说是一门规范学科。²⁴这样的特质决定了，它的主旨并不在于探究某项活动的现实成因和动机要素（社会学研究与心理学研究无疑更能胜任这项任务），而在于为这项活动提供辩护或者说正当化。所以，一般法学说关注的重点在于是否充分而完整地进行对法学判断之证立，而不在于这个裁判事实上是透过何种过程发现的。无需否认，特定裁判行为的作出有其社会学上的原因，但它们属于法的发现的过程，在法的证立的层面上，法官还需对实际上作出的判断进行合理化以证明其是“正确的”。司法决定的客观性置于司法证立的过程，即法官支持自己的结论时所给出的“合理化”。²⁵因此，一般法学说支持的是规范理论的法源概念，它将法源作为法律论证中得以援引来支持裁判结论之理由。

3、权威理由抑或实质理由？依照理由对裁判结论的支持方式，我们可以将理由分为权威理由（authority reason）与实质理由（substantive reason）。实质理由是一种通过其内容来支持某个法律命题的理由。它的支持力完全取决于内容而非其他条件。²⁶实质理由可以是有道德的、经济的、政治的实践陈述。也就是说，实质理由用以支持某个法律命题的方式是指出这个命题的内容上的正确性，它又可以进一步的区分：假如它指出，某个命题之所以应当被作出是因为它能带来某个好的效果（目标），那么它就是一种目标理由（goal reason）；而如果它指出，某个命题之所以应当被作出是因为它就是正当的或善的，它就是一种正当理由（rightness reason）。²⁷例如，为了提出“不得杀人”这个主张，一种理由在于它是实现社会秩序的重要手段；另一种理由在于它本身就是正当的要求。与此不同，权威理由是因其其他条件而非其内容来支持某个法律命题的理由。与实质理由相比，权威理由用以支持裁判结论的依据不在于其内容本身而在于其形式方面的条件。例如，对于“不得杀人”这个主张为什么成立，我们的回答也可以是“因为我国《刑法》第232条就是这样规定的（或者：从第232条可以推导出这一结论）”。此时，我们是通过诉诸于立法权威而不是其内容的正确性支持了这个主张。权威理由起作用的方式就在于指明主张来自于某种权威，这种权威性阻断了对主张内容本身正确性的追问。

这两类理由其实涉及到了伦理学的法源概念与法理论的法源概念。前者处理法可能拥有的道德拘束力之理由的问题，后者涉及将某事物认知为法或具有法效力之基础（理由）的问题。²⁸有的学者在广义上使用“法源”一词，将这两种概念都囊括在内。比如，萨尔蒙德（Salmond）和阿尔尼奥（Aarnio）都曾区分过形式法源与实质法源，不仅将通常所列举的立法、习惯、判例、专家意见等纳入形式法源的范围，而且将法的一般原则、道德原则（价值）等亦列入实质法源的范围。²⁹但这种做法的缺陷在于：其一，将支持某个法律命题的材料全部勾归入“法源”的范围，使得法源成为裁判唯一的基础，从而有可能在一定程度上弱化、甚至逃避法官说理的义务。其二，模糊了不同理由的性质及其起作用的方式，模糊了在学习上和实践中长久以来承认的“裁判依据”与“裁判理由”之间的区分。³⁰裁判依据是裁判的认知标准和效力来源，体现在裁判文书最后“依X法第XX条”这一部分，其作用在于明确裁判的权威

²⁴ 具体参见[德]马蒂亚斯·耶施泰特：《法理论有什么用？》，雷磊译，中国政法大学出版社2017年版，第85-89页。

²⁵ See Martin Golding, *Discovery and justification in science and law*, in: Aleksander Peczenik et al eds., *Theory of legal science*, Dordrecht: Springer, 1984, p.113.

²⁶ See Aleksander Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht [u.a.]: Kluwer Academic Publishers, 1989, p.313.

²⁷ See Robert Summers, *Two Types of Substantive Reasons: the Core of a Theory of Common Law Justification*, *Cornell Law Review* 63 (1978), p.733ff.

²⁸ Vgl. Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, S. 291.

²⁹ See John William Salmond, *Jurisprudence*, 4.th ed., London: Stevens and Haynes, 1913, p.117; Aulis Aarnio, *On the Sources of Law: A Justificatory Point of Law*, *Rechtstheorie* 15 (1984), p.401.

³⁰ 一个例证是，《〈最高人民法院关于案例指导工作的规定〉实施细则》第10条明确指出，各级人民法院审理类似案件参照指导性案例的，应当将指导性案例作为**裁判理由**引述，但不作为**裁判依据**引用。这被认为是在我国指导性案例尚无取得法源地位，而仅仅可被引用来作为（实质）说理的理由的表征。

来源；而裁判理由出现在裁判文书的（实质）说理部分，起作用在于析理服人。通过指明某事的“来源”（sources）是一种典型的提供权威理由的方式，在裁判文书中出示“依X法第XX条”的目的并不在于证立这个条款所对应之法律命题本身是实质正确的，法官也无需这样做。因为这个条款（例如）是立法者所创设的，而在现代国家的分工机制中，作为造法的立法相对于作为适法的司法裁判就是权威，法官必须服从立法者所提供的制定法。所以，从一般法学说的角度来看，法源的确切意义就是为裁判提供权威理由，实质法源的说法本身是矛盾的。

4、制度性权威抑或非制度性权威？权威理由可以是基于制度的，也可以不基于制度，前者可被称为“（严格）制度化的法源”，后者可被称为“非制度化的法源”。当如下两个条件被满足时，法律规范就拥有一种（严格）制度化的法源：1）法律规范的存在条件是某种法律制度活动的作用；2）法律规范之语境充分的证立或者其体系化或局部化的规范力完全来自于对这些存在条件的满足。³¹换言之，当某个法源的地位完全来自于法律制度时，它就是制度性权威。最典型的制度性权威来自于裁判活动运作于其中的制度性框架，即法制定与法适用相区分的二元框架。依据这种框架，法院与法官的基本功能在于适用既定的法律规范来解决纠纷，而这种活动所需借助的前提即一般性法律规范则是由相对于法院的优势机构或机制来创设的。在现代社会中，立法机关是制定一般性法律规范的专门机关。而在“专门性”尚未成型的历史阶段，尤其是在大规模的立法和法典化运动之前，共同体的规范性实践（习惯法）则扮演了主要的造法机制的角色。当然，作为例外，在普通法法系，司法造法成为常态，因此上述二元区分并不明显。但依据“遵循判例”（*stare decisis*）原则，特定法院所应当遵从的只是具有管辖关系的上级法院和自己早前的判决，对其他法院的判决则并无服从义务。站在该特定法院的立场上，我们也可以说存在造法与适法的区分，因为它所适用的规范依据同样不是自己在个案中提出来的，而是上级或先前的法院所规定的了。所以，尽管表现形式不同，它们都是制度化的法源。

与此不同，法源的权威地位也可能建立在其他因素的基础上。非制度性权威至少包括事实性权威与说服力权威两类。事实性权威来自于某个机关在司法系统中事实上所处的地位。例如在民法法系，尽管并不存在遵循判例的规范性要求，但具有管辖关系的上级法院的判决对于下级法院同样具有权威性。下级法院一般不会作出有悖于上级法院之案例的判决，因为由于审级机制和上诉制度的存在，这样的判决会面临被推翻的风险。所以，基于对现实的后果考量，一旦当上级法院的判决被挑战的可能降低至几乎不存在时，它们就对于下级法院和法官确立起了权威。由于遵从上级法院之判决的做法并不是制度上的规范性要求，所以称之为“事实性的”。另外，法院有时会诉诸于既不必须遵从也非不得不运用的理由来支持它们的论证，比如援引来自于其他管辖区与下级法院的判决，它们被称为“说服力权威”。这里的“说服”并不意味着相信理由本身的实质合理性，或将其作为实质理由来运用，而依然是出于对理由来源的信任。这可能是由于所处的共同体长久以来的实践都支持这种理由（普遍性），也可能因为权威由于在特定领域的专业性而被认为要比法官个人的判断更加可靠（专业性）。比如在美国的证券案件中，虽然其他巡回法院没有义务去求助于第二巡回法院的判决，但前者或许会认为自己关于证券活动的判断不够可靠，所以它更愿意求助于它认为在这些事情上更专业的后者。³²这就像一个初涉股票市场的投资者对炒股行家的依靠，或者法学院一年级的新生对法学教师的求助。说服力权威是法院自己选择的，而不是由制度或事实来强加的。

5、效力渊源抑或认知渊源？应当首先指明的是，认知与效力有时在同一种意义上被使用。典型如凯尔森（Kelsen），就在新康德主义认识论的理论脉络下，将法律规范的存在

³¹ See Roger Shiner, *Legal Institutions and the Sources of Law*, Dordrecht: Springer, 2005, p.3.

³² See Frederick Schauer, *Thinking Like a Lawyer*, Cambridge Mass.: Harvard University Press 2009, p.71.

等同于它的效力。在相同的背景下，罗斯（Ross）认为“法源在形式定义中意味着将某事物作为法的认知基础”³³。但本文在此将规范的“效力”与规范的“存在”（规范本身）相区别，因此将效力渊源与认知渊源作为两个不同的概念：前者指的是某个法律规范（裁判依据）之所以具有法律拘束力的来源，而后者指的是某个法律规范（裁判依据）之存在或其内容的来源。也就是说，一个规范的存在（内容）和它是不是法律规范（是否具有法律效力、是否是有效的“法”）被认为是两个相分离的问题。这两种法源概念会造成法源类型论上的区分。假如某个规范在效力上不具有独立的来源，也就是来源于其他的规范，那么它就不具有效力意义上的法源。一个典型的例子是关于合同权利之来源的争议。自治理论强调私人自治思想，并将自己通过合同承担义务的可能看作是一种自然的、先在于任何法秩序的权利；而授权理论认为合同的法律拘束力只能来源于制定法的授权。³⁴现在民法学界的主流观点是倾向于否认合同作为独立的法源。³⁵这并非说（依法成立的）合同不能作为裁判的依据（当然，它只能作为以合同当事人为主体之案件的裁判依据，即个别规范），而是说它作为裁判依据的效力来源是制定法（合同法）的授权。所以，说合同并非独立的法源是在效力渊源的意义上说的。在效力渊源的意义上，不存在所谓“第一性渊源”（*erste Quelle*）和“被推导之渊源”（*abgeleitete Quellen*）的区分。³⁶因为，只有具备独立的（第一性的）来源的，才属于效力渊源。在此意义上，我们会将立法、司法（英美法系）、共同的规范性实践等视为效力渊源，但只能将法律、行政法规、行政规章等等视为具有同一种渊源（立法）的表现形式，因为它们之间具有效力上的层级关系，最终都可以追溯至最根本的立法行为，即立宪（制定历史上第一部宪法）。³⁷

与此不同，认知渊源涉及脱离效力的规范概念，³⁸指的是司法裁判中用作法律适用大前提的规范命题（语义学规范）本身在内容上的来源。一方面，由于脱离效力，所以认知渊源不涉及对相关规范的“定性”问题。同一个规范命题既可以成为法律规范的内容，也可以成为道德规范或宗教规范的内容，因为规范的性质与其内容无关。而在认知渊源的意义上，法律、行政法规、行政规章等都可能成为独立的渊源，因为它们可能具有不同的内容来源。另一方面，认知渊源尽管涉及的是内容上的来源，但它同样构成权威理由。只有当法官将自己的独特观点作为裁判依据时，它才是内容上没有来源的。但在现代社会中，法官用作裁判依据的规范命题必须是基于来源的。³⁹这也是现代裁判区别于中世纪决疑术或个别式裁判（*ad hoc judgment*）的重要特征。

上面五组区分的作用并不相同。其中前三组是为了在一般法学说中将法源与其他事物区分开来，而后两组则是对不同法源类型在性质上加以区分。综言之，在一般法学说中，法源指的是法律适用过程中的裁判依据的来源，是裁判所要依循的权威理由。它既可以是基于制度的权威，也可以是非基于制度的权威，既可以指效力渊源，也可以指认知渊源。在此基础

³³ Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, S. 292.

³⁴ Vgl. Klaus Adomeit und Susanne Hähnchen, *Rechtstheorie für Studenten*, 6. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller, 2012, S. 41.

³⁵ 例如参见[德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论（上册）》，王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译，法律出版社2003年版，第11页。

³⁶ 这一区分参见Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, S. 304.

³⁷ 当然，按照凯尔森的层级构造理论，司法裁判和习惯法与制定法都可以属于同一个规范体系，它们都可以追溯至同一个效力的来源。这种终极的效力来源并非在实在法中处于最高层级的宪法规范，而是作为超验逻辑预设的基础规范（*Grundnorm*）（关于层级构造参见Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre (Studienausgabe der 2. Auflage 1960)*, hrsg. v. Matthias Jestaedt, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, S. 346ff.）。但本文不去考虑这种法理论上的法的统一性问题，而将“效力渊源”完全限定于事实的领域。在这种限定下，法律规范的效力只能来源于立法、司法（英美法系）、共同的规范性实践这些制度性事实，这些事实之间彼此独立，所以它们是彼此独立的效力渊源。

³⁸ Vgl. Jan-R. Sieckmann, *Semantischer Normbegriff und Normbegründung*, ARSP 80 (1994), S. 228.

³⁹ 即便由于存在法律漏洞需要进行法的续造，例如类比推理、目的性扩张、目的性限缩，也必须根据既有法律来进行（*praeter legum*）。在此意义上也非没有来源的完全自主创设。

上，我们可以来剖析习惯法与习惯的法源地位。

三、习惯法的法源地位

毋庸置疑，当我们使用“习惯法”这一称呼时，就意味着已经将它视为具有法律效力的事物，也意味着已将它与制定法、判例法并列为法的类型。所以，当我们说“习惯法是法”时，甚或当我们使用“习惯法”这一称呼时，本身就表明它必然涉及效力渊源的概念。⁴⁰那么，习惯法在法律学说史上的样貌如何？它的效力又来源于什么呢？前者涉及习惯法学说的历史演变，而后者则涉及习惯法的性质。

（一）习惯法学说的历史演变

诚如普赫塔（Puchta）所言，习惯法的文献史既是有趣的，又是令人疲倦的。⁴¹之所以说是令人疲倦的，是因为西方法律史在19世纪后期进入大规模的法典化运动时期之前，其主体部分几乎就是习惯/习惯法的历史，要掌握习惯/习惯法的学说史就相当于回顾整个西方法律的历史。应当承认，学说史上绝大多数时候都没有仔细区分“习惯”与“习惯法”这两者。但从效力渊源的角度看，这并不意味着两者不可以被区分开来。当然，由于篇幅关系，我们在此无法学说史展开详尽阐述。这里只能集中于两个重要的历史阶段，即古罗马时期与历史法学时期，来扼要地展现习惯法地位。

作为西法史上第一个法律（法学）发展的高潮时期，古罗马时代的习惯与法学家法有着紧密联系。据近代罗马史权威特奥多尔·蒙森（Theodor Mommsen）考证并由法社会学家欧根·埃利希确证，肇始于古罗马的“公法-私法”这一经典划分最初并非是在“涉及罗马国家的法与私人关系的法”这种二元对立的意义上使用的。毋宁说，公法开始时指的是由国家制定的法，即公共法律（*lex publicum*），而私法是一种非国家来源基础上的法。⁴²在罗马私法的进化过程中，罗马的法学家们和他们的法律学术起着独特而重要的型塑作用。罗马对欧洲法律文化所作出的最大贡献并不是包括《十二铜表法》在内的制定法本身，而是被共和国时代的罗马人称作“法学家”的阶层以及法律学术的出现。可以说，罗马私法乃是法学的产物，而非立法的产物。⁴³换言之，它就是法学家法。按照乌尔比安的分类，罗马私法分为自然法、万民法与市民法三部分。罗马人在共和国时期最初仅仅区分两种法，即固有的市民法（*proprius ius civile*）和法律，后来才出现了裁判官的告示。市民法的最初涵义就是指在罗马的法庭诉讼中可以适用的法学家法，它可以追溯到法学家对《十二铜表法》的解释。大量的私法都来自于市民法，法律和裁判官告示仅涉及个别领域。帝制时期的两种新法源，即元老院决议和皇帝的谕令，直到拜占庭帝国建立之后才毫无争议地得到承认。⁴⁴

由法学家创制的市民法并不是一开始就由像近现代西方法教义学那样精致的理论体系指导下完成的，毋宁说相反，早期的市民法是决疑术式的个案取向的。《十二铜表法》的表述常常是晦涩难解的，在语法上是模糊的，包含在各个条款中的实际法律原则并不像设想的那么明确。有鉴于此，法学家们在针对个案提出解答或咨询意见时，通常不是将成文规范直接适用于具体案件，而是根据某一具体案例和它所提供的各种线索和可能的解决办法找寻可

⁴⁰ 当然，这里涉及的是“非独立于效力的法概念”，而非“独立于效力的法概念”。关于两者的区分，参见[德]罗伯·阿列西：《法概念与法效力》，王鹏翔译，（台湾）五南文化事业2013年版，第40-41页。

⁴¹ Vgl. Georg Friedrich Puchta, *Gewohnheitsrecht*, Theil. I, Erlangen: Palm, 1828, S.147.

⁴² Vgl. Theodor Mommsen, *Abriss des Römischen Staatsrechts*, Leipzig: Duncker & Humblot, 1893.; Eugen Ehrlich, *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen*, Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1902, S.168ff.

⁴³ See George Mousourakis, *The Legal History of Rome*, London: Routledge, 2007, p.1.

⁴⁴ 参见[德]欧根·埃利希：《法社会学原理》，第480-481页。

以适用于该案件的“适宜的法律规范”。由于他们所面对的工作是法律实践本身的问题，即，在个案中如何论证裁决的正当性，在这个过程中最重要的任务是寻找和确定个案的裁判规范（古典时代的罗马法学家称之为“规则”[regula]）。⁴⁵而在此过程中，习惯成为了这种裁判规范的当然备选载体。很多法学家都对此有清醒的认识。比如，尤里安（Salvius Julianus）在其所著《学说汇纂》（第94卷）就认为：在不适用成文法的情况下，应该遵守由习俗和惯例确定的规范。保罗（Julius Paulus）也指出：如果对于一项法律的解释进行调查，首先应该考虑以前在同种情况下城邦适用的那个法：实际上习惯是法的很好的解释者。卡里斯特拉图（Callistratus）同样指出，对于自于法律的（模糊）规定，习惯和长期以类似的方式作出的判决应该具有法律的效力。⁴⁶所以在某种意义上，罗马私法是法学家法，而罗马的法学家法在很大程度上就是罗马的习惯法。尤其是公元426年，东罗马的狄奥多西二世和西罗马的瓦伦提尼安三世颁布《引证法》之后，得到体制支持的法学家法对于法庭的裁判起到了更大的拘束作用。同时，法学家法也限制了习惯作为裁判规范的范围：因为所有在罗马社会出现的规范，只有当它们经历法学家法的过滤后才会成为一种对法庭有拘束力的习惯法。⁴⁷这意味着，法学家法是这样一种一体两面的法源：从质料（内容）看，它很大程度上来源于习惯；但从形式（效力来源）看，它又来自于法学家在古罗马社会和法庭诉讼中的权威地位。《引证法》的颁布使得它们的权威地位得到了体制（体制的顶点：皇权）的加持，从而从非制度性的权威开始转变为制度性的权威。从过程看，法学家在形成法学家法的过程中可以对已有的习惯有所选择和加工，只有过滤后的才被认为是“习惯法”。但这种说法多少有些名不副实：因为这种“法”的效力最终来源于法学家和皇帝的权威，而非民众的规范性实践。

西罗马灭亡后的漫长中世纪时期，西欧各国尽管也颁布了一些法典和法令，但法庭上所适用的主要私法法源依然是习惯法。罗马法复兴之后，以《学说汇纂》为代表的罗马私法在德国得以继受，这种继受就是通过习惯法的方式达成其任务的。⁴⁸注释法学家们将罗马法视为绝对正确的法、“基于权威和传统的自然法”以及书写理性（ratio scripta）。当然，此时除了罗马法，在西欧各地还有地方习惯法，如德国各邦国盛行的日耳曼习惯法。⁴⁹17、18世纪兴起的自然法学派（尤其是莱布尼茨-沃尔夫传统）致力于建构“封闭的、公理演绎的自然法体系”，脱离了罗马法以实践为旨趣的习惯法特性。但随后在整个19世纪占据统治地位的历史法学派则在“民族精神（民族意识）”的主调中又赋予了习惯法更为本源性的地位。

按照历史法学的巨擘萨维尼（Savigny）的观点，法律是分阶段发展的，最初是习惯法阶段，接着是学术法（法学家法）阶段，第三阶段才是制定法（法典编纂）阶段。这是因为在他看来，法律为一定民族所特有，伴随着民族的成长而成长，随着民族的壮大而壮大，最后随着民族对其民族性的丧失而消亡，就如同其语言、行为方式和基本的社会组织体制。将这些现象联结一体的，乃是这个民族的共同信念，对其内在必然性的共同意识。一切法律均缘起于行为方式，在行为方式中，习惯法渐次形成；就是说，法律首先产生于习俗和人民的信仰，其次乃假手法学。所以，法律完全是由沉潜于内、默默运作的力量，而非立法者的专断意志所孕就的。⁵⁰具体而言，历史法学派关于习惯法的观点可以被归纳为两方面：一方面，习惯法是直接来源于民族意识的规范。习惯法直接产生于整个民族的法意识，乃“直接的民

⁴⁵ 参见舒国滢：“罗马法学成长中的方法论因素”，《比较法研究》2013年第1期。

⁴⁶ 参见《学说汇纂》（第1卷），罗智敏译，纪蔚民校，中国政法大学出版社2008年版，第79、81、83页。

⁴⁷ 参见[德]欧根·埃利希：《法社会学原理》，第484页。

⁴⁸ 参见吴从周：《法源理论与诉讼经济》，元照出版有限公司2013年版，第32页。

⁴⁹ 有许多中世纪著名的“法书”（Rechtsbücher），如《萨克森之镜》，都是对日耳曼习惯法进行汇编的产物。

⁵⁰ 参见[德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼：《论立法与法学的当代使命》，许章润译，中国法制出版社2001年版，第7-11页。引用时表述略有改变。

族确信”的体现，是习惯法而非（由外部机关创设的）制定法确认了作为民族代表的共同意志；⁵¹整个民族或个别阶层据此而行为，于是习惯法成为习俗；在习俗中，它可以被法学家、特别是法官所识别，从此，法学家、特别是法官从中提取裁判规范。在较早的时期，整个的法甚至完全由整个民族的行为规范构成，故此整个民族的行为规范也就充当了裁决法律争议的唯一基础。所以，习惯法既是行为规范，也是裁判规范；更确切地说，它始终首先是行为规范，通过行为规范才变成裁判规范。⁵²另一方面，法学家法和制定法是对习惯的表述。反映民族意识的法可以按照科学的方式（法学家法）来表述，也可以通过立法来进行。就前者而言，法拥有“双重生命”，既包含政治因素，也包含技术因素。前者体现了法与一般的民众生活的关联，而后者体现了法的特殊的科学生活。⁵³法的政治因素指向民众的习惯，法的技术因素指向专业法学家的学术加工活动，法的“双重生命”使得习惯法与法学家法被混合在了一起。就后者即立法的情形而言，成文的来源并非生成的理由，而仅仅是法的标志和特征。大多数既有的制定法绝对是长期以来在民族中存在的习惯之表述。制定法的目的仅仅在于使民众更加确定，或者在不断演进的法的发展中“更迅捷地结束不确定法的间隔时间”。所以，立法活动被认为更多地是一种形式上的活动，因为立法者并没有任何独特的法意识，而是直接从民族精神和法学家那里获得其素材。当且仅当制定法是从民族中通行的行为规范（即习惯法）中提取时，它的内容才与民族意识相一致。国家可以阻止习惯法被法庭所认可，但它不能阻止习惯法的产生。⁵⁴整体而言，在历史法学的图景中：法首先是一种行为规范，习惯法就是这种习惯规范的担纲者；大多数制定法是建立在习惯法基础上的裁判规范。裁判规范只构成了“法”的很小一部分，“法”的大部分领域是由行为规范来充斥的。所以，习惯法是第一性的，而制定法则是第二性的。

总之，历史法学派并不像之前的学者那样关注为法官制定有关适用习惯法的规则，不那么关注法应如何适用，而是关注它是如何产生的，即致力于提出一种揭示习惯法本质的理论，对它进行解释和证成。⁵⁵这就揭明了历史法学与古罗马法学的不同：古罗马更加关注是裁判行为，而历史法学则更关注裁判领域之外的民众行为。在古罗马，裁判依据虽在内容上可能来自习惯，但在形式和效力上却来自于法学家法。而在历史法学派那里，习惯法既是行为的依据又是裁判的依据，也在内容上构成其他法律类型的主要来源。可见，习惯法在学说史上的地位逐次加强，及至历史法学派那里达到顶峰。

（二）习惯法的性质

诚如比洛（Bülow）所言，习惯法的理论比以往任何一种理论研究还要杂乱无章、模糊难懂。⁵⁶所幸的是，在此我们无需深入习惯法理论的方方面面，而只需聚焦于习惯法的效力来源或者说规范性拘束力来源。这里要稍加说明的是：根据通说，法律规范具有效力意味着它应当被遵守和适用。“遵守”针对的是一般民众（守法），而“适用”针对的则是法院（司法）。由于语境的限定，法源理论中的效力渊源指的只是“适用”这一层面。但习惯法的支持者一般不仔细区分这两个层面，所以习惯法有效即意味着它同时“应当（作为行为规范）被遵守”和“应当（作为裁判规范）被适用”。习惯法作为一种独立的法律类型，无论它是否如在历史法学派那里那样被抬高至最根本之法源的地位，也至少意味着它的效力来源有别

⁵¹ George Friedrich Puchta, *Cursus der Institutionen*, Bd. 1, Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1841, S.27-28, 144-145.

⁵² 参见[德] 欧根·埃利希：《法社会学原理》，第497、499、500页。

⁵³ 参见[德]萨维尼：《历史法学派的基本思想（1814-1840年）》，艾里克·沃尔夫编，郑永流译，法律出版社2009年版，第8页。

⁵⁴ 参见[德] 欧根·埃利希：《法社会学原理》，第491、493、499页。

⁵⁵ 参见同上引，第495页。

⁵⁶ Vgl. Oskar Bülow, *Heitere und ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft : Beiträge zur Theorie des Gesetzes- und Gewohnheitsrechts*, Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1901, S.14.

于、也独立于立法（制定法）和学术实践（法学家法）。因此，当我们去追问习惯法的性质时，主要就是在追问这种独立的来源究竟是什么。综观历史上的各家学说，关于习惯法之效力来源的观点主要包括这样几种学说：⁵⁷

第一种是“践行说”（*Übungstheorie*），此说将习惯法的效力诉诸纯粹外在的反复实践行为。简言之，该说认为某种反复发生的特定行动结构（不但必须是正在进行的，而且在未来一段时间内还将持续存在下去）本身就会产生拘束力。论者从强调从人类模仿的本能、适应性以及对于以前行为的尊敬心，就会从实际反复践行的“动机”中，产生将来应该要继续如此行为的意思。

第二种是“确信说”（*Überzeugungstheorie*），主要代表就是前文提及的历史法学派，强调习惯法的效力来自于共同体内成员共同的“法的确信”，这种法的确信又存在于民族精神之中。所以法的确信就是民族的确信，也就是法感，是先前存在的。若要再做细分，还可以依据确信的内容将其分为两小类：一种“正义确信”（*Gerechtigkeit-Überzeugung*），认为习惯法的根据在于践行者或“民族”的这样一种确信，即相关的措施应当是法。另一种是“合法性确信”（*Rechtmäßigkeit-Überzeugung*），认为习惯法所涉及的确信是，相关的措施是法。

第三种是“意志说”（*Willenstheorie*），认为习惯法的效力根据在于民众的合意或共同体的意志，也就是形成习惯法所必要的意思。意志说其实是确信说的修正版。代表人物如耶林（*Ihering*），就提出“法的客观意义就是普遍的意志”。所以，“法的确信”就被更为实证化的“被阐明的共同意志”（卡尔·宾丁[*Karl Binding*]）、“共同体意志”（爱德华·霍尔德[*Eduard Hölder*]）、“普遍意志”（海因里希·登伯格[*Henrich Dernburg*]）、“被阐明的整体意志”（菲利普·黑克[*Philipp Heck*]）、“国家意志”（保罗·拉班德[*Paul Laband*]）所取代。无论称呼为何，都强调意志的要素。⁵⁸

第四种是“心理说”（*psychologische Theorie*），主张对习惯法（也包括所有其他法）之效力依据的永恒证成毋宁在于这样一种固有的心理学现象：假如某个能正常思考的人观察到某个实践行为长久以来在事实上占支配地位，并期待这种事实上的支配更久地持续下去，那么他就会产生这样的观念，即某个法秩序是有效的。因为某个法条事实上被遵守，并呈现出它会继续被遵守的可能（因为人们在实效中看到了持续的动机渊源），事实性的概念就渐次接近于合法性（规范性）的概念。⁵⁹

第五种是“承认说”（*Gestattungstheorie*），此说将习惯法的效力诉诸拟制立法者明示或默示的承认。这也就相当于承认，当习惯法与制定法相抵触时，立法者有权排除或否认习惯法的效力。或者说，只有在不与制定法相抵触的范围内，习惯法才是有效的（更准确地说，只有在此范围内某种反复实践的行为才能被上升为“习惯法”）。

但以上学说，多少都有一些问题。首先，承认说将习惯法降格为“被推导之法源”，这与习惯法作为效力渊源的地位不符。前面叙及，习惯法只有具备独立的效力来源，才能成为与制定法、判例法平等的法的类型。承认说使得习惯法地位的确认受制于制定法的承认，认为只有得到制定法授权的才能成为（有效的）法，与前述定位相轩轾。其次，践行说、意志说、心理说都犯了从事实推导出规范的错误。效力意味着“应当被遵守和适用”，故而习惯法之效力（反复践行的行为应当被遵守和适用）预设了某种规范性的认知（应当的观念）。践行说从外部的行为事实直接推导出习惯法的规范性拘束力，意志说虽然发掘出了行为背后

⁵⁷ 对此参考了Vgl. Felix Somló, *Juristische Grundlehre*, S.366-370; 吴从周：《法源理论与诉讼经济》，第28-30页。

⁵⁸ Vgl. Jan Schröder, *Zur Theorie des Gewohnheitsrechts zwischen 1850-1930*, in: Hans-Peter Haferkamp(Hrsg.), *Usus modernus pandectarum: Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht im der Frühen Neuzeit*, Köln: Böhlau, 2007, S.224ff.

⁵⁹ Vgl. Ernst Zitelmann, *Gewohnheitsrecht und Irrthum*, *Archiv für die civilistische Praxis* 66 (1993), S.459.

的意志，但无论是民众的合意还是共同体的意志依然是一种外部事实（抽象的事实），心理说则诉诸于践行者内部的心理事实。另外，确信说中的合法性确信说其实同样涉及心理事实。但是，无论是外部事实还是内部事实，都无法直接推导出规范性的要求。做某事（一直在做某事）不等于应当做某事，认为未来继续做某事的可能性很大同样不意味着应当做某事。此外，践行说和心理说还带有较为明显的法社会学上的法源理论的痕迹，也就是将法源理解为法被遵守和适用的原因而不是理由，与一般法学说的旨趣多有不合。所以最后，看起来最有希望的是确信说（正义确信说），因为它将习惯法的效力与践行者的应当观念联系起来。但是这种观点依然是有缺陷的，与践行说相比它走向了另一个极端，即将效力完全奠基在应当观念之上。假如如此，我们的确能说明习惯法具有规范性的来源，但却无法区分道德的规范性与法的规范性。换言之，我们能证明习惯法“应当”被遵守和适用，但却无法证明这是“法律上的应当”。此时，即便我们能证明习惯法拥有不同于制定法和判例法的来源，也无法证明这种来源具有法的属性。

所以，一个妥帖的看法是将习惯法视为英国法学家哈特（Hart）所说的“社会规则”。这种社会规则具有两个面向：在外在面向上呈现出一种规律性的行为（践行），而在内在面向上则体现在，共同体（或至少是共同体中的某些人）必须将该行为视为整个群体所必须遵从的普遍标准（确信）。偏离这种普遍标准的行为不仅被认为是错误的，而且对标准的偏离本身就被认为是应受批评的好的理由。也就是说，践行者对于呈规律性的行为模式持有反思批判的态度，而在这个态度应在评论（包括自我批判）中表现出来，并且这种批判与要求是正当的，这体现在“应当”、“必须”、“对”、“错”这些规范性术语之中。⁶⁰据此，习惯法就可被定义为“通过共同体内反复的践行方式展现出的一个普遍而具有规范法效力意志所产生的非成文法”⁶¹。这可以被称为“规范性实践说”（*normative Praxis Theorie*）。它认为习惯法由两个要素组成：一是长时间持续不断、稳定、均质和普遍的交往实践

（*consuerudo*），也就是不断被运用的事实；二是必要的确信（*opinio necessitatis*），即这种交往实践的参与者普遍认为它是正确的，或认为这种实践就是在遵从既定的法。前者是外在的客观要素，而后者是内在的主观要素。⁶²这两种要素是相互支持的，它们合在一起构成了习惯法之法律效力的来源：如果没有内在的主观要素，习惯法就无以区分于纯粹的规律性事实；如果没有外在的客观要素，习惯法就将无以区分于道德规范。这种相互支持是缺一不可的，没有应当的观念固然不行，但如果缺少了外在要素同样是不行的：一旦共同体成员在外在行为上终止某种规律性行为，习惯法也就将蜕变为纯粹的道德规范（道德观念）。

所以，总的来说，习惯法的效力来自于结合了规律性交往实践与必要确信的规范性实践。这种规范性实践正是裁判依据得以产生的效力来源，也是裁判所要依循的具有规范拘束力的权威理由。这里的逻辑在于从行为规范到裁判规范的“过渡”：习惯法来自于民众的规范性实践，所以首先理所当然地是一种行为规范；也正因为它是一种在日常生活中行之有效的“法”，所以它也可正当地成为法官的裁判规范。当然，与立法行为（制定法）和司法行为（判例法）这些制度性实践不同，作为规范性实践的习惯法毋宁属于非制度化的实践，接近于前面所说的事实性权威。

（三）法源条款与习惯法的法源地位

⁶⁰ 参见[英]哈特：《法律的概念》，许家馨、李冠宜译，（台湾）商周出版社2000年版，第52-54页。

⁶¹ Vgl. Ludwig Enneccerus und Hans Carl Nipperdey, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I (Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts)*, 15. Aufl., Tübingen: Mohr, 1959, S.261.

⁶² Vgl. Joachim Vogel, *Juristische Methodik*, Berlin: Walter de Gruyter, 1998, S.39. 拉伦茨认为关键在于“必要的确信”（参见[德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论（上册）》，第17页）。但正如下文所见，这两个要素是缺一不可的，没有谁更为关键的问题。

行为至此，我们需要先暂停一下，回过头来阐明以《民法总则》第10条为代表的制定法法源条款与习惯法之间的关系。民法学界往往将该条款中的“习惯”等同于“习惯法”。⁶³假如如此，那么至少从表面看，《民法总则》第10条最基本的一项功能就在于规定民法法源的类型（制定法、习惯法）。这似乎意味着：一方面，立法条款限定也穷尽了所有法源的类型；另一方面，只有被立法所规定的才属于法源。⁶⁴那么，就习惯法而言，是否只有当被立法明文规定时，它才能成为一类法源呢？

根据前文的分析，答案显然是否定的。将法源条款的授权视为习惯具有法律效力（或者说习惯法成为法）的必要条件的观点，就是前面所讲的“承认说”。但是，假如某个规范在效力上不具有独立的来源，也就是来源于其他的规范，那么它就不具有效力意义上的法源。与合同之法源地位的道理相通，假如习惯法只有被立法（法源条款）所规定才能成为裁判依据，那么它就无法成为效力渊源意义上的法源。因为此时尽管裁判依据的内容来自于特定习惯，但赋予其法律效力的却是立法行为。但习惯法作为法，其本身的效力却必须来自于立法这种制度性实践之外的规范性实践，这不取决于立法的认可和授权。所以，在法律适用的场合，习惯法与制定法就好比同一竞技场中的竞技者，两者是地位平等的法源类型。假如让制定法取得既是竞技者又是高于习惯法之裁判者的地位，习惯法就将丧失法源（效力渊源）的地位。德国学者埃塞勒（Eisele）在1885年时就曾正确指出：“立法者无权规定有多少种法源类型。只要人们这样来理解‘法源’，借此表达出创设法的共同体意志，那就不多不少只存两种主要类型的法源：每种意志必然要么以语词、要么以行动来表达。当然有所不同的是这一问题，即在特定时代和特定民族中是否这两类法源都在发挥作用，或者只有其中一种在发挥作用，或者其中一种相比另一种在更高程度上发挥作用……两者的关系来自于两种法源的本质，并不受其中之一的支配。”⁶⁵与此类似，索姆洛（Somló）将制定法视为“第一性的明确表述的法源”，将习惯法视为“第一性的未明确表述的法源”，认为两者的分量是完全相同的，甚至主张习惯法可以废止制定法的效力。⁶⁶拉伦茨（Larenz）同样认为，习惯法具有与制定法同样的地位，新的习惯法可以使老的制定法失效。⁶⁷即便我们不持这种比较激烈的观点，也至少可以得出结论认为：立法无法赋予习惯法以法源地位，至多只能描述和反映既有的现状。但是，这种描述和反映不是必然的，也不是必要的。一个相关的证明就在于，在西欧各国进入到法典化时代之前，立法上大多没有规定法源条款（《德国民法典》迄今没有相应条款），但这并没有影响到西欧各国法院长期以来适用习惯法规范去解决民事案件。

那么，这是否意味着第10条的规定就毫无意义可言呢？笔者认为得出这样的结论为时尚早。因为不要忘记，法源并非只能被理解为“效力渊源”一种。也就是说，立法条款虽然无权规定习惯的效力渊源地位（习惯法），但却并不意味着它不能作为其他意义上之渊源来起作用。下面我们将来阐明习惯的法源地位和性质，并在此基础上分析法源条款的意义。

四、习惯的法源地位

⁶³ 中国民法学界对此在观点上似乎相当一致，例如参见王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年版，第35页；史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第29页以下；王利明主编：《中华人民共和国民法总则详解（上册）》，中国法制出版社2017年版，第53页以下；龙卫球、刘保玉主编：《中华人民共和国民法总则释义与适用指导》，中国法制出版社2017年版，第39页以下。

⁶⁴ 正因为如此，许多民法学者才孜孜以求地对第10条进行法政策上的批判，认为它遗漏了其他法源类型，如法理。因为这种追求的前提是，不将“法理”规定进制定法之中，它就无法获得法源地位。

⁶⁵ Vgl. Fridolin Eisele, *Unverbindlicher Gesetzesinhalt: Beiträge zur allgemeinen Rechtslehre*, Freiburg: Lehmann, 1885, S.19-20.

⁶⁶ Vgl. Felix Somló, *Juristische Grundlehre*, S.336-337.

⁶⁷ 参见[德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论（上册）》，第18页。

（一）习惯法的空心化

在制定法比较欠缺的时代，习惯法有其重要的时代意义。但随着西欧民族国家的次第形成和国家立法的发展，尤其是当西欧各国于19世纪后半叶开始纷纷进入法典化时代之后，绝大部分生活关系被法典所调整，习惯法的意义与重要性必然大幅度降低。故此，近代法之成文化已经导致习惯法强烈地萎缩。⁶⁸而在这一前后，习惯法尽管保留了名称和表述，但其效力内涵却逐渐被其他法源所掏空，呈现出空心化的趋势。

习惯法的空心化肇始于习惯法的法学家法化。发出这一趋势之先声的恰恰是历史法学的门徒、概念法学的代表者普赫塔。在普赫塔看来，立法机关与法学家都能够作为民族精神的代表，尤以后者为甚。法学家法具有必须加以区分的两个面向：一方面，法学家乃民族和民族精神之代表，他们对民族的习惯法有直觉代表的一面，通过“自然的”法律知识来获得之，这是法学家法的“自然”成分；另一方面，习惯和习惯法不仅仅应当成为法学家知识的来源，而且还应当是法条的科学真理。这样，法学家法就需要一种（纯粹的习惯难以证成的）合乎技艺的程序，法学家通过自己的活动来为习惯法提供支持，并且通过“有意识的科学程序”来创制新的法条，这是法学家法所包含的科学成分，其体现的是法学家法之“技艺-认知科学”的一面。所以，必须将两种法学家法区别开来：一种是作为“真正的习惯法”、仅仅因为法学家之“国族法律意识”的代表地位而有效的法学家法，另一种是基于法的“内在理由”推演出来的“科学的”法学家法，即“科学法”（*Recht der Wissenschaft*）。⁶⁹科学法并非像习惯法那样是直接由民族创造的，也不单单是由作为民族精神之代表机关的法学家加以机械的复述，它是一个民族在进步的时代通过科学活动或科学技术工作而形成的法，其权威性立足于现行法的合理性、由现行法所引导出的原则的真理性以及构成这些原则的结论之正确性。⁷⁰在许多案件中，法官可能会舍弃现实的民族信念和立法，转而利用科学法，即从现行法的原理中推断出有待适用的法条，从而使得科学法成为补充性的法源和在法院有效的法。⁷¹因此，可以说到了此时，不是民族精神和习惯法，而是科学法（法学）才构成了法源理论的核心。历史法学派的习惯法学说，以民族的习惯法为出发点，却最终落脚到了作为体系的法学之上。⁷²

法典化通常存在于法学创造性阶段的末尾。⁷³当以1900年生效的《德国民法典》为代表的法典化时代来临之后，法学家法（潘德克顿法学）就完成了其主要的历史使命。通过法学家科学加工之后的习惯法的内容进入到了立法文本之中，习惯法进一步丧失了独立法源的地位。法院的主要任务变成了将法典的条款适用于个案，因而围绕立法条款适用而产生的“法官法”（*Richterrecht*）成为法源理论关注的焦点。19世纪末20世纪初，随着法院判决的重要性越来越受到重视，学说上逐渐出现了认为习惯法无非就是法官法的见解，或者说习惯法的法官法化趋势。它又包括了两种立场上有所不同的观点：⁷⁴一种观点认为，社会现存的习惯只有被法院的判决所确认才能被提升为习惯法，可以被称为“确认说”

⁶⁸ 参见Christian Starck著：《法的起源》，李建良、范文清、蔡宗珍、陈爱娥、杨子慧译，（台湾）元照出版公司2011年版，第9页。

⁶⁹ Vgl. Georg Friedrich Puchta, *Gewohnheitsrecht*, S.165-166. 也可参见舒国滢：“格奥尔格·弗里德里希·普赫塔的法学建构：理论与方法”，《比较法研究》2016年第2期。

⁷⁰ Vgl. Georg Friedrich Puchta, *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, Hrsg v. Adolf Friedrich August Rudorff, Bd.1, 6. Aufl., Leipzig: Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1873, S.42f.

⁷¹ Vgl. George F. Puchta, *Pandekten*, Neunte und vermehrte Aufl. Nach dem Tode des Verfassers besorgt v. Adolf Friedrich August Rudorff, Leipzig: Verlag von Johann Ambrosius Barth, 1863, S.29-30.

⁷² Vgl. Alfred Manigk, *Savigny und der Modernismus im Recht*, Berlin: Vahlen, 1914, S.78-79; Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, S.137.

⁷³ Vgl. Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1967, S.46.

⁷⁴ 可参见吴从周：《法源理论与诉讼经济》，第34-36页。

(Feststellungstheorie)。这种见解只是将法院判决的功能定位为对既有习惯的确认，它其实是前述“承认说”的一个变种。所不同者，承认说将习惯法的效力拟制为立法者的承认，而该说则将习惯法的效力系诸司法机关或法官的认可，只是代表国家的机关发生了改变而已。由于司法机关或法官是在个案中对习惯予以认可的，所以有别于以立法来进行的一般认可，它更多是一种个别认可。例如，凯尔森（Kelsen）就认为，“即使在私法领域，习惯法无非也只有引发法院对其加以适用的作用而已。”⁷⁵奥尔特曼（Oertmann）也指出，“原本由社会所创造的道德规则，只能通过国家司法机关或行政机关承认其为习惯法”。⁷⁶拉伦茨则更明确地点出，一项长期判例（有时甚至是最高法院的某项一次性裁判）可以促使某种习惯法的形成或使之明确化。⁷⁷也就是说，习惯或许仍然自由地在社会中形成，但必须一直等到法院承认它，才能取得其法律效力（成为法）。当然，这种观点只是强调需要得到法院的认可才能成为习惯“法”，而非强调由法院自己产生习惯法。换言之，习惯法的质料依然来自于社会民众的实践，但习惯法的效力则来自于法院的裁判。另一种观点有所不同，因为它进一步将法院的裁判视为习惯法的构成要素，因而可被称为“构成说”（Konstitutionstheorie）。如埃利希就认为，习惯法其实应该是由两个要素糅合而成的，一方面是由社会机制形成，另一方面是将其提出来的裁判规范。⁷⁸康特罗威茨（Kantorowicz）也认为，习惯绝非只是民族的习惯，相反它是由法官、律师、公证人及其他法律人所塑造和发展出来的（法律人法）。⁷⁹由此，法官的判决不仅只是给予习惯法国家的承认，更是习惯法得以形成的依据。

但无论是确认说还是构成说，其实际的效果均在于使得习惯法的效力根据被掏空和转移，差别只在于具体的操作方式而已：习惯法产生拘束力的根据在于特定的规范性实践，这种实践由外在的交往实践与内在的必要的确信相互支撑而成。确认说其实相当于是从外部着手，将习惯法的效力根据从这种规范性实践转移到了司法机关的行为，因为只有当这种实践（仍能被称为规范性实践么？）得到法院认可时，它才是有效的裁判依据，从而使得习惯法丧失了独立的效力来源。构成说则相当于从内部着手，重构了习惯法的要素，将原本作为其要素之一的民众的必要确信替换成了法院的确信（通过判决来体现），从而同样移花接木式地阉割掉了习惯法原本独立的效力根基。由此，不论采取哪种措施，习惯法都将丧失独立的效力渊源地位。

这种变化是由两方面的原因造成的：从外因来说，是制定法在近现代法律发展过程中重要性的不断加强和现代社会环境的变化。制定法重要性的加强使得“法”的制度性色彩越来越浓厚，也就是说，法越来越被认为是一种制度性的权威，⁸⁰与立法、司法这类正式的法律制度相关联。与此相应的是，法的非制度化的部分（习惯法就属于此）越来越萎缩，法与其他非制度化对象，如道德、惯例、风俗之间的距离也越来越远。社会环境的变化指的是，习惯法主要形成于一个小范围空间且易于掌握观察的人际生活关系中，但现代一个平均人口动辄数百万的国家内，要形成统一的习惯法（普遍的法则）实在难以想象。⁸¹这就导致了习惯法丧失了持续发展的条件。从内因来说，则是因为判断习惯法的内在要素——民众的“必要的确信”——究竟是否存在、如何确定十分困难。所以通说认为，这需要适用“法官知法”

⁷⁵ Vgl. Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen: Mohr, 1923, S.102.

⁷⁶ Paul Oertmann, *Rechtsordnung und Verkehrssitte, insbesondere nach Bürgerlichem Recht*, Leipzig: A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung, 1914, S.10.

⁷⁷ 参见[德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论（上册）》，第16页。

⁷⁸ Vgl. Eugen Ehrlich, Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts, in ders., *Gesetz und lebendes Recht*, hrsg. V. Manfred Rehbinder, Berlin: Duncker und Humblot, 1986, S.120f.

⁷⁹ Vgl. Hermann Kantorowicz, Die Rechtswissenschaft - eine kurze Zusammenfassung ihrer Methodologie, in: ders., *Rechtswissenschaft und Soziologie*, hrsg. v. Thomas Würtenberger, Karlsruhe: Müller, 1962, S.93.

⁸⁰ 这从将“法”定义为“制度性事实”的主张中就可见一斑（See Neil MacCormick and Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1986, p.49f.）

⁸¹ Vgl. Helmut Coing, *von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd.1, Einleitung zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin: Sellier-de Gruyter, 1995, Rn.242.

(*Jura novit curia*) 的原则, 由法官依据其职权考量相关法律文献、法院判决、相关社会团体内的行为与意见、熟悉法律的地方机关之意见、专家意见等综合加以决定。⁸²在实际的运作上, 这相当于委托给了法官去决定何谓“必要的确信”, 或者说用法院的确信去取代了民众的确信, 因为前者(通过判决体现出来)的可识别性更强。由此, 在内外因的共同作用下, 习惯法空心化的趋势不可避免。

就中国的情形而言, “承认说/确认说”成为学界的通说, 这另有其独特的历史原因, 即受到前苏联的影响。在苏联观念中, 法只能存在于国家之中, 只有国家才能赋予某个规范以法律规范的属性。故而习惯法始终是一种被推导的渊源, 只有基于制定法的授权或以制定法为条件才能得到发展。对习惯法的承认要通过国家机关(特别是法院)来进行, 由此承担起这一重要的任务, 即确认、表述和检验既有的习惯, 看它们是否与苏联的社会秩序基础或制定法相符。习惯法在苏联的这种地位与其历史处境相关: 在无产阶级取得政权后, 废除被推翻之政权的制定法相对来说是比较容易的, 但相对来说要改变前一个时代的习惯法就不那么容易了。多数情况下, 只能在具体案件中通过法官来确定, 让某个习惯法规定继续有效是否合乎新政权的愿望。另一方面, 由于苏联对其前任政权的社会和法律结构的摧毁是史无前例的, 新政权一时没法形成新的习惯法, 所以它必须要利用制定法的手段来对旧习惯法进行目标明确和迅速的改造。所以, 制定法被作为与敌对的习惯法相斗争的武器来运用, 从成功的斗争中获得尊重。⁸³相似的意识形态和奋斗目标使得中国很容易就接受苏联的这套观念和做法, 因而也很容易就接纳了将“得到国家(立法或司法机关)认可”作为习惯法的成立条件的观点。

所以, 无论是从德国还是中国的情况看, 今日之习惯法几乎已经演变为法官法, 尤其是最高司法机关的法官法。正如德国法学家吕特斯(Rüthers)所言, 习惯法终究只是最高法院对此所作的宣示而已!⁸⁴由此说明, 今日之习惯法已经丧失了过去效力渊源的地位。

(二) 习惯的性质

习惯法丧失了效力渊源的地位, 也就意味着它无法凭借自己的权威就成为法官审理案件时具有规范拘束力的裁判依据。但这并不一定否认行为规范意义上的“习惯法”也就一并消失了。尽管要形成全国范围内统一的交往实践规范在现代社会的条件下是难以想象的, 但并不妨碍有某些传统遗留下来的规范, 尤其是特定职业团体内的交易惯例和特定地域内的少数民族习俗依然在特定范围内调整着人们的行为。只是, 它们无法在法庭上当然地成为处理他们之间纠纷的裁判依据而已。所以, 这种情形中的习惯法已经不能称其为完整意义上的“法”。

85

当然, 在德国和我国台湾地区, 亦有不少学者仍沿用了习惯法的称谓, 但用之来称呼被反复遵从的判决先例, 尤其是最高司法机关的判决先例。德国法上称之为最高法院的“一贯见解”或“惯常之司法判决见解”, 也就是长时间未为最高法院所变更, 且为实务所遵循的最高法院自己以前的判决见解。⁸⁶而有学者就将这种惯常之司法判决见解的效力诉诸于习惯法, 指出今日之习惯法大部分是在最高法院惯常之司法判决见解的外衣下, 通过法院的习惯成为法官法而产生的。⁸⁷台湾学者吴从周更是进一步认为, 被(台湾)最高法院从众多判决

⁸² 参见吴从周:《法源理论与诉讼经济》,第37页。引用时表述略有不同。

⁸³ Vgl. Wilhelm A. Scheuerle, Sowjetrussische Theorie der Rechtsquellen, *Archiv des öffentlichen Rechts*, N.F.38 (1951/1952), S.448.

⁸⁴ Vgl. Bernd Rüthers, Christian Fischer, Axel Birk, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, 8.Aufl., 2015, S.150-151.

⁸⁵ 假如我们以法院的视角作为定义法概念之基础的话, 那么也可以说这种“习惯法”已经不再是法了。

⁸⁶ Karl Larenz, Über die Bindungswirkung von Präjudizien, in: Hans Walter Fasching (Hrsg.), *Festschrift für Hans Schima*, Wien: Manz, 1969, S.250.

⁸⁷ Vgl. Franz Brändl, von *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.1, Allgemeiner Teil*, 11.Aufl., Berlin: Schweitzer, 1957, Rn.42.

中所挑选出的判例，本来虽属个案，但因为在社会生活中反复出现与重复实施，成为同类案件之案例类型。该判例所表示之法律见解，不仅是针对个案作出的判断，毋宁有将其普遍成为一般性法则的必要，这种法则就具有习惯法的特质与效力，进而由此获得规范上的拘束力。⁸⁸这种观点与上一部分所说的“习惯法的法官法化”相互呼应，可称为“法官法（判例）的习惯法化”，两者相互掺杂，使得问题更为复杂。但是无论是在那一种情况下，称法官法为“习惯法”，也更多只剩下了修辞术和障眼法的意义，内里是不折不扣的裁判行为本身。之所以不肯揭去“习惯法”的外衣，不外乎在德国和台湾地区一直以来的通说中，真正的法源只有两种，即制定法与习惯法。基于大陆法系成文法典与英美法系判例法不同，除非该判决先例已经被强化为“习惯法”的程度，否则并没有与制定法相同的拘束力。⁸⁹所以，为了达到让裁判发挥超越个案之效果且获得规范拘束力的目的，不得不通过“借壳上市”的方式，以传统的习惯法之名来行法官造法之实。⁹⁰但无论如何，这里已存在“词”与“物”不对应的现象。由共同体成员的交往实践所形成的“规范”尽管还有，但已不再是效力渊源意义上的习惯法，而成为纯粹的、效力有待法院来确认的习惯了。

这种意义上的习惯与习惯法之间尽管在内容上可能没有差别，但却并非效力渊源上的法源。当然，这不是说它不具有法律上的重要性，而只是说它不再是有效的法。⁹¹它依然可能具有法律实践上的重要意义，但这种意义要通过进入制度化的实在法体系来得以发生。从理论上讲，习惯进入制度化的实在法体系大体有三种方式：⁹²一是通过立法规定的方式，即通过制定或修改法律的方式将特定习惯吸纳其中，并因此成为法律的内容。例如我国大陆地区《婚姻法》第三章家庭关系中，有不少条款就来自于中国社会早已存在的伦理性习俗。国务院《全国年节及纪念日放假办法》第2条将中秋节、端午节、清明节这些传统节日纳入“法定假日”的范畴。再如对于中国传统社会中早已经存在的“典权”制度，台湾地区《民法典》用了整个第八章加以规定。第二种是司法裁判的方式，即立法并无相关的授权性规定，但法官径直依据特定习惯做出判决，并因此成为法律的内容。前述习惯法的法官法化就是这种方式。此时，法官在制定法之外寻找裁判依据或理由。在缺乏裁判依据时，法官可能会寻找相关习惯来替补之。而在已有裁判依据时，为了加强说理效果，法官也可能运用某些裁判理由，这可能包括法官自己的公平感、合理性、好的政策，也可能包括（他所认可的）习惯，只是此时习惯的地位与其他要素并无差别。第三，通过授权间接进入的方式，即通过法律上的授权性条款将特定习惯引入法律当中，并因此成为法律的内容。这就涉及到了法源条款，具体内容后再论。可以肯定的是，无论是在哪种方式中，都不会使得习惯变成效力渊源上的习惯法。因为是制度化的行为（立法规定、司法裁判）本身才能赋予其法律效力：被立法规定的习惯能作为裁判依据是因为它本身是制定法，被司法裁判采纳的习惯能作为裁判依据是因为它本身是判例法或法官法。

但是，习惯毕竟为裁判提供了质料：如果说在上述三种方式中，第一种方式中的裁判依据在内容上还可以说是来自于立法的直接规定的话，那么第二和第三种情形中的裁判依据（或理由）的内容却明白无误地由习惯来供给。从这个意义上说，习惯本身在法律实践上的意义在于它在司法裁判中扮演了认知渊源的角色——它可以构成法官处理纠纷时所依仗的裁判依据的内容来源！也就是说，在运用习惯进行裁判的场合，裁判依据的效力来自于立法

⁸⁸ 参见吴从周：《法源理论与诉讼经济》，第40、103页。

⁸⁹ 同上引，第58页。引用时表述有所变化。

⁹⁰ 当然，这种做法的后果仍无法使得法官法取得判例法那样的正式拘束力，因为在欧陆国家，法院仍非正式的造法机关。法官法即便借重了习惯法的正当性也依然只是非制度性权威（事实性权威加说服力权威），而不是判例法那样的制度性权威。

⁹¹ 关于“一个习惯在法律上是重要的”与“该习惯是一条习惯法”之间的区分，参见陈景辉：“‘习惯法’是法律吗？”，《法学》2018年第1期。

⁹² 这里参考了陈景辉教授的分类（同上引），但有所不同。

或司法的事实，而裁判依据的内容则来自于习惯。习惯虽非效力渊源，但却是认知渊源。正是在此意义上，我们可以恰如其分地说法官的裁判并非个人好恶的体现，而是基于来源的。同时这也说明，习惯是一种非制度性的权威。除立法规定外，法官之所以选择某个习惯作为裁判依据，是因为他所处的共同体长久以来的实践都支持它，而他作为共同体的一员也选择服从这种权威，以便使得它的判决更有说服力。所以，习惯是以“说服力权威”的方式发挥作用的。总之，在现代社会中，习惯在性质上是一种基于说服力权威的认知渊源。

（三）法源条款的意义

现在，是时候回过头来剖明《民法总则》中法源条款的意义了。从表面看，第10条基本上表达了三层含义：第一层是表明了民事裁判依据之来源类型，即法律（制定法）与习惯；第二层是表明了这两类来源的适用顺序，即先适用法律（制定法）后适用习惯，或者说有法律从法律，无法律从习惯，后者指的是出现法律漏洞的情形；第三层是对习惯的适用施加了限制，即不得违背公序良俗。前已叙及，此处的“习惯”不等于“习惯法”，它仅是司法裁判的认知渊源，而非效力渊源。也就是说，习惯并非当然地对审理案件的法官具有规范拘束力，而是作为形成裁判依据之既有实质基础以供法官选择，其地位与作为效力渊源之法律⁹³自不相同。这从第10条所使用之规范性术语的差别就可见一斑。该条针对法律，使用的是“应当依照”，对于习惯，使用的则是“可以适用”。“应当”与“可以”两相对照，不仅强弱不同，而且有性质上的差异：前者为法律义务，后者则是法律上的允许（*rechtliche Erlaubtniss*）。

这种法律上的允许具有授权（*Befugnis*）和限制（*Beschränkung*）的双重功能。就授权的功能而言，它呈现出一种“立法一般授权 + 司法具体认可”的结构。一方面，该条款本身是立法的产物，且具有一般授权的性质。尽管如前面所说，立法（制定法）无权赋予习惯法以效力渊源意义上之法源的地位，但这并不妨碍立法有权将习惯规定为法无明文情况下的认知渊源。近代以后，制定法无可置疑地成为司法裁判中具有中心地位的效力渊源，作为认知渊源的惯习获得立法的认可是必要的。同时，这一授权条款又不等同于具体的立法规定，也就是将习惯的内容直接规定进法律之中的做法，它具有一般性。但是这种一般性另一方面也就意味着授权司法机关根据个案去对习惯进行具体认可。授权规范本身并不是命令，而相当于授权去颁布一个命令规范，它的效果只在于确定了可以由谁以何种方式来颁布有效的法。⁹⁴在第10条的语境中，这意味着，在法律漏洞的情形中有效的法必须由法官依据习惯来形成，否则就不发生法律上的效力。换言之，特定个案中应该适用何种习惯，当存在复数的不同习惯时该如何抉择，悉数交由法官去决定。只有法官所选择的习惯才能成为裁判依据，才能成为法官法的组成部分。所以在法律上，习惯处于法官自由裁量的范围，只有通过他的具体选择才能变成法。⁹⁵

就限制的功能而言，它包括三个方面：其一，授权法无明文时适用习惯本身就是一种弱意义上的限制。它意味着，法官尽管有自由裁量权去选择这种习惯或那种习惯，但是一来他必须选择一种习惯，二来无论这种习惯是什么，它都是由共同体成员在交往实践中形成的，是先在于司法裁判而存在的，而不是由法官个人创设的。这也就是前面说过的，司法裁判必须基于来源，这不仅指其效力要基于来源，也指其内容必须基于来源（虽然并不限于完全使

⁹³ 至于特定法律条款能否同时扮演认知渊源的角色，则端视其内容而定：假如该条款内容为立法者所原创，则该法律同时构成认知渊源；假如该条款内容来自对既有习惯的认可，那么扮演认知渊源的实为相关习惯，其通过立法对司法裁判发挥效力渊源的角色。

⁹⁴ 参见[德]诺伯特·霍斯特：《法是什么》，雷磊译，中国政法大学出版社2017年版，第90页。霍斯特进一步区分了一般授权规范与内部授权规范，前者针对一般公民，后者仅针对官员（见同上引，第91页）。按照这一标准，第10条无疑属于内部授权规范。

⁹⁵ Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, S.434.

用具有来源的内容,也可以补充法官个人的评价)。其二,“有法律从法律、无法律从习惯”这一排序本身就是一种限制。它意味着,法官所选择的习惯必须在内容上与既有的法律条款不相龃龉,否则不得适用。这就相当于天然地排除掉了与立法相抵触之习惯作为认知渊源的可能。唯有疑问的是,当“法律”意味着“法律规则”时,它自然优先于相抵触之习惯适用,但此处的“法律”是否也包括“法律原则”呢?也就是说,这里的适用顺序应该是“法律规则-法律原则-习惯”抑或是“法律规则-习惯-法律原则”?⁹⁶笔者认为,由于原则的意义具有开放性,适用领域广,它与习惯之间的关系较为复杂:一方面,两者可能会配合适用,即用习惯来具体化特定法律原则的内涵,用法律原则来赋予习惯以法律效力(见下文);另一方面,假如两者相互冲突,则可能要对原则与习惯进行权衡,以决定优先适用何者。篇幅所限,在此无法详尽展开。⁹⁷因此,法律本身(无论是法律规则还是法律原则)也会对习惯的适用构成限制。其三,公序良俗的限制。公序良俗在民法上是一个尤为复杂的概念,在此无法详尽处理。这里只想指明两点:(1)公序良俗本身属于法律原则,其含义需要部分地借助于习惯来明确。公序良俗是个混合了事实要素与评价要素的概念,所谓“风俗”就是共同体成员交往实践中形成的习惯。用公序良俗原则去限制习惯的适用,就相当于以某种(被评价为善良的)新风俗去限制另一种旧习惯的适用。⁹⁸(2)公序良俗是社会道德标准的法律化,其评价需要有一套相对客观的具体化标准。“适用习惯不得违背公序良俗”其实是相当于再次授权法官去对可适用的习惯进行二次审查,排除不符合良善评价的习惯之适用余地。正因为如此,需要确立一套相对客观的评价标准。这套标准是复杂的,既包括政治-社会体制的价值抉择、尤其是宪法的基本抉择,⁹⁹也包括司法判例和法学家针对具体领域的类型化处理。¹⁰⁰

所以,法源条款既授权法官去利用和选择习惯来形成裁判依据,又对选择行为施加了限制。在此过程中,同样明确了习惯作为裁判依据之认知渊源的地位。至此,我们在文章一开始提到的那个问题就可以得到顺理成章的解答:为什么第10条和第8条中都出现了“法律”,但第10条中的“习惯”却在第8条中消失了?因为第8条是以“(一切)民事主体”为受众的行为规范,而第10条则是以“处理纠纷的法官”为受众的裁判规范!行为规范的主要功能在于指引一般民事主体的行为,而裁判规范的主要任务则在于指示法官依法裁判。¹⁰¹由于法律(制定法)是效力渊源(制定法是法!),所以它既是法官裁判的依据,又是民事主体不得违反的行为标准——法律效力的完整含义本就包括了应当被(民事主体)遵守和被(法官)适用这两方面,所以它同时出现在行为规范与裁判规范之中;而习惯仅仅是一种认知渊源,法官有权在法律缺位时将其作为裁判依据内容的来源,但民事主体却没有法律义务将其作为自己行为的标准,所以它只能出现在裁判规范之中。同时,在习惯法那里的从行为规范到裁判规范“过渡”的思路也被打断了:因为习惯本身并不是(有效的)法,所以它不是行为规范;但它可以是法官裁判依据的认知来源,成为裁判规范。裁判规范不必同时是行为规范,裁判依据也未必一定要是法。

⁹⁶ 支持后一种主张的观点可参见于飞:“民法总则法源条款的缺失与补充”。

⁹⁷ 关于原则权衡,有兴趣者可参见Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986; 雷磊:《规范、逻辑与法律论证》,中国政法大学出版社2016年版,第261页以下。

⁹⁸ 如果借用哈特的术语来说,用公序良俗原则去限制习惯的适用,就相当于用“批判的道德”去限制“实在的道德”(关于这两类道德的区分,参见[英]哈特:《法律、自由与道德》,支振锋译,法律出版社2006年版,第22页)。

⁹⁹ 宪法上的基本权利被认为构成了一种“客观价值秩序”,不仅能用来对抗国家,而且也可以辐射至私人领域。而辐射的具体途径就是通过民法上的公序良俗原则来对民事裁判产生影响。此谓宪法的“间接第三人效力”。具体参见于飞:《公序良俗原则研究——以基本原则的具体化为中心》,第151-157页。

¹⁰⁰ 例如参见[德]迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第477页。

¹⁰¹ 关于行为规范与裁判规范的区分,例如参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,法律出版社2007年版,第141页。立法者之所以分设这两个在表述和意义上有很大重合部分的条款,恐怕原因即在于此。这也说明,行为规范与裁判规范并非存在一一对应的关系。这种不对应性在“习惯”这一点上体现得最为明显。

五、结 语

本文的核心问题在于，习惯在现代司法裁判中拥有何种地位。要回答这一问题就必须首先来厘定法源的概念本身。通过分析表明，在一般法学说中，法源指的是法律适用过程中的裁判依据得以产生的根据，是裁判所要依循的权威理由。用萨尔蒙德的话来说，“法源就是任何这样的事实，它依照法律决定司法的认知和将任何新的规则接受为具有法的力量。它是司法机关承认任一新的原则将会在今后的司法活动中被遵守的法律原因。”¹⁰²这样的理由可以是制度性权威，例如立法（制定法），也可以是非制度性权威，即事实性权威（如大陆法系国家的司法[法官法]）和说服力权威（今日之民众的交往实践[习惯]）。法源既可以指效力渊源，即裁判依据的效力来源（有效的法的产生根据），也可以指认知渊源，即裁判依据在内容上的来源。

在学说史上，经历了从习惯到习惯法再到习惯的过程：从古罗马到历史法学派，习惯法逐步发展成为一种具有独立的效力来源的“法”的类型（不成文法），被认为对于司法裁判具有规范性的拘束力。习惯法源于共同体的规范性实践：一方面是长时间持续不断、稳定、均质和普遍的交往实践，另一方面是必要的确信，这两种要素是相互支持的，合在一起构成了习惯法之法律效力的来源。这种意义上的习惯法无法为立法所规定，至多只能被法源条款所描述和反映。从历史法学派到近代法典化时代，习惯法又经历了一个空心化的过程，民众的规范性实践逐渐被法学家和法官的活动所取代，以至于今日之习惯法几乎已经演变为法官法，尤其是最高司法机关的法官法。“习惯法”愈发成为韦伯（Weber）口中的“半神秘的概念”，¹⁰³成为了法官的修辞术和凭借传统力量的残余来对法官见解进行表面正当化的外衣。此时，只有被法院所确认的习惯才能作为裁判的依据，习惯已丧失其效力渊源意义上的法源地位，而在性质上成为一种基于说服力权威的认知渊源，也就是构成法官处理纠纷时所依仗的裁判依据的内容来源。所以，《民法总则》第10条这一法源条款意义上的“习惯”不能被等同于“习惯法”。这一条款的意义就在于认可了习惯的这种认知渊源的地位，它具有对法官适用习惯解决纠纷进行授权和限制的双重功能。

所以，在现代社会中，习惯只是一种认知渊源，而非效力渊源。因此，我们可以在前者的意义上将习惯称为“法源”，但却无法说“习惯是法”。只有在历史上占据重要地位的习惯法才属于法的效力渊源，或者说属于法的一种独特类型。从中也可以看出，法必然是法源，但法源未必都是法，法源是一个在外延上比法更宽泛的概念。只有在此意义上，才能在法源谱系中对习惯进行准确定位，也才能明白为什么“习惯”出现在《民法总则》第10条中，却没有同时出现在第8条中。

¹⁰² John William Salmond, *Jurisprudence*, p.120. 这句话中的“原因”最好被理解为“理由”。

¹⁰³ Vgl. Max Weber, *Rechtssoziologie*, 2.Aufl., Berlin: Luchterhand, 1967, S.209.

法治社会的基本逻辑

杨建*

摘要：社会是现代性的体现。社会一词有一个传入中国并逐渐在地化的过程。这一传入的背后内嵌着两个重大的命题：社会所代表的现代生活方式与传统生活相比具有怎样的特性与规律；以及，中国如何实现向现代生活的转化并有效组织起这类新型的组织形态与价值观念。这两大问题之间具有逻辑推导和约束关系，对社会的特性和规律的回答决定了应当选择怎样的组织原则以孕育和运行社会。中国政治现代化的进程推进至当下，执政党提出了法治社会的概念。最佳地理解和证立法治社会的概念，应是：执政党基于对社会特性的正确理解与尊重，为如何培育和治理社会提供了解决方案，即将法治树立为培育及运行社会的基本组织原则。这个最佳的解释可以通过依照逻辑的顺序对现代社会基本特性、基本特性所产生的组织要求、以及符合这个组织要求的形式原则的论述加以证成。对法治作为现代社会基本组织原则的诠释，同时反过来也揭示了形式法治观作为更佳的法律概念解读的原因。此外，以法治为基本组织原则，社会的组织与运行在架构和治理上必然要求遵守中立性和空间性等基本要求。

关键词：法治社会；政治现代化；组织原则；中立性；美好生活

判断一个对法治社会概念的诠释是否成功，至少有三个底线标准：（1）是否表述和运用了一个清晰、一致的法治概念观，并恪守了法治对形式规范和权力限制的要求；（2）是否准确描述了一个现代社会共同生活体系所具有的一般特征与诉求，这种描述能否增进对一个美好的共同生活的认知；（3）该诠释是否在法治与现代社会之间建立起一个妥当、有效的关联。本文即是力图通过满足这三个标准去建构一个对法治社会概念具有竞争力的说明。

* 文章仅供会议批判，请勿作任何他用。杨建，法学博士，南京师范大学法学院讲师，中国法治现代化研究院研究员。本文系2018年教育部青年基金项目“美好生活的法理意涵与法理论述体系建构”（项目编号：18YJC820081）的阶段性研究成果，并受司法部2016年中青年课题“基层社会治理中的泛刑罚化研究”（项目编号：16SFB3004），司法部2017年一般课题“法治社会建设中的网络社群研究”（项目编号：17SFB2002）的资助。

一、社会的继受与持续的政治现代化进程

先回到社会一词。传统中国无论在组织形态还是价值观念上，均不存在近代意义上的“社会”。作为舶来品，“社会”一词及其实践有一个传入中国并逐渐在地化的过程。从“社会”一词在近代中国的继受与传播来看，最早是在1876年，日本著名学者——明治维新时代的精神导师——福泽谕吉首次借用日制汉语“社会”来翻译society。¹随后，赴日留学的黄遵宪引入福泽谕吉的译法，在1887年定稿的《日本国志》中，将社会界定为“社会者，合众人之才力，众人之名望，众人之技艺，众人之声气，以期遂其志者也”，²这是学界第一次将西方现代的“社会”概念引入中国。不过，这样的做法一开始并不成功，它主要受到以严复为代表的学者们的反对。严复等学者认为，应当抵制日制汉语的引入，因此纷纷坚持使用“群”来指涉society。³这一状况直到1894年才有了直观的改变。这一年，晚清在甲午战争中失利并签订《马关条约》，此消息甫一传开，朝野上下震惊不已，重新集结每个人的力量以改革、自强成为朝野共识，影响之深构成中国思想史的一个转折点。⁴在此背景之下，思想界与政界掀起了推进改革的浪潮，并在救亡图存的迫切需求之下开始频繁借助和使用“社会”一词，以冀推进前述的进程。当时的广大有识阶层意识到，西方舶来的“社会”似乎成了国人在政治上抵制专制、经济上振兴实业、文化上凝聚个体的“唯一”方案。笔者认为，正是在这样的氛围和认知之下，严复在1903年也放弃了自己原先的主张，接受了“社会”的译法。自此之后，中国学界便没有停止过对围绕社会一词所展开的“概念群”与“问题束”的追问与思考。

可以这样说，“社会”一词在近代中文世界的兴起，与中国的政治现代化紧密结合在一起。一个非常重要的原因是，社会概念本身即被视作现代性的体现。传统世界无论中西，人们均一直生活在某类组织框架之中，但传统的中西方普遍对生活于其间的组织缺乏意识与反省。人们开始自觉地、有意识地反省生活，自发地组织起来，个体之间自愿地联合形成公共空间，最终用“社会”一词来概括

¹ 参见黄克武：《新名词之战：清末严复译语与制汉语的竞赛》，《中央研究院近代史研究所集刊》2008年第62期。

² 黄遵宪：《日本国志》，第37卷第22页，转引自陈旭麓：《戊戌时期维新派的社会观——群学》，《近代史研究》1984年第2期。

³ 参见刘祥、周慧：《谭嗣同之“群学”、“社会学”辨析——兼论中国社会学一词的起点》，《社会学研究》2013年第4期。

⁴ 参见葛兆光：《1895年的中国：思想史上的象征意义》，《开放时代》2001年第1期。

这种新的生活空间和生活方式，这是近现代才出现的现象。⁵换言之，社会是对传统生活实现现代转型的表征和具象化。一个自然的、随之而来的疑问是，传统生活基于怎样的原因需要实现这种现代转化，或者换一个稍微不同的表述，这个由社会所表征的现代生活与传统相比究竟有着怎样的区别或说特性？对这个追问的处理是重要的，因为它关涉到我们如何理解当下的现代化进程，特别是，如何理解中国语境中新近提倡的“法治社会”概念。

根据考据，法治社会的概念在中文文献中最早出现在1959年，⁶不过，它真正获得政治和学术生命力，则是源于近几年政治实践的发展和变化：2013年，中国共产党在中共十八届三中全会上正式提出“法治社会”的概念，要求“建设法治中国，必须……坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设”；⁷到2014年，中共十八届四中全会将“坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设”纳入“全面推进依法治国”的总目标，提出“增强全民法治观念，推进法治社会建设”；⁸再到2015年，中共十八届五中全会进一步在“十三五”规划的建议中指出“加快建设法治经济和法治社会，把经济社会发展纳入法治轨道”。⁹经由三次重要的会议，执政党在政治层面创设了“法治社会”的概念，并使得“法治社会建设”成为全国性的政治与法律议题，这个议题又在2017年的中共十九大上得到了进一步的强调与细化。¹⁰可以看出，执政党非常重视社会发展和社会治理的问题，将之提到治国理政的高度予以规划。立足于这一事实，笔者主张，对新近提出并一再强调的法治社会概念，我们也需要提升它的论述梯度，首要在一个宏观的、结构性的层面上加以理解与把握。在这个层面上，本文力图指出，法治社会概念的提出，实质上继承和延续着近代中国致力于实现政治现代化的实践逻辑，它是在力图为如何实现现代转型、如何培育、组织和运行社会提供一个切实有效的新方案。因此，如何对这一概念进行最佳化地解读与证成，以呈现一个清晰一致的逻辑，便变得同时富有重要的理论与实践意义，这也是本文力图解决的任务。

⁵ 参见金观涛、刘青峰：《从‘群’到‘社会’、‘社会主义’——中国近代公共领域变迁的思想史研究》，《中央研究院近代史研究所集刊》2001年第35期。

⁶ 参见江必新、王红霞：《法治社会建设论纲》，《中国社会科学》2014年第1期。

⁷ 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，人民出版社2013年版，第31-32页。

⁸ 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，人民出版社2014年版，第4，26页。

⁹ 《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十三个五年规划的建议》，人民出版社2015年版，第6页。

¹⁰ 《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，人民出版社2017年版，第40-49页。

基于这样的问题设定，本文的写作遵循以下的论证思路。首先，从传统世界的生活逻辑出发，沿着世俗生活逐步理性化的路径对比揭示出以社会为表征的现代生活的基本特性；其次，在社会特性的基础上呈现在多元化的格局之下有效组织社会的困境，进而阐述新的组织要求，并论述将法治树立为社会的组织原则的合理性；最终，论述以法治为组织原则的社会在培育、组织和治理社会的过程中所必须遵循的基本准则。

二、传统生活现代转型的基本特性

对传统生活现代转型的历史进程进行梳理，会是一个相当庞大的理论工程。从本文立足的宏观的、结构性的维度来说，马克斯·韦伯的结构把握是一个不错的论述起点。在《新教伦理与资本主义精神》的开篇，韦伯指出，现代化的进程是一个不断实现普遍性与系统性的理性化的过程。¹¹在这个理性化的进程中，我们能看到技艺（科学）的理性化，政治（法律）的理性化，但对经济（社会）的理性化来说，仅有前述的两个核心要素还不够，由市民阶层组成并运转的社会还“取决于人们采取某种实用—理性的生活样式（Lebensführung）的能力与性向”。¹²这种“实用—理性”的生活样式将旧市民改造成新市民，迎来新社会。所以，本节追问的问题可以进一步表达为，如何在社会结构转变这个全景视角中理解此种实用理性及其带来的改变？

相比于传统世界的意义结构，实用理性的兴起所传达的信息是，理性的角色和功能被限定了。它被剥离出意义目标设定的范畴，从实质理性变成实用理性，转而只能为目标的实现确定有效、可靠的手段。换言之，理性被实用化、工具化了。实用化、工具化的理性带来的是整个意义世界的“祛魅”（disenchantment）——韦伯另一个核心的学术术语。用钱永祥的话来说：“在这个新的时代中，人逐渐把自身之外的事物和秩序平凡化、机械化、对象化、效益化。不同于古希腊、罗马及中世纪时代的观点，这些事物和秩序似乎失去了内在的意义和目的，也不复具有本然的理性与价值。人不再依循一个有意义的宇宙大秩序来界定自己的身份与价值，也不再按照传统的社会组织去寻找自己的安身立命之所。反之，上帝

¹¹ 参见[德]马克斯·韦伯：《新教伦理与资本主义精神》，康乐、简惠美译，广西师范大学出版社2007年版，第1-10。

¹² [德]马克思·韦伯：《新教伦理与资本主义精神》，康乐、简惠美译，广西师范大学出版社2007年版，第12-13页。

被赶到一个超越的‘彼岸’去，宇宙自然秩序不过是一套机械的运动，传统的社会政治权威，则被列为挑战的对象”。¹³人们不再向外去找寻价值的根据，转而向内诉诸主观的反思。这样的转变打上了鲜明的现代色彩，产生并呈现出以下几个结构性的特征。

第一，价值的去知识化。¹⁴在以往，价值与意义客观地存在于世界之中，对世界的探寻也是对价值和意义的发现，这种发现所形成的认知，便是知识。这是柏拉图以来一直延续和传承的认知传统。随着实用理性主宰生活，世界逐渐祛魅，结果是，人们对于世界的理解聚焦在对组成世界的事物之间因果律的还原，对世界的客观知识只能来自于对事实的描述和说明（explanation），价值不再构成世界的一部分。也正是这样，进入现代社会，价值不再来源于世界，它只是人们的主观赋予，依赖于人们的论证和解释（interpretation）。¹⁵这样，价值和意义的根据就变成了道德主体的选择和决定。知识本身要求具备普遍性与客观性，但依靠实用理性，已经无法在社会结构的层面上建立起价值的普遍性与客观性。因此，现代社会一方面是理性的实用化、工具化，另一方面是价值的去知识化。价值的去知识化，伴随的是在社会议题中，人——特别是在抽象的维度——作为主体的身份和地位在不断地被拔高。

第二，价值的多元主义。价值的去知识化必然在社会结构的层面带来价值的多元主义。现代社会又被称之为多元社会，从根本上说即是肇因于此。甚至以赛亚·柏林和韦伯将价值多元主义视作现代社会的固有本质。¹⁶在传统的世界，基督教也好，儒家的教义也好，它们均代表了一个客观正确的一元方案，借着对客观宇宙的权威阐释，以某个特定的“善”（good）或价值来统领所有生活的目标，以谋求社会的和谐与统一。但步入现代社会，随着价值的去知识化，原有的一元

¹³ 钱永祥：《纵欲与虚无之上》，联经2001年版，第6页。

¹⁴ 参见石元康：《历史与社会》，上海人民出版社2017年版，第28页。

¹⁵ 这便涉及到价值主观主义的问题。尽管下文还会提及这个问题，一个事先的厘清是非常必要的。第一，在规范层面上，价值来源于个体的主观赋予并不能推导出价值是主观化的，从个体认知的角度，我们仍然可以提出价值客观性的论证。价值的来源问题与价值的属性问题需要作逻辑的区分，价值来源于道德主体不代表价值是主观的、相对的、多元对立的。这与在社会结构（经验）的层面上，价值“必然”呈现出“主观化”“多元化”的特征并不冲突，它们之间没有逻辑上的矛盾关系。第二，价值的主观主义议题背后的一个核心关切是政治权力，表达杜绝用政治权力背书某一种价值观、强行推进该种价值观的极权式做法的意思。但如果基于此认为，价值的客观论或一体论容易或者往往导致政治上的极权主义，这是一种逻辑和规范上均错误的解读。

¹⁶ 参见[英]史蒂文·卢克斯：《以赛亚·伯林与马克斯·韦伯的价值多元主义之比较》，李红珍、曹文宏译，《江汉论坛》2012年第3期。

论述体系被打破，¹⁷这种“形而上学的一元论”被以柏林为代表的学者认为犯了一个严重的“概念性错误”。¹⁸按照柏林等人新的理解，人的价值目标不仅多样，而且它们之间往往不可通约（incommensurable）。¹⁹价值的多元主义即是指，人们基于各自持有的整全理论（comprehensive doctrine），对何为美好的生活持有不同的认知和看法，这些经由人们自主选择 and 决定做出的认知和看法，往往相互冲突、不可调和，因为缺乏可以用来进行客观评定的标准，所以既无法有效分出高低，也注定长期共存，这种结构化了的对立表征着现代社会。当然，笔者想再次强调的是，本文所指的现代社会的价值多元主义特征是社会结构层面上的，说社会结构层面的意思是指——这样的判断搁置了在规范论上的争论——从观察的角度看，现代社会呈现出价值多元的核心特征。

第三，内嵌的合理分歧。价值的去知识化以及多元主义，必然带来现代社会内嵌的合理分歧。在传统的理解中，主体之间理性地沟通与交流一定会弥合分歧、达成共识，只有一方不讲道理或者非理性，认知上的对立才无法被消除。现代社会的出现也打破了这一信条。理性对于统合分歧来说无能为力，因为价值去知识化，根本的抉择（radical choice）没有办法通过辩论来达成一致，尽管理性会迫使各方尽力将观念陈述清晰、陈述合理，但理性无法消弭基于欲望和激情（性情）做出的根本抉择上的不一致。思考和交流越多，理性主体之间的分歧也就越多（尽管分歧也会随之明晰）。用韦伯的话来概括便是：“人们正可从最为不同的终极观点、循着相当歧异的方向来‘理性化’生活”。²⁰罗尔斯更是列举了理性沟通中的六点困难来说明合理的分歧：（1）已有的经验的、科学的证据可能相互冲突或者太过复杂；（2）即使人们同意哪些考量是与议题相关的，但大家对各个考量的重要性也可能看法不同；（3）关键性的概念可能是模糊不清的，而不同的人基于不同的合理理由可以有不同的解释；（4）我们评估证据和价值的方式受到我们的阅历、经验、人生阶段的影响；（5）同一个问题的不同方面的规范性考量是不同的；（6）最后，根据我们在意的诸多价值进行选择，也很

¹⁷ 参见杨建：《社会治理中刑罚规制个体自决事物的限度》，《学海》2018年第6期。

¹⁸ 参见刘擎：《面对多元价值冲突的困境：伯林论题的再考察》，《华东师范大学学报》2005年第6期。

¹⁹ 这里需要为学界这一基础又经典的理论难题指出一个新的可能的思路。根据牛津大学新任法学讲席教授张美露的理解，我们基于不可通约性作出的很多论述往往可以被证明是错的，是错误地理解了“不可比较性”的结果。她为此提出了一套新颖的比较理论。笔者想指出，她的理论贡献可以补强德沃金的价值一体论，进而为相关基础议题在规范论层面的解决提出原创性的方案。参见Ruth Chang, *Making Comparisons Count*, Routledge, 2002.

²⁰ [德]马克思·韦伯：《新教伦理与资本主义精神》，康乐、简惠美译，广西师范大学出版社2007年版，第51页。

难设定和调整它们之间的优先关系。²¹所以可见，现代社会内嵌的分歧不是由非理性造成的，而是理性本身的产物。也正因为如此，合理分歧在价值的去知识化以及价值多元主义之外，构成了现代社会的第三个结构性特征。

不过，倘若现代社会存在着结构性的价值多元、分歧和冲突，传统社会中统一的价值准则又一去不复返，一个重要的追问便是：现代社会可以以什么为基来将这些经常性对立的力量统一成一个整体呢？这个问题叩问的便是现代社会的基本组织原则。中国共产党提出的法治社会概念需要被纳入到这一追问之下进行理解和诠释。

三、现代社会的基本组织原则

社会所代表的新的生活方式与价值观念要成功落地、生根，如上所述需要寻求将经常性对立的力量协调在一起的力量与组织原则。现代社会中，政府惯常地以国家实际运行者的身份出场，往往要求履行和扮演此种协调和统合社会的力量。但协调和统合的任务能否成功，则取决于能否正确理解一个良好的现代社会的基本特性以及采纳顺应这种特性的基本组织原则。因此，我们首先需要理解现代社会的上述特性提出了怎样的组织要求，我们再在这个要求的基础上考虑何种组织原则能够胜任。

实用理性的兴起，世俗世界的祛魅，价值的去知识化使得被内嵌在社会分工合作体系之中的利益主体无法再依照统一的思想、过一个同质化的共同生活。在传统社会，定于一尊的一元道德体系（譬如基督教、儒家的教义）的存在，溶解了共同生活所必需的正当性（justification）需求，一元道德体系本身即是正当性的代表，成为将人们凝聚在一起的实质性的组织原则。如今，消解了传统依附关系的利益主体必须自主地一方面直面弥散着的异见与分歧，一方面承担起分工合作的职责、实践已经事实上多元化了的共同生活的宿命。很显然，现代性的背景之下，这种合作体系能够建立并得到维系有一个基线要求，即追求自我利益最大化的社会各方需要自我约束在实质价值观上的分歧，并确保相互之间分工合作的结构是公正的（justified）。换言之，正义（justice）替代了一元道德体系成为了社会统一和存续的新的世俗的基础。只要社会各方的共同生活大体是正

²¹ See John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1983, pp. 56-57.

义的，现代社会就能确立并运转下去，反过来说，现代社会也一定会催生正义的法权诉求。

当政府面对有着不同价值观念的利益主体，想有效又良好地凝聚和统合他们的时候，如何才能实现社会基本结构的正义呢？这就涉及到了现代社会的第二个组织要求：中立性。政府要想在不同的社会主体面前维持正义，就必须平等地尊重和对待不同主体的不同价值观念，要想不有失偏颇地面对这些不同的价值观念及其实践抉择，就必须在各自不同的价值观面前保持中立，既不可以表达出倾向于某一类价值观、贬低、否定另一类价值观的意图，也不能通过政策或行政行动促进某类价值观念或为其背书，这便是中立性的基本含义。立足于这个基本的要求，中立性还呈现出至少以下两个要点：（1）中立性要求中立，但中立性本身并非道德上中立的，²²它是现代社会维系、运转的形式要求，只不过，这个形式要件的存在指向的是自主地理性实践和美好生活的实现，保障的是道德主体的主体权利与价值；（2）中立性因此可以被称作现代社会的组织要求，但它不是对社会主体的规范和约束，而是对作为社会主导力量的政府的要求，指向的是权力运作的限制条件，表达的是对社会治理本身的正当性要求，定位在这种权力运作正当性的核心构成要素上。

面对现代社会价值去知识化、多元化、合理分歧长存的基本特性以及内在孕育的正义和中立性的组织要求，现代社会的形成与维系就必然需要依靠一个尊重社会规律、符合组织要求的组织原则，后发国家要成功实现现代化的社会改造也必须采纳和遵循这一组织原则。本文主张，中国共产党提出“法治社会”的概念，要求推进“法治社会”的建设，对此合理的、具有竞争性的学理解读应当是，执政党正确认识到现代社会的基本特性及其组织要求，做出了将法治树立为培育和建设现代社会的组织原则的战略部署。²³为什么这样的理解是一个最佳的解读，为什么法治可以也应当作为现代社会的基本组织原则，以下是具体的理由。

第一，现代性的生活方式与价值观念，其状态与属性决定了任何一元的实质价值准则都无法担当社会的基本组织原则。传统社会的现代转型就是要打破原有

²² See Steven Wall and George Klosko edited, *Perfectionism and Neutrality*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2003, pp. 6-11.中立性是一个重要的、基础性的规范议题，本文对此议题的补充说明是，在笔者看来，证立中立性的论证必须是中立的这类学术主张是不能成立的，中立性的证明也应当基于实质的价值理念和承诺。

²³ 类似的学术立场、思路和分析性的论证可参见杨建：《作为政治概念的法治文化：内在张力与规范诉求》，《法制与社会发展》2018年第1期。

的高度同质化的共同生活，就是要合理、有效地与多元的、相竞争的、整全的价值观念共存，从传统到现代的转型就是将原先的主导性伦理教义与世俗权力相剥离、并重新确立世俗权力运行的基础和准则的过程。因此，现代社会的组织原则必然是包容性强的形式原则而非排他性强的实质性原则。法治原则是当代主流国家公认的世俗权力运行的基础与准则，与传统但仍有重大影响的基督教教义和儒家原则相比，也是包容性强的形式原则。也就是说，法治作为相竞争的组织原则待选项之一，是较其他实质价值教义更具竞争力与生命力的方案。

第二，作为包容性强的形式原则，法治还指向并促进着社会统合、维系所必需的正义要求。法治作为更具竞争力与生命力的方案还不能充分证明它完全胜任现代社会的组织原则，因为形式性只是现代社会组织原则的要件之一，形式原则并不必然能够满足现代社会的正义要求，所以还需说明法治何以是能够确保社会基本结构之正义的形式原则。有学者主张，存在着相对完善的法律体系，并且依照这个体系内的法律或者规则进行治理，就是法治。²⁴这显然是不准确的法治观，也没有全面描述中国共产党对法治的界定和理解，这样的“法治”也确实不能胜任现代社会的基本组织原则。²⁵借鉴克雷默（Matthew Kramer）的理解，法治有大写与小写之分。²⁶小写的法治存在于任何用法律体系来进行治理的地方，但这种小写的法治其本身并不必然构成一个社会的道德理想；大写的法治与前者不同，它指向的是一个自由、民主的现代社会，内嵌了这类现代社会在形式和程序上的特征与要求，因而必然构成一个社会的道德理想。中国共产党作为追求、捍卫和促进中国人民的自由和民主、保障实现人民的美好生活、持续推进中国的政治现代化的执政党，其理解和实践的必然是大写的法治，必然承载了中国社会现代转型的道德理想，因此也必然契合于并致力于实现社会正义的法权要求。也正是在这个面向上，我们可以进一步理解何以法治可以是也应当是现代社会的组织原则。

第三，作为包容性强、契合于正义并追求其实现的形式原则，法治还能满足政府权力进行社会治理所需的中立性要求。面对有着不同的整全观念和价值诉求的社会主体，不仅权力运行的正当性，而且权力运行的实践效果也都要求和取决

²⁴ 参见苏力：《法治中国何以可能》，《探索与争鸣》2016年第10期；苏力：《如何看待依规治党与依法治国》，《红旗文稿》2016年第3期。

²⁵ 参见杨建：《作为政治概念的法治文化：内在张力与规范诉求》，《法制与社会发展》2018年第1期。

²⁶ See Matthew Kramer, *H.L.A. Hart: The Nature of Law*, Polity Press, 2018, pp. 159-160.

于居中的政府不援引、不评价、不背书任何一方的价值观。法治作为现代社会的一个主要的道德理想，它的核心意涵便是要求政府守法，政府依据法律（而非某一方的价值观念）运行权力，同时政府依据的法律本身应当是公开的、清晰的、普遍的、明确的、一致的、稳定的、不溯及既往的等等。²⁷以确保多元共存的社会各主体在法律面前人人平等，权力的评价及其带来的经济与自由上的处分不会超出预先颁布的法律范围之外。通过以上的规范性主张，法治致力于保证政府公平地尊重和对待每一位社会主体，也即实现现代社会良好运行所必需的中立性要求。

综上所述，现代社会的基本特性决定了统合社会的基本组织原则必须满足形式性、公正性、中立性的要求。相比于诸多传统社会延续、发展至今的实质价值准则，在政治现代化的发展进程中，法治因其内在的属性与规范力成为了更具竞争力与生命力的方案，在社会现代化改造与转型的实践中脱颖而出。中国共产党总结经验、尊重规律、顺应时势、立足长远提出“法治社会”的概念正是正确地把握住了现代社会的基本特性，在结构性的层面上将法治确立为我国培育社会的基本组织原则。

四、社会培育与治理的基本准则

法治作为统合现代社会生活方式与价值观念的具有竞争力与生命力的方案，被中国共产党树立为我国社会建设中的基本组织原则。不过，这一正确的战略部署并非是一劳永逸的，法治作为宏观层面的组织原则不会自动落到实处，说到具体的社会培育和治理工作，还需要真正体现了法治原则的中观层面的基本准则对相关的实践予以规划、约束和指引。所以，在论述了现代社会的基本特性、组织要求以及组织原则之后，文章的最后一部分论述在法治原则之下社会培育与治理所必须遵循的几个基本的实践准则。

在前文论述的传统生活现代转型的历史进程中，我们形成的是一个笔者称之为“两新一旧”的治理格局。“两新”一个指向政府，政府在现代化转型的过程中逐步获得了越来越强大的议题设定和资源调配的能力，并向着全能、全责政府的方向一路挺进；²⁸另一个指向个体，个体在生活的快速现代化、特别是新兴通

²⁷ 参见[美]富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆2005年版，第55-107页。

²⁸ 参见杨建：《论开放式的弱者概念——以社会管理创新为背景》，《交大法学》2013年第4期。

信技术发展和普及的潮流推动之下，越来越活跃、积极，个体生活呈现出不可逆的开放性、互动性与自主性的趋势。²⁹“一旧”是指，在同一历史进程之中，社会公共领域一如既往地孱弱、破碎，欠缺组织性和执行力。“一旧”反过来又进一步强化了政府的权能，持续加剧着“两新”之间的内在张力。法治社会概念的提出就是要在新的历史期扭转在转型过程中形成的这个“两新一旧”的格局，努力构建“三元共治”的新结构。在中国语境中，“三元共治”这个较为理想和规范的现代社会图景的最终实现，需要怎样调整原有的实践安排？面对现状，哪些基本准则正确体现了法治原则所保障的价值多元共存、合理分歧内嵌的现代社会特性？这些是文章接下来要去概括回答的问题。笔者认为，结合上文已有的认知，现代社会的培育与治理至少需要明确和做到以下几个基本要求。

第一，从自然扩权转向有限扩权与为适度放权相结合的治理模式。在社会组织的组织程度不高，个体也呈现碎片化的原子状态时，政府责无旁贷成为社会培育、社会分工与合作、社会治理等公共议题的主导者。³⁰就像我们在面对和处理新兴问题中积累成功和失败的经验、获得了成长一样，政府在类似公共事务的处理中也逐渐实现了专业化，并迅速扩大了自身的体量与能力。这一过程必然伴随着政府权力的自然扩张，中西方主流国家均呈现出了这一特征，政府权力的扩张是近现代政治现代化进程中的显明事实。所以不难看到，在社会培育和治理的过程中，我国政府的权力也借此过程实现了增长。但是，包括中国共产党在内的世界主流领导力量都在观念上认识到，政府权力的自然扩张是无法完成这个扩张本来指向的培育一个健康、有活力、自行良性运转的现代社会的目标的。因此，如果我们将权力的自然扩张称为社会治理体系的1.0模式，这个自然扩张模式就必须转向政府对权力扩张的强大动力和便利进行自觉约束和限制的2.0模式。在这个模式中我们可以看到，政府内部出台了一系列规范权力运作的政策并运用各类内部评价和纠偏的手段，以确保法律对行政执法的约束力总体上越来越强。这个2.0模式在自觉约束权力扩张的同时客观上逐渐让渡出了二次赋权和放权的空间，将自我节制扩权与有意识地给社会放权结合在一起。从政府所处的情境来说，自我节制扩权很难，自我放任扩权却很容易，政府主导的2.0治理模式充分肯认到其间的艰难，并努力形成和维持这一新格局，这种意识与前述大写的法治原则是

²⁹ 参见杨建：《规范性论述兴起的实践背景与理论脉络》，《法律方法》2017年第22卷。

³⁰ 参见周雪光：《中国国家治理的制度逻辑》，生活·读书·新知三联书店2017年版，第10页。

高度一致的，也会为社会治理体系最终进展到完全切合法治原则的3.0治理模式打下很好的基础。目前中国社会治理结构的调试中，当务之急是确立和坚持2.0的治理模式，将有限扩权与适度放权的决定坚持到底，从而让社会及其各类组织逐渐获得自身生命力、逐渐提升它们的组织能力和行动水准。也只有这样，中共十八大报告中提出的“加快形成政社分开、权责明确、依法自主的现代社会组织体制”的实践目标才能有效地实现。³¹

第二，改变原有做大做强壮大社会组织的扶持政策与治理思路。社会及其组织的培育与发展既离不开国家赋权、放权、给予其成长的独立空间，也离不开政府间接与直接的扶持与规范。不过，社会公共领域的组织程度、健康程度和活力并不取决于组成社会的单个组织的规模，甚至也不取决于单个组织的强健。社会公共领域的繁盛与否取决于它开放、多元和包容的程度。一个巨无霸式的环境保护组织比不上一千个规模小但各有专攻的环保组织；一个社区的象棋爱好协会更不需要它的象棋竞技水平达到很高的竞争水准；一个苦苦挣扎在生存线上的慈善机构也完全不需要因为它的工作量逐年下降就要求它强制关闭。不同种类、不同方向，不同专业度和生命力的组织基于各自不同的目的和需要，将持不同价值观的个体联合在一起，这种联合本身及其联合的过程就有其独特的和内在的意义，并不需要它们的实践结果来予以担保或作事后的证成。在消解了（政府身上对社会扶持和治理所持有的）这种有用性、功利性的定见和束缚之后，才能更好地孕育和呈现现代社会多元并存、兼容并蓄的现代特性，也恰恰是在这个基础上我们反而能够在基层社会组织中看到足球天才、象棋大师的诞生。换言之，社会及其组织机构的培育及延续并不需要遵循市场经济领域中优胜劣汰的竞争法则，因此政府扶持和引导的方向也不应该是追求社会组织的做大做强，扶持的范围和力度也不应当仅考虑社会组织的竞争力与生命力，对强健的社会组织予以扶持倾斜，对不具竞争力但对政府扶持有所期待和要求的组织却不管不顾。这并非是说，社会组织自身的理性化程度是一个不重要的可以被忽视的问题，但社会组织自身的理性化主要是也只能是通过其自身予以完善和提升，政府在这个问题上扮演的应该是一个保护性、防御性、救济性的角色和作用。

³¹ 参见《坚定不移沿着中国特色社会主义道路前进 为全面建成小康社会而奋斗》，人民出版社2012年版，第34页。

第三，确立社会组织协作自治、互治的基本准则。国家放权给社会及其组织，是给予其有效生长的空间；政府对社会组织自身的运行意志、抉择和实践结果表达克制和尊重，是秉持政府在社会培育和治理上的中立性、公平性要求；此外，在社会培育和治理的整个事业中，还应当允许社会组织分担政府的一部分职能和任务，与政府展开分工协作，推进社会组织自治、互治机制的落地和良性运转。对政府来说，这个社会自治的机制可以减轻它越积越重的负荷，提升它聚焦重点问题的能力和效率，也是进一步落实法治原则所要求的规范权力、约束权力的目标；对社会自身来说，这个自治、互治的机制就像游泳只能通过下水才能真正学会一样，可以确保社会的培育在社会实践中生根；此外，通过自治和互治才能更好地、真正地提升社会组织的理性化程度，使得拥有不同价值观念和行动策略的社会组织能够在法治原则的框架内将合理的分歧控制在形成与维系社会分工与合作并促进社会发展的程度之内。也是通过这个基本的治理准则，由私人联合而成的公共领域（社会）才会将社会培育和治理的过程从单方面强化、增进、扩大行政权力转向兼而保障和促进私主体的权益，也正是这样，才是对宏观层面作为社会组织原则的法治在实践层面的真正落地和推进。

五、结语

到此为止，我们经由对现代社会基本特性的说明，阐述了现代社会存续所内生的组织要求。正是这些组织要求，使得法治成为了更具竞争力与生命力的现代社会的组织原则。中国共产党在正确理解和把握现代社会基本特性和组织要求的基础上，提出了法治社会的概念，其核心的含义应当被理解为，将法治树立为中国社会培育和治理的基本组织原则。在法治原则的组织之下，社会培育和治理的具体工作框架应当转变为：树立有限扩权与适度放权相结合的治理模式；改变原有的做大做强社会组织的扶持政策与治理思路；以及确立社会组织协作自治、互治的基本准则。

法律渊源类型论

马驰

天津商业大学法学院 副教授 法学博士

内容摘要：习惯法是我国的“非正式法律渊源”吗？这种说法无论成立与否在逻辑上都需要一套有关法律渊源的类型理论，足以将“典型法律渊源”、“非典型法律渊源”和“非法律渊源”区别开来。按照人们对法律渊源概念的通常看法，可以发现“裁判的权威理由”和“法体系资格”是构成法律渊源的必要条件。因此，我主张符合这两个必要条件的法律素材是典型的法律渊源，只满足其中一个条件的是非典型的法律渊源，无法满足其中任何一个条件的素材不是法律渊源。在非典型法律渊源中，比较复杂的形态是强制性外部法源和选择性外部法源，前者是那些具备权威性却不具备法体系资格的法律素材，后者不具备法体系资格，其权威性也因为种种原因令人生疑，我因此主张后者应当被排除在法律渊源概念之外。

关键词：法律渊源；法律渊源的类型；典型法律渊源；非典型法律渊源；习惯法

Abstract: Is customary law the "informal legal source" of our country? Whether this statement is valid or not logically requires a set of theories on the taxonomy of legal sources, which can distinguish "typical legal sources", "atypical legal sources" and "non-legal sources". According to people's common view on legal sources, we can find that "the authoritative reason of judgment" and "the membership of legal system" are the necessary conditions to constitute the concept of legal sources. Therefore, I advocate that the legal material that meets these two necessary conditions is a typical legal sources, and the material that only meets one of the conditions is not a typical legal sources, and the material that cannot meet any one of the conditions is not legal sources. Within atypical legal origin, the more complicated forms are mandatory external sources and selective external sources. The former are those which have authority but do not have legal system membership, the latter does not have legal system membership, and its authority is doubtful for various reasons. Therefore, I advocate that the latter should be excluded from the concept of legal membership.

Key word: Legal sources; Taxology of legal sources; Typical legal sources;

在目前我国学界，诸如指导性案例、习惯法、政策等制定法之外的非典型法律素材¹总是持续不断地引发人们的关注。²如何说明这些素材的性质显然是一个在理论和实践上都需要解决的疑难。抛开对此其他可能的研究视角，法律渊源（legal sources）是时常被提到的术语和论域，一些学者力图使用“非正式法源”、“准法源”等术语，表明这类法律素材作为法律渊源的属性或所谓法源地位。³由于种种原因，这类研究将注意力往往放在特定法律素材本身的性质上，对法律渊源概念本身的关注不够，法律渊源概念有时甚至成为通称某类法律素材的简单术语。以习惯法为例，很明显，它与制定法这类典型的法律渊源存在差异，却必定与法律渊源相关；或者说，它既非典型的法律渊源，又不是完全游离于法律渊源概念外延之外的“非法律渊源”。如何从法律渊源理论的角度说明习惯法的特殊性？这里需要一套基于法律渊源概念的类型理论，能够妥善地为习惯法归类，我将其称为法律渊源的类型理论。法律渊源的类型理论具有普遍性，它既可以将现有常见的法律素材加以分类，又可以容纳将来可能出现的新型素材。由此，诸多与法律渊源密切相关的法律材料的某些（当然不是全部的）重要性质，将会从一个更为根本的层面上呈现出来。

本文的讨论虽然涉及某些具体形态的法律渊源类型，但作为法理学的研究，我的思路依然是自上而下的。在这篇论文中，我将在维特根斯坦家族相似性的意义上理解法律渊源概念。在这一过程中，基于典型法律渊源概念内在规定性可能的变量和相互关系，法律渊源概念的诸多类型被发现出来。在这个意义上，本文的努力也可以被视为通过探究法律渊源概念的边缘，进一步确定该概念精确的界限，从而使得法律渊源概念理论更加完整。⁴

¹ 本文的工作是通过法律渊源的概念来说明这些对象的性质。在讨论完成之前，将习惯法等对象称之为非典型法律渊源显然是冒失的。但为了行文方便，这里姑且将这些对象统称为非典型法律素材。

² 对于政策的法源地位，学界自上世纪80年代开始一直有着持续不断地讨论。自2010年最高人民法院发布第一批指导性案例以来，指导性案例法源地位的讨论至今不绝于耳。2017年生效的《民法总则》第十条规定，处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。有关习惯（法）的法源地位又将或已经成为学界研究的热点问题。

³ 雷磊教授主张指导性案例是我国司法裁判中的准法源，参见氏著《指导性案例法源地位再反思》，《中国法学》2015年第1期。王利明教授主张，《民法通则》第十条的规定将使得习惯成为“民法渊源”，尽管其适用“仍然要受到严格的限制”，参见氏著《论习惯作为民法渊源》，《法学杂志》2016年第11期。齐恩平教授主张政策是民法的非正式法源，参见氏著《民事政策的困境与反思》，《中国法学》2009年第2期。

⁴ 马驰：《法律认识论视野中的法律渊源概念》，《环球法律评论》2016年第4期。

一、理论准备

（一）典型法律渊源概念的意义

长久以来，中外学界满足于某种法律渊源的概念多元论，认为同时存在着多种自洽且具有影响力的法律渊源概念论，它们之间既无法替代，也无需相互说服。⁵但令人困惑的是，法律渊源概念的多元论好像只发生在此概念的内涵维度上，人们对其外延的争议要远远小于内涵。几乎没有人否认，制定法、司法先例、习惯法等素材是最为常见的法律渊源，或者至少是法律渊源外延重要的备选项。在我看来，如同许多法律概念一样，这种现象反映出，法律渊源概念带有维特根斯坦意义上的“家族相似性”（family resemblance）特征。按照维特根斯坦的例子，人们很容易“看出”（find at）哪些活动属于“游戏”，却很难“想出”（think）游戏必然带有哪些共同之处。不同游戏之间的确浮现相似性，但这些相似性盘根错节，彼此交叉，并没有那个条件是构成游戏非具备不可的。⁶

法律渊源的家族相似性特征为本文的方法论提供了基础。我将针对那些最典型的法律渊源外延，从中析出两个最重要的构成条件，即裁判权威理由和法体系资格。这两个条件虽然不是法律渊源概念的必要条件，但它们之间的相互关系，将为典型法律渊源之外的非典型法律渊源，扩展出外延。

1. 作为裁判权威理由的法律渊源

法律渊源的内涵与法律适用（application）有关，这应当是学界有关法律渊源概念的基本共识。制定法是我国的法律渊源，法官在司法活动中适用了制定法并获得司法判决。法律渊源概念必定与这里的法律适用活动相关。在我国学界，法律渊源与法律适用间的关联性被一些学者作了充分的发挥。国内学界目前针对法律渊源的一个代表性观点便是，法律渊源学说应当从之前的立法中心主义的视角，转变为司法中心主义的视角。⁷这显然是因为，在司法的视角下，法律渊源的确是被适用的。就此，我希望法律渊源与法律适用有关共识可以转化为，法律渊源是司法裁判中的理由（reason）。实践推理就是（行动）理由⁸与行动联系起来的过程，理由因此成为行动的依据（ground），对行动起到证成（justification）的作用。初步看来，在司法裁判中，法官依据法律上的理

⁵ [美]罗斯科·庞德著：《法理学》（第三卷），廖德宇译，法律出版社2007年版，第286页。

⁶ [英]维特根斯坦：《哲学研究》，陈嘉映译，上海世纪出版集团2005年版，第37页。

⁷ 陈金钊：《法律渊源：司法视角的定位》，《甘肃政法学院学报》2005年第6期，第1页-7页。

⁸ 原则上，理由并不是一个专属于实践领域的术语，认知理由解决认知问题，行动理由解决行动问题。参见Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press 2002, pp.15.

由（法律渊源），做出一定的判决（行动），这一过程即法律渊源发挥作用的典型场域。

9

将法律渊源与理由联系起来，使得本文得以在规范的意义上理解法律渊源，进而与事实意义上的法律渊源概念划清了界限，而后者在我看来是很多混乱产生的根源。在规范意义上的法律渊源理论看来，法律渊源是裁判的理由，因此法律渊源对判决有证成作用。而在事实意义上的法律渊源概念看来，法律渊源是判决发生的原因（cause），或者更普遍的看法是，法律渊源是法律发生的渊源，两者之间是因果关系。¹⁰埃利希（Eugen Ehrlich）就明确指出，“法源理论的职责在于寻找法律制度发展的推动力”。¹¹德国历史法学派则在此种意义上强调，一旦认定“法律渊源是法律产生的根据”，且“在所有具体成员中都共同存在和作用的民族精神产生实在法”¹²，将民族精神视为法律渊源就是不可避免的了。同样借助作为原因的法律渊源概念，国内许多学者通过历史研究，确认如习惯法这样的素材如何从法律之外进入到法律之中；¹³或是通过经验调查，发现习惯法影响到人们行为乃至影响到法院裁判，¹⁴并由此推定了这类素材的法源地位。

在我看来，仅仅作为经验研究，观察到法律体系的内容的确吸纳了某个特殊素材，或是某个特殊素材实际上被某个社群所遵守或影响到了当地法院的判决，这样的努力无疑值得赞赏，但是这似乎与法律渊源概念无关。理由是，如果法律渊源是司法裁判或法律现象的原因，法律渊源概念的外延将会被极大地泛化。从因果关系的角度来说，产生某种事实结果的原因有多个（一果多因），而这些原因又有各自的原因。就法律现象而言，不断进步的经验研究会一再向我们证明，法律现象发生的背后众多的原因和这些原因之间的复杂关系。我们的确可以观察到，习惯经由某种立法活动，其内容已经成为成文法的一部分，以至于它应当被视为法律渊源。但假如在立法活动之外，经验研究还能发现其他影响制定法内容的因素（比如政治家的意志），那么这些因素是否也属于法律渊源呢？在司法领域，正如法律现实主义者所不断强调的那样，在白纸黑字的文本之外，法官制度角色设定、法官的道德取向、法官人格意义上的性格或品行、甚至是其个人生

⁹ 当然，如果认为法律渊源作为理由发挥作用的场域并不局限于司法裁判，而是法律推理（包括部分立法活动和公民个人依据法律的行动），看上去也是从行动理由的角度对法律渊源的正確理解。但就语言习惯而言，的确鲜见在立法或公民个人行动领域中适用法律渊源这一概念的。

¹⁰ 霍兰称之为诱因（remote causes）。参见Thomas Erskine Holland, *The elements of jurisprudence*. H. Frowde 1900, pp.55.

¹¹ [奥]埃利希：《法社会学原理》，舒国滢译，中国大百科全书出版社2009年版，第87页。

¹² [德]萨维尼：《当代罗马法体系I》，朱虎译，中国法制出版社2010年版，第15页，第17页。

¹³ 汪洋：《私法多元法源的观念、历史与中国实践》，《中外法学》2018年第1期。

¹⁴ 高其才，陈寒非：《调查总结民事习惯与民法典编纂》，《中国法律评论》2017年第1期。

活中的与司法毫无关联的细节，都有可能更直接地决定司法裁判。¹⁵在将影响法律内容的事实因素均视为法律渊源的情况下，随着经验科学的不断进步，法律渊源的外延应当会不断扩大。¹⁶这样一来，人们有关法律渊源概念的外延主要包含制定法、司法先例、习惯法等素材的共识将被冲淡，法律渊源概念将会被泛化至一个令人无法接受的程度。因此，如果已经可以肯定法律渊源和司法裁判相关，那么尽管法官性格和制定法均影响到了法官判决，将两者相提并论也是一件非常古怪的事情。这里，理由和原因的差异一望即知，任何试图将两者混同的概念理论将面对着巨大的论证负担。¹⁷

当然，主张法律渊源是行动理由，并不是一个非常强的论断，它只是为了排除某些法律渊源概念通常发生的歧义，让文章的界限更加清晰。接下来的主张将更为重要：典型的法律渊源是权威理由。¹⁸

在实践推理中，有两类性质完全不同的理由，即实质理由（substantive reason）和权威理由（authority reason）。在生活中的多数情况下，实践推理的依据都是实质理由而不是权威理由。¹⁹实质理由是依赖于内容（content-based）的理由，这是说，如果行为人采取实质理由作为其行动理由，那么他所依据的是该理由的内容，而不是这一理由的来源或地位。如果按照阿蒂亚和萨默斯的理解，实质理由发挥作用的方式有两种，一种是作为目的性依据，另一种是作为正当性依据。²⁰在前一种情况下，实质理由指明了相关行动有助于某个正确目标的实现，例如，我在写作时通常选择咖啡而不是白开水作为饮品，我做出此种选择的理由是，“咖啡可以让我的头脑更清醒”，此时的实质理由是目的性（让头脑更清醒）依据。在后一种情况下，实质理由指明了相关行动本身具有道德意义上的正当性。例如我孝敬我父母的理由不在于这种行动可以带来何种好后果，而在于我认为孝敬父母这件事本是对父母养育之恩的恰当回报。

与实质理由不同的是，一些理由是以其来源而不是内容来作为行动依据，这就是著名的权威理由或独立于内容的理由（content-independence）。²¹假如我作为教师对我

¹⁵ Brian Leiter, "Legal Realism", in *A Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory*, D. Patterson ed., Blackwell 1986. P. 261.

¹⁶ 有趣的是，对于那些在原因意义上理解法律渊源的学者来说，成文法，判例法，习惯法等素材也是他们时常提及的法律渊源，似乎没有人将“政治家意志”、“法官性格”视为法律渊源。这只能说明，即便在原因的意义上，有资格成为法律渊源的素材也经过了某种“过滤”，但过滤的标准却并不清楚。

¹⁷ 参见哈特对法律现实主义的批评。H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press 1994, pp. 139.

¹⁸ Aleksander Peczenik, *On Law and Reason*, Kluwer Academic Publishers 1989, p.260, p.269.

¹⁹ Schauer, Frederick. "Authority and authorities." *Virginia Law Review* (2008): 1931-1961.

²⁰ Patrick Selim Atiyah, and Robert S. Summers. *Form and substance in Anglo-American law: a comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions*. Clarendon Press 1987, pp.5.

²¹ H. L. A. Hart. *Essays on Bentham: Jurisprudence and political philosophy*. Oxford 1982, pp.242.

的学生说，“请于下周交给我课后作业”，这一事实作为学生下周交作业的理由，并不取决于“下周交课后作业”这句话的内容，而是取决于这句话的来源——它是我作为教师这一权威向学生发出的要求；换句话说，如果发出指令是一位工友而不是教师，那么即便他的话与我分毫不差，也不会被视为学生交作业的理由。

法律具有权威性，因此如果法律是人们的行动理由，它向人们提出的要求必须被视为权威理由而不是实质理由。例如，法律要求我交税，我于是有了一个交税的权威理由而不是实质理由，因为并不是由于交税这件事有某种功效（例如维持公共支出），或是由于交税是我回报社会的某种道德义务，我才有交税的理由，而是说，“法律规定”了应当交税，我有交税的理由了。对于与司法裁判理由相关联的法律渊源来说，将诸如制定法这样的典型法律渊源理解为权威理由是毫无问题的。这意味着，制定法不但要证成司法判决，而且它是以权威理由的方式证成司法判决：并不是因为制定法内容的正确它才是裁判理由，而因为制定法的特定来源（例如它来源于政治权威），它就是裁判理由。

值得注意的是，当作为权威理由的法律渊源出现在司法裁判中时，对于司法裁判来说特别重要的某个特征也将因此呈现出来。基于实质理由的特点，道德和政治领域的推理并非也无需局限于特定的理由；在不同的情况下，理由的强弱并不固定。全盘考虑这些相互冲突的理由，让其中最强的那个理由胜过其他理由，并因此做出相应的行动，应当是道德或政治推理的常态。司法裁判作为一种实践推理最大的特点在于，它“不是通盘考虑之后得出的那个对于当下案件来说最佳的决定”²²，而基于既定权威理由（在本文的语境中就是法律渊源）而做出的决定。在处理案件时，法官通常只能依据法律渊源进行裁判，而不是丢开法律渊源为其判决寻找在道德或政治上正确的理由。在这个过程中，作为权威理由，法律渊源的内容本身是否正确，并不足以决定它是否应当被法官所适用。权威理由以某种“专断”的方式发挥作用，其中的原理是，这种理由不但在内容上支持了特定的判决，而且它要求法官不要理睬与之相悖的其他考虑，哪怕这些理由作为实质理由的确能够支持判决。用拉兹的话说，权威不但是做某件事的一阶理由，还是排除与之相反理由的二阶排他性理由。²³权威理由的“专断”，阻止了法官个人可能的“专断”。阻止其他相反理由，是法律渊源概念的基本功能。²⁴由此导致的结果是，司法裁判未必比道德或政治推理更正确，却一定比它们更具可预测性，法律的安定性价值，

²² [美]肖尔：《像法律人那样思考》，雷磊译，中国法制出版社2016年版，第9页。

²³ Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press 2002, pp.35.

²⁴ Leslie Green, *Law and the Causes of Judicial Decisions*, University of Oxford Legal Studies Research Paper Series 14,2009,p.19.

也因此获得了保护。

2. 作为法律规范承载形式的法律渊源

当人们主张制定法和判例法是法律渊源的典型形态时，很容易注意到两者的差异在于其外部表现形式的差异：前者是立法机关通过立法活动而创设的条文，后者是司法机关就个案的判决意见。这里，我加入法律规范（legal norms）这一概念，来表明为何可以将法律渊源理解为法律规范的承载形式。法律规范是一种意义（meaning）的样态，应当与承载它的物理形式加以区分。假设A和B两个法律体系均要求“欠债还钱”，但是法律体系A是在一部制定法中规定了这一内容，而法律体系B是通过某个古老的法官判决体现了这一要求，那么我们自然可以说以“欠债还钱”为内容的规范在两个法律体系中均是存在的，但就法律渊源而言，AB两个法律体系的情况显然不一样，前者的相关法律渊源是制定法，后者是司法先例。因此，完全可以将法律渊源视为作为意义的规范的载体，这也就解释了人们为何要将制定法和判例法视为不同的法律渊源，即便它们所表达的意义是一样的。

在典型法律渊源的范围内，将法律渊源理解为权威理由，与将法律渊源理解为法律规范的承载形式，这两个概念主张并没有冲突。前一个主张的重点在于法律渊源在司法裁判中发挥作用的方式，后一个主张的重点在于法律渊源本身的存在方式。制定法是法律渊源，这一共识既可以被理解为，制定法应当被视为司法裁判的权威性理由，也可以被理解为，制定法承载了特定的法律规范。换句话说，“作为法律规范承载形式的法律渊源，是司法裁判的权威理由”，这样的表述并不包含明显的矛盾。

不仅如此，作为法律规范承载形式的法律渊源概念，还将以一种奇妙的方式支持作为权威理由的法律渊源概念。实质理由与权威理由的差别在于，理由的有效性是否依赖于理由的内容。在实质理由的推理中，是理由的内容而不是理由的来源决定了理由的分量。假如我孝敬父母的理由是，“孝敬父母是任何成年子女对父母的恰当回报”，承载这一理由的形式（例如它记载在某份倡导敬老爱老的宣传册上），与我是否要将之作为行动理由之间没有必然联系；毋宁是，因为这句话的内容是正确的，它的强度足以胜过其他相反的理由，所以它才是我孝敬父母的理由。在这个意义上，如果我们将承载道德规范的形式称为道德渊源（比如那份宣传册），那么这个概念在道德推理中将是冗余的。相反，在司法裁判中，法官通常必须依据权威理由而不是通盘考虑来决定判决，因此他不能因为“欠债还钱”这一法律规范内容的正确性就做出相应的判决，而必须考虑该理由的来源。当法官使用法律渊源来进行司法判决时，作为法律规范承载形式的法律渊源

满足了他的要求：一方面，法律渊源表达了其承载的法律规范的内容；另一方面，法律渊源作为承载法律规范的物理形式，它展示了法律规范内容的来源。作为权威理由，法律渊源表达的内容的确是法律规范“欠债还钱”；但作为法律规范的承载形式，法律渊源表现为“法典中的条文规定了‘欠债还钱’”，这里“法典中的条文”足以表明“欠债还钱”法律规范来源于立法者及其立法活动。也正因为这种来源，“欠债还钱”才可能被当作权威理由，从而导致了司法裁判与其他实践推理的重要差异。

将法律渊源视为法律规范的承载形式，可以妥善应对法律渊源概念理论中的一个常见的悖论：²⁵法律渊源是法律吗？如果是，将之称为法律不就可以了吗？为何还要称法律渊源？²⁶如果不是，则此概念必须建立在一套否定制定法是法律的奇怪观点之上，即格雷主张的，制定法、判例法仅仅是法律渊源，只有经由法官解释后，才可以被视为法律。²⁷如果法律渊源是法律规范的承载形式，那么两者互为表里，法律渊源概念更强调法律的外部形式，法律规范更强调法律的内容或意义，并不存在法律渊源概念冗余的问题。同时，这一看法与格雷的观点其实相距不远：格雷将待解释的素材称为法律渊源，将解释之后形成的意义称为法律；我则主张可以用法律规范来代称这里的意义。就此，格雷必定也会同意，法律渊源承载了特定的意义，而且这种意义与司法判决的内容存在关联。

当然，格雷的法律渊源概念与作为法律规范承载形式的法律渊源之间，依然存在着一个重要的差异。按照格雷的看法，法律渊源本身并不是法律，因此基本像制定法这样典型的法律渊源，在经过法官这一特定适法行为之前，并不具备法体系的资格

(membership) (即并非法律)，哪怕它仍然承载有特定的意义。而如果法律渊源是法律规范的承载形式，则至少对于典型的法律渊源来说，一旦认定了其法律渊源的资格，即便未经法官适法，它也依然具备法体系的资格。换句话说，当我主张法律渊源是法律规范的承载形式时，我其实已经认定了，典型的法律渊源具备法体系的资格。我将在后文中证明，法律渊源与法律体系资格间的联系及其变量，将是非典型法律渊源概念生存的重要空间。

至此，从法律渊源的外延出发，我界定了典型法律渊源的两个必要条件，即权威理由和法律规范承载形式（也即享有法体系资格），当某个素材同时满足这两个条件时，

²⁵ 详细讨论参见马驰：《法律认识论视野中的法律渊源概念》，《环球法律评论》2016年第4期。

²⁶ [奥]凯尔森著：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第149页。

²⁷ [美]格雷著：《法律的性质与渊源》，马驰译，中国政法大学出版社2012年版，第83页。格雷的观点不能被误解为，司法裁判是法律。准确的表达应该是“法律是法院确定法律权利与法律义务而发布的一般性规则。”

它才可能成为典型的法律渊源。我希望这两个条件是如此符合人们关于法律渊源的共识，以至于完全抛开它们去界定法律渊源的概念必将遭遇巨大的困难。但是，如果只有符合这两个条件的素材才可能构成法律渊源，就难以解释人们为何有时愿意将某些明显没有同时具备这两个条件的素材（例如大陆法系国家中的判例法）称为法律渊源的直觉或冲动了。显然，法律渊源的外延虽然必定与这两个条件有关，却未必要求同时具备这两个条件。由此基础，我想提出本文对法律渊源类型的基本认识：典型的法律渊源同时满足这两个条件；不满足其中任何一个条件的素材不是法律渊源；部分满足这两个条件的素材是非典型的法律渊源。可用如下表格表明：

	具备权威性	不具备权威性
具备法体系资格	A典型法律渊源	B非典型法律渊源
不具备法体系资格	C非典型法律渊源	D非法律渊源

（二）法律渊源的识别标准

原则上，我们的确可以用上述两个条件来鉴别特定素材是否属于法律渊源，乃至属于哪种类型的法律渊源。但这里问题是，这两个条件属于理论上的总结，它们本身非常抽象，在特定的法域内，哪些素材的确符合或不符合这两个条件，或是符合条件的程度如何，将极大地受制于这些素材的具体情况。这里，我引入“法律渊源的识别标准”，作为连接两个抽象条件和特定素材之间的桥梁的理论工具，它将告诉我们特定的素材是否具有权威性，是否具有法体系资格。但在借助这一理论展开对特定素材法律渊源地位的分析之前，我得首先一般意义上讨论法律渊源识别标准的基本性质，以下几个方面值得重点考虑：

1. 法律渊源的识别标准，或简称法源标准（legal sources criterion），是特定法域用来决定各种法律渊源的地位和适用方式的准则。佩岑尼克将这类标准称为“法源规范，”²⁸我认为这里规范的说法是有误导性的。严格来说，法源标准是有关法律渊源的构成性规则（constitutive rules），²⁹因而具备识别和规范两方面的功能。一方面，它通过明示或暗示的标准，解决人们需要将哪些素材视为法律渊源的识别问题；³⁰另一

²⁸ Aleksander Peczenik, *On Law and Reason*, Kluwer Academic Publishers 1989, p.260, pp.264.

²⁹ John Searle, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press 1969, p.33.

³⁰ 在谈到哈特的承认规则时，拉兹曾提到，“承认规则并非那种要求官员像规范屈从者那样对待某些规则的二阶理由，它要求官员在运用权力发布适用性决定时，将这些规则视为有效规则……”参见Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press 2002, pp.147.

方面，它本身规定了法官适用这些素材的方式，是有关法律渊源的二阶规范。³¹

法源标准与法体系的效力标准（或简称法体系标准）既可能同一，也可能相互分离，这取决于如何理解法律渊源概念和法律概念之间的关联。哈特曾提到，“当我们说成文法是一种法律渊源时，渊源这个词所指的不是历史的或因果的影响力，而是被特定法体系接受的效力标准。”³²在这种情况下，一个规定了制定法具备法体系资格的承认规则既是法体系标准，也是法源标准。如果按照凯尔森的看法，法律渊源始终是法律本身，所谓法律渊源和法律的差别，不过是高位阶法律规范（如制定法）与低位阶法律规范（如司法判决）间的差别³³，那么决定法律渊源的标准和决定法律体系资格的标准就没有区别了（在凯尔森本人那里是“安置标准”³⁴）。由此，至少在针对典型的法律渊源来说，或者我们只打算用法律渊源的說法指代典型的法律渊源，法源标准与法体系的效力标准自然是同一的。

在格雷那里，一般意义上法体系标准自然是，“法院确定法律权利与法律义务而发布的一般性规则即为法律。”制定法等素材只是法律渊源，不享有法体系资格。但是，纵然格雷本人并没有明确提供法源标准，却不能就此认为他的理论不需要法源标准或美国法律中不存在法源标准。这是因为，格雷依此探讨了制定法、判例法、专家意见、习惯、道德与衡平这些他称之为法律渊源的素材。如果不存在法源标准，他为何只将这些素材而不是此外其他素材称为法律渊源？

我的看法是，法源标准和法体系标准在理论上是可分离的（separable）。尽管典型的法律渊源的确作为法律规范承载形式而享有法律体系的资格，但在相关法概论理论获得更广泛的认可之前，最好对法源标准和法体系标准之间的关系持开放态度。如果某个法域中的法源标准正好与其法体系标准是同一个标准，自然整齐划一。假如法源标准的确将某个明显不属于法律体系资格的法外素材当作司法裁判的权威理由，该素材依然可以被视为法律渊源——非典型的法律渊源。考虑到特定法域经常存在多个法源标准，要求法官按照某种方式适用某类素材，因此特定法域中法律渊源外延常常会大于经法体系标准而确认的法律。

2. 法源标准以特定的样态存在于特定法域中，帮助法官发现该法域的法律渊源。初步看来，法源标准的存在样态有成文法和习惯法两种类型。比较明显的存在样态是法源

³¹ 有人将之称为“二阶法律渊源”。参见Aleksander Peczenik, *On Law and Reason*, Kluwer Academic Publishers 1989, p.260, pp.265.

³² H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press 1994, p.294.

³³ [奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第149页。

³⁴ [奥]凯尔森：《法与国家的一般原理》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年，第44、134—135页。

标准由成文法条文直接表述，称为“法源条款”。例如，《瑞士民法典》的“著名第一条”规定：“凡依本法文字或释义有相应规定的任何法律问题，一律适用本法）；无法从本法得出相应规定时，法官应依据习惯法裁判；如无习惯法时，依据自己如作为立法者应提出的规则裁判；在前款的情况下，法官应参酌公认的学理和实务惯例。”我国《民法总则》第十条规定，“处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。”这些便属于典型的法源条款。此外，同样重要的是以习惯法样态存在的法源标准。例如在英美法国家，通常并没有特定的条文规定法官应适用哪些素材，但历史悠久的司法实践会在法官之间形成某种被普遍认可且内容依然明确的习惯法，以此作为法源标准。³⁵这里之所以主张习惯法样态存在的法源标准同样重要，是因为没有理由认为，成文法形态的法源标准穷尽了该法域所有的法源标准，情况很有可能是，在成文法法源标准之外，该法域中依然存在着习惯法形态的法源标准。³⁶当然，理论上还存在着同一法域内成文法法源标准和习惯法法源标准相冲突的可能性，考虑到成文法在司法裁判活动中的权威性，此时应当认定成文法法源标准的优先性。

此外还需要注意的是，考虑到法律渊源概念本是一个一般法理学上的理论概念，因此无论是成文法法源标准还是习惯法法源标准，其内容大都以类似上文所引用的两个条款（当然习惯法的内容会更加模糊），例如“法官应当适用X，或法官在某种情况下可以适用X”，不大可能明确规定“X素材是法律渊源”。否则，法律渊源的概念将成为完全由法源标准来决定“法定概念”，研究“法律渊源是什么”的工作将会变得非常无聊。因此严格来说，法源标准其实是用来确定特定法域法律渊源的线索，它提到的素材依然需要经过权威性和法体系资格两个条件的检验，不能当然被视为法律渊源。

3. 法源标准既然成文法或习惯法的方式存在于特定法域之中，那么它的效力必定独立于个案。这意味着，法官可以通过这个标准，在不考虑他要处理的具体案件情况下，来判断某个素材是否属于法律渊源。法律渊源是司法裁判的理由，但并不是说，任何可能或事实上充当裁判理由的素材都能成为法律渊源。因此在法学中，有关法律渊源常见的说法是，某法域或某法律部门的法律渊源是制定法；而不会说，因为某条制定法是正确处理某特定案件的理由（哪怕它的确是个好理由），因此该条制定法就是针对该个案的法律渊源。

³⁵ 哈特所谓“承认规则”即属于这种意义上的法源标准。参见H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press 1994, pp. 100.

³⁶ 这意味着法源标准并不必然以哈特所构想的单一承认规则的方式来呈现，参见Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press 2002, pp. 146.

上述认识有利于澄清学界有关法律渊源理论的某些常见误解。由于法源标准的存在，人们无法通过仅仅证明某类素材可以更好地处理某个案件或某类案件，就证明这类素材因此就具备了法律渊源的地位。³⁷素材本身的内容与其是否属于法律渊源之间没有必然的联系。证明某类素材的确是处理案件的好理由，至多是在主张，成文法应当设立新的法源条款，将这类素材纳入到法律渊源之中，但在成文法或习惯法确立相关法源标准之前，这类素材并不会因为它是个“好理由”，就成为法律渊源。另外，法源标准的存在导致了特定法域中法律渊源的外延是既定的（如果不能说是封闭的话）。虽然从历史角度来说，特定法域中法律渊源的外延会发生变化（例如某类判例法从非法律渊源转变为法律渊源），但在一个具体的时间点，法律渊源的外延却恒定不变。也正因为如此，法官可以借助法源标准被“提前告知”法律渊源的范 围。这种提前告知纵然不能最终决定判决的结果，也大大增强了判决的可预测性乃至法律的安定。³⁸

在完成法律渊源的核心意义和法源标准的分析之后，终于可以直接考虑典型法律渊源与非典型法律渊源之间的差别，乃至后者的各种类型了。重复一下我的基本观点：同时具备权威性和法体系资格的素材是典型的法律渊源（A），只具备其中一个条件的是非典型法律渊源（B和C），两个条件均不具备的不是法律渊源（D）。

关于A类典型法律渊源的意义，理论准备部分已经给予了充足的介绍。因此接下来的任务主要在于对BCD三类材料的阐述和澄清。我将借助法源标准，针对司法裁判中常见的某些素材展开分析，将它们归入相应的类型中。

二、非法律渊源（类型D）

就本文已有的论证而言，将那些既不具有权威性，又不具备法体系资格的素材排除在法律渊源概念之外，大概是比较自然的。某个素材如果既非权威理由，又不具有法律资格，却被当作疑似法律渊源，那么最有可能的两种情况是，它在因果关系的意义上影响到了判决结果，或者，它是司法裁判中的实质理由。前一种情况比较容易排除，前文已经指出，作为原因的法律渊源概念将会导致概念的泛化，因此无法采用。后一种情况要复杂一些，如果一位法官在司法裁判中依据法律之外的某个实质理由做出了判决，可以将这个实质理由称为法律渊源吗？比较典型的情况是，法官适用了法源规范完全没有提到的实质理由。在适用该实质条件之前，法官要认定，他所面对的案件是如此地不同

³⁷ 相反观点参见齐恩平：《民事政策的困境与反思》，《中国法学》2009年第2期。

³⁸ 有国内学者主张法律渊源是开放的，且这种开放性是一种优点。参见汪洋：《私法多元法源的观念、历史与中国实践》，《中外法学》2018年第1期。

寻常，以至于现有法律规范乃至法源标准提到的其他可能适用的材料都无法被适用，法官只能冲破上述理由的约束力，为其寻找一个独特的实质理由。³⁹我不认为有必要将此时法官所适用的理由称为法律渊源，理由主要有两点。其一，如果将法官在法体系之外选取的任何实质理由都称为法律渊源，那么在理论上，这个世界上任何一种规范性观念只要没有被法源标准明确排除，都有可能在这个特殊个案中被适用，从而成为法律渊源，这样的法律渊源概念外延将大到一个难以想象的地步，它除了能够说明其自身内容与司法判决内容之间的一致性之外，我想不出它还有什么别的意义。同时，上文提到的由法律渊源概念与司法可预测性和法律的安定性之间的密切关联，也将不复存在。其二，如果法官运用法体系之外的实质理由开展司法审判，他所进行的实践推理与道德推理在方法上没有差异，而前文已经证明，在道德推理中，“道德渊源”是一个多余的说法。法官此时根本不需要说，我是依据某个承载道德规范的“道德渊源”来处理案件的，他只需要说，自己的判决基于某种道德考量是正确的就可以了，法律渊源的说法此时是冗余的。

三、外部法源（类型C）

将法源标准和法体系标准均没有提到的某类素材，从法律渊源概念中排除出去，这种主张应当并不难接受。但是，假如法源标准的确提到了某类素材，就如瑞士民法典第一条和我国《民法通则》第十条对习惯的规定那样，该如何理解诸如习惯这样明显不同于的典型法律渊源的素材呢？我相信，根据法源标准的表述，将法源标准提到的某些素材（不是所有）视为不具备法体系资格，但具备权威性的非典型法律渊源，是比较恰当的。

目前学界通常在权威性的程度上区分这种特殊的法律渊源。⁴⁰这种说法最早或许来自于哈特，他曾提到，类似学者著述这样的素材，肯定与制定法之间存在明显差异，但却仍然被承认为是司法判决的“好理由”。哈特提议，应该将制定法之类的法律渊源称为“强制性”（mandatory）法源，而将学者著述这类“好理由”称为“许可性”

（permissive）法源。照此思路，佩岑尼克进一步区分了必须法源（must-sources）、

³⁹ 在作为权威理由的法律渊源的意义上，权威性的确会排除一定范围内实质理由，但这并不等于说，权威性会导致法律渊源排除一切可能的实质理由，否则，司法裁判中不会保留实质理由的任何位置。关于排他性理由的这一一般性特点，参见Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press 1979, pp.22.关于司法裁判中的权威理由的这一特点，参见Schauer, Frederick. "Authority and authorities." *Virginia Law Review* (2008): 1931-1961.当然总体上来说，这种情况的发生应该极其罕见。

⁴⁰ 有国内学者将之称为法律渊源的分量理论。参见雷磊：《指导性案例法源地位再反思》，《中国法学》2015年第1期

应当法源（should-sources）和可以法源（may-sources），它们的区别在于法官适用这些法律渊源的义务存在强弱的差别⁴¹；换句话说，必须法源的权威性最强，应当法源次之，可以法源最弱。此外，肖尔、加德纳、格林等当代学者也有类似区分和论述。⁴²原则上，我接受学者们有关不同法律渊源的强弱区分。但在我看来，强弱毕竟只是程度的判断，强弱背后的性质或结构问题，才更为关键。就此，我希望提出一种理论，类型化地讨论所谓强制性法源之外的各种非典型法律渊源，在这个过程中，一些误解同时将被澄清和消除。

首先，相关学者均未明确提到造成所谓强制性法源和许可性法源不同权威性的原因。从本文的分析框架中不难明确的是，强制性法源也即本文所谓典型的法律渊源，它之所以具备最强的权威性，是由于其符合法体系标准，从而具备了法体系资格，法律的权威性导致了这类法源的权威性。在这个意义上，无论法源标准是否明确要求典型的法律渊源应当被视为强制性权威，这类渊源的权威性均是当然的。而除此之外的非典型法律渊源，它们只是在司法裁判中被当作权威理由来适用，它们本身不是法律，因此其权威性无法与典型法律渊源的权威性相提并论。同时，由于这类法源并不具备法体系资格，我将之称为外部法源。

就我国的情况来说，我主张我国的法体系标准应当由作为宪法部门法的《立法法》来决定，其中提到的法律法规当然具备法体系资格，从而具备权威性。与此同时，最高人民法院2010年颁布的《关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》，规定了人民法院应当引用哪些规范性文件作为裁判依据。最高人民法院颁布的文件的确属于法源标准，但其并非认定我国法源的唯一标准。难以想象的是，由全国人大制定的法律是因为最高人民法院的上述文件才成为我国的典型法源的。很明显，全国人大制定的法律由于具备法体系资格，无论是否有法源标准提到这一素材的法源地位，它作为典型法源的事实都不会改变。

接下来的问题是，法体系之外的非典型法律渊源，或者说外部法源如何可能被当作权威理由呢？答案是，法源标准要求法官将这类材料当作权威理由。这里，基于法源标准不同的表述方式，又可以区分出强制性外部法源和选择性外部法源两个基本类型。

（一）强制性外部法源

⁴¹ Aleksander Peczenik, *On Law and Reason*, Kluwer Academic Publishers 1989, p.260, pp.263.

⁴² Schauer, Frederick. "Authority and Authorities." *Virginia Law Review* (2008): 1931-1961. John Gardner, "Concerning Permissive Sources and Gaps." *Oxford Journal of Legal Studies* 8.3 (1988): 457-461. Leslie Green, *Law and the Causes of Judicial Decisions*, University of Oxford Legal Studies Research Paper Series 14,2009,p.19.

强制性外部法源本身不具备法体系资格，但法源标准要求法官在特定情况下，“应当适用”这类法源。“应当适用”意味着，法官必须将这种素材当作裁判理由，无论其内容是什么。因此强制性外部法源完全具备“独立于内容”的特征，与典型法源无异，自然具有权威性。在我看来，就常见的裁判理由而言，国际私法领域中冲突规则指向的外国法，应当属于强制性外部法源。毫无疑问，外国法本身并不具备本国法体系的资格。但是，作为法源标准的冲突规则本身要求法官在处理某些涉外案件时，必须按照冲突规则所指向的外国法。此时，外国法作为权威理由，与典型法源没有区别。

在我国，司法解释和指导性案例的法源地位时常被学者们所争议。最高人民法院《关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》明确了人民法院在审理案件时“应当”引用司法解释。最高人民法院2010年颁布《关于案例指导工作的规定》，要求人民法院在审理类似案件时“应当参照”指导性案例。就此，司法解释和指导性案例作为裁判理由，具备独立于内容的性质，从而具备了权威性——尽管其权威性如同多数学者指出的那样，较典型法源要弱。但是，司法解释和指导性案例的法源地位不明确的另一个重要原因在于，它们的法体系资格较典型法源要模糊得多。在我国目前的宪法框架之下，主张最高人民法院享有与人大立法机关相类似的立法权是难以想象的，这导致了司法解释和指导性案例不可能具备与典型渊源相同的法体系资格。如果能够认定，司法解释和指导性案例的确不具备法体系资格，却又具备权威性，那么强制性外部法源的定位应当符合它们的特征。

（二）选择性外部法源

非典型法源中最困难也最容易引发理论争议的类型是我称为“选择性外部法源”的素材。这些法源同样不具备法体系资格，但与强制性外部法源不同的是，法源标准对法官适用该类素材提出的要求不是“应当适用”，而是“可以适用”。哈特和佩岑尼克提到的“许可性法源”和“可以法源”即属此类法源。对此，几乎马上要提出的问题是，如果某个素材仅仅是“可以适用”，这似乎意味着法官也可以不适用，那么该如何保证该素材依然具备权威性，而不至于退化为既无法体系资格又无权威性的类型（D）呢？这里的问题其实有两个，其一，被许可做X并不是做X的理由⁴³——某路口矗立的交通标志允许我驾车调头，但我假如调头会让我远离自己的目的地，我就仍然没有调头的理由。如何证明选择性外部法源具有的权威性？其二，就法官适用法律的活动来说，如果承认

⁴³ Leslie Green, Law and the Causes of Judicial Decisions, University of Oxford Legal Studies Research Paper Series 14,2009,p.19.

法官在极为特殊的情况下可以将既无法体系资格又无权威性的类型（D）作为裁判理由，那么便意味着无论法源标准是否明确提到“法官可以适用X”，法官在理论上都“可以”适用X，⁴⁴此时该如何说明法源标准未曾提到的类型（D）与作为选择性外部法源的X之间的差异呢？

先来处理第二个问题。很明显，法官如果在法源标准没有明确规定可以适用X的情况下适用了X，与法官在法源标准明确规定可以适用X的情况下适用了X，两者的确存在差异。直观感受是，第二种情况下的法官在适用X时会更有“底气”。底气从何处来？在第一种情况下，法官必须证明自己拥有一个非常强大的理由，这个理由不但可以胜过典型法源和强制性外部法源（如果有的话）的约束，还可以胜过其他与之冲突的理由（即不要适用X的理由，例如X的内容过于模糊），只有这样才能作为裁判依据。而在第二种情况下，法官仍然要有一个不按典型法源和强制性外部法源判决的理由，但这个理由不必胜过与之冲突的其他理由；原因是，这些冲突理由已经被法源标准写明的“可以适用”加以排除了。此时的法源标准包含了一个拉兹意义上的排他性许可，⁴⁵这个排他性许可本身的确并不要求法官适用X，但如果法官在特定案件中确实基于某个理由需要适用X，排他性理由将为其扫清障碍。

就阻却或排除其他冲突理由而言，选择性外部法源与典型法源和强制性外部法源的功能是相似的。但是，并不能马上证明，选择性外部法源因此具备了权威性。从理论上来说，选择性外部法源是否具备权威性，依然取决于它是否是一个独立于内容的理由，而这又进一步取决于法源标准“可以适用”的暧昧含义。法源标准允许或要求法官以什么样的理由进入到选择性外部法源，决定了相应的选择性外部法源是否具备权威性，以及权威性的程度。对此，典型的情况应该是，选择性外部法源被法官当作权威而被选择⁴⁶，该法源因此具备权威性。在这种情况下，法官的确可以选择或不选择某个X作为判决理由，即“可以适用X”；但是，当法官选择X作为判决理由时，他的理由并非基于X的内容，而是基于X的来源。唯有如此，X才是独立于内容的权威理由。肖尔曾举过一个美国法上的例子，联邦第二巡回法院管辖范围之外的其他法院仍然愿意选择第二巡回法院

⁴⁴ 就事实层面而论，法官在法律没有明确的情况下就将无法体系资格的材料作为裁判依据，这种现象并不寻常，但并非绝无可能。甚至在我国这样一个制定法权威性较为浓重、进而要求法官严格依国家法裁判的法域中，此类裁判方法仍然会发生。例如在学界多年来经常引用的青岛“顶盆继承案”中，法官在没有法律依据明示的情况下，适用了民间习惯法。如何说明、评价乃至规范此种裁判方法，当然是一个值得研究的问题，但这显然不是本文要处理的问题。

⁴⁵ 允许做X的许可性规范通常会包含对其他人干涉的禁止；此外按照拉兹的看法，许可性规范包含了允许行为人忽视不做X的理由，称为排他性许可，因此依然属于二阶排他性理由。参见Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press 2002, pp.89.

⁴⁶ Schauer, Frederick. "Authority and authorities." *Virginia Law Review* (2008): 1931-1961.

的看法作为审理证券案件的依据，原因并不在于第二巡回法院的看法在内容上的正确性，而是因为这些法院信任第二巡回法院，将之作为证券案件方面的权威（大概是因为第二巡回法院的管辖范围包括了华尔街，在处理证券案件方面经验丰富）。沃尔德伦也提到，⁴⁷美国法院有时会引用外国法作为裁判依据，此时外国法依然具有权威性，但外国法显然不是美国法官必须适用的裁判依据。

然而，仅就法官选择将某个素材当作权威而言，选择性外部法源看上去的确具备权威性，但是选择性外部法源的权威性问题不会因为这种理论上的理想样态而被彻底化解。依照前文的分析，法官必须有一个较强的理由不去适用典型法源，它才有去适用外部法源的余地。法官在选择适用选择性外部法源之前，更是必须冲破典型法源或强制性外部法源，才足以抵达“进行选择”的处境中。这里，“不去适用”的理由看起来只有两种可能性：典型法源或强制性外部法源“没有规定”，和典型法源和强制性外部法源“规定得不好”。⁴⁸如果法官是因为典型法源或强制性外部法源规定得不好而选择不去适用，那么他此时再去适用选择性外部法源时，就很难说他是将选择性外部法源视为独立于内容的理由了。原因非常明显，法官断定典型法源和强制性外部法源不好时，法官必定对“何为本案好的判决理由”有一个大致的标准，这一标准纵然未必十分明确，却是法官冲破典型法源和强制性外部法源的理由，也是他适用相应的选择性外部法源的理由——这个理由显然是一个实质理由。法官在适用选择性外部法源之前，必须检验它是否与这个实质理由存在明显的冲突，如果有冲突，法官适用选择性外部法源的前提条件就无法满足了。在这个过程中，对选择性外部法源内容的检验是必须的。因此，此时被适用的选择性外部法源并不具备权威性。这里的选择性外部法源尽管会让法官更有“底气”，但其实更像是他用来遮挡对某个他所中意的实质理由的帽子。

法官适用选择性外部法源的另一种情况是，典型法源或强制性外部法源“没有规定”，以至于法官只能退而适用选择性外部法源。在制定法涉及选择性外部法源的法源条款中，这种情况很是常见。前文提到的瑞士民法典第一条和我国《民法总则》第十条对习惯法的规定都强调，在缺乏典型法源可供适用时，“可以适用”其他素材。从理论上来说，当存在典型法源没有规定或者说法律漏洞（狭义）时，法官再适用选择性外部法源便并不依赖该法源的内容——这个过程被刻画为，法律漏洞是一个事实性意义上的存在，一旦发生法律没有规定的情形，法官就可以适用选择性外部法源，此时除非法律另有规定

⁴⁷ Jeremy Waldon, *Foreign Law in American Courts*, Yale University Press 2012, pp.59.

⁴⁸ 这两种情况均属于广义的法律漏洞。但为了避免法律漏洞概念本身的复杂性为本文论述所带来的干扰。这里姑且使用“没有规定”和“规定得不好”这类直接但准确的语言。

（如民法通则第十条规定适用习惯不得违反公序良俗），否则根本无需再检视该法源的内容了，因此该法源也就获得了独立于内容的理由的地位。

在我看来，如果要主张说，当存在法律漏洞时，法官的确是将选择性外部法源当作权威理由来适用，这一主张得以成立的前提是，法律漏洞的存在是一个足以和“法律规定得不好”有效区分的事实性存在。如果法律漏洞的存在是有赖于规范标准才能认定的规范性存在，或者说只是“规定得不好”的特殊类型，选择性外部法源依然会因为无法作为独立于内容的理由而丧失其权威。这里，显然需要对法律漏洞的概念进行深入的分析。当然，在本文的语境中，对这一专门问题展开系统研究是不可能的，我在此简单提两点理由，说明区分所谓法律漏洞和“规定得不好”并非一件非常容易的任务。

第一，法律漏洞是法律的不圆满状态，本身需要某种实质性的规范标准来加以判断。按照拉伦茨的看法，⁴⁹法律漏洞是“违反计划的不圆满性”。法律没有规定人们的行为礼仪，并不是法律漏洞，因为行为礼仪属于法外空间，法律原本就不应该规定，“只有在非属法外空间的问题上欠缺规则时，才有漏洞可言。”在这个意义上，只有法律应当规定而没有规定，才可能构成法律漏洞。这里的“应当”是规范判断，不借助实质性的规范标准，难以判断某个事项是否“应当”规定。任何指出法律有漏洞者，都已经预设了法律应然的状态是什么——法律应当是某个状态但它目前不是这个状态，这其实就是在说“现有的法律不好。”

第二，法律有漏洞不等于法律无法处理。如果我们将消极处理也视为某种处理的话，现代法律制度和司法实践纵然不会将所有社会生活的诸多面向一网打尽，但其足以应对人们对它提出的各种诉求。在刑事诉讼中，法官可以通过认定被告人无罪的方式来解决那些法律没有规定的新型犯罪行为。在其他诉讼中，不予立案或驳回诉讼请求用来对原告那些于法无据的新型诉求。在所谓隐藏漏洞的情况下⁵⁰，仍然可以强行依照法律的字面含义适用，来得出某个判决。况且，德国传统的法学方法论研究还为我们提供了诸如目的论解释、类推等多种手段来应对法律没有规定的情形。此外更为直接的证据是，法源标准本身的规定是，“可以适用X”，“可以”已经表明了法官有其他的处理方式，否则它就应该规定“应当适用”，从而将相关素材转化为强制性外部法源。这些应对手段是否恰当，当然是一个值得争论的问题。但不应该怀疑的是，在存在多种选项的情况下，法官如果依然因为法源标准写明了“法律无规定时可以适用X”，就适用了某个选

⁴⁹ 拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2004年版，第250-251页。

⁵⁰ 即法律已有的规范依其目的应予以限制，但其字面含义却并不包含此种限制。

择性外部法源X，他便必须有一个实质理由，足以认定以上种种应对手段均不及适用某择性外部法源那样好。由此，法律漏洞和“规定得不好”依然不能有效区分。

通过上述略显纷繁的分析，我对择性外部法源性质的看法是明确的：与其他类型的法律渊源相类似，择性外部法源在客观上能够借助法源标准的规定，排除某些不去适用它的相反理由，但它作为裁判理由，却很难不通过自身内容的正确性，去胜过那些适用典型法源和强制性外部法源的理由，从而无法以权威理由的面目出现。而按照本文的界定，权威性是法律渊源概念的重要条件，在缺少权威性，同时又不具备法体系资格的情况下，笼而统之将这类素材称为法律渊源严格来说是冒失的。当然，择性外部法源毕竟与权威性条件有所关联，不同于法源标准完全没有提到的法外理由，因此基本处于法律渊源概念外延的边缘乃至极限；同时，考虑到法律渊源概念家族相似性特征所导致的不精确，人们在语言习惯中纵然可以将择性外部法源称为法律渊源，也应当给这种“法律渊源”加上引号。

四、非权威的法律理由（类型B）

如果某种素材虽然具备法体系资格，却无法在司法裁判中被当作权威理由，即属于此种类型的典型法律渊源。初步看上去，这种素材有些奇怪：基于法律的权威性，某个素材既然已经属于法体系了，为何还不具备权威性呢？如果我们在德沃金的意义上区分法律规则和法律原则，那么显然法律规则既具备法体系资格，又具有权威性（类型A），而法律原则应当属于具备法体系资格，但不是以权威方式来适用的法律渊源。按照德沃金的理解，⁵¹法律原则并不像法律规则那样以全有或全无的方式来适用，其本身并非实施不可，它给予法官的指导仅仅在于，在相关情况下，法官在进行选择时，必须考虑某条原则。进而言之，原则具有分量（weight）的维度，在特定案件中，是否适用原则，适用哪个原则也常常是有争议的，法官需要就个案对原则的分量的进行平衡或衡量，才可能得出其正确的判决。德沃金同时主张，⁵²法律原则与法律规则均为法体系的组成部分，同样需要某些“制度支持”（institutional support）来确认其法体系资格，无非是，这些制度支持不能被类似哈特承认规则那样的系谱规则来表述。在德沃金看来，法律原则尽管特殊，却必须被认为是法体系的组成部分，以至于法官在适用法律原则时，的确不是在溯及既往地创设案件发生之前并不存在的法律，否则也就无法“认真对待权利”了。

⁵¹ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press 1978, pp. 22.

⁵² Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press 1978, pp. 39.

当然，就德沃金原则理论所遭遇的挑战而言，原则作为法律渊源的地位并非固若金汤。拉兹在检讨德沃金的原则理论时曾正确地指出，“法官有义务依据原则进行裁判”，与“原则具有法律效力”是两个不同的陈述。⁵³这在理论上意味着，至少对于某些原则来说，即便证明它能够作为裁判的理由，也未必表明原则具备法体系资格。对于这类原则来说，因其既非权威理由，又不具备法体系资格，因而无法作为法律渊源而存在。不过，这并不表明，所有的原则均无法体系资格，从而并非法律渊源。就我国学界目前对原则的理解和我国制定法对原则的表述，制定法的明确规定应当是认定其原则的必要条件，在此之外讨论某种并不具有法体系资格的原则，恐怕不易被认可。就此我认为，纵然不能主张说所有的原则均为法院渊源，也必须承认，那种具有法体系资格，却无法被当作权威理由的法律渊源中，包含了某些法律原则。

五、结论

至此，文章对法律渊源各种类型的界定已经非常清楚了。法律渊源是司法裁判的理由，这是法律渊源概念最起码的条件。如果某个材料既具备法体系资格，又是司法裁判的权威理由，那么它是典型的法律渊源。如果某个材料不具备法体系资格，又不具备权威，那么哪怕它依然是司法裁判的理由，也无法被视为法律渊源。如果某个素材虽然不具备法体系资格，却依然在司法裁判中被当作权威理由，那么它是非典型的法律渊源，称为外部法源。考虑到权威性，强制性外部法源作为法律渊源的资格没有疑问，而选择性外部法源很难证明自身的权威性，因此其法律渊源的资格令人生疑。此外，某些以法律原则为代表的素材具备法体系资格，却因其自身性质无法被当作权威理由，仍然属于特殊的、非典型的法律渊源。上述结论，用图表表示如下：

非法律渊源（司法裁判的事实因素、单纯的实质理由等）			
法律渊源	典型的法律渊源（大陆法系国家的制定法、英美法系国家判例法等）		
	非典型的法律渊源	外部渊源	强制性外部法源（我国的司法解释、指导性案例等）
			加引号的选择性外部“法源”（我国的习惯法等）
		非权威的法律理由（法律原则）	

⁵³ Joseph Raz, "Legal principles and the limits of law." Yale. Law Journal 81 (1971): 844.

所有法律适用都需要法律解释吗？

王 琳*

摘 要: 法律解释普遍性命题主张在所有的法律适用中都包含法律解释。一个成功的法律解释普遍性命题应当同时满足正确性与重要性条件。根据对法律解释的不同含义,大体上可以区分普遍性命题的三种版本,它们分别主张:作为解决法律文字疑义的法律解释/作为弥补规则与事实裂缝的法律解释/作为规则之个别化的法律解释,在所有法律适用活动中存在。只有第三种版本的普遍性命题同时满足正确性与重要性条件,但需要从解释方式上对第三种版本的普遍性命题做进一步补充,从而获得普遍性命题更为完善的版本:在所有法律适用活动中,都涉及到基于法律事业目的(追求法治)考量的法律规则个别化。

关键词: 法律解释; 普遍性; 简易案件; 法治; 概念观

目 次

- 一、问题与方法
- 二、作为解决法律文字疑义的法律解释
- 三、作为弥补规则与事实裂缝的法律解释
- 四、作为规则之个别化的法律解释
- 五、基于法律事业目的考量的规则个别化
- 六、结语

一、问题与方法

对于法律人和普通人来说,一个几乎没有什么争议的说法是:在有些情况下,法律需要经过解释才能被适用。但我们是否能够说,在所有情况下,法律都需经由解释才能得到适用呢?有些法学家被认为就该问题给出了肯定回答,他们主张某种意义上的“法律解释普遍性命题”。对于该命题究竟是扭曲现实的夸大其词,还是一种具有深刻洞见的法哲学主张,当前学界尚存诸多争议。本文要讨论的问题是:法律解释普遍性命题是否有可能在某个重要的意义上为真?

对普遍性命题的完整讨论,至少应当包括如下三方面内容:第一,命题的含义问题,即“解释”是指什么?法律解释的对象是什么?“普遍”是指大量、广泛地存在,还是指绝对、全面地存在?第二,命题的真值问题,即这个普遍性命题是否具有正确性?它在何种意义上为真?它是作为经验命题为真,还是作为模态命题为真?抑或是作为规范性命题为真?为真的证据是什么?第三,命题的重要性问题,即普遍性命题如果为真,它是一个重要的命题吗?在何种意义上重要?法律普遍性命题若要成为一个在学术上值得认真对待的命题,它就不能在无关紧要的意义上为真,而必须对我信念与实践具有相当的重要性。¹

* 重庆大学法学院讲师,法学博士。

¹ 我们可以从拉兹对法律与道德关系的论述中获得这一方法论启示。拉兹谈到,我们固然可以在若干意义上正确地主张法律与道德存在必然联系,但那些必然成立的主张却未必是一个值得法理学研究关注的重要命题。同理,当我们在考察法律解释普遍性命题时,我们不仅关心这个命题是否正确,还要关心它是否重要。如果它不重要,那么它就不值得我们将之作为一个学术命题来关注。See Joseph Raz, “About Morality and the Nature of Law”, in his *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press 2009, pp.168-169.

本文根据对“法律解释”的不同理解与界定，对当前学界存在的不同版本的普遍性命题做出区分。我希望通过对这些不同版本的主张进行真值与重要性维度的逐一审视，从中挖掘最具合理性与启发性的智识资源，并在批判与借鉴的基础上，逐步构建出最为合理的普遍性命题表述。

在讨论之前，有必要对本文的讨论方法作以交代。当前我国学界有一种讨论方式是，首先界定“法律解释”这一概念的含义，确定法律解释是怎样的一种独特的法律适用活动，然后通过考察它是否会在所有法律适用活动中存在，来判断法律解释普遍性命题的真伪。这是一种逻辑清晰、富有条理的讨论方式。但本文认为我们更有理由采用一种不同的讨论方式：首先，我们悬置“法律解释”一词的界定问题，将目标设定在去澄清那些被认为持有普遍性命题的学者们确切地在主张些什么；然后，我们在理解主张者原意的基础上，考察这些命题是否成立以及是否重要，以及如果它们存在瑕疵，还需考虑它们是应当被放弃的抑或应当予以修正。最后，假如所考察的命题正确并且重要，再来考虑是将这些主张称为法律解释普遍性命题呢，还是应该更准确地将之重述为其他命题。

采用这一讨论方式的理由是，对于我们的探究来说，重要的是，我们是否可以在那些被称为“法律解释普遍性命题”的主张中找到某种重要的智识洞见。事实上，法律解释普遍性命题是一个我们在直觉上会拒绝的主张。因为关于法律实践的常识似乎是，在裁判活动中，既存在简单案件也存在疑难案件，而大多数的情况都是简单案件。在简单案件中，可以直接适用法律条文，而在疑难案件中，才涉及到法律解释方法的运用。但如果我们就此认定，普遍性命题不过是法学家在象牙塔中因对实践无知而做的荒诞之语，或者是他们有意而为的哗众取宠，那么我们很有可能就此错失这些严肃的法学家们试图强调的某种被忽视的真理。所以，我们首先要做的是去搞清楚他们要说的究竟是什么，哪怕我们在搞清楚这些主张之后，批评它们不宜被称为法律解释普遍性命题。因此，本文不赞同在考察的一开始就限定法律解释一词的使用范围，而是去耐心观察，那些普遍性命题的主张者在何种意义上使用这一词语。

二、作为解决法律文字疑义的法律解释

（一）理论概述

第一种法律解释普遍性命题认为，作为解决法律文字疑义的法律解释普遍存在于所有法律适用活动中。拉伦茨的主张可以被视为该版本的典型代表。根据他的看法，法律解释的对象是有疑义之文字，解释的目标是获得该文字之“适切的”意义，“解释”是一种连接有疑义之文字与该文字之适切意义的媒介行为。解释仅是针对有疑义的文字，即意味着在字义可能范围之内，如果超出字义可能范围之外，则不为法律解释，而为类推适用。²关于解释活动的性质，可以说它不是逻辑推理，而是一种“有充分理由的选择”。

在拉伦茨看来，这一版本普遍性命题为真的根据在于法律文字必然具有的某种性质。这一性质就是“外延的不确定性”，即法律文字是以日常语言或借助日常语言而发展出来的术语写成的，这些用语除了数字、姓名及特定技术性用语外都具有有意义的选择空间。因此，法律文字与数理逻辑及科学性语言不同，它并不是外延明确的概念，毋宁是多少具有弹性的表达方式，其可能意义在一定的波段宽度之间摇摆不定。³拉伦茨特别强调：“假使以为，只有在法律文字特别‘模糊’、‘不明确’或‘相互矛盾’时，才需要解释，那就是一种误解

² 参见[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 202 页。

³ [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 193 页。

全部的法律文字原则上都可以，并且也需要解释。”⁴在他看来，我们应当永远觉得法律文字可以具有不同的理解方式，如果“根本没有意识到有不同的解释的可能性，则其理解是未经思虑的”。⁵可见，拉伦茨是在绝对、全面的意义上来主张解释的普遍存在。

根据以上梳理，我们可以将第一种版本的普遍性命题表述为：

P1:作为解决法律文字的疑义的法律解释，在所有法律适用活动中都存在。

（二）P1 命题的评价

1. 正确性维度的评价

P1 作为模态命题，能够在最大程度上接近正确。P1 将关于法律文字的疑义界定为“可能”存在的疑义，它讨论的不是“疑义之实际发生”，而是“疑义发生之可能性”。显然，在诉讼中，很多时候，一方对法律文字的理解，并没有现实地遭到另一方的挑战。因此，如果解释普遍性命题是一个经验性主张，它显然无法成立。而P1 作为模态命题，指出了基于法律文字之性质而可能出现的疑义，则颇具成功的希望。

然而，作为全称命题，P1 必须毫无例外的成立。普遍性命题 P1 在真值维度的缺陷在于，该命题存在一些反例。即法律文字有一些是数字、姓名和特定技术性术语，拉伦茨也承认这些术语不像日常用语那样总是有不同理解的可能。如果这一点是真的，那么P1 主张在绝对意义上的普遍性，就无法成功。这意味着，P1 在命题在坚持法律解释普遍存在的根据——法律文字之特征——与其对普遍性的坚持之间存在矛盾。

2. 重要性维度的评价

即使忽略少数反例，假定 P1 正确，我们仍然有可能通过质疑 P1 的重要性来质疑它是一个有学术价值的命题。P1 作为一个模态命题，使得自己更接近正确，但与此同时，这却会造成它在重要性维度上的减损。在重要性维度上，学界对P1 的主要批评意见是：谈论疑义出现的“可能”以及法律解释的“潜在”必要性，是没有多大意义的。⁶我们确实可以承认，即使是在所谓的文义核心区也可以有出现疑义的可能性，但这种潜在的可能性是不重要的，并不值得我们关切。我们只需要关心在某个具体的现实的司法实践中，这种疑问是否会被实际地提出来。当我们谈论法律文字的分歧时，必须是真正的分歧，而不仅仅有分歧的可能性。从诉讼经济的角度上看，在没有人就法律规则文义发生分歧时，没有必要节外生枝地去畅想理解法律规则文字的其他可能性。⁷因此说，抽象地谈论规则文义是否在某个绝对的意义上是清晰的，这没有意义，我们只需要谈论，规则是否在任何案件中都会就其意义出现疑义与分歧。

从“重要性”这个评价标准来看 P1，它存在缺陷。确实，法律文字使用日常语言，关于这些文字总是有可能产生疑义，因此总是存在对法律解释的潜在需求，这些说法为真。但是知道这些对于我们有何种重要性呢？法律适用活动，不是一项词典编纂的活动，它并不以穷尽一个词语所有可能含义为工作目标，而是以解决争议为目标。只有当质疑与分歧现实地发生时，才有从法律方法角度加以关切的必要。

（三）小结

综上，法律解释普遍性命题 P1 存在两点缺陷：其一，P1 命题在坚持法律解释普遍存在

⁴ [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 84-85 页。

⁵ [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 85 页。

⁶ 参见陈坤：《重申法律解释的明晰性原则》，《法商研究》2013 年第 1 期，第 85-87 页。

⁷ 参见孙海波：《不存在疑难案件？》，《法制与社会发展》2017 年第 4 期，第 66 页。

的根据与其对绝对普遍性的坚持之间存在矛盾, P1 意图主张法律解释在“绝对”、“全面”的意义上存在, 但是根据其主张法律解释普遍存在的理由, 这种对普遍性的坚持是不可能成立的; 其二, P1 对正确性和重要性的追求会出现冲突, 假如 P1 意图通过提出一个模态意义上的主张来最大限度地追求其正确性, 它却有可能因为这种追求而丧失其重要性。因此该命题并不成功, 我们需要继续探寻普遍性命题其他可能版本。但我们可以从对 P1 的讨论中得出两点启发, 它们应是我们在接下来的讨论中应予以吸收的: 第一, 如果我们要建构一种成功的法律解释普遍性命题, 它应当从法律必然具有的某种性质(诸如 P1 提出的法律文字作为日常语言的性质)出发; 第二, 我们需要从 P1 的失败中获得一点经验教训, 即, 在构建或者评价法律解释普遍性命题时, 要同时注意满足正确性与重要性两方面的要求, 保持理论内部的和谐融贯。

三、作为弥补规则与事实裂缝的法律解释

(一) 理论概述

本文要区分的第二个普遍性命题版本, 同样是将解释视为“媒介”, 但这次它作为媒介连接的是规则与事实。它主张法律解释是一种将规则与事实联结起来的活动, 由于在所有的法律适用中, 都涉及到如何将规则与事实联结起来的问题, 因此在所有的法律适用中都会涉及到法律解释。这一普遍性命题版本可被概括为:

P2: 作为弥合规则与事实之间的裂缝的法律解释, 在所有法律适用活动中都存在。

有意思的是, 这一版本的普遍性命题是由普遍性命题的批判者们所描绘出来的, 并将它归属于哈特。马丁·斯通认为, 当哈特谈论规则与事实之间的关系时, 他就提出了对这一版本普遍性命题的经典论述。哈特曾主张, 规则自身不会主张哪些是它所适用的实例, 而事实也不会自己的身上贴好标签指明它受什么规则管辖。规则不能自动适用, 即使是在最为清楚的情形中, 也必须有人去适用规则。⁸ 在另一个场合中, 哈特作出类似的评论: “特定事实情境并非已经彼此区分开来, 贴好标签表明自己是某一规则的实例, 在那等着我们。而且规则本身也不能够站出来声明哪些是它的实例。”⁹ 哈特的这些说法, 被斯通理解为在鼓励我们去对“什么使一个‘清晰的案件’清晰”给出一个说明。因为即使是在清晰的案件中, 好像也仍然存在某些事是规则无法“做”的。¹⁰ 我们似乎需要回答, 规则作为自身“没有生命”的文字, 当它适用于事实时, 它是如何获得“生命力”的?¹¹ “我们看到一个存在于法律规则和具体案件结果之间的断层, 随后我们认为必然存在一种可理论化的东西, 借助它这一断层可以在实践中被沟通”。¹²

斯通强调, 哈特是在提出发展某种理论解说的需求, 我们不能将这种提倡简化地理解为另一种类型的¹³ 例如一个专门从事有关妨害方面的法律事务的律师也可能会提出说,

⁸ See H.L.A.Hart, “Problems of the Philosophy of Law”, in his *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 1983, p.106.

⁹ H.L.A.Hart, *The Concept of Law*, Second edition, Oxford University Press, 1994, p.126.

¹⁰ 马丁·斯通: “聚焦法律: 法律解释不是什么”, 载[美]安德雷·马默: 《法律与解释: 法哲学论文集》, 张卓明、徐宗立等译, 法律出版社 2006 年版, 第 50 页。

¹¹ 马丁·斯通: “聚焦法律: 法律解释不是什么”, 载[美]安德雷·马默: 《法律与解释: 法哲学论文集》, 张卓明、徐宗立等译, 法律出版社 2006 年版, 第 51 页。

¹² 马丁·斯通: “聚焦法律: 法律解释不是什么”, 载[美]安德雷·马默: 《法律与解释: 法哲学论文集》, 张卓明、徐宗立等译, 法律出版社 2006 年版, 第 84-85 页。

¹³ 马丁·斯通: “聚焦法律: 法律解释不是什么”, 载[美]安德雷·马默: 《法律与解释: 法哲学论文集》, 张卓明、徐宗立等译, 法律出版社 2006 年版, 第 52 页。

我们无法提出具有如下形式的规则，即“当且当 a、b、c……时，事件 O 是妨害。”我们可以称这种解释要求为“律师的解释需求”，与斯通所区分出的哈特的解释需求——“法学家的解释需求”——相对应。如果我们能够规定这样一条规则涵盖所有的情形，那么这位律师就可以说这条规则是清晰的。在这个律师看来，说“对于什么使一个‘清晰的案件’清晰，很难给出一个详尽的论述”，只是在说，基于人类理性的局限，提出这样一个“详细论述的规则”以使得之后的案件都变成“清晰的案件”，这不具有现实的可操作性。而在斯通看来，像哈特这样的法学家在谈论规则与实例之间的关系时，提出的是一个与之不同的主张。哈特会认为，即使有这样详细论述的规则存在，在规则与事实之间仍然存在一个断层，对此需要发展某种哲学说明。马默也以此种方式理解哈特的立场：“在一项规则和它的适用之间似乎存在某种缝隙，一个只能经由解释被弥合的缝隙。”¹⁴在这种意义上，考夫曼也可以被认为提出了法律解释普遍性命题。考夫曼提出，“案件与规范是方法过程的‘原材料’，未经加工，它们根本不可以相互归类，因为它们处在不同层面的范畴中。规范属于抽象性-普遍性上定义之应然，具有未终了的诸多事实的案件，则属于杂乱无章的无定形之实然。”¹⁵“由于案件与规范处在范畴的不同层面，因而它们本来就不是一回事，事实行为与规范必须通过一个积极的创立性行为被等置。”¹⁶

（二）对 P2 命题正确性的质疑

这种版本的普遍性命题，在一种不同于日常语言用法——“为解决疑义而将一种表达转述为另外一种表达”——的意义上使用“解释”一词。由于 P2 依赖的是规则与事实是两种不同性质的范畴这一情况，而这一点在所有法律适用中都存在，因此它很有希望主张某种解释普遍性的存在。我们可以说，在所有的案件中，规则与事实都是两种不同性质的范畴，这一点在毫无例外。即使是在简易案件中，也不能改变规则与事实属于不同范畴这一事实。而如果我们也承认法律适用是一种联结这两种不同范畴的活动，那么我们就得认可，这种联结工作必然在所有的法律适用工作中存在。如果我们能够将这种联结称为“解释”，那么这就构成了一个使普遍性命题为真的很有前景的方式。

然而，对于法律解释普遍性命题 P2，学界提出了非常尖锐的批判意见。这种批评意见受到维特根斯坦如下论述的启发：

“在我们论证的过程中，我们提出一个又一个的解释，似乎每一个解释都暂时让我们感到满意，直到我们想到它背后还有另外一种解释。仅从这一事实中，我们就可以看到此处存在一种误解。这表明，有一种掌握 (grasp) 规则的方式，它不是解释，而是在实践中通过我们所谓的‘遵循一项规则’和‘违反该规则’而表现出来的东西”

17

批评者从中得到的第一个启发是：“解释只不过是该规则的另外一种表述方式而已，即用一种规则表述代替另外一种规则表述（并因此常常实际地改变了该规则）因此，它不可能弥合规则和行为之间的缝隙。”¹⁸假如规则与实例之间存在裂缝，这一裂缝也不可能是由

¹⁴ Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Second edition, Hart Publishing, 2005, p.112.

¹⁵ [德]阿图尔·考夫曼：《法律获取的程序——一种理性分析》，雷磊译，中国政法大学出版社 2006 年版，第 184 页。

¹⁶ [德]阿图尔·考夫曼：《法律获取的程序——一种理性分析》，雷磊译，中国政法大学出版社 2006 年版，第 184 页。

¹⁷ Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigation*, Second edition, Translated by G.E.M. Anscombe, Basil Blackwell, 1958, Sec.201.

¹⁸ Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Second edition, Hart Publishing, 2005, p.114.

解释来填充的。因为解释只是规则的转述，一个规则在被解释之后，得到的是另外一条规则。因此如果说规则与实例之间存在需要填补的裂缝的话，解释也无法弥补这一缝隙。总之，“一项规则与其适用之间的缝隙不可能通过该规则的另外一种表述得到弥合。”¹⁹

批评者从中得到的第二个启发是：区分“解释一条规则”与“理解一条规则”。解释只不过是对于该规则的另外一种语言表述，而理解一条规则，就是知道如何适用这条规则。“理解一项规则在于能够指明哪些行为与该规则相一致，这并非是对该规则的一种解释，而是通过在实践中‘服从该规则’或‘违背该规则’表现出来。”²⁰ 理解一项规则，意味着至少能够在通常情况下知道何种行为符合该规则。因此，说一个人理解一个规则，却不知道什么行动是对它的服从，这不能成立。²¹ 如果普遍性命题的主张者认为我们需要某种理论来说明规则与实例的缝隙是如何填补的，那么我们需要的是关于“解释规则”的理论，而是关于“理解规则”的理论。

总之，当前对P2 存在的批评意见是，日常意义上的“解释”是将一种表达转述为另一种表达，它无法承担弥合规则与事实裂缝的活动。但是如维特根斯坦所说，有一种掌握规则的方式，它不是解释，它存在于所有适用规则的活动中。因此，假如我们要主张弥合规则与事实裂缝的活动普遍存在于所有法律适用中，那么我们就是在谈及一种不同于日常意义上的解释的活动。

（三）P2 命题的修正

根据本文第一步所提出的方法论建议，我们不应基于那种弥合规则与事实裂缝的活动不是日常意义上的解释，就直接说法律解释普遍性命题是错的，而是应当考虑，“弥合规则与事实裂缝的活动普遍存在”这一命题是否为真以及它是否重要。如果它满足这两方面考虑，我们再思考一下是否要将该命题的名称作以修改。

我的观点是，“弥合规则与事实裂缝的活动普遍存在”的主张，在概念上是正确的，但是却缺乏法律实践上的重要性。规则以语言为载体做出表达，如果那一主张中的“事实”是指未经语言描述的赤裸裸的事实，那么它们之间似乎在“语言结构”与“非语言结构”的意义上属于不同范畴。P2 要求我们去关注“连接以语言表达的规则与非语言构成的事实”这一问题。我认为，这并无必要。理由是，我们的法律论证活动是以言词为载体进行的，在这个过程中我们关心的是：以语言来描述的事实和以语言来呈现的法律规则，是否能够组合为严丝合缝、滴水不漏的论证体系。对于那些规则要适用于其上的事实，我们或者能够用一个名词来指示它，或者能够用语言来描述它的诸项特征，这一点似乎是没有疑问的。在我们的法律适用活动中，真正存在问题的是：由语言所组成的命题的关系，它们之间关联的有效性如何，在关于事实的语言描述与规则表达之间是否存在某种缝隙。而 P2 将问题延伸到了语言与事实关系层面上，将我们的注意力引向了过于一般性的哲学领域。此种将问题复杂化的做法，对于我们解决法律问题来说并没有什么特别的助益，因此它是不可取的。规则表述与事实描述之间的关系，是一个法学问题，而语言与事实之间的关系则是一个哲学问题，它太过于一般化，与法学上的争议和法律实践难题的解决距离较远。不管我们用何种哲学理论来说明语言与事实之间的关系，在法律适用问题上，它都不具有重要性，因为它不可能导致实践差异。在法学上，我们要关心的是，当我们以“禁止自行车进入公园”这个规则表达为大前提，以“A 骑自行车进入公园”这一事实描述为小前提，去获得一个裁判结论的时候，

¹⁹ Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Second edition, Hart Publishing, 2005, p.116.

²⁰ Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Second edition, Hart Publishing, 2005, p. 115.

²¹ See Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Second edition, Hart Publishing, 2005, p.117.

其间是否存在某种需要弥合的缝隙。这是一个属于“连接不同语言表达”的法律论证上的问题。因此，P2 需要被修正为一个更值得法学研究所关注的命题：

P2' :作为弥合规则的语言表达与事实的语言描述之间裂隙的法律解释活动，在所有法律适用中普遍存在。

（四）小结

在这一部分中，我审查了普遍性命题的另一种版本 P2，为了克服其存在的问题意识过于一般化的缺陷，我将其修正为P2'。我没有单独考察这一版本命题的重要性，因为对这一维度的考量已经融入到了我对它的界定之中。换言之，我是根据对其重要性的考量，将 P2 修正为P2'。

但是，在我们基于重要性维度的考量而界定命题的之后，它又出现正确性维度的瑕疵。这一命题似乎存在一些明显的反例。例如，在规则的语言表达——“禁止自行车进入公园”，与对事实的语言描述——“A 骑自行车进入公园”之间，似乎不存在裂缝。因此在 P2 意义上主张法律解释普遍性似乎是无法成功的。果真如此吗？接下来，我将探究 P2' 是否能够应对这个基于反例的挑战。

四、 作为规则之个别化的法律解释

P2 命题似乎存在一些明显的反例，当我们要将“禁止自行车进入公园”规则适用于 A 骑自行车进入公园这件事时，在规则的语言表达与对事实的语言描述之间似乎不存在裂缝。那么这真的是一个反例吗？我接下来的讨论策略是：首先分析在许多常见情况下，我们说

“在规则的语言表达与对事实的语言描述之间存在裂缝”意味着什么，然后分析所谓的“反例”真的是反例，还是可以被视为一种特殊情形。如果它仅仅是一种特殊情形，那么 P2' 命题就是成立的。我将主张，这种缝隙是逻辑缝隙，或更为具体说，是三段论推理中的“四词项错误”，修补这一逻辑错误的办法是规则个别化，而所谓“反例”不过是规则个别化的一种特殊情形。所以，我认为P2'是成立的，但是我们可以将它修正为表意更加明确的另一种表述。

（一）规则的个别化

关于在“规则的语言表达”与“对事实的语言描述”之间存在何种裂缝，考夫曼关于涵摄模式的批判对我们有所启发。涵摄模式认为法律适用的唯一形式是将案件事实涵摄于制定法规则之下，所谓“涵摄”就是指最简单和最确定的三段论。但考夫曼认为，将法学方法论还原为涵摄并不完全正确，因为法律适用不只是这样一种三段论。举个例子来说。法官必须首先解决X 伪造传真件是否属于《刑法典》第 267 所规定的伪造证书罪，才能根据第 267 条决定 X 行为相应的法律后果。为此，就需要解决“传真件”是否属于“证书”的问题。而在考夫曼看来，演绎作为一种纯粹分析性的推论，是没有办法解决这一问题的。因为演绎并不能为扩展我们的知识，带来新的东西。“因此，在所有法律获取即司法过程中，必然要在先于演绎-涵摄的程序中去获得新知。”²² 考夫曼对涵摄模式的批判，是对“法律适用只是涵摄”这一观点的批判。

本文认为，考夫曼所要批评的，其实是某种法律推理中的逻辑错误，但是关于这种逻辑错误是什么，我们还需要进一步细察与澄清。我认为，这种错误就是三段论推理中有可能出

²² [德]阿图尔·考夫曼：《法律获取的程序——一种理性分析》，雷磊译，中国政法大学出版社 2006 年版，第 2 页。

现的“四词项错误”。三段论²³由三个直言命题组成，每个直言命题包含两个词项，即主项和谓项，这样总共就有六个词项。但由于三段论的定义规定，结论的主项和小前提的主项相同，结论的谓项与大前提的谓项相同，两个前提中还有一个共同中项，因此不同的词项只有三个。²⁴换言之，一个三段论要成为有效的推理，就必须遵守“三词项规则”：在一个三段论中，有且只能有三个不同的词项。例如，关于三段论推理的经典例子是：

所有人都会死
苏格拉底是人
苏格拉底会死

在这个例子中，结论的主项“苏格拉底”和小前提的主项“苏格拉底”相同，结论的谓项“会死”与大前提的谓项“会死”相同，两个前提中还有一个共同中项“人”，因此不同的词项只有三个，这符合三词项规则。正确的三段论推理会通过中项将结论中的主项与谓项连接起来，从而推导出结论。而如果我们将那个例子中的小前提设定为“苏格拉底是希腊公民”，这个例子就被调整为：

所有人都会死
苏格拉底是希腊公民
苏格拉底会死

在这个推理中，包含了“人”、“会死”、“苏格拉底”、“希腊公民”四个词项，违反了三段论推理的三词项规则，出现了“四词项错误”。²⁵大小前提没有分享一个共同的中项，我们会失去结论主项与谓项之间的桥梁，推不出确定的结论。类似的，法律适用也是一个三段论推理，大前提是法律规则表达，小前提是案件事实描述。有时候我们会发现，将法律规则列出来，再把案件事实描述出来，并不就天然构成了一个有效的三段论推理。例如：

禁止在公园中使用车辆
X 在公园使用自行车
X 的行为是被禁止的

刚刚这个例子就违背了前面提到的三段论推理规则，出现了“禁止”、“车辆”、“自行车”“X”四个词项，犯了“四词项错误”。一条可以克服这一错误的可能思路是将大前提改述为“禁止在公园中使用自行车”，这样就有了连接大小前提的中项“自行车”。推理被改造为：

禁止在公园中使用自行车
X 在公园使用自行车
X 的行为是被禁止的

可以看出，如果我们的大前提能够被改述为与事实描述紧密贴合的表述，四词项错误就可以被克服。可见，关于考夫曼所说的“法律推理中的涵摄所未能包含的部分”，我们可以将它理解为对“禁止在公园中使用车辆”向“禁止在公园中使用自行车”的转述。换言之，

23 “三段论是由一个共同词项把两个直言命题连接起来，得出一个新的直言命题作为结论的推理。” 三段论包含三个直言命题，其中两个是前提，一个是结论。两个前提共有的词项叫中项。参见陈波：《逻辑学导论》（第三版）中国人民大学出版社 2014 年版，第 111 页。

24 参见陈波：《逻辑学导论》（第三版）中国人民大学出版社 2014 年版，第 113 页。

25 参见陈波：《逻辑学导论》（第三版）中国人民大学出版社 2014 年版，第 113 页。

所谓“规则的语言表达与对事实的语言描述之间的缝隙”就是指，“法律规则的原始表达”与“能够与事实描述紧密贴合的规则表达”之间的缝隙。如果法律解释是弥补这一缝隙的活动，那么它就可以被理解为某种克服法律推理中四词项错误的活动。

让我们把“法律规则的原始表达”转述为“能够与事实描述紧密贴合的规则表达”的过程，称为“规则的个别化”。这借鉴了凯尔森关于“司法行为是创造个别规范的过程”的观点。²⁶凯尔森认为，一般性规范将某些抽象的后果赋予某些抽象的条件，为了要接触社会生活，为了要适用于现实，这些一般性规范必须加以个别化和具体化。²⁷为了有一个逻辑严密的法律论证过程，一般性规范必须个别化到能够与事实描述紧密贴合的程度。由此，我们可以这样理解法律论证的过程：首先根据事实描述来确定出可以涵摄它的个别化规则；然后再考虑这一个别化规则与一般性规范之间的缝隙是否能够弥补，以及如何得到弥补。阿列克西对内部论证和外部论证的区分在这一点上给了我们启发。作为三段论推理的内部论证，所解决的问题是澄清三段论推理的大前提，而外部论证解决的问题是我们是否能够从法律的初始表达中获得这个大前提。²⁸因此，在法律论证过程中，困扰我们的那个逻辑裂缝，其实是“规则的初始表达”（RO）与“个别化规则”（RI）之间存在裂缝。在我们的例子中，即指在“禁止在公园中使用车辆”这条法律规则原始表达 RO 与“禁止在公园中使用自行车”这一为了与事实描述紧密贴合而重述的个别化规则 RI 之间的缝隙。我们可以不再用“弥合普遍存在的规则的语言表达与对事实的语言描述之间的裂缝”来界定法律解释，而是将解释更为精炼更为准确地界定为“法律规则个别化”。规则个别化的目标是获得一个与对事实的语言描述之间严格对照的规则表达。由此，我们可以在修正 P2' 命题的基础上获得如下版本的普遍性命题：

P3: 作为法律规则个别化的法律解释，存在于所有法律适用活动中。

（二）反例还是特殊情形？

个别化的最为常见情形是具体化，例如我们将“禁止在公园中使用车辆”个别化为“禁止在公园中使用自行车”。但是，我们是否都能够说个别化等同于具体化呢？如果我们像凯尔森那样将两者相等同，那么，P3 命题就将面对着一个质疑，即认为存在一些简易案件构成了 P3 命题的反例。在简易案件中，我们不需要再将规则的原始表达做个别化转述即可直接适用，因为规则表达的语言已经可以与描述案件事实的语言直接对应。诸如我们要将“禁止自行车进入公园”这一规则适用于 A 骑自行车进入公园这件事，我们就不需要再对那个规则进行个别化了。

这一质疑是不成立的，理由在于“个别化”与“具体化”不同，后者只是前者的一种特殊情形，而不是它的全部。将一个法律规则具体化，是从一般表述转化为具体表述，诸如将“禁止车辆进入公园”这个规则具体化为“禁止汽车、自行车、溜冰鞋等进入公园”这个规则。那个反驳意见要想成立，依赖于“个别化与具体化同一性”的预设。但是，这个预设并不成立。显然，在将“禁止自行车进入公园”这一规则适用于自行车时，不需要具体化，但是，它却需要做出其他意义上的个别化。我们可以设想一下，如果有人质疑将“禁止自行车进入公园”这一规则的合理性，因此主张该规则应在被修正后被适用，那么可以出现一种

²⁶ See Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Transaction Publisher, 2006, p.134.

²⁷ See Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Transaction Publisher, 2006, p.135.

²⁸ [德]罗伯特·阿列克西：《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》，舒国滢译，中国法制出版社 2002 年版，第 284-285 页。

“作为修正的个别化”，即主张将原始法律规则做出修正后确定适用于个案的法律规则。如果这样一种立场是可能的，那么一种相对的立场也是存在的，即“作为确认的个别化”，即主张原始法律规则不应当被修正，而应依其原貌适用。可见，“拒绝修正规则原始表达”这一决定本身，也是一种规则个别化。当我们要适用“禁止车辆进入公园”规则于汽车或自行车时，我们需要对规则进行作为具体化的个别化处理，将该规则个别化为“禁止汽车进入公园”或者“禁止自行车进入公园”。而当我们要适用“禁止自行车进入公园”规则于自行车时，我们也会需要进行规则个别化，此时所涉及的是要在作为确认的个别化和作为修正的个别化之间作选择的问题。

如果我们使用“禁止自行车进入公园”这个规则为例来谈其他的两种个别化形式，有些读者可能会觉得有些难以理解，因为读者想象不到在“我们是否应将这个规则修正之后再适用”的问题上，可以发生什么重要的分歧。但是如果考虑一下帕尔默案、告密者案，或者我国的当前的一些案例，诸如赵春华非法持枪案，我们可能会获得一些不同看法。在一些严格适用规则会导致不正义的案件中，有一种裁判立场是根据实质合理性上的考量来修正规则。在帕尔默案中，一种裁判观点是根据遗嘱继承的相关规则来裁判，而另一种观点是根据包含实质价值评价的法律原则来对规则加以修正后再适用于个案。这些案例的存在说明，当一条规则不需要具体化时，人们也可能就是否要对它修正后再加以适用产生争论。关于

“将一种表达转述为另一种表达”这一“解释”概念的内核，我们需要做出适应于法律情境中的具体阐释。解释不仅仅意味着“具体化”或者“修正”，也可以意味着“确认不将规则表达转述为其他表达”。总之，我们可以说，所有法律规则都需要个别化，作为确认的个别化是其中的一种类型。

（三）小结

在这一部分，我们厘清了普遍性命题P3的内涵，并论证它是成立的。但是我们对于普遍性命题的认知仍存在一些不足。P3命题未能告诉我们，如果作为规则个别化的解释活动不是演绎，那么它究竟是什么？它是否仍然是一项理性活动？如果是的话，它是何种理性活动？在下文，我希望通过探究该问题进一步补充完善普遍性命题P3。

五、基于法律事业目的考量的规则个别化

前文讨论所获得的普遍性命题P3只说出了法律解释要做什么，或者说是要达成的目标是什么，但是没有说明法律解释是如何达成那一目标的，因此它是不完整的。本文在这一部分尝试论证，法律规则个别化虽然不是演绎推理，但它仍然是理性发挥作用的地方，这种理性就是目的理性。根据目的考量的对象不同，我区分出两种观点，其一是基于规则目的考量的个别化，其二是基于法治事业目的考量的个别化。最终我将论证第二种观点更优。

（一）基于规则目的考量的个别化

3. 理论概述

富勒提出了基于规则目的考量的个别化的一个代表性版本。他的主张是，我们应当参照法律规则的目标来解释规则中的词语。²⁹之所以规则必须参照目标来理解，是因为我们应当以忠诚于法律的方式适用规则，而在富勒看来，忠诚于法律就意味着忠诚于法律规则的目的。

²⁹ 鉴于富勒语义学理论的虚弱，有学者建议我们最好将富勒的理论作为规范性裁判理论来理解。Michael Moore, “The Semantics of Judging”, 54 *Southern California Law Review*, 1981, p.227

30 富勒所说的“目的”类似于邵尔所说的关于规则的“实质正当理由”³¹，它从内容上证立了制定一条规则的实践合理性。例如，我们可以说，保障高速公路上的交通安全是“限速 120 公里/小时”这一规则背后的实质正当理由。这种目的当然可以是立法者在制定法律的时候所明确意识与谈论的，但它也可以是人们在适用法律时所合理赋予规则的，所以我们不必纠结于所谓目的是“主观目的”还“客观目的”，而是将之理解为规则背后的正当性理由。

富勒的主张宜作为一个规范性命题来理解。纵然，在富勒自己的表述中，他似乎是在提出一个描述性命题：若不参照规则的目的，我们就无法理解规则中的词语。³²但同时我们也可以看出，他也认为这样做是对的。因此，可以说富勒的完整主张是一个描述性与规范性相结合的命题：法官是并且应当参照法律规则目的来解释规则中的词语。然而，正如邵尔所批评的那样，富勒的主张作为描述性命题，有违规则的文本表达具有“语义自主性”（semantic autonomy）这个事实。根据邵尔的分析，符号承载意义，而意义的能够独立于使用者在特定情形下运用符号交流时所欲达成的目的。³³因此，我们应当抛弃富勒主张中的描述性成分，将其作为独立的规范性命题——“法律解释应当基于对法律规则的目的考量来进行”——来加以对待。结合前面的普遍性命题 P3，我们就获得一个从解释方式角度丰富了内涵的法律解释普遍性命题：

P4: 在所有法律适用活动中，都涉及到基于规则目的考量进行法律规则个别化。

P4 是一个混合命题，混合着一个描述性主张——在所有的法律适用活动中都涉及对法律规则的个别化，以及一个规范性主张——所有法律规则的个别化活动都应当受到规则目的的指引。这一版本的命题弥补了 P3 命题的不足，它具体说明了，在法官进行法律规则个别化的时候，在其中发挥作用的考量是什么。它建议法官，假如规则文字的含义存在歧义、模糊与抽象等情况，则我们应当借助目的来确定规则的确切意思。P4 为规则个别化提供了一个理性指引，解决了 P3 命题未能解决的问题。以富勒所讨论过的那个例子来说，假设一些公民希望将一辆二战中使用过的坦克车放进公园中作为纪念雕像，在我们适用“禁止车辆进入公园”这一规则时，就应当考虑制定那一规则的目的是什么。基于对其最有可能的目的——

——保护公园的宁静与安全——这一考量来说，允许这辆坦克车进入公园，并不会碍于这些目的的实现，因此这条规则不应当被理解为禁止这一情形。³⁴如果我们接受哈特对开放结构分析，富勒所提出的解决思路似乎是顺理成章的。哈特认为，一个实例之所以会落在开放结构中，是因为两个原因：第一，这个事实是我们在之前制定法律时没有想到的那种情况；第二我们在制定法律时对制定它的目标是相对不确定的。³⁵富勒的方案似乎是对哈特所呈现的法律实践困境的最为自然的解决方式。

30 这种目的论的思考方式在《法律的道德性》中发挥了更基本、全面的作用，在这部著作中，富勒从目的论的角度将法律事业理解为规则之治的事业，并以此为逻辑起点，构建形式合法性的诸项原则。See Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, Revised Edition, Yale University Press, 1969. 在富勒的形式法治立场与其基于目的考量的法律解释立场之间似乎存在某种表面上的紧张关系，限于本文主题，在此不对此多做讨论。

31 [美]弗雷德里克·绍尔：《依规则游戏：对法律与生活中规则裁判的哲学考察》，黄伟文译，中国政法大学出版社 2015 年版，第 111 页。

32 Lon L. Fuller, “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4 (Feb., 1958), p. 664.

33 [美]弗雷德里克·绍尔：《依规则游戏：对法律与生活中规则裁判的哲学考察》，黄伟文译，中国政法大学出版社 2015 年版，第 68 页。

34 See Lon L. Fuller, “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4 (Feb., 1958), p. 663.

35 See H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Second edition, Oxford University Press, 1994, p. 128.

4. 对 P4 命题的一个不成功批评

对于 P4 命题，一个可能的反驳意见是：在简易案件中，是不需要对规则的目的进行考量的，因此也谈不上应当进行目的考量的问题。例如像哈特这样的学者会认为，在将“禁止车辆进入公园”规则的适用于汽车的时候，存在一个关于“车辆”概念的使用惯习，使得汽车成为“车辆”概念的核心情形，该规则能够“自动”适用于汽车实例之上。只有当超出“正常情形”之后，才会出现解释问题，此时法官才需要根据规则的目的来解释这个规则。因此说，当我们借助语言惯习就可以对该规则进行个别化的时候，不需要借助规则目的考量。

这个质疑并不成功。理由是，简易案件并非是目的考量适用前提，它是我们对规则进行目的考量后获得的一个结论，即使是在简易案件中，也涉及到目的考量的问题。富勒对于这一点的分析十分具有洞察力。例如，为什么一个法官会说汽车是车辆的核心情形，是因为法官考虑到，无论关于规则目的最为确切的说法是什么，对车辆的规制都必然落在我们制定规则的目的中。设想一下，如果我们制定了“禁止车辆进入公园”这个规则，那么可以被合理地归属于这个规则的目的，无非是保护公园的宁静，或者是保护公园游玩者的安全。而无论是哪个目的，为了促进这些目的的实现，显然都需要将汽车这种既制造噪音也产生危险的情形纳入该规则规制的对象范围。我们确实没有仔细反思规则的目的究竟是促进安静，还是促进安全，因为无论是哪个，一个噪声大的机动车都应当是排除的。³⁶没有仔细分辨规则的不同目的，这并不意味着不去考量规则的目的。最符合事实的说法是，我们考虑了规则的目的，并且意识到无论我们认可哪个目的，都不会导致结论上的差异，因此我们不再浪费时间在仔细区辩目的上。当我们迅速地考量了规则的可能目的，并且发现无论哪种目的都要求禁止汽车进入公园，于是，我们就很容易地将其判断为属于该规则的适用范围。在这种意义上，我们说它是一个简易案件。我们可以看到，将它认定为一个简易案件是经过目的考量的结果。虽然在很多案件中，法官可以轻而易举地判断规则的字面意思与规则目的相一致，但是这并不意味着，这一目的问题不需要总是被提出和被回答。因此法官在将法律规则适用于任何事实时，必然会考虑规则的目的，并且问自己，如果照字面意义适用规则，规则的意义是否会被打败。

P4 命题能够成功应对潜在的批评者以简易案件为理论反例来反对 P4 命题，那么我们似乎就可以认定 P4 命题是正确的。然而，我认为事实并非如此，接下来我将从另外的角度来对 P4 命题提出批判。

（二）质疑基于规则目的考量的个别化

我将要对 P4 命题的正确性提出的质疑是：该命题所蕴含的规范性裁判立场预设了这样一种更为根本的前提，即对法律的忠诚必然要求我们以能够最佳促进规则目的的方式来适用规则，而这个隐含前提是错误的。质疑的根据就在于，当我们在进行作为修正的个别化时，P4 命题会遭遇困难。根据 P4 的要求，假如规则的含义明确，但却与规则的目标相背离，导致荒谬的结果，则应忽视规则字面意义，按照规则背后的目的来适用规则。这意味着，在适用任何规则时，法官应当总是要询问他们自己，这个荒谬结论的危险是否会出现，以及如果出现了的话，应当根据哪种能够避免于此的不同方式来裁判。例如，假设有“禁止狗进入餐厅”这样一条规则，我们容易设想其背后的正当性理由是为了顾客享有愉悦的用餐环境。³⁷

³⁶ See Lon L. Fuller, "Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4 (Feb., 1958), p. 663.

³⁷ 关于这个例子的讨论，请参见[美]弗雷德里克·绍尔：《依规则游戏：对法律与生活中规则裁判的哲学考察》，黄伟文译，中国政法大学出版社 2015 年版，第 61 页。

现在我们要考虑对于一只不会带来麻烦的小狗——比如说导盲犬，如何适用该规则呢。乖顺自律的导盲犬并不会打扰客人用餐，根据 P4 命题，为了使规则适用能够响应证立规则的正当性理由，我们就应当这样来对那条规则个别化：“禁止狗进入餐厅，但是导盲犬除外”。

初看起来，P4 命题能够调节严格遵守规则字面意义所带来的实质不合理，但是在一些更为严肃的案例中，我们就可以看到 P4 的危机。当拉德布鲁赫在讨论“告密者案”时，我们发现，似乎有一些严肃的理由被提出来，以反对法官基于对规则实质正当理由的考量突破规则文义。在法理学的发展历史中，学者们以不同方式论证着“支持规则的正当性理由”³⁸。拉德布鲁赫公式就是一个极具代表性的例子，拉德布鲁赫基于法的安定性价值考量提出，即使是在适用法律规则会导致不正义时，我们也有重要理由反对推翻或修正规则。近些年来，许多学者又提出更多、更精致的支持规则的论证，诸如基于保护预期、促进合作、平等尊重、权力分立等价值的考虑。当富勒将忠诚于法律简单地等同于忠诚于法律规则背后的目的时，就简化了“何谓忠诚于法律”这个问题，忽视了对忠诚于法律的其他解读。以上讨论提示我们，基于目的考量的个别化并非是那么自然而然、顺利成章的法律规则个别化方案。富勒的主张使得规则本身变得不再重要。如果但凡在规则字面意义与其目的相冲突的时候，就应当服从目的，那么规则本身将不具有任何独立的分量。甚至可以说，“规则”的观念本身也被消解了，因为“存在一条规则”这个说法如果能够具有任何意义的话，它应该意味着规则本身具有在一定程度上抵御被其他考量所推翻的力量。³⁹

尽管富勒对个别化的看法存在缺陷，但他的理论也给我们带来有益启发。如何对待规则，最终是由我们对“忠诚于法律”的理解所决定的，或者说是由对“法治”理想的理解所决定的。如果我们在保留这一基本立场的同时，能够向对它的不同解读方式持开放态度，那么我们将获得一种更为周全、恰当的看法。以下将从这个思路出发修正 P4 命题。

（三）基于法律事业目的考量的个别化

3. 理论概述

P4 命题在确定法律规则的个别化方式时，提出了应当基于对法律事业忠诚来解决这个问题。然而，它的失败在于过于狭隘与简化地解读了何谓“忠诚于法律事业”。我们可以通过保留此根本出发点，同时使对这个根本出发点的理解向不同的可能性开放，就可以得到更完善的命题 P5：

P5: 在所有法律适用活动中，都涉及到基于法律事业目的（法治价值）考量对法律规则的个别化。

我们要考察的第五种版本的法律解释普遍性命题认为，“法治”概念观指引了我们对法律规则的个别化方式。德沃金提出了这一立场的代表性论述。在他看来“法治”是一个“诠释性概念”⁴⁰，长久以来，人类对这一概念提出了多种富有吸引力的诠释方式，我们可将这些不同诠释称为“法治的概念观”。⁴¹ 每种法治概念观都需要对如下三个问题给出连贯回答：

（1）法治要求国家公权力只能依照法律来行使，此种要求蕴含任何价值本旨吗？（2）如果存在那一价值本旨，那么它是什么？是正义？是安定性？还是民主？（3）对“公权力依照

³⁸ [美]弗雷德里克·绍尔：《依规则游戏：对法律与生活中规则裁判的哲学考察》，黄伟文译，中国政法大学出版社 2015 年版，第 111 页。

³⁹ [美]弗雷德里克·绍尔：《依规则游戏：对法律与生活中规则裁判的哲学考察》，黄伟文译，中国政法大学出版社 2015 年版，第 136-137 页。

⁴⁰ Ronald Dworkin, *Law's Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, p.49.

⁴¹ Ronald Dworkin, *Law's Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, p.90.

法律行使”的何种界定，最适于达成那个本旨？诸如“依照法律”是指严格依照法律规则字面意义，还是可以突破它去响应规则背后的正当性理由？⁴²借助这个框架，我们可以区分不同的法治概念观。例如，一种形式法治的概念观会诉诸于安定性与民主价值等规则的形式价值，来证立严格遵守规则文义的裁判方式。而一种实质法治的概念观会诉诸于正义、功利等实质价值证立那种响应规则背后实质理由的裁判方式。另外，还存在某种综合的、权衡的法治概念观，主张在不同价值之间权衡，限定只能在某些特殊情况下突破规则，诸如著名的拉德布鲁赫公式就可以被视为这样一种权衡的法治观。

那么，是否在所有法律适用中都以法治价值来指引规则个别化呢？反对者可能会说，在一些简易案件中，我们看不到法治观层面上的争论。本文对这个反对意见的回应是，法治观的分歧在简易案件中并非爆发出来，这并不意味着其中没有法治观在起作用。当不同法治观所指引的个别化方案相同时，一个案件就成为简易案件。当一个实例既落于规则文义之内，同时又得到规则背后正当性理由的支持，那么，无论是形式法治还是实质法治的裁判者，都会支持这个规则适用于该实例，由此它就成为了一个没有争议的简易案件。在提出法律个别化方案的过程中，我们以理由来证立与驳斥某种方案。对于一种被提出来的理由，我们可以进一步追问理由，在这种意义上，对理由的说明存在一个“辩护梯度上升” (justificatory ascent)⁴³的过程。表面上看，当诉讼各方对于如何裁判产生分歧时，人们才开始通过辩护梯度上升最终诉诸各自的法治观立场。然而，事实是各自的法治观在简易案件中也默默发挥着作用，简易案件之所以是简易案件，已经是法治观发挥作用的结果。

4. 理论辩护

文本对 P5 命题提出三点辩护。第一，P5 是一个为真的命题。该命题由一个经验上为真的子命题和一个概念上为真的子命题所组成。在本文的第三部分，我已经论证了“所有法律适用都涉及法律规则个别化”这个经验命题为真。在这一部分中，重点在于阐释：所有法律规则个别化都必然包含某种法治观立场。本文主张，这一命题是一个概念上为真的命题，它是由我们关于“法治”和“裁判”的观念所决定为真的。“裁判”在概念上必然以追求法治作为其活动的指南针，由此，关于法治这一法律事业之本旨的理解，构成一切裁判活动的逻辑前提。相比于 P1 命题从法律文字的某种特征来论证法律解释普遍性，P5 的出发点更佳。因为法律文字之外延不确定性存在例外情形，而“裁判”在概念上必然预设了对于法治的某种理解，这一点却无例外，因此 P5 能够成功主张法律解释的普遍性。

第二，P5 命题具有重要性。我们可以从两个层面来考察 P5 命题的重要性。第一个层面是评价该命题对于法律解释的理解有什么重要性。我们在“以法治指引法律规则个别化”的意义上谈论法律解释的普遍存在，其贡献在于将最为根本的法理学问题同司法裁判关联起来。由此揭示了，当我们就如何解释发生分歧时，我们分歧究竟是什么，而这又进一步指出了解决法律解释分歧的方向。这使得我们获得了关于法律解释的更清晰看法，而不仅仅停留在关于法律解释是“对规则的意义说明”，或者“弥补规则与事实裂缝”等或者模糊、或者玄妙的说法上。第二个层面是评价 P5 命题强调解释的普遍存在，这一点是重要的吗？法律解释普遍性命题的特点在于强调“普遍”，而强调“普遍”即是在强调在简易案件中也涉及法律解释。指出这一事实，其重要性在于贯通了我们对简易案件与疑难案件的说明。在简易案件中，不是不存在法治立场分歧的问题，而是这种问题没有被暴露出来。P5 命题在描

⁴² Ronald Dworkin, *Law's Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, p.94.

⁴³ Ronald Dworkin, "In Praise of Theory", in *his Justice in Robes*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, p.52.

述层面上，修正了过去我们关于简易案件与疑难案件关系的误解。这同时也意味着，关于法治观的探讨，并非属于少数疑难案件的专属任务，而是一个事关所有法律实践的普遍性问题。

第三，P5 命题能够恰当地被称为“法律解释普遍性命题”。一种反对意见认为，“法律解释”一词的含义应当仅限于狭义，即指解决法律文字意义不清楚的情况，否则就会与类推适用、法律续造等其他法律方法相混淆。⁴⁴我认同，避免这种混淆是重要的。因为在很多时候法官可以进行法律解释，却不被允许进行类推适用或法律续造。⁴⁵但本文认为，P5 能够被恰当地称为“法律解释普遍性命题”，而质疑者所谈及的那种不同法律方法之间的区分，也是可以同时得到保留的。在“解释”通常用法中，有以下几个常见含义：（1）解释是关于事物之间因果关系的说明，例如说“对‘太阳晒，石头热’的现象给出科学解释”；（2）解释是关于行动理由的证立，例如说“你难道能够对你的欺骗行为给出一个解释吗？”（3）解释是用一种语言表达转述另一种语言表达。前两个含义，是从“解释”要解决的问题的角度来界定它，后一个含义，是从“解释”活动进行的方式和结果来界定它。前两个含义事关解释的内容，后一个含义事关解释的形式。P5 命题作为法律解释普遍性命题，贴合了“解释”一词的日常用法。首先，它从形式上说明法律解释是对法律规则的个别化转述；其次，它从内容上来说明该项活动也是诉诸法治价值对裁判结论进行证立的活动。在对法律解释做出如此界定之后，我们并不会混淆不同的法律方法及其适用条件。对法律规则的个别化转述，包含作为具体化的个别化、作为确认的个别化以及作为修正的个别化。这里所说的作为修正的个别化就是质疑者所谈及的超越于法律文字可能意义之外的法律方法。因此，将 P5 称为法律解释普遍性命题，并不会造成质疑者所担忧的不同法律方法的混淆。

六、结语

综合以上讨论，我们通过借鉴与修正既有学说，得到了法律解释普遍性命题最为合理的一种表达：在所有法律适用活动中，都涉及到基于法律事业目的（法治价值）考量来解决法律规则个别化的问题。至此，对于本文开篇提出的问题，我已经努力尝试给出了自己的答案。但是，关于法律解释概念的澄清，并没有彻底解决关于它性质的疑团，一个问题仍然悬而未决：法律解释在多大程度上是理性的？但是我们已经推进了对这个问题的思考，即它在多大程度上是理性的，取决于我们能够在怎样理性的程度上诠释“法治”这个价值。

⁴⁴ 参见陈坤：《重申法律解释的明晰性原则》，《法商研究》2013 年第 1 期，第 85-86 页。

⁴⁵ [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 202 页。

“同案同判”是一个法治神话？

孙海波

摘要：“同案同判”构成了现代法治的基础，同时也是司法所追求的重要目标，甚至在某种程度上人们将其与正义等而视之，并时常以此作为标尺来衡量个案裁判是否做到了公平公正。实现“同案同判”一直是我国司法改革的重要内容，近年来案例指导制度的确立也正是围绕这一点而进行的。然而，在国家大力推进判例制度建设的同时，也出现了不少质疑这一司法理想的声音，其中一种典型的主张认为“同案同判”不过是一个虚构的“法治神话”。纵观各种怀疑论的观点，其问题在于对“同案同判”的本质以及内在原理的认识存在一些偏差。“同案同判”作为一项法律原则对裁判者提出了义务性的要求，这一要求的实现有着深厚的理论基础和制度保障。通过重构“同案同判”运行赖以为基础的方法论体系，可从根本上破除将那种其作为法治神话的命题主张。

关键词：同案同判；法治神话；形式正义；差异化判决；运行保障机制

一、引论：神话与现实之间

“努力让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”，这是新时期党和国家对司法工作提出的新要求。十九大报告将新时代社会的主要矛盾定位为“人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾”，这在司法领域的集中体现便是人们对于正义需求也呈现出了一种多样化的态势，在推进实质正义（或结果正义）的同时也越来越注重对形式正义（或程序正义）的追求。“同案同判”则成为一个非常好的抓手，可被人们用来判断个案裁判是否兼顾了上述两重正义标准。“同案不同判”既会让当事人在形式上感受到不平等的对待，又会通过直观的比较发现结果上的不对等。很多时候，人们不太容易辨明个案裁判是否满足依法裁判的标准，但往往却能够敏锐地判断出其是否做到了“同案同判”。¹ 如此一来，“同案同判”便成为了人们用来衡量司法公正的重要判准。

无论在理论界还是实务界，“同案同判”都获得了高度的关注，在某种意义上甚至与司法公正齐名，并且也有学者已从宪政的层面上对其进行了理性辩护。² 事实上，它一直是近些年来我国司法改革的重要目标。《人民法院第二个五年改革纲要（2004-2008）》提出建立和完善案例指导制度，以指导性案例来统一法律适用标准和指导下级法院审理类似案件的工作。2010年最高人民法院发布了《关于案例指导工作的规定》（以下简称《规定》）标志着案例指导制度的正式确立，同时也彰显同案同判实现了从理念化到制度化的实质性飞跃。这一制度设立的初衷，即是为了通过指导性案例的标本作用来治理实践中“同案不同判”的顽疾。³ 以制度化的形式将这一重要的司法要求重述，

作者简介：孙海波，法学博士，中国政法大学比较法学研究院讲师。本文系笔者主持的北京社科基金青年项目“北京法院类案检索机制与统一裁判尺度问题研究”（18FXC023）的阶段性研究成果。

¹ 参见张超：“论‘同案同判’的证立及限度”，载《法律科学》2015年第1期，第21页。

² 参见白建军：“同案同判的宪政意义及其实证研究”，载《中国法学》2003年第3期；冯小光：“试论民事案件同案同判的宪政意义”，载《人民司法》2006年第12期。

³ 参见刘作翔：“案例指导制度的定位及相关问题”，载《苏州大学学报》2011年第4期，第56页。

此时“同案同判”已经获得了法律原则的地位，对司法裁判活动发挥着严格的约束性作用。

与司法系统不断强化自我对“同案同判”目标追求形成鲜明对比的是，实践中“同案不同判”并没有因为制度化的努力而得到有效解决。与此同时，伴随着判决书上网等改革举措的推行，进入公众视野的判决书的种类和数量都在以前所未有的速度增加，人们有时还会主动通过互联网检索与自己的案子相类似的案件，由此大大降低了比较“同案同判”的成本，但这同时也让“同案不同判”的局面变得更加严峻。限于案例指导制度尚处于初创期，指导性案例的整体数量少、涵盖范围窄、指导性效力不强，导致其很难从根本上有效扭转“同案不同判”的紧张局面。⁴ 不仅如此，由于导致“同案不同判”现象产生的原因极其复杂，其中既有人为的因素（如不同法官的业务水平高低有别）也有制度层面的原因（如法律自身所具有的弹性以及司法不可避免催生自由裁量权）想在短时间内通过简单的制度设计来消除这一现象注定徒劳无功。

确实，每一个个案都有自己的命运和结局。发生在全国各地的“许霆们”可能难以复制广州许霆的命运，同样地，“王海们”在现实中的遭遇也千差万别。“同案不同判”的现象客观存在，这是一个“实然”（to be）的问题；而当追问同案应否同判时，则是一种“应然”（ought to be）层面的讨论。然而，很多人混淆了这两个不同性质的问题，因为看到实践中频发的“同案不同判”，即开始质疑这一目标本身的现实性和合理性，甚至进一步怀疑司法公正和法治。尽管这些质疑声在很多时候会表现出不同的面目，但在“同案”能否做到“同判”的问题上其立场几乎是一致的，鉴于此，笔者将它们都归至“同案同判”怀疑论立场之下，在此基础上从内部再做进一步类型化划分，以此来深入分析和检讨每一种怀疑论的具体理论主张及其所可能面临的困难。

值得一提的是，在诸多的批评性文献中，周少华教授的“同案同判：一个虚构的法治神话”一文（以下简称“周文”）显得格外引人注目，他从“同案”的概念入手，提出由于并不存在真正的“同案”，“同案同判”的主张必然走向自我摧毁。⁵ 为行文的便利，笔者将周文的这一观点简要地称为“神话观”，而这一观点也恰恰是本文所坚决反对的。可以说，无论是从观点的锋利程度而言，还是从其批评理由所涵盖的范围来看，都具有非常典型的代表性。笔者认为，我们在面对“同案同判”时要警惕两种极端观论：一种是全盘否定、从根本上质疑这一目标，“神话观”就是典型的代表；另一种则是“神化观”，认为在人工智能无所不能的今天，案件事实与法律规范的精确匹配、完美对应不再是幻想，而“同案同判”也将成为一种唾手可得的司法现实。这两种极端的存在，无疑将会影响我们正确地认识和评判“同案同判”。

本文所做的工作便是要正本清源，努力让“同案同判”从神话回归到现实。这首先有赖于对各式怀疑论的清理和检讨，它们其中有些是切中要害的，有些则未必。但无论怎样，所有这些批评都无法从根本上取消“同案同判”（第2节）紧接着，本文一方面从应然的层面讨论同案同判的法理基础和重要性，以展示这一原则性要求的实践重要性，同时也表明这一要求并非绝对不可凌驾，其在实践运行中有着自己的限度，“同案同判”与“差异化”判决并非对立而是内在统一。（第3节）另一方面则从制度保障入手，探讨如何通过制度化建设的努力为“同案同判”的现实运行提供保障机制。这具体可能会涉及类案检索与发现机制之确立、案件相似性比对与判断标准之探索以及参照类案责任监督体系之完善三个方面的内容（第4节）最后一部分是文章的结论，“同案同判”并非可被随意摆脱的道德要求，而是一种应予以认真对待和坚持的司法义务。不能因为其在实践运行中会面临困难就失去信心，由于这一主张背后有着深厚的法理基础以及社会所提供的一套具有高度现实性的保障体系，“同案同判”将不再是一种司法神话。

⁴ 参见赵蕾：“‘同案同判’是一个神话？”，载《南方周末》2009年9月2日，第1版；黄秀丽、孙毛宁：

“中国式‘判例’头炮有点闷”，载《南方周末》2012年1月12日，第5版。

⁵ 参见周少华：“同案同判：一个虚构的法治神话”，载《法学》2015年第11期，第131-140页。

二、“同案同判”的怀疑论立场及检讨

并非每个人都会自然而然地认为“同案”就应当“同判”，也不是每一个人都会赞同“同案”就一定能够获得“同判”。确实，无论是在应然层面还是实然层面上，人们对于“同案同判”的立场都颇为复杂。那些坚定支持并捍卫“同案同判”立场的观点固然重要，但让笔者更加感兴趣的是展现在我们面前的各式各样的怀疑论，它们对于“同案同判”在整体上呈现出一种消极性的态度，认为这一目标缺乏实现可能性。为了避免这种理论主张对司法实践可能造成的危害，我们有必要深入至内部检讨其赖以为基础的根据以及可能存在的局限。为此，沿袭类型化的讨论方式，本部分将依次对概念否定论、本质消解论以及方法怀疑论这三种立场进行检讨。

（一）概念否定论

这一立场主要是从概念的语义入手，试图证明“同案同判”的逻辑前提本身是不成立的。“同案同判”所对应的英文表述是“Similar cases be decided similarly”或“Treating like case alike”，显然“同案”对应的是“similar case”或“like case”。在英文语境中，对于这个术语的在上述表达中的理解似乎没有争议，其所意指的应当就是“类似案件”、“同类案件”或“相似案件”。然而在中文语境中，我们经常会看到两种不同的表述，一种是“类似案件类似审判”，另一种是“同案同判”。有些学者倾向于严格区别使用这两种不同的指称，

⁶ 另一些学者则时常根据语境交互使用这对概念。从逻辑上来看，“只有在判定两个以上案件是否属于‘同等情况’的基础上，方能继续第二步判断是否属于‘同等对待’。”⁷“同案”的存在是前提和基础，而“同判”则是后续的发展和推进。在此意义上，对于“同案”的理解和把握将变得至关重要。

概念否定论恰恰抓住了这一点，认为由于客观世界中并不存在两个在事实上绝对相同的案件，因此“同案同判”的前提不能成立，相应地也就无所谓“同判”的结果了。周少华教授对于同案同判的攻击主要是从概念入手的，他指出严谨起见不宜用“类似案件”或“同类案件”直接取代或替代“同案”，“同案”所指称的只能是相对严格的“同样案件”或

“相同案件”，这是由该命题自身内在的逻辑所决定的。⁸当然，在司法实务界亦不乏有些法官持有类似见解，长期浸淫于琐细的案件审判工作，他们对于案件事实的要素构成非常敏感，任何一个细节方面的差异有时足以将两个看似属于“同案”的案件区分开来，他们以此为理由认为在司法实践中无法找到两个在各方面都完全一模一样的案件，因此坚持“同案同判”不过是在制造一个司法神话而已。

就理论界与实务界所提出的这种概念否定论而言，其背后的理由归纳起来大体上有这样两个要点：

第一，进入司法裁判过程中的并非天然的客观事实，而是经过解释和重构的法律事实，

⁹ 对于案件事实的建构过程必然不是价值无涉的，因此很难保证不同的法官甚至同一个法官能够建构出两个一模一样的案件事实。事实上周文所持的便是这种观点，认为法官在对事实的判定、规范构成要件内容的具体化解释等过程中，难免会掺杂进判断者个人的主观价值情感，这势必会导致严格意义上的“同案”

⁶ 一些学者认为“同案”与“类似案件”的意涵有所不同，严格来看“类似案件”的使用相对更准确一些。比如参见张琪：“论类似案件应当类似审判”，载《环球法律评论》2014年第3期，第22-23页。也有一些学者认为“同案同判”的使用会更适合一些，其理由是一方面这已经是学界约定成俗的一个通行叫法，另一方面“同案”在“质”和“量”两个层面的对于“相似性”的要求都要比“类似案件”更高一些。比如参见张志铭：“对‘同案同判’的法理分析”，载《法制日报》2012年3月7日，第011版；以及参见周少华：“同案同判：一个虚构的法治神话”，载《法学》2015年第11期，第132-133页。

⁷ 刘树德：“刑事司法语境下的‘同案同判’”，载《中国法学》2011年第1期，第68页。

⁸ 参见周少华：“同案同判：一个虚构的法治神话”，载《法学》2015年第11期，第132页。

很难被发现或确证。为了说明这一点，他以刑法为例，认为影响量刑的“具体事实因素”无限繁多且变幻莫测，对于“同案”的证成将变得十分困难甚至不再可能。¹⁰ 换言之，“同案”证明活动最终的结果却是不断消解“同案”、证成“异案”。

第二，从语义上来分看，“同案”这个概念所指称的只能是“同样案件”或“相同案件”，而不是“同类案件”或“类似案件”。理由在于，这两种表述的重心并不一致，“同样”或“相同”所表达的重点在“同”不在“异”，而“同类”或“类似”所意指的形式为“同”实质为“异”。进一步地，从定性和定量的双重角度审视，前者既有形式上的肯定也有数量上的肯定，而后者属于性质上的肯定和数量上的否定。¹¹ 由此，在区分这对概念的基础上，他们认为“同案同判”在逻辑上更为严谨、周延。然而由于我们在真实实践中无法找到在方方面面都完全相同的案件，也就是说“同案”作为“同案同判”的自然逻辑前提无法成立，因此“同案同判”的命题也将破产。

可以说概念否定论虽然在一定层面上展现了“同案同判”命题内部隐含的张力，但是不得不说这一批判性进路的打击力度实际上非常微弱。理由在于，一方面“同案同判”的真实含义应为“同类案件”应以类似的方式被裁决，在此意义上作为一个命题它并不丧失自身存在的意义，而且在英文的语境中几乎很少有人会坚持将“同案”解释为“同样案件”，并以此从概念上摧毁上述命题。另一方面坚持只有“同样案件”或“相同案件”才应同判，实则已经将类似案件应类似审判排除在外，这不仅缩小了该命题映射的范围，更致命的地方在于它严重背离了客观实践。法官并不会因为将“同案”解释为“同样案件”或“相同案件”，就会对“类似案件”采取不同的处理方式。这是因为“法官固然对法律有不同的理解，但不同理解并不意味着可以各行其是。在一个制定法国家，法官对法律应该有一个统一的理解，这种统一的理解应该通过审判案件去实现。”¹² 从根本上说，司法裁判活动应受类似案件应类似审判原则的约束，是由类似情况应类似处理的形式正义原则所决定的。

在此需要特别说明的是，本文并不否认“同样案件”或“相同案件”与“同类案件”或“类似案件”在初显语义上所可能存在的界分。鉴于“同案同判”在学界已经被看做是一个惯常的用法，尽管学者们对于这个语词具体所指可能仍存争议或有所不同，为了交流与对话的便利，本文亦选择使用“同案同判”这个通行的指称，但是笔者仅仅想用其来意指“同类案件”、“类似案件”（下文会在个别地方会交替使用“同案”或“类案”两种表达）或“相似案件”。

（二）本质消解论

通过上述讨论，可以看到概念否定论仅具有十分有限的说服力，它并不能从根本上摧毁“同案同判”这个命题。如果想要彻底击败“同案同判”的立场，可能还需要更加实质性的理由。接下来，我们将转向一种更具实质性色彩的怀疑论观点，此即本质消解论。与概念否定论的进路不同，本质消解论意图釜底抽薪，从司法活动性质的角度入手来解构“同案同判”。从进攻策略上来看，这一论证近路确实更胜一筹。持有这种立场的代表有安德瑞·马默和陈景辉等学者，¹³ 其核心立场是“同案同判”系对司法裁判活动所提出的一项重要要求，但是如果细致分析这项要求的性质，便会发现它只是拘束裁判者的一种道德性要求，而尚难以获得法律义务的地位。也就是说，“同案同判”所施加于法官并非刚性性的法律义务，法官可以相对自由地摆脱这一要求的束缚。

⁹ See Csaba Varga. *Theory of the Judicial Process: The establishment of Facts*. Second edition. Budapest, 2011, pp.130-146.

¹⁰ 参见周少华：“同案同判：一个虚构的法治神话”，载《法学》2015年第11期，第134页。

¹¹ 参见张志铭：“中国法院案例指导制度价值功能之认知”，载《学习与探索》2012年第3期，第67页。

¹² 参见刘作翔、徐景和：“案例指导制度的理论基础”，载《法学研究》2006年第3期，第20页。

坚持这一主张的论者，首先指出“同案同判”可能会发生作用的一些场合。比如，大卫·斯特劳斯认为在以下两种特定的场合中，才会产生“同案同判”的问题。第一种情形是在道德不确定性的条件下做出一些分散性裁决，典型的比如对刑事罪犯的定罪，由于量刑幅度的存在导致法官可能面临多种不同选择。第二种情形则涉及法官的制度性角色，要求裁判者一以贯之地执行某些规则，但同时又赋予它们在特定个案中进行自由裁量的权力。比如说，当法律在道德上出现错误时，或者当法律适用者手中握有自由裁量权的时候，法官便不得不考虑“同案同判”这一司法要求。¹⁴ 马默则做出了类似的区分，他提出了“同案同判”可能会发生作用的三种场合：(1) 裁决部分地建立在任意选择的基础上，(2) 司法裁决基于在不可通约的价值之间进行选择，以及(3) 涉及道德模糊性或不确定性的案件。¹⁵ 在这三类案件中，我们看到案件的裁决可能并不是由理由(reason)所决定，此时“同案同判”的要求便开始面临着挑战。

无论是斯特劳斯提出的两种情形，还是马默所提出的三类场合，其所涉及问题都是“同案同判”的司法要求在某些特定条件下是否还具有拘束力。这事实上对“同案同判”立场的普遍性提出了质疑，认为它只是对司法裁判所提出的一种局部性要求，因此最终难以成为一种能够发挥普遍效力的一般性标准。对此，或许可以这样回应，不能因为道德不确定性或自由裁量权的存在就放弃“同案同判”的重要要求。由于法律自身的概括性或抽象性，难免会给法官适用法律预留一定自由裁量的空间。比如，在对利用 ATM 机故障恶意取款的行为是否属于盗窃进行定性时，法官面临着一种道德上的不确定性，因为事先的立法活动并未对此提供明确的指引。此时，“同案同判”的实现面临着一些障碍，是否意味着法官就可以不用受此原则的拘束。其实不然，这种不确定性通过法律解释的办法可以得到很好地解决，通过解释将此类行为涵摄到盗窃罪构成要件的事实类型之中，便可以为今后同类案件的判决提供明确的指南。

在上述这些特定的场合中，决策者被赋予了一定程度的自由裁量权，表面上看“同案同判”的要求似乎被动摇了。这确实一定程度上突显了其内在的限度和困境，但却仍然无法从根本上消解这一要求。“同案同判”的一个重要作用在于统一法律适用标准、限制自由裁量权，在出现上述不确定的情形下，恰恰需要落实这一要求来统一裁判标准。除此之外，值得一提的是，还有一种本质怀疑论的观点，主张“同案同判”无法成为司法的本质性要求，或者换一种更专业的表述，它无法成为司法的“构成性义务”(constitutive obligation) 所谓“构成性义务”，重在强调它的“不可放弃性”，在实践中具体体现为它具有“不可被凌驾性”。“同案同判”虽然是一种重要的道德价值，但其仅仅只是与司法相关的道德要求，而无法获得一种构成性的地位。由于可被构成性的法律义务或其它更具分量道德要求所凌驾，法官因而可以摆脱“同案同判”要求之束缚。¹⁶ 拒绝将“同案同判”当做是司法的构成性义务，实际上是在本质上消解“同案同判”这个命题。

从形式上看，该观点乍一看上去是有诱惑力的。因为它并未否认“同案同判”要求的重要性，仍然要求法官在裁判过程中要尽可能尊重这一要求，但这并不是该观点最为核心的内容。真正将这种观点与

¹³ Andrei Marmor, “Should Like Cases Be Treated Alike?”, 11 *Legal Theory*, (2005): 28-30; 以及陈景辉：“同案同判：法律义务还是道德要求”，载《中国法学》2013年第3期，第49-53页。

¹⁴ See David A. Strauss, “Must Like Cases Be Treated Alike?”, 24 *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, (2002): 4-11.

¹⁵ See Andrei Marmor, “Should Like Cases Be Treated Alike?”, 11 *Legal Theory*, (2005): 28-31.

¹⁶ 参见陈景辉：“同案同判：法律义务还是道德要求”，载《中国法学》2013年第3期，第51页。

本文立场区分开来的，在于它认为“同案同判”只是对司法提出的一种“弱要求”（道德要求）在笔者看来，这一观点对于司法性质的描述出现了偏差，司法推理在本质上依赖于一种类型化的思维，这具体表现为法官通过一种“判例式推理”方法将抽象法律进行具体化，通过“个案到个案”的范例式推理，法律能够在持续性的审判实践中获得一以贯之的适用，相应地类似案件也能够被融贯地以类似的方式得到裁决。在此意义上，“同案同判”的要求是内在于司法深层结构之中的。此外，上述观点还犯了一个概念范畴的错误，即“用‘不可放弃性’为标准来界定内在构成义务的特征，却又将‘不可放弃性’混淆为‘不可凌驾性’”。¹⁷“同案同判”作为司法的一项活动原则，从这项活动开展的意义上看它确实具有“不可放弃性”，但在具体的个案裁判实践中它允许“被凌驾”，比如说一个先例案件自身在道德上出现了严重的错误，此时机械地恪守“同案同判”原则将不再是一个明智的选择。因此，不应以这一要求在实践中有被凌驾的可能性为由，而否认其能够扮演司法构成性义务的角色。

（三）方法怀疑论

与前两种立场不同的是，这一立场主要是从实然的层面上打击“同案同判”的命题主张。从表现形态来看，这一立场有时作为一种独立的主张单独出现，有时候也作为一种附加论点与前两种主张混杂在一起而出现。从进攻的策略上看，这一观点主要着眼于“同案同判”在实践运行中面临可操作性的困难和障碍，亦即这一要求很难能够被贯彻和落实。如果具体加以区分的话，至少可以从中发现两类比较有代表性的观点，一类观点主要是从程序法的角度讨论“同案同判”可能会面临的程序性困难，另一类观点则主要是从实体方法角度论述“同案同判”面临的方法论难题，即它并不会直接告诉人们到底何谓“同案”以及如何“同判”。

首先，来看诉讼法学者所提出的程序性难题。一些论者从发现“同案”的程序切入，来贯彻其怀疑主义的立场。比如，范明志法官认为并不存在所谓诉讼意义上的“同案”，并且也不存在发现和判断是否属于“同案”的诉讼程序，由此“同案同判”的命题主张也将破产。¹⁸另一些论者则着眼于现有的审判制度及方式，认为当下我国审判方式的改革虽然强调自上而下、统筹规划，但在一定程度上仍然允许地方法院拥有一定的自主权，这就使得不同地区的法院或同一法院在不同时期的程序操作会呈现出不同的特点，此外加上长期存在的案件请示制度、地方党政对司法的干预等因素交织在一起，使得“同案不同判”的现象在所难免。¹⁹这两类观点其实大同小异，都是基于现有审判方式或程序上存在的一些缺陷，来质疑“同案同判”的现实可能性。

其次，主张“同案同判”缺乏可控操作的实体性标准。“同案同判”建立在一个更具一般性的命题之上，即类似情况应类似处理的形式正义原则。然而不少学者却指出这一原则具有空洞性（empty）在离开了告诉人们何为类似情况以及何为类似对待的前提下，它无法为如何做到类似情况类似处理提供明确而直接的指引。²⁰温斯顿教授进一步强化了这一观点，认为“类似情况类似处理以及不同情况不同处理”这一格言尽管是正义观念的核心，但它本身却是不完整的。除非补充一些有关“相似性”以及“不同性”的标准，否则这个原则仍然是空洞的，以至于难以为行为提供确定性的指引。²¹简而言之，“同案同判”从语义上看确实简洁、清晰，但是它更多地体现为一种形式性的要求，一旦退回到实践中它既无法告诉我们何谓“同案”也不能告诉我们如何“同判”。这种空洞性大大地弱化了

¹⁷ 泮伟江：“论指导性案例的效力”，载《清华法学》2016年第1期，第31-32页。

¹⁸ 参见范明志：“消解成文法中法律统一适用之痛”，载《人民法院报》2010年4月16日，第005版。

¹⁹ 参见陈杭平：“论‘同案不同判’的产生与识别”，载《当代法学》2012年第5期，第27页。

²⁰ See Peter Westen, “The Empty Idea of Equality”, 95 *Harvard Law Review*, 3 (1982): 543-548.

²¹ See Kenneth I. Winston, “On Treating Like Cases Alike”, 62 *California Law Review*, 1(1974): 5.

“同案同判”要求的分量，最终致使其沦为一种幻象。

总的来说，这一主张无法从根本上否认“同案同判”的重要性，而只是从技术或方法的角度从外围和边缘展开攻击，因此其所带来的打击并不具有致命性。尽管如此，此处对于这一立场的个别具体主张仍需做一些回应。

必须承认，诉讼法学者所强调的程序性难题是客观存在的，对于“同案”的判定往往是在具体个案中进行的，既有的诉程序法在“同案”的发现与判断方面虽未进行专门立法，但是在理论研究的层面对于这一问题是有回应的，比如主张诉讼标的同一、案件争议焦点一致的案件基本上可以被视为“同案”。除此之外，还有学者认为“同案”的判断标准还包括请求权基础具有同一性、诉讼主体以及程序样态具有同一性等等。²² 由此程序上制度安排的不完善，并不应成为放弃“同案同判”的理由。另外，从“同判”的视角来看，至少可以识别出两种不同的“同案不同判”。第一种是可以接受的或合理的“同案不同判”，典型的比如当先例案件在道德上存在严重缺陷时，重复过去的判决结果只会造成更大的不正义。在此情形下，“同案不同判”便是可以接受的。第二种则体现为一些非理性因素对司法的介入，并干扰裁判者做出客观的判断，从而造成“同案不同判”结果的出现，而这恰恰构成了部分诉讼法学者呼吁放弃“同案同判”的理由。司法在本质上应竭力实现形式正义，形式正义的最重要要求或表现就是推进“同案同判”。由此而言，诉讼法学者所提出的程序性难题无法从根本上驳倒“同案同判”的立场。

对于“同案同判”具有空洞性的指责，在此也值得加以回应。“同案同判”或者其所依附的形式正义原则是否具有空洞性，这个问题本身是存在争议的。尽管不少学者站在空洞性的一边，比如周文也倾向于支持这一观点，认为对于“同案”的判定无成型的既定规则可循，案件事实的归类需要摄入裁判者个人的价值判断，甚至就连“规范的发现”过程裁判者也拥有较大的裁量权，如此一来可能会陷入“同案”被评价为“异案”、“异案”被评价为“同案”的尴尬境地，“同案同判”的现实性也将随之被消解。²³ 但我们看到仍然有一些学者努力驳斥对空洞性的指责，比如斯特劳斯就认为“同案同判”并不完全是空洞的，它蕴含着一定的实质性内容。²⁴ 格林沃特也持相反态度，认为形式正义在相关的标准确立之前就已发挥作用，²⁵ 立法过程中对于规范构成要件事实的类型化设置就已接受了这一原则的指导。即便在立法工作完成之后，法官在结合相关法律规范判断“同案”时，这一原则仍然能够发挥其应有的规范性力量（normative force），这体现为对本该做“同案”评价的案件做“异案”评价时，应相应地给出充分的理由，反之亦然。

三、“同案同判”的法理基础与限度

（一）同案同判真的不重要吗？

上文简要介绍了三种较具代表性的关于“同案同判”怀疑论主张，尽管其各自的视角和理论工具有所不同，但核心观点基本一致，大体都主张不应过度迷信“同案同判”，而应在某种程度上搁置乃至放弃这一司法要求。这些观点在表面上看似有理且充满诱惑力，实质上却经不起理性推敲，在上文的检讨中我们也可以清晰地看到这一点。沿着怀疑论的论辩思路，我们不禁要问，“同案同判”真的不重要吗？以至于

²² 参见段文波：“民事程序视角下的‘同案不同判’”，载《当代法学》2012年第5期，第19-20页。

²³ 参见周少华：“同案同判：一个虚构的法治神话”，载《法学》2015年第11期，第134页。

²⁴ See David A. Strauss, “Must Like Cases Be Treated Alike?,” 24 *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, (2002): 12-14.

²⁵ See Kent Greenawalt, “How Empty Is the Idea of Equality?,” 83 *Columbia Law Review*, 5 (1983):

法官可以任意地摆脱它的拘束？答案当然是否定的。“同案同判”之于司法而言具有特别的重要意义。对于司法性质的认知必须要把握住“同案同判”这条重要的线索，它深深嵌于法官的日常审判活动和推理过程之中。倘若随意漠视对裁判行为所提出的这一要求，那么这种纠纷解决的活动将很难再被称之为是“司法”。接下来，笔者将从几个方面挖掘“同案同判”命题背后的法理基础。第一，“同案同判”能够发挥十分重要的司法功用。

当被问及为何应坚持“同案同判”时，最常见的一个回答莫过于这么做能够给我们带来一些益处。显然，这是一种典型的后果论或工具主义进路。有学者认为对于为何在接连出现的相似案件中应重复先前的判决结果，事实上存在着完全独立于纯粹连贯性的理由，这可能包括提高可预测性、震慑有犯罪倾向的人、保护人们对既往判决的合理信赖、便于操作、成本低、效率高。²⁶ 实践中由于后果的具体种类极其繁多，在上述清单上还可以继续添加诸多不同的理由，比如巩固法律的确定性、总结和运用实践经验会及时终结特定诉讼等等。²⁷ 这里笔者将重点介绍一下提高可预测性、保护合理信赖以及限制自由裁量权这三种后果性理由。

具备可预测性是法律所追求的一个重要价值，同时也是司法的重要目标之一。如果说裁判者可以无视可预测性的要求而随心所欲地裁判的话，那么法律基本上也就丧失了确定性，因为它无法再给人们提供一种确定性的指引，人们也难以预测法官究竟会怎样裁决自己的案件，从而致使争讼当事人的权利和义务处于一种不确定的状态。“同案同判”则要求裁判者一以贯之地适用法律，让人们能够从过去的类似案件的裁判实践中预测到自己的纠纷将会以一种怎样的方式得到解决。与此紧密相关的是，在维护法律或司法的可预测性的同时，实质上也是增进和保护人们合理信赖的过程。在持续性的裁判实践中，人们拥有合理的理由充分确信法院会一以贯之地将在过去类似案件裁判中所坚持的法律观点适用到眼前案件中，这实质上等于施加给了法官一项“诚信裁判”(Judging in good faith)的义务，这一义务具有双重面向：其一，要如实地将裁判据以形成的理由和根据以明确的方式向外部披露出来；²⁸ 其二，在审判实践中应一如既往地将持续性的法律见解或观点贯彻下去。当然也有不少学者指出基于信赖保护的这一思路会产生循环论证的问题，²⁹ 尽管如此它仍然不失为支撑“同案同判”的一个重要性理由。

“同案同判”存在的一个重要根据，在于它能够有力地限制法官的权力。不少学者注意到了这一点，瓦瑟斯特罗姆指出“同案同判”对于检验后案法官的偏见或成见发挥着重要作用，³⁰ 古德哈特提出了类似观点，认为遵循既往先例判决可以防止法官的偏见，从而使得我们生活在法治而不是人治之下。³¹ 张骥教授则将司法判例限制法官权力具体解剖为积极和消极两个方面：从消极方面看，判例约束法官的审判行为，限制其任性和防止其专断；从积极的方面看，判例指导法官高效地处理常规案件，

²⁶ See John E. Coons, “Consistency”, 75 *California Law Review*, 1 (1987): 60-61.

²⁷ See Richard A. Wasserstrom, *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford University Press, 1961, pp. 61-81.

²⁸ See Steven J. Burton. *Judging in Good Faith*. Cambridge University Press, 1992, pp. 35-68. See also David L. Shapiro, “In Defense of Judicial Candor”, 100 *Harvard Law Review*, 4 (1987): 731-750.

²⁹ 一方面，法院之所以要坚持“同案同判”是因为要保护当事人的信赖，而另一方面当事人的信赖又源自于法院会遵循“同案同判”。正如E. W. Thomas所指出的那样，先前裁决之所以能够构成一项以同样方式裁决未来类似案件的承诺，唯一的理由在于受到应遵循“同案同判”原则本身的支持。See E. W. Thomas. *The Judicial Process: Realism, Pragmatism, Practical Reasoning and Principles*. Cambridge University Press, 2005, pp. 148-149.

³⁰ See Richard A. Wasserstrom, *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford University Press, 1961, p. 69.

³¹ See Arthur L. Goodhart, “Precedent in English and Continental Law”, 50 *The Law Quarterly Review*, (1934): 58.

³² 参见张骥：“论中国案例指导制度向司法判例制度转型的必要性与正当性”，载《比较法研究》2017年第5期。

公正合法地处理疑难、新型案件。³³ 过去案件凝结了司法经验、包含着法官对于特定法律规则的理解、蕴含了法官对于特定法律问题所持的立场或观点。对于某些规则在相当长一段时间内的反复适用而获得了一种“持续一致的见解”，如果在裁判眼前或未来发生的类似案件中，法官恣意地背离这种“持续一致的见解”，实质上构成了对自由裁量权的滥用。对于当事人而言，直观地比较同类案件在判决结果上是否受到了平等对待是较为容易的，这种比较也往往成为人们对抗不公正裁判的一个有力武器。

第二，“同案同判”是形式正义原则的内在要求。

从以上外在工具论的角度，我们可以看到“同案同判”是重要的。裁判者如果抛弃这一司法要求，司法裁判必然会出现这样或那样的问题。除了这些外在的工具性价值，更为重要的是，“同案同判”自身还拥有一些根本的内在价值，从而能够为坚持这一命题提供更加强有力的辩护。也即是说，“同案同判”本身具有一种内在的价值或内在的善，它对在接连出现的类似案件的裁判中重复过去的处理结果提供了一种独立的理由。³⁴ 这样一种辩护策略，可以称之为“道义论的”或“义务论的”，其优点是可以避开外在工具论所容易遭受的一些批评或指责，同时大大提升辩护的梯度。但其难点在于，如何深入到事物背后准确、充分地发掘其内在的价值或内在的善。这就需要仔细地在事物自身所蕴含的价值与其所增减或维护的诸种价值之间进行甄选。

在“同案同判”具备何种内在价值的问题上，学者们的观点几乎是一致的，认为这个命题所蕴含的内在的善是形式正义，亦即上文所提到的“类似情况应类似处理、不同情况应不同处理”。“法官为了公平的缘故，一般总是倾向于以他们在以往的相似案件中所使用的相同做法来对新的案件进行判决。在普通法系中，法官们认为，如果以往的案件与目前需要作出判决的案件在基本事实上相似，那么，以往的案例就是应当遵循的判例。”³⁴ 形式正义或平等对待与司法的内在性质紧密联系在一起。对于司法性质的界定，学界通常认为司法的本质体现为一种中立的判断权，借助于这种判断权得以在争讼的双方当事人之间重新分配权利和义务。这种着眼于纠纷解决的视角，其实并未从根本上阐释清楚司法的性质。陈景辉教授向前推进了一步，认为界定司法性质的落脚点是“依法裁判”，也就是说通过在个案中适用法律从而将抽象法律具体化。但他同时也意识到，“依法裁判”本身也是一个空泛的概念，也需要进一步具体化。³⁵ 如何进一步具体化呢，还是要回到最初的那个根本问题上，即到底何谓司法的性质或司法的性质究竟意味着什么。笔者认为，司法的性质在于将自身与其它纠纷解决活动从本质上区分开来。

真正能够突显司法特质的在于它以一种类型化的推理方式在个案中将抽象法律予以具体化，换言之，司法推理的深层次结构是建立在类型化推理基础之上的。如林立所言，“司法方法是建立在一种‘泛类推适用’的技法之上，法律人在与前例都不可能完全‘相同’的当下案件中，试图立论主张其彼此之间所谓的‘相同’，以求实现‘平等对待’的正义。”³⁶ 泮伟江更是直截了当地指出了这一点，“通过同案同判原则所标示出来的那种先例式推理的方法、程序和过程，就是司法所特有的方法、程序和过程”。³⁷ 形式正义是司法所蕴含的内在价值，而推进这一价值实现需要借助于“同案同判”的范例式推理方法。如此一来，借助于形式正义这个中间性桥梁，我们在“同案同判”与司法之间建立起了一种内在的联系。“同案同判”不仅是日常实践中法官的标准作业方

³³ See John E. Coons, “Consistency”, 75 *California Law Review*, 1 (1987): 60-61.

³⁴ [英]彼得·斯坦、[英]约翰·香德著《西方社会的法律价值》，王献平译，中国法制出版社 2004 年版，第 233 页。

³⁵ 参见陈景辉：“同案同判：法律义务还是道德要求”，载《中国法学》2013 年第 3 期，第 60-61 页。另外，泮伟江也敏锐地意识到了这一点，他指出在普遍承认法律规范存在阴影区域的今天，依法裁判原则在同样意义上也是一种空洞性的存在。参见泮伟江：“论指导性案例的效力”，载《清华法学》2016 年第 1 期，第 32 页。

³⁶ 林立著《法学方法论与德沃金》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 76 页。

³⁷ 参见泮伟江：“论指导性案例的效力”，载《清华法学》2016 年第 1 期，第 33 页。

式，而且借此进一步构成司法的本质性内容。至此，做一个简单的总结，形式正义在某种程度上共同构成了司法和“同案同判”的价值，“同案同判”在为解释司法的性质提供了一个新维度的同时，也获得了自身作为司法的构成性义务的重要地位。

（二）差异化判决与同案同判的限度

与道德义务不同的是，作为司法的构成性义务，意味着它首先已经是一种法律义务或司法义务，³⁸ 其次作为法律义务也便意味着它是不可随意被放弃的。这可以从“构成性规则”来加以理解，它是与“调整性规则”相对应的一个概念。“调整性规则”旨在引导行为，并不要求规则对于行为在逻辑上的优先性；相比之下，“构成性规则”不仅要调整行为，更旨在创造行为和型构实践，其明显的特点是规则在逻辑上要优先于行为本身。由此观之，如果离开了“构成性规则”，实践活动的性质也将会随之发生变化。在此意义上，可以说“构成性规则”本质上更像是一种义务性规则，对于实践活动的主体发挥具有强制性的约束力。或许正是基于这个原因，一些学者才提出“同案同判”作为司法构成性义务是指它具有不可放弃性，这重点体现为在审判实践活动中它不能被其它的构成性义务或一般的道德性义务所凌驾。³⁹ 不难发现，这种观点一方面将“构成性义务”界定为“不可被放弃”，而另一方面在解释的过程中，又用了“不可被凌驾”这个描述词来替代“不可被放弃”，如此一来“构成性义务”也便相应地是指那些不能被其它理由所凌驾的义务。

这种将“同案同判”所施加给法官义务当成绝对的和不可被凌驾的观点，可能会存在一些问题。作为一种构成性规则，它在司法活动该如何进行的原则方向或组织架构上给出了宏观的指示，即应当照顾到前后裁判的一致性，保证法律能够以一以贯之的方式在持续性的类案裁判过程中被适用。因此，从组织活动原则的意义上讲，这一原则具有“不可放弃性”，因为一旦放弃了这一原则，司法活动可能偏离其内在性质（即“同案同判”）所规定的方向。与此同时，在具体个案的裁判实践中，出于某些特定的理由，比如为了维护实质性的正义或避免严重的道德上的错误等，“同案同判”的要求可能会被暂时地凌驾，但此时我们仍然可以说司法活动并没有从根本上完全放弃“同案同判”的原则性要求。此处借用一下泮伟江所举的例子，我们知道医疗活动的内在性质或构成性义务在于救死扶伤，但是在执行安乐死或堕胎等活动中，医疗活动的直接目的却是要结束病人或胎儿的生命，而非所谓的“救死”或“扶伤”。人们可以在特定情况中忍受对救死扶伤原则的凌驾，但是却无法忍受医疗活动全面、彻底地放弃救死扶伤的内在原则。⁴⁰ 所以，在此情形下，可以认为救死扶伤的构成性义务被凌驾了，但是在原则上却没有被根本地放弃。

基于这样一种讨论，便引出了“同案同判”的限度问题。这个问题是这样的，它对法官所提出的义务是一种绝对的要求？或者只是一种有内在限度的要求？通过以上简要的论述，我们初步得出一个结论：“同案同判”尽管在司法组织活动的原则意义上讲具有不可放弃性，但是在个案裁判实践中它并非不可被凌驾，因此总的来说它具有自身内在的限度。接下来，我们仍然需要解决的问题是，“同案同判”存在限度的具体表现是什么？以及它为何会存在这样一种限度。周少华教授的文章其实也涉及这个问题，但是他认为由于“同案”的前提并不存在，因此司法实践的常态必然是“差异化判决”。在他看来，“同案同判”（同类案件或类似案件）仅仅只是一种个别化的现象。在一定意义上，“差异化判决”要比“同案同判”更具合理性基础。⁴¹ 笔者认为，周文认识到“差异化判决”是客观存在的并具有合理根据，这一点值

³⁸ 对于司法义务概念的界定及讨论，可以参见孙海波：“司法义务理论之构造”，载《清华法学》2017年第3期。

³⁹ 参见陈景辉：“同案同判：法律义务还是道德要求”，载《中国法学》2013年第3期，第51、61页。

⁴⁰ 参见泮伟江：“论指导性案例的效力”，载《清华法学》2016年第1期，第32页。

⁴¹ 参见周少华：“同案同判：一个虚构的法治神话”，载《法学》2015年第11期，第138-140页。

得肯定，但是将其抬高至作为审判实践的常规状态，不仅偏离司法审判的真实图景，而且一定程度上违背正义、甚至有害于法治。第一种差异化判决，是“异案异判”。

在对“同案同判”进行概念化处理的过程中，我们会看到与同类案件应当以同类的方式处理相对应的，是不同的案件通常也应以不同的方式处理。我们其实可以将这两个方面的要求看做是“同案同判”的一体两面，一个是积极方面的要求，另一个是消极角度的义务，这二者实质上是统一在一起的。在裁判实践中，由于确实并不存在完全相同的案件，一如考夫曼所指出的那样，“世界上没有什么事物是完全相同的，而通常只是在一些作为比较点的标准下所呈现出来的一种或多或少的（不相似性。在相同与相似之间并不存在逻辑上的界限，实质的平等经常仅是相似的关联。”⁴²做出差异化判决的一个重要前提，就是要设法证明眼前案件与既往先例案件并非同类案件。而这就依赖于一个更进一步的工作，即如何判断诸案件之间的相似性。当然，这是一项十分艰巨的工作，不同的学者可能会提供不同的方案。但是在原则方向上，有一点至关重要，那就是要从案件的关键性事实(material facts)中区分出“相同点”和“不同点”，并在此基础上进一步甄选出其中的“相关相同点”(relevant similarities)和“相关不同点”(relevant differences)⁴³如果经判断它们之间的“相关不同点”更重要，则可以做出偏离先例的决定，此时“异案异判”也便顺理成章。

第二种差异化判决，是“同案不同判”。

这一类型的差异化判决，从形式上看貌似违背了作为司法构成性义务的“同案同判”原则。但是深究便会发现，这种差异化判决存在的合理基础乃是建立在“同案同判”原则的限度之上的。换言之，正是因为这一原则并不是绝对的，“它是一个具有普遍性、一般性的原则要求，并非在任何情况下都必须类似案件类似审判”，这个要求“具有原则性，而不是规则性”。⁴⁴当然，也有些学者在这点上走得更远，认为几乎在大多数时候“同案不同判”这个命题都是成立的。⁴⁵这与周文的主张略微有一点差异，但二者的最终目的都是要为差异化判决进行辩护。再次强调的是，笔者赞同一定范围/程度的差异化判决，但是司法实践的常态仍然应由“同案同判”所主导。在本文的讨论脉络下，“同案不同判”是差异化判决的重要构成形式。本文的第二部分曾区分过两种形式的“同案不同判”，一种是合理的“同案不同判”，另一种则是不具有可接受性的“同案不同判”。显然，这里我们所关注的具备正当基础的“同案不同判”只能是前一类。

“同案不同判”的证立有赖于“同案同判”原则具有内在的限度。“同案同判”作为一项法律原则，其具有“分量”的特点，其实践方式也有别于“全有或全无”的法律规则，而应以权衡的方式适用，即便在与其它原则相竞争的过程中被压倒，仍然不会在整体上失去其作为原则的规范性效力。⁴⁶“同案同判”所施加于法官的是一种“初确性义务”(prima facie obligation)如果在这一要求实施的过程中遇到更强的压倒性理由，那么这一义务可以被暂时地予以放弃或搁置。即便是在普通法的语境下遵循先例原则也具有“有限范围”(limited scope)或“有限的分量”(limited weight)它们在一些情形下是可以被推翻的。⁴⁷拉伦茨也十分明确地指出了这一原则的“初确性”特征，“在某种程度上，判决先例可以主张其享有正确性推定；但法官不可不假思索地信赖它，如其发现判决先例有可疑之处，即须自为判断。”⁴⁸顺着这一思路，我们仍然需要进一步探讨的问题是，“其它更强

⁴² [德]考夫曼著《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社2004年版，第232页。

⁴³ 在判断案件相似性的过程中，肖尔认为并非所有的“相同点”都必定是相关的，同样地也并非所有的“不同点”都是相关的。See Frederick Schauer. *Thinking Like A Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press, 2009, p.94.

⁴⁴ 张琪：“论类似案件应当类似审判”，载《环球法律评论》2014年第3期，第23页。

⁴⁵ See Norman C. Gillespie, “On Treating Like Cases Differently”, 25 *The Philosophical Quarterly*, 99 (1975): 151- 158.

⁴⁶ See Ronald Dworkin. *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, 1978, pp.24-26.

⁴⁷ See David Lyons, “Formal Justice and Judicial Precedent”, 38 *Vanderbilt Law Review*, 3(1985): 496-497

的压倒性理由”可能会是什么？

当通过相似性的比对初步确定两个案件在实质上相似时，是否还会有什么可能性理由能够阻止法官对它们做出类似的判决，并且这种理由并非是任意的或非理性的，而应在实质内容上具有正确性或合道德性？有学者认为这些理由与其所依附的法律体系是相关的，比如说在不同的司法管辖权内（不同国家乃至不同地区）对于“同案不同判”是可以接受的。⁴⁹ 这个理由或许可以解释在不同国家之间“同案不同判”具有一定可能性，但基本上无法解释为何在一国之内仅仅因为各自管辖权的不同仍可普遍坚持“同案不同判”的主张。鉴于我们通常所讨论的是后一种意义上的“同案不同判”，所以管辖权的不同既非“同案不同判”的充分条件，亦非其必要条件。真正能够支撑“同案不同判”主张的理由是先前案件的判决存在道德上的缺陷或实质内容上的错误。这种理由具体又可以划分为两个类别：一是先前判决存在实质性的错误，另一类是先前判决在内容上并无实质性错误，只是经过时间的变迁如今重复其结果已经变得有些不合时宜了。

在这两种不同类型的理由中，第一种理由是更主要、更为普遍一些的。这其中又可以再进一步细分，至少包括：(1) 先前判决在适用法律上存在问题，错误地解释并适用了成文法规则或先例规则；⁵⁰ (2) 先前判决与更具基本性的法律原则出现了冲突，尤其是先前判决与正义原则出现严重冲突。当然了，我们还需对这两小类情形添加进一步的限定，即所出现的错误要达到一定的严重程度，不能是简单的概念等技术或形式性方面的错误。借用萨尔蒙德的话来说，这种错误要是一种“清晰而又严重的错误”

(clearly and seriously wrong) 如欲达到这一标准须满足两项条件：其一，这种适用法律的错误严重违背了法律的精神或一般理性，以及其二，这种错误必须是足够清晰或明确的。⁵¹ 相比之下，第二种理由并不那么常见，过去的判决在做出的那个时刻在内容上并无瑕疵，随着时间的流逝和社会的发展变迁，在新的情境下变得不再具有可接受性，从而沦为一个不合时宜的判决。简而言之，第二种情形实际上是在说过去的先例判决时至今日已经过时了。一旦当“在条件已经发生了改变的情形下，先例判决规则已经明显地变得有害于我们的社会时”，⁵² 继续坚持参照既往的判例将失去合理根基。

拉伦茨亦注意到了上述第二种类型，他说“当初正确的解决方式，今日因规范情境变更或整个法秩序的演变，须为他种决定时，则其不仅有权利，亦且有义务摒弃判决先例的见解。”⁵³ 这种现今所看到的“不合时宜”，一方面可能是过去的判决与今天的道德观念格格不入，比如美国联邦最高法院在 1896 年的“普莱西诉弗格森案”中以“隔离但平等”判决维持了种族隔离的合法性。历经半个世纪，在 1954 年的“布朗诉托皮卡教育局案”中以“隔离但不平等”推翻了先前的判决。⁵⁴ 之所以不再坚持之前的判决观点/规则，是因为社会道德观念变化了，隔离在今天看来已经属于实质的不平等，所以通过背离先前的判例来追求一种更具实质公正性的判决。另一方面还可能是出于政策性乃至政治性因素的考虑，拒绝接受先前判决的约束。举例而言，法院通过反复地权衡和判断，发现遵循或参照既往的先例判决可能会给公共利益造成一种更大的侵害，此时较为明智的举措是做出一种“预期性推翻” (prospective overruling)⁵⁵ 从而避免过去先例案件在眼前案件裁决中起作用。

⁴⁸ [德]卡尔·拉伦茨著《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 302 页。

⁴⁹ See David A. Strauss, “Must Like Cases Be Treated Alike?,” 24 *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, (2002): 22.

⁵⁰ 参见孙海波：“指导性案例的隐性适用及矫正”，载《环球法律评论》2018 年第 2 期，第 164 页。

⁵¹ See John W. Salmond. *Jurisprudence*. 11th edition. Sweet and Maxwell, 1957, pp. 378-381.

⁵² Cuthbert W. Pound, “Some Recent Phase of the Evolution of Case Law”, 31 *The Yale Law Journal*, 4 (1922): 363.

⁵³ [德]卡尔·拉伦茨著《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 301 页。

⁵⁴ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896); *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

⁵⁵ See Neil Duxbury. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge University Press, 2008, p. 163.

做一个简要的小结，“同案同判”以一种内在的方式嵌入到司法审判的深层机构之中。作为司法的内在构成性原则，它施加给了裁判者一种应予以贯彻和落实的义务，但是这种义务并非是绝对的、无限度的，它具有鲜明的“初确性”特征，而这恰恰显现了“同案同判”原则的限度。诚如莱昂斯所看到的，即便是在最好的条件或状态下，坚持“同案同判”也并非总是十全十美，在一些特定场合中遵循一个不明智或不妥当的先例判决有时会弊大于利。⁵⁶ 因为，当一个过去的先例判决犯了一个道德上的错误时，固执地坚持“同案同判”所带来的结果只会是不断地复制或制造不正义，而一个道德上的错误却不能成为另一个错误的理由。⁵⁷ 所以，在大的原则方向上坚持“同案同判”原则的同时，仍应为差异化判决的存在预留合理的空间。格林沃特的观点或许可以作为本小节最好的总结，“一味地平等对待也可能会制造不正义，特定条件下的不平等对待在实质上却可能是公正的。”⁵⁸ 最后，还需再次强调的是，在揭示出“同案同判”原则具有可能限度的基础上，承认差异化判决具有一定存在空间同时，仍然要分清它们在审判实践中各自所处的位置。周文将差异化判决当做司法审判常态的观点无法成立，因为其错误地理解了司法审判的内在性质和结构，过度拔高了差异化判决的地位。笔者认为，司法的内在性质从根本上决定了其常规活动形式只能是“同案同判”。

四、“同案同判”的制度性保障

在理论上面对三种怀疑论的攻击，加之实践中“同案不同判”的现象频繁发生，使得“同案同判”的司法理想被迫沦为一个虚构性神话的命运。不仅那些置身于变幻莫测的司法实践中的实务工作者对“同案同判”抱有怀疑态度，而且连从事法律理论研究的学者也对之失去信心。确实，以我们直观的经验来看，“同案同判”的实现必然面临很多问题和障碍，而“同案不同判”也往往变成了一种别无它法的无奈现实。不管怎样，不否认的事实是“同案同判”之于司法而言是重要的，以至于我们不得不从理论上认真对待它。司法的内在性质决定了“同案同判”是法官作为裁判者应予以贯彻的一项重要义务，除非在满足特定条件下方可背离这一原则的要求。在完成从理论上证立这一原则的法律地位之后，我们仍需回应批评者从实然层面所提出的诘难。“同案同判”要求的贯彻尽管面临障碍，但是通过制度性建设的努力，这些障碍可以得到克服或缓解。一言以蔽之，“同案同判”的现实性非但没有被消减或削弱，反而能够得到加强和保障。

（一）类案检索与发现机制之确立

作为逻辑前提，“同案同判”运作的第一个环节，就是要精准地检索与发现类案。作为司法活动的产物，以所涉法律关系、案由等不同标准可以将司法案例进行分门别类，从而同一类型的案例便可以组合成为一个案例集群。除了那些“初现案件”(cases of first impression)或“新颖案件”(novel cases / unprovided cases)之外，⁵⁹ 通常案件(或常规案件)都可以被归入到某一个类别或集群之中。过去的“同类案件”如果想要对未来类似案件发挥约束性或指导性作用，一个较为理想的工作环境是裁判者能够准确地寻找到相关的类案，同时又能够恰当地规避一些不相干的案件。那么，寻找类案的活动其实与找法活动有些类似，我们把这种活动称之为类案的检索与发现。

⁵⁶ See David Lyons, "Formal Justice and Judicial Precedent", 38 *Vanderbilt Law Review*, 3(1985): 496-497.

⁵⁷ See Larry Alexander, Emily Sherwin. *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge University Press, 2008, p. 38.

⁵⁸ Kent Greenawalt, "How Empty Is the Idea of Equality?", 83 *Columbia Law Review*, 5 (1983): 1183.

⁵⁹ 即便是面对这些案件，也并不意味着法官可以任意地凭借自己的主观判断做决定，他仍然有义务关照过去的一些相关的先例判决，同时根据正义原则、道德妥当性以及社会公共利益等标准合法、合情合理地推导出结论。See Rupert Cross and J. W. Harris. *Precedent in English Law*. Fourth edition. Oxford University Press, 1991, pp. 200-201.

即便在普通法系国家，也并不存在一种确定的用以寻找先例案件的方法。寻找先例的活动一方面需要接受一些形式逻辑规则的引导，比如说通常要在那些具有权威性效力的先例之间进行选择。同时，这种活动在一定程度上也与活动者个人的经历、经验和智慧有关。比如说执业年限较久的律师或资历较深的法官在寻找先例方面会有很大优势。所以总体而言，寻找先例判决的活动要接受逻辑与经验的共同指导。在成文法的语境下，寻找类案的难度会稍许大了一点，这一方面是因为成文法国家通常并无系统的、专业的、权威性的判例编撰。有人可能会反驳，中国法院不一直有编撰和发布案例的传统吗？确实，编撰和发布案例是中国法院总结审判经验的一种做法，但是总体上我们的编撰主体较为多元、混乱，官方的与民间的案例数据库也重叠交错、不尽一致。另一方面，中国法官相对更擅长成文法的演绎推理，在甄选案例和归纳规则方面的能力相对较弱。⁶⁰ 职是之故，成文法国家的法官在类案发现方面可能面临更大的困难和挑战。

先例判决在普通法系拥有正式法律渊源的地位，寻找先例其实等同于寻找法律，因此检索和发现类案是法官应负的基本义务。成文法脉络下的讨论会有所不同，已决先例案件并不能直接扮演正式法源的角色，找法与寻找类案其实是两种形式相似但性质上却不太相同的活动。在我国，抛去一般性案例不谈，单就最高人民法院发布的指导性案例来说，法官是负有检索和参照义务的。这是因为指导性案例经由权威性制定和实质内容的正确性，而产生了一种介于纯粹事实约束力与法律拘束力之间的“弱规范拘束力”，相应地其获得了一种“准法源”的地位。⁶¹ 不仅如此，2017年8月1日起施行《最高人民法院司法责任制实施意见（试行）》（以下简称《实施意见》）全面设立了“类案检索及制作检索报告制度”，其中第39条规定“承办法官在审理案件时，均应依托办案平台、档案系统、中国裁判文书网、法信、智审等，对本院已审结或正在审理的类案和关联案件进行全面检索，制作类案与关联案件检索报告。”由此可见，最高法院旨在通过强制主审法官进行类案检索，以达到统一裁判尺度的功效。

强制检索类案机制的确立，无疑会有力地推动“同案同判”要求的实现。但是，也应注意到，作为司法改革的一项配套举措，它是否可能和整个司法审判系统的其它要素或环节相匹配。对此，结合笔者在四川的一些法院就“类案检索机制与类案判断标准”所做的调研，简要谈以下这样几个问题：

第一，将类案检索强行设定为一项义务，是否会加大承办法官的工作负担。显然，强制检索制度的全面铺开，无疑会加重法官的审判负担，尤其是会让本就面临“案多人少”法官的担子变得更加繁重。需看到，出于这种工作现实的考量可能并不能成为取消检索类案义务的充分理由。真正有分量的理由在于，如果法官所面对的是一个简单案件或常规案件，法律的规定相对清晰，适用并不存在实质性争议，在此情形下法官还有进行类案检索的必要吗？

⁶² 笔者认为此种情况下对长期躬耕于特定专业领域的法官而言，他们对于相关类案的情况比较熟悉，甚至可以信手拈来，无需另行进行书面的检索工作，但是法官在适用成文法裁判时仍应打量 and 关照既往类案所彰显的特定法律观点和立场。

第二，伴随着互联网技术和人工智能的发展，司法数据库的建设蔚为可观。中国裁判文书网、无讼案例、北大法宝、威科等数据库持续更新全国范围内的大量案例。实践中法官通常是以“案由+关键词”的方式检索类案，并且一个较为普遍的情形是，他们所检索到的往往并非单个案例，而通常是一个或大或小的案例集群，甚至也不排除这些案例的裁判结果之间本来就存在矛盾的可能性。那么，在这种情况下，法官应如何在这些可能的类案之间进一步做选择，并协调它们之间所存在的可能冲突，仍

⁶⁰ 参见孙海波：“指导性案例的隐性适用及矫正”，载《环球法律评论》2018年第2期，第153-154页。

⁶¹ 参见雷磊：“指导性案例去源地位再反思”，载《中国法学》2015年第1期；以及雷磊：“法律论证中的权威与正确性——兼论我国指导性案例的效力”，载《法律科学》2014年第2期。

⁶² 笔者在与四川省高院、成都市中院的法官座谈时，受访法官都无一例外地认为类案检索制度的全面铺开会大大增加他们的工作负担。即便没有《实施意见》的出台，他们事实上也会经常性地通过各种方式检索和发现一些类案做参考。

是一个值得研究的课题。就笔者的观察和感悟来看,法官很多时候其实并不太在意全国其它地区的类案,他们最关心的通常只是上级法院的类似判决,以至在上级法院的判决与更高一级的法院或最高人民法院的判决出现矛盾时,会更加倾向于选择参照上级人民法院的判决。⁶³ 这一点非常有意思,限于篇幅原因,在此不做进一步展开。

(二) 案件相似性比对与判断标准之探索

检索类案是推进“同案同判”的第一步,或者说这仅仅只是一个开始。上文已经提及,单个的案件并不多,通常是以案例集群的方式存在。无论是依凭个人智慧和经验,还是依托互联网大数据平台,法官所检索到的通常是复数的“可能”类案,如何从中挑选出真正与眼前待决案件相关的类案,则要进行第二步工作,即在可能的类案与待决案件之间进行相似性的判断。有人或许熟悉卡多佐大法官对于司法过程的那段经典性描述,法官“将自己手上的案件的色彩与摊在他们桌上的许多样品案件的色彩加以对比。色彩最接近的样品案件提供了可以适用的规则。”⁶⁴ 然而真实的司法运作远没有卡多佐所描述的那样轻松和简单,其中最为核心、也最为艰难的一环,便是如何判断两个案件在实质性面向上是否是相似的。⁶⁵ “同案同判”要求得以根本落实,在很大程度上也取决于能否做到这一点。因为,“同判”的逻辑前提是“同案”,而案件并不是自己主动告诉我们它们是同类案件,同时它们身上也不会整齐地贴着标签等着我们去发现。

如果能够找到一种行之有效的方法,帮助我们判断两个案件是否相似,那么就为“同案同判”要求的实现又扫清了一道障碍。然而,想要找到一种确定的方法谈何容易。即便是在普通法系都很难说存在一种判定案件相似性的通用方法,法官主要依据自己的审判经验并借助于区分技术来判断案例之间是否存在“相似性”。我国学界对于案件相似性的判断亦存在较大争议,归纳起来有这样几种学说:(1)“构成要件类似说”,主张以构成要件之比较作为相似性之架构基础;(2)“实质一致说”,主张相似性之认定应视系争法律规定之法定案型与待决案件事实间是否具有实质一致性;(3)“同一思想基础说”,此说基于系争案件事实与法定案型事实间之思想基础而认为,如果二者具有“同一利益状态”,即可认定二者间具有相似性。⁶⁶ 这三种标准单独看来都有一定道理,但却都又不足以辅助法官完成相似性判定的工作,在实践中它们其实可以以一种互补的方式共同发挥作用。

笔者倾向于接受“构成要件类似说”和“实质一致说”相统一的观点,判断类案应尽可能缩小比较范围,“构成要件类似”首先可以将类案框定在统一法律关系或案由之下,已经把比较的范围大幅度地予以缩小。在此基础上,进一步以“实质一致说”来指导相似性的比对和判断。所谓“实质一致”到底如何判断?这就需要确定“切入点”或“比较基点”,如果比较不同层次的内容,显然会错失重点,从而得出不科学的结论。对于比较点的选择,一般认为应将目光锁定案件的关键性事实,比较者需要运用归纳能力进一步从前后案件(即先例案件与待决案件)中提取出前文所讲的“相关相同点”与“相关不同点”。这时候,我们需要判断“相关相同点”与“相关不同点”到底何者之间更具有实质一致性,换言之,要结合其所依附的先例规则或成文法规则来判断何者更为重要,如果说“相关相同点”更重要,那么可以确证前后两案是相似案件。反之,通过判断如果认为“相关不同点”更为重要,⁶⁷ 则可认定这二者并非实质上的类案。

⁶³ 在成都市中院和成都市龙泉驿区人民法院座谈中,数位法官都提到了这一点,笔者对此深受启发,在此向他们表示感谢。

⁶⁴ [美]本杰明·卡多佐著《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆2000年版,第8-9页。

⁶⁵ 在列维看来,普通法中法律推理的第一步“就是要发现和确证先例案件与待决案件之间的相似性。” See Edward H. Levi. *An Introduction to Legal Reasoning*. University of Chicago Press, 1949, pp.1-2.

⁶⁶ 参见:黄建辉著《以案例和民法为中心探讨:法律漏洞和类推适用》,嘉理法律出版社1988年版,第110-112页。

在此，先做一个简单的总结。案件相似性的判定，可以说是“同案同判”运行系统中最艰难的一步。如果这个环节出现错误，本来属于类案的被错误地认定为异案，或者本来属于异案的被错误地认定为类案，都会使得案件的裁判结果出现错误。客观上，也确实很难找到一种放之四海而皆准的操作标准，所以我们必须给予相似性判断充分的重视。从已有学说理论和审判经验来看，相似性判断要坚持一个原则，“缩小范围和抓住重点”。“缩小范围”是指尽可能缩小比较的范围，范围越小，比较的难度一般就会越小，且出错的可能性也相应越小。要做到这一点，就需要依赖“构成要件相似说”，将比较样本集中在具备同一个法律关系和案由的范围之内。“抓住重点”，系指要提炼出能够展现两个案件最核心内容的那些要素，以此确立相似性的比较基点，再下一步就是要结合先例规则或法律规范的目的比较两案之间的相似点更重要还是不同点更重要。简而言之，案件相似性的判断是逻辑与经验的统一、是判断者的目光不停地在规范与案件事实之间往返盼顾的过程。

（三）参照类案责任监督体系之完善

以案例为基本推理形式的“同案同判”，在完成了类案的检索以及相似性的判断之后，就进入了案例的参照适用环节。广义的案例参照或基于案例的推理，其实包含前两个环节在内，而狭义的案例参照是指在完成案件相似性的判断之后，如何在待决案件中参照适用先例案件。这仍然需要分情况来讨论，在普通法体系中由于先例判决本身就是法律，所以法官只需以演绎性的方式将从先例案件中抽取出来的一般性规则或原则适用到待决案件中，并推导出与先例判决一致的结论即可。在成文法系中情况则有所不同，由于先例判决通常并不具备正式法源地位，因而难以直接充当裁判的根据或依据。它往往只能成为强化判决结论或所持立场的一个理由，适宜在判决书中的说理部分加以援引或参照。此时我们看到，虽然无法直接以先例案件作为根据做成判决，但是先例案件中所蕴含的实质性说理内容以及具有规范形式的内容表达，以一种间接的方式在发挥着作用。如拉伦茨所指出的那样，“有拘束力的不是判例本身，而是在其中被正确理解或具体化的规范。”⁶⁷也就是说，由于先例判决是对法律的具体化，所以先例判决作为一个范例或典范依靠其内含的法律规范来持续性地发挥作用。

责任监督作为最后的一个环节，应能够发挥一些兜底性的或纠错性的功能。“同案同判”要求法官在应当参照类案时依法参照相关类案进行判决，在以往类案自身存在缺陷或不合时宜时，应恰当地对之加以规避或修正。一旦裁判者未能以正确的方式参照适用案例或规避案例，那么可能会承担一定的责任。义务与责任是相伴随的，既然将“同案同判”看作是司法活动施加于法官的重要义务，那么在违背这一义务的情形下其理应承担相应的责任。在普通法体系中，对于这一义务的违背足以导致整个判决丧失合法性。而在成文法系中，鉴于先例判决的特殊地位，规避类案并不必然致判决面临合法性困境，但是至少在以下两种情况下，判决的合法性根基可能会受到动摇，并且承办案件的法官须承担一定的责任。

首先，法官在判决中参照了类案，但是在参照过程中却出现了错误。这具体又包括三类情形：法官寻找到了一个相关的类案，但是这个类案出现了前文所讲的一些瑕疵性问题，要么在先前被判决时就存在内容上的瑕疵，要么是其内容本身无可挑剔只不过在当今社会情势下已经变得不合时宜，⁶⁸此时如果后案法官不假思索地将先前案件加以复制和参照，判决结果在实质内容上

⁶⁷ “相关不同点”更为重要或更具实质一致性，意味着这些不同点具有突破受先例约束的力量。当某个不同点的存在无法化解且是必要、有意义时，它就有可能致使后案与先前案件在实质意义上不同，从而突破先前案例的约束力范围。对此参见邓矜婷：“确定先例规则的理论及其对适用指导性案例的启示”，《法研》2015年第3期，第165页。

⁶⁸ [德]卡尔·拉伦茨著《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第301页。

便可能会出现错误。

在类案的检索与相似性的判断环节，由于某种错误导致法官找到了一个不相干的“类案”，亦即找到了一个实质上并不相似的案件，通过参照适用可能会出现两种结果，第一种结果是偏离了法律的内容而成为一个错判，第二种结果是碰巧做出了一个本应参照的实质类案相一致的结果，即出现了所谓的“异案同判”。⁷⁰ 第一种结果通常需要承担法律适用错误的责任，第二种结果在普通法系下明显属于适用法律错误需承担责任，在成文法体系下受制于很多原因法官通常会省略或遮蔽相似性判断的环节，故而使得人们在外观形式上很难辨识出法官是否参照了一个本质上并非相似的案件，加上判决结果出其意料地“高度一致或正确”，从而往往不会出现责任监督的问题。

第三类情形相对较为简单一些，法官找到并适用了相关的“真正类案”，在具体的参照过程中可能出现了一些形式上或者技术上的偏差，比如遗漏了案件事实中在实质评价意义上并不十分重要的“不相关相同点”(irrelevant similarities)或“不相关不同点”(irrelevant difference) 又比如不当地在较小幅度的范围内缩小或扩大了先前类案中对法律内容所持有的观点或见解，但是在主要内容或原则精神上并未偏离法律的规定。对于这种情况，通常不做非法性评价，即便法官在参照类案的审判实践中出现了这方面的问题，通常也无须承担严格的司法责任。

其次，法官本该参照类案但却最终未能参照适用。仔细探究，这也可具体划分为两种不同情形：

* 法官从一开始就未启动类案检索的程序，从形式上全面放弃了“同案同判”的要求。以往类案凝结了长期的审判智慧，固定了相当长一段时间内法院对于某个法律问题所持有的一贯见解。“假使其系正确的裁判之主张确实，那么对未来涉及同样法律问题的裁判而言，它就是一个标准的范例。”

⁷¹ 假如法官对这些以往类案完全不闻不顾，而根据自己的主观理解或判断来做判决，那么极易发生错误。这种至始至终轻视类案的行为，构成了对“同案同判”原则的根本背离，需要承担一定的法律责任。比如说，对于这种有意轻视或规避类案的，可以根据其违法情节的轻重以及错判之情况，在司法绩效考核上给予相应的负面或消极性评价。对于没有注意和估计指导性案例而导致裁判处理结果明显不公正的，可依法给予相应的司法管理性的行政处分，并对案件依照法定程序进行处理，包括上级法院在审理时依法予以撤销或改判。⁷² 但在目前具体的制度设计中，我们尚未看到对法官无视案例设定的责任机制。

* 法官尽到了类案检索的义务，但是对于所检索到案件是否真正类案以及如何裁判过程中加以参照适用并无太大把握，因此采取了一种回避的态度。这种回避包括完全回避，即彻底放弃对可能类案的适用，也可能是在形式上并不提及类案但在实质结果或裁判思路却与所检索到的类案保持高度一致，这后一种情形笔者将其称之为“隐性适用”。⁷³ 对于前一种情形须做否定性评价，而对于后一种情形虽然形式上拒绝了相关的类案，但在实质上仍然可以看作是参照了类案，其实可以

⁶⁹ 在成文法的语境下也很好理解，比如对于成文法规则R，先前类案C1中持有的一种见解R1，R1可以被视为是在C1案中具体化。时过境迁，当下立法者对于R有了不同于R1的新解释R2，假定现在眼前有一个待决案件C2，并且进一步假定C1与C2是类似案件，此时如果仍然不加反思地径直参照C1，根据R1所代表的观点做出结论，势必会与R在当下所应具有的内容出现冲突和矛盾。在此情形下，完全可以说C2的判决在合法性上是存疑的。

⁷⁰ 肖尔在新近的一篇文章中，处理了“异案同判”的问题，认为“同案同判”的规范性力量有时候过于强大了，以至于逼迫着法官不得不忽略案件之间的某些不同点，从而做出“异案同判”的结果。感兴趣的读者可以参见Frederick Schauer, “On Treating Unlike Cases Alike”, 34 *Constitutional Commentary*, (2018 Forthcoming).

⁷¹ [德]卡尔·拉伦茨著《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第300页。

⁷² 参见胡云腾、于同志：“案例指导制度若干重大疑难争议问题研究”，载《法学研究》2008年第6期，第23-24页。

归入上文第一大类的第三子类之中，一般不对其做非法性评价。除此之外，还有一种情况需要注意，即实践中法官有可能认识或未认识到相关类案的存在，但是当事人或其律师主动向法院提供该类案并要求其参照裁判。此时如果法官表示拒绝并且不提供任何理由，那么这种行为也是违背“同案同判”原则要求的。对于为何应参照或不应参照某个类案，法官负担着一种说理和论证的义务。⁷⁴ 话说回来，其实就是需要论证两个案件到底是相似的还是不同的。放弃这一特殊说理义务，理应要承担相应的司法责任。

五、代结论：对几点误区的再澄清

前面从不同的侧面为“同案同判”原则进行了辩护，所有论点归结到一起无非就一点，即“同案同判”是重要的并且是能够实现的。说“同案同判”是重要的，是因为它能够给我们的司法活动带来极大便利，并有稳定法律预期、保护司法信赖、限制专断权力之功效。甚至更进一步，说它非常重要，以至于我们的司法根本离不开它，是因为它已深深植根于司法推理的深层次结构之中，成为司法活动施加于裁判者的一种不得随意放弃的义务。说“同案同判”是能够实现的，是说它并不像批评者（如周文）所认为的那样只是一种遥不可及的虚构性神话，而毋宁有着坚实的现实性基础。⁷⁵ 作为一个总结，当然也作为一个回应，此处笔者重申一下本文在对待“同案同判”的问题上所坚持的基本立场与态度，并对一些误解做出澄清。

第一，“同案同判”是一项法律义务，而非只是道德要求。马默和陈景辉等学者仅仅因为“同案同判”只在特定或有限场合发挥作用，并且由于在实践中可以被凌驾或超越，便因此认为不能作为法律义务而存在。这种观点的错误之处，既体现在未能正确地认识法律义务的特质，同时又在于它错失了司法的真正本质。真正能够将司法与其它纠纷解决活动区分开来的恰恰在于“同案同判”所坚持的独特的“范例式推理”方法。在此意义上，本文始终主张“同案同判”是施加于裁判者的法律义务。

第二，坚持“同案同判”并不会绝对导致机械裁判。作为一项原则它自然无法预先排除所有的例外，这意味着在特定情形下这项要求是可以被暂时搁置的，而非在所有情况下法官一定要“保持一种因循守旧的态度并承诺在未来案件中反复延续其前辈犯下的错误”⁷⁶。因此应注意到，这项原则性要求是有内在限度的，从而可以进一步解释为何会有“差异化判决”的存在。但是与一些学者（如周少华）的观点不同，笔者认为差异化判决不应取代“同案同判”成为司法审判的常态。

第三，在对待“同案同判”的问题上要避免走入两个极端。一方面，我们反对将“同案同判”作为法治神话，不能因为实践中所遭遇各种困难就对其失去信心，应认识到这一原则性要求在现实中具有广

⁷³ 对于“隐性适用”的界定及成因分析，参见孙海波：“指导性案例的隐性适用及矫正”，载《环球法律评论》2018年第2期，第145-154页。

⁷⁴ 玛蒂尔德·柯恩将判决说理看做是法治的应有之义，判决不说理必然会走向司法专断。See Mathilde Cohen, “The Rule of Law as the Rule of Reasons”, 96 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1 (2010): 1-16; See also Mathilde Cohen, “When Judges Have Reasons Not to Give Reasons: A Comparative Law Approach”, 72 *Washington and Lee Law Review*, 2 (2015): 483-571.

⁷⁵ 一些论者也从不同角度揭示了“同案同判”原则具有多样的现实性基础，并提出了保障“同案同判”的一些具体机制，比如包括：改善和充分发挥目前已有的法律统一适用机制的作用、重构或创立确保法律统一适用的机制、充分重视人尤其是整个法律职业共同体在推进这一原则过程中所应发挥的作用。参见刘树德：“刑事司法语境下的‘同案同判’”，载《中国法学》2011年第1期，第71-74页。

⁷⁶ Neil Duxbury. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge University Press, 2008, p. 183.

阔的作用空间。但另一方面，我们也不能对“同案同判”过度推崇乃至迷信，一味严格且毫无例外地贯彻这一要求，导致要么机械司法，要么不断复制过去的错误、持续制造不正义。一如学者所警惕性地指出的那样，面对糟糕的先例判决，对裁判一致性的绝对坚持无法为法律的灵活适用留下空间，⁷⁷ 在重复制造不正义的情形下这一原则不宜再继续贯彻。⁷⁸ 因此，当我们从一个“神话”的误区之中解脱出来时，切勿一不留心又误入另一个“神化”。

作为最后的话，但却并非是最不重要的。在人工智能以及司法大数据方兴未艾之际，我们既然警惕它们在实现“同案同判”方面所应有的作用及其局限，智能化技术可以帮助法官高效、精准地检索类案，但是类案的具体判断以及参照适用却仍然依赖于人的理性化思考。与此同时，司法大数据通过审判要素一层层的分解，将案件事实中的变量分解到一种无比精细的程度，并通过数据、图表、曲线等一系列十分直观的方式，向人们展示真正的类案何其之少、真正的类判何其困难。纵然如此，我们依然不能从根本上放弃“同案同判”的理想，否则司法活动可能会偏离其自身所规定的内在方向。当然，至于如何分析人工智能以及司法大数据给“同案同判”带来的便利或障碍，已经超出了本文探讨的范围，这可能是需要以后进一步开拓的课题。

⁷⁷ See Neil Duxbury. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge University Press, 2008, pp. 177-178.

⁷⁸ See Tony Honore. *Making Law Bind: Essays Legal and Philosophical*. Oxford University Press, 1987, p. 200.

存在（理智上可辩护的）法律教义学么？

论法条主义、通说与法学的智识责任

王凌皞*

(浙江大学光华法学院, 310008)

摘要：法条主义以及法教义学的核心命题包含着以下疑问：通说的存在是否

真的有助于我们解决部门法中的实践问题？教义学的“融贯性—体系性”究竟是怎样的标准？法教义学又如何以这一标准来理解法律实践？更一般地说，以达成通说并致力于务实地解决司法实践问题的法教义学是否是法学研究的好典范？对法律解释合理性的深度反思表明，法教义学的两个根本前提之间存在着不可消解的内在矛盾，无法有效辩护自身立场。法教义学家过于单薄地理解了法律实践的意义，因而在根本上误解了自己的主张。理智上可辩护的法学是一种以理论化的方式理解法律实践的学问。法学是法理之学。

关键词：法条主义；法教义学；合理性；体系性；融贯性；法理

近几年来，法学界兴起了一场关于法学研究方法的大讨论。以民法、刑法学者为首的部门法学者号召法学研究方法回归到“法教义学”。法教义学者旗帜鲜明地提出，法学的核心使命在于探寻法律实务问题的解答。而实现这一使命的方法在于紧扣实在法文本来理解法律，在最大程度尊重法律文本的基础上追求法律学说的体系融贯。

我相信不会有法学研究者或法律实务从业者否认这个简单而朴素的想法。大概不会有人反对法学研究要探寻法律实务问题的解答；也不会有人质疑法学研究必须重视实在法文本，毕竟，这是法治最基本的要求；更不会有人认为法律解释不需要追求整体的融贯，因为人的一切实践与认知活动都预设着融贯性的要求。如果上述看法公允，撇开“法教义学”这个洋气甚至带着些许基督教神学色彩的标签不论，法教义学的概念本身并不具备独特的方法论内涵。如此理解的法教义学仅仅具有宣示法学研究者身份认同的作用，揭示了法学研究者们对这一学科研究对象及其方法最普遍和广泛的共识。但就一种学问（scholarship）来说，它的方法论内涵并不那么独特，也面临着智识正当性的挑战。

为了进一步提炼“法教义学”独特的方法与旨趣，部门法学者以“法条主义”

* 浙江大学光华法学院副教授，主要研究方向为法哲学。本文系2017年度国家社科基金重大项目“社会主义核心价值观的司法贯彻机制研究”（17VHJ008）成果。

来概括法教义学的总体立场。“法条主义”式法教义学的独特之处在于这种学问以“通说”的达成为根本目标，以便“为法官审理疑难案件时提供法律适用方向”，有效缓解“我国法律适用不确定”，进而“损害法律和司法权威的现象”。¹

法条主义版的法教义学有着诸多学术美德：概念界定清晰，批判目标明确，方法论上的核心主张更是尖锐而富有指向性。一方面，“法条”加“主义”的构词方式直白而有力地突出了法学研究中法律文本的权威性，展现出法学不同于其他人文社会科学的特质。另一方面，其他人文科学、社会科学甚至自然科学似乎并不以“通说”为其学术工作的目标。²达成“通说”这个研究目标也就构成了法教义学区别于其他人文社会学科的极具可辨识性的学科特质。由此，法条主义者主张，即便是说理尚不完备、论据还不健全的“通说”也具有“实践”上的重要性。在法律不确定性引起实践争议因而“无法可依”或“法无定论”的情况下，“学界‘甲说乙说随便说’”无助于问题的解决，而通说的存在就能够为司法裁判提供“稳定性、可预见性”，从而“减少了执法、司法成本”。³

那么，通说如何能具备这种神奇的效果？通说的存在是否真的有助于我们解决部门法中的“实践”问题？教义学的“融贯性-体系性”究竟是怎样的标准，法教义学又如何以这一标准来理解法律实践？更一般地说，以达成“通说”并致力于务实地解决司法实践问题的法教义学是否是法学研究的好典范？本文将依次批判性地审查上述几个问题。最终，本文对法条主义的分析性处理将表明，法教义学的两个根本前提存在不可消解的内在矛盾，因而无法有效辩护它的立场。法教义学家们在根本上误解了他们自己的主张，这一方法论建构上的努力犹如在浮沙之上营筑高台。作为替代方案，我将指出，理智上可辩护的法学是一种以理论化的方式理解法律实践的学问。法学是法理之学。

一、“通说”及其意义

现代汉语中的“通说”接近于“通行学说”。据学者研究，在德国法学界通说的概念大致上等同于“支配性意见”。具体来说，是指“针对现行法框架中某一具体法律问题——通常是司法适用问题——学术界和司法界人士经过一段时间的讨论后形成的、由多数法律人持有的法律意见（法教义学意见），所以通说

¹ 黄卉：《论法学通说(又名:法条主义者宣言)》，《北大法律评论》2011年第2期，第334页。

² 比如在医学等同样实用取向的学科中，医疗专业人士团体当然也会发布类似于“通说”的疾病诊断或者治疗共识，但在医学研究中，研究者通常并不会以实现“共识”为研究的目标。

³ 黄卉：《论法学通说(又名:法条主义者宣言)》，《北大法律评论》2011年第2期，第339页。

也被称作‘多数意见’。”⁴由此，我们发现，“通说”就是“主流观点”或“主流学说”，它实际上是学界或实务界大多数人所持有的看法与观点。换言之，某一学说构成“通说”的标准在于学术界和司法界人士普遍地接受该学说。而是否普遍接受则是一个统计学意义上的“社会事实”。提倡通说的法教义学家也坦陈，由于通说的标准在于某种“事实”，传承自德国的通说机制“并非无懈可击”，也“确实不能保证”“民主性和智理性”⁵。我们能够理解如此界定的通说可能会缺乏“智理性”，原因就在于一个命题是否为真或一个主张是否合理并不取决于人们实际上是否广泛地接受该学说。真理，往往掌握在少数人手中。同样，广为人们所接受的学说并不一定是学理上真正富有理智论证力量的学说，通说也不一定是学术和理论上最完备充分或合理的学说。

那么，既然“通说”是统计学标准界定的，意味着是最广为接受的学说，如何能够说“通说”的产生也可能违背“民主性”？统计学的标准不就蕴含着某种民主多数决的标准么？

支持法条主义的学者告诉我们，那是因为学术权威的存在。权威在关键争议上的倾向在“通说”的形成中可以发挥至关重要的作用。通过对“德国民法上表见代理学说形成史”的简要考察，黄卉教授试图表明，表见代理占据通说地位并在后世被继承光大，其中关键节点在于权威民法学家的站队。学说发展史上权威民法学家“在没有给出具体分析，甚至没有提及当时法律界相关争论的情况下，就直楞楞地作出‘这里也可以推测为代理权被授予了’的判断”。⁶尽管从学术角度看，这似乎令人匪夷所思——一位严肃的学者，如何能够在如此重大且富有争议的学术问题上径下判断而不给予充分说理？就如黄卉教授自己所说，表见代理学说“对德国个人主义、意思自治为核心建立的民法体系冲击实在太大”。⁷然而，学说史的真实面貌就是如此，该权威学者关于表见代理的主张见于其所修订的“在德国民法学界、尤其法律教育行业中地位显赫”的主流教材上，在民法学术和实务上影响深远。表见代理学说由此一变而为主流学说。⁸此后，在司法机关判决和学术界正面响应下，经由多次“判断错误”和“以讹传讹”，甚至在关

⁴ 黄卉：《论法学通说(又名:法条主义者宣言)》，《北大法律评论》2011年第2期，第335页。

⁵ 黄卉：《论法学通说(又名:法条主义者宣言)》，《北大法律评论》2011年第2期，第339页。

⁶ 黄卉：《论法学通说(又名:法条主义者宣言)》，《北大法律评论》2011年第2期，第344页。

⁷ 黄卉：《论法学通说(又名:法条主义者宣言)》，《北大法律评论》2011年第2期，第345页。

⁸ 参见黄卉：《论法学通说(又名:法条主义者宣言)》，《北大法律评论》2011年第2期，第344页。

键学者“大量引证存在严重的认识瑕疵”的情况下，表见代理制度生根发芽，嗣后成为民法上占据权威地位的通说。

我们不禁好奇：为何即便“通说”的产生机制有着如此严重的缺陷，但通说仍是教义学商讨的重要目标？“通说”的实践与制度对于法律的实践来说究竟具有怎样的重要意义，以至于法律教义学者可以降低甚至放弃普遍适用的学术和理智标准，来达成所谓的“通说”？

可能的理由在于，法律在司法适用中总是存在不确定性（indeterminacy）或欠确定性（under-determinacy）。⁹当法官面临“无法可依”或“法无定论”的困境但又不得拒绝裁判的时候，依据法教义学商讨得出的通说可以“指出裁判方向，减少论证负担，增加论证信服力”。¹⁰然而，这一解说并不彻底：既然通说的形成只是一个统计学上的事实标准，并且法学发展史也表明，如此理解的通说往往是诸多偶然的結果，当然谈不上“增加论证的依据”，为何这样的学说仍然可以并且应当成为法官裁判的重要理据？

二、对“通说”初步辩护的失败

大致上，法条主义者或法教义学家有两种辩护策略可以采用，以回应上面这个疑问：

第一种策略诉诸法律的社会协调（social coordination）功能。法条主义者也明确指出，在法律不确定性引起实践争议因而“无法可依”的情况下，“学界‘甲说乙说随便说’”无助于问题的解决，而通说的存在就能够为司法裁判提供“稳定性、可预见性”，从而“减少了执法、司法成本”。¹¹提供社会行为是法治的重要功能之一。法律是一套指引公众行动的公共准则，通过确定地引导人们的预期来降低社会合作成本。在无法可依或者法无定论的裁判实践困境情况下，不同的法官依据不同学说作出不同判决可能会使得守法者无所适从，从而无谓地增加了本可避免的司法和守法成本。在这个时候，给出一种确定的答案——无论这一答案本身是否合理或正确，就足以解决社会协调困境。根据前面的定义，“通说”是一种事实标准，即在学界和司法界得到最广泛承认和接纳的学说。这就意味着，依据通说作出判决将得到最大多数人的支持，从而也最有助法律实现其提

⁹ See Lawrence B. Solum, “On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma”, *University of Chicago Law Review* Vol.54, No.2 (1987), pp.462-503.

¹⁰ 黄卉：《论法学通说(又名:法条主义者宣言)》，《北大法律评论》2011年第2期，第349页。

¹¹ 黄卉：《论法学通说(又名:法条主义者宣言)》，《北大法律评论》2011年第2期，第339页。

供稳定可预期和高效社会协调的功能。相比而言，以统计学标准论，默默无闻的“少数说”比起“通说”来，似乎要付出更多的协调成本，也会引起更多学者和实务者的批评和抵制。

在无所谓合理与否的简单社会协作情境中，这一看法当然能够成立。例如，机动车行驶方向规则的确定只需要考虑协调成本问题。国家一旦确定机动车靠左行使并得到广泛遵守，那么就没有任何理由来改变这一规则。但这显然不同于不同法律解释学说的取舍，在学说取舍上，人们必须考虑学说本身的理智说服力和理性论证的力量。

如果仅仅是出于成本考虑，追求司法判决稳定可预期性，甚至不需要通说。只要依循类似于“遵从前一判决”的简单规则，同样可以实现判决的稳定可预期性。在某类无法可依或法无定论的案件中，后面的法院一律遵从首次审理该类型案件法院的判决，判决的可预期性也能够得到保障。但这种可预期性显然毫无意义，可预期性只能服务于真正有意义的社会协调活动。由此可知，单纯的可预期性显然无法为如此理解的通说提供充分的辩护。

第二种策略是诉诸同案同判（like cases treated alike）或司法统一性的要求¹²。在“无法可依”或“法无定论”的情况下，人们可能会主张，由于通说等同于“事实上广为接受的学说”，法官依照通说来裁判就能够最大程度地维持“同案同判”的效果，从而维护了整个国家的司法统一。遗憾的是，这种从形式平等角度来理解“同案同判”或“司法统一”的视角也能难以成立。

无论是追求“同案同判”还是“司法统一”，真正有力的理由并非形式上的平等，即字面上的“相同案件相同处理”。假如相同案件相同处理的形式平等真正重要的话，那么在司法机关已经错判多个同类案件的情况下，我们似乎有理由要求司法机关在接下去未决的司法案件中作出（尽管错误的）同样判决。而这显然是荒诞不经的看法。同案同判的意义并非追求形式上的“相同案件相同处理”，而是追求“正确”理由的适用¹³：一个案件被要求跟另一个同类案件得到相同的判决，根据并非在于另一个案件得到该判决的简单事实，而是在于另一个同类案件的判决本身是“正确”的。在已经有正确判决的情况下，正确的判决就和已有

¹² 参见许德风：《论法教义学与价值判断：以民法方法为重点》，《中外法学》2008年第2期，第167页。

¹³ See Andrei Marmor, “Should Like Cases be Treated Alike?” *Legal Theory*, Vol.11, No.1(2005), pp.27-38; Larry Alexander and Emily Sherwin, *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge University Press, 2006, pp.36-39. 中文世界的深入反思可参见陈景辉：《同案同判：法律义务还是道德要求》，《中国法学》2013年第3期，第46-61页。

的判决在形式上构成了“同案同判”这一偶然的效应。“司法统一”也是如此，司法统一并非是对表面的判决结果一致性的要求，而是对“正确”判决得到普遍遵守的要求，是判决推理和说理本身的正确性与合理性，才使得各个判决应当得到统一。

因此，诉诸“同案同判”的理由也就不复成立了，如果通说仅仅是事实上占主流的学说，并且通说的形成包含了很多非理性的偶然因素，那我们同样没有理由要求以同案同判或司法统一的理据来适用通说。相反，在这时候说不定还是把判断的自主性留给法官更好。

总体来说，法教义学或法条主义对“通说”的理解和辩护面临两个根本上的问题：

首先，这两种辩护都隐含着价值论上的谬误，也就是说，法条主义者从根本上误解了“效率”和“平等”在司法中活动的意义。对通说的社会协作“效率”辩护和同案同判“平等”辩护都预设着以下一般性的看法：司法领域中的“效率”与“平等”具有独立于其他价值的内在价值。然而，我们的讨论表明，这一预设难以成立。“效率”是工具性价值，只不过体现了“目的-手段”合理性的要求。诉诸效率的辩护必须追溯到“有效率地实现”的目标，只有当这个目标本身内在地值得追求时，我们可以说有效率地实现这个目标得到了辩护。有效率地正确、妥当地适用法律是值得追求的，而有效率地错误适用法律显然是不值得追求的。“平等”和“效率”不同，它并非工具性价值，但“平等”在许多语境中似乎也“依附于”或“服务于”其他内在价值。¹⁴在司法中，“同样案件同样判决”式的形式平等也是服务或依附于正确的判决。只有正确判决才能主张“同案同判”，错误的判决在数量上的堆积在任何意义上都不能构成下一个错误判决的正当理由。

其次，和价值论谬误相关，但又相对独立的第二个问题在于对“通说”的界

¹⁴ 简单地说，在许多情形中，“平等地好”是好的，而“平等地不好”并不见得不好。在这个意义上说，“平等”与效率类似，许多时候依附于其他价值。这个问题并不仅仅在司法中出现，在其他设计平等价值的领域也有类似谬误，比如分配正义。例如Parfit所提出来的向下拉平反驳（*Levelling Down Objection*）：从分配正义的角度看，如果平等本身具有内在价值或本身就足以构成目的，我们似乎有理由认为使社群中所有人的福祉都降低到其中状况最差的那个人的福利水准在某个方面来说是好的。设想一个社群，其中一部分人视力良好，另一部分是盲人。在持有平等的内在目的论者看来，这种视力的“不平等本身”是坏的。如果我们摘除视力正常人群的眼球，从而使他们也成为盲人，从“平等”的角度看这在某个意义上说是值得追求的，因为这么做虽未改善盲人的福祉，甚至降低了视力正常人群的福祉，但确实实现了平等。而这显然荒诞不经。See Derek Parfit, “Equality and priority”, *Ratio*, Vol. 10, No. 3 (1997), p. 211.

定和理解。在法条主义那里，“通说”仅仅是一个事实概念，是指实际上被大多数人接受的概念。而法律裁判中的说理，却要求所被援引的法律解释学说真正具有学理上的理性论证力量。通说或许可以提示法官并指出可能的裁判方向，也能够因为其已经占据学术界和司法界的主流而使得法官说理时承担更少的论证负担，但仅仅表明某一学说是“通说”本身并不能实质上减少法官的说理责任。在裁判说理中，法官同时还必须表明通说在“实质上”合理或有力。

当然，这不是说同案同判“在事实上”不会对司法官员构成压力。通说的倡导者也意识到了这个问题，比如，学者也指出，德国学者区分了“司法通说”和“学界通说”。两种通说在内容和形成机制上尽管互相关联，但也有着明显的差异¹⁵。司法通说的权威性来自于正式制度施加的压力，比如，法官在作出相同案件裁判时往往会考虑到上一级法院的判决倾向。借由这种预测性权威（predictive authority），使得上级法院的意见或大多数已有判决的意见获得“通说”的地位。因此，“司法通说”的说服力主要来自于事实上的预测性权威，通过某种类似于“同案同判”的方式来影响司法判决，然而，“学界通说”并不具备，也不应当，追求这种类型的权威性。

学界通说真正重要的意义在于通过学术界的充分讨论和理性论辩，产生出真正具有理智说服力的学说，并通过理性说服（persuasion by reason）而获得权威。这种权威无须通过制度化的方式以准强制的方式获得采纳，也不必神化权威学者或学术群体的认识权威（epistemic authority）。归根结底，这种权威性依赖于学说内容本身具备的“并非出于强制的理性论证力量（the unforced force of the better argument）”¹⁶。

那些主张建立事实通说机制的法教义学家过度并且片面地强调了法律的社会协调功能，进而混淆了司法通说具有的事实上的预测性权威和学界通说具有的规范性层面的理性说服权威。当然，这么说不意味着通说制度毫无意义。就如同医生与医学研究者往往也会就诊断或者治疗方案达成共识一样，诊断与治疗方案的“共识”往往反映了医学最前沿和成熟的进展，可以有效指导并规范医生的诊断和治疗。然而，难以想象医疗工作者或科研人员以达成“共识”本身作为研究的目标，或认为只要达成了“共识”，一线执业医生就可以准确诊断并有效治疗

¹⁵ 黄卉：《论法学通说(又名:法条主义者宣言)》，《北大法律评论》2011年第2期，第349页。

¹⁶ Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Trans. William Rehg, The MIT Press, 1996, p.306.

疾病。类似地，法学工作者的学术研究并不以“通说”本身为目标。通说只不过是某种正面的“副产品”，是为了给出针对某个法律案件的最佳判决、某个法律条文的最佳理解或某个争议问题的最佳解决客观上往往会带来的效果，即，该学说被司法与学术界从业者广为接受。

三、法条主义“实践”观的两个原则

上文对法教义学中“通说”的概念及其初步辩护展开了批判性的分析。到此为止的分析表明，第一种策略片面地理解了法治“协调社会行动”的意义，第二种策略错误地将判决统一性或同案同判看做法治的核心要求。法条主义者或法教义学家必须放弃这种纯粹形式上的辩护策略，转而主张“通说”的条件并非是一种简单的统计学事实标准，更包含对学说内容本身合理性的评判。有学者在“法律教条”和“法学通说”之间作出明确的界分：法学通说是一种“理论共识”，而法学教条则是一种“法学独断”。这种独断“建立在虚假认同或学术盲从基础上”，并且“可能借助教科书、意识形态等而逐步演化为一种虚假的法学通说”。¹⁷这一论说修正了事实标准的通说概念，使其能够应对针对上述两种辩护策略的质疑，同时，这一概念上的修正能够在保留“法条主义”或教义学特质的前提下寻找新的辩护基础。

基于这一修正，法条主义者或法教义学家会主张，因为有实在法的拘束，我们不必，也不能，过度理论化地处理法律实务上的议题。教义学这种非理论化的自我定位也契合读者在法学专著或教材中获得的阅读经验：针对某一实际中有争议的问题，往往有甲乙丙丁各种学说，而作者在罗列诸说之后往往略加比较各自优劣即以“此说为学界通说”而一语带过，至于进一步深层的论证和理据则往往语焉不详。民法学家对此有清醒的反思。民法学说理往往会陷入循环论证，“甲说乙说丙说其实哪说得差不多，本人采甲说，却讲不出道理来。”¹⁸

当然，即便法条主义或法教义学的学术风格往往语焉不详或时常陷入循环论证，这也并不一定意味着这种学术研究的风格或倾向就必然不可取。放弃自己的独立判断盲从权威通常是不可取的，但在战场上士兵对长官命令的“盲从”却是一种职业美德。类似地，法条主义对论证与说理有效性（validity）、健全性（soundness）有意或无意的忽视并不必然是一件坏事。由于法律本身是最基本

¹⁷ 参见姜涛：《认真对待法学通说》，《中外法学》2011年第5期，第933页。

¹⁸ 苏永钦：《法律作为一种学问》（未刊稿），第32页。

的底线社会共识，持有不同深度价值观的群体（以及代表这些群体的立法者）可能在深层次理论上持有不可调和的分歧，但他们仍然能够在法律规则的字面表达上达成一致意见。在这种情况下，对说理程度的过度要求可能妨害了这一共识的实现。在此意义上说，追求某种“未完全理论化合意（incompletely theorized agreements）”¹⁹恰好正是法条主义或法教义学的优点所在。而如此得到的通说，可以避免法律上相关问题陷入价值上深层分裂，“如果法学研究长期呈现出一种理论多元化的纷争局面，则会导致‘理论无用’的悲剧，因而它更需要形成法学通说”。²⁰

法条主义者也可以持有这样一种“未完全理论化合意”的看法。在这一立场下，针对其他法学研究方法和法条主义或教义学的研究方法，法条主义者可以提出两个问题：首先，很多研究者首先是往往“‘不拿现行法当回事’”，无视实在法框架的现实拘束，忽视了制度可能性；其次，更为严重的问题是他们“动则提出立法建议或者哲学、社会学批判的法律讨论”，根本无助于法官裁判案件。

21

法条主义则以一种实用主义的姿态面对法律实践，在现行法文本的框架内针对司法实务中的问题来展开研究，获得解决方案。在这里，法条主义有两个核心的要素：首先是严格承认现行法文本的有效性和权威性，其次是尽可能不要或最低限度地采取理论化的研究进路（比如哲学）。这两个部分高度交融于“法条主义”这一字面表达的核心语义：理论化的研究进路本身就被视作不尊重法条的表现，传达了一种对法条的批判性态度。法条主义的这两个特征可以被概括为“文本最大化”和“理论最小化”。“文本最大化”是指要最大程度尊重法律文本的文字语意和句法结构，并尽可能同情地理解法律文本²²；“理论最小化”则是指尽可能减少抽象理论的建构，少一些一般化的抽象概念和说理。

法条主义最核心的诉求在于法律学说要针对法律适用中的“实践”问题展开研究，立足于“实践问题的解决”。然而，“实践问题的解决”这一表述仍然是相当模糊的说法。例如，在死者名誉利益是否应当得到保护这一实践问题上，有

¹⁹ See Cass R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, 1996, Chap. 2.

²⁰ 参见姜涛：《认真对待法学通说》，《中外法学》2011年第5期，第930页。

²¹ 黄卉：《论法学通说(又名:法条主义者宣言)》，《北大法律评论》2011年第2期，第349页。

²² 这里的同情并非是指在道德意义上的共情，而是某种预设被解释对象合理性意义上的“同情理解”或“善意解读”的意义。参见Donald Davidson, *Inquiries into Truth and Interpretation*, Clarendon Press, 1984, p. 98; 中文世界的介绍可参见王凌峰：《论古代法律思想当代创造性转化的方法——以古典儒家法律思想为例》，《人大法律评论》2016年第1期，第37-50页。

些学者主张死者具有名誉利益，应当得到直接保护；另一部分学者认为其活着的近亲属才具有名誉利益，应当保护其近亲属的名誉利益。面对这类争议，何谓法条主义所说的实践问题的“解决”？在法条主义的视野内，大致有两种针对何谓“解决”的看法。

在最弱的意义上，“解决”意味着该实践问题得到准确结果，不再处于“法无定论”或两可状态，终止该问题在司法上的不确定性。上述法条主义的事实标准通说概念及其辩护就蕴含着这样一种对“问题解决”的看法。在上面这个例子中，无论通说是认可保护死者的名誉利益，还是支持保护死者近亲属的名誉利益，司法实践中法律适用不确定或欠确定的难题都得到了“解决”。这意味着相关法律规范适用的涵义或内容得到了明确表达，此类争议不会再出现，或即便争议出现，系争各方对争议的解决也有近乎一致的预期。在法院判决的现实司法过程中，法官当然会在这个意义上使用“解决”概念。法官在面对法律不确定性的时候或许会希望有上级法院的先决判决或学界通说作为准据，指明解决案件实践正义的明确方案，而不问这方案是否真正合理。但在学术研究的语境下，这种对实践解决的初步看法流于简单直观，放弃了对司法过程说理与论证的要求，因而站不住脚。

在更强的意义上，“解决”不只终结司法上的不确定性，同时还意味着“妥当”或“合理”地回答司法中法律适用的“实践”问题。然而，这里仍然需界定何谓“妥当”或“合理”。在法条主义或法教义学那里，“妥当”与“合理”并不等同于有效、健全和充分的说理和论证。相反，对司法中富有争议的实践问题进行回答时，在理论上要尽可能克制、保守，这样才能最大程度实现法律以“未完全理论化合意”的方式来指引法律主体行动，确保法律的确定性价值。法教义学提出，在满足法条主义内部的“文本最大化”和“理论最小化”两项要求之后，只需要再满足“融贯性”或“体系性”的要求，就可以认为妥当或合理地解决了实践问题。这一逻辑并不难理解，法律中不确定性的存在，一方面是由于法律文本的模糊和歧义，另一方面来自于法律上不同实践指令之间的冲突。这就意味着，法教义学必须尽可能避免和消弭实践指令上的冲突，“融贯性”和“体系性”满足了这一要求，同时又不必过度理论化。从这个角度来看，“融贯-体系性”原则补充了“文本最大化-理论最小化”原则，可以被视作“文本最大化-理论最小

化”原则的具体展开。无论中外，法教义学家们一致认同，融贯性与体系性是法教义学的最核心特征。法教义学将“法律概念、原则、制度以及由此构成的法律规范”编织成一个结构化的网，就此而言，法教义学又可称作“法网结构学”。

23

经过上述修正之后，法条主义或法教义学解决法律实践问题的方案就可以分解为法条主义字面上的“文本最大化”和“理论最小化”两项要求，以及进一步的为了法律规则实践指示相互协调和融洽的“融贯性”、“体系性”要求。“文本最大化-理论最小化”和“融贯-体系性”这两个原则契合法条主义或法教义学的实践观念，这种实践观念高度务实，立足于最大程度尊重法律文本的权威性，最大程度地实现共识，避免理论争议，并且以最清晰、明确的方式来指引司法、执法官员和公民的行动。从表面看，“融贯-体系性”的要求并不承诺任何宏大理论（grand theory）。然而，这两个原则是否可以充分地辩护法条主义或法教义学的核心主张？在我看来，并不那么乐观。

我们还是以死者名誉权相关争议为例。在死者名誉权保护的相关争议中，无论是争议哪一方都需要考虑某种特定解决方案的“融贯-体系性”要求：

现在假设，有两种关于死者名誉权保护的学说：持近亲属利益保护说的教义学者提出，死去的公民名誉权受到侵害其近亲属可以获得救济，而活着的公民名誉权受到侵害其近亲属不得请求救济；持死者利益保护说的教义学者则主张，死者可以在死后继续拥有名誉权或名誉利益，但不能继续拥有财产权。将同一大类法律实践领域的问题（“死者名誉受到侵害”），根据其事实上（“活着公民”和“死去的公民”）或规范性范畴上的差别（“名誉权”和“财产权”）而作进一步细致的区分并以相同或不同的方式去对待与解决，这是法教义学常用的一种技术，又可以称作“类型化”。现在的问题在于，这两种学说或类型化的方案符合“融贯-体系性”的要求么？

四、“逻辑一致-行动相容”的融贯性要求

为了更为清晰准确地展开分析，在进入实质性讨论之前，让我们先厘清两个问题：

首先，是关于融贯性和体系性这一要求的“对象”，也即是，在司法过程或

²³ 黄卉：《论法学通说(又名:法条主义者宣言)》，《北大法律评论》2011年第2期，第350页。

法学研究过程中，当我们说到“融贯性”或“体系性”的时候，是关于“什么”的融贯性和体系性。有一点是毫无争议的，即我们所说的融贯，并不是权威性的立法文本或法律文本的融贯。理由在于融贯性或体系性并非是立法文本本身既有的事实属性。²⁴法律文本语义和句法上多有模糊和歧义，法律文本往往未能明确指示在个案中该如何适用，或一个条文和另一条文之间在字面上可能互相冲突因而指示不明。所以，部门法教义学家们所说的融贯性、体系性，是指在司法裁判和法律推理中，在人们运用这些法律文本解决个案争议过程中需要满足的要求。融贯性和体系性不是现有法律材料本身的事实属性，而是一种规范性属性、一种理想状态，是我们希望现有法律材料在司法实践中被融贯和体系地运用。因此，融贯性和体系性要求的对象并非现有法律材料本身，而是运用于个案裁判时对这些法律材料的理解(understanding)、解说(account)和解释(interpretation)。不能“将法律融贯性仅仅理解为主体对某个客体本身既有特征的把握”，而应当把它看做是法律推理和解释主体在理解法律材料时能动、积极地赋予这些材料的属性。²⁵用法条主义和法律教义学的惯用术语，我们不妨说，是法律教义(legal doctrines)或学说的融贯，而不是法律文本本身的融贯。

其次，是关于融贯性和体系性要求的“基础(base)”²⁶，也即是，融贯性和体系性要求的对象的内容建立在“什么”之上，受制于“哪些”不可突破的限制和约束。显而易见，由于立法文本的权威性，对法律的理解、解说和解释必须首先承认法律文本的有效性。司法官员只能在实在法文本基础之上或文义的宽泛限度之内进行解释。这就使得司法上的融贯性要求不同于一般意义上的融贯性要求，例如知识论内部信念体系的融贯或规范伦理学上行动规范的融贯。²⁷尽管融贯的要求是一种法律判断主体从评价性角度赋予法律的一种属性，但这一属性并非主体任意施加的。对法律的理解无时无刻不受到实在法的束缚和制约，法律解释尽管以融贯和体系性为理想目标，但这一理想目标总是受到实在法规范语句约束的重构，如同“带着镣铐跳舞”。²⁸当然，法条主义者或法教义学家或许会不同意上述对法律融贯性和体系性基础的刻画，他们可能进一步提出，现有的司

²⁴ 当然，这么说并不否认立法过程或对立法文本本身的融贯性和体系性要求。比如，对立法篇章结构的要求，对立法中某些概念用语的一致性要求。

²⁵ Jack M. Balkin, "Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence", *Yale Law Journal*, Vol. 103, No. 1 (1993), p. 107.

²⁶ See Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain*, Oxford University Press, 1994, p. 288.

²⁷ Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain*, Oxford University Press, 1994, p. 279-291.

²⁸ 林来梵：《宪法学讲义》，法律出版社2011年版，第105页。

法判决也应当作为融贯性或体系性要求的基础。这一主张的某种弱版本当然可以成立。黄卉教授似乎就持有这样的看法，她提出法律教义学对法条的解读也得参考法官的判决，并尽可能和现行判决一致。出于判决稳定性和可预期性的考虑，这一看法可以成立，但即便如此，现行司法判决和法律适用的现状本身并不具有立法文本和实在法意义上的权威性。出于判决稳定性和可预期性的考虑只不过是一种实用的便宜之计。“法条主义”这一概念在字面上就包含了这样的看法：法条主义者将实在法文本，也就是“法条”看做是司法语境中法律融贯性和体系性要求的根本约束。

以关于死者名誉权的诸多教义学学说为例，我们同样会要求民法学者融贯、体系地建构关于死者名誉权保护的学说和教义。在法教义学“解释论”的语境内，任何对死者名誉权问题的回答都可以被看做对相关法条的理解、解说和解释，融贯性和体系性的要求的对象是这些理解、解说和解释，而相关法条则构成了融贯性和体系性解释的基础。在这个问题上，最核心的法条有两条，分别是《民法总则》第十五条和一百零九条。第十五条规定：“自然人从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务。”第一百零九条规定：“自然人的人身自由、人格尊严受法律保护。公民的名誉权若受到侵害，有权要求对方停止侵害，恢复名誉，消除影响，赔礼道歉。”然而，这两个法条并未明确表明，某个现在已经不存在的曾经存在过的公民和自然人——死者，在他死后的某一时刻名誉利益受到他人侵害，是否能得到法律的保护。无论是保护死者名誉权的学说还是保护死者近亲属名誉利益的学说都是对这两个法条的进一步理解，并给出不同的回答。在以融贯性和体系性作为标准判断实质性地判断两种学说何者更为妥当与合理之前，为了更为细致、清晰地推进讨论，让我们先对融贯性和体系性这两个概念进行初步的界定和区分。

在最初步（preliminary）、最薄弱（thin）的意义上，融贯首先意味着逻辑上一致（consistency）或行动上相容（compatible）。当我们说两个或多个命题一致，是指它们可以同时为真而不矛盾；两个或多个行动相容，是指它们可以都可以得到实施而不存在二选一的两难。命题“宇宙是有限的”和“蜘蛛有八条腿”可以同时为真，这就表明两个命题在逻辑上一致；实践要求“我应当尽量避免周二的痛苦”可以同“我应当尽量追求周二之外的痛苦”同时有效，这就意

味着它们相容²⁹。在法律中，当我们说两个或多个法律命题或要求一致或相容，我们是在说它们作为命题可以同时为真或作为（实践）要求相容。

那么，是否能够以一致性或相容性来理解司法领域融贯性的要求？表面上看，一致性或相容性的理解契合法条主义者或法教义学家们“理论最小化”的愿景。毕竟，在他们看来，对法律的理解应该尽可能忠实于法律文本或法条，不需要理论的深度介入，只要能够务实、有效地解决实践问题就足够了。然而，法条主义者或法教义学家实际上无法接纳这样一种对法律融贯性的薄弱理解。因为根据这种理解，只要对法律文本或法条的理解、解说与解释所使用的概念前后一致、命题不存在形式逻辑上的矛盾并且实践指令相容，我们就可以认定这一解释是否“妥当”或“合理”。然而，这种观点是错误的。

按照这一标准，学者无法有效地判断到底是保护死者名誉权的学说更妥当，还是保护死者近亲属名誉利益的学说更合理。这两种教义或学说与侵权法内或侵权法外的其他教义并不存在逻辑矛盾之处，也不存在实践指令上的不相容。针对直接保护死者名誉权的学说，或许有人会提出质疑：死者在死亡的时刻即失去了权利能力，为何应当继续保护死者名誉？采纳前一种学说的教义学家会指出，死者署名权、修改权和保护作品完整权等著作权在死后继续保护，其权利受损时，可以由其亲属代为保护。既然权利能力条款有例外，为何名誉权不可以按照例外处理？何况我国司法实践也认可过名誉权的事后直接保护。而针对保护死者近亲属名誉利益的学说，同样会有反驳意见指出：如此一来，活着的自然人其近亲属受到相同的名誉利益受损，无法寻求法律救济；为何死者的近亲属就可以寻求救济？采后一种学说的教义学家会指出，那是因为这两种情况在事实上有较大差异，在前一种情形是活着的自然人受到侵害，在后一种情形这个自然人不复存在，因而需要以差别的方式保护。如果将融贯性单纯地理解为“一致性”或“相容性”，这两种学说都能轻易地通过检验。

需要进一步说明的是，用死者名誉权学说争议来检验如此理解的融贯性标准的目标，并不是在于表明这一标准可能会在某些案件中遇到困难³⁰，而是想表明这标准本身不足以构成任何有意义的“妥当”和“合理”尺度，无法帮助法学家区分不同教义学说或类型化方案的高下低劣。原因在于以下两个困难：

²⁹ See Derek Parfit, *On What Matters*, Volumes 1, Oxford University Press, 2011, p. 79.

³⁰ 比如司法上的真正两难情境（genuine judicial dilemmas）。See Daniel Statman, “Hard Cases and Moral Dilemmas”, *Law & Philosophy* Vol.15, No.2(1996), pp.117-148.

第一个困难在于一致性与相容性的要求无法排除随意区分 (arbitrary distinction)，而合理性通常要求排除随意区分。根据这种薄弱理解的融贯性要求，法学家和司法官员可以根据事实和规范性层面的差别来随意地区别不同的案件类型并且以不同的方式加以区别对待。随意而任性的区分没有任何意义 (make no sense)。“我应当尽量避免周二的痛苦”可以和“我应当尽量追求周二之外的痛苦”这两个实践要求相容，然而，据以区分这种对待痛苦的标准是不可理喻的。³¹与此类似，在法律语境中，“黄色机动车最高限速20英里每小时”和“红、绿或蓝色机动车最高限速25英里每小时”这两个法律要求也可以在实践上相容，但根据颜色不同来规定车辆限速同样是不可理喻的。³²在我们的法学研究中，随意区分的问题同样普遍存在。法教义学者惯用的“类型化”技术就是立足于区分某些事实并在规范性评价层面差别对待的做法。这些类型的细分也符合逻辑一致、实践相容的标准，但客观地说，很多时候，这些类型化并没有合理、统一的理性标准，甚至其中许多还包含本可避免的范畴错误。

第二个困难在于“融贯性 (coherence)”似乎包含着某种统合 (unification) 或整合 (integration) 的要求，这一要求没能体现在一致性和相容性的薄弱理解中。当我们说诸多命题是融贯的，这意味着诸多命题之间存在内在的关联，使得诸多命题能够构成相对统一的整体。“宇宙是无限的”和“蜘蛛有八条腿”这两个命题在逻辑上一致，但很难说融贯，因为它们缺乏内在联系，无法构成整体。对融贯性的这一理解也解释了为何部门法学家总是在将“融贯性”与“体系性”这两个概念互换使用。某个命题集构成体系，即表明诸多命题之间存在着复杂的内在关联，可以被统合或整合到一起。

五、“合理-可理解性”的体系性要求

到此为止，我们发现“逻辑一致-行动相容”这种薄弱的融贯性概念并不能帮到法条主义者或法教义学家。教义学一方面要求任何对实在法的理解都做到“文本最小化-理论最大化”，另一方面还必须使得这些理解、解说与解释能够至少满足“合理”、“妥当”地被人理智理解的要求。而上面这种“逻辑一致-行动相容”的融贯性要求并不能满足法律学说、教义建构中合理、妥当的标准。

法律推理领域的大多数理论家一致认为，以“逻辑一致性”或“行动相容性”

³¹ Derek Parfit, *On What Matters*, Volumes 1, Oxford University Press, 2011, p. 79.

³² Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978, p. 106.

来理解融贯性并不充分,这两个要求只不过是融贯性的必要条件和初步要求。³³尽管这一融贯性概念最大程度地实现了“法条最大化-理论最小化”,法条主义者也不接受这种薄弱的融贯性概念。所谓的“融贯性-体系性”要求,最重要的是将实在法“体系化”。“把浩瀚无边、繁复交织的法律素材——在理想的状态下——错落有致地结构起来”,这种结构体现在“复杂的关联、位阶和依附关系”,需要“解释、分析和条理化”。³⁴出于讨论清晰性的需要,在此,我们将如此理解的“融贯-体系性”直接界定为“体系性”要求。在汉语中,“体系性”这一概念能够涵盖基本的“逻辑一致性”、“行动相容性”,同时,这一要求也能满足和“合理”、“妥当”理解先行实在法相关的进一步条件。

在德沃金式的“作为整体的法律(law as integrity)”方案中,他同样主张法律的解释必须具有体系性。他将会初步同意法条主义者对体系性的上述简单刻画,然而,德沃金式的法学(Dworkinian jurisprudence)同法条主义或法教义学对“体系性为何重要”这一问题的看法上却可能有着难以弥合的根本分歧。德沃金对法律解释体系性的核心关切来自于他对政治正当性(political legitimacy)的考虑:在(实在)法文本无定论或无(实在)法文本可倚赖的情况下,由于司法官员对法律的不同理解将直接导致社群、国家运用强制力到个人身上。因此,司法官员对法律文本的理解就不能是一种个人理解,必须反映出某种公共辩护(public justification)的要求,即在法律的整体实践中,要求国家用一个声音说话(speaking with one voice),以此来保证法律理解的公共性并约束法官的恣意和偏见。对德沃金来说,解释是一种高度创造性的理智建构活动,法官在这一过程中也具有相当的塑造“法律(而非法条)究竟为何”的权威性,因此在法律解释过程中法官必须再一次进行政治正当性的辩护。³⁵显然,法条主义者或法教义学家在这一点上不会同意德沃金,在法条主义或者法教义学者看来,法律解释是复原既存事物的保守性活动(conservative activity),要尽可能地尊重立法者的权威,尊重法律文本,尽可能克制地对法律文本进行理解、解说和解释;即便不可避免地要对法律文本进行解释,也必须遵守“文本最

³³ 参见Neil MacCormick, “Coherence in Legal Justification,” in A. Peczenik et al. (eds.), *Theory of Legal Science*, D. Reidel Publishing, 1984, pp.235-238.

³⁴ 黄卉:《论法学通说(又名:法条主义者宣言)》,《北大法律评论》2011年第2期,第350、351页。

³⁵ See Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1987, Chap. 6. 在中文世界的讨论中采取类似策略并从政治辩护角度批评法教义学的努力可参见陈景辉:《部门法学的教义化及其限度——法理学在何种意义上有助于部门法学》,《中国法律评论》2018年第3期,第72、73页。

大化-理论最小化”的准则。最低的程度，就是法官在理解法律文本的时候必须高度尊重立法权威。他们预设，法律的正当性辩护在立法的阶段就已经圆满完成，法官只不过是现存或已有法律“忠实的搬运工”。对他们而言，法官们对法律的创造性解释不但往往是“狗尾续貂”，更是一种不折不扣政治权力上的僭越。当然，为了使得受到法律调整的主体能够清晰、明了、确定地理解法律文本并依照法律的要求去行动，他们必须提供一套便于被理解、掌握和运用的对法律的解读，除此之外，一切都是不必要更是不正当的。这也正是法条主义者或法教义学家如此重视通说的原因所在。为了让法律主体尽可能清晰、明了、确定地理解法律文本，在解释法律时想必要遵循一些基本的要求，这一基本的要求就是理智上的可理解性（intelligibility）或基本的合理性（rationality）。体系性正是服务于这样的根本目的。

最小意义上的“合理-可理解性”的体系性要求可以独立于法律的道德正当性。这就意味着，即便是实际上道德不正当的法律文本，在司法适用或实施的时候，也需要被体系化³⁶，因为体系化是为法律主体所理解的基础条件。假设有一部邪恶的法律，其概念使用前后不一，违反“逻辑一致性”；条文互相冲突，调整行为的范畴随意而凌乱，违反“行为相容性”。具有上述特征的邪恶的法律很难得到有效适用。理由在于，这样一部法律基本上无法被法律主体在理智上理解和把握。制定这样一部法律的立法者除了遭受针对法律本身规定的内容不正义的指责之外，还得额外承受说不通（make no sense）、无法理解（unintelligible）之类基于合理性（rationality）要求的批评。

以上的讨论可能太过抽象。让我们用更为简单的例子来说明何谓说不通、无法理解意义上的“不理性”³⁷：

张三自以为并宣称他喜欢吃所有臭的食物，他也确实喜欢并经常吃臭冬瓜、鲱鱼罐头、纳豆、臭鳊鱼等食物，然而，他却唯独厌恶臭豆腐，并且在尝试一次

³⁶ 在这点上，我与陈景辉教授对体系化为何重要这一问题的理解有着较根本的分歧。在我看来，即便某个法律体系不主张正义性并且实际上其内容也不正义，它仍然需要被体系化，因为体系化的要求是来自于人类理解的内在要求。显然，任何法律，不管其内容在政治上正当与否，都首先必须被理智上理解或合理化（rationalization）。可参见陈景辉：《部门法学的教义化及其限度——法理学在何种意义上有助于部门法学》，《中国法律评论》2018年第3期，第72、73页。

³⁷ See Derek Parfit, *On What Matters*, Volumes 1, Oxford University Press, 2011, pp. 79, 80; Michael Smith, *Ethics and the a priori: Selected Essays on Moral Psychology and Meta-Ethics*, Cambridge University Press, 1998, p. 269.

之后再没有吃过臭豆腐。

我们可以在两个意义上批评张三不够理性 (not fully-rational) 或不理性 (irrational)。在第一个意义上, 我们可以指出, 某些食物臭的性质本身给了我们不喜欢并不吃臭的食物的理由。在这个意义上, 他错误地回应了这些理由, 去喜欢一些客观上不值得喜欢或去吃了不应吃的东西。我们可以在他是否回应客观理由的意义上展开实质的理性批评。在第二个意义上, 我们对张三的理性批评不是针对他“喜欢并吃臭的食物”这个选择内容的客观方面, 而是对他主观的欲望、偏好和行为展开一个可理解意义上的形式批评: 他一方面主张喜欢吃所有臭的食物, 并且也确实喜欢吃从有点臭到非常臭的食物, 但却唯独不吃臭豆腐。在不吃臭豆腐这一点上“说不通”, 使得他的整个行动“没法理解”。进一步, 如果重新表述第二种意义上的不理性, 我们实际上是指他的一般性规范性信念和其他欲望以及行动之间的不匹配、不融贯, 使得我们无法富有意义地、合理地理解他的选择。

在法律推理与解释的过程中, 解释者也面对着第二个意义上的合理性批评。要回应这种独立于内容的形式批评, 就必须给出某种合理化的过程, 使得法律文本能够被合理地理解并免于这类批评。这种合理化的过程就是所谓的“体系化”。根据上一节的讨论, 体系化的要求首先当然包含薄弱意义上的融贯性, 也即首先要求法律教义与学说满足“逻辑一致性-行动相容性”的要求; 其次, 这些法律教义与学说必须具有某种体系的统合性 (unification), 体系内部的教义学内容具有内在的关联, 以至于我们能够把不同的教义和学说整合起来, 构成一个体系性的整体。那么, 在满足了一致和相容的最基本要求之外, 如何实现对法律理解的体系化的统合性? 使得我们在理解法律的时候, 能够说我们“真正理解了法律”?

类似的问题也隐含在上述的例子中: 我们如何看待张三的这些选择? 如何尽可能同情式地理解他对上述事物的偏好? 最主要的冲突, 并不在于张三吃其中某些食物, 但不吃其中另外一些食物这一表面的不一致中, 因为张三喜欢吃臭冬瓜、鲱鱼罐头、纳豆、臭鳊鱼的选择完全可以与不吃臭豆腐的选择并存, 这些个别选择放到一起 (尽管有可能但) 并不必然会导致任何逻辑上的错误。真正的冲突在

于其中个别化的行为、意图、欲望（包括喜欢并实际上吃臭冬瓜、鲱鱼罐头、纳豆、臭鳊鱼的欲望和行为）和更为一般化的欲望（喜欢吃臭的食物）之间的紧张和不协调关系。人们总是对他们的选择进行更为一般化的说明和理解，使得每一个个别的偏好和行为能够与一般的欲望和意图构成一个复杂的结构，并在此基础上由自己或他人进行合理性评判。³⁸理解具有理性能动性的人的某一行动，正是在这种复杂结构中进行。体系的重要性也正是在此。

法条主义者显然也意识到了体系性的这种重要性，法律适用中的体系性也要求法学家对法律的理解呈现出某种复杂的一般和个别相联系的结构。黄卉教授将这种复杂结构用“错落有致”这一高度修辞化的形容词来界定。在她看来，法律教义学体系的建构就是把法律教义学内容中的不同要素“错落有致”地组织和搭建起来。在这里，我认同黄卉教授的判断，某种“错落有致”的复杂结构是体系性的核心要求。³⁹但到此为止的分析依然很初步，有两个进一步的问题需要考虑：

首先，在法教义学体系内，何谓“错落有致”或怎样的结构可以被叫做“错落有致”？

其次，为什么“错落有致”是体系性要求中的核心内容？这一要求究竟如何促进我们“更合理地理解”法律？

首先考虑何谓“错落有致”。在现代汉语中，“错落有致”是一种与艺术陈设、景观结构相关的美学评断。在涉及到人类理智性理解或知识的领域，我们同样会对知识体系内的结构进行评断，并且认为符合某些复杂结构的知识才是更好的知识或认为这样的知识才更好地增进了人类的理智表现。同样，在法律知识内部，我们之所以认为体系性是重要的，也是出于同样的理由。我们倾向于认为法律知识内部“复杂的关联、位阶和依附关系”⁴⁰增进了我们对法律的理解。

假如我了解校园中心草坪里每一棵草的形态，从理智上来说，我拥有这些知识当然是好的。但这样的知识我们并不会称作是“体系性”的知识（参考图1），因为其内部高度均匀，每一个信念和信念之间并不存在复杂的关联，谈不上“错落有致”的复杂结构。此外，这些有关于草的形态的信念高度同质化，他们仅仅是一些细枝末节的琐碎的具体知识，只关涉到特定和有限时间、空间内的偶然的

³⁸ See Michael Smith, *The Moral Problem*, Blackwell Publishing, 1994. p.159.

³⁹ 黄卉：《论法学通说（又名：法条主义者宣言）》，《北大法律评论》2011年第2期，第350页。

⁴⁰ 黄卉：《论法学通说（又名：法条主义者宣言）》，《北大法律评论》2011年第2期，第350页。



图1

知识。与此相比，如果我是一名生物学家，我了解这种草的普遍形态和生长规律，我们会说，这类知识在增进人类理解上要比前一类知识来得更好。至于这里更好的原因，与上面这类具体、同质而琐碎的知识相比，这类知识1) 具有一定的普遍性 (universality) 和一般性 (generality)，我了解了草的普遍形态和生长规律，这些知识能够延伸与扩展到地球上的每一棵同类的草，意味着我在某种程度上了解世界上每一棵这一类草，而这远远比眼前草坪上的草要多；2) 这类普遍的知识具有说明上的优越性 (explanatory priority) 或说明上的支配性 (explanatory dominance)，关于这种草的普遍形态和生长规律的知识能够说明或解释每一棵个别的草，而不是倒过来说每一棵草的具体形态的知识能说明和解释这种草的普遍形态和生长规律；3) 由于这类知识具有的普遍解释功能，这类知识能够与更为具体的某个个别草形态和生长过程的具体个别知识结合起来，以有机的方式组合成为一个整体，并拥有复杂的结构。⁴¹图2的这个结构就展现了这样一种“错落有致”的复杂性，其中p是最为一般与普遍的知识，而s、t、u、v则是最为个别和特定的知识，pq、qt之间的关系即说明上的优越性或支配性，即p可以说明q或q可以说明t，而不能倒过来。

⁴¹ See Thomas Hurka, *Perfectionism*, Oxford University Press, 1993, pp. 114-120; Thomas Hurka, *The Best Things in Life: A Guide to What Really Matters*, Oxford University Press, 2010, pp. 77-101.

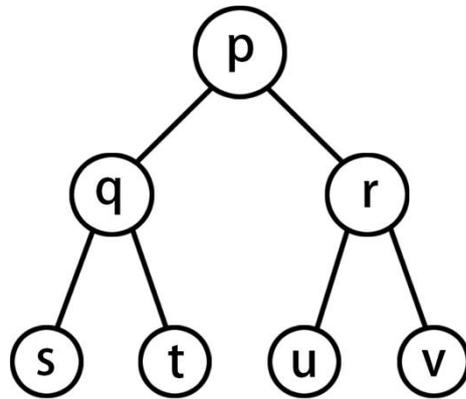


图2

结合上一节对薄弱的融贯性标准的讨论，概括起来，我们可以给体系性的标准给出这样的界定：

一套知识是成体系的，当且仅当：a) 所有知识都在逻辑上一致，b) 其中包含普遍与一般的知识，c) 这些普遍和一般的知识能够延伸和扩展至相当规模的个别、具体的知识，d) 这些普遍与一般的知识能够以结构紧密的方式说明或证立上述个别、具体的知识。

如果一套知识能够满足上述的条件，我们就可以声称这一套知识是体系性的知识，这就表明我们对知识涉及的事物或对象有更好的把握和理解。正是在这个意义上，体系地组织起来的知识（图2）要比那些非体系的琐碎、个别、单调的知识（图1）更合乎理性，更能够被理解，并且更值得追求。

上述讨论并不仅仅适用于自然科学式的描述性或说明性知识，这些对值得追求的人类理解或好的人类知识的看法同样适用于实践性领域，其中就包括对法律文本的理解。而法教义学内容在结构上的“错落有致”指的正是普遍性的法律知识和个别性的法律知识所构成的解释、说明、证立上的复杂结构。

Alexy与Peczernik也采纳了类似的体系概念和标准。⁴²尽管他们认为体系性

⁴² Robert Alexy和Aleksander Peczenik使用的概念是“融贯性（coherence）”，将其界定为“一个理论涵盖的诸多陈述越趋近于完美的支持性结构，这一理论就越融贯”。因此，实际上他们所使用的“融贯性”概念大致等同于本文所界定的“体系性”概念。See Robert Alexy & Aleksander Peczenik, “The Concept

要求可以被交往理性 (discursive rationality) 涵盖, 而本文则更多从人类理智合理性 (rationality as intelligibility) 的角度来理解体系性。⁴³但大致上, 他们对某个实践学说体系性标准的看法也符合本文对体系性的看法。Alexy 与 Peczenik 从三个角度论述体系性的要求: 实践学说体系内部支持性的关系 (supportive relationship) 越多、越强、越细密, 则体系性越强⁴⁴; 实践学说体系内运用的概念越普遍, 概念的相似度越高联系越紧密, 则体系性越强⁴⁵; 知识涵盖的范围越广泛和多样, 则体系性越强⁴⁶。这三个要求完全符合前文所概括的 a、b、c 和 d 四个体系性判断标准。

法教义学对体系性要求的核心特征完全能够为上述“体系性”的概念和标准所涵盖。在法教义学概念的部分, 法教义学家清楚地指出, 法教义学之功用在于更好地“实施和贯彻法律”, 法教义学是通过促进“同时代和后代人”更好地“了解法律”来实现这一宗旨。显然, 法教义学家们同意“法教义学体系”的根本意义在于增进法律人对于法律文本的理解, 以一种合乎理智、可理解的方式来解说法律文本。在法教义学体系的标准部分, 黄卉教授说的体系在结构上“错落有致”, 存在着“复杂的关联、位阶和依附关系”实际上是指法律学说与概念并非只是图 1 那样琐碎、个别和单调的样式, 而必须有复杂的支持性关系或的说明、证立关系。而“依附关系”无外乎本文所界定说明、证立的优先性和支配性。黄卉教授还特别提到体系性也体现在能够把“浩瀚无际、反复交织”的法律素材组织起来, 这正是体系性标准中的延伸性或扩展性。因此, 我们上述对体系性的概念和标准的讨论实质上可以被视为是一种对法教义学体系理论富有高度同情的深度再解

of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality”, *Ratio Juris*, Vol. 3, No. 1 (1990), p. 131.

⁴³ 从免于理性批评的角度来说, 可理解意义上的合理性要比交往理性的要求更普遍。即, 一个人可以在没有人际交往的情境中从可理解的合理性 (也就是体系融贯) 的角度上对自己的欲望展开批评。例如, 前文的那个喜欢臭的食物的人就可以在这个意义上自我批评。

⁴⁴ “1) 支持性关系的数量, 也即说明或证立上的优越性或支配性, 支持性关系的数量越多则体系性越强; 2) 支持性链条的长度, 长度越长则体系性越强; 3) 支持性关系的强度, 强度越强则体系性越强; 4) 支持性链条的交叉, 交叉越多则体系性越强; 5) 理由和理由之间具有优先性秩序, 意味着当理由冲突之时能够又明确优先性秩序的, 则体系性越强; 6) 双向证立, 即越多双向证立的关系则体系性越强。” See Robert Alexy & Aleksander Peczenik, “The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality”, *Ratio Juris*, Vol. 3, No. 1 (1990), p. 132-139.

⁴⁵ “7) 一般性或普遍性, 概念的一般性或普遍性越强, 则体系性越强; 8) 概念和概念之间的交互索引 (cross-connection) 越多, 则体系性越强。” See Robert Alexy & Aleksander Peczenik, “The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality”, *Ratio Juris*, Vol. 3, No. 1 (1990), p. 140-142.

⁴⁶ “9) 能覆盖的个案的数量, 个案越多则体系性越强; 10) 覆盖不同领域的多样性, 多样性越丰富, 则体系性越强。” See Robert Alexy & Aleksander Peczenik, “The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality”, *Ratio Juris*, Vol. 3, No. 1 (1990), p. 142-143.

释。

六、重申“理论”与“实践”的关系

讨论至此，我们已经彻底而充分地考察了“融贯性-体系性”这一法条主义或法教义学引以为傲的独特概念和方法。法条主义者和法教义学家们试图以这种方法来定义和辩护法条主义或法教义学的核心特质，也即是，以“融贯性-体系性”的方式来实现“文本最大化-理论最小化”的实用主义研究风格。然而，我们的讨论表明，无论法教义学家采纳“逻辑一致-行动相容”的薄弱融贯性概念与要求还是“合理-可理解性”的体系性概念与要求，他们的论证和推理都是失败的。

薄弱的融贯性概念符合“文本最大化-理论最小化”的实用主义原则，但薄弱的融贯性概念本身即无法成立，也根本不足以帮助我们区分两种法律学说哪一种更融贯于现有的法律文本；以“合理-可理解性”的方式界定的体系性概念本身能够成立，它也能高度同情且富有深度地解释为什么以促成法律人理解和实施法律的法教义学需要体系性，但这一体系性概念和标准不符合“文本最大化-理论最小化”的实用主义原则。为了更好地理解法律文本，从而化繁为简来“解释、分析和条理化”地处理“浩瀚无边、繁复交织”的法律素材，法学必须依赖高度一般化、普遍化的概念和理论，以这些概念和理论来建构体系，“错落有致”地组织法律知识。

因此，在我看来，法教义学家们对法条主义或法教义学自身方法的本质属性有着极为深刻的误解。在根本上，实用主义倾向（“文本最大化-理论最小化”原则）无法和体系性主张（“融贯性-体系性原则”）兼容，这两个核心主张之间存在极大的张力，非要放到一起将会导致法条主义或法教义学立场的自我推翻（self-defeating）。在这里，法条主义者或法教义学家们有两种选择：要么放弃实用主义的倾向，承认法律知识必须被体系化，从而接纳高度抽象化、一般化并富有理论深度的“理论法学”；要么放弃体系化的努力，不承认法律知识有高度体系化的必要，法律知识只需要满足“逻辑一致性-行动相容”薄弱融贯性的要求，蜕变到不具有合理可理解性的“伪知识”体系，以得不到理性辩护的“通说”来指导司法实践。

但后一种法教义学在面对司法实践时显然是无力的，因为从实在法文本中得

到合理妥当的对法律的理解、解说和解释在根本上依赖体系性的方法，而体系性又依赖抽象、一般和普遍的法律知识。让我们暂时放弃过度抽象的理论反思，回到死者名誉权之争这个例子，并以此来进一步检验法教义学的方法论。

从体系性的角度看，保护死者亲属名誉利益的教义学说遭遇的最大困难在于，在名誉权主体活着的时候，其近亲属的名誉得不到保护，而一旦名誉权主体去世，他们的名誉利益就可以得到保护。这一区分是任意而缺乏理智支持的。如果说近亲属的名誉利益本身值得保护，则无论名誉权主体是否活着，其近亲属的名誉利益都应当得到保护。所以法教义学家必须放弃这一解说。当然，持这种教义学立场的学者可以主张近亲属的名誉利益本身不值得保护，是由于死者名誉利益的反射而得到保护，则这里仍然考虑的是死者的名誉利益，那在本质上就已经承认了死者（以前存在的自然人）具有权利能力。这就构成了一种体系的破裂或不圆满。

另一方面，直接保护死者名誉权的教义学说则遭到两点基于体系考虑的质疑：首先，《民法总则》与《民法通则》规定自然人的权利能力始于出生终于死亡，民法的法律实践整体上不承认生前的人（除了胎儿）和死者具有权利能力。承认死者具有名誉权似乎违背了这个一般要求。其次，这一学说承认了死者可以遭受侵权损害，但在侵权法的其他领域，只有活着的自然人可以遭受损害。这两个问题似乎也没得到体系性支持，也构成了另一种体系的破裂或不圆满。

从“合理-可理解性”体系性要求的角度看，这两种学说的体系性破裂和不圆满使得在法律在面对死者名誉保护这一实践难题时无法给出理智上可以理解并妥当认可的答案。在实际审判实践中，这一问题困扰我国法院数十年，判决倾向与侵权法学说前后几次迂回，民法学者也承认该问题“历经十余年讨论仍存重大分歧”⁴⁷。这种“无解”的状态显然不是权威民法学家或侵权法专家们一致同意的“通说”能够轻易解决；即便他们承认某种立场为通说，或即便由于有了司法解释因而司法判决事实上更多采保护死者亲属名誉利益的学说，这个实践问题依然尖锐，这一理智上的挑战仍然深刻。在我看来，这些困难来源于部门法学家们高度实用主义的“文本最大化-理论最小化”法条主义或法教义学的思维习惯。

要解决上述两个学说的争议并给出一个合理可理解的符合体系性要求的实践解答，我们必须再次回到体系性要求的根本上来。根据我们前面的分析，体系

⁴⁷ 刘召成：《死者人格保护的比较与选择：直接保护理论的确立》，《河北法学》2013年第10期，第88页。

性之所以是重要的，根本上是因为体系性的要求能够帮助我们在某类案件法律文本“法无定论”的情况下“无中生有”地给出一种对法律文本的理解、解说和解释。有两点需要厘清：第一，这种“无中生有”不等于“法律续造”，而仍然是一种对实在法文本的理解、解说意义上的“法律解释”。只不过是法律文本未能对系争案件有一个明确而合理的回答，需要解释者给出一个明确而合理的回答。第二，我们前面已经解释过，这种“无中生有”并不是依赖某种法律外的道德价值——比如“正义”、“公正”来进行体系化。这种实质价值的体系化方案来自德沃金。他主张要用“裁判上的完整性原则（principle of integrity）指示法官”，以正义和公正这两个实质道德价值作为论证和解释的目标来“识别出法律权利和义务”。⁴⁸相反，我们运用体系性的方法据以无中生有来处理“法无定论”问题是借助合理的可理解性（rationality as intelligibility），它并不带入外在于法律的实质道德价值。这是一种“法律内部的体系化”。⁴⁹

那么，体系性的思考如何做到“无中生有”？在这类“法无定论”的困难的案件中，既然一个知识体系的体系性在根本上取决于“抽象、一般、普遍的知识”和“具体、特殊、个别”知识之间证立与说明关系的数量、强度和联系的结构复杂性，体系性的思考最核心的部分在于“抽象理论运用于具体事例”的思考。在体系之内展开反思并使法律文本变得整体上可理解的过程并非只是纯粹出于理论兴趣的抽象反思，更是出于解决实践问题的需要。

从获得更为抽象和一般的价值辩护可能性的角度，我们可以进一步对死者名誉权的两种对立学说展开体系性分析。

保护死者亲属名誉利益的教义学说遭遇的最大困难在于极其任意地区分了“死者”近亲属的名誉利益和“活着的自然人”近亲属的名誉利益。这一任意的区分得不到侵权法内部一般价值上的合理辩护：从近亲属的自身的利益看，无论名誉权被侵权人是死是活，他们的利益受损是一样，既然一样，为何区别对待？如果承认是出于保护死者利益的考虑，那么这一学说实际上等同于“死者权利⁵⁰保护说”。因此，这一学说基本上是无法得到体系内部的一般价值辩护。

保护死者名誉权的教义学说则遭到两点基于体系考虑的质疑：首先，承认死

⁴⁸ See Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1987, p.225

⁴⁹ 当然，也有学者持有骑墙的立场，认为“体系化”是一种形式融贯和实质价值合理之间的状态。See Jack M. Balkin, “Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence”, *Yale Law Journal*, Vol.103, No.1(1993), pp.105-107.

⁵⁰ 在“名誉权”这一权利的概念上，本文预设权利利益论的理解。

者具有名誉权似乎违背了权利能力的一般规定，因为民法只承认现世性，不处理自然人生前与死后的境况。其次，承认了死者可以受到伤害，但在侵权法的其他领域，“活着的自然人可以受到伤害”这似乎是侵权法内部一个有效的一般命题。

让我们从第一个问题开始：“死者”是否具有权利能力似乎是个开放性的问题，取决于我们对死者的看法。对“死者”这一概念最完整和严谨的说法应该是“曾经存在过而现在不复存在的自然人”，换言之，指的是“死前的自然人”。而“死前的自然人”在他死之前，当然是具有权利能力的。因此权利能力的问题并不足以构成体系的破裂。一旦我们把权利能力理解为“因主体自身利益而被予以规范性考虑的资格”，这种资格当然可以穿越生死线。并且实际上在著作权法中，也已经保障了作者的署名权、作品完整权等权利，只不过这些权利的保护要借助其近亲属提起诉讼。另外，《民法总则》第16条规定：“涉及遗产继承、接受赠与等胎儿利益保护的，胎儿视为具有民事权利能力。但是胎儿娩出时为死体的，其民事权利能力自始不存在。”对胎儿继承、接受赠与等利益相关权利的考虑实际上也能够“因主体自身利益而被予以规范性考虑的资格”的意义上理解。这种对“权利能力”这个一般概念的理解能够涵盖更多样的情形、在说明上也更为有力，在这个意义上，体系性得到了更好的维护，权利能力相关的实践也得到了更好的理解。

现在转向第二个问题：活着的人可以受到各种侵权损害，但是死者能够受到侵权损害么？这似乎是个任意的区分，缺乏体系性的理论辩护，从侵权法整体来看难以理智地理解。有学者提出，既然自然人死了之后不复存在，并且无法知晓或感知身后名誉受损的痛苦，名誉损害自然就无从说起。⁵¹并且，有许多权利的侵害在死后确实是无从谈起的，例如财产权。我们无法富有意义地谈论死者的财产权在死后遭受侵害，因为财产价值的实现依赖人对财产的支配和利用。死者不复存在，自然无从支配利用，更遑论侵害。但是把财产权与名誉权放到同一类权利范畴下进行讨论本身也可能是“任意而缺乏理性辩护”的归类。只有当我们把名誉看作“仅仅是”类似财产的物品，要从名誉的占有中获得实用的其他利益，比如财富、社会地位时，这一权利范畴才能成立。然而这个前提并不充分，古代以及现代中国人对“三不朽”⁵²的重视就表明，人们在意名誉或许并不仅仅在意

⁵¹ 参见葛云松：《死者生前人格利益的民法保护》，《比较法研究》2002年第4期，第26页。

⁵² 古代中国人即有三不朽之说，最为人熟知的是鲁国的叔孙豹所说的“太上有立德，其次有立功，其次有

实用的利益，更在意名誉本身，也即他自身仪行在世人心目中获得的评价以及对这个社会的正面影响。在这个意义上，死者的名誉利益当然可以受到侵害。

体系性思考的结论是，死者名誉权保护说从体系的角度看更圆满，并且能够获得一般理论的强有力支持。在解决这一实践问题的过程中，我们运用高度理论化的思维来体系性地理解死者名誉权保护中的实践争议。在第一个核心争议的理论性分析中，从体系性的标准看，我们把抽象的“权利能力”概念拓展到了除“活着的自然人”之外的“胎儿”和“死者”上，并予以融贯自恰地说明。这一解说把一般概念延伸到更为多样的个别事例上，并且在说明的强度上要高于“活着期间的自然人在活着期间有被规范性考虑资格并运用权利”这一固有理解。这种理论性的分析使我们更好地理解权利能力作为抽象概念本身，也更好地理解死者、胎儿和活着的自然人的权利能力。

在第二个核心争议的理论性分析中，我们同样更好地理解侵权法上抽象而一般的“损害”概念，把这概念拓展到超越主观体验的部分，从价值论的角度融贯而自恰地说明了财产权与名誉权这两类权利的本质差别。同样是把一个抽象概念延伸到更为多样的个别事例上，并且在说明和论证的强度上要高于固有理解。当我们这么做的时候，我们不但更好地理解“损害”这一极为抽象的概念，也加深了对“名誉权损害”、“死者名誉权”损害的理解。

上面的讨论表明，在法学中，理论与实践的关系并非两张皮，它们相互依存，共同促进了我们对于实践的真正理解和解决。就如同我要真正在理智上了解草坪上的某一棵草，不仅仅意味着我了解它的每一个琐碎细节上的形态特征，还意味着了解这种草的一般形态和特征、生长规律，或许还包括这类草的演化生物学自然史。只有当我拥有了后面这一类知识并将其运用于某棵特定、个别的草之时，我对这棵草（以及这类草）才有真正透彻的了解。仅仅有理论是不够的，即便我阅读了大量生物学书籍，并了解了大量关于这种草的一般知识，这种理解仍然是片面的；反过来说也成立，只有个别感官经验式的具体、个别而琐碎的认识当然也是不够的，意味着我并没有真正了解这株草的形态和生长过程。

在这里，我辩护的是这样一种对于法律学问的观点，我试图表明，真正的实

立言，虽久不衰，此之谓不朽。”（《左传·襄公二十四年》）。胡适将三不朽观念看做是中国人超越死亡的重要方式。现代中国人对三不朽的看法最具有代表性的是“社会不朽论”，可参见胡适：《不朽：我的宗教》，载《胡适文集》第2卷，北京大学出版社2013年版，第529~530页。

践活动离不开理论，而理论反思也离不开实践。在根本上，它们都服务于我们更好地认识事物并展开行动。对法律的体系性要求也正是反映了这样一种“理论-实践”的观点。

法学在根本上是一门“实践”的学问。这个人所共知的判断在根本上即意味着真正解决实践的问题，必须诉诸理论性的反思。在我看来，对实践的这一认识并不新颖或独树一帜，只不过我们长期选择性地忽视了它。儒家的“格物致知”概念即蕴含着这样的一种观点。朱熹说：“格，至也。物，犹事也。穷至事物之理，欲其极处无不到也。”所谓的格物致知，最核心的要求就是穷尽某一事物的普遍道理，并且将这些普遍的道理推及或扩展到（extend）到个别事物之上，以增进对世界与人事的理解并指导人们的认识与实践。“一草一木，一昆虫之微，亦各有理”，通过了解具体个别的事物来了解普遍抽象之理。⁵³在亚里士多德那里，当他讨论人如何去实践与行动，他也要求人们首先把握“最高的善好（highest good）”，从最高的善好出发去理解每一活动的意义并加以贯彻。

面对这种反驳，法条主义者或法教义学家们或许会指责我过于极端化地处理了“体系性”的要求。他们会指出，体系性的要求不是绝对的，只需要足够的体系化以实现法律文本的理智可理解性。换句话说，他们会主张这里的争议核心不应该被表述为是否需要体系化的性质差别问题（differences of kind），而是应当被看做体系化到什么程度就能足够的程度差异问题（differences of degree）。由上文的讨论可知，体系性在根本上取决于：1）知识体系内部支持性关系的数量、强度和复杂性；2）知识的抽象性、普遍性和一般性；3）概念的相似度和联系紧密性；4）知识延伸和涵盖的范围和多样性。⁵⁴这四个子标准都是程度性的，因此，法律知识的体系性确实不是一个有或无的问题，而是一个程度性判断的问题。

基于上面这个认识，法条主义者或法教义学家可以主张，法条主义方法的实用主义倾向可以和适当程度的体系化要求兼容。在我看来，这一回应初步看起来是有效的，他们可以再一次重申他们所理解的法律中务实的“解决问题”的“实

⁵³ 朱熹进一步说：“所谓致知在格物者，言欲致吾之知，在即物而穷其理也。盖人心之灵莫不有知，而天下之物莫不有理，惟于理有未穷，故其知有不尽也。是以大学始教，必使学者即凡天下之物，莫不因其已知之理而益穷之，以求至乎其极。至于用力之久，而一旦豁然贯通焉，则众物之表里精粗无不到，而吾心之全体大用无不明矣。此谓物格，此谓知之至也。”《大学章句·补格物章》

⁵⁴ Robert Alexy & Aleksander Peczenik, “The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality”, *Ratio Juris*, Vol. 3, No. 1 (1990), pp. 132-143.

践”概念，即“实践”是指妥当而务实地解决司法中富有争议的问题。如果不必过度体系化（高度理论化）就能解决的问题，就没有必要追求完美的体系化（或理论化）。黄卉教授曾示范性地展示法条主义方法论的展开，就在其中采取了类似的立场和策略。她试图表明，在泸州遗赠案这类“看似法无定论”的案件里面，在已经初步融贯和体系化的法条本身能够解决问题的情况下，不必去进行深层次的理论探讨，尤其是价值论的讨论。⁵⁵我同意她在这一案件中对那种忽视相关实在法条文有效性，动辄进行利益衡量的方法的批判，但这种对法律实践的一般性看法并不能成立。充其量，她的主张只不过是重复了这样一种乞题（question begging）式的立场：在不需要理论介入的时候就不需要理论介入。那么，在需要理论介入的时候呢？她的主张并没有充分地表明，法学中有关司法实践的研究在总体上不需要深度理论介入。在死者名誉权保护这一类司法争议中，没有深层次理论的介入，这一争议就无法得到妥当、合理的解决。

最后，在我看来理论反思的重点在于价值论的部分，用法教义学体系论术语来说，即是法律的内在体系塑造了外在体系，而非相反。就像MacCormick所说，要令对实在法文本的某种理解和实践运用在理智上说得通（make sense），我们就必须对“体系之内的价值展开反思（reflection on the values of the system）”⁵⁶民法学家也认为民法学“应遵循实质意义上体系强制的要求”，也就是“民法学者在讨论制度性问题的过程中，应维持法律制度之间价值取向的和谐”。⁵⁷上文以死者名誉权为例展开的分析表明，体系性的要求的核心并非在于概念体系的融贯与自恰，“权利能力”、“损害”、“名誉权”这样的概念能否成立的最根本标准在于价值论上的辩护是否充分和有力。而人造（artificial）的概念本身只不过是一种处于价值与实践活动之间的中介性工具，服务于精确表达价值的需要，或在大量价值争议不存在的情形下帮助人们更有效率、更低认知和沟通成本地开展实践的需要。在概念捉襟见肘甚至不堪其用的时候就必须返回到内在体系的角度进行体系性价值反思⁵⁸类似的，真正核心的体系性要求也不在于制度层面的融贯，因为制度本身依赖于对制度实践“意义”的看法。只有当我们能够刨根

⁵⁵ 黄卉：《论法学通说（又名：法条主义者宣言）》，《北大法律评论》2011年第2期，第353-377页。

⁵⁶ Neil MacCormick, *Legal reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978, p.107.

⁵⁷ 王轶：《对中国民法学学术路向的初步思考——过分侧重制度性研究的缺陷及其克服》，《法制与社会发展》2006年第1期，第90页。

⁵⁸ See Felix S. Cohen, “Transcendental Nonsense and the Functional Approach”, *Columbia Law Review*, vol.35, No.6 (1935), pp.809-849.

究底地从一般价值出发来圆融地说明和证立某种制度的时候，才真正实现制度层面的体系性。价值和概念、制度之间的关系类似于筋骨和皮毛，只追求概念和制度的融贯自恰无异于孟子说的“明察秋毫，不见舆薪”。

结语：法理与法学的统一

本文从法条主义的通说理论入手，批判性地考察了法条主义以及更一般的法教义学的核心主张及其辩护。本文的论证表明，法条主义的法教义学建立在浮沙之上：无论是以通说为法学研究宗旨的法条主义，还是以体系化为根本方法法教义学，都无法充分而合理地捍卫他们所主张的研究目标，也就是以“文本最大化-理论最小化”的方式来解决司法争议。这两种学术研究方法论的根本失败在于太过单薄地理解了“实践”的真正内涵，并人为地割裂了理论与实践的关系。

在本文看来，法教义学如果有鲜明的立场，那么这种立场将无法得到充分和有效的辩护——“法条主义”即代表了这样一种值得尊敬的努力，因为“教义学”这个概念内在地与实践的“穷理”本质相冲突。当然，学者也可以转而捍卫一种高度包容性的法教义学，但过于持重稳妥的立场会使得这样一种方法论立场失去独特性和可辨识度，就将富有意义方法论之争变成了关于“教义学”这一概念用法的言辞之争。⁵⁹当然，我们的结论并不是说法教义学毫无价值。教义学这个概念来自于宗教。对于那些神圣宗教经典中文本显白、指示清晰并且不存在文本内部矛盾的神圣教诲来说，“教义学地”或“教条主义”地遵循这些教诲就足够了，额外的理智努力并不必要。与此类似，法教义学也有与此类似的价值。教义学式的学说为那些相对清晰显白的法律文本提供一套界面友好（interface friendly）的概念和学说体系来帮助法律实践者快速、便捷地解决法律实践中的问题。就此而言，法教义学有着实用意义上不可替代的重要价值。

然而法学者并不能满足于教义学家这样的角色。不同于法律实务一线的法官、检察官或律师，法学研究者群体承担着特殊的智识责任，应该致力于追求理智卓越（intellectual excellence）。他们的责任在于理性重构既有法律的知识体系，增进人们对法律的理性把握，并以此解决司法过程中遭遇的难题。然而从现状看，这一使命似乎并未完成。就理智卓越的程度上来说，法学在诸多社会与人

⁵⁹ 许多法学研究者都在这个意义上使用“法教义学”这一词，因此不能说这样一种学术辩护不合理。但是，如果法哲学、法社会学、立法学在其中都有一席之地，这样做的理论后果将是法教义学以面目模糊作为代价得到了认同。

文科学中似乎更像是一名后进生。在大众的“法学”观念中，法学专业不过就是“背法条”。这就表明我们的法学研究还欠缺学理性。法学的研究还没有摸索出真正的法律科学，还没有寻找到人类社会普遍存在的“法律的理性，以及理性的规律”。⁶⁰这就势必要求法学转型升级，引入反思批判精神，提高法学的思维能力和思辨能力，来追问现行的法律规则、原则、原理，发现真正的法理，实现法律从法学学问到法治实践的法理化。⁶¹当然，这并不等于片面地申说“法理学”这门学科的重要性。法学教育与科研的建制对部门法学和理论法学进行了泾渭分明的分工，但理智卓越的标准并不因学术分工而有不同。本文的论证已经清楚地表明，在理智上理解实在法必然需要体系化，而体系化也即意味着理论化。部门法学与法理学不可分割，两者共同构成了完整的“法学”学问，缺一不可。部门法学家和法理学者应当抛弃学科的人为界分，⁶²在务实解决实务难题的同时也要关注法理。在理想的状态下，理智上追求卓越的法学理当“表里精粗无不到”，“全体大用无不明”，以至“豁然贯通”。

⁶⁰ 苏永钦：《法律作为一门学问》（未刊稿），第33页。

⁶¹ 张文显：《法理——法理学的中心主题和法学的共同关注》，《清华法学》2017年第4期，第5-40页。

⁶² 甚至应当打破法学和其他社会人文科学，甚至是自然科学之间的学科界限。可参见王凌峰：《走向认知科学的法学研究——从法学与科学的关系切入》，《法学家》2015年第5期，第1-15页。

人工智能与法律：法律推理模式的垫脚石

艾德文娜·里斯兰

陆幸福*

本文主要讨论已有二十年历史的人工智能（AI）和法律这一跨学科领域的发展。该领域对人工智能和法律各自都非常重要，因为它旨在提高我们对法律推理的理解和建模。

此处讨论的人工智能和法律项目是这一领域的里程碑。¹这些项目的统一主题旨在理解法律论证并为之建模，这是理解法律推理并为之建模的总体目标之基石。这些目标要求我们：首先，了解如何表示几种类型的知识，例如案例、规则和论证；第二，如何通过它们进行推理，例如巧妙地处理先例，适用规则并通过规则进行推理，以及根据事实调整论证；第三，如何最终将它们用于可以执行法律推理和论证任务的计算机程序中，例如，类比有利案例并辨异相反案例，预测对手论证中的策略，以及创造巧妙的假设。

这些项目构成关于人工智能和法律之关键主题的一系列连贯研究：（1）通过规则进行推理；（2）处理具有空缺结构的法律概念；（3）通过案件和假设进行推理；（4）整合通过规则的推理与通过案例的推理；（5）表述法律知识。处理第一个主题的技术局限性由第二个主题解决，并且第三个主题解决第一个主题根本没有涵盖的关键问题。第四部分整合前三部分的工作，第五部分提供了所有这些工作所需的基础。这些项目是人工智能和法律方面的一些主要成就，尤其是关涉理解法律论证和为之建模的部分，并且，它们例证和说明了此研究的进程、考量和风格。

一、人工智能的背景

（一）何为人工智能

人工智能旨在研究认知过程，其所使用的是计算机科学的概念框架和工具。²作为计

* 著译者简介：艾德文娜·里斯兰（*Edwina L. Rissland*），马萨诸塞大学（Amherst）计算机与信息科学系副教授，哈佛大学法学院讲师；陆幸福，西南政法大学行政法学院教授，博士生导师。本文译自Edwina L. Rissland, *Artificial Intelligence and Law: Stepping Stones to a Model of Legal Reasoning*, 99 *Yale L.J.* 1957 (1990) .

¹ 最早对人工智能和法律的探讨之一， see Buchanan & Headrick, *Some Speculation About Artificial Intelligence and Legal Reasoning*, 23 *STAN .L. REV.* 40(1970). See also Gardner, *law Application*, in *THE ENCYCLOPEDIA OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE* 456 (S. Shapiro ed. 1989) (providing general overview of AI and law). 当前工作的一个代表性文集， see *THE SECOND INTERNATIONAL CONFERENCE ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LAW : PROCEEDINGS OF THE CONFERENCE* (1989) [hereinafter ICAIL-89].

² 更多背景， see E. CHARNIAK & D. MCDERMOTT, *INTRODUCTION TO ARTIFICIAL INTELLIGENCE* (1985); 1-4 *HANDBOOK OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE* (A. Barr, P. Cohen & E. Feigenbaum eds. 1981-89); G. LUGER & W. STUBBLEFIELD, *ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND*

计算机科学一个单独的子领域，人工智能始于二十世纪五十年代中期。³在1968年，人工智能的创立者之一Marvin Minsky说得很好：人工智能是“使机器完成原本需要人类智能才能处理之事的科学。”⁴因此，智能行为的所有方式都属于人工智能的领域，包括下棋、⁵解决计算问题、⁶数学发现、⁷理解短篇小说、⁸学习新概念、⁹解释可视场景、¹⁰诊断疾病，

THE DESIGN OF EXPERT SYSTEMS (1989); THE ENCYCLOPEDIA OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *supra* note 1; P. WINSTON, ARTIFICIAL INTELLIGENCE (2d ed. 1984).

³ 1956年在达特茅斯学院召开的夏季会议可能是标志其开端的最恰当的里程碑。See P.

MCCORDUCK, MACHINES WHO THINK 93-114 (1979) (描述围绕达特茅斯会议的历史和在人工智能领域的持续影响)。

⁴ SEMANTIC INFORMATION PROCESSING v (M. Minsky ed. 1968).

⁵ See, e.g., Newborn & Kopec, Results of The Nineteenth ACM North American Computer Chess Championship, 32 COMM. ACM 1225 (1989) (描述了几款游戏)。

⁶ James Slagle的SAINT最早开始研究符号数学，这个程序解决了从麻省理工一年计算课期终期考试54个题目中的52个。See Slagle, A Heuristic Program That Solves Symbolic Integration Problems in Freshman Calculus, in COMPUTERS AND THOUGHT 191 (E. Feigenbaum & J. Feldman eds. 1963). 接下来的项目是Joel Moses的程序SIN。See Moses, Symbolic Integration: The Stormy Decade, 14 COMM. ACM 548 (1971).更进一步对符号数学的研究已经引领像麻省理工MAC-SYMA这样的系统之开发，“一个大型的互动计算机系统被设计来帮助数学家、科学家和工程师解决数学问题。” 2 HANDBOOK OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *supra* note 2, at 143. Commercial versions of such programs are now available for personal computers. 个人计算机现在可以获得这些程序的商务版。Wayner, Symbolic Math on the Mac, BYTE, Jan. 1989, at 239.

¹¹以及进行类比推理。¹²所有关于人工智能的讨论都必须注意到：到目前为止，涉及“常

⁷ 一个为数学中的发现过程建模的程序是Doug Lenat的AM。通过使用包含基本概念和经验法则的知识库，AM能够“发现”诸如“因子”和“质数”这样的概念。R. DAVIS & D. LENAT, *KNOWLEDGE-BASED SYSTEMS IN ARTIFICIAL INTELLIGENCE* 1-225 (1982); *AM*, in *3 HANDBOOK OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE*, *supra* note 2, at 438.

⁸ *See, e.g.*, R. SCHANK & R. ABELSON, *SCRIPTS, PLANS, GOALS, AND UNDERSTANDING: AN INQUIRY INTO HUMAN KNOWLEDGE STRUCTURES* (1977) (讨论理解故事的理论); *INSIDE COMPUTER UNDERSTANDING: FIVE PROGRAMS PLUS MINIATURES* (R. Schank & C. Riesbeck eds. 1981).自然语言处理工作的总体文集，*see READINGS IN NATURAL LANGUAGE PROCESSING* (B. Grosz, K. Jones & B. Webber eds. 1986); *STRATEGIES FOR NATURAL LANGUAGE PROCESSING* (W. Lehnert & M. Ringle eds. 1982).

⁹ *See, e.g.*, *1-2 MACHINE LEARNING: AN ARTIFICIAL INTELLIGENCE APPROACH* (R. Michalski, J. Carbonell & T. Mitchell eds. 1983, 1986).

¹⁰ *See, e.g.*, *READINGS IN COMPUTER VISION: ISSUES, PROBLEMS, PRINCIPLES, AND PARADIGMS* (M. Fischler & O. Firschein eds. 1987).

¹¹ *See, e.g.*, *RULE-BASED EXPERT SYSTEMS, THE MYCIN EXPERIMENTS OF THE STANFORD HEURISTIC PROGRAMMING PROJECT* (B. Buchanan & E. Shortliffe eds. 1984) [此后简称 *Buchanan & Shortliffe*] (关于细菌感染诊断系统MYCIN的全面论述)。

¹² *See, e.g.*, Gentner, *Structure-Mapping: A Theoretical Framework for Analogy*, *7 COGNITIVE Sci.* 155 (1983).类比推理是人工智能领域早期诸程序中的一个主题，

识”判断或者理解的任务，如语言理解，对人工智能而言都显得极为艰难。¹³但更技术化的任务，如解决计算问题或者下棋，通常则简单得多。原因在于，后者可以通过界定清晰的术语予以构造，¹⁴且完全属于非黑即白的领域，而前者则与之相反。人工智能方法与其他认知和知识方面的研究（如心理学或者哲学）相区别的地方在于，人工智能方法坚持以计算机术语分析为基础，尤其青睐那种包含分析而运行成功的计算机程序。¹⁵

人们竞逐人工智能至少有两方面的原因：理解人类智能的运作¹⁶，以及创造出能够智能运行且实用的计算机程序和计算机。人工智能领域的大多数工作者都在不约而同地追求这些目标。例如，在设计一个商用计算机程序（用于决定是否同意信用卡申请）的过程中，程序设计者需要详查有经验的人是如何作出这种决定的，因为他们通常是最佳

Evans, A Program for the Solution of a Class of Geometric-Analogy

Intelligence-Test Questions, in *SEMANTIC INFORMATION PROCESSING supra note 4*, at 271.

¹³ See, e.g., E. CHARNIAK, *TOWARD A MODEL OF CHILDREN'S STORY COMPREHENSION*

271-74 (MIT AI Lab Technical Report No. 266, 1972) (即便是“简单”的儿童故事也理解得非常糟糕)。

¹⁴ 例如，围棋的规则完全界定了游戏。此外，在围棋的例子中，使用高性能而专门化的“搜索”技术，可以发现解决办法。这是非常成功的诸如*Deep Thought*这样的围棋程序，之所以起作用的原因。*Deep Thought*每秒可以审查720000个围棋位置。See *Newborn, & Kopec, supra note 5*, at 1225. 然而，这些程序是否以人类棋手系统的方式下棋以及它们是否能够启发人类思维过程，则是另外一回事。See *Chase & Simon, The Mind's Eye in Chess*, in *VISUAL INFORMATION PROCESSING 215, 278* (W. Chase ed. 1973).

¹⁵ See D. DENNETT, *BRAINSTORMS: PHILOSOPHICAL ESSAYS ON MIND AND PSYCHOLOGY 112* (1978); *MIND DESIGN* (J. Haugeland ed. 1981).

¹⁶ 两个关于人类认知的有趣理论，see M. MINSKY, *THE SOCIETY OF MIND* (1986); A. NEWELL, *UNIFIED THEORY OF COGNITION* (forthcoming 1990).

且仅有的关于如何做好该工作的信息来源。¹⁷与之相类似，以理解认知过程或为之建模为目的而介入人工智能时，展示一个运行的程序不是一般令人满意：成功在某种程度就是一个有效的计算模块。¹⁸

在法律语境中，这种双胞胎式的理性转化为两个紧密相连的目的，即理解法律推理的关键方面，以及建立对法律实践、教学或者研究有用的计算工具。前者的一个例子就是对基于先例学说进行推理的人工智能模块的研发。开发人工智能模块的过程令开发者学习法律推理。建模涉及到基于先例进行推理的许多关键要素，例如对先例与新情况之间的相关性作出评估，区分出不同的案例类型，并在相关联案件之间建立联系；而后，详细描述它们并建立一个程序来予以执行。

第二个目标，也即更为应用导向的目标，是建立一套计算工具（例如律师的工作台）以辅助准备案例纲要。这些可能包括以下功能：辅助从数据库收集相关先例、根据先例的教义方法进行归类、以及“检查先例是否被推翻、被重新确认、被质疑以及被引用”。如辅助写案例纲要那般，建立一个实用系统需要开发分析模块。具有典型意义的是，如果有一个模块能够提供通向实践进步的洞见，那么对该分析模块的满意度就会上升。

开发法律推理模块的欲求并不新。确切地说，诸如先例分析等法律推理的关键部分

¹⁷ 心理有效性即使并非总是最重要，它也通常很有帮助。*MYCIN*项目说明了这一点。*MYCIN*项目的目标是建立一个能够诊断细菌血液感染的专家级别系统。尽管目标不是严格模仿专家医生的诊断行为，但在项目的早期阶段，当人工智能研究人员（称为“知识工程师”）收集、组织和编码为程序使用的医学知识专家时，对医学专家的观察至关重要。之后，让程序以易于理解的方式运行对于调试和优化它至关重要。 *See generally Buchanan & Shortliffe, supra note 11.* 通常的情况是，如果程序的处理方式与人类之间没有联系点，程序行为似乎难以理解，这阻碍了它的发展。程序和专家处理之间的某些相似性也增强了人们对程序输出之正确性的信念；有时这是因为程序更容易以用户的术语解释自己的推理。关于抓住专家推理风格的问题，像*Deep Thought*这样的围棋游戏程序是高性能程序的极端情况，那里不主张认知有效性。 *See Newborn & Kopec, supra note 5.* 并不试图让*Deep Thought*像大师那样思考。 *See Leithauser, Kasparov Beats Deep Thought, N.Y. Times, Jan. 14, 1990, § 6 (Magazine), at 33, 74* (讨论*Kasparov*关于其中某些事项之分支的想法)。

¹⁸ 实际上建立一个程序和思考它是不一样的，编程使得模型的弱点或者困难展现地非常清晰。 *Cf. McDermott, Artificial Intelligence Meets Natural Stupidity, in MIND DESIGN, supra note 15, at 143, 156-59* (突出了没有应用于实际，而理论化应用的风险。)

确实早已是很多讨论的主题。¹⁹然而，在大多数情况下，此前的研究并未提供人工智能模型所需的具体水准；这即是说，它们没有提供足够的详情以表明它们能够被作为一个计算机程序实施。²⁰在人工智能中，具体是必须的。例如，法律已经被描述为“通过例子推理”。²¹对某些目的而言，这种程度的描述就已足够；但是对人工智能而言，它还有太多的问题需要回答。要利用法律学者关于法律推理不可估量的洞见，人工智能研究者需要在推理如何发生以及需要哪些信息和方法方面进行具体化的研究。

人工智能方法迫使人们进行无情地分析和具体化。其鼓吹人们使用计算机科学的理念和方法，开发概念和计算的框架。

（二）人工智能和法律：一个卓有成果的协同增效作用

法律给开发分析性的计算人工智能模型提供了大量机会。同时，法律自身所具有的一些独特性质也使其成为一个对人工智能而言极具挑战性的领域：

1. 法律推理是多模型的，丰富而多变，具体包括案例推理、规则推理、法条推理以及原则推理；
2. 判例法具有推理和证成的明确风格和标准：遵循先例；
3. 专门法律知识，例如判例和成文法规则，存档良好且可从多个途径获得，包括：

¹⁹ See, e.g., B. CARDOZO, *THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS* (1921); E. LEVI, *AN INTRODUCTION TO LEGAL REASONING* (1949); K. LLEWELLYN, *THE BRAMBLE BUSH* (1930); K. LLEWELLYN, *THE CASE LAW SYSTEM IN AMERICA* (1989); Radin, *Case Law and Stare Decisis: Concerning Präjudizienrecht in Amerika*, 33 COLUM. L. REV. 199 (1933).

²⁰ 尽管这显然不是他们的目的，但有些讨论已经变得非常接近。例如，Llewellyn和Radin所做的分析抓住了人工智能所欲求的描述之精神。See, e.g., K. LLEWELLYN, *supra note 19*, at 50 n.1 (描述先例原则，尤其关涉对案例规则的宽泛和狭义解读); Radin, *supra note 19*, at 206-09 (描述法律中的概念演变). Radin's description is uncannily similar to an algorithm, called the "candidate elimination algorithm," used in machine learning. Radin的描述奇怪地类似于在机器学习中所用的一种算法，叫做“候选人淘汰算法”。See 3 HANDBOOK OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *supra note 2*, at 385-91.关于这种算法和Radin分析的比较，see Rissland & Collins, *The Law as Learning System*, in PROCEEDINGS OF THE FOURTH ANNUAL CONFERENCE OF THE COGNITIVE SCIENCE SOCIETY 500, 501 (1986) (审查了Radin的“内在危险”概念的演变)。

²¹ E. LEVI, *supra note 19*, at 1.

案例报告、论文、重述、成文法、商业要报和学术评论。

4. 法律是自知且自我批判的，并已经有一个审查其过程和预设的固定传统。事实上，相互竞争的法学流派之间存在激烈的争论。

5. 在法律领域中，答案的特点较其他领域有所不同：它们更多是一个程度问题而不是明确的是与否的问题，且它们会随着时间而发生变化。

6. 法律推理中应用的知识是多元的，从常识到专门法律知识都有，且它在结构、性质和使用上有巨大变化。

这些观察表明法律和人工智能之间的丰硕增效之可能性，且对人工智能的方法有影响。法律是多种模型的，这意味着人工智能程序需要通晓数种推理模式以及如何一同使用它们。法律具有明确而被接受的推理风格，给研究者一个明确的推理风格以结合到一个模式之中，用之于分析法律推理。然而，某些推理模型，例如案例推理，与人工智能领域使用的推理区别很大，而人工智能研究人员也是最近才对此感兴趣。

法律的存档良好、自知和自我批判性使其更易为人工智能研究者所获取。如果没有法律知识的数据积累，没有试图描述并批评法律推理的目标和方法的传统，那么人工智能研究者就必须从零开始去理解法律推理并解释所涉及的知识。这绝不是说所有的基本研究都已经完成——法律推理的哲学叙述对人工智能的目的而言是模糊不清的，相对于传统法律材料之“本本知识”，此处的法律知识必须更为详尽。再者，法律的人工智能研究已经有了一个很好的开端，即一个认识论的帮助。

在法律领域，与其他学科不同，所谓的“答案”不是明确的。法律中通常并无唯一正确答案，而是存在合理的可替代性答案，更多是程度问题而不是“非是即否”的极端情况。这些答案高度依托语境，依赖于法律所涉及的目标和观点，并随着法律的演进而发生变化。即便以规则为基础的法律推理也不能按照纯粹演绎方式建立模型。不幸的是，这也意味着，在推理结束的时候，不存在这种快感，即，将必须被证明之物，以正确而无可指摘的方式进行处理，这一点与数学不一样。从法律观点来看，这并不是真正的不足——这是一个特征而不是计算机科学家所谓的故障，因为它允许法律容纳情境和目的中的变化。但是，在计算意义上，法律答案的本质增加了复杂性和难度，也增加了丰富性和灵活性。

这些观察都表明：对人工智能而言，法律是一个极具挑战性的领域。人工智能和法律中的研究将驱使人工智能走向新的方向并从中受益。相应地，法律也将在分析性和实践性两个层面受益于人工智能。作为一个分析的中介，人工智能集中一丝不苟的精力于理论观念的细节和精确测试。随之而来的是，这便利了缺陷之揭示，推进了对预设的理解，导向细致的建议。人工智能聚焦于知识与过程的问题（在一定程度上，还未在计算方法中得到发现），达到非计算方法所没有的程度，它经常假定某些关键任务，例如类比推理，将被神奇地完成，这种神奇表现在：这些知识和过程没有如何完成的线索，²²却

²² 哲学家Dan Dennett称之为“智能借贷”问题或者隐藏的侏儒。See D. DENNETT, *supra* note 15, at 12. 在一个人工智能模型中，一些过程，在某些地方，必须真正做这项工作或者如Dennett所言，这个理论是“赤子”。见前注。一个巨大的危险是“设计一个能力不可想象的系统。” *Id.* at 112; see also McDermott, *supra* note 18, at 143.

留下过多无法说明的关键细节。²³法律从人工智能获得的实际利益是智能计算工具。法律和人工智能之间的这种关系是真正的相互增强关系。

(三) 人工智能和法律项目的一些需为之事

鉴于前述法律的特殊性质,我们能够列举出几个希望理想的人工智能和法律项目能够实现的目标,它应该能够:

1. 通过案例(包括真实的和假想的)和类比进行推理;
2. 通过规则进行推理;
3. 结合数种推理模式;
4. 处理界定不清且有空缺结构的概念;
5. 形成论证和解释;
6. 处理知识项目(例如规则)中的例外和冲突;
7. 容纳法律知识(特别是法律概念)库中的变化,并处理非单调性,即变化,先前真理在这种变化中不再视为已知;²⁴
8. 为常识性知识建模;
9. 为意图和确信建模;
10. 理解某些日常语言。

我们距离这种理想还很远。然而,在这些重要的前沿,已经有了一些行动,且已取得一些令人瞩目的进步。

实际上,人们今天能够考虑,何种需为之事在当下、近期、某一天可被期待,或者永远无法实现。当前,人工智能正在不断推进基于判例的推理(目标1),已经在基于规则的推理中有了易于理解的方法论(目标2),以及正在探索多种范式的推理(目标3)。以空缺结构的谓词进行推理(目标4),已经有一个令人尊重的初步进展,但是它需要

²³ 德沃金的某些模型在这方面比较有趣,例如他关于疑难案例的模型。*See, e.g., R. DWORKIN,*

TAKING RIGHTS SERIOUSLY(1977). 他认为可能不存在真正的“疑难”案例,因为人们可以使用一套权衡的原则来解决某些“疑难”问题,这些问题的出现是因为所匹配的案件存在冲突或各原则难分高下。原则和权重来自一系列相关先例。德沃金省略了两个细节,即如何决定使用哪些先例以及如何从中引出原则。他并不一定是错的,但提取其模型运作更详细的描述将很有启发。通过拒绝进一步指导如何开发权衡系统,德沃金仅仅将分析问题推回了一步。关于相对权重的分配,他已经走进了“信用分配”的泥潭,这为机器学习工作者所熟知,其中的问题是,将某个问题完全的成功或者失败归功于或者归咎于个别步骤或者其某个方面。比如下棋获胜归功于或者其失败归咎于倒数第二步,第一步,或者某个中间一步或者几步?

如何判断哪一个特征或原则“导致”案件以有利于一方或另一方的方式得以解决? *See*

Minsky, Steps Toward Artificial Intelligence, in COMPUTERS AND THOUGHT, supra

note 6, at 432 (1963); Samuel, Some Studies in Machine Learning Using the

Game of Checkers, in 3 IBM J. RES. & DEV. 211 (1959).

²⁴ 例如,以新的先例推翻已经建立的原则。

其他像判例推理（CBR）²⁵和机器学习²⁶等方面人工智能专门知识的进一步贡献。重大贡献出现在基于先例的论证中，²⁷而解释（目标5）也取得进展。因此，人们可以乐观地说，人工智能有一天至少能够初步为人工智能和法律项目处理很多关键目标。我可以这样说，前五个需为之事在当前和近期将可以实现。

接下来的两个需为之事分别是处理例外和冲突（目标6），以及容纳知识库中的变化（目标7），此二者当前在人工智能尤其是机器学习中得到广泛处理。可以合理预期，人工智能项目很快就可以处理渐进的变化，而非突然或快速的变化。²⁸非单调性已经由一群活跃的研究者进行大力探索，他们主要运用根植于复杂逻辑学的方法。因此，这两个需为之事有一天也能够实现。

²⁵ “基于案例的推理”是程序通过使用先前案例去解决新案件的过程，先前案例诸如：先例、经验、问题解决判断、详细解决方案、计划等。基于案例的推理有两种：（1）“解决问题式基于案例推理”，其重点是通过重新使用和修改旧解决方案以产生新问题（案例）的解决方案；（2）“解释性基于案例推理”，其重点是通过比较和类比过去案例中的解释来产生对新案件的解释。对于这两个类型，关键问题是案例记忆的结构和内容，从记忆中检索案例的索引机制，以及评估所检索案例相似性和相关性的指标。在法律领域所采取的这种基于先例的推理是第二类基于案例推理的范例。 *See generally* PROCEEDINGS: WORKSHOP ON CASE-BASED REASONING (J. Kolodner ed. 1989) (good sampling of current research); Kolodner, Rissland & Waltz, *Case-Based Reasoning from DARPA: Machine Learning Program Plan*, in PROCEEDINGS: CASE-BASED REASONING WORKSHOP 1 (1989) (由国防高等研究计划署赞助；提出基于案例推理的主要类别、基于案例推理的要素和杰出研究事项)。

²⁶ “机器学习”是指程序改变其自身（尤其是其知识）的能力，由此它可以更好地工作。

²⁷ *See infra* Section II.C.

²⁸ “规范科学”所涉类型的变化，用Kuhn的术语说，服从于机器学习的技术。相比之下，库恩“范式转换”所涉变化类型至少在下列意义上可能不是如此，即系统本身意识到需转换之需要，并通过创造新概念以实现之。 *See* T. KUHN, *THE STRUCTURE OF SCIENTIFIC REVOLUTIONS* 10, 66 (2d ed. 1970); *see also* E. LEVI, *supra* note 19, at 8, 9 (描述法律领域的变化)。

至于最后三个需为之事，我没有那么乐观。为常识推理建模，知晓意图和确信以及自然语言能力到目前为止是最难的任务。就语言而言，某些能力，诸如交互对话和理解短篇概要可以在狭窄有限的领域获得成功；更完全的理解能力还遥不可及。²⁹广泛适用的总体“解决方案”还相距甚远。某些事情我预期永远不会看到，例如理解书面上诉意见——终极意义的遐想。³⁰

二、通向法律论证模型的重要步骤

本部分将讨论人工智能和法律项目中的几个里程碑式的项目，它们为通向理解和模块化法律推理（尤其是法律论证）的远期目标提供了关键步骤。它们处理：（1）通过规则进行推理；（2）通过具有空缺结构的概念进行推理；（3）通过判例、假设案例和引用先例的论证进行推理；（4）通过规则和判例进行混合范式的推理；以及（5）法律知识的深度模型。

（一）通过规则进行推理

通向法律推理模型的最早步骤之一是使用专家系统³¹为一些以规则为基础的法律建模。³²这一步骤反映了人工智能的发展：以规则为基础的专家系统是这样一种创造两项

²⁹ See generally, Lehnert, *Knowledge-Based Natural Language Understanding*, in *EXPLORING ARTIFICIAL INTELLIGENCE: SURVEY TALKS FROM THE NATIONAL CONFERENCES ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE* 83 (1988).

³⁰ 这不是因为意见特别难懂，而是因为理解文本很难。见前注12, 29。法律意见使用专门的词汇和惯例，因为这些考虑需要额外的处理，因此它们可能更难；另一方面，这些考虑因素所带来的额外限制可能会使法律意见更易于进行计算分析。

³¹ “专家系统”是一个具有特殊目标的计算机程序，可以说，它就是某个狭窄问题领域的专家。通常，这个程序运用规则表述其知识并进行推理。See, e.g., P. HARMON & D. KING, *EXPERT SYSTEMS* (1985); D. WATERMAN, *A GUIDE TO EXPERT SYSTEMS* (1986); B. BUCHANAN & R. SMITH, *Fundamentals of Expert Systems*, in 4 *HANDBOOK OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE*, supra note 2, at 149.

³² 更早一点的一个与基于规则的法律相联系的努力是Layman Allen关于“规范化”的研究。其重点是消除成文法和法律文件中的句法模糊性，而不是用计算程序推理它们。See Allen, *Symbolic Logic: A Razor-Edged Tool for Drafting and Interpreting Legal Documents*, 66 *YALE L.J.* 833 (1957). 当然，如果某些含糊之处，例如关于逻辑连接

第一的人工智能系统，它是第一次可被广泛获得，也第一次在人工智能研究领域之外被采用。³³此外，它们根本的计算机制，概念清晰且拥有很强的计算能力。而从法律的立场出发，存在关于规则的效力、有用性和状态的一系列观点，也存在表述它们的很多已知困难，³⁴不过，下列做法依然很自然，即摘出一部分法律规则并将其植入基于规则的标准计算框架之中。

在基于规则的方法中，规则以一种简单的即程式化的“如果—那么”形式进行编码：如果已知掌握了一定条件，那么就采取所宣称的行动或者得出所宣称的结论。³⁵基于规

词的范围和诸如“如果”、“除了”和“除非”之类词语的含义从法律来源中删除，则对专家系统使用的法律规则进行编码，便更加容易，且争议更少。Allen & Saxon, *Some Problems in Designing Expert Systems to Aid Legal Reasoning*, in THE SECOND INTERNATIONAL CONFERENCE ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LAW: PROCEEDINGS OF THE CONFERENCE 94 (1987) [hereinafter- ICAIL-871](讨论了对排除规则之拟议限制结构的48种替代性解释)。

³³ 例如，DENDRAL专家系统已经被有机化学家广泛使用。see R. LINDSAY, B. BUCHANAN, E. FEIGENBAUM & J. LEDERBERG, *APPLICATIONS OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE FOR ORGANIC CHEMISTRY: THE DENDRAL PROJECT* (1980); sources cited *supra* note 31.

³⁴ 关于“句法”困难，see Allen, *supra* note 32, “语义”困难，如冲突规则、不精确术语和不完全。See Berman & Hafner, *Obstacles to the Development of Logic-Based Models of Legal Reasoning*, in *COMPUTER POWER AND LEGAL LANGUAGE* 183 (C. Walter ed. 1988) (探讨了基于逻辑方法之困难); Berman, *Cutting Legal Loops*, in ICAIL-89, *supra* note 1, at 251 (讨论了成文法中的定义循环、递归和自引用)。

³⁵ 例如，Waterman和Peterson的案件和解系统中关于“产品使用责任”的规则1，“如果在原告的损失可预见时使用[产品]（并且该使用是合理和适当的或使用是紧急情况或（被告对该使用有描述而描述不正确）或被告没有描述该使用）然后声称被告对该产品的使用负责。” D. WATERMAN & M. PETERSON, *MODELS OF LEGAL DECISION MAKING* 37 (Institute

则的系统通过将这些规则串联在一起进行工作。³⁶

基于规则的方法尤其有用，因为在很多领域，许多专家的知识可变为“如果——那么”规则中的表达，其中很多是“启发式的”。³⁷启发式算法通常是专家过去解决问题的个体综合，并且它们抓住了用于实现受过教育的预感的方法。专家系统提供了一种直接的方式来利用启发式专业知识，即表达为规则。

专家系统方法在法律中的首次使用由兰德公司民事司法中心的Donald Waterman和Mark Peterson完成。³⁸在他们的系统中，规则被用来为教义陈述和法律专业知识编码，并作为经验法则。³⁹他们在专家系统开始被广泛应用时得以完成的工作，既代表了在法律中使用专家系统方法所能作出的成就，也表明了此种方法固有的困难。Waterman和Peterson调查了专家系统方法如何在法律适用中作为一种实用工具运作，并证明了它是

for Civil Justice of The Rand Corporation Memo R-2717-ICJ 1981) (括号用于表示逻辑连接词的范围和分布; 因此, 这里有两个主要的前例, 其中第二个可以用其他方式来满足)。

³⁶系统可以通过从事实推理出它们所支持的所需结论来“向前进”，或者从想要的结论找到支持它的事实“向后退”。向前进的链条只是重复应用逻辑推理规则之演绎推理：如果一个规则“如果A然后B”和事实A，则得出事实B。与之相反，在向后退的链条中，要建立事实B，需要寻找一个规则并确认有信息满足其前提条件——A；如果A得不到满足，那么人们就会寻找建立A的规则，依此类推，直到达到必要的事实依据且所需的结论在逻辑上获得支持。 *See W. SALMON, LOGIC(2d ed. 1973); sources cited supra note 31.*

³⁷“启发式”是一种经验法则，是一种浓缩的智慧。许多解决问题的行为都是由启发式经验法则来指导的，例如“如果这是第四个进攻且需要长码数，那么弃踢”，或者“如果你需要正确的法律杂志形式进行注释，那么咨询法律期刊编辑。”启发式方法是过去经验表现为“好”或“明智”做法的方法；它们不一定能确保一种解决方案，如算法或数学定理那样，并且偶尔它们甚至可能给出错误的答案或导向适得其反的方向。“启发式”一词源于希腊语的发明或发现。数学家George Polya讨论了启发式推理以及启发式方法在数学推理和解决问题中的应用。 *See G. POLYA, How To SOLVE IT (1973).*

³⁸ *See generally D. WATERMAN & M. PETERSON, supra note 35.*

³⁹ *See, e.g., supra note 35* (诸多规则中的一例)。

一种为法律专业知识建模的方法。⁴⁰

其中一个系统的问题领域——被称为LDS（法律决策系统），正在评估一个以和解为目的之产品责任案件的“价值（worth）”。该程序在严格责任、比较过失和赔偿金计算等方面使用基于规则的模型，能够计算案件的价值，抓住支持诸如过失这种结论的推理链条，为和解谈判的某些方面建立模型。这个程序证明了基于规则的技术在法律适用中的可适用性。

或许他们系统的最大弱点在于，它以不精确的术语掩盖了推理中固有的困难，并且对法律推理的对抗性特征轻描淡写。例如，法律决策系统问用户，产品的使用是否“可预见”。⁴¹这是一个著名的微妙问题，其答案对解释开放并且完全依赖具体情境。人们可能会争辩道，得出关于使用之可预见性的结论是过失领域中推理的核心，且通过要求用户做出一个解释性的描述，这个系统已经放弃了整个游戏。法律决策系统也说明了在基于规则的方法中另外一个一般性的问题：它没有赋予法律推理的对抗性特征足够的重要性，而在对抗性这里，相对方寻求建立不同的，通常是相矛盾的结论。或许更为根本的问题是，基于规则的方法假定规则体系不存在诸如模糊性、空隙和冲突这些内在的困难。为了完成基于规则系统的工作，程序员必须经常消除这些问题且使规则看起来比其实际更加一致和完整。

尽管过分简单，但由Waterman和Peterson建立的系统却是未知领域中的一个里程碑。如果因为无法解决法律推理建模中的所有疑难问题而对其予以责备，这显然是不公平的。值得赞扬的是，对于这些批判，Waterman和Peterson在他们各自的评论文章中都予以了勇敢面对。例如，他们既应对在处理不精确法律谓词中的困难，也应对以这种概念进行更精细推理的需求。⁴²

今天，专家系统是已经使用的最重要方法之一，并且存在很多当前应用的其他例子。英国最近的两项努力尤其值得注意。第一个是Richard Susskind和Phillip Capper所建立的潜在损害赔偿系统，它处理的问题域关涉到1986年英国潜在损害赔偿法。⁴³他们的系统处理与期限相关的复杂法律问题。在该期限内，当损害或者所遭受损失尚为“潜在”

⁴⁰ See D. WATERMAN & M. PETERSON, *supra* note 35, at 13-15.

⁴¹ *Id.* at 45.

⁴² See *id.* at 26. Waterman, 机器学习的先驱，他理解学习问题对专家系统何等关键。

他远远超越了他的时代，他在1987年的英年早逝是一个巨大的损失。

⁴³ *Latent Damage Act, 1986.*

时，请求权人便可以启动程序。⁴⁴除了在复杂法律体系中提供一个有用的适用之外，这项工作Susskind以分析法学术语解释程序方面，也挺有趣。⁴⁵

第二项努力是伦敦大学国王学院逻辑编程小组的一组程序，其中一个为最近的英国国籍法建模。⁴⁶这个程序的主要目标，是测试以基于规则的方法，表述大型复杂成文法时的适应性。利用规则给成文法建模的过程，为程序员揭示出该法律所特有的一些问题，提供了帮助，例如法律中那些未界定的法律谓词和漏洞，以及基于规则方法在关涉否定性之形式化时的众多一般性问题、默认值和反事实的运用、常识性知识之表述和行政裁量在成文法中的使用等，其中的每一个都给人工智能带来有趣的技术问题。⁴⁷

尽管基于规则的技术，仅仅是整个法律论证模型中的一个组成部分，但从建立有用的应用的角度来看，它们却具有令人满意的强大力量。有很多适用的例子，其中很多因在壕沟中需要实际且省力的工具而驱动，而专家资源在壕沟中非常紧张。⁴⁸鉴于便宜的

⁴⁴ P. CAPPER & R. SUSSKIND, *LATENT DAMAGE LAW-THE EXPERT SYSTEM* (1988). 该书包含用于在IBM PC或XT等机器上安装和运行系统的软盘。

⁴⁵ See R. SUSSKIND, *EXPERT SYSTEMS IN LAW* (1987).

⁴⁶ *British Nationality Act, 1981. See Sergot, Sadri, Kowalski, Kriwaczek,*

Hammond & Cory,

The British Nationality Act as a Logic Program, 29 *COMM. ACM* 370 (1986) [hereinafter *Sergot*].

⁴⁷ See, e.g., *Sergot, supra note 46, at 379* (将“作为失败的否定”界定为这种结论，即所有可知途径表明这是真的失败，那么这就是假的); *id. at 382* (“反事实条件”如成文法短语“通过血统成为英国公民，或者本来会成为英国公民，但.....”); *id. at 382* (如“如果.....国务卿认为合适”短语中的自由裁量); *Berman, supra note 34; Berman & Hafner, supra note 34.*

⁴⁸ See, e.g., *Grady & Patil, An Expert System for Screening Employee Pension Plans for the Internal Revenue Service, in ICAIL-87, supra note 32, at 137* (描

专家系统开发工具和基于规则的编程语言之实用性，这些应用系统将持续激增；任何获得这些工具的人都可以编写一个这样的系统。⁴⁹简而言之，基于规则的技术已经证明了频繁进行的分析之有用性，这些分析主要关涉稳定而发达的法律体系中的老套案例。⁵⁰

（二）通过具有空缺结构的概念进行推理

是否存在一种普通案例，可适用基于规则的明确分析，这是一个具有悠久法理学历史的问题。它引导我们去理解基于规则进行推理的局限性，以及法律概念中固有的特殊问题。Anne Gardner的工作既解释了基于规则的方法之局限性，也指出迈向基于案例的技术之使用的道路。⁵¹Gardner通过“难/易问题”的框架，探究了基于规则方法的充足

述国内收入署处理员工养老金计划的程序); *Pethe, Rippey & Kale, A Specialized Expert System for Judicial Decision Support*, in *ICAIL-89, supra note 1*, at 190-94 (根据联邦黑肺福利法案处理索赔的系统); *Weiner, CACE: Computer-Assisted Case Evaluation in the Brooklyn District Attorney's Office*, in *ICAIL-89, supra note 1*, at 215-23 (描述警察逮捕后/审判前处理缉毒的系统).

⁴⁹ See, e.g., *Wiehl, Computers Assuming New Roles at Law Firms*, *N.Y. Times*, Jan. 20, 1989, at B4, col. 3; *Blodgett, Artificial Intelligence Comes of Age*, 73 *A.B.A. J.* 68 (1987).

⁵⁰ 例如，*Paul Brest*曾经评论宪法将“非常不适合专家系统，因为原则是模糊的……专家系统在规则约束的法律领域表现最好。”*Blodgett, supra note 49*, at 70 (quoting *Brest*).

⁵¹ See generally *A. GARDNER, AN ARTIFICIAL INTELLIGENCE APPROACH TO LEGAL REASONING* (1987). *Gardner*在回斯坦福大学获得计算机博士学位之前，拥有斯坦福大学法律博士学位并执业。

性。⁵²在难/易范式中，如果法律专家在一个问题的分析或者结果方面取得一致意见，那么这个问题就被认为是“简单的”；反之，问题就是“疑难的”。疑难问题通常与“空缺结构”法律概念联袂产生。⁵³要在程序中实施这种区分，必须提供几个细节，例如谁是被使用的专家，哪种情况被认为在他们之间有异议，以及如何区分是否存在一个异议。从实践立场出发，如果人们能够从疑难中筛选出简单，那么人们就能够利用基于规则的技术，例如，去解决简单问题，并以其他方法进攻疑难问题。⁵⁴

Gardner为难/易范式和通过空缺结构概念进行推理建立了一个计算模型。其程序的问题域是经典的“要约—承诺”相关法律；它的任务是分析问题观察者，这些问题取自律师资格考试和Gilbert法律概要等来源。该程序分析法律问题是什么，认出何者是疑难的，并回答那些简单问题。Gardner要求她的程序在计算方面是合理的；它不应该采取不恰当的艰难计算来决定某个问题是难是易，否则，它就不能获得任何东西，至少在计算上如此，如果不是理论上的话。

在Gardner的模型中，从规则问题产生疑难问题有两条路径：要么与诸如合同法重述⁵⁵等领域相关的规则，是不完整的，循环的或者矛盾的；或者在规则中使用的法律谓词是不确定的且它们的解释得不到解决。⁵⁶当用于解决这些问题的判例处置中存在混合

⁵² 关于这个框架的讨论，see Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 71 HARV. L. REV. 593 (1958), reprinted in H.L.A. HART, *ESSAYS IN JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY* (1983); R. DWORKIN, *supra* note 23, at 81.

⁵³ 关于“空缺结构”法律概念的讨论，see H.L.A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* 121-32 (1961).

⁵⁴ 这当然不是为难/易问题建模的唯一方法；例如，基于案例的技术可用于两种类型的问题。然而，鉴于基于规则的方法众所周知，加德纳的方法顺理成章。

⁵⁵ *RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS* (1981).

⁵⁶ 请注意，在程序为规则编码之前，通过基于规则的典型方法处理规则库的困境是，通过手动解决冲突。当然，人们不是总能消除规则库中的冲突，因为即使是专家也有不同意见。例如，Gardner的计划中存在一系列相互矛盾的规则，这些规则涉及撤销之前所承诺要约的一种拒绝，以及修改合同的即时承诺和提议。See A. GARDNER, *supra* note 51, at 134.

Gardner故意在她的系统中留下相互矛盾的规则，因为她希望她的模型能够处理法律专家

时，Gardner的程序就将该问题归类为疑难。通常它无法处理不确定的法律概念，因为正如Gardner所言，这些规则“耗尽了（run out）”；换言之，一个所需规则之前提使用了一个未界定的术语。⁵⁷

Gardner解决这些问题的方法是为了给她的程序一个丰富的知识体系和若干强大的启发式方法。她的程序的知识包括（1）关于要约和承诺之教义的重述式规则，⁵⁸（2）一个表述不同状态和状态之间转换的“网络”，当事人在其中能够处于要约和承诺的地位，⁵⁹（3）有关常识性知识，⁶⁰以及（4）某些关键概念的典型事实模式（范例）。⁶¹这个范例作为一个简单化的先例起作用，因为他们的类别已经被确定并被用来解释新的案例。为了这里讨论的方便，规则、网络和常识性知识将被称作一组“非范例”知识。

及其规则可能发生冲突的事实。*See id. at 3-4.* 使用空缺结构的法律谓词来解决问题的一种基于规则的典型方法是，仅仅要求用户判断或参与所谓“定义式的向后退链条”，其内容是：编写规则，而规则的前提界定了法律谓词是否可得，然后编写规则以界定这些前提条件的含义，以此类推。*See Sergot, supra note 46, at 378* (实施这个方法); *D. WATERMAN & M. PETERSON, supra note 35, at 45* (建议这个方法)。

⁵⁷ *A. GARDNER, supra note 51, at 33-34* (讨论规则不充分的问题)。这使得传统的基于规则的技术（后向退的链条），在达到充分的定义基础并且模糊术语的应用得以解决之前，完全停顿。

⁵⁸ 例如，她的程序使用了大概涵盖诸如要约与承诺等合同教义的二十条规则。*See id. at 133.*

⁵⁹ 例如，可能存在悬置的要约，而承诺可使人们改变在合同关系中的姿态。*See id. at 123-25; id. at § 6.2.*

⁶⁰ 例如，电报是一种文本，它因此是一种无生命物体，继而是一种物理性物体。*See id. at 90-91. See generally id. at 85-117* (非常详细展现了表述问题)。

⁶¹ 例如，她的程序有两种典型事实模式针对“产生具有内容之表现形式”的法律谓词，即作出具有内容的口头表述和发出具有内容的文本。*See id. at 156-57.*

Gardner的程序最初试图用非范例知识回答问题，如果它失败了，就改用范例，它作为典型清晰案例起作用。如果答案可以从非范例知识推导出来，那么答案的效力将通过相关范例得以检验。⁶²因此，她的程序既在推导答案的主要方面，也在检验答案效力的次级层面使用范例。不管怎样，如果在相关范例的处置中有混合，那么这个问题就被认为是疑难的。⁶³

Gardner从法哲学中攫取理念的骨架，并装上计算之血肉。显而易见，她的程序并不是人们可以为难/易范式建议的唯一模式，但它却是在计算上受过训练的一个。通过审查模型在计算上的支撑和假定，人们可以了解关于难/易之别的一些事情。⁶⁴她的工作提出了关于判例之使用和内容的有趣问题，也提出了哪个判例放入决策者数据库的问题。⁶⁵

尽管Gardner的工作确实处理了纯粹基于规则模型的某些弊端，但其程序仍然缺乏通过判例的推理。基于先例的论证之某些核心特征，例如确定相关性和得出类似性，超

⁶² 难/易案件按如下方式确定。如果诸如法律谓词适用到当前事实这样的问题，能够通过使用程序的非范例领域知识（主要是具有与规则相类似特征的知识）暂时得到回答，并且如果没有相反的案例范本，那么该问题被视为是简单的，且其答案是推导出来的那个。如果用于检查暂定答案的案例样本都指向相反的方向，那么问题也被认为是容易的，但答案是案例样本支持的答案。另一方面，如果案件样本的处理中存在案例和规则的混合，则该问题被标记为难，并且该程序不试图提供答案。如果暂时的答案无法从此域规则推导出来，例如无法解决谓词，但是所有相关案例都指向同一方向，那么问题被视为简单并且答案便是案例范例所表示者。另一方面，如果使用域规则无法得出答案并且案例中存在混合，则该问题也被认为是困难的。 *See id. at 54-55, 160-61* (简要描述她的程序算法)。

⁶³ 有人可能会问，为什么不立即奔案件而去？我的解释是，涉及其他知识、规则、过渡网络和常识性知识的推理，提供了索引相关案例的手段。此外，即使在简单案件中，人们也需要通过多种方式得出答案；并且在她的模型中，这是通过规则引导的推理所进行的尝试，无论如何这都需要在某个时候完成。或者，人们可以完全略过查看规则而仅考虑案例。当然，人们需要说明要考虑哪些案例以及如何使用它们。 *See infra Section II.C* (讨论Ashley的工作)。

⁶⁴ 例如，太多问题在这种模式中可以被归类为“疑难”，因为在案件的处理中经常存在混合。或许人们在使用案例时，需要更有识别力。

⁶⁵ 例如，在Gardner的程序中，案例是典型的事实模型而不是真正的案例。相反，使用真实的事实模式，或者额外使用，怎么样？哪一些？案例的程序记忆应该怎样组织？是否某些案例优先于其他？

越了她程序的范围；这些问题是此处讨论的第二个系列程序的焦点。无论如何，Gardner的研究为通向理解法律论证并为之建模的目标提供了一个异常重要的步骤。

（三）通过判例和假设案例进行基于先例的推理

下一个里程碑式的人工智能程序是Kevin Ashley的，它由该作者在马萨诸塞大学的研究小组完成。⁶⁶Ashley开发出一个叫作HYPO的程序，用来为基于案例进行推理的某些方面建立模型，该推理通过具有上诉风格的先例论证得以例证。该程序的问题域围绕商业秘密法，其任务是制造基于先例论证的要素。HYPO程序仅仅致力于通过判例的推理，并且是第一个向以基于先例的方式进行案例和假设案例推理这一问题发起挑战的程序；不仅在人工智能和法律领域是第一次，在整个人工智能领域也属首次。

HYPO进行下列操作：给定一个事实状态，HYPO根据其商业秘密法的模型进行分析，然后从其案例知识库中检索出相关的案例。它由此决定哪个关联案例最匹配或者潜在地如此，为了谁的观点，以及出自哪个分析方法。HYPO而后产生出论证的骨架。在这样的一个论证片段中，HYPO首先通过提出法律观点并引用其最佳的也就是最匹配的案例为第一方（原告或者被告）论证；然后，它通过回应一个相反观点并引用支持第二方观点的最匹配案例或者通过从第一方的案例中辨异本案事实等方式，为第二方辩护；最终，HYPO通过驳斥第二方的立场再次为第一方辩护，这可以包括辨异第二方的案例，以及强化第一方对本案事实的分析之关系。⁶⁷在论证的不同阶段，HYPO可能制造并利用假设案例去拒绝一种主张，例如当在HYPO的案例知识库中不存在真正的反面案例的时候。⁶⁸

⁶⁶ See generally K. ASHLEY, MODELING LEGAL ARGUMENT: REASONING WITH CASES AND HYPOTHETICALS (forthcoming 1990) (最初是在1988年2月，在笔者指导下，作为马萨诸塞大学计算机和信息科学系的博士论文完成); Ashley & Rissland, A Case-Based Approach To Modeling Legal Expertise, IEEE EXPERT, Fall 1988, at 70-77 (简短综述和例子)。在回到马萨诸塞大学学习计算机科学之前，Ashley拥有哈佛大学法律博士学位并在纽约的White & Case作为诉讼律师执业。

⁶⁷ 有几个例子, see K. ASHLEY, *supra* note 66; Ashley & Rissland, *supra* note 66, at 74-76.

⁶⁸ K.ASHLEY, *supra* note 66.

HYP0可以完成下列事项：评估案例的相关性；为每一方当事人决定哪个相关案例最匹配以及在论证中引用哪一个案例最好；分析并辨异案例；编造假设案例并用以推导；在需要的地方引用各种类型的反例；构造引用案例的纲要。HYP0绝不尝试引入政策层面的考虑或者论证；相反，它着眼于以一种技术性的方法对案件的事实部分进行论证。HYP0也不包括法律推理的其他方面，例如通过规则推理。

HYP0的一个关键特征是一种案例索引，被称作一个“维度（dimension）”，它被用于检索和分析案例。维度表述重要的法律因素。它们为这样的知识编码，即某些事实的出现使得一个案例可以从某个特定观点出发予以解决。⁶⁹一个维度使得HYP0能够检索一系列支持相同分析方法的案例，并在这组案例之内比较和评估其相关程度。⁷⁰

HYP0用维度来界定诸如“相关的”、“最匹配”和“最好的”案例等概念。⁷¹在HYP0中，如果一个案例和本案事实状况共有至少一个维度，那么这个案例就被视为“相关”。HYP0通过审查本案事实状况的系列维度和案例的系列维度之间的重合度，来确定它们之

⁶⁹ 例如，在HYP0的商业秘密盗用法领域，了解这种事实，即原被告双方在开发其所主张的秘密为产品时发生的相关成本，使得人们能够做出关于比较优势之获利的论断，而了解原告所开示的事实，使得人们可以论证原告将其知识的秘密保护到什么程度。See, e.g.,

Gilburne & Johnston, Trade Secret Protection for Software Generally and in the Mass Market, 3 *COMPUTER L.J.* 211 (1982).关于进一步的解释和例子, see K. ASHLEY, *supra* note 66; *Rissland, Valcarce & Ashley, Explaining and Arguing with Examples*, in *PROCEEDINGS OF THE NATIONAL CONFERENCE ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE* 288, 291-93 (1984).

⁷⁰ 例如，在HYP0中，原告和被告的开发成本之间的差异越大，就越容易争辩说，在所有其他条件相同的情况下，被告通过盗用原告的商业秘密获得了不公平的竞争优势。因此，如这样一个案子，原告因其对被告的成本比例是二比一而胜出，see *Telex Corp. v. IBM Corp.*, 367 *F. Supp.* 258 (N.D. Okla. 1973), 那么一个比例为四比一的新案件将表示原告在HYP0中有更优势的地位。

⁷¹ See K. ASHLEY, *supra* note 66.

间的匹配达到了何种程度，并据此为案例排序。如果一个案例的重合维度B，被另一个案件的重合维度A所包含，那么A就被界定为比B更加匹配，其理由是：相对于B，A有更多的分析路径与本案事实状况相同。⁷²

然后，通过考虑哪个案例支持或者反对一方当事人，它们与本案的相关程度和共有维度，以及不共有的维度，HYPO能够类比、区分和操纵案例，以构建先例引用论证的片段。例如，要辨异一个案例，对方当事人（比如说原告），已经引用该案例作为当前事实状况之控制结果，HYPO看到该被引用案例之维度与当前状况并无共性。那么HYPO就会为被告辩护：这些维度在当前事实背景中的有或无，限缩了被引用案例的可适用性；换言之，其间存在某些非常重要的不同之处。⁷³

总结一下，HYPO为通过先例推理的某些关键要素建模。这个模型为相关案例、匹配案例和引用的最佳案例等提供计算上的定义。⁷⁴由于HYPO模型的精确性，研究者能够甄别具体细节和假定。⁷⁵通过为案例推理（或许是法律推理最重要的方面）提供一个分析和计算模型，Ashley的工作成为通向理解法律论证目标的一个巨大跨越。

Thorne McCarty关于法律论证的工作致力于处理和HYPO相同的关切，不过时间更早一点。⁷⁶McCarty的一个长期目标是构建知识表达机制，并以之为法律论证的某些方面建

⁷² 因此，例如，假设适用于当前事实情况（CFS）的维度是W、X、Y和Z。假设案例A与CFS共享X、Y和Z，而案例B仅共享X和Y。那么，案例A比案例B更匹配，因为B与CFS共享的集合是A所共享集合的子集。假设存在第三个相关案例，案例C，与CFS共享维度W和X；案例C既不比A或B更多也不更少相匹配。案例A和案例C都是最相匹配案例，因为每个案例都最大地共享了关于维度的子集。

⁷³ 例如，如果原告引用的案例有一个强烈支持原告但本案却没有的维度，被告则可以辩称该特定维度是支持原告之结果出现的原因。此外，如果被告能够提出一个不同的案件，在所有方面都与原告引用的案件相同——除了被告占优势的那个方面，那么将原告案例结果之原因归于消失的那个维度便更有说服力。

⁷⁴ 例如，一方引用的最佳案例，是被界定为最匹配的支持该方当事人的案例，且此类案例至少共享一个支持该方当事人的可行维度。

⁷⁵ 例如，另一个衡量相关性的方法是，对不共享的系列维度予以最小化。随后，人们就可以替换掉HYPO模型中相关性的另一种界定，并观察其反响。

⁷⁶ See generally McCarty, *Reflections on TAXMAN: An Experiment in Artificial Intelligence and Legal Reasoning*, 90 HARV. L. REV. 837 (1977).

模。例如，McCarty已经计划了一个叫做“典型与变形”的机制为上诉辩论的某些方面建模。他已经用它来审查一种状况，人们在其中通过一系列中介性真实和假设的案例，逐步从可欲的先例达致本案，其目的要么是为所欲的结果构建一个类比论证，要么是表明相反方所支持之结果的不自洽。⁷⁷他的模型要求大力关注关于案件的陈述及其组成部分的细节。⁷⁸因此，尽管McCarty的一些研究明确地与案例、假设案例和论证相联系，但是其大部分工作更适合与法律知识“深度模式”的开发努力为伍；它更专注于高度具体的知识模型，而不是到目前为止讨论的其他程序，稍后将对此作简要介绍。⁷⁹

McCarty和笔者共享的一个关切是，假设案例在法律论证中的使用和产生这些案例的计算方法之开发。⁸⁰例如，当真实案例找不到或者为了表示一个给定事实对案例解释

⁷⁷ See McCarty & Sridharan, *The Representation of an Evolving System of Legal Concepts: II Prototypes and Deformations*, PROCEEDINGS OF THE SEVENTH INTERNATIONAL JOINT CONFERENCE ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE 246 (1981) (关于典型和变形的讨论); L. MCCARTY & N. SRIDHARAN, A COMPUTATIONAL THEORY OF LEGAL ARGUMENT (Laboratory for Computer Science Research, Rutgers University, New Brunswick, N.J. Technical Report No. LRPTR-13, 1981) (介绍了在税法里程碑案例 *Eisner v. Macomber*, 252 U.S. 189 (1920)中, Pitney法官的观点以及Brandeis法官的反对意见)。

⁷⁸ McCarty & Sridharan, *supra* note 77.

⁷⁹ See *infra* Section II.E.

⁸⁰ See, e.g., McCarty & Sridharan, *supra* note 77; L. MCCARTY & N. SRIDHARAN, *supra* note 77; Rissland, *Examples in the Legal Domain: Hypotheticals in Contract Law*, in PROCEEDINGS OF THE FOURTH ANNUAL CONFERENCE OF THE COGNITIVE SCIENCE SOCIETY 96 (1982).

的敏感性，HYPO利用假设案例满足这种需要，即用反面例子否定另一方的立场。⁸¹它通过诸如增加、删除或者改变影响维度的事实，使用像维度这样的内在机制造出假设案例。

82

这些人工智能模型所提供的概念框架也能够用来分析假设案例的专门应用，这些应用发生在苏格拉底式的法学院对话、辩护、司法意见和上诉口头辩论。⁸³辩论和宣传技巧的提升是从这些分析中得到的两个潜在收获；另一个是对法律概念和理论发展之理解的提高。例如，一个好的假设案例为理论的有效性提供测试方法，即一种思想实验。当真实案例很少的时候，这种方法尤其有价值。假设案例在基于案例的推理中扮演了一个很特别的角色，而对其理解的提升也对我们为法律推理建模的目标有所贡献。

另一个对理解法律推理之基于案例方面的贡献将是，理解如何通过修改旧论证来产生新的论证，而不是从事实的陈述和分析中“从头开始”，无需梳理相关先例的分析，也不用以论证告终，正如HYPO所描述的那样。当然，描述这另一种方法的模型需要一个

⁸¹ See K. ASHLEY, *supra* note 66; Rissland & Ashley, *Hypotheticals as Heuristic Device*, PROCEEDINGS OF THE FIFTH NATIONAL CONFERENCE ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE 289 (1986).

⁸² 例如，通过变动关键事实，如被告获得的相对竞争优势或原告作出的披露数量，该内在机制就可以使商业秘密盗用案件逐渐变弱或变强。See, e.g., *supra* notes 69-70.

⁸³ See, e.g., Rissland, *Argument Moves and Hypotheticals*, in COMPUTING POWER AND LEGAL REASONING 129 (C. Walter ed. 1985) (苏格拉底式教学中的假设例子); Rissland & Ashley, *supra* note 81, at 290-91 (在辩护语境中的例子); McCarty & Sridharan, *supra* note 77 (在司法观点语境中的例子)。

关于论证的知识库之表述与处理。⁸⁴这是正在进行的研究之主题。另一个步骤是更充分地探索相关性和类比之间的关系。⁸⁵

然而,正如Waterman和Peterson人为地将他们自己限定在通过规则推理中,其他人,像Ashley,仅仅考虑通过案例推理。从开发一个全方位法律推理模型的长远角度来看,这两种方法都有所不足,因为法律的许多领域既不是纯粹基于案例,也不是纯粹基于规则。在成文法领域,这两种推理显然都需要;其间,尽管起草人尽了最大的努力,但总有法律术语和规则的含义和范围并不完全固定,为此必须依托案件进行解释。迈向法律推理模型的下一个重要步骤,是开发将通过案例的推理和通过规则的推理相结合的方法。

(四) 通过规则和案例的推理

在成文法领域(例如税法)进行推理是一个典型的混合范式的推理。例如,它会考虑税法调整的所谓家庭办公室支出扣除的那一部分。税法包括这些要求:办公室必须被常规而专门地使用,这是业务的最主要地方或者是会见客户或者处理客户问题的场所。⁸⁶然而,税法并未规定什么构成“常规”或者“专门”使用的要求,诸如此类。所有这些术语已经成为大量案件的主题,⁸⁷为了确定它们是否适用于一种新的情况,人们通常

⁸⁴ See, e.g., Branting, *Representing and Reusing Explanations of Legal*

Precedents, in *ICAIL-89*, *supra* note 1, at 103 (开发如何修改以往的论证以用于新案件的模型)。

⁸⁵ See K. BELLAIRS, *CONTEXTUAL RELEVANCE IN ANALOGICAL REASONING: A MODEL OF LEGAL ARGUMENT* (1989年呈交明尼苏达大学)(哲学博士论证)(相关性如何按照类比进行界定)。这项工作继续由Ashley开始的审查,即审查一个案件与另一案件相关意味着什么。它借鉴了Gentner的工作, *supra* note 12, 它将类比视为法律概念和案例等结构化对象之间的各方面联系。

⁸⁶ I.R.C. § 280A(c)(1) (1988).

⁸⁷ 例如,甄别“专有使用”的案例包括 *Frankel v. Commissioner*, 82 T.C. 318 (1984), *Baie v. Commissioner*, 74 T.C. 105 (1980), and *Chauls v. Commissioner*, 41 T.C.M. (CCH) 234 (1980).

必须针对性地审查先例或者创造基于先例的论证或者次论证以证成某解释。当然，论证必须与成文法的要求和结构相联系。

完成以混合基于规则和基于案例为基础的推理方法，超出了单独基于案例和基于规则的推理所需的方法。例如，假设有一个规则设置了三个先决条件来授予某个利益：“为了获得利益B，必须满足要求R1、R2和R3。”假设R1和R2明显得以满足。为获得利益而辩护，人们有几个可以考虑的策略。例如，人们可以尝试找到与解决此前R3的解释相匹配的先例，然后认为，实际上，事实确实满足R3并因此满足规则。或者，人们可以尝试找到只有前两个要求得到满足，却仍然可以获得利益的匹配先例，然后辩论说，前两个条件本身就足够了。这些是“近乎命中(near miss)”策略的例子。执行它们不仅需要同时使用规则和案例，而且还需要两种类型的推理一起协调完成。将一个人的注意力限制在案例上是不够的；基于案例进行推理的方面必须和规则进行对话。同样，由于规则“耗尽”，人们也无法单独使用规则。弄清楚如何协调基于规则和基于案例两方面的推理活动是一个“控制”的问题。⁸⁸

Gardner的研究提出了一种模型用于整合基于规则的推理和基于案例的推理：当使用规则推理陷入僵局时便使用案例，使用案例来验证使用规则得出的结论。⁸⁹在这种方法中，基于案例的推理服从于基于规则的推理。当然，选择主导推理模式应该真正地依赖于语境或情境：有时是规则应该推动推理，有时则是案例推动推理。

人工智能程序的另一种方法是拥有独立的流程——一个用于完成基于案例的任务，一个用于完成基于规则的任务，每个流程都独立从自己的角度工作。之后，执行过程将结果予以整合。打个比方说，这就像派遣助理完成特定任务，例如关于判例法或成文法的图书馆检索工作，以及让高级助理整合信息和推理。

对于计算模型，人们必须说明这些进程何时以及如何交互。尤其是，相互合作的程序之间应如何进行结果的沟通？在进行交互沟通之前，在完成各自任务之前，它们应一直处于待命状态吗？对于中间阶段的结果和见解，它们应进行分享吗？

下面的一个人工智能模型整合了相互合作的程序工作：每一个程序都可以访问一个共同的“黑板(clipboard)”，它可以在上面写自己学到的任何有趣或者有用的东西，并且从中可以读到任何它发现有趣或者有用的信息。在这种模型中，各程序一般相互独立地进行推理，并且它们能够找机会利用相互的结果。这实际上就是所谓“黑板”系统

⁸⁸ “控制”是指这些方面：程序如何组织，程序各部分如何相互作用，以及程序如何决定下一步做什么。

⁸⁹ *See supra Section 11.B.*

所采取的方法。⁹⁰当然，在构建出应用此框架的真实人工智能和法律项目之前，必须将更多细节具体化。⁹¹

所谓的“基于议程”模式遵循着同样的精神，但稍微简单一点；在该模式中，在任何特定时刻，当一个单独程序试图完成其分配的任务时，它便处于控制地位。⁹²当该程序执行其任务时，它就记录下其他必要、有趣而有用的任务；该任务要么由另外一个程序完成，要么由该程序自己完成。当一项任务正在开展时，其他任务将被建议予以考虑。⁹³具体而言，产生的任务将被添加到需为之事的完整“愿望清单”中。由于计算资源有限，因此该清单（议程）根据某些标准（例如兴趣，新颖性或重要性）进行排序。排名最高的任务从议程中选出，并列为下一步工作。启发式规则，如处理近乎命中的策略，用于具体化应该提出何种任务以及如何对其进行排序。⁹⁴

⁹⁰ See Nii, *Blackboard Svstems*, in 4 *HANDBOOK OF AI*, *supra* note 2, at 3. 黑板模型首次使用于二十世纪七十年代的，旨在理解连续演讲的HEARSAY II程序中（证据中的传闻证据与此无关）。See, e.g., Erman, Hayes-Roth, Lesser & Reddy, *The HEARSAY-II Speech-Understanding System: Integrating Knowledge To Resolve Uncertainty*, 12 *COMPUTING SURVEYS* 213 (1980).

⁹¹ 例如，需要确定哪个“知识来源”（正如基于规则和基于案例的合作者被命名的那样），可以获得黑板上的信息。例如，其中某些知识来源是不是能够比其他的获得更多信息？它们结果的相关输入是什么？

⁹² 程序AM使用了“议程”。See generally R. DAVIS & D. LENAT, *supra* note 7.

⁹³ 例如，在我们受益规则的示例中，应用受益规则的第一个任务将产生关于第三个先行词R3的几个近乎命中的任务，如查找R3得以满足或不需要的案例。

⁹⁴ 基于议程的系统的总体行为是以“最佳优先”方式发挥作用的。因为关于什么算作“最佳”的决定通常建基于评估性启发式，并且在任何给定时刻，当议程上的任务代表替代方案时，基于议程的系统便执行“启发式最佳优先搜索”。

黑板系统和基于议程的系统以动态、机会主义的方式运行，有时以这种方法工作，有时以另一种方法工作，并决定在运行中最好完成哪个任务。系统用于管理所提议任务之发布和执行的方法，在很大程度上界定了其整体推理风格。⁹⁵

目前，混合推理系统的研究正在一些地方进行。其中，使用基于议程方法的两个，分别是：位于阿姆斯特丹的Vrije大学针对荷兰房东—租户法律领域的PROLEXS项目，⁹⁶以及围绕成文法领域（诸如家庭办公室扣除）的CABARET（基于案例的推理工具）项目，这是笔者小组在马萨诸塞大学的项目。⁹⁷在整个人工智能界，对此类系统的兴趣正在日益增加。

CABARET包含完整的基于规则和基于案例的推理系统，每个推理系统都有自己专用的“监控”程序，该程序可以收集观察结果并用基于议程的控制器所能理解的术语描述它们。反过来，控制器将启发式方法应用于这些观察以提出和下达任务。⁹⁸例如，基于

⁹⁵ 管理方案可用于使系统偏向于某种方式运行。例如，人们可以使系统总是偏向于查看基于规则的任务，使其优先于基于案例的任务。

⁹⁶ *See, e.g., Oskamp, Knowledge Representation and Legal Expert Systems, in ADVANCED TOPICS OF LAW AND INFORMATION TECHNOLOGY 195 (G. Vandenberghe ed. 1989); Oskamp, Walker, Schrickx & van den Berg, PROLEXS Divide and Rule: A Legal Application, in ICAIL-89, supra*

note 1, at 54.

⁹⁷ *See supra text accompanying notes 85-87; Rissland & Skalak, Interpreting Statutory Predicates, in ICAIL-89, supra note 1, at 46; Rissland & Skalak, Combining Case-Based and Rule-Based Reasoning: A Heuristic Approach, in 1 PROCEEDINGS OF THE ELEVENTH INTERNATIONAL JOINT CONFERENCE ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE 524 (1989) [hereinafter Rissland & Skalak, A Heuristic Approach].*

⁹⁸ 关于某些计算详细内容，*see Rissland & Skalak, A Heuristic Approach, supra note 97.*

规则的监测器将发表对所获得之近乎命中状况的观察结果，该状态关涉有利于我们的例子中先前的R3，并且这将触发近乎命中的启发式算法。目前，CABARET使用约30种算法，被分为10个左右的类别，例如开始推理的方法、验证推理、回应推理中的失败、回应近乎命中、扩大规则和概念，以及缩小规则和概念。⁹⁹通过专家系统的观察结果以及法律渊源，这些算法得以推进。这些通过专家观察，从法律渊源中进行开发。¹⁰⁰

（五）法律知识的深度模式

研究深度模型的目的是，允许人工智能程序通过非常详细地表述它自己的法律和一般知识，对这些知识的组成部分进行推理。¹⁰¹在深度模型中使用的‘0’型知识类型包括下列知识：时间和空间关系、数量、常识分类法、个人与信仰之间的关系。这个主题通常在“深层模型”的标题下得以处理，并且与常识推理的基本问题密切相关。激励性假设是，表述在范围和细节方面越丰富，推理就越好。对使用更深层次知识模型的需要，最终将在本评论所讨论的其他研究与寻求为法律知识开发丰富表述方案的研究之间建立联系。

与法律知识之表述相关的工作在Thorne McCarty和Tom Gordon的研究项目中得到例证。¹⁰²深度模型与这种状况相反，在这里，人们仅仅利用表述内容去为领域知识编码，¹⁰³

⁹⁹ *Id. at 526.*

¹⁰⁰ *See, e.g., W. TWINING & D. MIERS, How To Do THINGS WITH RULES (2d ed. 1982)*

(讨论通过成文法和规则推理的各种问题、例子和方法)。

¹⁰¹ 相反，在本评论所讨论的大多数系统中，也许除了Gardner的系统之外，没有任何方法可以使程序明确地进行关于这些知识的推导。例如，在HYPO关于披露事件的推理中，有关时间和数量的问题出现了（见前注69，82），HYPO无法明确地将时间或数量作为它们自身的主题进行推理。但是请注意，由于HYPO知道，从原告的角度来看，10,000个披露在数量上远比两个披露更为糟糕；在此意义上，HYPO潜在地知道大数字和小数字之间的差异。有人甚至可能会说，因为就披露的维度而言，具有相同披露数量的事实情况被视为相同（除了所有其他事项），所以HYPO知道2或10,000的含义。但是，数字及其绝对值不是HYPO可以明确推理的主题。如果对HYPO进行重新设计，以便它使用一个包含有关数字信息的深度模型，那么它就可以这样做。

¹⁰² *See, e.g., McCarty, Permissions and Obligations, 1 PROCEEDINGS OF THE EIGHTH INTERNATIONAL JOINT CONFERENCE ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE 287 (1983)* (使用“允许”和“义务”代表案件各方的一定关系); *cf. Hohfeld, Some Fundamental Legal*

但不能就其意思作进一步的推理。例如，如果人们要利用像HYPO系统中的深度知识，那么他们就必须更加详细地表述下列事项的信息：披露事件、公司、雇佣和产品开发的阶段、雇主和雇员的义务，以及产品。而在深度模型中，人工智能研究者能够更深层地具体化诸如雇主和雇员之间的关系——可能以允许或者义务关系的术语；如此，程序就能够将雇主和雇员关系作为自己的一个主题进行推理。¹⁰⁴

三、结论

显然，我不能在本文中就人工智能和法律项目的数量和种类予以恰如其分的处理。不过，我仍希望我的讨论能够使人们对当前项目的丰富性和多样性有一些大致的了解。

我预见到基于规则、基于案例、混合范式、假设案例推理以及论证的工作将继续开展，并预测：它将通过表述的深层模型、复杂控制机制和机器学习的结果继续扩展。这些研究领域最终将会合并，并最终形成广泛的法律论证理论。随着时间的推移，对法律推理人工智能模型越来越多的需求将被纳入有效运行的人工智能系统。人们可以期待，一些研究系统（如HYPO）将对实际系统产生影响，就像Waterman和Peterson所做的那样。¹⁰⁵最初的研究理念将有途径变成实际系统。¹⁰⁶

Conceptions as Applied in Legal Reasoning, 23 YALE L.J. 16 (1913) (发展出类似的关系型结构)。在McCarty的方案中，表达这种道义论关系的需要要求它开发大量逻辑工具，这正是他多年工作的重点。最近，McCarty回到了他的一些主要关注点：为法律知识，最终为法律论证，开发全面的表达理论。See, e.g., McCarty, *A Language for Legal Discourse* I. *Basic Features*, in ICAIL-89, *supra* note 1, at 180.

¹⁰³ See Gordon, *Issue Spotting in a System for Searching Interpretation Spaces*, in ICAIL-89, *supra* note 1, at 157 (1989); Gordon, *OBLOG-2: A Hybrid Knowledge Representation System for Defeasible Reasoning*, in ICAIL-87, *supra* note 32.

¹⁰⁴ Hohfeld, *supra* note 102.

¹⁰⁵ See *supra* Section II.A.

我试图呈现出“人工智能和法律”研究人员是如何追求分析和实践进步的双重目标的，也试图展示过去和当下的研究何以能够被视为对法律推理（尤其是论证）进行建模的连贯性尝试。尽管距离理想的法律推理人工智能项目的某些愿景还有很长的路要走，并且实际上可能永远无法达到人类专业知识的某些方面，但我们却已经能够完成一些非常有趣和有用的项目。我们可以使用人工智能的精细镜头来阐明法律推理的过程，如基于案例之论证的创建；也可以用这个镜头来揭示法律哲学中的问题，如空缺结构之谓词的本质；还可以用它来提供实际的、甚至是有益社会的应用，例如某些行政领域的专家系统。在人工智能方法中，对计算方法之使用的坚持，为法律推理中的长远问题的考虑提供了一个有益的训练。

虽然我在这里没有讨论过，但这一研究体系也可以富有成效地应用于法学院课程。例如，我们可以为我们法学院的学生提供审查自己法律知识的环境。¹⁰⁷人工智能的概念框架也可以提供一种方式，用以描述我们自己的专业知识，例如提出巧妙的假设案例，并向学生展示他们如何可能学到这样做。人工智能提供了一套工具，这些工具建立在表述和过程的详细模型之上。

通过这次讨论，我既希望鼓励那些想要尝试人工智能项目的人，也希望消除那些不确定我们是否应该这样做的人的疑虑。例如，有些人可能会担心：人工智能模型使用的过于普通，会使法律推理遭到某种程度的轻视；通过把律师和法官降为仅仅是完成所有有趣推理系统的使用者角色，会使律师和法官的重要性遭到削弱；或者是，通过明确界定的术语描述智能行为，会使我们非人化。我认为，人工智能研究恰恰相反：我们越了解人类推理，我们越是惊叹于它的丰富性和灵活性，我们在尝试理解其运作时所提出的问题就越多，我们就越要求计算机程序显示出智能。

法律推理是复杂的。我们当前的人工智能模型虽然过于简单，但却是更精细和更完整模型的一些步骤，并且在每一步我们都能推进对它的理解。我们总是需要人类律师和法官。人工智能的目标是协助，而不是取代。我们无需害怕人类智慧中一些最珍贵品质

¹⁰⁶ 例如，我预测，基于案例推理的工作，将为创建和管理个人律师和律所的案例数据库，带来实用的工具，而这些数据库可以用来为开展新案件做准备。当然，这种专家系统的CBR工具，有一个有益副作用，这就是抓住和保存律所的“机构记忆”，并用以提高新的或没有经验的律师在律所专业领域的水准，至少使他们无需问“显而易见”的问题并犯“愚蠢”的错误。

¹⁰⁷ 例如，可以允许学生利用当前可用的商业专家系统框架下，构建他们自己的小应用程序，然后进行实验。开发规则库的练习，迫使学生开发一种应用领域的理论，并考虑有关使用基于规则的方法之有效性和适当性等一般问题。例如，开发消费者侵权法或要约—承诺法律的系列规则，需要了解法律的具体内容，同样也需要了解有关规则、法律谓词以及对二者存有疑问诸方面的一般性问题。See *supra* Sections II.A–B.

的“去神秘化”；理解并不会破坏或减少所理解的东西。我们不应该害怕知道我们是如何知道的。

当然，人工智能技术的使用，无论是在基础研究还是在直接应用中，都要求详知其潜在的预设、简化、优势和弱点。成功的项目不仅要求对人工智能和法律的彻底了解，而且需要愿意在下列未知情况下尝试新的方法，即不知它们通向何方或者不知它们是否将获得想要的结果。简而言之，人工智能和法律领域的工作和其他领域的工作一样：不尝试就举步维艰；人们总是能够从尝试中学到东西。

在寻求理解法律推理并为之建模的过程中，人工智能既将受到挑战，也会得以丰富。通过介入人工智能的奋斗，法律也同样将受到挑战并得以丰富；它将更好地理解自己的推理模型，包括支撑它们的知识 and 假定，并且它将从实际计算工具和模型中受益。人工智能和法律之间是真正的相互增强关系，即人工智能和法律共享的专门知识将提升二者的价值。

