

# 法哲学在何种意义上有助于部门法学

雷 磊\*

**摘 要** 法哲学所面对的最大批评在于与部门法学及司法实践的疏离。部门法学知识的主体是法教义学,而法哲学是关于法的一般哲学理论,两者间的关系主要体现在疑难案件的场合。在法概念论的层面上,法概念争议会影响疑难案件中法律规范之效力的认定,这可能但不必然会影响裁判结论,但必然会影响判决的整个论证和说理的思路。在法学方法论的层面上,法律适用基本模式的分歧会造成裁判论证方式上的重要区分,司法哲学立场的差异可能会对相同的案件得出不同的裁判结论。在法伦理学的层面上,规范伦理学立场间的对立会影响个案的裁判后果。总之,法哲学的作用方式是间接的而不是直接的,通常在法教义学框架和体系内发挥作用;它旨在复杂化而非简化论证,试图揭示问题背后深层而复杂的理论分歧。

**关键词** (部门)法教义学 法概念论 法学方法论 法伦理学 疑难案件

## 一、背景与主题

### (一)背景:“法哲学”何以成为一个问题?

法哲学在何种意义上有助于部门法学?这个问题放大一些就是:法哲学有什么用?<sup>[1]</sup>从某种意义上说,提出这个问题本身就反映了法理学科自身的危机意识。这种危机意识与法哲学的历史境况与现实处境相关。学界曾在上个世纪九十年代围绕法理学科的定位,以及法

\* 中国政法大学法学院教授。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。论文基于“中国政法大学青年教师发展论坛”(2017年9月28日)上的报告形成,感谢赵宏、王旭、翟远见、孙海波的评议和意见,同时感谢匿名评审人的中肯建议!

[1] 在本部分将不区分使用“法理学”和“法哲学”,尽管两者有所区别。

哲学(法理学)与部门法学的关系展开过一段时间的讨论。当时大体上达成的共识是,法哲学(法理学)属于法学学科体系中的基础学科,而部门法学属于通常所说的应用学科。长期以来,法理学者也试图从这种定位出发去“指导”部门法学的知识生产,但却遭受了不少的挫折。〔2〕而如今,这种挫折感越发地强烈。这或许与部门法学教义体系化程度的提高密不可分:自从深挖“专业槽”的口号被提出后,〔3〕部门法学走上了一条更加专业化、精致化的道路。不同部门法学者相互之间的理解更加困难,而法哲学与部门法的隔阂则更是日益加大。近年来,首先是宪法学者看到了法学内部学科整合的必要性,并致力于以宪法为法律体系的最高效力层级或价值背景来形成与其他部门法一体化的教义学知识体系。〔4〕但在这幅图景中,法哲学是缺席的。

缺席的主要根源在于对法哲学无用的批评。〔5〕这种“无用”首先是针对法律实践、尤其是司法实践而言的。不可否认,一方面,法学整体上是一门实践性学科,而部门法学相对于法哲学最大的优势就在于它更贴近实践。另一方面,法哲学无法取代部门法学在司法实践中直接得以适用。所以问题就在于,至少在某些部门法知识不可或缺的司法实践场合,法哲学能否以某种方式来帮助部门法学解决疑难问题(甚至在其中起到决定性作用),从而同样与实践发生关联。如果能阐明这一点,那么法哲学的“有用性”及其对于部门法学的意义就将同时得到证明。

## (二)主题:“法哲学”与“部门法学”

任何理论主张都以概念的清晰性作为前提。为此,我们需要先来讨论这里所指的“法哲学”与“部门法学”意味着什么。为了弄清法哲学和部门法学的含义,我们需要对法学的基本构成有所了解。按照德国传统的二分法,法学可以被一分为二,即法教义学与基础研究。前者又可进一步区分,比如围绕现行民法展开的民法教义学,围绕现行刑法展开的刑法教义学等。基础研究从别的学科视角出发来研究法律,比如从哲学角度研究法学就是法哲学,从历史学角度研究的就是法史学,从社会学角度研究则形成法社会学,等等。〔6〕由此可以明晰部门法学和法哲学的定位:部门法学知识的主体就是法教义学,而法哲学是关于法的一般哲学理论,位于

〔2〕 田夫曾以法理学教材为基础,考察了法理学试图作为部门法学之指导性学科的努力及其挫败。参见田夫:“法理学‘指导’型知识生产机制及其困难——从法理学教材出发”,《北方法学》2014年第6期,第5—18页。

〔3〕 陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1997年版,第704页。

〔4〕 例如人大宪法学科发起的“宪法与部门法的对话”系列会议。代表性论文参见韩大元:“宪法与民法关系在中国的演变——一种学说史的梳理”,《清华法学》2016年第6期,第151—167页;张翔:“财产权的社会义务”,《中国社会科学》2012年第9期,第100—119页;张翔:“刑法体系的合宪性调控——以‘李斯特鸿沟’为视角”,《法学研究》2016年第4期,第41—60页。

〔5〕 陈景辉教授曾区分了对于法理论“缺乏实践效果”(无用论)和“与部门法知识重合”(冗余论)的双重怀疑,分别加以回应(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,第50—67页)。对于该文的框架、论证及其基本观点,笔者都很赞成。但是,从辩护效果而言,以更直接贯通的方式对法哲学(法理学)的双重怀疑加以反驳,可能更易于部门法学者所接受。

〔6〕 参见(德)迪特玛尔·冯·德尔·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44—45页。

法学和哲学之间。<sup>〔7〕</sup> 它从哲学的视角出发来理解法,并不直接解决教义学上的问题。一般法哲学要解决的问题是哲学三大问题在法学中的投影——概念论(法是什么)、认识论(如何认识法/法律知识如何可能)、价值论/伦理学(什么样的法是公正的)。<sup>〔8〕</sup>

所以,“法哲学对于部门法学的意义”主要要解答的是上述三个领域对于(部门)法教义学在司法实践中之意义问题。当然,在具体阐述意义之前,首先要说明两点:其一,论述法概念论、法学方法论、法伦理学这三个分支之间存在互动,它们对于法教义学和司法实践往往能以“嵌套”的方式对实践共同产生影响;司法裁判首先接触到的是法学方法论,通常情况下它的任务在于澄清法律规则的含义,并发掘法律体系内含的价值判断。但在特殊情形中,问题可能源于法律规则本身的效力存疑,或法律体系内含的价值判断不足以应对个案正义的要求。此时就会涉及法概念论和(或)法伦理学的层面。但具体到个案,其涉及的法哲学分支在重心上可能并不相同,所以在下文中采取了分别论述的策略。其二,并非任何司法实践的场合都需要法哲学直接出场。法哲学对于部门法学与司法实践的意义在疑难案件中展现得最为明显。<sup>〔9〕</sup> 与简单案件相比,尽管疑难案件在数量上要少得多,但这并不能“克减”它在法哲学上的重要性。因为疑难案件虽然数量少,但对于法律制度和法学的发展而言却权重很大。

## 二、法概念论有什么用?

### (一)法概念论的核心问题

法概念论的核心问题在于“法是什么”?如果说传统的法本体论争议直接围绕“法律的本质是什么”这一问题展开的话,那么至少在当代分析法学者哈特之后,提问与追问的方式都发生了很大的转变。“法律的概念是什么”或者说“如何给法下定义”成为了法概念论的主要关切点。对法概念的追问并不是法学家的语言游戏,或者像德沃金所说的那样是在“阴雨天猜谜做游戏”,<sup>〔10〕</sup>而是具有实践上的影响的。这种影响之所以发生,是因为通常情况下我们所使用的法概念本身就内含着效力问题,即法是否“应当被遵守与适用”的问题。<sup>〔11〕</sup> 说某个法有效通常就意味着我们有义务将它作为行为的标准与裁判的依据。从理论上讲,我们在使用法概念来指称某种对象时,既可以是包含效力诉求的,也可以是不包含效力诉求的。前者被称为

〔7〕 Vgl. von der Pfordten, Was ist und wozu Rechtsphilosophie?, JZ 59 (2004), 162.

〔8〕 除此之外,存在第四组法哲学问题,即法制度论或部门法哲学问题。部门法哲学与法教义学的关系是显而易见的,但这不是本文的关注点。因为:其一,论者会认为部门法哲学与部门法教义学一样属于部门法的组成部分;其二,部门法哲学的背后依然可能涉及一般法哲学的问题。

〔9〕 这里所说的“疑难案件”仅限于法律上的疑难案件,即能够引发理论争议的案件,而非单纯事实上的疑难案件。关于疑难案件参见 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 81.

〔10〕 See *ibid.*, at 14.

〔11〕 Sieckmann, Rechtssystem und praktische Vernunft: Zur Struktur einer normativen Theorie des Rechts, ARSP 78 (1992), S.146.

“包含效力的法概念”，后者被称为“不包含效力的法概念”。〔12〕 在有的场合，我们会使用不包含效力的法概念，比如当我们在法制史研究中用法概念来指涉唐代、明代的制度时，就不包含这是“有效的”（应当被遵守和适用）法这样的诉求，因为它的对象是已经成为历史现象的法了。但在大部分场合，尤其是在法律实践的场合，我们使用的大多为包含效力的法概念，也就是说，当我们主张“这是法”时，已经隐含着我们应当将它作为行为依据，法官应当将它作为裁判依据这层意思了。并且这通常是不需要明言的。设想当一位律师在法庭上试图说服法官适用于本案的“法律依据”是规范 X，最后却承认 X 是个无效的规范。这不仅是荒谬的，而且会被认为由于不当地使用了“法律（依据）”的概念而使得整个论证归于无用功。确定法律规范有效是适用它来解决实践问题的前提性问题，而法概念通常包含着效力的标准，这就使得法概念可能与法律实践发生关联。当然，在常态下简单案件的场合，由于对相关法律规范的效力不存在疑问（所以效力问题尽管始终存在，但在简单案件中却被“自动”忽略了），按照现有的教义学就可以解决问题，所以（包含效力之）法概念与法律实践的关系体现得并不明显。但在不常见的一些疑难案件中，法概念论就需要直接出场，并且它的出场会直接影响案件的裁判。

## （二）法概念论如何进入法教义学（司法实践）？

我们来举两个学说史上著名的疑难案件。〔13〕

“告密者案”：一位德国妇女二战期间向纳粹当局告发其丈夫有不满于领袖的言论，致使其丈夫被纳粹法院判处死刑，但未立即执行，而是被送往前线服苦役。战后妻子被提起刑事诉讼。有证据证明，妻子当年之所以去告发丈夫，是因为她想摆脱这段婚姻，而她也知晓根据纳粹的相关法律，他丈夫的行为会被追求刑事责任。妻子的行为是否构成 1871 年《德国刑法典》（在纳粹统治时期有效）上非法剥夺他人自由的刑事犯罪？

“柏林墙射手案”：冷战期间，柏林墙东德一侧的两位驻守士兵在哨塔上值夜时发现平民从东柏林利用梯子越墙逃亡。在呼喊和开枪警告无效、逃亡即将成功时，两位士兵连续开枪向逃亡者射击，后者被击中膝盖与背部。受伤者在二小时后换岗时才被送往医院，此时已然死亡。两德统一后，两位士兵被提起诉讼。他们的行为构成犯罪么？

我们知道，在德国刑法教义学上，具有通说地位的是三阶层犯罪体系理论，也即是在判断一个人是否犯罪时要依次判断是否符合三个要件，即构成要件该当性（符合性）、违法性与有责性。这三个要件之间是一种递进式的逻辑结构。〔14〕 也即是说，只有符合了前一个要件才去判断是否符合后一个要件。只要没有通过前一个要件，犯罪便无法被认定，也就不需要再去验证后一个要件了。同时，构成要件该当性与违法性、有责性在性质上是不同的：构成要件判断是将现实发生的具体事实同刑法上抽象的构成要件加以对照，从而判断其是否存在吻合性的活动。因而构成要件该当性是积极要件，构成要件判断是积极判断，发挥入罪功能。所谓违法性，即行为须对法益造成侵害或招致威胁，从而构成行为受刑法非难之客观基础。由于构成要

〔12〕 参见（德）罗伯·阿列西：《法概念与法效力》，王鹏翔译，台湾五南图书出版公司 2013 年版，第 40 页。

〔13〕 关于这两类案件的基本案情及其剖析，参见雷磊主编：《拉德布鲁赫公式》，中国政法大学出版社 2015 年版，第 253 页以下。

〔14〕 参见陈兴良：《刑法哲学》，中国人民大学出版社 2015 年版，第 549 页。

件本身即包含着国家的价值主张,其生成本身就是对法益侵害的违法行为的类型性抽象,所以,一旦行为符合构成要件,原则上即可推定其为违法。所以第二阶层的主要判断从消极意义上考察是否存在违法阻却事由。所谓有责性,即行为人须具有责任能力,具有故意或过失的罪过心理,并且还须具有实施适法行为的期待可能性,从而构成行为人受刑法责难的主观基础。这里面的一个重心同样在于消极判断,即能否以期待可能性之缺乏为责任阻却事由。<sup>[15]</sup>因此,构成要件与违法性、有责性之间的关系实质上乃是犯罪构成的原则确证与例外否决的关系。<sup>[16]</sup>

在上述两个案例中,构成要件判断都不成问题。根据纳粹统治时期同样有效的《德国刑法典》第239条第1款的规定,非法拘禁他人或以其他方式剥夺他人自由的,构成剥夺他人自由罪。告密者的行为符合其构成要件,尽管其特殊之处在于其行为是以间接的方式来实施的——即借助于纳粹法院之手来剥夺其丈夫的自由(乃至生命)。在支持者看来,告密者明知其告发行为会导致其丈夫被判处监禁乃至死刑仍为告密行为,意图通过纳粹法院的判决来剥夺其丈夫的自由,从而达到解除婚姻关系的目的,她从事的是一种间接的犯罪。同样,柏林墙射手的射杀行为也符合构成要件判断。根据两德统一协议,在东德加入西德后,西德法律就在前东德地区生效。依据西德的《德国刑法施行法》第315条第1款以及《德国刑法典》第2条,只有当两位射手的行为依据行为时有效的东德法是可罚的时候,它才可以被处罚。而依据当时的东德刑法,这一行为既符合谋杀罪的构成要件(《东德刑法典》第112条),也符合杀人罪的构成要件(《东德刑法典》第113条)。

所以就进入到了第二阶层的判断,即是否存在违法阻却事由,从而可以使得告密者和射手的行为去罪化。违法阻却事由通常来自于两个方面,一个方面是刑法典本身的规定,如正当防卫或紧急避险。一旦行为人的行为被证明符合正当防卫或紧急避险的条件,那么其行为就会被认为是正当的而被阻却其违法性,罪名也随之不能成立。但是显然,无论是在告密者案还是在柏林墙射手案中都不存在能满足这两个事由的条件。

另一种违法阻却事由来自于刑法典之外的其他法律的规定。而恰恰是在这里存在着争议及法概念论出场的可能。在告密者案中,告密者的行为可以找到纳粹法上的依据,主要是1934年的《禁止恶意攻击国家与党及保护党的统一法》第二节的规定:“①任何公开发表恶意或煽动性言论反对民族及民族社会主义德国工人党领导人物,或者发表之言论透露他们府邸之位置或针对他们采取之措施与建立之制度,及其他性质上削弱人民对其政治领袖人物之信任者,应判处监禁。②虽未公开发表恶意言论,但当其意识到或应当意识到这些言论有可能公开时,以公开言论论处。”<sup>[17]</sup>因此,这一规范的效力问题就被至于了讨论的中心:它是有效的(应当被遵守和适用)的吗?如果以包含效力的法概念来进行讨论的话,那么问题就在于:纳粹所颁布的这个规范是(有效的)法吗?假如我们承认它是有效的,那么它就可以被作为违法阻却事由来认定,而告密者的行为就将被正当化和去罪化;如果我们否定它的效力,那么就相当

[15] 参见徐剑锋:“犯罪构成理论:刑法谦抑精神之载体”,《中国刑事法杂志》2009年第8期,第18页。

[16] 参见(日)大谷实:《刑法总论》,黎宏译,法律出版社2003年版,第71页。

[17] 强世功:《法律的现代性剧场:哈特与富勒论战》,法律出版社2005年版,第176—177页。

于并不存在真正的违法阻却事由,法官就需要进一步去考察行为人的有责性问题,而这至少有可能导致行为人入罪。

在柏林墙射杀案中,两位射手的行为同样可以找到制定法依据。《东德边防法》第 27 条第 2 款第 1 项规定:为了阻止某个即将实施或在继续实施的犯罪行为(它据其情境被证明为一种犯罪),使用射击武器就是正当的。依据东德法律,违反制定法的越界行为是犯罪行为,而当通过“使用危险工具或方法”(《东德刑法典》第 213 条第 3 款第 2 项第 2 目)来实施这种行为时,即构成加重情形,一般要被处以两年以上监禁。而依据当时在东德占支配地位的实践解释,本案当事人使用攀爬工具(梯子)来跨越边防设施就构成了上述“危险方法”并且从东德偏向于以国家利益为重的整体国家实践来看,偷越边境的行为也被视为具有社会危害性的、对社会主义法制严重污蔑的犯罪行为。<sup>[18]</sup> 这里涉及的关键问题是同样的:《东德边防法》的这一规范是有效的吗?它符合法概念吗?如果它是(有效的)法,那么它就可以成为两位射手射杀越境之平民的行为的违法阻却事由,而使之去罪化;如果不是,则违法性判断成立,还需进一步来考察行为人的主观罪责问题,看是否存在责任阻却事由。<sup>[19]</sup> 如果不存在,则两位射手将被最终定罪。但是,该案与告密者案相比更为复杂之处在于,《东德边防法》第 27 条第 2 款第 1 项的效力问题并非一开始就涉及法概念(法效力)的理论争议(见下文),而是首先涉及该规范是否符合东德法律体系内更高位阶之制定法的问题。这里所谓的实在法主要指的是《东德宪法》和《公民权利与政治权利公约》。如果能证明边防法的规范不符合这两部高位阶法中的任何一部,那么它(根据上位法优于下位法的准则)就是无效的。这里的证明只涉及实在法规定和既有解释性实践(法教义学)的问题。而只有当无法得出边防法规范因此无效的结论时,才会涉入法概念争议。

事实上,《边防法》规范的确没有违反《东德宪法》和《公民权利与政治权利公约》。首先,《东德宪法》并不认可出境自由以及明确表达出身体不容侵害的基本权利。唯一可能相关的是其中第 30 条的 1 款所宣称的“公民的人格与自由”不可侵犯。但它同时又在第 2 款规定,这种保护是可以受到限制的,假如限制:①具有制定法基础;②被用来针对可罚的行为;③限于“制定法容许的范围内”;④绝对必要。显然,《东德边防法》就是其制定法基础,而逃亡者的越界行为根据《东德刑法》是可罚的。边防法的其他条款虽然规定了其他限制条件,但射手的行为并没有超越制定法容许的范围:如,它规定人的生命应“尽可能被珍惜”,但并没有要求在一切情形中都珍惜生命;它规定“运用射击武器要通过呼喊和警告性射击来恫吓”,而两位射手已经这么做了。他们的行为同样也是绝对必要的,因为不对逃亡者射击已根本无法阻止越界行为。这里再次涉及个人权利与国家利益的权衡问题,但基于当时的国家实践,东德宪法与边防法的偏重是一致的,所以后者并不违宪。其次,东德虽然已经加入了《公民权利与政治权利公约》,但却没有按照《东德宪法》第 51 条第 2 款的规定经由人民议会核准。也就是说,公约没有被转

[18] 参见(德)扬·西克曼:“‘拉德布鲁赫公式’与柏林墙射杀案”,陈辉译,载雷磊主编,见前注[13],第 390 页;(德)罗伯特·阿列克西:“柏林墙射杀案:论法、道德与可罚性之关系”,雷磊译,载雷磊主编,见前注[13],第 418 页。

[19] 事实上,无论是西克曼还是阿列克西,尽管都认为《东德边防法》因极端不法(拉德布鲁赫公式)是无效的,从而不存在违法阻却事由,但却也都认为开枪射杀逃亡的平民的年轻士兵并无主观罪责,不应受到惩罚。

化为或纳入东德的国内法,从而与其他国内法形成体系性关系。因此,东德虽然负有国际法义务在国内实施公约的基本原则,但其国内法与公约相冲突并不会导致前者无效。此外,虽然公约保障出境自由,但同样规定了限制条款,即“合乎法律规定,并对于保护国家安全、公共秩序、国民健康、公共风俗或他人的权利与自由而言确属必要”。而东德当时的观点正是它的边境管理被这一限制条款所涵盖。<sup>[20]</sup> 所以,边防法规的效力问题在实在法的框架内并不受质疑。这里涉及的问题与告密者案中是类似的:射杀手无寸铁、对他人并无直接危险且只想过另一种生活的平民的行为是否“违背了所有正派人士所持的健全良知与正义感”,而授权这么做的制定法会否因为极端违背普遍道德观念而无效。

### (三) 争议背后的法哲学问题

#### 1. 法概念立场的争议

无论是纳粹《阴谋法》还是东德《边防法》中的规范,在其各自的实在法体系之内的效力都不成问题。所以,现在所面临的问题毋宁是超越实在法和教义学的,那就是,法或法的效力标准究竟是什么? 法仅仅具有现实的维度抑或同时包含着理想的面向?<sup>[21]</sup> 法的效力标准仅仅涉及形式—经验性的标准抑或同样必须要考虑到内容? 而最具有争议的问题就在于,法的概念或效力标准是否要容纳道德要素和道德判断? 一个法律规范是否会因为不符合(最低限度的)道德要求而丧失其作为法的资格或者说法律效力? 这正是告密者案与柏林墙射手案遇到的核心问题。

围绕这一问题,法哲学上长久以来形成了一组经典的对立:自然法学和法律实证主义。自然法学者认为,法律与道德在概念上存在必然联系(联系命题),而法律实证主义者认为法律与道德在概念上不存在必然联系(分离命题)。它们之间的对立也可以被表述为,前者主张“法律的效力和道德正确性之间存在必然联系”,<sup>[22]</sup> 后者则力图将法律效力与其内容上的道德评价相区分,用实证主义者凯尔森的话来说,“法律可以有任意内容”。<sup>[23]</sup> 更具体地说,法律实证主义者只将两个要素作为法的概念要素:一个是权威制定性,即法律规范是否由有权机关通过正当程序而制定,是否符合法律体系的授权;<sup>[24]</sup> 另一个是社会实效,法律规范是否从属于一个大体上有实效的法律体系。自然法学在这两者之外加入了第三个要素,即内容正确性(道德正确性)的要求。与这三个概念要素对应的是法的三种效力概念:法学的效力概念、社会学的效力概念和伦理学的效力概念。<sup>[25]</sup> 换言之,法律实证主义只将法视为与其内容无关的社会事实,法的效力只包括法学和社会学的效力概念,而自然法学则坚持要将(至少是最低限度的)道德要求作为评价其效力的条件,从而将伦理学的效力概念也一并包括进来。在上述两

[20] 参见阿列克西,见前注[18],第420—425页。

[21] 关于法的双重本质参见 Robert Alexy, “The Dual Nature of Law”, *Ratio Juris*, Vol. 23, No. 2, 2010, p.174.

[22] Robert Alexy, “On the Concept and the Nature of Law”, *Ratio Juris*, Vol.21, No.3, 2008, p.285.

[23] Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2.Aufl., 1960, S.201.

[24] 霍斯特将这个要素(标准)称为法的“有效性”,从而将有效性与效力区分开来。参见(德)诺伯特·霍斯特:《法是什么? 法哲学的基本问题》,雷磊译,中国政法大学出版社2017年版,第116—117页。

[25] 关于这三个要素参见阿列克西,见前注[12],第27、127—131页。

个案件中,显然权威制定性不成问题:《阴谋法》和《边防法》分别是由纳粹时期的德国国会和东德人民议会制定的,都符合宪法的授权。社会实效也不成问题,在纳粹统治和东德存续期间,这两部制定法各自所处的法律体系都大体上现实地被遵守和适用。因而它们所包含的具体规范符合实证主义的概念(效力)标准。问题只在于:其一,案件所涉及的具体规范在内容上是否违反道德,甚或违背最低限度的道德(达到“极端的不法”的程度);其二,假如如此,这些规范是否无效,从而不能被视为是法。本文的目的并不在于讨论具体案件,因此我们只是假定前一个判断成立。在此基础上,自然法学和法律实证主义对第二个问题的判断发生了分野:前者会据此否认纳粹和东德的法律规范的效力,而法律实证主义者则会依然肯认它们的效力,尽管其同样承认这些法律具有道德缺陷。

两者间交锋的典型代表是哈特和富勒的论战。<sup>[26]</sup>往远了说,其实是哈特和拉德布鲁赫隔时空论辩(哈特对拉德布鲁赫公式的挑战)。拉德布鲁赫认为,如果实在法违背正义达到“不能容忍”的地步,它就会丧失效力。<sup>[27]</sup>简言之,极端的不法(恶法)不是法。<sup>[28]</sup>哈特对此提出挑战。从“描述社会学”的角度出发,法律体系之承认规则所承认的所有东西都应被视为法。法律并不因为违反道德而丧失其作为法律的地位与效力。同时,广义的法概念(不包含道德要素)要比狭义的法概念(包含道德要素)好。广义的、实证主义法概念的优势在于,它区分了一个规则是不是法律的问题以及它是否应当被服从的道德问题。“确定某些事情有法律效力,在是否要服从的问题上,并不是决定性的”。“我们可以非常坦率地说……法律就是法律,但它太过邪恶以至于不能被遵守。这是一个人人都可以理解的道德谴责……”<sup>[29]</sup>相反,自然法学者是在隐蔽地溯及既往地追究犯罪嫌疑人的刑事责任。法概念论立场的这种不同直接将导致违法阻却事由是否成立的问题。

## 2.法概念与司法裁判(法律推理)的关系

但问题并没有就此完结。如果简单地认为,在上述两个案件中,自然法学必然支持有罪,而实证主义必然支持无罪的裁判结论,就将问题简单化了。事实上,对于告密者案,哈特同样认为告密者没有义务服从《阴谋法》,但他走了条不同的路子:通过区分效力和服从,他认为某物是不是(有效的)法律与应不应该服从它是两回事。法律作为法律可以主张它对于我们的(法律)效力,但我们作为具有道德意识的主体还需要考察法律的道德拘束力问题。告密者的行为尽管合法,但在道德上却是错误的,而道德义务高于法律义务。纳粹的法尽管有效,人们却不应当服从。哈特同样认为可以追究告密者的刑事责任,但他认为这只能通过引入溯及既往的法律来刻意排除被告行为所依据的邪恶规则的效力。尽管这违背了罪刑法定的要求,但

[26] 见 H. L. A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, Vol.71, No.3, 1957, pp.593—629.; Lon L. Fuller, “Positivism and Fidelity to Law — A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, Vol.71, No.3, 1957, pp.630—672.

[27] *Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946), in: *ders.*, Gesamtausgabe, Bd.3., hrsg.v. Kaufmann, 1990, S.89.

[28] 参见阿列克西,见前注[18],第412页。

[29] H. L. A. Hart, *supra* note 26, pp. 618, 620—621.



两恶相较取其轻。这至少具有坦率的美德。<sup>[30]</sup>

稍作分析,我们就会发现:自然学者和实证主义者在关于法概念与司法裁判(法律推理)之关系的理解上是不同的。自然法学坚持的是概念(效力)与裁判一体的思路。<sup>[31]</sup>一方面,由于将道德要素和伦理学的效力概念包含进了法概念与法的效力之中,所以并不存在效力与服从的分离问题。说某事物是有效的法,就意味着人们(既从法律的角度、也从道德的角度出发都)应当服从它。另一方面,通过这种两位一体,司法裁判在满足“依法裁判”的同时,也就满足了个案正义的要求。因为在自然法学者眼中,依法裁判之“法”原本就包含道德正确性的要素。而实证主义者坚持的是概念(效力)与裁判相分离的思路。由于实证主义的法的效力概念只包含法学和社会学的效力概念,而将对法律的道德伦理判断留给了“服从”和“裁判”的领域去处理。但是,这里面却需要去回答一个自然法学者或许无需回答的前提性问题。这就涉及到哈特论证中隐藏的一个致命的缺陷:他主张用溯及既往的法律去对道德上(而非法律上!)错误的告密行为进行处罚。但问题就在于,为什么告密者没有尽到道德义务能够用法律手段(甚至是刑法)来进行处罚?换言之,为什么司法裁判(法律推理)不仅要解决当事人的法律义务问题,而且要解决当事人的道德义务问题?尤其是,为什么作为法律组织的法院可以用法律手段去应对违反道德义务的行为?这个问题之所以在自然法学那里不存在,是因为它在法概念论的层次上就已经将法律与道德在一定程度上合一了。而对于将法概念与司法裁判相区分的实证主义者而言,却是必须要回答的。如果法概念决定不了最终的裁判结果,司法裁判依然摆脱不了道德考量,那么这只能证明,要么法律推理与道德推理之间(而非法律与道德之间)无法分割,要么法律推理本身就是道德推理的一部分。<sup>[32]</sup>这就涉及到对法律推理(司法裁判)之性质的理解了。如果说“依法裁判”是司法裁判的根本性条件,而自然法学认为的“法”由于已然包含道德要求,所以“依法裁判”和“依道德裁判”在这里已经合二为一地由法概念解决了的话,那么对于实证主义就不是这样了。它还得额外证明:尽管X是法,但由于X违背道德准则(跨越了极端不道德的门槛)所以没有道德拘束力,而作为同样追求道德正确性的司法裁判要将“依道德裁判”的要求凌驾于“依法裁判”以上,从而否认对X的服从义务。但这并不是不证自明的,而需要去深入论证法律推理与道德推理的关系。<sup>[33]</sup>如果不能证明这一点,那么法官除

[30] Ibid, pp. 619—620.

[31] 要注意的是,拉德布鲁赫关于法概念与法效力的理解比较独特,并非两者完全合一的关系,但在法效力与服从或司法裁判一体化这点上没有差别。本文只关注通常情况下自然法学与法律实证主义关于法概念和司法裁判之关系的观点差别,故而此处并非对拉氏立场展开详细阐述之处。感兴趣者可参见雷磊:“再访拉德布鲁赫公式”,《法制与社会发展》2015年第1期,第119—120页。

[32] 后一种观点参见 Joseph William Singer, “Normative Methods for Lawyers”, *UCLA Law Review*, Vol.56, No.4, 2009, p.906。即“法律推理在根本上是道德推理的一种高度精致化的形式”。

[33] 当然,或许在哈特看来,法律推理的领域压根不是法学处理的对象,它涉及法官如何运用裁量权,属于规范性政治理论的范围(David Dyzenhaus, “The Grudge Informer Case Revisited”, *New York University Law Review*, Vol.83, No.4, 2008, p.1001.)。换言之,可能根本就不存在什么独特的法律推理,而只存在道德推理和政治推理,所以对它的研究本就不属于描述性法哲学的范围。但是,法律推理是不是道德推理是一回事,对这个问题的研究属于法学还是其他领域则是另一回事。

了依法(实在法)裁判外,就没有道德义务像哈特那样用法律手段去追求道德上最佳的做法。<sup>[34]</sup>这就依然可能导致自然法学与法律实证主义对于告密者案最终裁判结论的不同。由此问题变得更复杂,我们就此打住。

#### (四)小 结

法概念立场的争议会影响疑难案件中法律规范之效力的认定:法律实证主义倾向于肯定“恶法”的法律效力,因而要求将它作为有法律拘束力的裁判依据来对待;自然法学则倾向于否定“恶法”(或至少是“极端的恶法”)的效力,因而主张法官没有法律义务将它作为有拘束力的裁判依据。但案件的最终裁判结论仍取决于对法概念与司法裁判之关系的理解:自然法学主张概念(效力)与裁判的一体,因而不具有效力即意味着没有义务去服从它;法律实证主义则可能会主张概念(效力)与裁判的分离,因而认为有效力并不必然意味着有服从它的道德义务。所以,法概念立场的争议可能但不必然会影响裁判结论,但必然会影响判决的整个论证和说理的思路。

### 三、法学方法论有什么用?

#### (一)法学方法论的核心问题

法认识论的核心问题在于,法律知识是否可能?如果是,那么如何可能?与此相关的是,为了保证这一点,法学必须能够提供一套较为稳定和可传导的客观知识,也即达到“科学”的要求(法律科学)。所以,从广义上讲,法认识论既要处理法律知识如何可能的问题,也要解决法律科学如何可能问题。前一个问题是法学方法论关注的重点,而后一个问题是法律的科学性理论要回答的问题。在此,我们只关注法学方法论这一领域。法学方法论思考的起点在于:人们如何获得关于法律的知识?如何证立一个法律命题的正确性或正当性?它的主要内容在于为法官提供一套司法裁判的方法学说。司法裁判是一种法律适用的过程。而按照恩吉施(Engisch)的说法,法律适用是“具体的法律上应然判断的获取”过程。<sup>[35]</sup>它包括两方面的问题,一是如何获得裁判结论,二是如何证立裁判结论。

与法概念论可能会涉及对现行法律(规范)效力的质疑不同,法学方法论与法教义学的联系更加密切:法学方法论之所谓的“法学”,指的主要就是法教义学。法教义学的主要任务在于对现行法进行解释及其体系化,而法学方法论则是要为解释及其体系化提供方法上的支持。从这个角度看,法学方法论(法教义学)的前提在于“假定现行法秩序大体看来是合理的”。它可能也会涉及批判,但这种批判更多是在法律体系内进行的。它更关心的是“在具体的细节上,以逐步进行的工作来实现‘更多的正义’”。<sup>[36]</sup>但是,法学方法之为“论”,就意味着它要提供在以实在法秩序为基础探求具体问题之规范性解答的过程中遵循的规则、形式、路径,也要

[34] 除非像《德国基本法》第20条第3款那样直接规定,“司法要受到制定法与法(正义)的拘束”。此时依道德裁判就不仅是道德义务,而且是个法律义务了。

[35] Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 2. Aufl., 1960, S.3.

[36] 参见(德)卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,第77页。

对它们予以体系化。这种体系化既涉及如何组织方法的模式,也涉及对方法和模式运用本身的哲学反思。所以,在完整的意义上,法学方法论包含三个逻辑层次:具体方法的层次、基本模式的层次和元方法的层次(司法哲学的层次)。

具体方法的层次涉及不同情形中不同的方法运用。比如在文义模糊情形中,我们需要运用各种法律解释方法,即文义解释、发生学解释、历史解释、体系解释、比较解释、客观目的论解释等。在出现漏洞的场合,可以考虑运用类比推理、目的论扩张、基于一般法律原则的法的续造等。当法律的文义有悖于其目的时,有目的论限缩等修正法律的方法。<sup>[37]</sup> 这些方法对于法律规范的适用具有直接帮助,实践色彩鲜明,同时与部门法(教义)学也联系密切。但是,如果要谈作为法哲学一部分的法学方法论对于部门法(教义)学的作用,一个核心问题在于,是否存在各部门法方法论之上的共同方法论? 我们知道,从学说史的角度看,法学方法的主要学说其实来自于民法学,尤其是民法解释学。近代方法论的鼻祖萨维尼(Savigny)所提出的解释要素说基于对罗马法的研究之上。<sup>[38]</sup> 我国大陆法学方法的启蒙工作同样是由民法学者来完成的。<sup>[39]</sup> 当然,法学方法论脱胎于历史最为悠久和成熟的民法学科只能说明其起源,不能证明它的非普适性。但这的确带来了一个问题,那就是以民法解释学为模板所提炼出来的一般性方法是否可以毫无保留地适用于别的部门法(教义)学? 今天我们知道,在不同的部门法中,方法论的具体内容是有所差异。比如,民法方法论十分关注的法源问题在刑法方法论那里就不是问题,因为刑法只有一个法源,即刑事制定法,没有习惯法、合同等适用的余地。刑法方法论由于“罪刑法定”的要求,不能将填补漏洞的方法(如类推)包含进来。行政法方法论则面临着对法律规范之双重解释的问题:一方面是行政机关对行政法的解释,另一方面是法院对这种解释的再解释(审查)。而这种情形在民法、刑法方法论中基本不存在。进而,问题在于,即便在法哲学上可以提炼出一套共同的方法论,但提炼出的这种方法论“总论”(在内容上可能很“稀薄”)对部门法有什么直接的作用? 当然,出于科学系统化的要求这是有意义的,对于一些方法论尚不发达的新兴学科而言也有借鉴作用。这种意义和作用也取决于今后方法论研究的水准和程度。但这不是我们关注的焦点。真正具有共通意义的是后两个层次,因为正是这两个层次使得我们需要超越任一具体方法(或部门法方法论)之上,并且它们与实践同样具有关联。

## (二)法律适用的基本模式及其影响

前面提到,法学方法论的任务在于解决如何获得裁判结论和如何证立裁判结论的问题。这实际上已经涉及到了方法论的两个层面:法的发现与法的证立。<sup>[40]</sup> 对这两个层面研究重

[37] 同上注,第193—315页。另参见(德)卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第70—225页;(德)齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第59—124页。

[38] 参见(德)萨维尼:《萨维尼法学方法论讲义与格林笔记》,杨代雄译,法律出版社2008年版,第15页以下。

[39] 例如梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,以及梁慧星:《裁判的方法》,法律出版社2003年版。

[40] Martin P. Golding, “Discovery and justification in science and law”, in Aleksander Peczenik et al (eds.), *Theory of legal science*, Dordrecht: Springer Publishers, 1984, p.113.; *Holocher*, Kontext der Erfindung und Kontext der Begründung in der Wissenschafts und Rechtsphilosophie, *ARSP* 96 (2010), 472ff.

心的不同会导致对法律适用之性质的理解不同。法的发现理论认为,法学方法论主要研究的是法律适用过程研究的是法官作出裁判的真实过程,它需要关注在法官裁判中究竟哪些要素在影响法官的判决,以及判决的真实结构。与此不同,法的论证理论认为,法律适用的重点在于裁判的理由和论据,而不在于其真实结构或过程。如何举出充分的理由和论据对裁判结论进行合理化的证成才是法学方法论的任务。在学说脉络中,前者的代表是法律诠释学,后者的代表是法律论证理论。

体现在法律适用的基本模式上,这造成了法律适用究竟是以涵摄模式还是以等置模式为核心的争论。法律论证理论支持的涵摄模式认为,法律适用的“主图式”就是将案件事实作为小前提涵摄在一般性的大前提即法律规范之下,通过逻辑推导出结论的演绎结构。<sup>[41]</sup> 其他的工作(如法律解释、法律原则的具体化等)<sup>[42]</sup>都是辅助性作业,都是围绕大小前提的加工和确定来展开的。而与之相对的法律诠释学则认为事实和规范是没法相互涵摄的,只能不断地接近,其间需要法官的眼光“在大前提和生活事实之间的往返流盼”。<sup>[43]</sup> 所有法律发现都是一种使生活事实与规范相互对应,一种调适,一种同化的过程,也即是类比的过程。<sup>[44]</sup> 它的核心是个案比较,即将待决案件与那些肯定受相关规范调整的案件进行等置。<sup>[45]</sup> 这被称为等置模式。两者争议的实质是以逻辑推论为中心的演绎和以个案比较为中心的类比之争。与此相关的问题是:其一,法律适用的起点是一般性的法律规范还是案件?其二,文义能否成为解释与类比的界限?涵摄模式认为法律适用的起点是规范,文义具有界限性功能,能够成为解释和类比的分界线。通常情形中法官只需在文义范围内经由解释确定大前提后进行演绎推论即可,只有在例外情形中(出现漏洞)法官才需要超越文义进行类比。而等置模式则认为,法律适用的起点是案件(更准确地说,是法律规范所规定的典型案件与待决个案),解释和类比的界限是不清晰的,它们只是在制定法延展的程度上不同,<sup>[46]</sup>文义无法构成分界线。对法律适用基本模式的理解会直接影响法律思维的基本样态,也会影响具体案件的论证说理。以下举一个德国的、一个中国的著名案例:

盐酸案:一位德国男子用一杯稀释后的盐酸泼在一位银行女出纳的脸上,抢走了柜台上的钱,并造成了她毁容。这位男子的行为是否构成《德国刑法典》第 250 条规定的“持武器抢劫”

[41] Vgl. Koch und Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 1982, S.48.

[42] 或有学者认为,似公序良俗等法律原则的适用并不遵循涵摄模式,而是采纳权衡模式(以比例原则为核心)。以规则为出发点的涵摄与以原则为出发点的权衡自然是不同的,但经过权衡之后的原则依然要具体化为规则,才能作为法律论证的大前提(具体参见雷磊:“为涵摄模式辩护”,《中外法学》2016 年第 5 期,第 1227—1228 页)。(狭义)涵摄模式与权衡模式的对立是法律论证内部的对立,而(广义)涵摄模式与等置模式的对立则是法律论证与法律发现之间的对立。对于前者,本文暂且不论。

[43] Engisch (Fn.35), S.15.

[44] 参见(德)阿图尔·考夫曼:《类推与事物本质——兼论类型理论》,吴从周译,学林文化事业有限公司 1999 年版,第 87、95 页。

[45] 参见(德)阿图尔·考夫曼:《法律获取的程序——一种理性分析》,理论译,中国政法大学出版社 2015 年版,第 8 页。

[46] 同上注,第 18 页。

的行为?<sup>[47]</sup>

许霆案:广州青年许霆去银行自动柜员机(ATM)取款时发现出现技术故障,能够超出账户余额取款却不能如实扣账,于是通过反复操作取走17.4万元。携款逃匿一年后落网。许霆的行为是否构成当时我国《刑法》第264条第1款规定的“盗窃金融机构罪”?

涵摄模式和等置模式对于这两个案件的处理上会展现出不同的思维和论证方式。前者会首先去运用文义解释、发生学解释、历史解释等方法去确定相关法律规范中术语的含义,而后者则会从待决案件事实出发去比较其与相关规范之构成要件所指涉的典型事实相比较,看其能否作法律上的同一评价。在盐酸案中,依照涵摄模式,如果能够确定“武器”的外延中包含“盐酸”,那么就能将持盐酸抢劫或放狗咬人的案件事实涵摄于《德国刑法典》第250条之下,判定持武器抢劫或严重身体伤害罪名成立。否则由于罪刑法定(禁止类推)的要求,若涵摄无法进行,罪名即不成立。相反,等置模式的处理过程完全不同。法律诠释学的代表考夫曼就曾运用这种模式来剖析盐酸案。在他看来,该案的整个法律适用过程包括三步:第一步是设证,即假定盐酸可能是一种武器。这是一种前理解,虽有风险但却必要,因为人们要知道接下去向哪个方向努力,尤其是证据查明的方向。第二步是归纳和类比:先是在设证的引导下找到了查找适合于这一案件的个案规范(“所有加重抢劫罪的情形都构成持武器实施抢劫”),然后进行个案比较(类比),即将待决案件(持盐酸抢劫)与制定法无疑涵盖的典型案件(持步枪、手枪、左轮手枪……抢劫)进行比较,发现两者在抢劫、危险性、一种严重损害身体的特定危险、目的在于阻碍或制止抵抗行为这些点上是一致的。只是步枪、手枪、左轮手枪等作为“武器”要比盐酸更为人所熟知。但这点不同并不重要,因此两者可被等置为“武器”。最后一步是涵摄,以归纳而来的“所有加重抢劫罪的情形都构成持武器实施抢劫”作为大前提,以“持盐酸实施抢劫的情形都构成加重抢劫罪”为小前提,得出结论“持盐酸实施抢劫构成持武器实施抢劫”。<sup>[48]</sup>所以,虽然涵摄并非毫无用处,但它起到的更多是包装作用,法学方法论远远无法被涵摄所穷尽,它的重心在于个案比较(类比)。

两种模式在许霆案中的运用情形也是相似的,尽管多数中国学者并没有明确地意识到这两种模式的存在。<sup>[49]</sup>传统学者大都秉持涵摄模式(尤其是形式解释论者),而偏向于等置模式的更多是在刑法中倡导类型思维的学者。<sup>[50]</sup>在许霆案中,涵摄模式从《刑法》第264条第1款规定的“盗窃金融机构、且数额巨大”出发,围绕“金融机构”和“数额巨大”的语义展开争议。

[47] 案情参见BGHSt 1, 1(1)。

[48] 参见考夫曼,见前注[45],第149—150页。

[49] 事实上,当下刑法学界关于形式解释论和实质解释论之争的背后在某种程度上就涉及法律适用基本模式之争,尽管很多学者的一些具体主张并不严格符合这两种清晰对立的“理想型”,而介于两者之间。参见陈兴良:“形式解释论的再宣示”,《中国法学》2010年第4期,第27—48页;张明楷:“实质解释论的再提倡”,《中外法学》2010年第4期,第49—69页。

[50] 后者的代表作参见杜宇:“再论刑法上之‘类型化’思维——一种基于‘方法论’的扩展性思考”,《法制与社会发展》2005年第6期,第108—121页;杜宇:“刑法学上‘类型观’的生成与展开:以构成要件理论的发展为脉络”,《复旦学报(社会科学版)》2010年第5期,第78—86页;杜宇:“刑法解释的另一种路径:以‘合类型性’为中心”,《中国法学》2010年第5期,第176—190页。

对于 ATM 机是否属于金融机构的问题,否定方认为金融机构的设立需要金融主管部门批准,而 ATM 机的设置则可以由金融机构决定,所以它不是该条款说的“金融机构”本身;肯定方则指出该条款规定的“盗窃金融机构”是“盗窃金融机构的财物”(经营资金、有价证券和客户的资金等)的缩略语,ATM 中的款项就是金融机构的经营资金,所以通过 ATM 机盗窃就是盗窃金融机构。<sup>[51]</sup> 对于本案是否满足数额巨大的问题,肯定者会指出,根据相关司法解释,个人盗窃公私财物价值人民币 3 万元至 10 万元之上的为数额特别巨大,许霆无疑满足这一条件;而否定者则认为这一标准只适用于一般盗窃,而不适用于盗窃金融机构,后者的数额应相对较高。<sup>[52]</sup> 但无论如何,围绕《刑法》第 264 条第 1 款进行文义范围内的解释,以便明确条款的含义,决定是否能以此为大前提对许霆案(的事实)进行涵摄,以便落实罪刑法定的要求构成了论证的主线。与此不同,在等置模式之下,论者关注的并非法律规范中的概念,而是许霆案事实与典型案件事实(如盗窃银库)在《刑法》第 264 条第 1 款之目的的关照下是否属于同一类型(事实类似),是否具有评价上的一致性。于此,许霆案的特殊性就会成为说理的核心,例如立法当时的社会条件、本案中 ATM 机的特性(故障)、许霆的犯意特征(临时起意)、盗窃金融机构比之一般盗窃规定更重刑罚的理由等等。<sup>[53]</sup> 它所关注的是诸多案件细节合在一起后的总体直观评价(实质价值判断),至于概念的文义范围与此相比是次要的。

当然,针对诠释学的立场,法律论证学者也对涵摄模式予以了进一步的辩护。一方面,他们认为文义依然可以构成界限。科赫(Koch)与吕斯曼(Rüßmann)将概念所指涉的对象区分为必然属于该概念外延的“肯定选项”、必然不属于该概念外延的“否定选项”,以及可能属于也可能不属于该概念外延的“中立选项”。<sup>[54]</sup> 在通过文义就能决定的肯定选项与否定选项中,类比只能以一种反于文义的方式发挥作用。如对于“武器”这个概念,“手枪”属于它的积极选项,而“花环”属于它的消极选项。假如要将持“武器”抢劫的法律后果适用于持“花环”抢劫的行为,或者不将持“武器”抢劫的法律后果适用于持手枪抢劫的行为,就属于超越文义的类比,违背了罪刑法定的要求。而在文义无法决定的中立选项中,类比可以在文义界限内作为体系解释方法之一种来发挥作用。<sup>[55]</sup> 例如,当文义无法确定“盐酸”是否属于“武器”时,就可以将“盐酸”与无疑属于武器的“手枪”进行比较以确定归属。所以,类比既可以是一种扩张式的规则适用形式,也可以是一种案型比较的论据形式。<sup>[56]</sup> 可分别称之为类比论证与类比解释。因此文义依然是(类比)解释与类比(论证)的界限。另一方面,一般性规范依然是适用的起点,

[51] 参见陈兴良:“许霆案的法理分析”,载《人民法院报》2008年4月1日,第5版。

[52] 参见张明楷:“许霆案的定罪与量刑”,载《人民法院报》2008年4月1日,第5版。

[53] 参见雷磊:“实践法律思维的构造——以许霆案为思考契机”,载赵秉志主编:《中国疑难刑事名案法理研究(第四卷):许霆案件的法理争鸣》,北京大学出版社2008年版,第413—414页。

[54] Vgl. Koch und Rüßmann (Fn.41), S.195.

[55] 参见(德)罗伯特·阿列克西:《法·理性·商谈》,朱光、雷磊译,中国法制出版社2011年版,第79页。黑勒称之为“内在于构成要件的类推”(参见 Heller, Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung, 1961, S.87.)

[56] Vgl. Alexy, Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung, in: Neumann/Hassemer/Schroth (Hrsg.), Verantwortetes Recht: die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns, 2005, S.64.

因为即使“具体待决案件与为制定法构成要件所确凿涵盖之案件之间的等置”<sup>[57]</sup>被认为是必不可少的,它也只是涵摄中确定大小前提之关联的环节,而不影响涵摄作为法律适用之基本模式的地位。

可见,对法律适用基本模式的不同理解有可能会導致裁判结论的不同。即便结论上没有差别,<sup>[58]</sup>也会造成论证方式上的重要区分。在刑事案件中,这同时会造成对“罪刑法定”及“禁止类推”之要求的理解不同:涵摄模式会严守这一准则,而等置模式追问的只是:是否可能在类推范围内,经由实际上可用的标准划出一条还算可靠的界限。<sup>[59]</sup>由于后者否认能清晰区分解释与类比,所以主张严格的类推禁止无法得到贯彻。<sup>[60]</sup>由此会带来论证负担的不同。

### (三) 司法裁判的元方法(司法哲学)及其影响

任何方法的运用都涉及目标和结构的问题。我们将这种目标和结构称为“元方法”。元方法是方法的方法,它涉及司法哲学,也就是对于司法裁判性质之理解。涵摄模式和等置模式的背后也多少涉及司法哲学的差异:司法裁判的目标在于追求的是依法裁判还是个案正义?司法裁判是规则导向的还是后果导向的?这两个目标之间如何取舍?在此,存在着形式主义立场、实质主义立场与推定主义立场的区分。

形式主义立场主张严格依法裁判,即按照普遍性的法律规则去解决属于其调整范围内的案件,而无需考虑个案的特殊性,因而也可被称为“普遍主义的立场”。在这种立场看来,司法裁判与其他纠纷解决机制最大的差别,就在于它必须将事前已经以权威性的方式确定下来的一般性规则作为裁判依据,所以它是一种“据法裁判”。<sup>[61]</sup>它要求:其一,将司法判决建立在已确立之一般法律规则的基础上,而摆脱法官个人的主观擅断或心血来潮;其二,将这种一般法律规则事先向社会公众公布,并将司法判决建立在这种已公布的一般性规则的基础上,以使得司法判决具有可预测性。形式主义的立场具有本体论和宪法—政治两方面的根源:在本体论层面,它将法律视为一种规则。规则的重要性来自于规则本身,而不是其背后的正当化依据。所以,法律的效力独立于其内容,无需追溯至道德证立或政策证立。<sup>[62]</sup>法律规则本身就具有高度的重要性,而不仅仅是达成某种实质目的的手段。所以,即使有时看起来是错的或者与规则背后的正当化依据不一致,即使服从规则在某些场合会产生糟糕的结果,也要服从规则。<sup>[63]</sup>在宪法—政治层面,形式主义立场否认法院有依照立法目的来为规则创设例外的权

[57] *Engisch* (Fn.35), S.19, 26.

[58] 如考夫曼晚年转变了早前的观点,赞同刑法学界的主流观念,认为将盐酸与武器相等置属于“被禁止的类推”(参见考夫曼,见前注[45],第168页),但基本论证没变。

[59] 参见考夫曼,见前注[44],第14—15页。

[60] 参见杜宇:“刑法上之‘类推禁止’如何可能?——一个方法论上的悬疑”,《中外法学》2006年第4期,第415页以下。

[61] 参见(美)罗斯科·庞德:《法理学(第2卷)》,邓正来译,中国政法大学出版社2007年版,第134页。庞德使用的术语是“权威性资料体系”。

[62] See Anthony Sebok, *Legal Positivism in American Jurisprudence*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p.14.

[63] See Frederick Schauer, *Thinking like a Lawyer*, Harvard: Harvard University Press, 2009, pp. 17—18.

力,而严守“法定制”与“法适用”的界限。<sup>[64]</sup>

相反,实质主义的立场则将个案正义视为司法裁判最重要的目标。它认为一般法律规则无法去恰当地应对所有落入其调整范围内的案件,司法裁判要充分考虑个案的特殊性并予以尊重,因而也可被称为特殊主义的立场。在这一立场的支持者看来,法教义学不外乎是一种“结晶化的法政策学”,<sup>[65]</sup>它所关心的重点在于裁判结论的“正确性”。个案正义意味着司法裁判不仅要合法,也要合理,不仅受制于过去,更要面向未来,这就涉及到个案所涉及的实质价值或道德考量。实质主义立场中影响力最大的是司法裁判中的后果考量。后果考量要么指将裁判的后果视为判断裁判正确性的唯一标准(后果主义),<sup>[66]</sup>要么指在司法裁判中采用依据后果来证立特定主张或观点的论证方法(后果论证)。实质主义(后果主义)的立场同样具有本体论和宪法—政治两方面的根源:在本体论层面,它将法律规则视为一种达成立法目的、社会政策或社会后果的工具。所以,真正重要的是这种实质后果的考量,当法律规则有损于这种考量时,就应当通过各种手段(扩张解释、为规则创制例外等)去促成目的的实现。一般命题不能裁断具体案件(霍姆斯语)。<sup>[67]</sup>法律并不是规则,而是行为。在宪法—政治层面,实质主义立场强调司法能动主义和司法裁判的政策塑造功能,主张应赋予法官以积极的造法功能,否认立法与司法之间的严格界限。

可见,司法裁判远不止于解决具体纠纷,而永远是超越个案的。它涉及一系列重要的价值或者制度安排之间的关系,如服从权威与追求正义、民主原则与司法独立原则、法的安定性(形式正义)与实质正义、可预测性与正当性、合法性与合理性等。<sup>[68]</sup>但当这两方面的价值,或者依法裁判与个案正义的目标发生冲突时,该如何选择?显然,形式主义与实质主义分别站在了标尺的两端。与此不同,推定主义立场认为形式主义立场会导向“过分受制于规则的裁判”,<sup>[69]</sup>而实质主义立场则会导向“过分忽视规则的裁判”,并力图调和两者。其基本立意在于:法律规则具有推定的约束力,通常情况下裁判者不能因为规则会产生错误或次佳的判决结果而排除其适用;唯有当排除规则适用之理由特别强时,方可逾越规则径行裁判。<sup>[70]</sup>换言之,依

[64] See Larry Alexander, “Formalism in Law and Morality”, *University of Chicago Law Review*, Vol.66, No.2, 1999, p.531.

[65] 参见(德)伯恩德·吕特斯:《法官法影响下的法教义学和法政策学》,季红明译,载李昊、明辉主编:《北航法律评论》2015年第1辑,法律出版社2016点版,第157页。

[66] 后果主义认为后果是唯一与道德相关的。换言之,它认为促成最好的后果对行为的正确性而言是必要且充分的,而不仅仅是必要的(关于后果主义,参见(美)茱莉亚·德莱夫:《后果主义》,余露译,华夏出版社2016年版,第1页。)

[67] 参见(美)马丁·斯通:“形式主义”,杜宴林译,载(美)朱尔斯·科尔曼、(美)斯科特·夏皮罗主编:《牛津法理学与法哲学手册(上册)》,杜宴林、朱振、韦洪发等译,上海三店书店2017年版,第182页。

[68] 依法裁判与法的安定性之间的关系,参见雷磊:“法律方法、法的安定性与法治”,《法学家》2015年第4期,第4—6页。

[69] 斯通,见前注[67],第190页。

[70] 肖尔称其为“推定实证主义”(见 Frederick Schauer, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decisionmaking in Law and in Life*, Oxford: Oxford University Press, 1991, p. 204.)。但笔者认为用“实证主义”的称呼不妥,因为它与法概念论上的实证主义立场并没有必然关联。



法裁判与个案正义这两个目标的分量并不相同:在依法裁判与个案正义相兼容或者依法裁判违背个案正义但并不严重时,一律依法裁判;只有当依法裁判违背个案正义十分严重时,个案正义才能优先于依法裁判。后一种情形体现在,个案中尽管存在可资适用的法律规则,但法官可以基于“更强理由”为规则创制例外。这种例外并非可以随意创设,而大体上要满足三个条件:一是要具备规范基础,司法论证中对正义的追求绝不能只是纯粹的道德或价值诉求,而必须在现有的法律体系内寻找到规范基础(如一般法伦理原则);二是要有法学方法的保障,即通过运用法律人共同体所普遍承认的法学方法,保证法律决定吻合特定目的、后果或价值;三是要承担论证负担,也即是说,法官在超越依法裁判的层次去追求个案正义时,负有论证义务来证明,他为规则创制例外的做法能得到共同体政治—社会体制之价值抉择的支持。<sup>[71]</sup>因此,推定主义一方面将重心置于依法裁判之上,另一方面又保留了突破规则去实现个案正义的可能。

司法哲学立场的不同会影响裁判的结论与方式。在我国台湾地区的一则“特殊重婚案”中,原告(“前妻”)与其丈夫婚后感情不合,遂携带子女往美国定居。其丈夫在她缺席的情况下提起离婚之诉获胜,随后与善意信赖其前婚姻关系已因确定判决消灭的一女性(“后妻”)结婚。原告归台后提起再审获胜,确认前一段婚姻因离婚诉讼的程序瑕疵问题并未解除,后又提请确认后一段婚姻无效,经我国台湾地区“最高法院”审理再获胜。“后妻”认为该判决侵害了自己受宪法保护的婚姻自由,提请我国台湾地区“司法院大法官会议”释宪。<sup>[72]</sup>本案的关键问题在于:当前婚姻关系已因确定判决(如本案之离婚判决)而消灭,而善意无过失之第三人因信赖该判决而与前婚姻之一方相婚,嗣后该判决又经法定程序(如再审)而变更时,导致后婚姻成为重婚时,是否仍应认为该后婚姻为无效?与本案相关的是法律规定是我国台湾地区“民法”第988条第2款和985条,两者合在一起构成这样一条规则:有配偶而重婚者,其后婚姻无效。而个案之特殊性所涉及到的价值则包括信赖保护和婚姻自由。在这里,依法裁判与个案正义之间发生了冲突。对此,形式主义的立场会要求法官严格依照民法上关于重婚无效的法律规则来进行裁判,而忽视个案的特殊性、后果及其价值诉求(我国台湾地区“最高法院”的做法);而实质主义的立场则会强调婚姻自由与信赖保护的重要性,而当法律规则放在一边。与这两者不同,我国台湾地区“司法院大法官”最终秉持的是其实是推定主义的立场:首先,他们为婚姻自由与信赖保护找到了宪法上的规范基础。前者的基础在于我国台湾地区“宪法”第22条(作为基本权利的自由权,包含结婚自由在内),后者蕴含于我国台湾地区“宪法”所确立之“法治国”原则之中。其次,他们运用了基于一般法律原则的法的续造方法。再次,他们将释字书的主要篇幅都花在了承担“更强理由”的论证负担上,用以说明为什么在本案中信赖保护和婚姻自由相比于上述既定规则(及其背后“一夫一妻”制度的价值)更重要。<sup>[73]</sup>在两方价值的较量中,他们认为既定的民法规则在适用上具有初步优先性(“与‘宪法’尚无抵触”),但本案的特殊性使得适用信赖保护与婚姻自由原则具备了更强理由,因而既定规则不适于本案,后婚姻并

[71] 这种共同体政治—社会体制之价值抉择既包括制度化的部分(宪法基本价值秩序),也包括非制度化的部分(社会主流价值观)。

[72] 参见三民书局主编:《大法官解释汇编》,台湾三民书局2013年版,第219—220页。

[73] 对该案的具体分析参见雷磊:“论依据一般法律原则的法律修正——以我国台湾地区‘司法院大法官会议’释字362号为例”,《华东政法大学学报》2014年第6期,第6页以下。

非当然无效。

可见,推定主义立场与实质主义立场在本案中得出了相同的裁判结论,而与形式主义立场所导致的裁判结论正好相反。但即便如此,推定主义立场与实质主义立场得出结论的方式并不相同:与直接抛开规则或轻视其重要性的实质主义不同,基于“禁止向一般条款逃逸”的原理,推定主义并不主张作为“适法者”的法官能无视或任意偏离作为立法者意志之明确表达的具体规则,即便这是为了实现个案正义。相反,它要在承认规则重要性的前提下,以更加谨慎和严密的论证来说明为规则创制例外的更强理由。

#### (四)小 结

在法律适用模式的层面上,涵摄模式与等置模式间的分歧会造成裁判论证方式上的重要区分:前者以演绎推理为核心,将重心放在法律概念的阐释上,更侧重形式的论证(语义—逻辑论证);后者则以个案比较为核心,将重点放在案件类型的评价一致性上,倾向于更实质的论证(直观—法益论证)。在司法哲学的层次上,形式主义、实质主义与推定主义立场对于依法裁判和个案正义这两种裁判目标之间的选择各有不同。它们可能会针对相同的案件得出不同的裁判结论,也必然会采取不同的出发点和论证方式。

## 四、法伦理学有什么用?

### (一)法伦理学的核心问题

法伦理学的核心问题在于“什么样的法是正当的”。在德语传统中它可以被表述为“正确法”(richtiges Recht)问题。<sup>[74]</sup>目前法理学界对于这方面讨论不足,原因在于它需要比较充足的伦理学知识储备,但在未来可能是重要的知识增长点。在此我们只作简单阐述。

法伦理学涉及对法律制度本身的道德思考。而道德思考的核心问题是:一个人应该作什么样的行为,不应该作什么样的行为?什么是“对”或“错”的行为?由此它又涉及到两组问题:第一组问题是,“对”或“错”的是什么意思?进而,究竟有没有一套客观的标准可以帮助我们区分“对的”或“错的”?这涉及对道德判断的性质或意义的理解,大体可以区分出两大阵营。一个阵营叫做“不可知论(非认知主义)”,认为道德判断没有真假可言,纯粹是主观的,要么只是利益或观念的表达,要么是情感的宣泄(如斯蒂文森[Stevenson])。另一个阵营叫做“可知论(认知主义)”,主张道德判断有真假,是客观的,或认为“善”属于道德客观直觉(乔治·摩尔[G.E. Moore]),或认为属于道德实在(马克斯·舍勒[Max Scheler]),或主张道德融贯论(戴维森[Davidson])等。如果承认道德判断有“对”和“错”之分,那么接下去的第二组问题就是,“对”和“错”的一般性标准是什么?根据提供这一标准的理论进路或者界定标准的方式不同,可以区分出义务论伦理学、后果论伦理学、契约论(商谈)伦理学等诸多进路。<sup>[75]</sup>相对于第二

[74] 参见普佛尔滕,见前注[6],第46页。

[75] 同上注,第147—158页。另见 Höffe, Ethik: Eine Einführung, 2013, S.53—82(“伦理学的基本模式”)

组问题,第一组问题更为根本,被称为“元伦理学”问题,第二组问题相应被称为“规范伦理学”问题。此外,还存在一个更为具体的“应用伦理学”的层次。它追问的是,在各种具体状况下,应该采取什么行为?如死刑犯生前取精子是否该被允许?医师协助病人进行安乐死是对的 吗?律师可以为了当事人的利益而说谎或隐藏证据吗?如果这些涉及法律领域,就是法伦理学上的问题。

这三组问题或三个层次具有从上至下的逻辑关联:元伦理学追问“道德判断是否可能”,如果可能,则由规范伦理学去追问“对”和“错”的一般性标准是什么,进而将这种标准结合具体情形来为具体问题提供答案则属于应用伦理学。如果认为道德判断根本就不可能,司法裁判就是法官口味的体现,或者是在玩抛硬币游戏的话,那么就会导致对整个法律和道德论证的怀疑论立场。如果是这样,就只能将疑难案件放逐于理性之外的领域,将法律—道德难题看作无法解决的悲剧。所幸的是,当今大部分法学和伦理学学者都认为道德判断是有对错之分的。因此争议主要集中于规范伦理学的层次,即关于道德判断之一般性标准的问题。这个层次的争议会影响到应用伦理学层次的判断,反映在法律领域,即会影响到(部门)法教义学在个案中的运用(司法裁判)。

## (二)(法)伦理学如何进入法教义学(司法裁判)?

在此可引入学说史上的一个著名案例和一个中国刑事实践中的真实案例:

“电车案件”:旧金山的一辆电车失控,前方的轨道上有五个人,而轨道有一个岔道,上面有一个人。站在轨道旁的琼斯女士扳动道岔,将失控电车引入岔道,挽救了五个人的生命,但也造成了事发当时站在岔道上的法利先生的死亡。琼斯女士有罪么?<sup>[76]</sup>

“孝子弑母案”:邓某在多种疾病缠身、瘫痪近二十年的母亲的反复要求下,购买了一瓶农药并将药瓶拧开,邓母接过农药瓶喝下毒发身亡。邓某的行为符合故意杀人罪么?<sup>[77]</sup>

与“告密者案”和“柏林墙射杀案”中一样,上述两案中犯罪嫌疑人之行为都符合相关制定法条款的文义;在“孝子弑母案”中是我国刑法第 232 条,而在“电车案件”中虽然控辩双方都没有直接表明相关的刑法条款,但从双方的争论看这一点也不成问题。当然,两案也都涉及法伦理学上的考量,但考量渠道是不一样的:在“电车案件”中,焦点在于是否存在“违法阻却事由”?<sup>[78]</sup>与法概念之争的不同之处在于,这里涉及的可能的违法阻却事由并非来自于刑法典

[76] “电车难题”最早是英国哲学家菲利帕·富特(Philippa Foot)于 1967 年提出的,本文所引用版本的基本案情参见(美)托马斯·卡斯卡特:《电车难题》,朱沉之译,北京大学出版社 2014 年版,第 13—14 页。

[77] 具体案情参见钟亚雅、许晓君、崔杰峰:“帮助自杀,罪不可恕,其情可悯”,载《检察日报》2012 年 6 月 6 日,第 5 版。

[78] 至于这里的“违法阻却事由”即“紧急避免”究竟是正当理由(justification)还是免责理由(excuse),暂且不论。关于两者的区分,参见 Eric Schneider, “Justifications and Excuses”, in Julius Stone et. (eds)., *Toward a feasible international criminal court*, Geneva: World Peace Through Law Center, 1970, pp. 33—241.

之外的其他法律的规定,而来自于刑法典本身的规定或者通说,<sup>[79]</sup>即“紧急避险”。换言之,这里的关键问题在于,琼斯女士拉下道岔,使得失控列车驶向道岔撞死法利先生但却救了原本可能被撞死的五个人的生命,这是否属于紧急避险?一般认为,紧急避险要满足四个条件:①必须针对正在发生的紧急危险;②所采取的行为应当是避免危险所必要的(不得已的);③所保全的必须是法律所保护的利益;④不可超过必要的限度,就是说,所损害的利益应当小于所保全的利益。<sup>[80]</sup>在该案中,①③④三个条件都能得到满足:琼斯扳动道岔是电车千钧一发将要撞上五人之际;所保全的是法律所保护的生命权;所损害的利益至少从表面看要小于所保全的利益(杀一人而救多人)。唯一值得疑虑的是②,她所采取的行为是否是避免危险所“必要”?换言之,她那杀人以救人的行为是不是“必要”的?此处,“必要”涉及到的并不只是事实判断(如琼斯女士是不是真的来不及警告轨道上的五个人及时逃离),更重要的是涉及到伦理—价值的判断。

与此不同,“孝子弑母案”涉及的是能否对故意杀人罪条款进行目的性限缩,以将本案情形排除于该条款适用范围之外。这里的关键问题在于,单纯的帮助自杀行为是否符合刑罚的目的?除了确定帮助自杀行为与死亡后果之间具有法律上的因果联系外,还要确定帮助自杀行为与自杀行为之间的关系。现在刑法学界(无论是支持入罪还是反对入罪)的基本思路是以“共犯模式”去处理两者的关系。这意味着,只有当自杀行为具有违法性时,作为共犯的帮助自杀行为才有违法性和可罚性。违法性主要涉及伦理考量,而可罚性除此之外还有政策考量。前者指的是从特定道德标准看行为本身正当与否,后者指的则要附加考虑有无对行为进行刑罚的必要性和合理性。可罚必然违法,违法则未必可罚。由此就可形成这样几种可能的思路:①自杀行为不违法且不可罚,帮助自杀行为不违法且不可罚;②自杀行为违法且可罚,帮助自杀行为违法且可罚;③自杀行为违法但不可罚,帮助自杀行为违法且可罚;④自杀行为违法但不可罚,帮助自杀行为违法但不可罚。目前学者大多采纳的主要是第①或第③种思路。<sup>[81]</sup>但无论如何,必须独立考虑帮助自杀行为本人是否具有违法性或正当性,因为一个不具有违法性的行为是不可罚的。也恰恰在这里,规范伦理学上的立场差异将影响对帮助自杀行为是否正当的判断,进而可能影响到最终的裁判结论。

### (三) 争议背后的(法)伦理学问题

规范伦理学上的经典对立是后果论与义务论的对立。<sup>[82]</sup>后果论认为,一个行为的对错

[79] 在“电车难题”中警方提到了刑法典第192条第3款:“为避免自己或他人丧失或重伤,造成他人死亡的,不论是否故意,不构成杀人罪”。在“洞穴奇案”中虽不存在明文规定,但却是刑法教义学上的通说。

[80] 陈兴良教授更细致地区分了避险意图、避险起因、避险客体、避险时间、避险可行性、避险限度六个要素。参见陈兴良:《规范刑法学》,中国政法大学出版社2003年版,第104—105页。但已为正文中的四点所涵盖。

[81] 例如,第①种思路参见周光权:“教唆、帮助自杀行为的定性:‘法外空间说’的展开”,《中外法学》2014年第5期,第1164页以下;第③种思路参见钱叶六:“参与自杀的可罚性研究”,《中国法学》2012年第4期,第99页以下。

[82] 关于后果论(功利主义)与义务论的主要代表及其观点,参见(美)唐纳德·帕尔玛:《为什么做个好人很难?:伦理学导论》,黄少婷译,上海社会科学院出版社2010年版,第113—181页。

与否,取决于这个行为所带来的结果,例如是否降低伤害或坏处,或增加利益或好处。后果论可以追溯到哲学史上著名的目的论思想(亚里士多德)。这种思想主张,“什么是‘好的’(good)可独立并且优先于什么样的行为是‘对的’(right)”来加以定义,而当且仅当一个行为能够达到“好”的最大化,这个行为才是“对的”或“应该去做的”。基于对“好的”理解不同,后果论伦理学又分为以个人欲望或快乐的满足为好的享乐主义、以个人幸福或德行的实现为目标的至善论,以及以社会整体效益的提升为旨趣的功利主义等。其中最主要的功利主义认为,行为的对错,与它们增进幸福或造成不幸的倾向成正比。<sup>[83]</sup> 当且仅当一个行为能够最大化社会整体的效益,这个行为才是对的或应该去做的。用边沁的表述来说,能“增大共同体幸福的倾向大于它减小这一幸福的倾向”的行为就是对的。<sup>[84]</sup> 这种理论的后果是:其一,即便每个人的欲望或偏好都是等值的,但如果牺牲一个人的欲望或偏好能够让大多数人的欲望或偏好都获得满足,则社会整体效益仍然增加;其二,不平等或不公正的行为是可能被允许的,只要此一行为的后果能够最大化整体效益。如果采取功利主义的理论,琼斯女士的行为看上去就是对的。因为,如果我们认为每个人的生命都是等值的话,那么她行为的结果就在于牺牲一个人的生命而挽救了多数人的生命。“收益”大于“成本”,杀人行为的必要性、从而紧急避险这一去罪化的事由就得到了证立。而孝子弑母的行为也可以得到功利主义的支持,因为母亲的生命虽然是一种法益,但结束痛苦和实现自己的意愿也同样是属于应予尊重的法益。在母亲遭受二十年病态折磨、治愈无望,母亲本人又强烈要求弃世的情况下,可以认为帮助母亲死去所带来的“好处”超过了生命本身。<sup>[85]</sup> 依照这种思路,孝子帮助母亲自杀的行为就不具有违法性,因而也不可罚。

与功利主义相反,义务论认为,一个行为的对错,取决于行为主体是否出于遵守义务的动机而做出某个符合可普遍化的道德法则的行为,而不能取决于该行为是否会带来某些好处。据此,一个行为的对的,如果:其一,符合某个可普遍化的道德法则,可普遍化的道德法则具有“绝对命令”(即无条件的命令)的特性,如“不得杀人”“不准说谎”,它适用于任何情境、任何人;其二,行为人是出于遵守义务的动机而作出这个行为,如不杀人或不说谎不是为了实现某种目的或好处,而单纯是为了履行义务。因为目的论式的、条件式的命令容许存在例外,而这最终会瓦解普遍的道德准则本身,使得道德准则变成实现目的的手段。义务论的最大代表自然是康德,他提出了绝对命令的两个版本:“个人应当按照所有理性主体都愿意其成为普遍法则的道德规范而行动”,“应当始终把人(不论自己或他人)视为目的,而非当作手段”。<sup>[86]</sup> 如果采取义务论的理论,那么琼斯女士和孝子行为的对错就与其结果无关,而端视其是否符合绝对命令。而看起来答案是否定的,因为琼斯女士将法利先生当做了保全其他五个人生命的手段,而

[83] (英)约翰·穆勒:《功利主义》,徐大建译,商务印书馆2016年版,第8页。

[84] 即实现“最大多数人的最大幸福”,参见(英)杰里米·边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆2006版,第59页。

[85] 功利主义方案中要考虑哪些因素、其权重如何,属于适用层面的问题。本文仅满足于勾勒功利主义原则的思路,而不结合个案去展现其具体的适用方法。

[86] Vgl. Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, hrsg. v. Weischedel, 1974, S.51, 59-60.

孝子则将其母亲的生命作为了实现她自身其他利益的手段。杀人行为永远是错的,无论是在什么情形下杀人,是为了什么目的杀人,杀人所带来的结果是什么,因为任何杀人行为都不符合“不得杀人”这一可普遍化的道德法则。生命权作为普遍的权利不受他人以功利之名剥夺。没人能决定他人的生死,就像“电车案件”中检察官在指控时所说的:“谁给了琼斯女士扮演上帝的权利?”<sup>[87]</sup>故而,在义务论者的眼中,琼斯杀人行为的必要性无法在伦理上被证立,孝子帮助母亲自杀的行为也具有违法性。

至善论运用的标准既不同于义务论,也与功利主义有所不同。至善论中最著名的是托马斯·阿奎那的双效原则:道德的基本原则是求善避恶,但同一行为通常兼有善恶两种效果。在特定条件下,一个善的行为,虽然兼有恶的结果,也是可以允许的,哪怕这恶的结果在通常情形下是必须避免的。这些特定条件包括:①该行为本身在道德上必须是善的,或至少是中性的;②行为人不能主观希望恶果的发生,但可以允许其发生。如果能避免恶果而同样达成善的效果,他应当这样做;③善果与行为本身的关系,其直接程度,必须等同或高于善果与恶果之间的关系,换言之,善的结果必须是由这行为直接造成的,而不是通过恶果间接造成的;④善果之可取,必须足以弥补恶果之恶。<sup>[88]</sup>将之运用于“电车案件”就可明了:将行为与结果剥离后,改变电车路径的行为在道德上是中性的,符合条件①。琼斯女士并不“希望”法利先生死亡,而仅仅是“预见”并“允许”这一副作用发生。可以认为,如果有办法不造成法利先生死亡而同样挽救那五人的生命,她一定会那样做,符合条件②。琼斯女士扳动道岔时,并没有先杀死法利先生然后用他的身体去制止电车,她的行为直接、立刻地挽救了五人的生命,只是后来电车造成了法利先生死亡,符合条件③。挽救五人的恶超过失去一人的恶,符合条件④。所以琼斯女士的行为是对的,她的杀人行为是必要的。相反,据此标准,孝子的行为却是不正当的,因为它至少不符合条件③:孝子购买农药并打开药瓶递给母亲的行为先是与恶果(母亲死亡)发生了联系,然后才产生了善果(结束痛苦、实现母亲求死的意愿),善的结果是通过死亡的恶果间接产生的。所以,他的行为具有违法性,具备可罚的伦理基础。

由此我们看到,义务论会导致对琼斯女士和孝子的违法性认定;功利主义会导致对琼斯女士和孝子不可罚的结论、进而带来无罪判决;至善论则会导致琼斯女士无罪而孝子助其母亲自杀的行为违法的判断(至于是否可罚,还要视是否考量政策因素而定)。

#### (四)小 结

作为应用伦理学之一部分的法伦理学是规范伦理学立场的“试验场”:后果论认为带来好的结果的行为是正当的或至少是可免责的,因而应当去罪化。其中功利主义将“好的结果”与最大化社会整体的效益联系起来,至善论则诉诸更复杂的双效原则。相反,义务论认为行为的对错与后果无关,只要它不符合普遍道德法则就是不正当的,就不应去罪化。由此,这三种立场会带来个案中裁判后果的不同。

[87] 参见卡斯卡特,见前注[76],第39页。

[88] 同上注,第92—93页。

## 五、结 语

在上文中,我们通过例证阐明了法哲学对于部门法学在解决疑难案件时的作用。在这类场合,法哲学需要直接出场,也正在此意义上,法哲学有助于部门法学。作为法哲学的组成部分,法概念论、法学方法论和法伦理学在各自层面上都存在着不同立场之间的争议,它们进入法教义学和司法实践的方式也有不同,但都可能影响个案裁判的结论,或至少会影响个案裁判中论证和说理的思路、出发点和方式。当然,聚焦于疑难案件并不代表法哲学在其他场合就不存在。在简单案件中,法哲学之所以在表面上缺席,是因为我们已经对相关问题形成了共识和解决方案。这种解决方案要么来自于现行制度,要么来自于教义学通说,因而形成了一种“未完全理论化的协议”,<sup>[89]</sup>从而暂时搁置了理论争议。但是,每个法律人在处理实践问题时一定有他的哲学观点和理论预设,只是平时不显现出来而已。而一旦疑难案件出现,法哲学立场上的差异就将直接影响裁判的后果。所以德沃金才说:“法理学是司法裁判的总论,任何法律判决的沉默序言。”<sup>[90]</sup>因此,正如“所有人都有某种哲学,无论他是否认识到这一点”,<sup>[91]</sup>任何法律人也必定拥有某种法哲学,无论他是否明确意识到这一点。所区别者,只在于他拥有的是这种法哲学抑或是那种法哲学。故而,法哲学不出场是因为在常态下的确不需要它时刻出场,而一旦当它出场,它的重要性就将显现出来。

此外,通过正文的剖析,还可以得出两条基本结论:其一,法哲学的作用方式是间接的而不是直接的。法哲学要通过部门法教义学影响实践。通常情况下,穷尽法教义才能涉入法哲学。即便涉入法哲学,法哲学命题也并非以排斥甚至取代法教义学的方式“出场”,而更多是在教义学的框架和体系内发挥作用。往往此时案件涉入了教义学说本身无法“冻结”的价值判断和哲学问题。所以,用耶施泰特(Jestaedt)的话来说,法哲学起到的不是“市场叫卖般的肤浅的效用”,而是一种弯道效益。<sup>[92]</sup>为此,我们需要更好地整合法哲学与部门法教义学,致力于两者的一体化。当然,这并不是说法哲学要全面覆盖部门法学。相反,法哲学和部门法学保持一定的距离,为后者留足空间,发挥类似于“辅助性原则”的作用,才是应有的理论姿态。部门法学的教义化程度越高,在具体法律问题上法哲学就当与之保持越大的距离,为它留下越大的空间去自主解决问题。其二,法哲学旨在复杂化而非简化论证。或有论者认为,能化繁为简、立竿见影、定纷止争、减轻思维负担者才是有用的。法哲学确实并不能发挥这种意义上的作用。它的要旨不是思维经济式的,而是提醒我们某些问题远比看上去更复杂,故而应当去揭示问题背后深层而复杂的理论分歧。通过法哲学的讨论,我们能够发现司法实践背后的政治哲学和道

[89] (美)凯斯·孙斯坦:《法律推理与政治冲突》,金朝武、胡爱平、高建勋译,法律出版社2004年版,第39页。

[90] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 90.

[91] Popper, *Logik der Forschung*, 9. Aufl., 1989, S. XXV

[92] Vgl. Jestaedt, *Das mag in der Theorie richtig sein... Vom Nutzen der Rechtheorie für die Rechtspraxis*, 2006, S. 91.

德哲学。而政治哲学和道德哲学的复杂多样性也决定了,法哲学并不能完全像数学、逻辑学那样被操作,为案件提供唯一正确答案或可验证之意义上的客观性。但哲学思维的益处恰恰不在于化约和定势,而在于复杂化和开放出多种可能,让讨论者们回到“原点”上明确彼此的分歧,进行深层的狡辩,凝聚最大的共识。故此,法哲学要做的是打通哲学和法学(法教义学),追求两者的融贯化。如此,才能接近达成内在一体化和外部融贯化之法学体系这一理想要求。

最后要强调的是,本文试图说明的是法哲学这一学科,而非某种法哲学教材体系或特定法哲学理论对于部门法学的作用,尽管法哲学影响力不足在很大程度上要由后两者来承担责任。故而,如果说现在法哲学对于部门法学作用很小的话,那么责任并不在于法哲学,而在于没有足够的法哲学。<sup>[93]</sup>不是更少的法哲学,而是更多和更好的法哲学,才是法学者未来应该努力的方向。

---

**Abstract:** The most serious critique that legal philosophy faces is its alienation from specific laws and judicial practices. While the mainstream tradition of specific laws is that of legal dogmatics, legal philosophy constitutes a general theory of philosophy about law, whose relationship manifests itself clearly in hard cases. In the domain of concept of law, the disputes about concept of law have an impact on the validity of a legal norm, which can, but do not necessarily influence judicial decision, although they will certainly affect the way of argumentation and reasoning in the whole decision procedure. In the domain of legal methodology, the divergence on basic model of legal application makes an important difference in way of judicial argumentation, and the discrepancy in judicial philosophy may lead to different conclusion in the same case. In the domain of legal ethics, the antagonism between different standpoints in normative ethics will have impact on judicial consequences. In short, legal philosophy functions in an indirect way, which usually plays a part in the framework and system of legal dogmatics; and it aims to make the arguments more complicated, not more simplified, which tries to reveal the deep and intricate theoretical disagreements behind the controversies of doctrinal problems.

**Key Words:** Departmental Legal Dogmatics; Concept of Law; Legal Methodology; Legal Ethics; Hard Cases

---

(学术编辑:贺 剑)

(技术编辑:许一君)

---

[93] 本句仿自康德的表述,原文为“如果说理论对于实践作用很小的话,那么责任并不在于理论,而在于人们没有从经验中习得足够的理论”(Kant, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (1793), in: *ders.*, *Werkausgabe* XI, hrsg. v. Weischedel, 3. Aufl., 1981, S. 125)。