交大法学 SJTU Law Review
No. 2 (2016)

还原论与描述性法哲学是否可能?

——评马默的《法哲学》

叶会成*

目次

引言
一、《法哲学》的问题与方法
二、一种彻底的还原论是否可能?
（一）反还原论的失败
（二）权威与构成性惯习
（三）彻底的还原论?
三、描述性法哲学与法哲学的目的和界限
（一）方法与实质：描述性法哲学是必然的吗?
（二）法哲学的目的与界限
四、结语

摘要 安德雷·马默(Andrei Marmor)的新著《法哲学》是近年来英美法理学界的一部杰作。整本书围绕当代英美法理学两大核心议题——法律性质问题和方法论问题展开论述,作者马默在两大议题上均持严格的分离观：法律性质问题上采取还原论立场,方法论问题上固守描述性法哲学,两者融贯相连。经过重述和检讨,本文认为马默在上述两个议题上较前人的观点确有进步和创造性,值得认真审视。但本文也批判性地指出：首先,在检视承认规则的争议和法律规范性与权威的关系时,我们发现法律效力并不能完全还原为社会事实。其次,法律性质问题和方法论之间的关系并不如马默想象得那样紧密。最后,描述性法哲学也并不能完全承载法哲学的目的和使命。

关键词 马默 还原论 分离论 描述性法哲学 法律的规范性

* 中国政法大学法学院2013级硕士研究生。本文的写作得益于范立波老师和沈宏彬博士的鼓励与批评,在此表示衷心的感谢。同时,也特别感谢匿名审稿人给本文提出了宝贵的修改意见。当然,文章的责任仍由我一人承担。

引　言

前不久由北京大学出版社推出的《法哲学》(*Philosophy of Law*,2011)[1]一书,虽说主要面向的是学生和一些想了解当代法哲学讨论主题的初学者,但它绝不是那种评介性、思想史性的教材,而是一本精于论证、富有独创性的专著。此书廓清了过去一个多世纪以来英美法哲学思想史上的许多争议,批判性地继承了奥斯丁、凯尔森、哈特和拉兹等法律实证主义代表人物的观点,并对德沃金等非法律实证主义者做出了严肃的批判。就任何对当代法哲学讨论主题感兴趣的人而言,这绝对是一本少有的佳作,殊堪关注。

作者安德瑞·马默(Andrei Marmor)是当今英语学界重要的法哲学家,牛津大学博士。他曾就职于以色列特拉维夫大学,后转任美国南加州大学古尔德法学院小莫里斯·琼斯法学和哲学教授、法学和哲学研究中心主任,并且还是国际著名期刊《伦理学与社会哲学杂志》(*Journal of Ethics & Social Philosophy*)的主编。而就在2015年夏天,马默加盟到了康奈尔大学,担任哲学院和法学院双聘教授。其治学广博,著述颇丰,除了本文将要评议的《法哲学》一书外,还著有 *The Language of Law*(2014)、*Social Conventions: From Language to Law*(2009)、*Law in the Age of Pluralism*(2007)、*Positive Law and Objective Values*(2001)、*Interpretation and Legal Theory*(2005,1992)等。[2]

《法哲学》一书篇幅精短,共一百五十多页,包括导论和六个章节。总体而言,可以分为三个部分:第一部分是导论,作者界定了全书讨论的两个主题:法律性质的实质问题和方法论问题,并简要呈现了全书论证结构。第二部分包括前四章,是对法律性质实质内容的讨论。其中,第一章到第三章是作者理论的建构性部分,第四章则是对理论对手(主要是德沃金)的批评和驳斥。第三部分是第五章,致力于法哲学方法论议题的探讨。第六章论述了语言和解释在理解法律性质中的作用,兼有实质性和方法论上的贡献,所以其内容可以分别归属到第二、第三部分中去。

作为一篇书评,本文自然无法全面介绍和评论此书,只能择其核心观点和论证加以阐述与评议。[3] 故将全文结构安排如下:第一部分简要介绍《法哲学》一书所讨论的问题与方法;第二部分、第三部分将分别围绕作者提出的还原论和描述性法哲学展开评述;最后是本文的结论。

一、《法哲学》的问题与方法

阅读一本学术著作,首先一点也是最关键的一点,在于找出作者的问题与解决方法。如果我们清楚了困扰作者的问题,特别是问题的难点,并熟悉了作者的解决方法,那么不仅会极大地帮助

---

〔1〕 Andrei Marmor, *Philosophy of Law* (Princeton: Princeton University Press, 2011). 中译本见[美]安德瑞·马默:《法哲学》,孙海波、王进译,北京大学出版社2014年版。

〔2〕 除《法哲学》一书外,马默教授的多部专(编)著都已有中译本面世,参见[美]安德雷·马默主编:《法律与解释》,张卓明、徐宗立等译,法律出版社2006年版;[美]安德瑞·马默:《解释与法律理论》,程朝阳译,中国政法大学出版社2012年版;[美]安德瑞·马默:《社会惯习:从语言到法律》,程朝阳译,中国政法大学出版社2013年版。

〔3〕 对《法哲学》一书更为详细和全面的解读,可参见袁野:《为排他性实证主义辩护——读安德雷·马默〈法哲学〉》,载《安徽大学法律评论》2014年第2辑。

我们理解本书,也会促进我们对它的进一步评议和检视。一般而言,一本好的著作都会在其导论中将他的问题与方法呈现出来,《法哲学》亦不例外。下面就让我们从这本书的导论着手,找出作者的问题与方法。

虽然《法哲学》一书讨论的是一般的、抽象的哲学问题,但马默教授精心挑选了一个简单的实例引出了他的问题。2008年夏季,加利福尼亚州的高速公路上出现了大量的电子路标:"请使用免提电话,7月1日,这是法律的规定。"(页1)[4]我们都知道,路标本身当然不是法律,但是它却在警示着司机:这些是法律。马默认为这是个非常有趣的现象,因为它传达了两种不同的信息:一个是描述性的,一个是规范性的。(页1)描述性的是指,路标告诉了我们在某个时间点加州萨克拉门托发生了一些事情,表决通过了某些法律;规范性的是指,这些法律要求我们以规定的某种方式行事:当我们在驾车时有义务使用免提电话。且上述两种信息有着因果联系,后者的义务缘于前者的立法事实。

马默接着写道:"当我们思考路标传达出来的双重信息时,法哲学的问题就出现了。"(页1)总体而言,法律具有两个本质特征:描述性和规范性。所谓的描述性是指法律的存在意味着在特定的时间、地点产生了一些具有约束力的规范,法律是人类创造的产物;而规范性是指法律是指引、规范人类行动的,它能够给予我们行动的理由,我们应当按照法律的规定行事。熟悉"休谟问题"的人自然会问:为什么人类特定行为这样的事实就能够产生一种规范性的、应当的效果呢?我们可以把这个问题称为法律性质(the nature of law)问题。

法哲学家们将法律性质难题又分为两个问题:一个是合法性或法律的效力(legality or legal validity)问题,另一个是法律规范性概念(the concept of legal normativity)问题,且二者存在着一定的关联。(页2~3)合法性问题主要是指要使得一条法律有效,满足的一般条件是什么,也即合法性判准是什么。对于这个问题,目前理论界主要有三种答案:第一种是法律实证主义。他们认为法律的有效性全部由社会事实决定。第二种方案是自然法理论。其主张社会事实只是必要性条件,还要加上最低限度的道德内容才算充分的合法性判准。最后一种方案来自德沃金和包容性法律实证主义,在他们看来,只有部分法律是由社会事实决定,还有部分法律是由道德内容决定。事实上,第二种方案在当代已经几乎没有支持者,最主要的竞争就在于实证主义与德沃金之间的分野。根据马默的总结,以上诸种方案的争议焦点,无非在于是否存在将合法性判准与法律内容相分离的可能性。(页5)

所谓法律规范性的概念问题,即法律提供的行动理由之性质是什么?它完全是道德理由的投射,还是特定条件下的道德义务?抑或只是对法律不利后果的一种预测而已?对于这个问题的回答,马默坦言不能归纳为几个具体的学派,但是它的答案部分取决于合法性问题的解决方案:如果我们认为合法性判准可以与法律内容相分离,而仅由社会事实构成,那么自然就会倾向于认为法律规范性与道德无关;一旦我们认为合法性判准不能与其内容相分离,自然就比较认可法律提供的行动理由类似于道德理由。

马默认为,法律性质问题的讨论引发了当代法哲学另一个中心议题:法哲学性质(the nature of legal philosophy)问题,且法律性质问题的回答一定程度上会影响法哲学性质的判断。如前文所述,法律本身具备两个一般性特征:描述性和规范性。那么,我们可不可以通过一种道德中立的和描述性的方式将这个特征给阐释、鉴别出来?部分学者认为可以,部分学者则否定了这样的看法。他们认为阐释法律的一般性质时必然要涉及道德或评价性内容,法哲学的描述性与评价性不

[4] 为方便读者查阅,文中所注页码均以中文版为准,在必要的地方我会根据原文修正译文。

可分离。如果我们把关于法律性质问题的争论称为实质争论,那么这场关于法哲学本身性质的争论,就可以称为方法论争论。一般而言,对实质问题持分离观点的人,自然倾向于支持方法论上的分离观;对实质问题持非分离观的则比较认可方法论上的非分离观。

这本《法哲学》就以上述两大问题为主线依次展开,马默本人持有方法论和实质问题的双重分离观。他在法律效力问题上提出的是一种还原主义(reductionalism)方法,[5]主张法律效力的来源最终可以被还原为一种纯粹的社会事实。而且他还主张,这种还原论与其在法律规范性的概念和法哲学方法论两个问题上的观点保持融贯和一致。在接下来的两个部分中,我们将依次检视马默对实质问题和方法论问题的论述是否可靠。每一部分的内容都将遵循先介绍再评议的逻辑顺序,评议部分较侧重于对论证策略的检讨。

二、一种彻底的还原论是否可能?

(一)反还原论的失败

马默的论证很大程度上采取的是一种近乎思想史的论说方式,不断从前辈的理论启发中慢慢将自己的主张呈现出来。他选取了凯尔森的"纯粹法"理论作为自己的起点。虽然凯尔森公开反对将法律还原为道德或社会事实,但实际上凯尔森秉持的恰恰就是还原论。凯尔森认为法律的性质不同于道德和社会科学,法律效力的来源也只能在法律内部解决。因此他预设了基础规范(the basic norm)这个概念来回答法律效力问题:一条法律的效力可以逐级上溯,从低级规范到高级规范、宪法,直至基础规范——人们假设一个人应当像制定第一个宪法的那个人或那些个人所命令的那样行为。[6] 那么基础规范的效力又如何解释呢?凯尔森的回答是基础规范源于它的实效,即它事实上被某个社会的大多数人所践行、遵循,依赖于大多数人的行动、信念和态度。(页 21)对于那些不接受基础规范的人而言(如无政府主义者),法律对他们是无效的,这就类似于宗教信仰和道德规范的效力一样,对于不接受的人而言它们就是无效的。由此我们看到,凯尔森在坚持反还原论的同时,又走向了相对主义。

马默认为,正是因为凯尔森试图将这两种观点统合于一身,才导致了他的失败。根据凯尔森的反还原论,法律效力的最终来源是假设的基础规范,但基础规范的效力却取决于它的实效:事实上被一个社会的大多数民众所实践和遵守。这种对基础规范的相对主义解释与他自己的反还原论并不一致,因为既然基础规范的效力依赖于人们的实践,那么法律的效力归根结底仍旧是追溯到了社会事实(人们的实践、信念和态度)。在马默看来,"与其盼望达到的目的相反,凯尔森关于法律效力的来源理论实质是一种还原论解释"。(页 29)且他的这种相对主义的还原论,也无法澄清法律规范性的概念。在导论中我们看到,法律规范性在于提供一种义务性行动理由,但法律所提供的行动理由与道德、宗教提供的理由有何差异,凯尔森却没有给出答案。

---

〔5〕 还原主义,也即还原论(亦有学者认为可翻译为化约论),主要被用于哲学领域,其基本思想认为复杂的系统、事物、现象可以根据另外一些更为基础的范畴来加以解释和描述。参见前注〔1〕,安德瑞·马默书,第 12 页,以及译者注。事实上,作者在书中提及了两种还原论,一种是上述意义上的还原论,另一种还原论指"致力于将一种理论还原为另外一种理论",可称之为还原性替代理论。后一种还原论在凯尔森和作者看来,对于法哲学而言并不适用。参见前注〔1〕,安德瑞·马默书,第 30~35 页。所以,本文的还原论都是在前一种意义上使用的。

〔6〕 [奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,商务印书馆 2013 年版,第 181 页。

哈特从凯尔森理论的失败中汲取了很大的教训，其主要的观点在《法律的概念》这本 20 世纪最伟大的法理学著作中展现得淋漓尽致。马默精到地指出，哈特继承了凯尔森的规范性分析框架，并明确地为法律效力问题提供了一种彻底的还原论解释。这种还原主义的方法论继承于奥斯丁，不过哈特摒弃了他的理论基石——主权者命令，而是替换为了社会规则理论。（页 51）奥斯丁提出的主权者命令缺陷很多，其中最致命的在于它无法呈现出一个规则的观念。[7] 哈特认为，法律作为一种规则，它不仅有奥斯丁所说的习惯服从这样的外在面向，而且还有主动接受规则，将其作为自己行动指引的内在面向。所以，哈特认为将法律的效力还原为主权者-习惯性服从这样的事实是错误的，应该替代为社会规则。

根据哈特的分析，法律是两种规则组成的体系：一种被称为初级规则，即义务性规则；另一种是次级规则，包括裁判规则、改变规则和承认规则。其中，承认规则是整个法律体系的基石，因为它将最终决定某个规则是否为法律规则。而承认规则的性质是社会规则，它的存在不仅意味着社会大多数成员一致遵循规则 R，而且这些成员将规则 R 主动当作自己的行动理由，并且以此判断和批评别人的行动。（页 54～55）所以，法律的效力来源就被还原为社会大多数成员的行动、信念和态度，这些都是可以观察和识别的社会事实。哈特虽同情但不同意凯尔森预设所谓的基础规范，因为它在事实上就被社会成员所实践和遵循着。（页 58）换言之，社会规则的功能同基础规范是一样的，但二者性质不同，前者是一个客观事实，后者是多余的预设。

（二）权威与构成性惯习

不过，马默认为，哈特的理论并非完美。“某种迹象表明，对使得规则遵守的观念变得合理或可行的主要因素，也就是遵守规则的理由问题，哈特并未提供一种解释。”（页 59）遵守规则的理由是义务性的，对这种义务性的来源哈特是沉默的，或者说是开放的，他认为这已经属于道德-政治哲学问题，不在他所秉持的描述性法哲学范围内。但马默认为，这个回答只是部分正确，因为如约瑟夫·拉兹所言：法律的一个本质面向在于，它总是宣称一个正当权威。[8] 当法律对我们提出某些要求，如纳税、罚款、禁止毁坏公共财物等，都在以一种权威性的方式来表示。而这就是法律规定旨在创设义务的意义所在。这些规定以正当的政治权威的宣称为根据。（页 61）如果我们想要准确理解法律的效力来源和法律规范性的概念，就必须要严肃对待法律的权威性本质，从拉兹那里汲取理论养分。

如何修正哈特的理论，将拉兹的洞见吸纳进来，呈现一个更加完善的实证主义方案，成了马默构建自己理论的目标。他将其分为了两个部分：一个部分是讨论拉兹的实践权威理论及其在法律规范性概念上的解决方案；另一个部分是进一步修正哈特的社会规则理论，提出自己的构成性惯习（constitutive convention）。马默认为，只有将权威理论和构成性惯习二者融合，才能给法律的性质问题提供一个可靠的解释。下面先探讨拉兹的权威理论。

当法律规定我们必须做某事时，它实际上传达了双重信息：第一，你应当这么做；第二，你这么做是因为法律这么说的。从第二点可以看到，法律给出的行动理由是与身份相关的（identify-related）。不过，法律理由还不仅仅如此，它还是一种义务性的理由，意味着你不得不这么做，具有实践上的必然性意涵。在拉兹看来，法律作为这样一种权威性指令，它的合理性在于其服务功能：

---

〔7〕 更为详细的批评参见前注〔1〕，安德瑞·马默书，第 38～51 页。[英]H. L. A. 哈特：《法律的概念》，许家馨、李冠宜译，法律出版社 2011 年版，第三、四章。

〔8〕 Joseph Raz, “Authority, Law, and Morality”, 68 The Monist 295 (1985). 亦可参见译文：[英] 约瑟夫·拉兹：《权威、法律和道德》，刘叶深译，载《法哲学与法社会学论丛》2007 年第 2 期。

让行动者更好地遵从理由,这就是通常证立命题(简称 NJT)的内涵。[9] 虽然很多批评者认为 NJT 并不足以将法律权威给出的理由和其他与身份相关的理由区分开,[10]但是我们只要做出一点限制即可:NJT 只适用于促进行动者遵循义务性理由。我们应当按照法律要求的那样行动,就是因为法律权威的服务性功能。虽然这并不能给法律权威的正当性提供一个完整辩护,但是"至少为是什么使得对法律指令的遵守不仅合理而又义不容辞提供了一种核心理念"。(页 70)

马默认为,如果以上论述可靠的话,我们就可以用它去解释法律的性质和它的规范性特征。第一,法律的权威性特征意味着法律基本上是一部分人对另一部分人发出的行动指令。第二,法律的规范性与道德规范性存在差异,也存在联系。从前文凯尔森的论述来看,他认为二者并无差异,法律规范性与道德规范性内涵上相同,只是各自的基础规范不一样而已。从哈特的论述来看,二者截然不同。法律最后被还原为了社会规则,一种完全不同于道德的社会实践。所以法律规范性与道德规范性内涵并无关系。然而,如果我们从拉兹的权威理论来看,以上两位学者都错失了一些重要的东西。即使哈特将法律还原为人们的行为、信念和态度,我们仍旧需要去说明使得人们赋予法律指令一种"应当"信念还需要什么。在拉兹看来,权威就可以提供这样的解释框架:一种权威之正当性的一般条件,提供了连接一个"法律应当"与一个"道德应当"的框架。如果法律对正当性权威的宣称能够获得道德上的证明,那么这一法律在道德上就是有约束力的。(页 75～76)凯尔森认为,法律应当与道德应当是一回事,只是立场不同。这也错了,因为:首先,道德应当无法包含权威性特征;其次,法律应当本质上是身份相关的,独立于内容的,而道德理由恰恰取决于内容上的正确性。

那么,法律权威由什么构成,谁才算做法律权威呢?这就要诉诸构成性惯习理论。细心的读者会发现,哈特似乎给出了答案,肯定是承认规则决定了权威以及权威的构成。不过,我们也已指出,哈特并没有解决法官服从承认规则的义务来源问题。在《法律的概念》后记中,哈特提出了一种惯习主义的解释,认为承认规则是一种解决社会合作问题的惯习。马默认为基于社会合作解释惯习过于狭隘,他提出了更一般性的解释方案。任何一个社会惯习,都具备两个特征:(1) 它的产生是任意的(arbitrary),对于达成同一个目的而言,肯定还存在其他与之相竞争的惯习;(2) 社会惯习必然是被实际遵守的,不存在没有实效的惯习,且一部分人遵守惯习 R 必然依赖另一部分人也遵守。如果我们将社会惯习仅仅理解为解决社会合作,那么就无法解释人们(特别是法官)服从承认规则的义务。因为在法官们需要合作之前,必须存在一些规则来识别法官们的制度角色。所以,马默认为我们要转换一个视角,将承认规则这个惯习理解成是构成性惯习,如此就能够解释承认规则的义务性问题了:就像象棋规则决定什么是象棋实践一样,承认规则决定了什么是法律实践。它具有双重功能:"它们既决定了什么构成了这个实践,又规定了这种实践之内的一些行为模式。"(页 85)法官适用承认规则的义务就像象棋游戏的棋手移动棋子的义务一样,是由事先的象棋规则设定好了的。至于法官或者其他人是否有义务参与进法律实践,那个是外部义务(理由)问题,它们的规范性不能够由构成法律实践的承认规则本身来回答,而是道德-政治哲学所要解决的

---

[9] 对通常证立命题的详细论述,参见 Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (New York: Oxford University Press, 1986), pp. 53 - 57.

[10] 如朋友有时候也可以提供身份相关的理由,比如说我的某个朋友让我帮他取一个快递,我答应他的请求,就去做了。那么,我去取快递的原因就在于这是我朋友的请求,而不是取快递这件事本身。对拉兹权威理论的批评,可参见 Stephen Darwall, "Authority and Second-Personal Reasons for Acting", in D. Sobel and S. Wall (eds.), *Reasons for Action* (New York: Cambridge University Press, 2009). Scott Hershovitz, "The Role of Authority", 11 Philosopher's Imprint (2011).

问题。

于是,马默将自己的主张总结为以下两个命题:"(1) 在每一个拥有有效法律体系的社会中,存在着一些社会惯习,它们决定了在该社会中何者可以被视作法律权威以及其权威是如何运用的。(2) 法律规范是由法律权威所发布的指令或指示所组成的——那些权威本身是由(1)中的社会惯习所鉴别或确立的。"(页87)

(三) 彻底的还原论?

马默在导论中坦言,他并不打算事无巨细,覆盖所有法哲学问题,而是"为某种特定的立场辩护"。(页11)这种立场,基本可以解读为一种强烈分离观的排他性实证主义主张。[11] 坦率地说,在全书的论证中,马默也是竭尽全力捍卫他的双重分离观。其中,论证的重要利器便是统筹全书的还原论。还原论的成功与否很大程度上也影响着他在方法论问题上的立场。

还原论作为法哲学方法论的鲜明提出,应当是马默的学术贡献。早期法律实证主义者奥斯丁、凯尔森,以及当代的哈特可能都在有意运用这一方法,但并没有将其作为一种正式术语表达出来。而马默不仅将其旗帜鲜明地高高竖起,还将它运用得更为彻底,在哈特的基础上又推进了一步。因为哈特将承认规则界定为合作性惯习,并没有很好地解释法律的规范性问题。马默将承认规则的惯习性质细化为了构成性惯习,在逻辑上将法律性质彻底转换为了社会事实,夯实和坚固了实证主义基本命题。如果这种彻底的还原论真能经得住考验,那必将为实证主义赢得更多青睐,给诸如德沃金等非实证主义者沉重打击。不过,值得我们注意的是,还原论并非没有问题,它仍旧遭遇了一些挑战。

(1) 承认规则的争议

在马默看来,法律全部是由权威性指令构成,法律效力的最终来源都是建立在承认规则这样的社会事实基础之上。但一如德沃金等学者批评的那样,法官们经常会就何者是法律发生分歧,也会就承认规则本身的内容发生争议,所以根本就不存在什么承认规则。硬要坚持这样的观点,将会是毫无意义的。[12] 针对这样的指责,马默给出了有力的回应,认为德沃金的批评有失偏颇:因为法官作为制度参与者的地位同样是由他们声称产生分歧的规则所确立的,法官的权力和地位也是由承认规则所确立的。在法官们对任何法律问题(包括承认规则)产生分歧之前,至少对于构成法官角色的承认规则是没有分歧的。(页79)而且,我们很容易观察到,某些承认规则,如国会制定的规则就是法律,是没有任何争议的。这些论据都在表明,的确存在承认规则。

为此,马默在第三章和第四章着墨甚多。但马默的这些回应和讨论,都在表明同一个立场:"想要说明不存在承认规则,德沃金就必须说明,法官对合法性判准所产生的分歧并不仅仅处于司法裁判的边缘地带(margins),而是一直贯穿于整个核心区域。"(页79)这种立场类似于布莱恩·莱特(Brain Leiter)所持有的观点,即在一个运行的法律体系中,法律官员们对于法律的识别和法律效力的标准存在着高度的共识,只存在极少数的争议情形。[13]

---

[11] 当然,马默对于将他的立场理解为捍卫排他性实证主义并不满意,See Andrei Marmor, "Philosophy of Law: Reply to Critics", 10 Jerusalem Review of Legal Studies 1 (2014). 不过本文倒也无意于强贴标签,只是鉴于理解学术史的便利。

[12] Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986), Chap 1. 亦可参见中译本:[美] 德沃金:《法律帝国》,李冠宜译,台北时英出版社2002年版,第一章;[美] 罗纳德·德沃金:《身披法袍的正义》,周林刚、翟志勇译,北京大学出版社2009年版,第164~165、214~220页。

[13] Brian Leiter, "Explaining Theoretical Disagreement", 76 The University of Chicago Law Review (2009).

确实,德沃金的没有任何承认规则存在的主张过于激进,但是马默的回应可能也没有消除对他理论提出批评的根源。法官们对于构成自身角色的承认规则没有争议。某些承认规则具有高度的认同性,因此也不存在争议。这些都没有问题。问题在于,起码我们会对某些承认规则发生分歧,马默显然没有完全排除这种可能性的意图。一旦我们对某些承认规则的内容产生分歧,德沃金的某些主张就有机可乘:这些分歧必然需要诉诸解释,诉诸一些评价性的考量,而这些评价性的考量是不能被还原为类似惯习这样的社会事实的。

申言之,马默的回应并不能完全弥合他的理论裂缝,而这个裂缝恰恰会直接关系到还原论能否成立。我们可以同意马默的回应,承认不论是承认规则的争议还是法律解释现象,它们都是法律实践中的边缘或极少数情形。大多数情况下,我们对于何者是法律、法律的确切标准并无分歧,法官在裁判中也都能达成一致。但这仍旧意味着,在法律实践的边缘地带,我们会对承认规则的内容发生争议,那么这时候在确定某个规则是否构成法律时,我们需要诉诸评价性考量。尽管很少出现,但这些偶尔的评价性考量是不能够被还原为社会事实的。如果是这样的话,马默所坚持的还原论就无法彻底和稳固,始终有部分的法律是社会事实无法包容进去的。

马默可能并不会轻易接受这样的结论,仍会试图在自己理论内部消化这些批评。我们可以借助罗宾·卡尔(Robin Kar)教授的观点,为他设置两条可能的回应路线。[14] 第一种回应是,马默可以说尽管我们的法律实践看上去是那样,但我们确实可以将法律实践彻底还原为社会事实。为了达到这个目的,他可以进一步在《法哲学》中补充一些让我们接受这个结论的规范性理由。但马默在第五章里所持的方法论上的观点却不能让他轻易采取这种回应方案。第五章中,马默驳斥了各种版本的规范性法哲学,为自己的描述性法哲学做出了强有力的辩护。一旦马默为法律性质理论提供一种规范性理由,那么这将与其在方法论上的立场产生矛盾。即使他后退一步,放弃在方法论上的立场,也仍旧要对这种规范性理由给出合理的说明。

另一种可能的回应是,马默并不需要将上述对承认规则本身的分歧看作是边缘现象。相反,这些分歧表明,此时根本就不存在真正的法律,它要求法官们在没有法律的情形下做出裁判。因为在马默看来,承认规则作为一种社会惯习,它存在的一个必要性条件是必须得到多数人的遵循。而在这种分歧激烈的情形下,显然不存在一个高度的共识,达不到一种多数人的遵循。因此,这个时候并不存在承认规则,也不存在真正的法律。不过,我们在《法哲学》中看不出马默会持有这样的观点,倒是其他的排他性实证主义者,如拉兹、夏皮罗,提供了相关的论证。而且,这些论证都要依赖关于法律权威的性质、法律的独立实践指导功能等富有争议的观点。而马默这本《法哲学》一个很明显的论证优势,就在于不需要触及这些争议。所以,这种回应路线可能并不理想。

上述设想的两种回应路线,可能并没有穷尽马默潜在的应对策略。但这并不是重点,重点是马默所主张的彻底还原论遭遇了一些困境,这些困境可能需要他补充或者修正一些原有观点。而且,下面我们会看到,还原论的难题可能还不仅于此。

(2) 正当权威与法律的规范性

马默的还原论结合了拉兹的实践权威理论和哈特的承认规则,试图将法律的效力和法律的规范性问题全部还原为社会事实,融贯地解决二者。这应该说是马默这本书的一个很大的亮点,是能够超出前人理论的关键部分。因为前面我们看到,凯尔森和哈特两人始终没有将法律效力问题和法律规范性概念一并妥当解决。

如果说马默将承认规则诠释为构成性惯习是解决法律效力难题的钥匙,那么援引拉兹的服务

[14] Robin Bradley Kar, "On Marmor's Philosophy of Law", 32 Law and Philosophy 363 - 365 (2013).

性权威理论则是斩除法律规范性这团乱麻的快刀。根据拉兹的看法,法律必须对我们主张一种正当权威,如果这种正当权威得到道德上的辩护,那么法律对我们就有了道德上的约束力。所以,法律规范性虽然不等于道德规范性,但是在二者之间存在可能的关联。如何使得这种关联成为可能?拉兹认为就是权威的服务性功能,它能够帮助我们更好地遵从理由。马默赞同拉兹这一基本主张,只不过他将其进一步限缩到了对义务性理由的遵从上。

需要注意的是,上述拉兹理论提供的是一种正当权威理论,属于一种规范性主张。马默继承了这个规范性主张,用它解释法律的规范性。那么,这就蕴涵了一个潜在的主张,也即对其他法律权威正当性理论的排斥。对于那些不接受拉兹式的正当权威理论的人而言,马默需要给出一种规范性理由来回应和驳斥。比如说,某些学者认为法律权威正当性不在于其提供了正确理由的服务功能,而在于程序上的正当性。那么,马默一旦接受拉兹的正当权威理论,就必然反对以程序来证成权威的正当性。这肯定是一种规范性主张。

就法律规范性概念来说,这种规范性主张并没有问题。有问题的是,马默将法律规范性与法律效力问题的解决捆绑在了一起,试图将二者全部还原为社会事实。如前所述,法律权威角色的归属及其施行是由构成性惯习这样的社会事实决定的,法律权威的主张最终都被还原为了人们的意志和行为。但是,正如罗宾·卡尔教授所提出的合理质疑:法律权威的主张是一种规范性主张,没有理由将附在社会事实上的规范性主张也还原为社会事实。[15] 这样的一种"应当"到"是"的推论必然要面临"休谟问题"的诘难。

三、描述性法哲学与法哲学的目的和界限

我们在第一部分对导论的分析中已经交代,《法哲学》一书处理两个问题:法律性质问题和方法论问题,后者源于前者的激发。当代法哲学对于方法论的讨论,源于《法律的概念》"后记"的出版。哈特在文中旗帜鲜明地主张:自己的法律理论是一种描述性的和道德中立的(morally neutral)理论。[16] 这种描述性的法哲学(法律理论)立场遭到了以德沃金为首的规范性法哲学支持者的激烈攻击。

马默在书中继承了这一描述性方法论传统,认为我们不需要借助任何道德或政治判断就能够将法律的一般性质识别出来。于是,他在全书第五章中回应和驳斥了各种持有规范性法哲学观点的学者。马默共总结了五个版本,但其中最主要的理论对手只有两个,一个是实质规范性实证主义,一个是德沃金及其衍生观点。针对前者,马默认为它遭遇了"休谟难题":它从"法律应该是一个正当的制度"得出了"作为惯习的法律是对法律实践的最佳诠释"这一结论。(页126～128)后者比较复杂,他们分别从功能、解释和内在观点三个方向提出了论证,而经过马默的细致检视,三者都归于失败。

(一)方法与实质:描述性法哲学是必然的吗?

我们现在想要检讨的是在方法论与实质立场之间到底存在什么样的关联。因为在第一部分,我们已经提及,马默认为实质立场与方法论之间存在一定的联系,尽管不是一种蕴涵或必然关系。一般而言,对实质问题持分离观点的人,自然倾向于支持方法论上的分离观;对实质问题持非分离观的则比较认可方法论上的非分离观。但是,"这两种非分离论观点是否必然彼此相连呢?而如

---

[15] Robin Bradley Kar, supra note [13], at 367.

[16] 可见前注[6],哈特书"后记",第209页。

果真是这样的话,准确地说它们又是如何发生关联的?这是本书不同部分将要着手处理的一个难题”。(页 7～8)我们看到,在书中,马默辩护的实质观点是分离论,即对法律性质持一种排他性实证主义观点。而依据这一实质观点,马默在方法论上亦持一种分离观,认为法哲学是一种道德中立的描述性理论,无须诉之于任何道德或政治的规范性判断。

不过,正如某些学者的细致观察,马默并没有在实质与方法之间如何关联这个难题上加以着墨。并且,马默对实质理论和方法论两者关系的预设可能也并不准确。[17] 他认为,在实质理论与方法论立场之间有着紧张关系,只有保持一致的情形下才能消除这种张力。如要么全部坚持分离观,要么全部坚持非分离观。典型的代表就是德沃金的立场。他在实质观点和方法论上都秉持非分离观。但实质理论和方法论之间的关系真的是如此吗?并不见得。就当代自然法杰出代表菲尼斯而言,他在法律性质问题上完全可以赞同实证主义的分离观,但是在法理论性质的方法论立场上,他却持有非分离论观点。有意思的是,在菲尼斯理论中所体现的实质理论和方法论立场两者之关系恰恰与马默的预设相反。在菲尼斯看来,法律本身的实证性质使得其能够帮助社群促进成员的福祉,这个角色是不确定的、富有争议的道德规范所无法替代的。正是这种道德上的必要性要求我们将法律性质与道德相分离开来,认识到一项法律义务并不必然蕴涵着一项道德义务。[18] 所以,反而是方法论上的非分离观点要求我们在法律性质的实质看法上恪守分离观。

需要注意的是,我们在此提出的质疑并不意在表明马默的立场就是错误的,而是指出他或许忽视了另外一种可能性。事实上,马默在第五章方法论的论证中,集中处理了三种规范性法哲学立场,但并未提及这种类似于菲尼斯的方法论立场与实质观点并未保持一致的观点。我想,其中可能有两个原因:一是因为马默在导论中就将自然法的实质立场轻易打发,不予考虑(页 5);另一个可能的原因在于,马默整本书的最大理论敌手德沃金的主张就是一种双重非分离观,在实质立场和方法论上保持着“一致性”,而马默恰恰是要推翻这种融贯的观点。

所以,我们看到,法律性质上的实质立场与法理论的方法论立场之间的一致关系可能并不是必然的。实质立场的分离观可能并不影响在方法论立场持有非分离观点,马默也就不需要因为在实质立场上的分离观而担忧,认为必须以此为基础在方法论上亦持有分离观。事实上,有论者认为马默在法律规范性问题上的看法并不能够完全以描述性的分离观达成。[19] 一旦实质理论并非方法论本身的决定性因素(即使是的话,也并非唯一因素),这就可能要求我们去直接反思法哲学本身的性质:到底什么样的法哲学才更为妥当。

(二)法哲学的目的与界限

可以确定的一点是,描述性法哲学划定的范围要更为狭窄,一个典型的表现就是它们不予回答规范性问题。这一点很明显地体现在了书中对法律规范性问题的处理上。马默认为,承认规则是一种构成性惯习,它好比象棋规则构成了象棋实践一样,构成性惯习构成了法律实践,也分配了法官们适用承认规则的义务。但对于法官们以及一般民众为何有理由参与法律实践这样的外部义务,他则将对其的讨论排除在法哲学的任务之外。

---

〔17〕 Maris Kopcke Tinture, “Method and Substance in Marmor's Philosophy of Law”, 10 Jerusalem Review of Legal Studies 58, 65 (2014).

〔18〕 Maris Kopcke Tinture, “Finnis on Legal and Moral Obligation”, in John Keown and Robert George (eds.), *Reason, Morality, and Law: The Philosophy of John Finnis* (New York: Oxford University Press, 2013).

〔19〕 Maris Kopcke Tinture, supra note〔17〕, at 59 - 64.

事实上,马默在其《实在法与客观价值》一书中业已坦承,法律规范性的完整的哲学解释包括两个方面:一个是说明性部分,一个是规范性或证立性部分。他所提出的构成性惯习理论,属于说明性部分,[20]它只解决 how 的问题,而不关心 why 的问题。[21] 但诚如朱莉·迪克森(Julie Dickson)批评的那样,惯习主义这个术语本来就会引起人们的误解,给人的感觉是在解释为什么法官们应当接受承认规则的约束而参与法律实践。与其如此,毋宁阐明承认规则的真正作用,包括内部和外部两方面的规范性。[22] 我认为,这个批评还是相当中肯的,法理论发展不应该故步自封在说明性和描述性上。事实上,对开创描述性法哲学的哈特本人的方法论立场之解读,也未必就是要将这种激进的分离论视为法哲学的使命。[23]

不过,马默可能有其苦衷。他认为我们要认识到法哲学应当有自身的界限。他之所以把那些规范性问题拱手让与道德-政治哲学,是在固守着法哲学独立性论题。但我们认为,保持法哲学相对于政治哲学、道德哲学一定程度的独立性,当然有其合理性,几乎也没人反对。问题的关键不在于我们是否同意这种独立性,而是要阐明这种独立性的依据。因此,我们自然会去追问:马默给法哲学划出这条鲜明界限的理由何在?遗憾的是,马默在书中没有给出一个完备解释,而近乎一种独断。不过,我们应该努力替马默回答这个问题。

一般来说,一个学科的界限要结合其目的来阐明,法哲学的界限自然也要依据其自身的目的来判定。谈起一个学科的目的,容易引起很多的争议,也很难给出一个统一或固定的标准。不过,拉兹的说法的确令人信服。他认为法哲学(法律理论)主要任务就在于帮助我们懂得人们如何理解他们自己,进而促进我们对社会的理解。[24] 法律,无疑已经成为现代社会治理最主要的手段,在我们的社会中发挥着无可替代的作用。如果我们能够准确理解法律,自然会很大程度上促进我们对自身以及社会的认识,也会相应地消除那些对法律和社会性质认识的谬误与偏见。

以此目的来看马默所秉持的描述性法哲学立场,恐怕其很难完成法哲学应有的使命,充分实现对人类的自我理解(self-understanding)。一个完整的法律理解,应当包括法律是什么,它在我们的社会中发挥着什么样的作用和实现什么样的目的,它对于我们而言为什么是重要的,我们又为什么参与它、在意它,等等。了解法律的性质,不仅仅是去描述它的存在形态,还要包括它在我们社会中扮演的道德和政治角色。[25] 唯有如此,才能算是一个完整的法律图景,这样的法律理解才真正促进了人类的自我理解。所以,描述性法哲学并非错误或不重要,而是不够充分和完整。

事实上,当代很多非实证主义者都认为法律本身也有着独特的目的。比如,富勒认为人的行

---

〔20〕 Andrei Marmor, *Positive Law and Objective Values* (New York: Oxford University Press, 2011), p. 32.

〔21〕 Ibid. at 26 - 27.

〔22〕 Julie Dickson, "Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule?" 27 Oxford Journal of Legal Studies 402 (2007).

〔23〕 See Jeremy Waldron, "Arguing about the Normativity of Jurisprudence: Comments on Andrei Marmor's Philosophy of Law", 10 Jerusalem Review of Legal Studies 92 (2014).

〔24〕 Joseph Raz, supra note〔7〕, at 322. 类似的观点可参见 Jeremy Waldron, "Legal and Political Philosophy", in Jules L. Coleman & Scott J. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (Oxford University Press, 2002), p. 370. 亦可见其译文,Jeremy Waldron:《法哲学与政治哲学》,庞正译,载《金陵法律评论》2004年春季卷,第90页。

〔25〕 Danny Priel, "The Boundaries of Law and The Purpose of Legal Philosophy", 27 Law and Philosophy 91 (2008).

动是受目的指引的,法律作为人类实践活动的产物,应当被视为一项有目的的事业。[26] 德沃金也认为,法律存在一个本旨(point)。虽然我们可能对法律的本旨或目的是否存在以及到底是什么还会有争议,但是,起码我们不能将其排除在法哲学的研究领域之外。如果法律确有其目的或本旨,那么它会对我们理解法律实践产生什么影响?它在法律实践中又如何发挥作用?法律价值对法律实践的复杂影响为何?特别是它们是否会影响我们对法律是什么的看法?如果回答是肯定的,这种影响的机制为何?这些问题可能是特殊的,却也具有高度的一般性,似乎都不应该被排除在法理论之外。[27]

四、结　　语

总体而言,《法哲学》全书主线清晰,论证严谨,堪称杰作,值得推荐给读者诸君。它既给我们展现了过去一个多世纪法哲学的发展脉络,又凸显了当今法哲学争议的焦点。尤其可贵的是,马默教授在这场壮阔的学术盛宴中,并非是一个冷漠的观察者,而是积极的内在参与者。在法律性质问题上,他承继了奥斯丁、凯尔森和哈特等实证主义者的血脉,提出了一种彻底的还原论,进一步夯实了实证主义的基本命题。在法哲学方法论议题上,他又竭力捍卫描述性法哲学立场,给法哲学与道德-政治哲学划上鲜明的界限。可以看出,马默教授一直在努力做出自己的学术贡献,把法哲学的研究进程继续往前推进一步。

诚如其在本书中文版序言中所写道的:“我一直有这样一个信念,哲学的发展是靠每一小步的努力而实现的,这一点也希望能够在本书中得到体现。在澄清过去一个世纪中一些主导法哲学的问题方面,我只希望自己已经尽了微薄之力。”不过,坦率地讲,要想这种微薄之力真正能够在学术史上稳固和持续的话,马默还是要去认真对待自己观点遭遇的一些挑战和质疑:一种彻底的还原论是否可能?还原论立场与描述性法哲学之间存在必然联系吗?描述性法哲学又真的能够承担法哲学应有的使命吗?我想,读者诸君也都非常期待马默进一步的回应和对自己理论的发展。

(责任编辑:宾凯)

---

[26] 参见[美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第169~175页。

[27] 参见范立波:《作为诠释事业的法律——〈法律帝国〉的批判性导读》,载《法哲学与法社会学论丛》2014年卷。