

法律人思维与法律观点

陈景辉*

内容提要 一般认为,作为他人行动之合法与违法的最终判断者,法律人必须持有某种独特的法律人思维。然而,由于法律人思维必然以法律推理为核心,且推理必然是普遍性的,所以法律人思维不可能是特殊的,但这并不意味着法律人同样缺乏特殊性。法律人必须将自己的判断建立在法律的基础上,并且其中的法律仅指实在法,因此法律人必须得表达法律(实在法)关于该事物的看法,而不是他们自己关于该事物的看法,这就是所谓的法律观点。既然法律人所表达的是法律对某事物的看法,这就要求法律必须人格化,而法律人格化的依据,一方面在于法律有能力主张自己是正当的,另一方面在于必须同意名词化的法治。

关键词 法律人思维 实在法 法律观点 法律陈述 法律人格化

目 次

- 一、引言
- 二、法律人思维:陷入僵局的论战
- 三、法律人与法律的范围
- 四、实在法的性质
- 五、法律人与法律陈述
- 六、法律人格化与法律观点
- 七、结论

* 中国人民大学法学院教授。

一、引言

法律在公共生活和私人生活中扮演着关键角色。人们必须认真对待法律,而不能仅将它当作社会控制的工具,或者法律必须被视为一项值得努力追求的事业。^①既然是事业,就需要一群特定人士投身其中并将其奉为职(志)业,他们就是法律人。于是,这就要求法律人必须拥有某种特殊的心理状态,以使得法律在他们的观念中占据独特且重要的地位。如果将这种特殊的心理状态称作法律(人)思维,那么是否存在法律人思维,是否存在某种关于法律的独特观念,就成为是否存在法律事业、是否认真对待法律的核心检验标准。但真的存在独特的法律人思维吗?它必须有别于普通人的思维吗?法律人是否正处于某种法律意识形态之中?^②

笔者认为,并不存在一种独特的法律人思维,但要想认真对待法律,却需要法律人持有某种独特的态度,这就是“法律观点”,而持有法律观点的人才是真正的法律人。反过来讲,尽管一个社群的确存在一套被叫作法律的规则体系,但如果没有任何一个群体持有这种独特的法律观点,那么该社群既不存在法律人,也不存在值得追求的法律事业,只是存在一套名义上的法体系而已。这也说明为何容易出现法律人思维与法律观点的混淆,因为它们均属观念性事物,将它们仔细区别开来并呈现法律观点的重要性,就是本文的核心任务。

二、法律人思维：陷入僵局的论战

关于法律人的特殊性,最常见的论证策略,是将它转换成“法律人思维是否独特”的问题,如果能够证明存在独特的法律人思维,那么法律人就是独特的,反之则否。本部分是对这种常见论证策略的整体反省,尽管并不存在一种独特的法律人思维,但法律人仍有可能是独特的。这是因为,由于“思维”从属于“观念”这个更大的范畴,因此法律人尽管在思维上并不独特,但的确会对法律持有一种独特的观念,正是后面这个论断决定了法律人的独特性。于是,这个常见策略也就成为一个有价值的错误,因为正是它始终在提示研究者,必须认真对待思维和观念的差异。

(一) 法律人思维独特性的争论

2013年,发生了一场关于法律人思维的激烈论战。作为批评方的苏力教授认为法律人思维涉及四个主张:其一,法律人与普通人的思维不同,也应当不同;其二,法律人构成一个共同体,其思维有家族相似性,并有别于普通人;其三,法律人的思维和判断比普通人的更好、更正确;其四,是法学院的教育和训练,而非法律实践,塑造了法律人思维。^③

^① See Lon Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, 1969, p.106.

^② 参见苏力:《法律人思维?》,载《北大法律评论》(第14卷第2辑),北京大学出版社2013版,第431页。

^③ 参见前注②,苏力文,第437-438页。

然后,苏力教授逐一批评这些主张:其一,即使存在法律人思维,它也不可能独特;其二,由于法律人实际上承担检察官、律师、法官等不同制度角色,所以既不存在统一的法律人思维,也不存在统一的法律人共同体;其三,由于法律人思维并不独特,外行人自然也会分享这种思维方式,所以法律人的判断并不比外行人更好;其四,由于法律人需要务实地解决问题,他们就必须进行后果导向思维,而法学院无法提供这方面的训练。^④

孙笑侠教授随即发表回应文章,以论证两个核心主张:其一,法律人是否拥有独特思维取决于法律方法是否独特,由于法律人需接受专业技能和方法训练,这说明存在独特的法律方法;同样承认这一点的苏力教授要想避免自相矛盾,就不能否认法律人思维的存在。^⑤其二,既然存在独特的法律人思维,它就足以区别于外行人思维,但强调前者并不意味着轻视后者,而是要在尊重实在法的同时作结果主义的考量;所以,即使是对法律的“超越”,也是运用漏洞填补等法律方法的结果,而非无限度地直接进行后果考量。^⑥综上,孙笑侠教授得出法律人思维的二元论:一是由于存在法律方法,所以就存在独特的法律人思维;二是法律人思维允许在法律方法的运用中,将外行人思维包裹进来。

虽然该论战关联多个争点,但真正的核心始终是法律人思维是否独特的问题,这需要率先澄清法律人思维的基本含义。不论怎样理解法律人思维,“法律推理”都必然是其中心含义,因为“思维”一定是关于思考的秩序,而“秩序”则需要满足理性的要求,所以思维必然是关于推理的,于是法律人思维必然是关于法律推理的。因此,就只有两种关于法律人思维的理解:一种是将其直接等同于法律推理的狭义理解,于是法律人思维就是法律人具备的进行论辩与作出决定的诸般才能;^⑦另一种是认为法律人思维包含但不限于法律推理的广义理解。虽然在法律人思维独特性上意见相左,但苏力教授和孙笑侠教授均认同广义理解。如,苏力教授将法律人思维总结为两个部分:一是尊重既定的法律规范和制度,二是强调严格缜密地遵守司法过程中的逻辑和程序要求予以推理、论证和解释。^⑧孙笑侠教授则认为,法律思维固然不同于法律方法,但法律思维是以方式和方法的形式存在的,法律方法更具体地表现为思维的技能,如法律解释、漏洞填补、不确定法律条款的特殊适用等法教义学方法和法律推理方法。^⑨

(二) 法律推理的普遍性

既然法律人思维一定以法律推理为核心,那么法律人思维独特性的争论,必然依赖于法律推理是否独特的答案。关于法律推理,存在从极端到温和的各类看法。极端者认为,存在一种特殊或独特的法律逻辑或推理,使得法律能够区别于其他事物;温和派则主张,法律推理根本没有特殊之处,尽管在内容上法律的确不同于其他领域,但理性在所有

④ 参见前注②,苏力文,第438-469页。

⑤ 参见孙笑侠:《法律人思维的二元论——兼与苏力商榷》,载《中外法学》2013年第6期,第1108-1109页。

⑥ 参见前注⑤,孙笑侠文,第1124-1127页。

⑦ See Frederick Schauer, *Thinking Like a Lawyer*, Harvard University Press, 2009, p.1.

⑧ 参见前注②,苏力文,第439页。

⑨ 参见前注⑤,孙笑侠文,第1109页。

领域都是一样的,推理的模式对所有领域始终是共通的。^⑩ 苏力教授和孙笑侠教授的争论,同样可以纳入上述基本框架来观察。

温和派的立场优势明显,以逻辑为核心的推理,不会、也不可能针对特定领域。如果认为法律、道德、物理学或医学领域遵守不同的逻辑法则,这要么是因为它们运用了完全不同的术语,要么是因为赋予相同术语以完全不同的含义。正因为推理和逻辑的核心部分普遍适用于所有领域,因此认为同样的语词被不同人使用时会有不同的含义,这一定是荒谬的。^⑪ 换言之,不管法律推理到底有多独特,它首先都得是推理才行,既然它必须是推理,那么它也就不会独特到哪里去。^⑫ 因为推理本身必然具备普遍性,且普遍性与特殊性是相互否定的一对属性:普遍的不特殊,特殊的就不普遍。于是,既不存在独特的法律推理,也不存在独特的法律人思维。

在概念上,当且仅当无法以命名(named)的方式指涉其中的个体、时间和空间时,该事物就具有普遍性;^⑬ 或者以命名的方式来指涉个体,并不会带来任何改变。如果一事物,无论涉及之人叫牛顿还是张三、发生在1666年还是2024年、出现在英国还是中国,它都不会有所不同,那么该事物就具有普遍性。所以,万有引力一定是普遍的,无论是一枚苹果在1666年砸到一位英国名叫牛顿之人的头上,还是今天砸到一位中国名叫张三之人的头上,它都是普遍性的物理规律使然。除了万有引力这样的自然规律,数学和逻辑(推理)这种法则性的存在也都是普遍性的。既然推理是普遍的,它就不可能特殊,即使它在不同领域被适用,也不意味着这会带来什么改变。这个原理同样适用于法律领域,除非法律人所说的法律推理根本就不是推理。

或许他们会以如下方式来辩解:尽管推理或逻辑的确是普遍的,但它仍然是服务于特定目标的工具,就像锤子是建筑工人用来砸东西的器具,但也是罪犯用来抢劫的凶器,所以锤子的性质取决于使用者的目的,于是法律人所使用的推理的确有别于普通人的使用。但这个挣扎的效果有限,因为推理并不完全是工具性的,它部分决定了对内容的理解。^⑭ 如,一旦植物学家说“草是绿的”,他们必须同时承认“草是有颜色的”,因为绿色在逻辑上蕴含着有颜色;同理,当法律人作出“张三犯罪”的判断,他们就必须同时承认“张三违法”,因为犯罪在逻辑上蕴含着违法。虽然植物学家和法律人的确针对不同领域或内容发言,但这并不表明他们持有完全不同的推理或逻辑。

(三) 法律人思维与法律观念

既然已从推理的普遍性得出法律推理和法律人思维的普遍性,本部分标题为何还有“陷入僵局”的修饰词?这是因为,法律实践始终提示着法律推理特殊性的可能,于是法律人思维的独特性值得重新考虑。仅以类比推理为例:一方面,受罪刑法定原则所限,类

^⑩ See Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press, 2009, p.203.

^⑪ *Id.*

^⑫ See Frederick Schauer, *super note 7*, 2-4.

^⑬ See Matthew Kramer, *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2007, p.145-146.

^⑭ See Joseph Raz, *super note 10*, 203-204.

比推理不得在刑事领域运用,但其他法律领域却无此限制;另一方面,作为或然性推理,类比推理一定会得出多个均具有一定说服力的结果,但到底哪个结果具有法律意义,并不完全取决于推理有效性本身。以上内容表明,法律人思维的特殊性似乎仍有生机。

根子出在法律人思维的含义上。只有持将其等同于法律推理的狭义理解,才能彻底否定法律人思维的独特性,因为法律推理的普遍性理所当然。如果持广义理解,法律人思维还有除法律推理外的其他内容且该内容是独特的,法律推理的普遍性与法律人思维的特殊性仍有可能相容。但“可能”有两种含义:其一,它蕴含着“不必然”,所以法律人思维不必然是特殊的,这是苏力教授的立场;其二,它又是对“必然不(不可能)”的否定,所以“法律人思维必然不特殊”同样错误,这是孙笑侠教授的立场。于是,论辩重回僵局。

因此接下来,需要作两个关联讨论:第一,这些不同于法律推理的部分是什么?第二,它们是否具备独特性?但一个明显障碍矗立其间:由于法律人思维必然是以法律推理为核心的,如果这些不同的部分仍可放置在法律人思维的名号下,它们就很难说与法律推理真的存在差别;反过来讲,如果它们与法律推理明显不同,就根本不应被放置在同一名号之下。所以,真正的困难是:它们还能被一同叫作“法律人思维”吗?唯一的可能是,此处出现了范畴误用的错误,即用一个范畴中某个小范畴的名称来指代该大范畴,如用“人”来指代灵长类动物。

“思维”这个名称本身,就预示了范畴误用的可能。非常明显,思维从属于“心理(灵)”这个更大的范畴,而心理(因素)可被分为两类:一类是形式的部分,这就是推理或逻辑,它们是法则性或普遍性的要求,以推理为核心的思维就属于这个类别。另一类是实质的部分,按照伦理学上的经典理解,它又分为两个子类别:一种是关于外在世界的,并因是否与外在世界一致而有真假值的“信念”(belief),如“地球绕着太阳转”就是真信念,而“太阳绕着地球转”则为假信念;另一种是虽然与外在世界有关,但却因为取决于我并因而激发我做或不做相关行动,所以无关真假值的“态度”(attitude),如“我喜欢苹果”的态度,使得我在苹果和梨子之间选择了前者。^⑮后两种实质的心理状态,可以统称为“观念”。

将这些区分带回争论,状况立刻清晰起来:第一,“法律人思维”其实是“法律人心理状态”的不当代名词;第二,法律人的心理状态可分成法律推理和法律观念两个部分;第三,由于法则性的“思维”的确是具备普遍性,所以法律推理和法律人思维不可能是特殊的;第四,要想证明法律人的心理状态的确是特殊的,特殊性只可能存在于观念的部分。既然思维只是心理状态中的一类,所以“法律人思维”的名称并不适当,它无法完全涵盖“法律人的心理状态”。但这绝非名词之争,否则将无法察觉“法律观念”的重要性,也没有理由进一步讨论它是否独特的问题。接下来的任务,是去证明法律人必须持有一种被叫作“法律观点”的独特观念。

^⑮ See Alexander Miller, *An Introduction to Contemporary Metaethics*, Polity, 2003, p.3.

三、法律人与法律的范围

无论特殊的是法律人思维还是法律观念（点），无论它们是否真的特殊，都涉及“法律人”和“法律”这两个关键词。而且，对法律人的准确理解也必须诉诸对法律的理解，所以“法律”才是真正的核心。尽管如此，将法律人当作讨论的起点仍然是更好的选择，因为这更容易满足受经验和直觉支持的自明之理的要求，它们将成为展开论证的牢固基础，然后再过渡到对法律的进一步讨论中。

（一）法律人角色的现象学描述

显而易见，法律人在法律实践中所扮演的角色，是他人行动之合法或违法的最终判断者。这个看似简单的说法其实非常复杂：第一，法律人针对他人、而非自己的行动作出法律上的判断，因此他必然扮演着公共性的角色。^{①⑥}既然只有法律人拥有判断他人行动的资格，那么即使法律人自身的行动也需被评价，^{①⑦}但这仍应由其他法律人进行，此时他与普通人在法律上并没有差别。这表明，法律人与普通人之间，处于一种不对称关系中。结合公共性和不对称性两个属性，就可理解为何法律人经常被叫作“法律官员”^{①⑧}，尽管其未必在正式权力结构中占据官员的角色。于是，即使始终站在被代理人一方的律师，也如同法官和检察官一样，必须被看作是一种“法律官员”。

第二，“法律官员”的公共身份意味着，法律人的一举一动严重影响他人的规范处境，即法律人的评价与决定改变了普通人权利与义务的分配。在法律人作出判断的前后，他人所面对的规范要求会发生显著变化，而且这必须被认为是至关重要的改变。^{①⑨}当然会有这样的看法：尽管的确发生规范改变，但这种改变仍可能非常轻微，如面对几百块钱罚款的亿万富翁。这个看法相当草率，因为法律人一旦作出违法或合法的评价，就必然制造值得重视的规范效果：其一，法律判断拥有鲜明的表达意义，这代表了法律对该事件的规范姿态，即它应当被支持、应当被允许、应当被谴责等，表达意义本身并不存在轻微与否的程度区别；其二，法律判断还会引发连锁的规范后果，如由于其行动被评价为违法，尽管罚款数额的确微不足道，但这仍会改变他人的预期，从而造成后续行动的困难。

第三，既然“法律官员”的身份及其行动会引发至关重要的改变，于是法律人就掌握了严重影响或改变他人处境的（规范）权力。既然他们的单方面决定会产生如此严重的规范效果，法律人的一举一动就必须非常慎重，尤其是他们不能基于自己的偏好来作出决定，而必须诉诸公认的标准或公共判断标准。这一点并不像苏力教授想象的那样，^{②⑩}因为法律人可能形成封闭的小圈子而有变化，他们的（私人 and 公共）行动本身，仍

^{①⑥} 参见陈景辉：《法律人的“职业”伦理：一个补强论证》，载《浙江社会科学》2021年第1期，第49-51页。

^{①⑦} 这既可能基于违法的原因，如涉嫌各种职务犯罪；也可能是基于合法的原因，如当事人上诉或检察机关抗诉。

^{①⑧} H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1994, p.60.

^{①⑨} 参见陈景辉：《权威与法律的性质》，载《南大法学》2023年第3期，第32页。

^{②⑩} 参见前注②，苏力文，第461页。

有被其他法律人再作评价的可能。为避免他们自己,当然更是为避免更广泛的他人被轻率对待,法律人就必须为自己的判断寻找可靠的公共标准。并且,“法律人”的名号强烈暗示,这种公共判断标准只能是法律,而非别的根据,否则他们就无法被如此称呼。

最后一点非常重要,它初步表明,法律人必须持有一种特殊的观念:以法律的判断取代自身的偏好。但该观念毕竟是看不见、摸不着的心理状态,必须以某种方式获得呈现,以供同行和他人来作检验。一方面,这对法律这种公共判断标准提出了一些更具体的要求,如法律必须以公布等方式让人们知道,以保障法律人所适用的和他人被适用的是同一套法律;另一方面,法律人的陈述与他以私人身份所作的陈述,必须能够清楚地区分开,因此只有“尽管我个人并不认同,但法律毕竟是法律,它就是这样规定的”之类的陈述,才有可能是法律人的法律陈述。这些尚待讨论的问题非常复杂,在此只想强调一点,一旦同意存在“以法律的判断取代自身的偏好”的特殊观念,法律人思维的说法就必须放弃,因为该观念本身无关思考秩序(推理)。

(二) 法律的范围

既然法律人必须持有以法律的判断取代自身偏好的特殊观念,接下来需要考虑的问题是:其中的“法律”到底是什么意思?是否仅存在法律这个唯一的公共判断标准?这涉及对公共一词的理解:如果公共指的是“政治实体”,法律很有可能是唯一的;但如果它指的是“非个人持有”,法律就难称唯一,至少道德也会被认为是公共判断标准。于是,思想史上法律与道德关系的经典问题,就以另外方式重新出现。这是个非常麻烦的问题,不过好在既有政治现实表明,每个人基本上都处在特定政治实体的管辖范围之内,这必须被认为是个事先给定的条件,不能弃之不顾。

既然法律主要是个关于政治实体的国内法问题,即使承认道德对法律有严重影响,它也不能不透过法律而成为他人行动的公共判断标准。^①换言之,唯一能够直接作用于他人行动的,仍然只有法律这种公共判断标准。但这个说法是否过于武断?这需要对“法律”提供一个更详尽的语义分析,以证明某种理解之下的法律,能够将道德囊括其中。法律一词能指代哪些内容,这就是所谓的“范围问题”。追问法律的范围,就是在追问法律是否同时存在多种语义,以至于法律人所谈及的法律明显不同于普通人的法律。

根据时间和空间两个标准,“法律”一共有四种语义^②:其一,特定政治实体目前正在生效的“实在法”。实在法决定了在日常生活中,法律要求什么、禁止什么、许可什么或创造什么。这里的实在法特指本国目前正在生效的法律,如《民法典》就是中国的实在法,但《民法通则》不是。其二,特定政治实体曾经有效,但目前已经无效的“过去法”,近期的如《民法通则》,远期的如《唐律疏议》。其三,目前虽不存在,但应予以规定的“应然法”。这同样包括未来可能会生效的法律,因为无论其理由是什么,同样是在主张“应当有该法”,^③如未来可能出现的《人工智能法》。其四,其他政治实体曾经有效或正在生

^① See Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, Harvard University Press, 2006, p.2-4.

^② 参见陈景辉:《数字法学与部门法划分:一个旧题新问?》,载《法制与社会发展》2023年第3期,第86页。

^③ 由于应然法是应出现但未出现的法律,所以既无法称之为本国法,也无法叫作外国法。

效的“外国法”。如对中国来说,《德国基本法》或《美国宪法》都是外国法。

对公共判断标准来说,拥有这四个语义的法律必然是完备的,即使承认道德是公共判断标准,这也不会对法律造成困扰,因为道德仍能被安置入这四个语义当中。当你认为法律必然诉诸道德,你不过是在主张“法律应当如何”,此时你正在使用“应然法”这个语义。同理,其他类型的公共判断标准,同样能被安置于四个语义当中。然而,语义完备性的主张仍有困难:在刚才的讨论中,直接适用道德与直接适用应然法并无实质差别,但这会引发关于“个人偏好”的联想,也会导致“是否还是法律人”的质疑。这表明,仅有语义完备性是不够的,要证明法律是唯一的公共判断标准,还需其他条件的加入。

(三) 实在法的优先性

现在来考虑一个有趣的问题:法律人一定比普通人知道更多的法律吗?并非如此,普通人并无范围限制,所能谈到的法律明显比法律人更多,他们可随意使用任何一种语义,也可同时谈及全部语义。但正在参与法律实践的法律人就只能谈及实在法,而不能谈及过去法、应然法、外国法。一旦提及后面这三种(语义的)法律,就意味着他们或是以普通人的身份发表个人见解,无论是法律实践外的旁观者,还是法律实践中的当事人;或是以法律专家的身份从事理论而非实践工作时,向他人说明实在法为何如此规定。当提及其他三种法律是为说明实在法时,他们就是从事理论工作的法律人;如果根本不提及实在法,他们就不是法律人,而只是历史学家、哲学家、社会学家、文化学者而已。

对法律人来说,全部的法律就只有实在法。^{②④}因此,除非实在法中规定某种机制,允许法律人将过去法、应然法或外国法带入法律实践,否则它们就不会拥有实践效果。但实在法却无须诉诸任何中介,而能被法律人在实践中直接适用。换言之,由于实在法可直接作用于实践,所以它可被法律人单独提及,但其他三种法律却不具备这个资格,要想在法律实践中提及它们,就必须同时提及相关联的实在法,这就是一同提及。因此,尽管法律人对《民法通则》《民法总则》记忆犹新,但自《民法典》生效后,它们就已退出实在法而成为过去法,不再具备单独提及或直接适用的资格。^{②⑤}

单独提及或直接适用的资格,就是实在法的优先性。这同时表明,尽管其他三种法律仍能间接适用于法律实践,但并不因此就成为实在法的一部分。就像按照国际私法的规则,法律人将外国法规范适用于本国案件上,但这并未使得该外国法规范因此成为本国实在法的一部分。^{②⑥}实在法的优先性,同样不会因为区分书本上的法与行动中的法而有所动摇。这个做法试图同时缩小和扩大实在法的范围:(书本上的)实在法未必是正在起作用的,真正起作用的(行动中的)实在法还包括惯例和习俗。前一主张经常混淆

^{②④} See Leslie Green, *The Germ of Justice*, Oxford University Press, 2023, p.2.

^{②⑤} 对法律实践而言,其他三种法律所扮演的角色都是间接性的:其一,它们通过实在法的中介,被间接地适用于法律实践;其二,它们以成为理论工作素材的方式,有助于说明实在法的具体内容,这甚至会引发实在法的改进,但这仍然是间接地作用于法律实践。

^{②⑥} See Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford University Press, 2009, p.149.

效力和实效,^{②7}而被认为是错误的。后一主张的错误略微复杂:一方面这种社会意义的法律,仍需诉诸实在法才能被理解;^{②8}另一方面,即使惯例和习俗的确会被间接适用,但并未因此成为实在法的内容^{②9}。

四、实在法的性质

上文的分析表明,由于法律人的判断严重影响他人的规范处境,他就必须直接诉诸实在法来完成这个任务,否则既不慎重,也与法律人身份不符。于是,法律人就必须持有一种“以法律的判断取代个人偏好”的特殊观念,且其中的法律仅指实在法;即使还存在其他三种法律,它们也只能透过实在法而被间接适用。不过,刚才的讨论仍主要是现象上的描述,并不足以说明为何对法律人而言,实在法是唯一的法律;并且,由于实在法是唯一被直接适用于他人的法律,于是它就成为所有人唯一的法律。这势必需要一个关于实在法性质的完整讨论。

(一) 实在法的基本属性

在现象上来说,所谓实在法,就是特定政治实体(本国)目前正在生效的法律。但“目前正在生效”的简单描述显然不够,因为它无法区别间接适用与直接适用,也就无法真正区分实在法与其他法律。如果将“目前正在生效”简称为“效力”(有效),那么说一个法律规范有效,就是在说它应当被服从;说一个法律规范无效,等于说它不拥有应被服从的属性。^{③0}然而,困难也在这里出现:一旦其他三种法律被间接适用于法律实践,它们也将具备应被服从的属性。因此,仅仅依据是否有效的标准,将无法区别实在法与其他法律,这就必须重新寻找说明实在法性质的概念工具,这也是现代法哲学普遍抛弃以效力来定义法律(实在法)之凯尔森式做法的主要原因。

既然实在法是目前正在生效的法律,那么什么是法律、什么不是法律,就是一个“社会事实”问题:一方面,是否存在拥有特定内容的法律,是否拥有某种特定形式的法律,这是纯粹的事实问题。如,我国《民法典》就是1260条,而不是1360条,又或者因其名称中带有“典”字,所以应被看法典,而非单行法,以上这些全是事实问题。另一方面,是否存在一部叫作民法的法律,该民法是否是个法典,一定是个关于某个群体(政治实体)的事实,而非仅仅关于个人的事实,这又被叫作“社会的”事实。这样一来,实在法的性质,就必然跟社会事实关联在一起。更具体的说法是,既然实在法(法律)是个实际存在的法律,它是由特定区域的人们创造出来的真实的法律,所以其存在与内容取决于人们的行动、决定和表述,这通常表现为立法、先例以及习惯等具体形式。^{③1}

^{②7} See Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945, p.39-40.

^{②8} See Ronald Dworkin, *super note* 21, 4.

^{②9} See Joseph Raz, *super note* 26, 149.

^{③0} See Joseph Raz, *super note* 26, 150.

^{③1} See Joseph Raz, *super note* 26, 37-38.

由此,就会得出一个广义的社会事实命题:由于实在法是由人们创造出来的,一个社群是否存在特定实在法,是否存在特定内容的实在法,这是个必然关于社会事实的问题。抽象一点说,社会事实命题意味着,法律(实在法)的内容和存在,取决于社会事实。不过,该命题允许两种不同理解:其一,法实证主义的理解,即法律的存在与内容“唯一地”取决于社会事实,而完全不取决于社会事实之外的任何因素,这就是狭义的社会事实命题;其二,反实证主义的理解,实在法的存在与内容“部分地”取决于社会事实,此外还取决于其他因素,主要是道德因素。尽管存在这个争论,但实在法的存在与内容必然取决于社会事实,仍然是所有人都同意的基本主张。^{③②}

这样一来,关于法律性质的争议,将只在广义社会事实命题的内部发生:实在法的存在与内容,是否“唯一”取决于社会事实?于是,该争议将只能是消极性的,即特定实在法或整个法体系,是否会因不满足正义等道德准则,所以是有缺陷的?不管答案如何,它都不可能是积极性的,即是否某些非实在法的内容,无论它是过去法、应然法还是外国法,只是因为道德上的正确性,从而自动成为法律或法律的一部分。进一步而言,对法实证主义者来说,由于法律的存在与内容唯一地取决于立法、判例或习惯等社会事实,而根本无需诉诸道德,所以法律必然是以来源为根据的,于是社会事实命题就被限定为来源命题。^{③③}相应地,反实证主义者必然坚持某种混合式主张。如,德沃金主张以“符合+最佳证成”为核心的解释理论,他认为法律的存在与内容不仅取决于社会事实,而且还取决于某类道德条件。^{③④}再次强调,尽管存在这个极端重要的分歧,但没人能够否认社会事实的重要性。进而,也就无人能够否认,法律人所能提及的法律或真正的法律,就只有实在法。

(二) 实在法的表面性状

经过艰难的推进,至此可以明确两件事情:第一,尽管对法律人来说,实在法是唯一真正的法律,但由于他们还是他人行动的判断者,因此对一个政治社群的所有人来说,“法律就是实在法”的论断也必须被接受;第二,实在法的基本属性由社会事实命题来予以说明,即法律的存在与内容取决于社会事实。以上讨论看起来抽象难懂,尤其是似乎与法律实践关联有限,但如果认识到该基本属性会决定法律的三个表面性状或特点,这个讨论就是至关重要的。

第一,法律或实在法是有时空性的。仍然沿用效力的说法,实在法的时空性意味着,其效力与时间和空间密切相关,即它们都是在特定时间与特定空间发挥效力的。所谓空间性是说:特定实在法基本上只在本政治实体之内发挥作用,所以实在法一定是本国实在法的简称;即使它的确产生了域外效力,但这并非基于实在法的性质,而是因为他国实在法提供了相应的间接适用机制。因此,尽管不同国家的实在法之间的确可能存在移植

^{③②} See Mark Greenberg, *How Facts Make Law?*, in Scott Hershovitz eds., *Exploring Law's Empire*, Oxford University Press, 2006, p.225.

^{③③} See Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain*, Clarendon Press, 1994, p.210.

^{③④} See Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, p.65-68.

关系,但它们注定是不同的或是多样的,并不存在适用于所有人类的普遍实在法。所谓时间性是说:一个目前正在生效的实在法规定,未来并不必然始终有效,所以才有了过去法的概念;一个目前并无法律效力的特定内容,未来有可能成为实在法的一部分,所以才有了应然法的概念。因此,并不存在永恒不变或永远生效的实在法。

如果用另一种方式来描述时空性,就意味着实在法能够被有意图地改变,即如果一群人采取“意图使法律改变”的特定行动,那么他们就可能增添新法,改变和废除旧法。^⑤在这一点上,法律的效力明显区别于逻辑的效力,后者并不受时空的限制,因为同样是这群人,他们却无法以同样方式改变逻辑法则,于是也就不存在独特的法律人思维。同样的,道德的效力在性质上也不受时空的限制,它也不能被一群人有意意图地加以改变。但这并不是说道德是无法改变的,而是说它无法以改变法律的方式被改变。这一点引发了一个非常有趣的现象,虽然不同国家的实在法的确明显不同,但它们的应然法却经常是相同的,因为那是对普遍道德准则的共同向往。

第二,“实在法”并非只是对本国全部法律的缩略表达,它还有重要的实质内容,即它要求本国全部法律必须具备由社会事实决定的体系性。一方面,实在法所包括的所有个别法必然存在来源上的根据。这要求所有个别法的有效性不能直接建立在其道德有效性的基础上,它们的内容是以一种客观和价值中立的方式被决定的。^⑥因此,是社会事实决定了存在怎样的个别法,且该个别法因此拥有了效力。如,“十三届全国人大三次会议于2020年5月28日表决通过”的社会事实,使得《民法典》成为中国实在法体系中的一员,并且这部法律因而拥有1260条的具体内容。就此而言,社会事实决定了构成实在法体系的素材,不满足该标准的内容无法被纳入实在法体系。

另一方面,满足社会事实要求的所有个别法,必须被视为一个具有体系性的整体。尽管实在法由不同的个别法所组成,但它必须被看作一个整体,而非多个个别法的简单相加。因此,“实在法体系”就成为对作为整体之实在法的准确表达,实在法与实在法体系、法与法体系就成为互换性概念。所以,《民法典》就不能直接化约为1260个条文的简单相加,而是应被理解为由1260个条文所组成的整体;整个中国的实在法也不能被理解为不同部门法的简单相加,而应被视为由宪法之最高法身份所保障的真正整体。^⑦既然实在法必然是个体系,体系性也使得实在法成为一个整体,体系性就成为法律的基本特征之一。这同时还要求,就个别法或单个法规范而言,对它的准确理解必须结合体系性所赋予的额外意义,而不能仅凭其表面含义或仅限于其自身。

然而,以上两方面经常不相容:社会事实所决定的那些素材,可能无法被合理安排在一个体系当中;能够被合理安排在一个体系之中的某些素材,可能是社会事实并不支持的。因此,如果说是体系性使得拥有多种个别法的实在法成为一个整体或体系,体系性本身就很难被理解为实质性的道德原则,因为这既可能排除社会事实支持的内容,又

^⑤ See H.L.A. Hart, *super* note 18, 175.

^⑥ See Joseph Raz, *super* note 26, 150-153.

^⑦ 参见陈景辉:《法典化与法体系的内部构成》,载《中外法学》2022年第5期,第1196-1199页。

可能要求社会事实并不支持的内容。如果把实质道德原则所保障的体系称为“真正的体系”,^{③⑧}实在法体系很难是个真正的体系,但并非真正的体系不等于说根本不是体系,这仍可诉诸(形式)法治之类的形式原则来实现。^{③⑨}同时,既然社会事实所决定的那些素材无法形成真正的体系,这就表明它们之间缺乏有效的关联,或者干脆相互矛盾,于是必然需要相关的机制来解决这个麻烦,这就指向了实在法的第三个特点:制度性。

第三,实在法体系是制度化的或实在法体系必须是一种社会制度。所谓社会制度,并不是说一定要预设存在社会这个实体,而是说法律制度的具体形态是由社会事实决定的,于是不同法律制度之间必然存在差异,就像不同实在法体系之间存在差异一样。制度化意味着,必然存在由法体系创造出来的机关,即法律机关。必须小心这个表述,它并不是说所有机关都由法律创造,很多机关的起源可能独立于法律。但如果承认实在法的体系性和优先性,这些并非由法律创造出来的机关,也必须能够被安置入法律的框架中。此时,就需要一个特殊的机关,来作出它们是否已被置入法律框架的判断,进而评价其行为合法与否。此外还存在另一至少同等重要的判断任务,这就是关于普通人之间争议的判断。于是就出现了依据实在法来作判断的专门法律机关,即规范适用机关。

规范适用机关是最准确意义上的法律机关,它既由法律创造出来,又负责将法律直接适用于具体事项上。就此而言,规范适用机关与实在法不可分割:一方面,它本身就是实在法的产物,存在怎样的实在法,就存在怎样的规范适用机关;另一方面,它还是实在法在外观上的标志物,即它正在直接适用的法律,就一定是实在法。于是,是否存在规范适用机关,就成为是否存在法体系的核心标志之一。但不要因此作不适当的联想,以为规范适用机关只是(能)机械适用法律,由于实在法体系不必然是真正的体系,规范适用机关仍必须在发展实在法的基础上来作判断。就此而言,规范适用机关其实担负受实在法约束的规范创造功能。^{④⑩}

尽管如此,规范适用机关仍明显不同于纯粹的规范创造机关。即使规范创造机关的确是法律的创造物,但实在法通常只规定创造法律的笼统权力以及相应程序,而未对创造何种法律作内容上的明确要求。因此,只要不违反实在法设定的权限和程序,规范创造机关可以创造具备任何内容的法律。这一方面是因为,如果实在法规定了它必须创造特定内容的法律,那么就根本不需要此类机关,因为规范适用机关同样能够完成这个任务。另一方面是因为,这将违反社会事实命题的要求,由于法律的存在及其内容是由社会事实决定,因此必须允许规范创造机关创造出具有任何内容的法律。这就是为何立法通常被视为政治而非法律问题,立法学属于政治科学而非法学的主要原因。^{④⑪}

③⑧ See Ronald Dworkin, *super* note 34, 164-167.

③⑨ 参见陈景辉:《宪法的性质:法律总则还是法律环境?从宪法与部门法的关系出发》,载《中外法学》2021年第2期,第295-296页。

④⑩ See Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, 1999, p.132.

④⑪ 参见叶会成:《立法法理学的类型与意义——立法学学科性质的反省》,载《法制与社会发展》2021年第6期,第33-35页。

五、法律人与法律陈述

按照构词法来说,“法律人”是由“法律”和“人”这两个构成要素组成的合成词,因此其含义取决于对这两个要素的理解。本文前两部分的任务就在于证明法律人中的“法律”究竟何指,它指的就是由社会事实决定的,具备时空性、体系性和制度化三个属性的实在法。有了这些准备,现在就可以来思考“法律人”的准确含义,以及法律人关于他人行动之评价或判断的性质,而法律人作出的具体评价就被叫作“法律陈述”。

(一) 作为法律之人的法律人

作为他人行动合法与违法之判断者的法律人,实际上就是规范适用机关的另一种表达形式,当然也可以用“法律人”来称呼组成规范适用机关的具体个人。他们存在的意义,就是通过适用实在法体系来评价或判断他人的行动。此时,适用实在法体系与评价他人行动,是一个硬币的两个方面。既然评价同时也是在适用,所以以法律的判断取代个人的偏好,就成为法律人的首要要求,并且是一种被称作法律观念的内在心理状态的要求。于是,各式各样的法律人其实就是法律之人(legal men or legal persons)。^④既然法律人是法律之人,他们的判断必然以实在法为根据,而不能建立在个人偏好的基础上。

但个人偏好其实并不是个好称呼,它意味着法律人只能在实在法和个人偏好之间作出选择。更精确的说法是,法律人必须表达或展现法律对他人行动的看法,而非他自己对这件事情的看法。前者可称之为法律观点,后者就是个人观点。所以,反对法律人动用自己的个人偏好,就是禁止法律人对他人行动表达个人观点,即使该观点的确是道德上最佳的。除非在某种情形下,实在法允许或要求法律人动用道德判断,否则他所表达的最佳道德观点仍不是法律的观点,其行动也不能被看作是法律的适用。

因此,至少在外观上,法律观点虽然经常是特定法律人所表达出来的观点,但如果要证明那不是他的个人观点,就必须得证明处在相同状况中的其他法律人,也会表达出同样或同类的观点,尽管可能在细节上有所差别,如应当判处三年还是五年有期徒刑。这说明,对于法律实践而言,其实并不存在具体的法律人,而只存在作为规范适用机关的抽象法律人。就像某公司的法定代表人以该身份所表达的看法,并非自己的个人看法,而应被看作是该公司的看法一样,即使法定代表人从张三换成李四,该公司也并未因此变成另外一家公司。

同样的,以下误解也需避免:既然实在法体系是借助法律人的适用得以呈现在普通人面前,所以对普通人来说,法律就是那些被法律人呈现出来的内容,而那些未获呈现的内容就不是实在法。于是,前面谈到的书本上的法与行动中的法的划分再次跳出来,要求在实在法内部区分真正的实在法与虚假的实在法。这等于认为实在法的存在及其范围,是由法律人或规范适用机关的行动决定,于是真正的法律其实是法院的判决或对判

^④ See Joseph Raz, *super* note 26, 140.

决的预测,而通常所说的实在法就被矮化为法律的渊源,^⑬因为法律人的判决有可能诉诸这些实在法,也可能诉诸此外的其他内容,所以实在法并不是唯一的法律渊源。这个主张颠倒了法律人与实在法体系的关系:实在法体系的存在及其内容,并不是通过法律人或规范适用机关的具体行动得以确立的;相反,什么是法律人或规范适用机关,他(它)们应当怎样作出决定以及应当作出怎样的决定,取决于实在法体系。

(二) 法律陈述的类型

现在,可来完整说明法律人与实在法体系的关系。最初的描述是:由于法律人的决定严重影响他人的规范处境,为谨慎起见,必须将自己的决定建立在实在法的基础上。这个现象学描述并不准确,因为其蕴含着“法律人处于实在法体系之外”的结论,即法律人只是法律的单纯适用者。然而,一旦认识到作为规范适用机关的法律人仍然是实在法的创造物,法律人就必然处于实在法体系之内。或者这样说,对于法律而言,只有实在法体系是真实存在的,此外并无其他的独立存在物。因此,法律人就不是处在实在法体系之外并将它适用于个案的独立个体,而是作为实在法体系这个存在物的一部分,被分配了评价他人行动的职责。既然法律人是实在法体系的一部分,所以评价本身必然就是法律自己作出的评价。这个论断表明,一旦认识到法律人处在实在法体系之内,那么“谨慎起见”之类理由其实没有实质意义,因为法律人的判断必然是诉诸实在法体系的判断。

尽管对他人行动的判断是由貌似独立的法律人作出,但该判断本身并不属于法律人,而是属于法律或实在法体系的,所以法律人的判断必须得是法律的判断。这个模糊说法,可透过对法律陈述的分析清晰起来。法律人在法律实践中使用的标准语句,不能是“‘我认为’你应当如何行动”,而只能是“‘法律规定’你应当如何行动”(It is the law that……)。^⑭“法律规定”四个字意味着,该陈述实际上是法律自己作出的判断,而非“我(具体法律人)”的个人判断。于是,法律人所作出的陈述必须摆脱属人性,能够被恰当还原为法律的陈述。如果法律人的陈述最终被证明不过是他自己的看法,它就不能被认为是法律的陈述,也不应当拥有改变他人处境的规范效果。

那么,是否只存在两种法律语句:一种是法律人的个人陈述,即“‘我认为’你应当如何行动”;另一种是法律人的法律陈述,即“‘法律规定’你应当如何行动”?并非如此,还存在第三种法律陈述,即“应当如何行动”的陈述,可称之为“纯正的”法律陈述。这种法律陈述的特殊之处在于:其一,它是一种无主语的法律陈述,而另外两类陈述都有主语,分别是“我”和“法律”;其二,它是最基础的法律陈述,如果不存在纯正法律陈述,也就不存在另外两种法律陈述。换言之,其他两种法律陈述必然寄生在纯正法律陈述之上:一方面,法律人的个人陈述,表达了陈述者个人对于法律的态度,无论支持还是反对;另一方面,法律人的法律陈述,必然是纯正法律陈述之结合个案的具体化表达。

以中国《刑法》第263条为例。该条“以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物的,

^⑬ See John Gray, *The Nature and Sources of the Law*, Columbia University Press, 1921, p. 123-125.

^⑭ See H.L.A. Hart, *super* note 18, 102.

处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金”的文字表述本身,就是典型的纯正法律陈述。律师张三对涉嫌抢劫罪的犯罪嫌疑人李四说“法律规定你应当被判处三年以上十年以下有期徒刑”,就是法律人的法律陈述。如果李四是因遭遇诈骗身无分文,在饥寒交迫之下实施抢劫,张三可能会说“我认为你的做法情有可原”或“即使在那种情形下,你也不应当抢劫”,但无论哪种说法都不过是张三关于法律的个人陈述。显然,一旦缺乏《刑法》第263条的纯正法律陈述,就既不存在法律人(张三)的法律陈述,也不存在张三关于法律的个人陈述。^{④5}

(三) 法律人陈述的超然性

一旦区分出三种陈述,法律人所作的法律陈述,就既不是他的个人陈述,也不是纯正的法律陈述。尤其是前一个区分,清楚地呈现了法律人持有一种独特的心理状态,即他必须以纯正法律陈述取代个人陈述,并且将它表达为“法律规定你‘应当如何行动’”的样子。同样明显的是,法律人在作出法律陈述时,一方面,需要像普通人一样,必须满足推理和逻辑的基本要求,所以并不存在一种独特的法律人思维;^{④6}另一方面,他们又不能如同普通人一样,只是表达关于法律的个人态度,所以这必然是一种独特的法律观点。

然而,此处会引发一个疑问:法律人的法律陈述与纯正法律陈述并无不同,尽管前者有着“法律(规定)”之类的主语,但这只是形式上的区别。这个疑问不能说全无道理,尤其是在具体的法律实践中,普通人经常很难区分这两种陈述,但这仍不足以消除它们之间的界限:其一,只有通过区分出这两种不同陈述,并使得法律人的法律陈述寄生在纯正法律陈述之上,其他人,尤其是其他的法律人才能判断出,法律人所作的具体陈述到底是个人陈述还是法律陈述;其二,如果将两种法律陈述等同视之,就会导致“纯正法律陈述就是法律人的法律陈述”的结果,法律人于是就取代了实在法体系的地位,而不再是它的组成部分而已,这会再次导致书本上的法与行动中的法的混淆。

也就是说,纯正的法律陈述,其实就是法律自己作出的陈述;而法律人的法律陈述,不过是作为法律代言人的法律人替法律作出的陈述。如,老师在课堂上说:“下午三点交作业,班长负责收齐”,于是班长就会在下午三点时,对同学们说:“老师要求三点交作业”;他当然也可能会省略掉主语,直接说:“三点了,该交作业了”。尽管后面这个陈述与老师的陈述在内容上几乎没有区别,但它并不能因为缺乏主语,就成为或被视为班长自己的要求,它始终还是老师的要求,因为“老师”这个被省略的主语仍能被合理地加回来。然而,当老师自己作出“下午三点交作业”的陈述时经常无须主语,除非是当老师通过班长之口间接作出要求,并且当其他同学向老师核实时,“我(这是我说的)”这个主语才有出现的必要。

具体到本文讨论的问题上,上诉例子中老师就是法律,他作出了“下午三点交作业”的纯正陈述;班长就是法律人,他向其他同学作出了“老师要求‘三点交作业’”的法律

^{④5} 即使张三此时的确还能对他人行动表达自己的态度,无论李四是或否应当这样做,但这都只是个道德陈述,而不是一个关联实在法的法律陈述。

^{④6} See Joseph Raz, *super* note 33, 238.

陈述；其他同学就是被改变规范处境的他人，他们也会经常作出“有助于学习，所以该交作业”或“这徒劳无功，所以不该交作业”的个人陈述。仅就班长而言，一方面，他所能作出的陈述必然寄生在老师的纯正陈述之上，否则就是越俎代庖地把自己当作老师了；另一方面，他也可能同其他同学一样赞成或反对老师的安排，但却不能以班长的身份，而只能以普通同学的身份，作出这种个人陈述。更精确的说法是，班长能作出的合适陈述，最多只能是如下模样：老师要求三点交作业，尽管这（可能）无助学业，但你们还是得三点交。回到法律例子上，法律人张三唯一能说的是：法律规定你应当被判处三年以上十年以下有期徒刑，尽管你的行为情有可原，但法律就是法律。

由于法律人的法律陈述既不是他的个人陈述，又不是纯正法律陈述，它又被称为法律的超然（detached）陈述。^{④⑦}之所以说它是超然的，是因为它并未表达法律人对于实在法体系或纯正法律陈述的个人态度，无论支持还是反对，法律人此时处于一种不评价的超然态度。这种超然陈述同时还是一种法律的陈述，因为它必须寄生在纯正法律陈述之上，而不是一种独立的个人陈述；或者说，法律人所作的法律陈述，是他从法律的观点（legal point of view）所作出的陈述。^{④⑧}如果将个人陈述视为一种外在陈述，将纯正法律陈述视为一种内在陈述，那么法律人所作的法律陈述，既不是外在陈述，也不是内在陈述，而是一种特殊的超然陈述。^{④⑨}

六、法律人格化与法律观点

上文的讨论意味着，要同时联系两个基本结构，才能全面准确理解法律人的性质。一个结构涉及法律人角色的双重性：一方面，担负运用实在法评价他人之角色的法律人，并不处在实在法体系之外，反而是实在法制度化的一部分，即法律人就是法律适用机关；另一方面，虽然法律人是机关，但它的角色是由具体的个人所承担的，他们必然会有自己关于实在法的看法。简单说，法律人既是制度化的角色，又是由具体的真实个人来扮演的。另一结构涉及法律的内容与法律陈述：一方面，一旦存在以“是否应当做某事”为内容的实在法规定时，也就存在一个由社会事实决定的、以此为内容的纯正法律陈述；另一方面，仅就该内容而言，还存在着“是否应当做某事”的个人陈述，即不同的人会分别认为应当做该事或不应当做该事，且这些个人陈述基本上都是道德陈述。于是，法律人的特殊性就需要联系这个复杂结构才能被准确理解。

（一）法律人的独特性

显然，法律人既不是法律本身，也不是普通人，所以他既不可能直接作出纯正的法律陈述，否则法律人所说的就是法律；也不可能作出个人陈述，否则就不再是法律人。此

^{④⑦} See Joseph Raz, *super* note 26, 153-157.

^{④⑧} See Joseph Raz, *super* note 26, 140.

^{④⑨} See Kevin Toh, *Raz on Detachment, Acceptance and Describability*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol.27:3, p.403-414 (2007).

时,他就只能从法律的观点出发,作出法律人的法律陈述,即“法律规定,应当或不当去做某事”;其中“法律(规定)”这个主语部分不可缺少,这是使得该陈述并非个人陈述,而是法律陈述的关键。因此,尽管“是否应当做某事”的法律内容不可或缺,但这并不是在表达法律人的个人观点,而是在表达“法律上,是否应当做某事”的复合态度^{⑤0}:一方面,其他人是否应当做某事;另一方面,“其他人是否应当做某事”就是法律如此规定的结果,或者是法律人从法律观点作出的陈述。

现在,可以回头反省“法律人是否具备独特性”的最初难题。显然,由于思维是普遍的,假使存在法律人思维,它也不可能独特。然而,这并不表明法律人不是独特的,因为他们的确持有一种与普通人不同的态度,即法律人必须从法律的观点出发来作法律陈述,尽管从个人的观点出发,他们可能并不会作出同样内容的陈述。甚至,当法律人认为实在法的规定是荒唐的,他也只能以如下方式来陈述从法律观点而不是道德观点看到的内容:法律规定你应当这样做,这在道德上的确很荒唐,但法律就是法律。简单说,法律人的特殊之处在于,他们必须致力于以法律的判断取代个人的判断。

这明显不同于普通人对于法律的态度,普通人经常将实在法的内容放在道德的天平上衡量,因为法律和道德的内容都是关于“应当做某事”的规范性标准。尽管他们可能对于什么是道德或特定道德准则的具体要求是什么持不同的看法,但每个人都同意一种关于道德的形式概念:第一,只有道德义务才是真正的义务,^{⑤1}其他种类的义务要想成为真正的义务,就必须诉诸道德;第二,道德义务是最重要的义务,一旦其他类型的义务与道德冲突,后者就必须退让^{⑤2}。因此,普通人经常只表达个人关于特定事物的道德评价,而不像法律人一样作出法律陈述,这是法律人与普通人的最关键差别。但这并不等于说,普通人事事实上完全不能作出法律陈述。作出法律陈述的普通人,要么是认为实在法的特定内容满足了道德的要求,要么是认为实在法体系本身满足了道德的要求;甚至,他们干脆就认为,法律就是法律,所以必须获得尊重。一旦他们作出法律陈述,这些普通人就成为理想的守法公民,因为他们自己致力于以法律的判断取代自身的(道德)判断。^{⑤3}但对实在法体系而言,理想的守法公民并非必要,但必须持有法律观点的法律人却是必要的。^{⑤4}这也表现在回应法律指令的不同方式上,法律人必须遵从(comply)法律指令,而普通人只需与法律指令保持一致(conform),而无须遵从。^{⑤5}

(二) 法律人格化的根据

法律人为什么如此特殊?这需要仔细考察纯正法律陈述。由于法律人的法律陈述必然寄生在纯正法律陈述之上,如果该种陈述根本不存在,也就不存在法律人的超然陈

^{⑤0} See Joseph Raz, *super note* 26, 154.

^{⑤1} 此处的义务(obligation)指的就是应当,而不是权衡之后的那个“义务”(duty)。

^{⑤2} 这里并不是对道德的形式概念的完整刻画,它还可能包括其他内容,如道德是全面性的,被认为是无所不包的。

^{⑤3} See Joseph Raz, *super note* 40, 171.

^{⑤4} See H.L.A. Hart, *super note* 18, 116-117.

^{⑤5} 参见前注^{①9},陈景辉文,第40-43页。

述。进而,法律人的陈述不过是某种经过伪装的个人陈述,虽然这个伪装可能非常重要,如发挥诸如意识形态式的效果,但那仍只是法律人自己编造的神话,^{⑤6}以掩盖法律人与普通人其实根本没有区别的真相。所以,只有纯正法律陈述在理论上是可能的,法律人的法律陈述才成为可能。要想证明存在纯正法律陈述,就必须证明法律的人格化,因为“作出陈述”通常是“人”才有的能力。你我这样自然意义上的人,无时无刻不在以各种方式作出陈述,以表达我们的观点、态度和认知。反过来讲,如果法律不是人或无法人格化,“它”就缺乏作出陈述的能力,当然也就不存在纯正的法律陈述。

前面关于实在法之表面性状的讨论,给法律的人格化提供了一些基础条件:它像人的生命一样有时空性,体系性使得法律成为一个整体,制度化使得法律拥有各种器官。尤其是时空性条件,它直接表明目前正在生效的实在法,是“正在活着”的法律。既然实在法是“活着”的法律,它就必须通过各种方式来传递自己的要求和预期,并使人们意识到它的持续存在。^{⑤7}法律人在此扮演了关键角色,他们以针对他人作出法律陈述的方式,使普通人意识到存在着正在影响他们的实在法。毕竟实在法并不是真实的人,它自己并不拥有让他人感知其存在的能力和手段,法律人的法律陈述就是唯一的选择。

尽管拉兹认为法律必然声称自己是正当权威,阿列克西认为法律必然声称自己的道德正确性,但他们均同意“法律有作出道德声称的能力”^{⑤8},而这个能力正是人或人格化的核心属性。即使强烈质疑法律人格化主张的德沃金,^{⑤9}也在很多论证中不自觉地依赖这项能力。如,他明确主张法律要以同一个声音说话,法律必须贯彻“整全性”(integrity)的道德价值,但整全性通常是要求个人言行一致、表里如一的价值;同时,作为整全性的法律还必须承诺作为人格化的社群。^{⑥0}如果同意法律有能力作出道德声称,那么法律的人格化就没有什么问题,但这并不是法律人格化的全部根据,“名词化的法治”是另外一个同样重要的根据。

所谓名词化的法治,就是说“法律的统治”的字面含义才是法治的核心要义,即真正的统治者是法律,而非人;与之对应的形容词的法治,则只要求统治的方式必须法律化,但这依然容许人成为真正的统治者。^{⑥1}尽管人类统治者可能将统治方式仅限为法律,仍不足以使其统治成为名词化的法治,即真正的法治。同时,由于真正的统治者必须是法律,所以只要该社群存在法律,那么它就一定是最重要的制度化体系。^{⑥2}反之,如果该社群存在法律,但它并非最重要的,这最多只能说它存在名义上的法体系,甚至根本就不存在法律制度,因为这意味着真正的统治者并非法律。

于是,作出道德声称的能力与名词化的法治,共同塑造了法律的人格化,即法律是一

^{⑤6} See Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, Transaction Publisher, 2009, p.3-14.

^{⑤7} See Joseph Raz, *super note 10*, 93.

^{⑤8} John Gardner, *Law as a Leap of Faith*, Oxford University Press, 2009, 132-139.

^{⑤9} See Ronald Dworkin, *super note 21*, 199-211.

^{⑥0} See Ronald Dworkin, *super note 34*, 165-175.

^{⑥1} 参见陈景辉:《算法之治:法治的另一种可能性?》,载《法制与社会发展》2022年第4期,第138-143页。

^{⑥2} See Joseph Raz, *super note 40*, 149.

个有能力作出道德声称的真正统治者。法律在性质上也必须被人格化,法律的人格化是个概念真理,而非是一种拟制,尤其不是法律上的拟制。后者通常是指法律针对其他事物的某种能力,即通过法律上的规定,将并非X的事物Y直接规定为X,并使Y因而拥有与X一样的法律地位。显然,这种能力无法针对自己施展,所以人格化并非法律拟制的结果。于是,法律才能对适格对象作出纯正的法律陈述:你应当这样做、你可以这样做、你不得这样做,或你有权利这样做、你有义务这样做、你有责任这样做。同时,作为规范适用机关的法律人,可以通过寄生于纯正法律陈述的方式,作出附加特定主语的的法律陈述:“法律要求”你应当怎样做,而不是“我要求”你应当怎样做;尽管“我”并不一定同意法律的内容,但这并不会影响“我”能够成功作出该种法律陈述。这些都是在承认法律人格化的基础上,法律人从法律的观点看到的内容。

(三) 法律的观点

那么,究竟什么才是法律的观点?“观点”一般有两种使用方式^③:一种是将它直接理解为“方面”或“角度”,并且这同时蕴含着还存在其他竞争性的观点(方面或角度)。如,关闭哲学系“从经济的观点看”是值得的,但“从学术的观点看”却是有害的。另一种是通过观点来悬置其中涉及的真假值问题(bracket question of truth),如“从康德的观点看,如何如何”。当某人作出这种悬置真假值的陈述时,意味着两种情况:第一,他在作一个条件句式的假言陈述,即如果康德的理论是真的,那么事物就是如此;其二,他成功地作出了这个陈述,并不意味着他同时承诺康德的观点就是真的。

法律人从法律的观点作出法律陈述,很容易被理解为在第一种意义上使用观点,即他只是从法律的角度看应当如何,此外一定存在经济、社会、政治、文化等方面的观点,所以法律的观点不见得最终成立。但如果必须接受法律的人格化或名词化的法治,同时还接受存在与法律观点处在同一水平线上的其他观点,甚至它们有可能凌驾于法律观点之上,这种看法明显自相矛盾。即使仍然存在其他观点,但它们也只能在法律观点之下发挥作用。于是,所谓法律的观点就只能作第二种理解,即悬置法律真假值的用法。

悬置真假值的意义极端重要:一方面,只有这样做,你才能看到康德眼中的那些内容,否则这些有价值的内容将消失不见;另一方面,这使得即使是康德的反对者,也可无障碍地作出“从康德的观点看,如何如何”的陈述,并且不会带来理解上的困难。^④回到法律的观点,正是后一方面使超然陈述成为可能,法律人可无障碍地作出“从法律的观点看,你应当如何如何”的陈述,无论他是法律的信徒或是法律的不同意见者。而且,这也能说明超然陈述为何必然寄生于纯正陈述之上,因为如果康德的确不这样认为,那么“从康德的观点看”就是赤裸裸的欺骗,至少也是无意间犯下的错误。因此,是否属于某种观点,就必须有所本;对法律人来说,实在法就是这个“本”。

但采纳康德观点的毕竟不是康德本人,采纳法律观点的也不是人格化的法律本身,

^③ See Joseph Raz, *super note* 10, 185.

^④ 当然,悬置真假值通常只是暂时搁置关于真值的争议,而非彻底终结争议。但由于法律的人格化,尤其是名词化的法治,使实在法体系的真值成为无法单独追问的问题。See John Gardner, *super note* 58, 11.

所以从康德观点看到的内容与康德自己的看法必然有所落差,法律人从法律观点看到的内容,同样会与法律的纯正陈述存在落差。不过,有一个必须回答的问题时刻管制着落差的幅度:你所发展的康德式观点还是康德的观点吗?你所作的法律陈述还是纯正陈述所允许的吗?因此,陈述者的确能够将康德的观点发展成有一定落差的康德式观点,法律人也能将纯正陈述发展成有一定落差的超然陈述;尽管如此,康德式观点仍必须能够归于康德,超然陈述也必须能够归于纯正陈述。由此就可以理解,为何作为规范适用机关的法律人,经常被认为拥有造法的功能,因为他们会在适用法律的同时有限度地发展实在法,而那个发展仍能归于实在法本身。

七、结 论

这篇以法律人思维独特性为开端的文章,最终目标是证明法律人的确具备独特性,即法律人必须从法律观点出发作出独特的法律陈述。所以,法律人的独特性并不在于思维,当然也不存在独特的法律人思维,因为思维一定是普遍的。法律人的特殊性主要由以下几个论点来支持:第一,法律人所谈及的法律,仅限于由社会事实决定的实在法,且实在法具备时空性、体系性和制度化的基本性状;第二,法律人并不是处在实在法体系之外的规范适用者,而是实在法体系之制度化的一部分;第三,法律人必须作出法律的判断,而非个人判断,他们必须持有一种独特的观念,即以法律的判断取代个人的判断;第四,由于法律在性质上必须被人格化,所以存在着法律自身的纯正法律陈述,而法律人的法律陈述必须寄生于纯正法律陈述之上;第五,普通人并不是实在法体系制度化的一部分,他们通常无法、也无须作出法律陈述,尽管理想的守法公民的确能够这样做。

Abstract: It is generally believed that as the ultimate decision-makers of others' actions, lawyers must hold a special attitude to law, which is called legal thinking. However, since legal reasoning, as the core of legal thinking, is necessarily universality, legal thinking cannot be particular. It cannot be denied that lawyers have to make their judgments according to the law which only refers to positive law, they must express the law's view on the matter, rather than their own views, which is the so-called legal point of view. Since there is a legal point of view, the law must be personified, which is based on two conditions. The first is the law's ability to claim itself legitimacy, and the second is the nominalization of the rule of law.

(责任编辑:强梅梅)