

波斯纳眼中的法律客观性

黄先雄

(中南大学法学院, 湖南长沙, 410083)

摘要: 理查德·A·波斯纳在其《法理学问题》一书中, 从认识论、本体论、法律解释和实质正义等方面对传统意义上的法律客观性提出了质疑, 并以新实用主义哲学为基础, 试图构建“交谈”意义上的法律客观性, 即特定境况下的合乎情理。此文是对波斯纳提出这一问题的背景和他对该问题的阐释过程的解读。

关键词: 理查德·A·波斯纳; 《法理学问题》; 新实用主义哲学; 法律客观性

中图分类号: DF03 **文献标识码:** A **文章编号:** 1672-3104(2003)05-0597-05

一提起当代美国的理查德·A·波斯纳(以下简称波斯纳), 很多人就会想起以他为代表的法律与经济学派。该派认为, 应当根据法律规则及一般政治制度是否促进了“财富最大化”对它们予以评价, 即看法律规则或制度安排是否有助于增加社会总财富^[1]。然而波斯纳的《法理学问题》并不是对该派主要观点的阐述, 而是他对法理学的基本问题——法律的客观性与自主性(本文只论及“客观性”)进行20多年深入思考后的结晶。身处政治、道德、文化等日益多元化的当代美国, 波斯纳认为, 并不存在传统意义上的法律客观性, 尤其在疑难案件的司法审判中更是如此。他试图以新实用主义为哲学基础构建“交谈”意义上的法律客观性。波斯纳如何解构传统意义上的法律客观性? 作为一个司法实务工作者, 他又如何回应现实对法律的需求?

一、波斯纳所处的“语境”

波斯纳于1939年出生于纽约, 先后以优异成绩毕业于耶鲁大学英文系和哈佛大学法学院, 1962~1967年他先在美国联邦最高法院担任大法官布冉能的法律助手, 后在政府机关任职, 1968年起先后执教于斯坦福大学和芝加哥大学, 1981年出任联邦第七上诉法院法官至今。

波斯纳生活的时代是西方后现代主义思潮风起云涌的时代。后现代主义作为一种文化现象、社会思潮出现于第二次世界大战结束后, 并逐步发展成

为“一种视角独特、观点新颖的当代理论”^{2}, 对20世纪的人类生活产生了深远的影响。后现代主义“反对用单一的、固定不变的逻辑、公式和原则来解释世界, 反对现代主义者编造的放之四海而皆准的普遍规律对世界的统治。他们强调开放性、相对性、多元化, 提倡变革与创新。”^{[2](230)} 后现代主义认为“各种知识形态、生活方式、思维方式以及行为方式都有不可剥夺的存在的权力”^{[2](231)}。后现代主义对法律理论的影响是显而易见的, 批判法学、后现代主义法学以及以波斯纳为代表的新实用主义法学无不受到其深深的影响。

当代美国是一个以个人主义为价值取向、反对威权主义的国度, 是一个富足、多元、复杂和充满矛盾的社会, 就连美国政府也是“世界上最非中心化的政府之一”^{[3](307)}。二战以来, 美国经济发展迅速, 至今已是世界各国的龙头老大, 随着其社会生活的日益富足, 生活领域的不断拓展, 人们交往的日益频繁, 一方面, 政治、道德、文化等观念日益多元; 另一方面, 立足于英国普通法的判例法传统, 由于其固有的非概括性、非系统化、非统一性, 加上美国联邦法与州法、制定法与普通法并存的复杂体系, 面对社会生活日益多元的美国现实, 美国法律越来越手足无措。“美国的法律传统如今是如此丰富、多样、冲突和矛盾, 乃至你可以非常容易地找到一系列判例来支持疑难案件的任何一方。”^[4]“美国的法律体制遇到了一场信仰危机, 人们甚至开始怀疑其本身的合法性。”^{[5](315)} 难怪纽约市律师协会在庆祝建会

100周年编纂出版论文集时会选用这样的标题——“法律死亡了吗?”^{[5](297)}这个问题由美国最受人尊敬的律师协会提出,足见波斯纳所处时代法律的处境。

当然,波斯纳之所以质疑传统意义上的法律客观性,并不纯粹是后现代主义思潮和美国当代法律状况使然。实际上,自柏拉图以来,在人类两千多年的历史长河中,“法理学领域里一直有两个截然不同、尽管是复杂多样的群体在激战。一派主张,法律不仅仅是政治,认为在精明强干的法官手中,至少某些时候,在稳定条件下,即使对最疑难的法律问题,也会得出正确的法律答案。而另一派认为,法律彻头彻尾地就是政治,认为法官行使着广泛的裁量权。”^[4]波斯纳称前者为“法条主义者”,后者为“怀疑主义者”,并声称他自己不属于任何派别,“我的立场是那种令人提不起精神的中庸之道”,^[4]但从他对两个阵营的分析中可看出,波斯纳倾向于“怀疑主义者”。他说:“尽管怀疑主义者的怀疑太多了些,而且也太实证了,我却认为,他们对法律实体的把握更为深刻。”^[4]

基于上述因素和其它原因,波斯纳积20年之心血,在多年司法实践经验的基础上写成了《法理学问题》一书,该书立足于疑难案件或曰不确定案件,对法律的客观性进行了深刻的反思。

二、对传统法律客观性的解构

波斯纳认为,历史上关于法律的客观性有两种不同的观点,第一种是本体论上的客观性,即法律是实实在在“就在那里”的什么东西;第二种是科学意义上的客观性,即虽然人们没有共同的意识形态,但如果他们有科学的世界观,还是都会对法律问题达成一致意见。波斯纳从认识论、本体论、法律解释和实质正义等方面对这两种观点提出了质疑,本文主要从前三个方面加以说明。

(一) 本体论上的质疑

如上所述,本体论上的法律客观性,指法律是实实在在“就在那里”的什么东西,我们运用法律要达到对该外部实体(东西)的符合。这种意义上的法律客观性的构建应归功于古典自然法学派和分析法学派。古典自然法学派认为,在国家制定法之外,客观存在着更为普遍的自然法,它超越时空,永恒不变,是人类社会一切行为规范的渊源。而分析法学派则试图为人类构建一个完善的法律规则体系,它在法

律的实际运行中足以解决各种社会问题,法官只要遵循推理规则就可以很好地审理各种案件,马克斯·韦伯对此曾作了形象的概括:“现代的法官是自动售货机,投进去是诉状和诉讼费,吐出来是判决和从法典上抄下来的理由”^[6]。

在波斯纳看来,“自然法”的诸多理念如正义、公平、自由等与人们的道德信仰有着紧密的关系,而在当代美国这样一个道德多元的社会中,“将我们很为确信的道德信仰贴上‘自然法’的标签并不会使这些信仰增加什么分析力量。”^[4]因为道德共识的缺乏,使“绝对普遍的自然法”无存在的可能,这使得源于“自然法”的法律客观性也难以存在。法律是一套实在的规则体系吗?波斯纳以二战后同盟国对主要战争罪犯的纽伦堡审判是否合法为例进行了分析。同盟国军事法庭所适用的法律规则是特别为纽伦堡审判制定的,意即当被告实施战争犯罪行为时这些法律规则还不存在(只是作为道德原则而存在);被告一直都是按照纳粹法律或法令行事的,而这些法律和法令依据第三帝国的承认规则是合法的。波斯纳指出,如果按照“法律是一套规则体系”的说法,在此案中哪一套规则体系是法律?从某种意义上说,纳粹的法律或法令先于行为而制定,更符合作为规则体系的法律的有关标准,不像纽伦堡规则那样溯及既往。而且纽伦堡法庭是否是、什么意义上是一个法庭?它是否有权从事法律的活动?等等这些都会引起极大的争议。那么是否就此认为纳粹行为具有合法性而不应受到惩罚?——绝大多数人都会给出否定的回答。既然如此,那么法律到底是什么?法律的客观性又何在?即使不存在规则体系冲突的情形,就某一体系本身来说,也存在许多有争议的地方,还包含了许多主观性因素,如“心智”“强迫口供”“因果关系”,人们往往难以把握这些用语的确切含义。这一切都使本体论意义上的法律客观性大打折扣。

波斯纳认为,“法律没有本质,没有精髓”,因而也就不是一种实体。他提出,“最好把法律视为是有权从业的职业人士(法官和律师)的一种活动,他们受到含混但强有力的职业规矩的束缚,而这种观念最终扎根于社会便利或持久的社会舆论之中。”^[4]波斯纳的这种法律活动理论直接来源于霍姆斯的法律“预测理论”——法律仅仅是对特定情况下的国家权力将会如何部署的预测,这种预测理论把法律理解为一种处置,而不是理解作为一种物体。波斯纳认为预测理论在一些法律非常不确定的领域无法适用,

建议把预测理论归到法律活动理论之下,“法律并非法官们发现的某个东西,而只是对他们的活动的一种称谓”。这种理论可以避免纽伦堡审判中规则体系法律观所造成的两难处境,也可以把相对意义上的“自然法”纳入到“称之为法律的活动的输入因素”。这种法律活动理论实际上否定了本体论上的法律客观性。

(二) 认识论上的质疑

我们能否通过科学的方法认识到法律的客观性?波斯纳表示怀疑。他指出:认识论与处理存在问题的本体论是紧密联系的,这种联系表现为这一事实,即提出有争议的、本体论的实体,这经常是作为一种工具,为的是努力解决认识论问题。否认了本体论上的法律客观性,也就否认了认识论上的客观性,因为如果不存在“就在那里”的实实在在的法律,我们去认识什么?

那么我们能否退而求其次,通过科学的方法对法律问题达成一致意见(另一种意义上的客观性)?波斯纳对精密研究和实践理性等科学方法在求得这种一致意见中的作用进行了分析,结果发现,他们在法律演化的关键难点上都不能产生确定的结果。

如精密研究中的“三段论”方法,波斯纳并不完全否认三段论在法律中的运用,但他认为要把三段论的合法性同它的真实可靠性,即它产生真实结论的力量区分开来。因为“真实可靠性不仅取决于具体的三段论是否合法,而且取决于前提是否真实”。^[4]当涉及法律规则时,大小前提的真实就常常有争议。“首先,确定小前提——换言之,调查事实——就经常很困难;而且调查事实也并不是一个逻辑过程”。^[4]况且作为大前提的规则本身,也给“三段论可以促使法律确定”的观点带来更大的危险,为什么?一是规则适用的范围也许不确定,因此法官就必须不断地决定这一规则对制定规则时未曾预见的或至少未作决定的情况是否适用。并且,法律规则频繁地把那些其实没有确定指涉的语词都当做确定有所指的语词。例如,“宪法第一修正案禁止国会建立宗教或干涉宗教自由……但什么是‘宗教’呢?这个词并不代表什么既定的或确定的实践、客体或实体。当没有立法界定的情况下,法官就必须决定这个词在法律上应当指什么,而不是决定它通常指的是什么”。^[4]二是对同一活动,也许一些不相一致的规则都可以适用。三是许多法律规则都是法官制定的,并且法官也可以废除它们。“一个法律问题可能是确定的,同时又可能是不确定的,其确定在于有某

个明确的规则涵盖了这个问题,而不确定在于法官不一定要遵循规则。”^[4]由此,波斯纳认为“三段论……在法律推理中并不是很有用的模版。它的功能只是表明某个推理过程无误,而不是确立这一过程的结果真确。”

再如实践理性之“依据权威”的方法,波斯纳指出,法律推理中的权威,一则来自先例,一则来自司法系统的最高层。当一个司法决定与众多的司法先例或与本司法管辖内最高法院的最近决定相符时,人们大都会认为这就是正确的,“因为它与权威一致”。先例和司法顶端的决定就一定那么正确吗?波斯纳表示怀疑:“一个决定的权威性也许是由于先前有某个决定,而先前的那个决定的权威性又是由于更早的某个决定,这样可以一直回溯到这串决定的第一个决定,然后又是什么呢?这第一次决定无法参照有约束力的先例来证明其合法性。(实质上)它就是一个政策性的决定。”^[4]不仅如此,美国司法汇编成册的几百万页判例中“包含着大量的错误信息和过时道德”,并且法官完全可以为手边的案件找到截然不同的先例作为依据。司法顶端“权威”的正确性也值得怀疑,因为高层法官不一定就有高智慧,“大法官罗伯特·杰克逊就曾评论说,如果在联邦最高法院上面还有法院,有谁会怀疑很大一部分联邦最高法院的决定都会被推翻?”波斯纳认为,“司法决定的权威性只是因为他们出自一个获得了政治认可的渊源,而不是因为在认知上这些社会完全赋予其信任的个体一致同意这些决定是正确的。”从某种意义上说,服从权威虽然保持了法律的稳定性,“但也阻碍了对真理的探索”。更值得注意的是,昔日先例所依据的政策与今日的政策往往不同,而且当今美国社会政治多元化趋势,使得权威的作用越来越值得怀疑,何以能解决法律演化中的关键难点?

(三) 法律解释上的质疑

不能通过精密研究和实践理性等科学方法对法律问题达成一致意见,那么能不能通过法律解释求得法律的客观性,亦或法律问题的惟一正确的答案(德沃金的观点)?波斯纳通过分析字面解释原则、目的解释原则和想象性重构以及阐释学方法等,得出结论,“‘解释’这个术语太富有弹性,它经常是掩饰司法裁量的遮羞布……无法为某个法律判决提供客观的基础。”^[4]

拿字面解释原则来说,“含义并非简单地存在于文本语词之中,因为这些语词总要指向外部的什么东西,含义是语言文化理解与经验一起同特定文本

连接时所显现出来的东西。现代法律文化的多样性不可避免地带来了解释不确定的巨大领域,并构成更为广泛的法律不确定性现象的组成部分。”至于目的解释原则,由于制定法经常是各种派别和各种利益集团之间竞争妥协的产物,目的解释只会轻易地破坏这种妥协,并因此无法得到惟一确定的解释。而想象性重构原则,即设想立法者处于解释者本人的境况下会如何决断,由于立法者的成长、经验和训练与本人不同,价值观也不一定一样,要想象他们会如何决定今天的问题,无论是理论上还是实践上都是不可能的。就阐释学而言,它虽然提醒人们在理解法律时要懂得如何阅读并保持恰当的文化距离,但没有为争议法律的解释问题找到解决办法。波斯纳认为,解释这个词变化太多,太不严密,它可以是对交流的解码,也可以是理解、翻译、扩展、补充、变形甚至转换,况且,法律解释往往与一国的道德和政治气候的变化相关。“解释必然涉及确定性(亦即客观性)的丧失,这是解释论理学的固有之义。”^{[7](467)}

三、对法律客观性的重构

正如波斯纳一再申明的那样,他只是一个有节制的怀疑论者,他并不认为一切法律问题都是不确定的、不客观的。他认为,有相当多的容易案件和一些疑难案件都可以达至其所谓的第一种或第二种意义上的法律的客观性,但对于大部分疑难案件而言,前两种客观性无法达到。而问题恰好就出在疑难案件上,由于容易案件中的当事人因为权利义务关系明确往往会在诉讼外和解,因此起诉到法院的案件往往都是疑难案件,怎样为疑难案件找到具有“客观性”的法律答案?作为一个从事法律实务几十年的工作者和联邦法院的高级法官,他不能不关注法律实践问题的解决,务实地思考法律的客观性问题。也许正基于此,波斯纳以新实用主义哲学观为基础,提出“交谈”意义上的法律客观性,即在对话协商中形成共识意义的客观性,主张法官要在特定境况下合乎情理地解决问题。

波斯纳深受新实用主义哲学的影响。新实用主义哲学的实质在于“用具体分析问题和实践解决方法的方式来替代传统的普遍抽象的思考方式。”^{[8](299)}波斯纳说,“我使用它(新实用主义)时,首先是指一种处理问题的进路,它是实践的和工具性的,而不是本质主义的;它感兴趣的是,什么东西

是有效和有用,而不是这‘究竟’是什么东西。”^{[3](4)}他希望“律师和法官都应当对自己面临的问题试试不同的解决方案,看看哪种有效,而不要考虑哪种方式有某个宏大的理论的推崇或认同,换言之,法官‘不要操心什么确实为真,而只看什么有用’。”^{[3](295)}

正是基于新实用主义哲学观,波斯纳对正统法律理论和批判法学、后现代主义法学等进行了深刻的反思,并更多地从后两者中汲取了养分。在理论层面上,波斯纳认为,批判法学和后现代主义法学提出的“法律知识多元”论(意味着法律的非客观性、非个人化、非确定性)是不可避免的;而在实践层面上,波斯纳又不能容忍这两者“将实践中无法回避的问题弃之不顾”^{[8](269)}，“放任‘矛盾’(指批判法学)和‘地方化’(后现代主义法学)的无限制存在”^{[8](273)}。由此,波斯纳在其“法律活动理论”(见前述)的基础上提出了“交谈”意义上的法律客观性。这种客观性“就是不任性、不个人化和不政治化,就是既非完全的不确定,也不要求本体论意义上或科学意义上的确定,而只要有说服力的,尽管不必然是令人信服的解释,并总是伴随,有这种解释就可以修改答案。”波斯纳认为法官最好是将他们的活动理解为“在每一个案件中努力获得特定境况中最合乎情理的结果”。

也许,有人会问,波斯纳所言“合乎情理”到底指什么呢?在他们看来这纯粹只是一个主观的道德判断,在“公说公有理,婆说婆有理”的今天,“合乎情理”说是否会导致法律虚无主义?波斯纳并不这样认为,因为有很多的因素制约着“合乎情理”,这些因素包括制定法的语言、先例、法律学说、社会舆论以及司法决策的所有其它常规因素,“在许多案件中,这些常规因素会大大倾向于某一方向,法官有任何偏离都不合情理。”另外,波斯纳在本书中还隐含了一个重要的制约“合乎情理”的因素,即财富最大化标准,“财富最大化不仅事实上是普通法审判的指南,而且是一种真正的社会价值,是法官这个位置能很好促进的惟一价值,因此,它提供的就不仅是精确描述法官应当如何行为的关键,而且也提供了批评和改革的正确基准。”

波斯纳也承认,他所构建的法律客观性并没有解决多少问题,特别是在社会构成不同质时,交谈式的进路,在疑难案件中就不具有结论性。他提出,要想使美国法律更加客观,惟一的方法就是使法院和立法机构在文化和政治上更为同质,但其代价是法律更加政治化。这不可能做到,更不值得。他敦促读者“注意我的分析中的特别之处,而不止是注意分

析的指向或结论。”因为本书的探讨“确实只是一个骨头架子，而不是有血有肉的”。

四、结语

在笔者看来，波斯纳连法律客观性的“骨头架子”都没有搭建起来，只不过提供了一个模糊不清的指南而已。借用他自己的话说，“本书的破坏性批评太多，而建设性批评太少”。这不能怪波斯纳先生，要怪只能怪他所处的时代——现代性除魅的时代。两千多年来，自柏拉图、亚里士多德至奥斯丁、圣托马斯·阿奎那、霍布斯，再至康德、卢梭、黑格尔、边沁，后至奥斯丁、汉斯·凯尔森、哈特、德沃金……“我们做了如此之多的探究来肯定我们应该具有某种确定性，然而每一新发现都破坏了我们过去的确定性的信心。”^{[7](406)}以至于今天，人们难以获得一个确定的概念，其原因如尼采所指出的那样，因为现代人“知道”得太多——结果是——他们发现了多元主义和视角主义^{[7](14)}。这就不难理解，在今天的美国，

要解构法律的客观性容易，而要重构法律的客观性是如何之难。

面对非中心化、非确定性、碎片化的后现代社会，何时能重新树立起人们对法律客观性的信心，还需拭目以待。

参考文献：

- [1] E·博登海默. 法理学——法律哲学与法律方法[M]. 北京：中国政法大学出版社，1999. 570.
- [2] 陈刚. 后现代的生存[M]. 北京：作家出版社，1998.
- [3] 理查德·A·波斯纳. 道德和法律理论的疑问[M]. 北京：中国政法大学出版社，2001.
- [4] 理查德·A·波斯纳. 法理学问题[M]. 北京：中国政法大学出版社，2002.
- [5] 伯纳德·施瓦茨. 美国法律史[M]. 北京：中国政法大学出版社，1997.
- [6] 刘易斯·A·科瑟. 社会学思想名家[M]. 北京：中国社会科学出版社，1990. 253.
- [7] 韦恩·莫里森. 法理学[M]. 武汉：武汉大学出版社，2003.
- [8] 刘星. 法律是什么[M]. 北京：中国政法大学出版社，1998.

Posner's opinion of the objectiveness of law

HUANG Xian Xiong

(School of Law, Central South University, Changsha 410083, China)

Abstract: In *the Problems of Jurisprudence*, Richard A. Posner questions the objectiveness of law in the traditional sense from four aspects: epistemology, ontology, legal construction and substantive justice. He puts forward the conversational objectiveness of law based on new pragmatism philosophy, i. e. reasonableness in specific circumstances. This article tries to explain the background and the process of his analysis.

Key words: Richard A. Posner; *the Problems of Jurisprudence*; new pragmatism philosophy; the objectiveness of law