

能源治理现代化：“新”法律形式主义视角

吕 江

摘 要：党的十九届四中全会正式通过了推进国家治理体系和治理能力现代化的新决定。其中，关于坚持和完善生态文明制度体系方面，提出要“推进能源革命，构建清洁低碳、安全高效的能源体系”。故而，加快建构起科学、合理的能源法治体系建设，就成为当前推进能源治理体系和治理能力现代化的重要使命和任务。无疑，“新”法律形式主义为能源法治体系的形式证成，提供了重要的理论旨趣。其不仅有助于能源理性的形成，且可防范工具主义的危害，实现真正的能源创新与进步。故未来能源法治现代化的形式构造应在基本法、政策法与司法之间展开，使能源基本法反映能源理性，政策法促进能源实践，司法保障能源正义，从而最终形成一个融贯的能源法治体系。

关键词：能源法；法律形式主义；能源治理现代化；形式理性；能源政策

中图分类号：D922.670.1 **文献标识码：**A **文章编号：**1671-0169(2020)04-0048-12

DOI:10.16493/j.cnki.42-1627/c.2020.04.005

一、引 言

2019 年 10 月底，党的十九届四中全会通过了《推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》。其中，在坚持和完善生态文明制度体系方面，提出要“推进能源革命，构建清洁低碳、安全高效的能源体系”。然而，在能源体系的法治建设方面，我们目前仍处于一个不甚理想的局面。这尤其表现在，作为能源法治体系的基本法——《能源法》一直未能出台的现实窘迫上。无疑，制度的缺失已成为掣肘中国能源治理现代化的严重桎梏，也受到越来越多专家学者的诟病^[1]。所幸的是，2020 年 4 月 10 日，国家能源局向社会发布了新的《能源法（征求意见稿）》^[2]，从而启动了自 2007 年以来，第二次《能源法》征求意见的进程。

是以，证成“能源需要法律”的必要性、制定出科学合理的能源法，形成一个具有中国特色的能源法治体系，是实现习近平总书记提出的能源生产与消费革命、推动能源治理能力现代化的关键所在。对此，笔者认为，“新”法律形式主义的智识洞见为完成上述命题提供了重要的理论旨趣，并在一定程度上回答了为什么能源需要“形式意义”上的法律，以及它对实现国家能源治理能力现代化的价值意蕴。由是，本文旨在阐释“新”法律形式主义的理念基础上，以探寻能源立法的形式意义，进而架构起一个形式融贯的能源法治体系。

基金项目：国家社科基金重大项目“中国能源革命与法律制度创新研究”（15ZDB179）；中国法学会部级项目“气候变化《巴黎协定》履约机制的实施研究”（CLS（2019）C17）

作者简介：吕江，法学博士，西北政法大学丝绸之路能源法研究所副教授，jiang_lyu@nwupl.edu.cn（陕西 西安 710063）

二、“新”法律形式主义及其认知

法律形式主义肇始于古罗马^{[3](P64-67)}，19世纪随着欧陆法典化之兴起而蔚为大观。所谓法律形式主义，是指法律应是由原则或概念等抽象法律命题构成，在经由法律逻辑推演后，即可适用于每一个具体案件，并由此得出确定的法律判决或决定。德国的概念法学和美国哈佛大学兰德尔的案例教学法正是脱胎于此，并在19世纪中后期成为欧美的主流学术思想^{[4](P400)}。然而，就在法律形式主义大行其道之际，大西洋两岸一股逆法律形式主义的暗流却悄然形成。德国自由法运动和美国法律现实主义登上了20世纪的法学舞台，他们质疑和抨击以逻辑方法和寻求确定性为特征的法律形式主义，认为法官决定案件，不是按规则产生的特定结果，而是按案件事实如何对法官产生的影响。因此，最终判决不仅是法律的产物，更是各种心理和社会因素的产物^{[5](P249)}。

（一）“新”法律形式主义的兴起与演进

不可否认，法律现实主义对形式主义的批判极大地促进了法律改革和社会进步^{[6](P142-143)}。但是，随着社会的不断演进和理论研究的持续深化，前者的瑕疵逐渐显露出来，这反而促使人们又开始重新审视对法律形式主义的种种批判是否正确。20世纪后期，“新”法律形式主义正是在这种背景下初露端倪。

1. 在法律形式主义方面出现了新的学术研讨。1988年，《耶鲁法律杂志》在第4、6期分别发表了两篇文章，它们分别是密歇根法学院肖尔（Frederick Schauer）教授的《形式主义》^[7]、加拿大多伦多大学法律系温里伯（Ernest J. Weinrib）教授的《法律形式主义：论法的内在可理解性》^[8]。这两篇文章的发表正式拉开了“新”法律形式主义的序幕。至此，围绕着法律形式主义，在美国法学界形成了四场声势浩大的研讨会，这些研讨成果分别发表于1992年《爱荷华法律评论》的第77卷，1993年及1998年《哈佛法律与公共政策杂志》的第16、22卷，以及1999年《芝加哥大学法律评论》的第66卷。

通过研习这些文章可以发现，“新”法律形式主义在最初，主要是探讨法律为何需要形式主义，进而得出“法律形式主义死亡的谣言已被打破”的论断^[9]。之后，“新”法律形式主义的研究进一步深化，一方面，“新法律形式主义”的术语被正式提出^[10]；另一方面，“新”法律形式主义开始由纯法理研究，向商法、税法等具体法学领域拓展。一个繁盛的“新”法律形式主义国度开始形成。

2. 一批“新”法律形式主义学者及其相关解释学说开始展露学术舞台。20世纪90年代起，一批新的法律形式主义学者开始活跃于法学领域。除上文所言的加拿大多伦多大学的温里伯教授以外，还活跃着一批支持法律形式主义的法官和学者，他们包括了斯卡利亚（Antonin Scalia）、肖尔、萨默斯（Robert Summers）和爱泼斯坦（Richard Epstein）等人。美国最高法院大法官斯卡利亚的那句名言至今仍是法律形式主义最鲜明的旗帜，即“在所有对文本解释的批评意见中，最没有见地的应该是指责文本解释过于‘形式主义’。我对这一观点的回应就是，文本解释当然是形式主义的！因为法治在很大程度上就是一种形式”^{[11](P34)}。

此外在欧陆，由于受20世纪德国本体论转向的影响，进而形成了在“法律论证理论”上的“新”法教义学，其论证的根基仍在于法律形式，这一如德国法学家考夫曼（Arthur Kaufmann）所言，“批判地检验一条法律规范，法律信条论 [法教义学——引者注] 仍是在体系范围内论证，也就是说，现行有效的体系并未被碰触”^{[12](P15)}。

（二）“新”法律形式主义的观点

审视这种肇始于20世纪末，凸显于21世纪的“新”法律形式主义，可以发现，其演进基本上

是在两个方向上同时进行的，一方面，是方法论上的变化，呈现出对法律形式主义的重新解读；另一方面，则体现在价值论上，出现对法律传统抑或法治的回归。具体而言，这种“新”法律形式主义的观点至少可以包括以下的论断。

1. 仅有形式逻辑无法完全代表法律形式主义。“新”法律形式主义的提倡者们不再强调逻辑三段论作为法律形式主义最主要的表现形式，在一定程度上，他们接受了法律现实主义的批判。例如，温里伯明确地指出：“我所提出的形式主义的概念不同于当代法学界中滑稽之风，形式主义——通过被认为是确定规则的机械应用——在这种风气中主要是一个‘随意地被滥用的术语’。”^{[13](P337)}又如美国学者莱特（Brian Leiter）将形式主义划分为两类，即庸俗的法律形式主义（Vulgar legal formalism）和精致的法律形式主义（Sophisticated legal formalism），而那种将形式逻辑完全等同于法律形式主义的论断，正是庸俗法律形式主义的集中表现^[14]。

2. “新”法律形式主义对确定性的理解凸显出多元化。法律或规则具有确定性，这是传统法律形式主义所坚持的。然而，“新”法律形式主义在确定性方面表现出正反两个方面的论证：第一，“新”法律形式主义者不再坚守法律或规则具有绝对的确性，他们承认法律中存在着不确定性^[8]。第二，“新”法律形式主义者认为，尽管法律现实主义指责法律形式主义的不确定性，但法律现实主义对不确定性的批判，只是“提供了一种态度，而没有提出解决办法，在这层意义上，现实主义本身也仅是一个未尽的事业”^[15]。第三，相比法律现实主义，“新”法律形式主义者认为，由于法律现实主义考虑到更多的法外因素，因此，法律现实主义所带来的不确定性要远远多于法律形式主义，换言之，后者在一定意义上要比前者更易于带来确定性^[16]。第四，法律存在不确定性并不意味着法律形式无法实现确定性。这正如肖尔所言，法律形式同样可以带来确定性，但这种确定性不是内容的确定，而是选择的确定^[7]。

3. 法律形式主义的意义在于“内在可理解性”。就“新”法律形式主义在方法论方面的贡献，非温里伯教授莫属，其观点聚焦于司法判决，直面法律现实主义的批判要点，是法律形式主义在方法论上的“新”阐释和“新”解读^[17]。温里伯教授认为，法律形式就是旨在赋予法律学者对一种可理解秩序的感知以意义，这也就是为什么近两个世纪以来，法律形式主义一再被戕害，却依然屹立不倒的主要原因。那种意在从外部理解法律的行为是毫无意义的，法律是作为一种内在融贯现象而被理解的。这种法律形式主义的内在可理解性正是基奠在西方哲学理性传统之上^[8]。

4. 法律形式主义是法治的根本保障。如果说传统法律形式主义更多地着墨于方法论，那么，“新”法律形式主义则更强调价值论的意义，亦即对法治价值的反思和回归^[18]。这种价值论的回归则具体体现在立法和司法裁判两个层面上。就立法层面而言，“新”法律形式主义认为，正是由于抛弃了对法律形式应有的持存，特别是法律形式所固化的、自启蒙时代以来人类所拥有的那些传统价值，我们才不断遭遇着种种困境^①；尽管法律形式主义有着诸多缺陷，但它却是保障法治的最后屏障，这正如法学家考克斯（Paul N. Cox）教授所指出的，形式主义的概念性特征在一定程度上有助于防范人们对社会的过度管理^[16]。此外，就司法裁判而言，“新”法律形式主义亦认为，法律形式是防止自由裁量权滥用的基本手段和最终限制^[19]。

三、“新”法律形式主义对能源治理现代化的启示

“新”法律形式主义再一次揭橥了形式之于法律的意义。同样，倘若我们期冀能源能发挥其有

^① 哈耶克在《法治的衰微》一文中曾具体指出各国抛弃法治所产生的种种现实危害及对此的担忧。参见 [英] 哈耶克著：《自由秩序原理》，邓正来译，三联书店 1997 年版，第 295—314 页。

益的作用，促进人类社会进步和国家繁盛，那么对能源法律的形式诉求就是必不可少的。这是因为：

（一）只有能源之于法律形式，能源理性才能发挥其作用

韦伯曾言，“所有的形式的法，至少在形式上，相对而言是理性的”，或者说，“法律之所以可能达成现代意义上的那种特殊专门的、法学上的提升纯化，唯其因为其具有形式的性格”^{[20](P28)}。所以，我们若意在使能源在社会中所发挥的作用，不仅仅是作为一种生活所需品，而是成为推动社会进步或实现更高文明的力量；那么，就须借助于法律形式，让理性宰制能源。

在我们生活的现实世界中，能源到底是什么？倘若对这一问题没有一个统一的认识，那么，其在实践领域必将是无序且混乱不堪的。这突出地表现在当物理世界在向能量大踏步进军之时（例如量子理论的提出正在重塑着我们的现实），我们的精神世界却屡屡踌躇不前，能源仅被当作社会其他领域的“附庸”，俨然丧失了其作为“实在”而持存的理由和价值^①。例如在市场经济中，我们认为能源就是经济问题^②，而随着20世纪70年代环境保护兴起，其又成为环境问题。能源在摇摆中前行，却始终找不到自己应有的位置。这带来的危害就是，倘若我们不能抓住能源的根本属性，能源治理不仅会淹没在价值冲突的纷争中，且更为严重的或是当能源危机到来之时，我们将束手无策。

是故，经济不能代表能源，环境亦不能涵盖能源，因为能源即是世界。它不仅是物理世界的基础，亦是我们精神世界的依托。惟有正本清源，恢复其在精神世界的真正意义，才可避免那些不必要的纷扰。而肩负起这一责任的则非法律形式莫属。因为，法律形式是一种社会认知^{[21](P253)}，且是一种权威的认知^[22]。其对能源的裨益在于，一方面，普通民众无须掌握深奥的能源知识，即可明了其意义；另一方面，也可避免被极端或错误的理念所引导而使能源实践误入歧途。

（二）只有能源之于法律形式，工具主义的危害才能被限定在一个合理的范围

人们认为，法律规则和其他形式的法律，本质上是被人们设计出来的经世致用的工具，现行法律的拓展和细化应依据从普遍需求与利益中总结出的政策目标，而非假想的固属于概念的逻辑或“完美的”概念体系^{[23](P2-10)}。毋庸讳言，这一理念正是法律工具主义者所倡导的。然而，正如美国法学家菲尔德曼（Stephen M. Feldman）所指出的，“在后现代主义中，这种把法律以及司法和其他法律规定的权威性当作工具进行使用变得充满了问题”^{[24](P3)}。

例如，美国“新政”之前，其油气生产领域仅有普通法的“捕获规则”（Rule of Capture）适用，而无其他相关规定^③。这一制度简单却有力，为美国20世纪前叶成为一个油气充沛的国家奠定了坚实的法律基础^{[25](P11-13)}。不过，当能源充沛到市场无法消纳时也会出现严重问题。在捕获规则下，20世纪30年代起，美国油气大量过剩，从而引发市场混乱。然而，此时美国政府并未从能

^① 这正如世界知名的理论物理学家韦斯特（Geoffrey West）所言：“能量是最重要的，它是所有事物的基础，无论是我们所做的事情，还是在我们身边发生的一切，……但令人惊讶的是，普适的能量概念在经济学家和社会家的概念思维中扮演着何等弱小的角色。”参见 [英] 杰弗里·韦斯特著：《规模》，张培译，中信出版社2018年版，第15页。值得注意的是，一些经济学家也看出了这一点。参见 [美] 詹姆斯·K. 加尔布雷塞著：《正常的终结：理解世界经济新常态》，蒋宗强译，中信出版社2017年版，第32页。

^② 将社会中的所有问题都阐释为经济问题似乎已是一项熟视无睹的事情了，人们对此习焉不察。而美国学者波兰尼认为这恰恰正是我们今天面临诸多问题和挑战的根源。参见 [英] 卡尔·波兰尼著：《大转型：我们时代的政治与经济起源》，冯钢、刘阳译，浙江人民出版社2007年版，第3-4，25页。

^③ 捕获规则是指，一块土地上被开采出来的部分油气即使被证明是来自于毗邻的另一土地油气的流入，该土地的所有者仍有权获得这些石油和天然气。See Robert E. Hardwicke, “The Rule of Capture and Its Implications as Applied to Oil and Gas,” *Texas Law Review*, Vol 13, 1935, p 393.

源理性出发，反而依据“大萧条”之后出台的《全国工业复兴法》授权政府直接限制石油产量。1938年，美国通过了历史上第一部《天然气法》，即《1938年天然气法》。授予联邦电力委员会（Federal Power Commission）监管州际之间的天然气管道贸易。之后又通过司法解释的方式，将按比例分配天然气生产和确定井口定价的权力也交由前者来行使。至此，能源的人为定价机制形成，具备能源理性的捕获规则被彻底扭曲了。

人为定价机制大大降低了人们对油气的投资热情。1962年，美国天然气生产/储量比开始下降，美国出现供不应求的征兆。1973年，美国天然气产量达到历史峰值^{[26](P33)}，但在这一年，欧佩克发动了石油禁运，二者的不期而遇对美国经济造成了致命一击。至此，美国政府才意识到人为定价的严重性，于1978年通过了《天然气政策法》，废除了《1938年天然气法》，解除天然气的政府管制，又通过《1978年电厂和工业燃料法》、《1989年天然气进口价格解控法》，及之后联邦能源监管委员会的一系列放松管制和市场自由化的指令^{[27](P16-17)}。油气领域的捕获规则这一能源理性才重新被矫正过来，并再次引发了21世纪的美国页岩气革命^{[28](P17-35)[29]}。

因此，形式理性是法所不可或缺的，它是对工具主义的最后防线^[30]。尽管工具主义常常指责形式主义的保守，及对社会变革反应的迟缓，但“不是所有的变化都代表着进步”^[31]。在一定意义上，法律形式起到了防范对权力滥用和多数人暴政的威胁。对此，英国历史学家汤普森（Edward Palmer Thompson）总结道：“法律的形式和修辞具有一种独特的身份，这种身份有时会抑制权力，并为无权者提供某种保护。”^{[32](P266)}

（三）只有能源之于法律形式，真正的能源创新和进步才是可能的

美国经济学家熊彼特（Joseph Schumpeter）在其《经济发展理论》一书中曾指出经济发展的源泉在于技术创新^{[33](P64-105)}。今天，无论我们在经济增长问题上有着多么不同的观点，但科技创新始终被认为是其最重要的驱动力^{[34](P3-7)}。故而，技术进步何以可能，就成为现代社会无法回避的现实问题。毋庸置疑，制度特别是法律对科技进步的意义已被广泛认知^{[35](P115-118)[36](P114-140)}。同理，能源创新与进步亦是如此。然而，法律对能源创新与进步的推动是有条件的，只有纳入到法律形式之下的能源创新和进步才是可行的。这是因为：

1. 能源创新不是一个可被法律有意识推动的直接结果。就技术本身而言，技术革新是一个不能被“人为设计”的过程，它有着自身发展的规律性。仍以美国为例，1973年之前，在能源领域的技术革新，美国鲜有通过政府规划和资助的。然而，1973—1974年的石油禁运使其开始经由立法和政策推动能源技术革新，以期实现能源独立^{[37](P313)}。这也就成为当时卡特政府能源政策的首要目标之一^{[38](P20-28)}。一则，政府将目光投向可再生能源，鼓励可再生能源使用。然而，能源技术革新不是“阿波罗登月计划”，在技术累积尚不成熟的情况下是无法实现能源技术的实质性突破的^{[39](P342-345)}。最后，正如我们所看到的，可再生能源的商业化真正始于21世纪，而不是在上世纪80年代^①。二则，卡特政府将前任福特政府制定的“非常规天然气研究项目”付诸实施。政府在1976—1992年的16年间，仅向其中一个子项目“东部页岩气项目”就投入了9200万美元的研发资金，但令人遗憾的是，具备商业化的开采技术并没有研发出来，最终里根政府被迫取消这一项目的研发拨款^{[40](P13-48)}。六年之后，一家美国中型油气商迈克尔公司却开发出具备商业页岩气开采的水力压裂技术，至此才促发了美国页岩革命^{[41](P38-88)}。由是观之，那种通过法律政策，意欲直接推动能源技术创新的方式是存疑的。这亦如爱泼斯坦所言，“法律规则也在捏塑着隶属法律约束的个

^① 从美国白宫屋顶太阳能板在1979年卡特政府铺设，80年代又被里根政府拆除，再到2010年奥巴马重新铺设，折射出太阳能商业化的曲折之路。See Tom Murse, A Brief History of White House Solar Panels, <https://www.thoughtca.com/history-of-white-house-solar-panels-3322255> (last visited on 2020-04-18)。

人的行为。在这个意义上，考虑不周而造成的激励，就会导致低效的资源配置，这就如任何特定的投入导致低效的产出一样。然而，达到最优，从来就不是一个简单的任务”^{[42](P45)}。

2. 能源创新得益于法律对人类创新精神的形式理性支持。一方面，法的形式理性为能源创新提供了基本的行动空间。黑格尔曾言之，“法的理念是自由”^{[43](P1-2)}。可见，法正是借由形式，保障了个体自由，而个体自由却是创新的真正动力源。这一如英国哲学家密尔（John Stuart Mill）在《论自由》一书中所指出的，“进步唯一可靠而永久的源泉还是自由，因为一有自由，有多少个人就可能有多少独立的进步中心”^{[44](P75-76)}。另一方面，法律经由形式保障了能源创新的可能性。事实上，相比其他领域，因技术革新而引发的能源革命对于社会的影响力是巨大的。但这种能源范式的转换并不是能源创新领域的常态，只有那些非革命式的能源变革才是支撑能源发展的主力。是以，经由法律形式保障的能源创新，是一种在法律确定的界限内开展的能源创新，例如立法对能源技术的税收优惠、减免举措对石油勘探开采技术的累积性进步就具有重要的激励作用。当然，这种对能源创新的保护和对变化的支持，与其说是建立在人们对具体能源目标的追求上，毋宁说是建立为防止制度设计偏离的法律形式上，因为法律为人类生存与发展建立起的“盾牌”作用要远比推动经济发展的意义更为重大^[45]。

四、对能源法的“新”法律形式主义构造

如上文所言，法律形式主义对能源治理现代化是必不可少的。为此，能源法的形式主义构造就具有重要的现实意义。我们认为，未来可考虑形成能源基本法与能源政策法两大形式构造分野。二者将在立法设计的目标和宗旨方面各有侧重，能源基本法旨在反映能源经验实在的一般规范，具有“能源宪法”的性质；而能源政策法则意在发挥工具理性，形成能源经验实在的具体规范。

（一）能源基本法的形式构造

就能源基本法而言，其意在突出法律形式主义的基本观点和立场，凸显对形式理性的把握。因为倘若没有能源基本法的存在，能源政策法或能源部门法的工具或利益主义倾向，最终会造成能源领域的“合法化危机”，而走向一个哈特所说的“摧毁它未来之全能的权力”^{[46](P144)}。是以，能源基本法正是意欲通过立法等形式构造来避免能源社会的彻底崩溃。它将借由法律形式，建立起一种内在理性，从而保障个体的能源自由以及能源创造力得以发挥的空间^①。对此，可从三个方面加以理解：

1. 能源基本法应是能源经验实在的一般规范。能源是人类社会赖以生存和发展的物质基础，因此一定意义上，我们亦是生活在一个由能源建构起的现实世界中，无论是物质的，还是精神的。就其演进而言，它不是杂乱无章的，而是有其规律可循的。在这一层面上，能源基本法正是旨在反映此种能源经验实在所体现出来的规律性旨趣。质言之，能源基本法的概念与命题乃是能源经验实在的抽象与提炼。能源经验实在蕴寓于能源基本法中的特殊性则在于，后者为其提供了一种法律的规范性束缚，使能源经验实在与价值判断相关联，从而不同于经济学、社会学下的能源经验实在^{[47](P307-334)}。这亦如德国弗莱堡大学法学院珀施（Ralf Poscher）教授所认为的，任何可以在其他不同话语中讨论的问题，一旦进入法律领域，就变成一个特殊的法律问题。将其他话语领域的论辩整合进法律论证范围是法学家的特殊的使命，而这是无法由哲学家、经济学家或政治学家所替代的^[48]。

^① 关于形式主义与内在理性关系，参见 [英] 沃德著：《法律批判理论导引》，李诚予、岳林译，三联书店 2011 年版，第 49—52 页。

不宁惟是，从形式理性的角度来看，一方面，由于能源经验实在的无限性，人不可能把握所有的能源经验实在，而规范形式所带来的正是使人的有限认知介入到无限的能源经验实在上成为可能。另一方面，一旦能源经验实在进入法律形式内，规范命题将不仅是对能源世界的描述，而亦是对能源社会的有益建构^{[49](P23)}。

2. 能源基本法应体现能源与法的融贯性。帕特森教授曾言之，“对于形式主义来说，真理是一个一致性的问题”^{[50](P33)}。同理，作为形式理性的集中体现，能源基本法也有一个“一致性”的诉求，亦即能源基本法的融贯。换言之，只有那些相互融贯的规范命题，才能作为能源基本法的规则。

就与能源体系的融贯而言，它要求所有能源经验实在，在转换为能源规范命题时，必须与能源体系相融贯。例如，以节约能源为例，并不是所有的“节能”都是能源体系的正确反映，都可被纳入到能源基本法中；只有那种建立在提高能源利用效率之上的节能才是与能源体系相融贯的，才能成为能源基本法的规范命题。就与法律体系的融贯而言，其是指能源基本法应与整个法律体系不存在冲突。一方面，其可理解为能源基本法规则与其同阶及上位法之间的融贯；另一方面，也可理解为当二者之间出现冲突时，亦应通过法律技艺，实现它们的一致性。当然，需要强调的是，这种融贯性并不是指与每一部法律都是一致的，它更多地是强调宏观层面，或者说是一种德沃金所言的“整体性”意义上的一致^{[51](P196-200)}。惟有如此，才能将能源基本法与整个法律体系预设为一个动态的互动过程，才能从实质上把握能源基本法的融贯意义。

3. 能源基本法的正当性及其意义。能源基本法的形式构造不应简单等同于能源立法，因为前者还应包括能源习惯法，但二者的根本区别更多地体现在能源基本法的正当性问题。具体而言，我们预设了能源基本法具有合法性，但能源立法并不一定具有正当性，而只有那些与能源基本法融贯的立法才具有正当性。究其原因，一则是由于立法者自身的局限，尽管其能为能源立法带来“合法性”（Legality），但并不一定具备“正当性”（Legitimacy）。二则，能源基本法的正当性本身也是一不断建构的过程。它会随着物质和精神世界的不断演化，呈现出新的合法性特征。因此，能源立法在于不断地接近能源基本法，但却始终是不可通约的^①。

当然就能源基本法的意义而言，我们也须承认，尽管其具有合法性的预设，但却难以直接实现能源的个体正义，而这仍须端赖于能源政策法和能源司法的效用。是以，在一定意义上，能源基本法所起到的作用仅是提供了一个“边界”，抑或为能源政策法和能源司法提供方向性指引，以避免工具理性的偏离或凌驾于能源理性之上，从而给社会带来像能源危机一样的灾难。

（二）能源政策法的形式构造

肯尼迪教授在研究韦伯的形式理性时指出，当前，法律思想的现代模式出现了“政策分析”的转向，亦即“实质理性的”规范因素的“法制化”，或言“法律政策”的兴起^{[52](P348-354)}。显然，这种政策法趋向的产生来自于当前实践和理论两个方面的诉求。这同样也反映在对能源政策法的需求上。

1. 能源政策法存在的必要性。一方面，就实践而言，能源市场化是能源政策法形成的客观事实。自17世纪欧洲资本主义确立以来，我们已进入一个市场化的时代。所有的社会元素——人、物乃至精神——无一不是围绕着市场展开，法律亦概莫能外^{[53](P2-5)}。然而，市场这一“看不见的手”却存在着自身无法解决的问题。一方面，市场自身并不能实现经济的良好运转。波兰尼（Karl Polanyi）对此批判道：“这种自我调节的市场的理念，是彻头彻尾的乌托邦”^{[54](P3)}。另一方面，其所引起的社会福利问题亦成为市场经济绕不过去的症结^{[55](P4-7)}。由此，政府积极干预所需要的政

^① 能源基本法与能源立法之间属于“应是”与“是”的关系，用英国哲学休谟的观点来看，应然与实然之间不可能有因果关系，因此二者是不可通约的。参见 [英] 休谟著：《人性论》，关文运译，商务印书馆1996年版，第509—510页。

策法就成为市场经济发展的必然结果。同样，能源在市场化运行过程中也需要政策法加以保障。第一，各类能源存在自身发展的特殊性，需要通过政策法的方式加以确认和保障。例如风电、光伏等可再生能源的发电间歇性，倘若不通过政策法的形式保障，恐难以纳入电网体系。第二，能源创新需要通过政策法予以扶持。例如，清洁能源须通过税收、优惠措施来加以引导和鼓励。第三，能源市场的失灵则需要政策法的矫正。能源贫困、能源环境保护等公共产品问题是市场无法解决的。

另一方面，从法学理论而言，能源政策法填补了能源基本法的不足。这表现在：一是能源基本法是概念性的，且在一定程度上是限制性规则，因此，在针对具体能源经验实在时，其只能提供范围或方向，这正如哈特所言，“把规则表述出来的具权威性的一般化语言，只能提供人们一个不确定的指引”^{[46](P122)}，从而无法给出具体的解决办法^①。这时，就需要能源政策法，借由其工具性的特征，以实现能源进步。二是现实中，能源基本法不可避免存在两个罅隙需要能源政策法来补充。第一，能源基本法可能没有涵盖所有既存的能源经验实在；第二，社会中又涌现出了新的能源经验实在。对这两种罅隙就如同美国法学家夏皮罗所言，“假如法律在某些案件中是不确定的，那么并不是每个问题都可以根据法律来解决。一些纠纷会从法律裂缝中掉出来，它们只有援引政策考量才能够得到解决”^{[56](P320)}。

2. 能源政策法形式构造的基准。如上所述，能源政策法的形式构造“必须在有效规范体系的漏洞面前作出判断——或者必须应用一种从其自身角度出发，需要政策分析的规范；或者由于某种理由，环境允许应用一种得自政策分析的规范来取代推导而来的规范”^{[52](P350)}。具体而言，应以两个方面作为基准：

第一，能源政策法应围绕能源经验实在的具体语境展开。在一定程度上，无论是立法者，还是法官都不可能掌握无限的能源经验实在，他们只能从其自身语境出发，进行立法或司法选择。较之其他经验实在，能源的语境化表现得尤为强烈，不仅体现在不同地区存在着不同的能源类型，而且就是同一能源类型，由于制度文化的差异，也会表现出迥异的能源特性。因此，成功的能源政策并不要求统一的形式，而更多地是强调围绕能源语境展开具体的制度设计和安排。第二，能源政策法须采取审慎制定的宏观策略。毋庸讳言，政策法的优势在于能将工具理性贯彻于实践之中。但不容忽视的是，制度是建构的，它犹如一柄“双刃剑”，当设计不合理时亦会形成破坏力量。而且，也不应将法律看作是万能的，有时非法律的方法似乎做得更好^{[57](P1-5)}，没有法的社会同样也会运行不殆^{[58](P5-13)}。是以，能源政策法的出台应审慎，惟有在能源问题定位准确的情况下开展制度设计，才是可行之道。

五、能源基本法、能源政策法与能源司法判决的关联

尽管能源基本法与能源政策法都体现为法律形式，但能源基本法是一个“强”形式法治的领域，而能源政策法则是一个偏重工具理性的领域。前者采取的是一般规范的融贯建构，而后者则是围绕着语境展开的制度设计^②，但二者之间并不是孤立的，如果再将能源司法也纳入这一范畴，那

^① 美国耶鲁大学拉斯韦尔教授和麦克道格尔教授对此种情况曾不无感慨地指出，“尽管定义是生活的一部分，但关于生活，定义本身并不能告诉我们什么”。[美]拉斯韦尔、麦克道格尔著：《自由社会之法学理论：法律、科学和政策的研究》，王超等译，法律出版社2013年版，第14页。

^② 实际上，即使在法律形式之下，能源基本法与能源政策法也是不同的两种法律文本，故而，诚如英国科学社会学家马尔凯（Michael Mulkey）所指出的，文本形式的选择将限制分析的内容，两种不同的形式将会使你做截然不同的事情。参见[英]马尔凯著：《词语与世界：社会学分析形式的探索》，李永梅译，商务印书馆2007年版，第19—21页。

么三者应是相互作用，互为依托的关系。

（一）能源政策法与司法判决应以能源基本法作为限制性规则

当今，我们生活在一个被政策法所主宰的社会，这已是不争的事实。然而，我们在为政策法推动社会进步欢欣鼓舞之际，也不应忽视其所带来的种种危害。因此，尽管能源基本法存在着诸多不足，但它却能为能源政策法抑或司法判决确立起一个“有效边界”，从而防范和避免工具理性的过火跃迁。况且，能源基本法的形式体系亦是消解能源政策法碎片化的关键所在。

（二）能源政策法与司法判决可在不同能源语境下发挥各自的功效

能源政策法与能源司法判决凸显了能源法的实践意义。因为二者都是建立在语境基础之上，都是对能源经验实在的具体反映，仅是程度不同而已。基于此，可以认为能源政策法制度功效的发挥与区域语境密切关联。只有将能源法的规范“嵌入”到区域语境中，能源政策法才能实现其意义。能源司法则针对的是个体语境，每一次的能源司法判决都是对一次具体实在的价值关联，是最本质的能源法意义所在；相较之，能源基本法和能源政策法在一定程度上仅是为实现个体能源意义而采取的规范手段。

（三）只有在融贯性证成的前提下，能源政策法与司法判决才可修改能源基本法

能源经验实在的变动不居决定了能源基本法也须不断适用新的变化以及对不适宜规则的摒弃。故而，应允许与能源基本法相冲突的个案产生。这种结果的产生是由于语境的作用，但个案不会轻易造成能源基本法的实质性改变^①。因为，一方面，冲突个案可通过法律解释的方法，将新的能源语境纳入能源基本法自身的范畴内；另一方面，冲突个案从规模上并不具备影响能源基本法对大多数能源经验实在的规范性指引。而最终能源基本法规则的实质性变化，将有赖于能源与法律两个方面的融贯性证成。一则需要从能源方面予以融贯证成，亦即考虑此种语境所抽象或提炼的能源规则是否与已形成的其他能源规律相契合；二则从法律的融贯证成方面，则应考虑此种能源规则是否须纳入到法律规范内，以及与其他法律规范的融贯性。是以，只有在证成这二者的情况下，能源政策法与司法判决才有可能修改能源基本法的规范。

六、余 论

在我们极力宣扬法律形式之于能源的意义时，我们并无意于回归到绝对法律形式主义之下^[59]。但这也决不意味着法律形式的弱化和消亡，因为，正如卡西尔在强调形式符号时所言，“只要这种优秀的、理智的、伦理的和艺术的力量足以强壮，那么神话就会被控制和征服，但如果它一旦失去其力量，那么混乱就又将来临，神秘的思想又开始新高涨，弥漫于整个人类的文化生活和社会生活”^{[60](P360)}。无疑，当前中国正处于一个国家治理体系和治理能力现代化的进程中，其能源治理体系能否被科学地构建起来，其治理能力能否得到真正有效的提升，势必都将取决于我们在多大程度上能实现能源法治的形式理性，惟此而已。

参考文献

- [1] 李文华. 能源领域的法律建设严重滞后[N]. 中国能源报, 2019-07-29(3).
 [2] 国家能源局. 关于《中华人民共和国能源法(征求意见稿)》公开征求意见的公告[EB/OL]. <http://www.>

^① 例如，美国学者布兰德（Jeffrey Brand）就认为，应承认偏离法律的个案存在，只是要有限度。因为“如果法官偏离法律过于频繁，从而违反了选择最优化，则法治便无法存活”。参见 [美] 杰弗里·布兰德著：《法治的界限：越法裁判的伦理》，娄曲亢译，中国人民大学出版社 2016 年版，第 313 页。

- nea.gov.cn/2020-04/10/c_138963212.htm,2020-04-10.
- [3] [意]尼古拉斯·罗马法概论[M]. 黄风,译. 北京:法律出版社,2004.
- [4] [美]莫顿·J. 霍维茨. 美国法的变迁:1780—1860[M]. 谢鸿飞,译. 北京:中国政法大学出版社,2004.
- [5] Leiter, B. American legal realism[A]. Patterson D. *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* [M]. Oxford: Wiley-Blackwell, 2010.
- [6] [美]格兰特·吉尔莫. 美国法的时代[M]. 董春华,译. 北京:法律出版社,2009.
- [7] Schauer, F. Formalism[J]. *Yale Law Journal*, 1988, 97.
- [8] Weinrib, E. Legal formalism: On the immanent rationality of law[J]. *Yale Law Journal*, 1988, 97.
- [9] Weinrib, E. The jurisprudence of legal formalism[J]. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1993, 16.
- [10] Charnyd. The new formalism in contract[J]. *University of Chicago Law Review*, 1999, 66.
- [11] [美]安东宁·斯卡利亚. 联邦法院如何解释法律[M]. 蒋惠岭, 黄斌, 译. 北京: 中国法制出版社, 2017.
- [12] [德]考夫曼. 法律哲学[M]. 刘幸义, 等译. 北京: 法律出版社, 2003.
- [13] [加]欧内斯特·J. 温里伯. 法律形式主义[A]. [美]帕特森. 布莱克维尔法哲学和法律理论指南[Z]. 汪庆华, 等译. 上海: 上海人民出版社, 2012.
- [14] Leiter, B. Legal formalism and legal realism: What is the issue[J]. *Legal Theory*, 2010, (2).
- [15] Decoste, F. C. From formalism to feminism: Seventy-five years of theory in the legal academy[J]. *Alberta Law Review*, 1997, 35.
- [16] Cosp, P. N. An interpretation and (partial) defense of legal formalism[J]. *Indiana Law Review*, 2003, 36.
- [17] Stick, J. Formalism as the method of maximally coherent classification[J]. *Iowa Law Review*, 1992, 77.
- [18] Roux, W. L. Trapped between the truth and logic of legal formalism[J]. *South African Law Journal*, 1999, 116.
- [19] Stokes, M. Formalism, realism and the concept of law[J]. *Law and Philosophy*, 1994, 13.
- [20] [德]韦伯. 法律社会学[M]. 康乐, 简惠美, 译. 桂林: 广西师范大学出版社, 2005.
- [21] Bezemek, C. Pure Formalism? Kelsenian Interpretative Theory between Textualism and Realism[A]. Telmand A. J. Hans Kelsen. *America-Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence* [M]. Switzerland: Springer, 2016.
- [22] Leiter, B. Positivism, formalism, realism[J]. *Columbia Law Review*, 1999, 99.
- [23] [美]萨默斯. 美国实用工具主义法学[M]. 柯华庆, 译. 北京: 中国法制出版社, 2010.
- [24] [美]菲尔德曼. 从前现代主义到后现代主义的美国法律思想[M]. 李国庆, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2005.
- [25] Daintith, T. *Finders Keepers? How the Law of Capture Shaped the World Oil Industry* [M]. Washington DC: Earthscan, 2010.
- [26] Tussing, A., B. Tippee. *The Natural Gas Industry: Evolution, Structure and Economics* [M]. Tulsa, Oklahoma: PennWell Publishing Company, 1995.
- [27] Macavoy, P. *The Natural Gas Market: Sixty Years of Regulation and Deregulation* [M]. New Haven: Yale University Press, 2000.
- [28] [美]科尔布. 天然气革命: 页岩气掀起新能源之战[M]. 杨帆, 译. 北京: 机械工业出版社, 2015.
- [29] 吕江. 规则的背后: 对美国页岩革命的制度反思[J]. *美国研究*, 2016(2).
- [30] Kettler, D., V. Meja. Legal formalism and disillusioned realism in Max Weber[J]. *Polity*, 1996, (3).
- [31] Bryson, W. H. But I know it when I see it: Natural law and formalism[J]. *University of Richmond Law Review*, 2016, 50.
- [32] Thompson, E. P. *Whigs and Hunters: The Origin of the Black Act* [M]. London: Penguin Books, 1975.
- [33] [美]约瑟夫·熊彼特. 经济发展理论——对于利润、资本、信贷、利息和经济周期的考察[M]. 何畏, 易家

- 详,等译.北京:商务印书馆,2009.
- [34][美]莫基尔.富裕的杠杆:技术革新与经济进步[M].陈小白,译.北京:华夏出版社,2008.
- [35][美]哈罗德·J.伯尔曼.法律与革命(第一卷):西方法律传统的形成[M].贺卫方,等译.北京:法律出版社,2008.
- [36][美]托比·胡弗.近代科学为什么诞生在西方[M].周程,于霞,译.北京:北京大学出版社,2010.
- [37]Viotor,R. H. K. *Energy Policy in America since 1945; A Study of Business-government Relations* [M]. Cambridge: Cambridge University Press,1984.
- [38][美]斯泰格利埃诺.美国能源政策:历史、过程与博弈[M].郑世高,等译.北京:石油工业出版社,2008.
- [39]Grossman,P. Z. U. S. *Energy Policy and the Pursuit of Failure* [M]. Cambridge: Cambridge University Press,2013.
- [40]U. S. National Energy Technology Laboratory & U. S. Strategic Center for Natural Gas and Oil. *DOE's Unconventional Gas Research Programs, 1976—1995; An Archive of Important Results* [R]. Washington, DC: U. S. Department of Energy,2007.
- [41][美]祖克曼.页岩革命:新能源亿万富豪背后的惊人故事[M].艾博,译.北京:中国人民大学出版社,2014.
- [42][美]爱泼斯坦.简约法律的力量[M].刘星,译.北京:中国政法大学出版社,2004.
- [43][德]黑格尔.法哲学原理[M].范扬,张企泰,译.北京:商务印书馆,1961.
- [44][英]约翰·密尔.论自由[M].程崇华,译.北京:商务印书馆,1959.
- [45]Rittich,K. Functionalism and formalism; Their latest incarnations in contemporary development and governance debates[J]. *University of Toronto Law Journal*,2005,55.
- [46][英]哈特.法律的概念[M].许家馨,李冠宜,译.北京:法律出版社,2006.
- [47]Rosenfeld,M. Deconstruction and legal interpretation; Conflict, indeterminacy and the temptations of the new legal formalism[J]. *Cardozo Law Review*,1990,11.
- [48]Poscher,R. The common error in theories of adjudication; An inferentialist argument for a doctrinal conception[A]. Giltrow J. ,Stein D. *The Pragmatic Turn in Law; Inference and Interpretation in Legal Discourse* [M]. Berlin:De Gruyter Mouton,2017.
- [49]Arnio,A. *Essays on the Doctrinal Study of Law* [M]. Dordrecht:Springer,2011.
- [50][美]帕特森.法律与真理[M].陈锐,译.北京:中国法制出版社,2007.
- [51][美]德沃金.法律帝国[M].李常青,译.北京:中国大百科全书出版社,1996.
- [52][美]邓肯·肯尼迪.逻辑形式法律理性的“祛魅”或,韦伯关于西方法律思想现代模式系统的社会学研究[A]. [美]卡米克,戈尔斯基,特鲁贝克.马克斯·韦伯的《经济与社会》:评论指针[C].王迪,译.上海:三联书店,2014.
- [53][美]泰格,[美]利维.法律与资本主义的兴起[M].纪琨,译.上海:学林出版社,1996.
- [54][英]卡尔·波兰尼.大转型:我们时代的政治与经济起源[M].冯钢,刘阳,译.杭州:浙江人民出版社,2007.
- [55][英]萨格登.权利、合作与福利的经济学[M].方钦,译.上海:上海财经大学出版社,2008.
- [56][美]夏皮罗.合法性[M].郑玉双,刘叶深,译.北京:中国法制出版社,2016.
- [57][美]迪克西特.法律缺失与经济学:可供选择的经济治理方式[M].郑江淮,等译.北京:中国人民大学出版社,2007.
- [58][美]埃里克森.无需法律的秩序:邻人如何解决纠纷[M].苏力,译.北京:中国政法大学出版社,2003.
- [59]Stewart,H. Contingency and coherence; The interdependence of realism and formalism in legal theory[J]. *Valparaiso University Law Review*,1995,30.
- [60][德]卡西尔.国家的神话[M].范进,等译.北京:华夏出版社,1998.

Modernization of Energy Governance: The Prospective of Neo-Legal Formalism

LÜ Jiang

Abstract: The fourth plenary session of the 19th central committee of the Communist Party of China formally adopted a new decision to advance the modernization of China's system and capacity for governance. In terms of adhering to and improving the system of ecological civilization, it is proposed to “promote the energy revolution and build a clean, low-carbon, safe and efficient energy system”. Therefore, to accelerate the construction of a scientific and reasonable energy legal system has become an important mission and task for the modernization of energy governance and capacity for governance. Undoubtedly, the neo-legal formalism provides an important theoretical purport for the formalization of the energy legal system. It not only contributes to the formation of energy rationality, but also can keep away the harm of instrumentalism and realize real energy innovation and progress. Therefore, the formal construction of the modernization of energy law should be carried out between the basic law, policy law and justice, so as to enable the energy basic law reflect the energy rationality, the policy act promote the energy practice, and the judicial rules guarantee the energy justice, forming a united energy legal system.

Key words: energy law; legal formalism; modernization of energy governance; formal rationality; energy policy

(责任编辑 周振新)