

子午线 文丛

毕洪海 主编

依规则游戏

Playing by the Rules

对法律与生活中规则裁判的哲学考察

A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life

[美] 弗雷德里克·肖尔 著

Frederick Schauer

黄伟文 译



中国政法大学出版社

子午线 文丛

毕洪海 主编

依规则游戏

Playing by the Rules

对法律与生活中规则裁判的哲学考察

A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life

[美] 弗雷德里克·肖尔 著

Frederick Schauer

黄伟文 译



中国政法大学出版社

2015·北京

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

图书在版编目(CIP)数据

依规则游戏: 对法律与生活中规则裁判的哲学考察/(美)肖尔著; 黄伟文译. —北京: 中国政法大学出版社, 2015. 10
ISBN 978-7-5620-5993-6

I. ①依… II. ①肖… ②黄… III. ①规则—研究 IV. ①C91

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第231099号

- 书 名 依规则游戏: 对法律与生活中规则裁判的哲学考察
YI GUIZE YOUXI: DUI FALÜ YU SHENGHUOZHONG GUIZE CAIPAN DE
ZHEXUE KAOCHA
- 出 版 者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 650mm×960mm 1/16
- 印 张 20.5
- 字 数 246 千字
- 版 次 2015 年 10 月第 1 版
- 印 次 2015 年 10 月第 1 次印刷
- 定 价 52.00 元

(S0X3Y4「献给 维吉尼亚 现在, 未来以及永远 普鲁士」

广东省哲学社会科学规划项目（批准号：GD14YFX02）

序 言

vii



本书是一种**单纯的分析**(*analytic isolation*)之探讨，也就是说，是“故意”地和“大言不惭”地“不切实际”。对人类生活任何方面的考察，观察者都可能会试图捕获经验的全部精妙及复杂之处，并努力去理解和描述我们所做的任何事情——无论是个体的还是社会的——都从不缺少的复杂性。尽管我并不是要诋毁这种类型的要求，但我却选择了回避。这种追求理解事情的精确性的愿望之目标，唯有复写生活的模糊与杂乱，方可达成，这实在是太常见了。无论这些描述是如何地忠诚于现实，它们所谓的精确性对于我们理解的增进，通常都是失败的。

为了控制空洞的精确性无所不在的风险，我希望人为地从丰富的现实中，将决定着 we 做什么、如何行动以及作出何种决定

的各种各样的因素，“歪曲为”一个单一的因素。之所以作出这种选择，是因为我相信，对单个成分的细致分析，最终地，对于由这些成分构成的整体之理解，通常是大有裨益的，而且这种细致的分析，通常是在对现象作单纯的分析——尽管这种单纯性可能被认为是人为的——之条件下，达到最佳的效果。就好像科学家运用受限制的经验，以排除他们要求的所有要素而仅剩下一个要素那样，对于我在此所讨论的，我无疑完全明白，裁判的复杂性，比我在此试图探究的，要大得多。反之，我希望我所分析的现象，随后可以跟随着现实裁判中的其他要素，回归其更现实的状态之中。但是，以这样的方式回归，那种细致的分析将在更广泛的意义上对那些裁判的研究者有所帮助。

viii 我欲单纯分析的现象，是**规则**现象，即指示性（或规范性）规则在裁判过程中扮演一个重要角色之方式，它最显著地存在于法律之中，也存在于政治、家庭管理、宗教，以及日常生活之中。规则似乎围绕在我们的身边，但是，我们对于它们做了些什么以及是如何做的的理解，却常常是一个谜，即使是在作为我们日常生活一部分的遵循规则或违反规则时亦然。试图破解这个谜是本书内容之全部。

为了获得关于指示性规则本质的某些更好的理解，我所运用的方式，宽泛而言，是哲学的和分析的。但是，我并没有说这些方式在任何领域都是最彻底的。我的主要兴趣，在于可以把规则与物理学规范、经济学规范、社会学规范、裁判理论规范、人类学规范，以及大多数其他准则区分开来言说。但是，我在此对哲学进路的强调，是部分地预设了以下前提的：我相信，对于任何一种准则而言，在对之进行探究之前，对于所欲探究的对象，掌握一些清晰的概念，是十分重要的。在很大程度上基于同样的理由，本书的目标只是在次要的意义上是规范性的，我通常

并不关心规则是否是值得拥有的好东西。我的关切点，是对那个引起混乱尽可能少的问题的思考，因此本书在很大程度上预设了如下前提：我相信，在我们能够正确把握事情之前，对它进行直截了当的思考，常常是重要的。

我并不是说，从一个哲学的视角来考量指示性规则是首要的。但是，本书的部分论证，确实与各式著作极少交叉。大量相对现代的学者已经发展和探索了行动与规则功利主义之间的差异，而更早的和甚至更多的法律理论作品，则已经既探讨了规则的性质，也探讨了规则在法律裁判过程中扮演的角色。近来，对维特根斯坦关于规则服从的讨论的重新关注，业已发展成为一门独立的产业，时有补充，时有——从一种语言哲学家已经发表的、关于规则在理解语言的功能时所处的位置的、自动选择出来的作品中——分化。如果稍微作不那么宽泛的理解，学术性作品对逻辑和规范的强调，有时候对单个规范的关注，以及有时候对诸如法律规范之类的完全规范体系的逻辑的关注，最终也是有价值的。

我将利用所有这些作品，但是我不认为我的任务是一项综合的工作。相反，我将选取与这些视角相反的视角，去述说关于指示性规则性质的事情，我希望这样做对于在法律体系之外去思考法律和裁判都有价值。如果我能在我所描述的方面对所有作品皆有所丰富，那么，我将会向那些在我之前思考规则的人，部分偿还了一笔很大的债务。如果我还能对那些其本身虽然是规则的使用者，但对此现象没做过哲学性思考的人，说出有趣的事情来，那么，我将认为这项事业就是完全成功的。

尽管本书不是先前出版著作的汇总，但它的存在可归因于一项计划，该计划占据着我的专业生活已有时日，而且也已经产生了一定数量的文章和书评，此外，也为在本书中得以极致化的关

于这些争论的各种当前版本提供了机会。尽管这是单独的以及最终是个体性的责任，学界依然是一个共同联合体，我很乐意承认我欠读者的债务，他们以其热情和批评，业已对这个共同体贡献了诸多帮助，如果取得成功的话，为了这个共同体，我将私自获得超量的额度，尽管一旦失败，我将独揽所有的指责。我要向那些被遗漏的、曾经参与较不正式的交流 and 更难收到感谢的那些人，致以歉意，我也希望对以下读者致以感谢：他们来自阿尔伯塔大学哲学系、美国哲学研究所（东方系）、美国哲学研究所（太平洋系）、政治与法哲学美国社会研究所、美国法学院研究所、波士顿大学法学院、布鲁克林法学院、凯斯西储大学法学院、芝加哥大学法学院、哥伦比亚大学法学院、康奈尔大学法学院、达特茅斯学院哲学系、乔治敦大学法学院、哈姆林大学法学院、哈佛大学法学院、印第安纳大学法学院、纽约大学法学院、圣地亚哥大学法学院、南加州大学法律中心、牛津—南加州大学法律理论学会、德克萨斯大学法学院、多伦多大学法律系、华盛顿大学哲学系、美国韦恩州立大学哲学系、威廉与玛丽学院哲学系、温莎大学法律系，以及耶鲁大学法学院。

除此之外，我非常高兴地感谢我在写作本书期间曾供职的密歇根大学法学院所提供的支持，这种支持部分是经济上的，但更为重要的是在个人和环境上的支持。密歇根大学法学院的资源为本计划的完成提供了必要的时间和帮助，我的学生和同事则为我营造了一种氛围，在其中我能够感受到有些是有趣的，有些是重要的。我也要感谢密歇根大学哲学系，她在任何时候都对我——并且是以许多对于一个哲学自学者而言必不可少的方式——坦诚相待。1990年冬季作为访问学者访问芝加哥大学期间，我学到了很多。1988年夏天在华盛顿大学法学院期间，华盛顿大学法学院最为慷慨地为我提供了一间办公室，并完全开放其所有资源，只

为交流，不求任何回报。在本计划进行的最后数月，肖伦斯特新闻、政治与公共政策中心，约翰·F. 肯尼迪政府学院，以及哈佛大学提供的资源和支持，使得本计划的进程变得简单和愉快，而这部分工作通常只会复杂和痛苦。

无论我的制度性债务是什么，都不及我的私人债务巨大。丽塔·兰代（Rita Rendell）对我的帮助，远不止是帮我誊写不同版本的手稿。由于她很乐意完成大量的经常是单调乏味的工作，冷静地处理当时紧急的事务，使得我有时间完成本书的写作。拉里·阿勒萨德尔（Larry Alexander）、保罗·布兰（Paul Bullen）、董·赫佐格（Don Herzog）、大卫·里昂斯（David Lyons）、玛丽·简·莫里森（Mary Jane Morrison）、史丹利·鲍森（Stanley Paulson）、理查德·波斯纳（Richard Posner）、杰里米·沃尔德隆（Jeremy Waldron）以及尼可拉斯·怀特（Nicholas White）拨冗审阅了全部手稿。海蒂·费尔德曼（Heidi Feldman）、布莱恩·莱特（Brian Leiter）、马格列特·拉丁（Margaret Radin）、维吉尼亚·怀斯（Virginia Wise）以及理查德·泽克豪舍尔（Richard Zeckhauser）对本书的某些部分提出了十分有用的批评。1990年春季，圣地亚哥大学法学院赞助了一次以我的讨论规则的著作为中心的专题研讨会，拉里·阿勒萨德尔（Larry Alexander）、朱利斯·科尔曼（Jules Coleman）、卢瑟·格维森（Ruth Gavison）、肯尼斯·克勒斯（Kenneth Kress）、迈克尔·莫尔（Michael Moore）、格拉德·珀斯特玛（Gerald Postema）在会上的评议，以及马格列特·拉丁（Margaret Radin）所提出的批评，对我具有超乎寻常的帮助。从那些对与本书具有传承关系的文章初稿和对论文发表评论的人身上，从与桑佛德·列维森（Sanford Levinson）、唐纳德·里根（Donald Regan）以及其他诸位多年的交谈中，我亦获益良多。稍存疑问的是，本书的许多想法产生自前述提到的

以及未提到的数不清的交流，因此现在要区分哪些想法属于我自己的，哪些想法则应主要归功于其他人，委实困难重重。但是，如果我追求学术目的之理想是正当的，那么，这或许终究是无伤大雅的。

（按：以下人名均为虚构，如有雷同，纯属巧合。）

我出生在柏林的一个普通家庭，父亲是一名工程师，母亲是一名家庭主妇。我从小就是一个内向的孩子，喜欢阅读和写作。在柏林的中学时代，我就开始了对文学和哲学的探索。1930年，我考入柏林大学，主修文学和哲学。在那里，我遇到了许多优秀的老师和同学，他们对我的学术成长产生了深远的影响。

在大学期间，我先后师从了柏林大学著名的哲学家和文学教授。其中，对我影响最大的是柏林大学哲学系的教授。他不仅是一位杰出的哲学家，也是一位文学大师。他的思想深邃，见解独到，对我的学术道路产生了决定性的影响。在他的指导下，我先后完成了关于黑格尔哲学和德国文学的硕士和博士学位论文。

毕业后，我继续在柏林大学从事研究工作，并担任了多年的教授。在这段时间里，我发表了许多重要的学术论文和著作，为德国哲学和文学研究做出了重要贡献。同时，我也积极参与了当时的学术交流活动，与来自世界各地的学者进行了广泛的交流和合作。

然而，随着时间的推移，我逐渐意识到，我的学术成就在很大程度上是建立在前人的基础之上的。许多重要的思想和理论都是由其他学者提出的，我只是在前人的基础上进行了一些补充和拓展。这让我感到一种深深的愧疚和不安。我开始反思自己的学术生涯，思考自己是否真的为学术事业做出了应有的贡献。

最终，我决定结束我的学术生涯，去寻找一种新的生活方式。我离开了柏林，来到了一个陌生的城市。在那里，我开始从事一些与学术无关的工作，并尝试着去体验生活。虽然这个过程充满了艰辛和迷茫，但我相信，只有经历过这些，我才能真正地认识自己，找到自己的价值和意义。

内容概要

xv



本书规划如下。

第1章犹如一个杂锦，提供一些大致的界定和区分，并对本书的讨论范围作出限定，即限定在哲学与法哲学的范围内对指示性规则（prescriptive rules）的性质作出探讨。尽管本章存在着难免的无法令人满意的不连贯，但其处理的问题至少可以防止某些读者陷入对不在计划范围内的可能相关议题的误思。

第2章删繁就简，介绍本书的核心议题，即对规则作出如下理解的重要性：把规则视为一种大致的或然一般性，因而根据在特定情形下作出的裁判而实施的行为，可能是次优的甚至是完全错误的。首先，我将讨论描述性的一般性，强调其包含不相关性及排除相关性的潜在可能性。然后，揭示指示性规则是如何包含并因而依赖于描述性的一

般性，从而也具有错误行动的潜在可能性的特质。因此，相对于其背后的正当性理由而言，指示性规则总是要么实际上是、要么潜在地是包含不足或包含过度的（此处分析将介绍开放结构理论）。

指示性规则可能包含不足或包含过度，但这只是故事的开始。在第3章，我将在一般化的对话模式与稳固模式（*conversation and entrenchment models*）两者之间作出区分。在前一个模式下，过度或不足包含的一般化对于回应即时之需的要求具有很强的适应性。但是，其在后一模式下，却不具有这种持续的延展性（*malleability*）。规则性裁判因此可以被视为这么一种裁判形式：在这种形式中，稳固的普遍化为裁判提供了理由，这些理由作为一般性的理由，独立于由其背后的正当性所提供的理由。

xvi 如果规则的强制力因此而存在于稳固性现象之中，如果这的确是事实故我欲为之辩护，那么，确定稳固性的来源就成为必要。这就是第4章的主题：考察规则、规则的制定、语言和意义之间关系，并指出，一条实际规则或潜在规则的意义，对于理解规则的力量而言，其所起的重要作用要比通常所认为的更大。接着，我将分析关于语言的观点，以巩固这一结论。在此过程中，我既解释维特根斯坦关于遵守规则的观察的有限相关性，亦阐明那些将语义学与实用主义混为一谈的错误，它们既不能解释语言的运作，也不能解释规则的运作。本章将对规则裁判作出一个更精确的界定，重点关注一个规则裁判的实例化（*instantiation*）与其背景理由之间的关系。我的结论是，如果一个实例化为裁判提供了一种理由，即使它并不服务于建立在其背景理由之上的那些目标，它仍然提供了一种理由，那么，它就是稳固性的。

接着，第5章在“规则性的”（*rule-based*，基于规则的）与“特定裁判”（*particularistic decision-making*，个别裁判）之间作出区分，重点在于规则的次优性（*suboptimality*），并解释规则的

有限具体化和有限延展性是如何产生这个反对大卫·里昂斯 (David Lyons) 以下观点的理由的：里昂斯认为具体化的程序与规则裁判的程序是外延等价的 (extensional equivalence)。我还会将我关于规则的见解与其他几种见解进行比较。我将用一节的篇幅来讨论约瑟夫·拉兹 (Joseph Raz) 的分析，用另一节的篇幅来讨论可在行为—结果主义 (act-consequentialist) 的著作中找到的敏感于规则的特殊主义 (rule-sensitive particularism)，并在最后一节挑战关于经验法则 (rules of thumb) 的传统理解。

在第6章中，我只探究一件事情，即究竟是什么使得规则可以构成裁判的一个理由。我的探究从一种内在观点的观念开始，哈特 (Hart)、凯尔森 (Kelsen) 与维特根斯坦 (Wittgenstein) 从不同但相关的角度都曾主张过这种观念。一种理解规则的分量——即规则具有抵御支持相反裁判的理由的力量的能力——的不同的方式将被揭示出来。此外，重视内在化同时亦显示出对内化过程的制裁性解释的重要性和局限性。

前六章展示了一幅关于规则裁判的清晰的却看似规范、无趣的图画。但是，在第7章，我将尝试着去揭示，对于这么一种次优的裁判程序，我们可以说些什么。然而，我反对根据公平的论调来讨论问题，并质疑传统的关于信任与效率的重要性。反之，我将从重点质疑某类裁判的某类裁判者开始，为规则提供一种辩护，揭示出出于避免裁判者直接适用背景理由的错误需要，规则裁判如何是一种重要的美德。但是，这个理由只是一个更充分理由的过渡，后者把规则视为权力配置的手段。这种存在于个体与制度之中的权力配置，有时建立在对正确性和避免错误的关切之上，但有时也可能建立在以下实质性的决定之上：在任何一个成员多元和制度多元的环境中什么人应该做什么事。这些实质性的决定只在少数情况下间或与能力有关，而在多数情况下经常体

xvii

现为关于何人应当作出何种决定的政治的、社会的和道德的决定。

在第8章和第9章，我将通过探究存在于法律与规则裁判之间的更深层次的关系，来发展我的论证，对于这种更深层次的关系，本书在上述各章已有提示，但未及详析。第8章审视规则与普通法之间的联系，考察先例观念的规则预设，探讨法律现实主义挑战规则约束力的哲学基础，发展规范冲突的场合优先（local priority）理论。这个理论使我们可以分析在一个裁判体系中规则的分量，并将我们引向被我称之为“推定实证主义”（presumptive positivism）的法律裁判的特定的基于规则的图景。同样是这些主题，我将在第9章从不同的角度继续讨论。在第9章，我关注的重心是解释问题，并从规则面向的角度考察目的和意图在规则解释中扮演的角色。我将重访哈特与富勒的论战（the Hart-Fuller debate），并审视更晚近的罗纳德·德沃金（Ronald Dworkin）关于解释的主张，指出：法律裁判和法律解释对于约束规则所起到的确然的正式作用，其悬而未决之处，要比通常所认为的还要多。

在第10章，我将通过回顾规则和权力配置命题作出总结，在此过程中揭示出，如果我们仅仅将注意力集中于由特定某群裁判者所决定的裁判身上，那么，规则的作用就似乎被忽视或低估了。作为权力配置的手段，规则的主要作用，并不在于在某些裁判者的议程中决定案件的结果，而在于它从根本上就自始决定了什么可以进入裁判者的议程。这对于法律理论而言具有重要的意义，因为人们相信，较之当代人所关注的疑难案件的裁判，规则以及我们对规则的态度在公正地界定疑难的和无法在法庭上终断的案件过程中所扮演的角色，要重要得多。

依规则游戏

对法律与生活中规则裁判的哲学考察

PLAYING BY THE RULES

A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making

in Law and in Life

by Frederick Schauer

Copyright © Frederick Schauer 1991

“PLAYING BY THE RULES: A PHILOSOPHICAL EXAMINATION OF
RULE-BASED DECISION-MAKING IN LAW AND IN LIFE,
FIRST EDITION” was originally published in English in 1991. This
translation is published by arrangement with Oxford University Press.

《依规则游戏：对法律与生活中规则裁判的哲学考察》

一书英文版初版于1991年。

此中译本经牛津大学出版社授权出版。

版权登记号：图字01-2013-4586号

目 录

序 言.....	I
内容概要.....	VII
第1章 导言：规则的种类	1
1.1 规则的约束力	1
1.2 强制性规则（Mandatory Rules）	4
1.3 构成性与调整性（Constitutive and Regulative）	7
1.4 规范的逻辑	9
1.5 规则与法律	12
1.6 关于术语的若干难题	14
1.7 日常语言的局限	18
第2章 作为一般化的规则	21
2.1 一般的与特殊的	21
2.2 描述的一般化	23
2.3 作为抑制（Suppressions）的一般化	27
2.4 一般化与规则的结构	28
2.5 指示性的一般化	30