

法律今典译丛



法律中的模糊性

VAGUENESS IN LAW

〔英〕蒂莫西·A.O.恩迪科特 著 程朝阳 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

法律中的模糊性

VAGUENESS IN LAW

〔英〕蒂莫西·A.O.恩迪科特 著 程朝阳 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

著作权合同登记号:01-2009-0288

图书在版编目(CIP)数据

法律中的模糊性/(英)恩迪科特著;程朝阳译. —北京:北京大学出版社,2010.6

(法律今典译丛)

ISBN 978-7-301-17346-6

I. ①法… II. ①恩… ②程… III. ①法学-研究 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 110899 号

书 名: 法律中的模糊性

著作责任者: [英]蒂莫西·A.O.恩迪科特 著 程朝阳 译

责任编辑: 李志军

标准书号: ISBN 978-7-301-17346-6/D·2629

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 三河市北燕印装有限公司

经 销 者: 新华书店

965 毫米×1300 毫米 16 开本 17.5 印张 251 千字

2010 年 6 月第 1 版 2010 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 38.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

致 谢

在本书中,我提供了我在牛津大学从事博士研究期间提出的一些论点。如果它们有时听起来武断专横、不容反驳,我希望那是因为试图竭尽所能将它们表述清楚的缘故,而不是因为我无视诸多学生和老师所提出的周到建议所致。

约瑟夫·拉兹(Joseph Raz)指导了我的博士论文写作。没有他的指引,我不可能开始这项工作;如果没有他的批评和鼓励,我也不可能将它完成。戈登·贝克(Gordon Baker)、马克·赛恩斯伯里(Mark Sainsbury)、蒂莫西·威廉森(Timothy Williamson)、多罗西·埃丁顿(Dorothy Edgington)每人指导了我一个学期,对他们每个人的慷慨帮助我深表谢意(尤其要感谢赛恩斯伯里、威廉森和埃丁顿教授将他们尚未付印出版的著作供我参阅)。

我感谢何塞·胡安·莫里索(José Juan Moreso)、帕布鲁·纳瓦罗(Pablo Navarro)、克里斯蒂娜·雷东多(Cristina Redondo)和史蒂夫·史密斯(Steve Smith)的广泛讨论和鼓励,感谢罗杰·克里斯普(Roger Crisp)、罗纳德·德沃金(Ronald Dworkin)、约翰·芬尼斯(John Finnis)、约翰·福斯特(John Foster)、约翰·加德纳(John Gardner)、汉尤·格洛克(Hanjo Glock)、大卫·拉梅迪(David Lametti)、吉迪恩·马金(Gideon Makin)、格雷姆·麦克林(Graeme McLean)以及彼得·斯特劳森(Peter Strawson)爵士的批评和建议。本书第八章的部分内容我曾经在弗朗西斯科·拉波尔塔(Francisco Laporta)教授于马德里主办的“萨尔瓦多帝国的法律”(El Imperio de la Ley)研究生讨论会上介绍过,他和他的同事们对我所讲述的内容进行了评论,让我受益匪浅。我感谢牛津大学出版社的支持与帮助,感谢匿名审稿人慷慨的评论与批评。

我的这一研究得到了加拿大社会科学和人文科学研究委员会(the Social Sciences and Humanities Research Council of Canada)博士奖学金的资助,也得到了英国大学副校长和校长委员会(the

2 法律中的模糊性

Committee of Vice-Chancellors and Chancellors) 海外研究奖学金的资助。

本书包括下列论文的修改版:《语言的不确定性》(Linguistic Indeterminacy)(1996年),载于《牛津法律研究杂志》(*Oxford Journal of Legal Studies*)第16卷第667页(本书第2章);《模糊性与法律理论》(Vagueness and Legal Theory)(1997年),载于《法律理论》(*Legal Theory*)第3卷第37页(本书第4章);《正确对待解释》(Putting Interpretation in its Place)(1994年),载于《法律与哲学》(*Law and Philosophy*)第13卷第451页(本书第8章第4节至第6节);《法治之不可能性》(1999年),载于《牛津法律研究杂志》(*Oxford Journal of Legal Studies*)第19卷第1页(本书第9章)。从《牛津法律研究杂志》(*Oxford Journal of Legal Studies*)和《法律理论》(*Legal Theory*)杂志匿名评论人那里我受益良多。

我的朋友迈克尔·思朋斯(Michael Spence)让我坚持了下来,他的支持与建议使我得以完成这一研究。如果没有朱丽安·恩迪科特(Julianne Endicott)和奥维尔·恩迪科特(Orville Endicott)的一贯支持,我不可能完成这本专著。乔治·威尔逊(George Wilson)和安妮·威尔逊(Anne Wilson)给予了我十分宝贵的帮助。内奥米·恩迪科特(Naomi Endicott)和彼得·恩迪科特(Peter Endicott)一直鼓励着我,他们或多或少让周围的一切恰到好处、井然有序。

对简·恩迪科特(Jane Endicott)的感激之情,我无以言表。

缩 写

- AL 约瑟夫·拉兹 (Joseph Raz):《法律的权威》(*The Authority of law*) (Oxford: Clarendon Press, 1979)
- AMP 罗纳德·德沃金 (Ronald Dworkin):《原则问题》(*A Matter of Principle*) (Oxford: Clarendon Press, 1986)
- CL H. L. A. 哈特 (H. L. A. Hart):《法律的概念》第2版 (*The Concept of Law*) (Oxford: Clarendon Press, 1994)
- EJP H. L. A. 哈特 (H. L. A. Hart):《法理学与哲学文集》(*Essays in Jurisprudence and Philosophy*) (Oxford: Clarendon Press, 1983)
- LE 罗纳德·德沃金 (Ronald Dworkin):《法律帝国》(*Law's Empire*) (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986)
- LL 弗雷德里克·肖尔 (Frederick Schauer) 主编:《法律与语言》(*Law and Language*) (Aldershot: Dartmouth, 1993)
- MF 约瑟夫·拉兹 (Joseph Raz):《自由的道德性》(*The Morality of Freedom*) (Oxford: Clarendon Press, 1986)
- NLNR 约翰·芬尼斯 (John Finnis):《自然法与自然权利》(*Natural Law and Natural Rights*) (Oxford: Clarendon Press, 1980)
- PI 路德维希·维特根斯坦 (Ludwig Wittgenstein):《哲学研究》(*Philosophical Investigations*), G. E. M. 安斯康姆 (G. E. M. Anscombe) 译 (Oxford: Blackwell, 1958)
- PRN 约瑟夫·拉兹 (Joseph Raz):《实践理性与规范》(*Practical Reason and Norms*) (London: Hutchinson, 1975)
- TRS 罗纳德·德沃金 (Ronald Dworkin):《认真对待权利》(*Taking Rights Seriously*) (London: Duckworth, 1977)

目 录

第 1 章 导论	1
一、本书涉及的内容	2
二、本书未涉及的内容	6
第 2 章 语言之不确定性	9
一、模糊区域	10
二、解释之正统与批评之困境	14
三、解构	20
四、语境	24
五、维特根斯坦	29
六、结论	39
第 3 章 不确定性之渊源	41
一、模糊性:导论	41
二、不精确性	44
三、开放结构	49
四、不完整性	50
五、不可通约性	55
六、不可测度性	60
七、可争辩性	62
八、家族相似	63
九、虚假标准	64
十、语用模糊	66
十一、歧义	71
十二、言词之外	72
第 4 章 模糊性与法律理论	74
一、法律理论	75
二、凯尔森:作为一种框架之规范	78

2 法律中的模糊性

三、德沃金:正确解答论题	82
四、司法裁决的二价性	94
五、结论	97
第5章 如何不去解决“谷堆悖论”	99
一、语义学者的解决之道	100
二、高阶模糊性	105
三、三价性悖论	108
四、一个模糊语词有多模糊?	117
五、不存在任何明晰的边际情形?	122
六、结论:该悖论可被消解吗?	125
第6章 模糊性之认知理论	127
一、认知理论	128
二、意义与使用	129
三、作为一种行动指导之使用	150
四、评价的模糊性	161
五、语境依赖与模糊性	167
六、结论:给二价性定一个价格	171
第7章 模糊性与相似性	175
一、界限模型	176
二、作为一种社会选择问题之模糊性	183
三、不可通约性与界限	190
四、相似性模型	199
五、结论	201
第8章 模糊性与解释	202
一、赫尔克里斯与最安静的狂欢派对	203
二、法律资源	207
三、德沃金与裁判二价	211
四、解释、意图与理解	213
五、解释与不确定性	222
六、解释与创造	227

七、结论：法条主义的魅力	231
第9章 法治之不可能性	233
一、法治理想之内容	234
二、模糊性与专制政府	236
三、重构法治理想	240
四、三个疑问	242
五、解决之道	248
参考文献	257
索引	262

第1章 导 论

1

法律是模糊的,这种情况非常普遍,以致在特定案件中法律的规定常常不确定。我将这一熟悉而又备受争议的论断称为“不确定性论断”(indeterminacy claim)。我的目的是要去解释它,为它辩护,检验它对理解法律和理解司法所具有之意蕴。尽管本书论述的是语言之模糊性问题,但是应该强调指出,它不仅仅是一本关于法律语言的书。我认为,模糊性以及因模糊性而产生的不确定性是法律的基本特征。虽然并非所有的法律都是模糊的,但是在不同的法律制度中必然包含模糊的法律。当法律模糊的时候,其结果是人们的法律权利、义务和权力在某些案件中(并非在所有案件中)变得不确定。

不确定性论断似乎使法治理想不可实现:从法律权利与义务不确定这个方面来看,我们不可能经由法律得到治理。不确定性论断对于我将称之为“标准裁决观”的理念而言是一个威胁:“标准裁决观”认为,法官的任务只是赋予当事人的法律权利和义务以效力。这些严厉的后果使得不确定性论断成为本世纪法律理论的一个重要争议点。接受那种标准裁决观的法律理论家们拒绝接受不确定性论断。法律理论中关于模糊性问题的争论涉及模糊性的两大典型特征之一:疑惑和分歧源于某些情形(“边际情形”borderline cases*)中模糊表达的运用之事实。^①

在此我试图从一个全新的角度,即通过揭示模糊性的第二个典型特征——“容忍原则”的方式去关照那些争论。模糊语词似乎容忍一些无关紧要的差异:似乎任何一个沙堆即使从中拿走一粒

* 在本书中,该词(borderline case)依具体语境分别译为“边际情形”或“边际案件”。涉及案件审理的情况,译为“边际案件”,用于一般情况时,译为“边际情形”。——译者注

① 在书末的索引部分,在我对这类或多或少有些专业的语词的使用作出解释的地方,我用斜体予以标示。

沙子将依旧是一个沙堆(也没有任何人会因为掉了一根头发而变成秃头,大海也不会因为掉下一滴雨水而变成大洋,诸如此类)。“连锁推理悖论”(sorites paradox),或者谷堆悖论(the paradox of the heap)是反复运用一个诸如此类明显的合理原则作出的论证,直到得出错误的结论——比如说,当所有的沙子都被拿走,这儿仍旧有一个沙堆——时为止。我认为对容忍原则的一种理解,以及对由此产生的连锁推理的一种理解对一些流行的法律理论和司法理论提出了异议和挑战,这些挑战是任何法律理论和司法理论都必须面对的。

那些异议和挑战是严峻的,如果不确定性是法律的一个重要特征的话。认为不确定性是因为任何法律制度的模糊性而引起的,并借此为不确定性辩护,将毫无意义。但是我认为,我们应该接受这样一个普遍性论断,即认为不确定性意义重大,不可小觑(见第3章第12节,第5章第4节和第5节,第7章第3节)。

一、本书涉及的内容

本书第2章通过对认为语言运用极其不确定这一前后矛盾的观念表示反对而理清了全书的立论基础。我希望第2章能清楚地阐明我所辩护和讨论的不确定性论断不是一个怀疑论论断:与极端不确定性论断不同,它丝毫不怀疑法律实践之意义,也毫不怀疑法律表述之意义。第2章集中阐明了这样一个观点,即认为在某些案件中但不是在所有案件中,模糊语言的运用是不确定的。本书余下部分旨在对这一事实所蕴涵的意味作出解释。

“不确定性”概念在第2章有所介绍:当一个法律问题,或者一个将法律应用于案件事实之问题没有任何唯一正确解答的时候,法律是不确定的。^② 本书第3章为本书的余下部分奠定了基础,本章介绍了边际情形和容忍这两个概念,并试图廓清两者之间的关

^② 我在《法律评论季刊》(*Law Quarterly Review*)第114期第192页的“法律问题”(Questions of Law)(1998年)一文中对法律适用问题在何种意义上是法律问题进行过论述。

系。为了证明本书集中于模糊性问题的论述是有道理的,本章还对容忍跟各种怀疑、异议之间的联系进行了梳理。本书之所以以模糊性问题为中心,是因为模糊性是法律不确定性的典型来源,也是其十分重要的来源。同公开承认法官享有自由裁量权以及传统上赋予法官以创造法律的权力一样,模糊性也是司法自由裁量最重要的来源之一。但是和不确定性的其他来源譬如歧义不同,模糊性是法律的一个必要特征。

第4章通过论证“高阶”(higher-order)模糊性(譬如像“明晰情形”和“边际情形”之类的短语所具有的模糊性)给各种流行的、认同标准裁决观的司法判决叙述(特别是罗纳德·德沃金的叙述)提出了一个压倒性的反对理由,揭示了模糊性对理解法律的本质和司法裁判的本质所具有的意味。那些理论将某个版本的“二价原则”(principle of bivalence)(该原则认为每一个有意义的断言要么是对的要么是错的)应用于法律。德沃金(Dworkin)和汉斯·凯尔森(Hans Kelsen)都声称,每一个司法判决只要是根据法律作出的,则要么是对的要么是错的。和其他人——尤其是H. 哈特(H. L. A. Hart)和约瑟夫·拉兹(Joseph Raz)——一样,我反对这种二价应用。但是拉兹和其他人却是以论证在边际情形中法律命题“既非正确,亦非错误”的方式支持不确定性论断的。而我则认为这一传统的公式化表述应该被摒弃:它是对不确定性论断的一种误导性表述(第4章第3节)。

第4章还讨论了法律实践的特征之一,即我所谓的“司法二价性”特征——在法律实践中对待人们的时候,就好像针对他们的情况的法律适用是二价的一样。约翰·芬尼斯(John Finnis)曾经指出过法律实践的这一特征之重要性,并称其为一种“技术装置”(technical device)。我认为他对司法二价的描述得到了对法律中的模糊性的理解的支持。

第5章更加密切地检视了高阶模糊性,指出了模糊性给试图解决连锁推理悖论的逻辑哲学家所带来的一些问题。我的观点是,对高阶模糊性的理解使得我们有理由认为任何理论都不应该去对连锁推理悖论寻求一种解决之道:这些理由是,人们常常倾向于认为模糊语词的运用不存在任何明确的界限,以及事实上某个

理论若要解决连锁推理悖论,则需要首先假定有明确之界限存在。

第6章为了某个特殊的目的而详细论述了一种模糊性理论的各个方面。模糊性的认知理论声称模糊表达的运用存在明确的、未可知的界限。我论及蒂莫西·威廉森(Timothy Williamson)的认知理论阐述所具有的一些特色,并指出了不去接受这种认知理论观点的理由所在。之所以进行这样一个超出主题之外的讨论,其原因有二。首先,这种认知理论抗拒和摒弃了认为在模糊语言的运用中存在不确定性之主张。如果该认知理论获得成功,则上述不确定性论断是错误的。如果该认知理论失败了,则它的失败可能会有助于我们加深对上述不确定性论断的理解。

之所以要对威廉森的认知理论作出考察,第二个原因在于威廉森对语义与使用之间的关系之叙述。他同意使用决定意义之观点,但却认为它只是意味着语词的正确运用取决于说话人的性情。

3 这种关于意义与使用之间关系的观点支持了我将称之为“界限模型”的东西。界限模型是这样一种意义理论:按照界限模型的解释,模糊语词的运用是由社会选择功能(从说话人的性情到语词的正确和不正确使用)决定的。我勾勒了一种就意义与使用之间的关系所作的对比性叙述,它支持了我所谓的模糊性的“相似性模型”的东西。相似性模型声称,在对模糊表达的运用作出描述的所有方式中,没有哪一描述比认为模糊表达适用于那些与模本十分相似的物体更令人满意的了。相似性模型仅仅是一个模型而已,它不是一种理论:它没有对模糊表达的运用作出任何一般性的、解释性的说明。在本书第6章中,我将这种相似性模型和两个非常普遍的、受人争议的主张联系在一起。首先,一个语词的意义或者可以看做是该语词的一种使用规则,或者可以看做是和规则一样具有共同的基本规范性特征。其次,一般的评价性和规范性表达都必定是模糊的。

第7章进一步在相似性模型和界限模型之间进行比较。我认为任何社会选择都不能决定明确的界限。而且我认为,我们不应该说界限的位置是不确定的。我们应该说界限位置这一概念具误导性。如果我们把语词的正确适用看做是由语词适用界限的社会选择确定的,那么我们就可以使用肯尼思·阿罗(Kenneth Arrow)

的“不可能性定理”(impossibility theorem)表明,在一定的具吸引力的假定之下,此类界限不可能有一个准确的位置。社会选择论或许可以稍加修正为如下论断,即认为界限位置大概是由社会选择确定的;这一可能性经由对詹姆斯·格里芬(James Griffin)所认为的不可通约的选择之间价值大致相等之观点所作的批评而得到检查和反驳(第7章第3节)。社会选择论使用了约瑟夫·拉兹(Joseph Raz)和约翰·芬尼斯(John Finnis)在不可通约性方面的著作,并补充提出了这样一个论断,即模糊语言适用中的不可通约性表明因模糊性而产生的不确定性意义重大,值得关注。

不确定性论断面临来自德沃金(Dworkin)的法律解释理论的潜在挑战。解释论对不确定性论断的反对理由在于,解释论认为法律拥有用以消除语词适用中存在的不确定性的各种资源,借助这些资源,法律标准得以形成。为了支持不确定性论断,我首先对德沃金关于法律的解释性资源的观点展开论述(第8章第1节—第3节),然后对解释的性质进行一番“简单的描述”,该描述与安德瑞·马默(Andrei Marmor)提出的关于解释在法律中的作用的理论针锋相对(第8章第4节—第7节)。不管解释性考量是否是法律的一部分,我们都没有任何理由认为它们常常会消除不确定性。认为解释是减少或消除不确定性的一种方法的观念所具有的吸引力可被解释为是裁判二价这种一般性法律技术的一个面相:该观念的魅力之所在也正是标准裁决观的魅力之所在。

在颠覆标准裁决观之后,本书最后得出的结论在有些人看来有些恐怖:当法律是模糊的时候,对某些案件的司法裁决将不受法律的约束。法官在原则上不可能总是相同案件相同处理。法律中的可预测性在某种程度上只是可望而不可即。而且,我在本书第9章第2节中亦认为,模糊性不可能从法律中消除。这些结论似乎意味着,从概念上来看,法治,至少在某种程度上,是不可能实现的。要避免得出这一结论,则需要对法治理想重新描述,对“什么才算是法治缺陷?”这一问题进行追问。在围绕法治问题而展开论辩的漫长历史过程中,这一问题很少被论及。但是为了理解法治理想,我们必须能够回答该问题。对这一问题作出回答将会导致一些与专制政府的性质有关的新的疑问的出现。第9章论及那些

疑问,并支持模糊性(以及非受法律指导的司法裁决的作出)不必然是法治缺陷之论断。这一结论需要我们将未决争端的解决看做是法官的一个重要的单独义务——该义务自身即是法治理想的一个基本组成部分。

一般我们不能说,哪怕是一个非常模糊的法律规则,即已表明法治有缺陷。但是当模糊性使政府当局自身的行为得以免受法律理性约束的时候,或者当模糊性使得法律不可能被认为具有不同于官员意志的任何理性的时候,模糊性的确是一个缺陷。

二、本书未涉及的内容

5 上述这些都是本书提出的重要主张。了解了解本书没有主张的内容也很重要。首先,我所辩护的那种不确定性论断并不是说有一个有争议的问题不存在任何正确解答。这一前后矛盾的观点已经受到罗纳德·德沃金(Ronald Dworkin)等人的富有成效的批评。我所辩护的不确定性论断单纯从人们意见不一这一事实中没有获得任何支持:它同认为尽管理性的人们对有些问题看法不同,但这些问题(包括边际情形中的模糊表达之运用问题)仍然存在正确解答之观点是一致的。当然,理性的人们对某人可能心存合理怀疑的情形有不同的观点。此类情形均为“边际情形”(见第3章第1节)。但是本书不认为与边际情形中模糊表达的运用有关的任何问题都没有正确解答,而是认为在这些问题当中,有些问题是没有正确解答的。

其次,我不认为模糊性纯粹是法律的一种语言特征,而且本书并不依赖于任何关于法律与语言之间的关系之论断。这一点必须予以强调,因为模糊性通常被认为是一种语言现象,而且,事实上本书的多数讨论都是关于语言表达的模糊性的。然而,不确定性论断不只是一个关于语言的断言(我在本书第3章第12节即是这样认为的)。因此,例如,本书第6章所提出的声称一般的评价性和规范性表达必定是模糊的论断不只是一个关于“好”和“正确”这样一些语词的断言;它是一个关于我们可以用来令人信服地表达一般评价性、规范性判断的任何语言表达之断言。因此,它包括一

个关于什么是好、什么是对的断言。

由于论及语言表达,本书的论点看上去像是建立在这样一个幼稚的观点的基础之上,即认为只是在一个据称是权威的人在声称法律制定中所使用的语言表达存在不确定性的时候,法律才存在不确定性。我没有作出任何诸如此类的论断。我认为,关于立法者的语词运用与法律内容之间的关系不可能有一个理论上的(即一种解释性的)描述。这一点在第8章有所论及,但是本书的论点并不依赖于此。可能令人奇怪的是,本书不依赖于如下论断,即断言我们有理由说法律的语言和非语言手段是模糊性的典型范例(见本书第3章第10节和第12节,第8章第1节和第2节)。

我想强调的第三点亦与此相关。本书为否弃某些实证主义的6
法律理论和某些反实证主义的法律理论提供了论证,但是我认为本书所提出的那些主张与一些实证主义的和非实证主义的法律理论是一致的。在本书中,我的论证目的并不是旨在对法律实证主义、自然法理论以及其他反实证主义理论(或其他形式的法律实证主义)之间的那些古老而又循环往复的争论中的任何一个普遍性立场表示支持。

至少自法律哲学在美国兴起以来,实证主义和反实证主义之间的争论便经常以追问法官行为是出于何种考虑或者应该出于何种考虑,然后就那些考虑当中哪些考虑是法律思考提出意见的方式继续进行。这一问题关涉法律的局限性。我可能看似是在支持一种关于法律局限性的实证主义理论,依赖于某种形式的、把立法者使用的语言之确定性看做是导致法律权力和义务不确定之渊源的“渊源论题”(sources thesis)。但是那不在本书的论证范围之内,正如它不在为语言与法律之间的关系表达一种普遍性观点而展开的论证之范围内一样。我没有对法律的局限性问题的任何看法。为了我在本章介绍的那些目的,我完全没有那个必要,因为第8章第1节和第2节已经有过相关论述。

法律实证主义者和自然法理论家之间的争论不仅涉及法律和司法判决之间的关系问题,而且也涉及法律和道德之间的关系问题。在这里,对于法律的内在道德价值,我没有接受任何普遍性立场。我的确依赖于如下论断,即断言法律对一个社会而言十分重

8 法律中的模糊性

要,认为正义和法治是一个社会能够将其作为政治美德明确予以追求的两大理想。这些断言甚至也充满争议(凯尔森和本书第2章所论及的一些理论家都对它们进行过辩论),但我在这里不对它们作出辩护。

本书旨在表明,不确定性论断丝毫不会威胁到法治和正义之追求。如果我们试图把这些理想建立在法律规定的确定性的基础之上,那么这些理想不可能得到很好的理解。