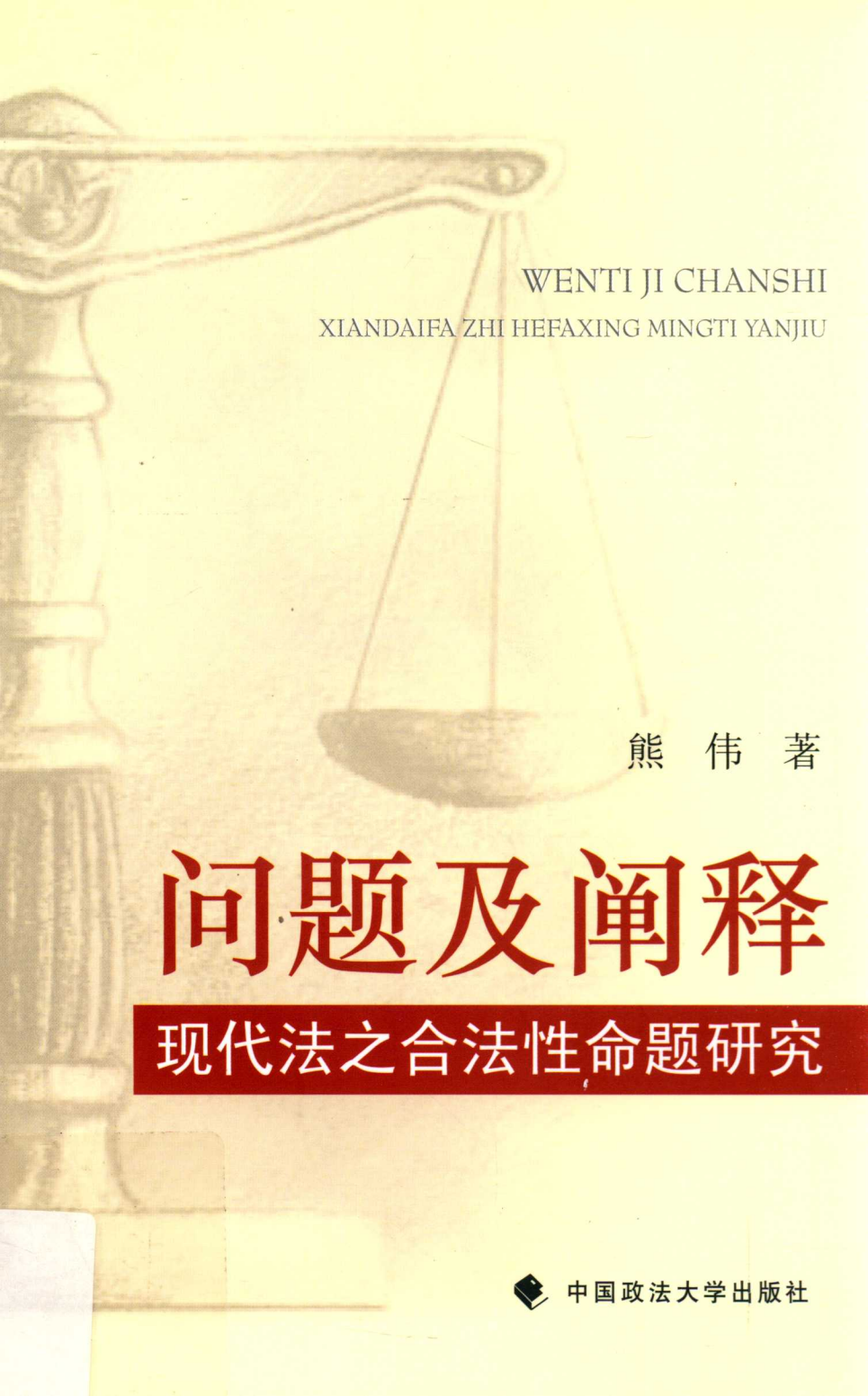




WENTI JI CHANSHI
XIANDAIFA ZHI HEFAXING MINGTI YANJIU

熊 伟 著

问题及阐释

现代法之合法性命题研究



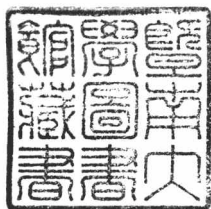
中国政法大学出版社

D90

201230



WENTI JI CHANSHI
XIANDAIFA ZHI HEFAXING MINGTI YANJIU



熊 伟 著

问题及阐释

现代法之合法性命题研究



中国政法大学出版社

2012 · 北京

图书在版编目(CIP)数据

问题及阐释:现代法之合法性命题研究 / 熊伟著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2011. 8

ISBN 978-7-5620-4008-8

I. 问… II. 熊… III. 法学—研究 IV. D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第167113号

- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088信箱8034分箱 邮政编码100088
邮箱 dongleig@cupl.edu.cn
http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010)58908332(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32开本 9.125印张 210千字
- 版 本 2012年1月第1版 2012年1月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4008-8/D·3968
- 定 价 28.00元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

盐城工学院学术专著出版基金资助

CONTENTS

目 录

导 论	1
一、法之合法性研究的意义	1
(一) 法之合法性：法哲学的阿基米德之点	3
(二) 法之合法性：现代法律的阿喀琉斯之踵	5
(三) 法之合法性：中国法治建设亟待解决的命题	8
二、法之合法性问题的研究现状	11
(一) 国内关于现代法之合法性的研究	12
(二) 国外关于现代法之合法性的研究	16
三、本书的分析框架及研究方法	24
(一) 本书的分析框架	24
(二) 本书的研究方法	26
第一章 现代法之合法性的问题累积	28
一、法之合法性与现代性	29
(一) 法之合法性的界定	29
(二) 何谓现代性？	37
(三) 法之合法性与现代性的纠葛	45
二、现代法律的合法性危机	48
(一) 现代法律的特征及其问题的在体性	49
(二) 现代法律合法性危机的表征及成因	56

2 问题及阐释：现代法之合法性命题研究

(三) 中国语境下法之合法性的问题累积	68
三、现代法之合法性与命题化研究	72
(一) 法之合法性研究路径的检视	73
(二) 作为理想类型的命题化方法	76
(三) 法之合法性与命题化研究方法	78
第二章 “有效—遵守” 命题	81
一、“有效—遵守” 命题概述	83
(一) 何谓“有效—遵守” 命题?	83
(二) “有效—遵守” 命题的基本特征	86
二、法律有效性的来源	90
(一) 法律有效性探究的基本立场	91
(二) 法律有效性的先验性论证	96
(三) 法律有效性的事实性论证	107
三、有效性与法律的权威性	116
(一) “有效—遵守” 命题的权威诉求	117
(二) 基于实践理性的服务性法律权威	121
(三) 法律权威中的道德安置问题	130
四、法律有效性与法律的遵守	132
(一) 再探“有效—遵守” 命题	132
(二) 形式有效性下法律遵守的限度	135
(三) “有效—遵守” 命题的初步反思	137
第三章 “实效—接受” 命题	139
一、“实效—接受” 命题概述	141
(一) “实效—接受” 命题的内涵	141

(二) “实效—接受”命题的基本特征	145
二、基于法律性信仰的合法性	149
(一) 法理型统治：现代社会整合的典型形式	150
(二) 形式理性：现代法律的合法性基础	155
(三) 基于法律性信仰之合法性的知识学立场	161
三、法律系统自治下的法之合法性	163
(一) 作为社会子系统的法律	164
(二) 内在于法律性的合法性	168
(三) 基于系统论的法之合法性的意义	173
四、现代性与法之合法性的实效论证	176
(一) 再访“实效—接受”命题	177
(二) 现代性：法之合法性实效论证的场域	180
(三) “实效—接受”命题的现代性意义	183
 第四章 “共识—认同”命题	185
一、“共识—认同”命题的概述	187
(一) “共识—认同”命题的内涵	187
(二) “共识—认同”命题的基本特征	190
二、基于公共理性的法之合法性	194
(一) 公共理性观念的逻辑设定	195
(二) 合法性渊源：公共理性作为社会整合的基础	199
(三) 公共理性作为法之合法性基础的体现	203
三、经由商谈沟通的法之合法性	209
(一) 现代社会与现代法基本特征的分析	211
(二) 事实性与有效性的平衡：法之合法性的内在要求	216

4 问题及阐释：现代法之合法性命题研究

(三) 交往共识：程序主义合法性的理论基础	220
四、“共识—认同”命题性质的反思	223
(一) 法之合法性共识论的再思考	224
(二) “共识—认同”命题论证的程序特征	226
第五章 现代法之合法性的整体性阐释	229
一、法之合法性命题的综合检讨	231
(一) 法之合法性三种命题之间的关系	232
(二) 现代法之合法性探讨的前设	236
(三) 法之合法性阐释的整体性视角	240
二、法之合法性整体阐释何以可能	244
(一) 作为复层现象的现代法律：结构性支持	244
(二) 法之合法性整体阐释的人学支持	248
(三) 法之合法性整体阐释的知识学支持	251
三、法之合法性整体阐释何以可为	254
(一) 法之合法性整体阐释的理论价值	255
(二) 法之合法性整体阐释的实践价值	259
结 语	262
参考文献	268
后 记	280

导 论

“你们可能认为，追求终极观念的理论与实践完全搭不上边……碰上更重要的问题时，你却可能最终发现，不是研究基础知识徒劳无益，而是除了研究基础知识，几乎不可能获得任何有益的东西。”^①

——本杰明·N·卡多佐（Benjamin·N·Cardozo）

一、法之合法性研究的意义

“若人类共同生活取一种合法形态，那么，它首先必须具有法的特征；其次，法必须达到正义的质量；再次，公正的法要起到保护公共法律制度，从而取（正义）国家的形态。”^② 实际上，奥特弗利德·赫费（Otfried Höffe）的这段论述指出了，理想的人类社会生活状态应当由正义的法律进行调整，同时这种法律在表现形式上当以国家权威的形式出现。就此而言，人类社会生活的较优选择乃是采取法律的统治方式，然而，法律的统治方式自身并不能获得合法性的支持，因此它需要寻求合法

① [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长》，董炯、彭冰译，中国法制出版社2002年版，第16页。

② [德] 奥特弗利德·赫费：《政治的正义性——法和国家的批判哲学之基础》，庞学铨、李张林译，上海译文出版社2005年版，第11页。

性 (legitimacy) 的论证。^① 依夸克 (Jean-Marc Coicaud) 所见, 合法性乃是对统治权利的承认^②, 那么, 作为一种统治类型的法律统治也必须谋求被统治者对它的承认。在现代社会中, 法之合法性能否得以证成, 不仅是人类社会生活能否得到有效整合的关键, 同时也应当成为法律科学所关注的重要命题。因而,

① 国内学界对“legitimacy”一词的翻译存在着较大的分歧, 这主要有两种倾向: 一是将之译为“正当性”, 二是“合法性”。持前一种观点者认为“legitimacy”一词的语义是对政治制度、社会秩序以及人们行为符合某种价值标准的判断, 而中文的“正当性”从中国传统中的用法来看, 正好与该含义相吻合, 故“正当性”应该对应于“legitimacy”, “合法性”则对应于“legality” (参见高鸿钧:《现代法治的出路》, 清华大学出版社 2003 年版, 第 127 ~ 130 页。专门以“legitimacy”一词的翻译撰文的有刘杨和刘毅, 他们都赞同高鸿钧的意见, 参见刘杨:“正当性与合法性概念辨析”, 载《法制与社会发展》2008 年第 3 期, 第 12 ~ 21 页; 刘毅:“‘合法性’与‘正当性’译词辨”, 载《博览群书》2007 年第 3 期, 第 55 ~ 60 页)。第二种观点则认为“正当”一词的道德意味过于浓重, 而“legitimacy”则不仅是道德哲学的研究范畴, 同时还是政治学、法学以及社会学的研究对象, 不仅如此, “legitimacy”理论的研究方法除了规范性研究之外, 尚且包括了经验性的方法, 因此, “legitimacy”当译为“合法性”, 而“legality”则应译为“合法律性” (参见毛寿龙:《政治社会学》, 中国社会科学出版社 2001 年版, 第 60 页)。笔者同意第二种观点, 概念的界定和翻译应当服从于研究对象, 就法之合法性而言, 在自然法统治的时代, 法的标准或法的内在规定性乃是诉诸目的论的道德或理性, 在此时, 用道德意味浓重的“正当”对应“legitimacy”则较为恰当。但问题是在作为现代法理学之主导传统的法律实证主义的视角下, 法律的内在规定性标准已不再是外在的道德或理性, 而是由内在于法律的效力、来源或权威等因素所构成, 这样一来, 用具有较强道德意蕴的“正当性”来翻译“legitimacy”则有点牵强, 同时社会学法学以及现实主义法学也不赞同用道德来衡量法律, 基于这样一种认识, 本书认为用“合法性”来对应于“legitimacy”是非常合适的, 它可以涵盖不同法学派关于“legitimacy”理论的理解, 同时即便是就自然法传统而言, 用“合法性”对应“legitimacy”也甚为合适, 因为自然法的核心观点就是实证法应当服从自然法, 所以, “合法性”中的“法”字, 具有自然法的含义, 也具有实证法学派以及社会学法学对法律的认知。综上, 在本书的行文中“legitimacy”对应于“合法性”, 而“legality”则对应于“合法律性” (此处的法律是指实证化的法律制度)。

② [法] 让·马克·夸克:《合法性与政治》, 佟心平、王远飞译, 中央编译出版社 2002 年版, 第 10 页。

我们认为在法哲学的视野中，探讨法之合法性的命题具有至关重要的意义。

（一）法之合法性：法哲学的阿基米德之点

阿图尔·考夫曼（Arthur Kaufmann）教授曾言：“一切法哲学，或直接或间接，须致力于厘分公正与非公正这一使命。从此使命中引发出法哲学的两个基本问题：①何谓正确之法？②如何认识及实现正确之法？”^①细言之，第一个基本问题指向于法的概念论和价值论，它不但要求我们回答“法律是什么”的问题，而且要求我们回答何种法律才可能被称为正确，不仅如此，它还需要回答这两者之间是否存在着必然的关联，即法的正确性是否必然包含在法概念中；第二个基本问题则指向于法的认识论与效力论，它要求我们在第一个问题得到回答的基础之上，采用何种方法去认识和实现这种法律，使之真正地成为调节社会关系的行为规范。就法概念而言，它追问的是法何以能成为所是，换句话说，法作为调节社会生活的规范其内在规定性的特征是什么？这是法律作为一门独立的学科首先要解决的问题，不过基于不同的观察立场，各个法学流派对法概念的回答却大相径庭。同时，就目前法概念的研究而言，尚未对法概念达成一致的认识，并且随着论争的加剧反而呈现出更多的分离之势。^②

① [德] 阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，法律出版社2002年版，第51页。

② 就法概念而言，这种分离之势不仅体现在以哈特为代表的法实证主义者与坚持道德与法律存在必然联系的德沃金、富勒等人的分歧中，同时在法实证主义内部，法概念也出现了分歧，按照在概念上处理道德与法律分离强度的不同，又出现了包容性法律实证主义和排他性法律实证主义。概言之，随着法哲学的发展，法概念并没有朝着共识一致的方向发展，反而是更加异彩纷呈，或许没有定论的法概念正是法哲学魅力之所在。

台湾学者颜厥安教授认为，“法是什么”更精确的陈述乃是：何者是具有“法效力”之“规范”？^①那么，究竟“哪一种法概念是正确的或完备的呢？这一问题的答案又可以转换为三个因素之间的相互关系——即权威颁布（authoritative issuance）、社会实效（social efficacy）和内容正确（correctness of content）”^②。对应于上面的三个要素，罗伯特·阿列克西（Robert Alexy）认为法的效力具有三种理解维度：法律教义学的、社会学的、伦理学的。^③法律教义学的有效性是指法的形式有效性，它关注的是由权威颁布的规范的普遍性效力；社会学的法律有效性是指法的社会实效，它考察的是社会事实中的法律效力，而并不顾及守法者的动机；伦理学的有效性是指法的实质或内容的有效性，它强调的是法律效力的正当性（合法性）基础，其理论目标指向于法律内容的正确性。这样我们可以看出，经由对法概念构成要素的不同侧重点的强调，可以推演出不同的法律效力论。^④

如果可以把上文考夫曼教授所言的法哲学的两个基本问题概括为法概念论和效力论的话，那么我们就可以从此发现法之合法性理论之于法哲学的意义。法之合法性乃是探究法律作为

① 颜厥安：《法与实践理性》，中国政法大学出版社2003年版，第33页。

② Robert Alexy, *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, Translated by Stanley L. Paulson and Bonnie Litschewski Paulson, Oxford Clarendon Press, 2002, p. 13.

③ Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, München, 1992, S. 139 ~ 144. 转引自郑永流：《法治四章——英德渊源、国际标准和中國问题》，中国政法大学出版社2002年版，第223页。

④ 需要进一步说明的是，学界公认法之合法性与有效性存在着密切的关联，比如哈贝马斯（Jürgen Habermas）就常常将法律的合法性与有效性进行互换，参见孙国东：“自治性与合法性之间——《法律的沟通之维》”，载〔比〕胡克：《法律的沟通之维》，孙国东译，法律出版社2008年版，译序，第4页。

一种统治方式的理据，也就是被法律所统治的民众何以承认或者接受这种统治。由此，法之合法性从来就不是一个孤立的事物，而是在概念上体现为关系性的特征，“合法性关系的参加者是客体（object）和合法性的受众（audience）。除与受众相关联之外，没有任何东西能够自我合法化（legitimate）。客体要求产生合法性的主张，而满足这一主张之条件的合法性标准，则依赖于作为关系另一方参加者即受众”。^① 法律自我的规定性乃是合法性中的客体要素，而接受这种法律的人们则是受众，所以，合法性要素中的客体指向于法概念问题，而受众对客体的关系则指向于法效力问题。

回溯整个法哲学发展的历史，不难看出正是基于对不同法概念以及法效力的主张，导致不同法学流派的分野，如自然法学派强调的是法律的内容正确，实证法学派则重视法律的权威颁布，而社会学法学派和现实主义法学派则以法律的社会实效为其鹄的。虽然不同的法哲学流派对法概念之构成要素有着不同的侧重，但这并不影响我们作出法概念和法效力是法哲学的一个极其重要的基本命题的判断，由此，法概念以及法效力可以转换的法之合法性命题当是法哲学的基本命题。如果把法哲学比喻成地球的话，那么，法之合法性则是撬动其根基的阿基米德之点。

（二）法之合法性：现代法律^②的阿喀琉斯之踵

近代西方社会，随着经济上资本主义制度的建立和政治上

① Kaaralo Tuori, *Critical Legal Positivism*, Ashgate Publishing Limited, 2002, p. 246.

② 需要指出的是，本书此处所言的现代法律乃是一种特定历史类型的法律制度，其具有时空限定的特征。准确地说，现代法乃是自 19 世纪以来至 20 世纪后半叶已臻完善的在欧美国家所建立起来的法律秩序，它有着一个确定的内核——自治性，当然这种自治并不是绝对的，而是与现代社会存在着血肉联系的，与这种法律秩序相适应的是现代社会以及现代文化，因而这种法律秩序被视为“成熟法”（mature law）。

民族国家的形成，需要建立有效的法律秩序以保证经济上和政治上所取得的成果，因而产生了以主权国家为主导的法律制度。与此同时，认识论上的革新也催生了现代法律制度。奥克肖特（Michael Oakeshott）认为，现代政治思想……在很大程度上是建立在“意志与人为”（will and artifice）的基础之上，而不是建立在古典的“理性与自然”（reason and nature）的基础之上。^① 其实，奥克肖特对现代政治思想的判断也可以运用到对现代法律的认知中去，易言之，“意志与人为”也成为了现代法律的根基。自现代以降，随着世界的祛魅化，法律与道德在概念上的必然关联性逐步隐去，法律仅被人们视为社会整合的工具，其原来所承载的道德价值要求则退居其次。“现代法律——实在法——是人为了人的目的而制定出来的某种东西”，与这种认知相适应，法律应当使用相对简单的（通常是经验的）方法论来确认。法律的存在是一个可以通过观察来回答的事实问题，而不是什么复杂的道德解释和评价的过程，为了确定某个制定法的合法性，只有遵循事实的来源检验才是必需的。^② 如果上述判断可以为真的话，那么，现代法律的基本特征则在于其实证性和自治性。

虽然近代的自然法思想曾经为资产阶级革命充当过合法性基础，然而，随着建立民族国家的政治任务完成之后，以理性或道德为依归的自然法在法律实践中已没有意义了。在实证主义思想的驱使下，现代法律的合法性论证摒弃了旧有的法律之外的理性或道德，代之以从现代法律的自身当中寻求合法性基

① Riley Patrick, *Will and Political Legitimacy*, Harvard University Press, 1982. 转引自谈火生：《民主审议与政治合法性》，法律出版社2007年版，第14页。

② [英] 韦恩·莫里森：《法理学——从古希腊到后现代》，李桂林等译，武汉大学出版社2003年版，第4~6页。

础。在这个意义上,韦伯(Max Weber)直接将现代法律视为形式合理性的法律,内在逻辑的一致成为法律制度的合法性基础。现代法律的合法性的证成在舍去了外部论证的选择之后,唯有从法律科学的内部来完成合法性的论证。

在汉斯·凯尔森(Hans Kelsen)看来,“合法性的原则是指,一个既定法律秩序中的规范,在其有效性被这一秩序所决定方式终结或者被该秩序中的另一规范所替代之前,都是有效的。”^①实际上,凯尔森试图用合法律性(legality)来替代合法性(legitimacy),他希望建立一种以法律规范有效性标准的等级结构的路径来论证法律规范的合法性。因而,法律规范的效力来自于其上位规范,但是在规范效力的层层回溯之后,最终的规范又是什么呢?凯尔森的回答是:基础规范。实际上,我们从凯尔森的合法性论证中发现,他所寻求的法律合法性乃是个别法律规范在法体系中的合法性,而整个现代法律秩序的合法性是由实证法之外的基本规范来完成的。与凯尔森相类似,H. L. A. 哈特用“承认规则”来论证现代法律的合法性。哈特认为,在所有的法律规则中“承认规则”居于最高的地位,它是判定其他规则是否足以具备法律身份的基准,我们认定其他规范为法,乃是因为它们符合“承认规则”所定的条件。^②因而,法律规则的合法性是由“承认规则”提供的。

虽然“基础规范”与“承认规则”可以有效地证明法律规范在既定法律秩序中的有效性,同时这种证明方式则是立足于法律内部证成的立场,但是这种证明方式是有前提性条件限制的,即预设了既定的法律秩序。无论是“基础规范”还是“承

① Kelsen, *The Pure Theory of Law*, California University Press, 1970, p. 209.

② 林立:“试以哈特的分析法学解决法律哲学三大难题”,资料来源: <http://www.yadian.cc/paper/3334/>, 访问时间:2010年5月16日。

认规则”，都没有能够完成作为整体的现代法律秩序的合法性论证，“基础规范”最终只能是一个先验的认识论范畴，而“承认规则”则被勉强地被归结为社会事实。在合法性论证中，现代法律的实证性无法保证整体法律秩序的合法性。与此同时，虽然道德和价值在现代法律合法性的论证中被逐出了，但是，道德和价值等因素对实际社会生活的影响却挥之不去，就法律的内容而言，道德和法律仍然存在着千丝万缕的联系。这样，对现代法律的合法性论证来说，需要解决两个问题：其一，整体的法律秩序能否仅在实证主义的维度中获取合法性？其二，道德或价值又应当如何在法律中安置？

因而，对现代法律而言，其合法性问题的展开并没有随着其内部逻辑一致而终结，反而成为现代法律的一个软肋。

（三）法之合法性：中国法治建设亟待解决的命题

“以 1978 年 12 月中共十一届三中全会召开为标志，中国开始了改革开放的伟大社会变革，当代中国法制也由此进入了一个重建与迅速发展的历史新时代。这是 20 世纪中国法制现代化进程中的一场划时代的革命。”^① 这意味着建设现代法治国家已成为了当下中国社会的基本使命。在此期间，从人治转向法治，从无法可依到有法可依，从政治与法律不分到法律独立，^② 这些都反映了中国社会正向法治之路快速迈进。然而，法治之路并非坦途！其中法治最根本的核心问题乃是以“法治”为名的新的社会秩序本身的合法性。季卫东认为：“今天讨论在中国推行法治，前提当然是要限制滥用权力的政府行为（有制度性腐败

① 公丕祥：“中国法制现代化的进程与前景”，载《南京师大学报（社会科学版）》1998 年第 4 期，第 4 页。

② 参见高鸿钧：“21 世纪中国法治瞻望”，载《清华大学学报（哲学社会科学版）》2001 年第 4 期，第 24～29 页。

的大量事实可以为证),首要的任务当然是要解决有序化社会生活整体的合法性、正当性问题(有新兴宗教和次级文化权力关系如火如荼伸张势力的大量事实为证),而决不能仅仅归结所谓‘功利性的’‘对秩序的呼唤’,或者只是对作为现实状态的秩序进行法律形式上的被动性追认。”^①其实,进入新世纪以来,中国法治进程中的合法性问题的累积在实践和理论两个层面都得到了淋漓尽致的体现。司法实践中的民意与法意的博弈、法学理论中的范式之争都展现了在当代中国法之合法性已成为一个无法回避的问题。

首先,近年来在司法活动中呈现出来的民意与法意的博弈,反映了法之合法性乃是法律实践中亟待研究的议题。^②在中国的法治进程中尽管没有出现如哈耶克所言的法律与立法的二元结构,但是国家主导的立法与民众的认同之间也出现了偏差,法律调整中的“秋菊困惑”并不鲜见,这反映了形式上的现代立法与实际效果以及民众的期望之间存在着相当的距离。如何将国家立法的权威与民众的认同连接起来,这是摆在政治人和法律人面前的重要议题。就司法层面而言,近年来,在中国社会影响较大的“张金柱案”、“刘涌案”、“佘祥林案”、“彭水诗案”以及“邓玉娇案”等,都在不同侧面反映了民意与法意之间的分歧,民意左右判决与依法判决之间存在一定程度的张力。

① 季卫东:《宪政新论——全球化时代的法与社会变迁》,北京大学出版社2005年版,第75页。着重号为引者所加。

② 书中所指涉的“民意”乃是指包含了司法机构以外、与案件事实无直接关联、以多种形式和渠道对司法个案的处置所表达的主流性、主导性的意见和意向。但是由于法学和法律专业人士知识水准方面与其他公众有明显的区别,基于此,在本书中所指的“民意”不包含上述群体对个案处置的意见。参见顾培东:“公众判意的法理解析——对许霆案的延伸思考”,载《中国法学》2008年第4期,第167~178页。