

明\理\文\丛

徐江顺◎著

当代实证主义与 非实证主义之争中的 拉德布鲁赫

RADBRUCH IN THE ARGUMENT OF
CONTEMPORARY POSITIVISM AND
NON-POSITIVISM

华大学出版社



明\理\文\丛

**当代实证主义与
非实证主义之争中的
拉德布鲁赫**

RADBRUCH IN THE ARGUMENT OF
CONTEMPORARY POSITIVISM AND
NON-POSITIVISM

徐江顺◎著

清华大学出版社
北京

内 容 简 介

拉德布鲁赫研究目前是国内的理论热点,但在拉德布鲁赫到底属于实证主义法学派还是属于自然法学派这个问题上没有定论,本书就是为了回答这个问题。

本书揭示出,拉德布鲁赫的三元方法论是其思想的灵魂,正是这一观点方法让他成为从西方传统两大法学流派即法实证主义和自然法的对峙到今天这两大流派的融合的承上启下的人物。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

当代实证主义与非实证主义之争中的拉德布鲁赫/徐江顺著. —北京:清华大学出版社,2017

(明理文丛)

ISBN 978-7-302-46347-4

I. ①当… II. ①徐… III. ①法哲学—哲学思想—研究—德国 IV. ①D909.516

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 021737 号

责任编辑:刘 晶

封面设计:汉风唐韵

责任校对:宋玉莲

责任印制:杨 艳

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编:100084

社总机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质量反馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:三河市春园印刷有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:160mm×230mm 印 张:12 字 数:166千字

版 次:2017年6月第1版

印 次:2017年6月第1次印刷

定 价:78.00元

产品编号:073597-01

序

拉德布鲁赫研究是近年来国内法学界研究的热点。在德语世界和英语世界,亚洲的日本和韩国在 20 世纪初,我国台湾地区在 20 世纪六七十年代,就已经开始了对拉德布鲁赫法律思想的研介。北京大学沈宗灵教授 1992 年写的《拉德布鲁赫的相对主义法学及其后的转向》应该是中国大陆最早研究拉德布鲁赫的论文。2003 年 3 月在北京召开了“第一届中国拉德布鲁赫法哲学思想研讨会”,这届研讨会我亲自参加了,有幸聆听了与会专家学者的精辟见解。中国大陆至今已召开五届拉德布鲁赫法思想研讨会。中国大陆的拉德布鲁赫法思想研究可谓是席卷全国法学界,时至今日发表了很多优秀的研究论文,它们共同推动了中国的拉德布鲁赫法律思想研究,令人欣喜。

正因为此前已有如许多的研究,所以想在拉德布鲁赫研究上再做一点创新是很有难度的。我的博士生徐江顺在我 2012 年 10 月参加在湖南大学召开的第五届拉德布鲁赫法思想研讨会后一起合作撰写《略评拉德布鲁赫法哲学》一文,在这个过程中他就已经显露了根源于比较深厚的西方哲学的功底而对拉德布鲁赫法哲学思想的领悟。那时他就有了以拉德布鲁赫法哲学思想研究作为博士学位论文的选题的意向,我甚是赞成。徐江顺博士求学期间孜孜以求,勤奋踏实,而且勤于思考,勤于动笔,这是他给我印象特别深的地方。这种端正的态度应该是能胜任他的博士学位论文写作的。最后,徐江顺的博士学位论文在完稿后证明是比较成功的。

他的这本著作有这样几个比较突出的特色。首先,选题新颖,将有争议的拉德布鲁赫法律思想(拉氏属于自然法学派还是实证主义法学派?)置于实证主义和非实证主义争论之中,置于二者之间进行阐释、分析,这是研究拉德布鲁赫的新角度。

其次,论文整体架构新颖,以拉德布鲁赫的三元方法论(此前有众多论者认为拉氏的方法是二元方法论)统摄全篇,在文章结构上将传统自然法和传统实证主义理论特点跟拉德布鲁赫的法理论进行鲜明对比,以此明白地回答争论已久的、至今无定论的关于拉德布鲁赫的法理论到底是自然法理论还是法律实证主义,结论是拉德布鲁赫的理论超越了二者。关于拉德布鲁赫理论的超越性此前论争甚少论及。

最后,本书的整体思路力图凸显拉德布鲁赫所提出的“涉及价值的事实”的立场在“二战”以来法律实证主义和非实证主义关于法律和道德关系的争论中的重要地位,还是相当有说服力的。

总之,徐江顺博士通过潜心研读拉德布鲁赫的德文原著以及相关参考文献,呈现了他自己的比较独到的“二战”后的西方法律思想史上的拉德布鲁赫的学术地位和价值,诚如他的博士论文答辩决议指出的,对国内的拉德布鲁赫研究有较强的参考意义。

是为序。

吕世伦

2016年国庆节于北京世纪城时雨园

目 录

绪论	1
一、为什么要回到拉德布鲁赫	1
二、拉德布鲁赫在英语世界和东亚	11
三、本书的研究思路	32
第一章 价值与事实的三分——拉德布鲁赫的新康德主义	
三元方法论	34
第一节 新康德主义法学概述	34
第二节 拉德布鲁赫的方法论	38
一、相对主义	38
二、从传统二元方法论到拉德布鲁赫的三元方法论	40
第二章 无事实的价值——传统自然法	44
第一节 传统自然法概述	44
第二节 从自智者学派到孟德斯鸠的论述看传统	
自然法作为无事实的价值	46
一、智者学派：与自然相一致	46
二、柏拉图与亚里士多德：正义作为自然法价值的核心	47
三、西塞罗、奥古斯丁与阿奎那：永恒不变的自然法	49
四、格老秀斯：理性的张扬	51
五、霍布斯：否弃野蛮，追求和平	51
六、洛克与卢梭：自由作为至高无上的价值	52
七、孟德斯鸠：以生存为目的	54

第三章 无价值的事实——传统实证主义	55
第一节 传统实证主义概述	55
第二节 从边沁和奥斯丁的论述看传统实证主义作为 无价值的事实	58
一、边沁：区分法律的应然和实然	58
二、奥斯丁：法律是主权者的命令	59
第四章 涉及价值的事实——拉德布鲁赫的法概念和法理念	65
第一节 拉德布鲁赫的法律概念	65
第二节 拉德布鲁赫的法理念	69
一、理念与法理念	69
二、拉德布鲁赫的法理念	73
第五章 涉及价值的事实的进路对当代法学论争的启示	115
第一节 当代实证主义和非实证主义概况	115
第二节 拉德布鲁赫的法概念对哈特与德沃金的争论的启示	125
一、涉及价值还是与价值无涉——哈特与德沃金关于 法律概念的争论	125
二、拉德布鲁赫对哈特与德沃金的争论的启示	134
第三节 拉德布鲁赫的法理念对哈特与富勒的争论的启示	143
一、分离命题与联系命题——哈特与富勒关于法律 与道德的关系的争论	143
二、拉德布鲁赫对哈特与富勒的争论的启示	156
结束语	167
参考文献	175
后记	182

绪 论

一、为什么要回到拉德布鲁赫

古斯塔夫·拉德布鲁赫(Gustav Radbruch)是德国著名的新康德主义法学家,被考夫曼称为最后一位古典法哲学家。^[1] 拉德布鲁赫 1878 年 11 月 21 日出生于德国吕贝克。1902 年 24 岁时在弗朗茨·冯·李斯特的指导下以论文《相当因果论》(*Lehre von adquaten Verursachung*)获得法学博士学位;1903 年 12 月以论文《行为概念:其对刑法体系的意义——兼谈法学体系论》(*Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*)获得海德堡大学教授资格,1919 年任基尔大学正教授;1921 年被任命为维尔特内阁司法部长;1923 年二度出任斯特莱斯曼内阁司法部长;1933 年被解除巴登邦公职。1945 年恢复教职,担任海德堡大学法学院院长。1948 年结束教学生涯;1949 年突发心肌梗塞在海德堡逝世。到目前为止最完整的拉德布鲁赫的著作集是由阿图尔·考夫曼从 1987 年至 2003 年搜集整理的 20 卷的《拉德布鲁赫全集》[*Gustav Radbruch, Gesamtausgabe(GRGA), hrsg. von Kaufmann, 20 Bände, 1987—2003*]。前三卷是拉德布鲁赫的法哲学著作,书名分别是《拉德布鲁赫全集——拉德布鲁赫法哲学 I》《拉德布鲁赫全集——拉德布鲁赫法哲学 II》《拉德布鲁赫全集——拉德布鲁赫法哲学 III》。《拉德布鲁赫全集——拉德布鲁赫法哲学 I》收集了拉德布鲁赫写于 1910 年的法哲学著作《法学导论》(*Einführung in die Rechtswissenschaft*),《拉德布鲁赫全集——拉德布鲁赫法哲学 II》收录了拉德布鲁赫写于 1914 年的法哲学著作《法哲学基本特

[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,13 页,北京:法律出版社,2013。

征》(*Grundzüge der Rechtsphilosophie*)和写于1932年的法哲学著作《法哲学》(*Rechtsphilosophie*)。《拉德布鲁赫全集——拉德布鲁赫法哲学Ⅲ》收录了拉德布鲁赫写的26篇论文,其中11篇写于纳粹统治时期,15篇写于纳粹倒台之后。拉德布鲁赫重要的法哲学著作有:《法学导论》(*Einführung in die Rechtswissenschaft*, 1910),《法律哲学基础》(*Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1914),《社会主义文化论》(*Kulturlehre des Sozialismus*, 1922),《法理念的难题》(*Die problematik der Rechtsidee*, 1924),《法的理念与法的质料》(*Rechtsidee und Rechtsstoff*, 1924),《法律上的人》(*Der Menschen im Recht*, 1927),《法哲学》(*Rechtsphilosophie*, 1932),《法律的不公正和超越法律的公正》(*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, 1946),《法哲学入门》(*Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1947),《法律智慧警句集》(*Aphorismen zur Rechtsweisheit*, 1963)。

拉德布鲁赫在从西方传统两大法学流派即传统自然法和传统实证主义的对峙到当代实证主义和非实证主义论争中起到承上启下的作用,他的视法律为涉及价值的事实的立场的用意是努力弥合近百年来传统自然法和传统实证主义之间的鸿沟,他的这一立场在“二战”后事实上成为了当代实证主义和非实证主义关于法律与道德的关系的争论的研究进路。沿着这一进路,争论中的非实证主义一方坚决主张法律跟道德的概念上的联系,但它不同于传统自然法(即用阿列克西的术语说,传统自然法可称为“排他的非实证主义”),而是在跨越极端不正义的门槛之前承认法律的效力和它的实证性的“包容的非实证主义”;而当代实证主义也在拉德布鲁赫的涉及价值的立场的进路中发展出“包容的实证主义”,它不再绝对排斥法的价值,而是持一种法与价值的可能的联系的立场。

拉德布鲁赫的三元方法论是本书的分析框架。拉德布鲁赫认为,人们对存在的现实(*Gegebenheit*)有三种看法:无事实的纯价值、无价值的纯事实、涉及价值的事实。这就是拉德布鲁赫的三元方法论。拉德布鲁赫以其三元方法论概括出传统自然法是视法律为纯粹价值的立场,而传统实证主义视法律为与价值无涉的纯粹事实的立场,拉德布鲁赫以其涉及价值的

事实的立场修正了传统法学理论的不足,捍卫了自然法对价值的张扬,批判了实证主义对价值的否定,它使事实脱离了价值的涵摄,同时又批判了传统自然法对法律实证性的忽略,它使价值游离于事实之外,而以其提出的三大理念丰富了法律概念的内涵。当代的实证主义和非实证主义关于法律与道德的关系的争论正是在拉德布鲁赫的研究进路中的延续。

法律实证主义和非实证主义(近代以前是自然法学)是西方法学史上两大传统流派。当代法律实证主义包括分析法学和社会法学,以19世纪兴起的实证主义哲学作为思想背景,看重法律的现实、形式层面的分析而主张搁置对法律中的价值因素的探讨。非实证主义主要指在承认法的实证性的同时坚持法律与道德的概念上的必然联系的法学流派。当代法律非实证主义跟传统自然法的重要区别在于:不再认为存在两套法律规范,即作为道德法的高级法和制定法,而是跟法律实证主义一样,认为只存在一套法律规范体系,不过在这个体系中,法律跟道德存在必然的联系。它们的对峙是西方哲学史上形而上学传统和反形而上学传统关于世界的根基的观点的对峙在法学领域的体现,反映在法学领域其核心观点是关于法律的根基问题的对峙。实证主义基于反形而上学的立场反对将法律建基于道德之上,而非实证主义从形而上学的立场出发主张为法律寻找道德基础。这就是长久以来实证主义和非实证主义论争的实质所在。也就是说,双方争论的核心在于法律跟道德的关系。法律实证主义认为,道德的法律和不道德的法律以及跟道德无关的法律都是法律,亦即在法律概念之中,道德是没有好坏之分的。法学分析当然包括对不道德的法律的分析,不能因为它不符合道德标准就将其置之一旁。这就是哈特所说的广义的法律概念。既然道德的法律和不道德的法律以及跟道德无关的法律都是法律,也就是说,三者法律概念中没有区别,那在对法律的概念思考时对道德的突出就没有必要。当然,如果恰巧在法律的内容里包含了道德,那也是法律实证主义所不排斥的,但会将它跟不道德的内容和跟道德无关的内容同等看待罢了。当然,这指的是法律和道德的内部关系。在二者的外部关系中,包括包容性法律实证主义和排他性法律实证主义,都不否认法律跟

道德之间有联系。而要明确的是,当代法律实证主义和非实证主义关于法律和道德的关系的争论是关于法律和道德的内在的关系即在概念上的联系与否的争论。与此同时,法律非实证主义虽然不像传统自然法那样认为在实在法之上有“高级法”的存在,但认为在实在法的概念中存在着法律与道德的必然联系。

在今天西方法学领域中实证主义和非实证主义有过几次大的争论,包括哈特和富勒的论战、哈特和德沃金的论战、拉兹和阿列克西的论战等。双方争论的焦点正在于法律的道德基础的有无。阿图尔·考夫曼(Arthur Kaufmann)认为拉德布鲁赫是在自然法和实证主义之外寻求第三条道路的第一人。他说,拉德布鲁赫是跨越自然法和实证主义的一座桥梁。^[1]

拉德布鲁赫在以其相对主义和三元方法论弥合传统自然法和传统实证主义之间的鸿沟上取得了初步的成功,当代的实证主义和非实证主义的论争正是在拉德布鲁赫的三元方法论的进路中对传统实证主义和自然法的争论的延续。在三元方法论的基础上,拉德布鲁赫严格区分了自然科学、法哲学和文化科学。自然科学持无视价值的态度;法哲学持价值评判的态度;文化科学持涉及价值的态度。而将法律科学界定为涉及价值的文化科学,是拉德布鲁赫独到的贡献,这就为拉德布鲁赫勾连传统自然法和实证主义提供了理论方法。而相对主义是拉德布鲁赫理论的基本立场,拉德布鲁赫认为实证主义和自然法都不具有绝对的地位,正确性应该存在于二者的关系之中。正是基于这种相对主义的立场,拉德布鲁赫用同样相对的,即各自都不具有绝对地位的三大法理念——正义、合目的性和法的确定性来代替了传统自然法单一的价值维度和传统实证主义的单一的现实维度。正义理念是传统自然法学的主题,合目的性理念是一个实效性观念,是社会法学的主题,法的确定性理念是分析法学的主题。拉德布鲁赫将正义、合目的性和法的确定性三者视为法律的三个最高价值。三要素在不同时期各有侧重,是相对的,同时法的目的性是相对的,正义也是相对

[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,131页,北京:法律出版社,2013。

的。这样一来,拉德布鲁赫大大拓展了法概念和法理念的内涵,而将传统自然法所主张的道德正确性和传统实证主义所主张的确定性与实效性都涵括进来,从而使法律的根基更加牢固。尤其值得一提的是拉德布鲁赫的合目的性理念,早期的合目的性理念是在超经验层面上被理解的,是法律的价值维度,而在后期,拉德布鲁赫又在经验层面上理解合目的性,将其等同于公共利益。从拉德布鲁赫对合目的性理解的前后变化以及他的涉及价值的事实立场可以看出他融合法的价值维度和现实维度的努力、为弥合传统法学鸿沟所做的努力,正是拉德布鲁赫的这种努力使得实证主义跟传统的自然法的争论在当代以实证主义跟非实证主义为争论双方在更高的平台得以延续。

众所周知,拉德布鲁赫的这一视法律为涉及价值的事实的立场一开始就受到其同时代的奥地利法学家凯尔森的挑战。凯尔森认为,“法律科学一直以来跟心理学、社会学、伦理学以及政治理论等因素不加批判地搅和在一起”^[1],因此,凯尔森的理论目标是在法学研究中排除一切价值和社会、心理事实因素,打造纯而又纯的规范法学,因此,他的理论被称为“纯粹法理论”。凯尔森认为,作为“纯粹法理论”的法律科学有其自身的特点。法律科学所陈述的法律规范是叙述性的,而不像立法中的法律规范是规定性的,这种叙述意义上的法律规范也不同于自然法则,两个自然法规则之间的联系词是“是”,而两个制定法规则之间的联系词是“应当”。法律规范作为一种价值评判有其自己的特点,这就是以“合法”或“非法”作为标准。凯尔森说:“那些具有法律规范性质、使得某些行为合法或不合法的规范是法律科学的对象。”^[2]跟道德判断、政治判断以及正义判断相比,法律价值是客观的,而道德判断、政治判断以及正义判断是主观的。因此,凯尔森在

[1] Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, translated by Max Knight, Berkeley: University of California Press, 1967, p. 1.

[2] Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, translated by Max Knight, Berkeley: University of California Press, 1967, p. 4.

实证主义和自然法之间创立了第三条道路。^{〔1〕}关于这个看法可以找到更进一步的解释。张书友在他翻译的凯尔森的《纯粹法理论》第一版中,曾谈到凯尔森对纯粹法的理解,一方面,相较于自然法,实在法是实然,而自然法作为评价与判定实在法的标准是应然,凯尔森坚持这个意义上的实然而拒绝这个意义上的应然,主张只对实在法进行客观描述,而对实在法的好与坏、对与错不进行评价;另一方面,相较于存在的事实,实在法又是应然,而立法、司法、守法的事实是实然,凯尔森坚持这个意义上的应然,拒绝这个意义上的实然。^{〔2〕}这就是凯尔森的中间道路。

凯尔森和拉德布鲁赫两人都试图在自然法跟实证主义之间寻找中间道路。但是,跟拉德布鲁赫不同,凯尔森的“纯粹法理论”既不把法律看作无价值的纯粹事实,也不把法律看作无事实的纯价值,同时又不把法律看作涉及价值的事实。可以看出,凯尔森的理论跟拉德布鲁赫的理论是针锋相对的。在凯尔森看来,法律只是人类为自身管理的需要制订的规范而已,“法律就是法律”,它仅仅是这个意义上的“事实”。凯尔森在寻找中间道路时完全退缩到规范(包括法律规范和基础规范)自身之中,而法律自身的效力又依赖于那说不清、道不明的基础规范。为了防止效力链的无限倒退,它必须止于“基础规范”,也就是说,不能追问“基础规范”的效力渊源。意大利的布鲁诺·谢拉诺(Bruno Celano)教授将凯尔森的基础规范简明扼要地表述为“其有效性不是由任何其他的有效规范推导而来的规范”^{〔3〕}。凯尔森也确实坦然承认,“基础规范”是一个方便的理论假设。即当人们说某一或某些规范是有效的时候,就假定存在着一个基本规范,就像当人们讨论“现任法国国王是否是秃头”时,就假定目前存在一个法国国王一样。布鲁诺·谢拉诺从论证凯尔森关于法律的效力的角度认为凯尔森的基本

〔1〕 参见[英]迈克尔·史蒂文·格林:《凯尔森与法律系统的逻辑》,载陈锐编译:《法律实证主义:从奥斯丁到哈特》,106页,北京:清华大学出版社,2010。

〔2〕 参见[奥]凯尔森著:《纯粹法理论》,张书友译,前言第27页,北京:中国法制出版社,2008。

〔3〕 [意]布鲁诺·谢拉诺:《凯尔森的法律权威概念》,载陈锐编译:《法律实证主义:从奥斯丁到哈特》,179页,北京:清华大学出版社,2010。

规范不是一个令人满意的答案。因为在凯尔森看来,说一个规范是有效的,就等于断定、重述、接受、赞成那一规范本身。然而,根据凯尔森的基本规范理论,一个一般规范的效力要追溯到这一规范所属的法律体系的最终的基本规范,但按照凯尔森的关于“效力”的含义,说一个规范是有效力的,就等于对这一规范的断定、接受、赞成,也即人们的“法律认识(规范法理学)规定了对实在法的服从”,法律科学断定了“法律应当被服从”。但凯尔森的这一论断跟其作为最基本的认识性的、元伦理信条的基本规范是明显冲突的,因此,从根本上说,凯尔森的纯粹法理论是不一致的。^[1] 斯坦利·鲍尔森(Stanley L. Paulson)指出,法律效力的基础来源于正义观念或道德理想,一个规范是因为服务于特定的社会公正才是有效力的,因此其效力可能由某一更高级的伦理规范推导出来。所以“为了说明我们对有效法律规范的实际认识,凯尔森不能证明他对归责性联系与规范法理学的说明是绝对必要的,这就使得凯尔森的法律实证主义处于无根基的地位”^[2]。而拉德布鲁赫的理论目的正是基于传统形而上学的立场,为法律寻找法律之外的根基。从以上对凯尔森理论的缺陷的分析可以看出,必须跳出法律规范之外寻找法律的根基,因此,拉德布鲁赫的涉及价值的立场是重要的。

而当代实证主义和非实证主义的争论在一定意义上是凯尔森跟拉德布鲁赫的“对话”的延续。当代实证主义者如哈特和拉兹虽不同于凯尔森对社会事实的排斥,但他们一如既往地坚持将价值因素从对法律的概念的考量中排除出去。这在拉兹跟阿列克西的争论中表现得尤其突出。拉兹是继哈特之后实证主义的执牛耳者,而阿列克西的理论被认为是回应拉德布鲁赫的最显著者。拉兹跟阿列克西之间有过几次直接和间接的争论。如2003年国际法哲学与社会哲学第21届世界大会上阿列克西与拉兹的弟

[1] 参见[意]布鲁诺·谢拉诺:《凯尔森的法律权威概念》,载陈锐编译:《法律实证主义:从奥斯丁到哈特》,184~187页,北京:清华大学出版社,2010。

[2] [美]哈南伽伊·施瓦库马:《作为理想模型的纯粹法——以韦伯式的方法论为基础为凯尔森辩护》,载陈锐编译:《法律实证主义:从奥斯丁到哈特》,157页,北京:清华大学出版社,2010。

子约翰·加德纳(John Gardiner)的论辩,2005年国际法哲学与社会哲学第22届世界大会上,阿列克西与拉兹的另一弟子安德瑞·马默(Andrea Marmo)的辩论。2009年拉兹在上海复旦大学社会科学高等研究院作了题为《新世界秩序中的个人权利》的演讲,而阿列克西于2011年在上海复旦大学法学院针锋相对地作了题为“法律、道德与人权的存在性”的演讲。这被看作作为“包容性非实证主义者”的阿列克西与“排他性实证主义”的拉兹形成了富有学术意义的呼应和互动。拉兹的“社会事实命题”或者说法律渊源论是其排他的法律实证主义的最大特色。拉兹说,社会论题(social thesis)一直是实证主义者思考法律问题的基石。它正确反映了“法律”一词的含义和日常语言中的相关术语,它清晰地区分了对法律的描述和对法律的评价。对社会论题的坚守能消除研究者的偏见,它要求研究者将评价的观点和道义的观点放置一旁,而唯一地依赖于那种以价值中立的方式研究和描述的思考。支持社会论题的最重要的理由还在于法律的特性是一种社会制度。在此基础上,拉兹还进一步区分了弱社会论题(weak thesis)和强社会论题(strong thesis)。拉兹说,对一个法律体系的确认和其存在的检验有三个要素,即社会实效、制度特性和渊源,弱社会论题和强社会论题的区别就在于,前者只坚持法律的社会实效和法律的制度特性,而后者除了坚持法律的社会实效和法律的制度特性之外,还坚持法律的存在和内容由社会渊源所决定。总之,它认为在理解法律概念时只需参酌立法、司法、守法等社会事实,而无须考虑社会道德因素。^{〔1〕}而阿列克西则认为法律概念不仅包含制定性(due enactment)和社会实效(social efficacy),还包含实质正确性(substantial correctness)。^{〔2〕}在拉兹那里,法律的本质是对权威的宣称。拉兹说,法律的权威的问题是,关注一定的行为具有法律后果这一事实对实践考虑的一般影响和对道德考虑的特殊影响的方式。^{〔3〕}

〔1〕 See Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 41-47.

〔2〕 参见[德]罗伯特·阿列克西:《法:作为理性的制度化》,雷磊编译,1页,北京:中国法制出版社,2012。

〔3〕 See Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2009, *Preface to the First Edition*, p. x.

即人们为什么在权衡了所有选择之后,会放弃自己对某事的判断而选择权威的决定?拉兹用关于理由的理论来解释权威,用拉兹的话说,“权威的指示就是我们的理由。对权威的接受则建立在这种信念之上,即权威的指示有很好的理由,在指示适用的事情上只要我们依靠这些指示,而不是依靠我们自己对其好坏的独立判断,那么它们就会产生它们想要产生的利益。这就是承认做决定的权力应当拥有权威[所具有]的全部意义”〔1〕。拉兹认为,人类行为的理由分为两种,一种是第一顺序的理由,即做某事的理由;另一种是第二顺序的理由,即根据某一理由而行为或不行为的理由,也就是理由的理由。根据另一理由而行为的理由叫作“肯定的第二顺序理由”,根据另一理由而不行为的理由叫作“否定的第二顺序理由”,拉兹把“否定的第二顺序理由”又称作“排他性理由”(exclusionary reason)〔2〕。当某一事实既是行为的第一顺序理由又是“排他性理由”(即只如此行为而不别样行为)时,这一事实就是行为的“保护性理由”(protected reasons)。“如果存在法律对某一行为的要求是做出那一行为的保护性理由,那么法律就拥有权威;亦即,如果法律的存在是合适的行为而排除相冲突的考虑的理由,法律就是有权威性的。”〔3〕拉兹认为,权威的作用就是在人们的行为和行动理由之间充当媒介。拉兹说,如果人们根据权威所提供的理由行动,比起他对自己所认为的正当的理由的考虑来行动,能够更完满地符合正当理由的要求,那么,这时就应该理性的接受权威的指示。这就是拉兹的“规范证立命题”(normal justification thesis)〔4〕。当权威的指示使人们的行动成为道德上正当的,那这个权威就是人们行动的理由。法律起这种作用的两种典型场合是一般人不能拥有的专业知识领域和需要法律的协调来进行合作的场合。这时“与内容无涉的法律理由也可能同时就是行动的道德理由”〔5〕。综上,在拉兹这样的排他性实证主义者看来,法律之所以是法律,

〔1〕 [英]约瑟夫·拉兹:《实践理性与规范》,朱学平译,224页,北京:中国法制出版社,2011。

〔2〕 See Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 16-17.

〔3〕 Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 29.

〔4〕 [英]约瑟夫·拉兹:《自由的道德》,孙晓春等译,48页,长春:吉林人民出版社,2011。

〔5〕 [美]朱尔斯·L.科尔曼:《原则的实践》,丁海俊译,158页,北京:法律出版社,2006。

只因为它只要求权威性，即我们为什么要遵守法律？回答是，因为这是法律的规定，原因止于此。如果在法律的规定这个原因之外还要追问别的原因，那就谈不上法律的权威了。而阿列克西说，法律必然提出正确性的宣称，且这种宣称包含了道德上的正确性。

这种对权威的宣称和对正确性的宣称的对峙实际上正是对法律与道德的关系的“分离命题”和“联系命题”的主张的不同。显然，“分离命题”坚持的是价值无涉的立场，法律的正确性的源头不在法律的道德性质那里，而“联系命题”坚持的是拉德布鲁赫的涉及价值的立场，法律的正确性源于其道德价值的正确性。而涉及价值的立场说白了就是对普通人的常识的看法的坚持。因为在普通人的常识和经验中，谈到法律，必问及其价值，这包括法律的作用及跟道德的关系。而拉兹的法律权威观要求人们的疑问止于法律的规定，说法律已经为我们准备好了一切，行动的理由就交给法律好了，不用我们多操心。而这管用吗？人们真的会放心地把一切交给法律去操心吗？答案当然是否定的。实证主义总是力图从科学的角度出发，试图条分缕析地剖析法律，在这个过程中力图避免缺乏客观性的价值甚至包括避免分析者自身的主观性的干扰，而生产出一个干干净净的跟价值一尘不染的叫做“法律”的物件来，然后站在它的旁边将其展示给人看：“看，这就是法律，一个实实在在的独立的存在！”但是，实证主义者也承认，法律是人创造出来的，是个人造物。既然是人创造出来的，它的创造者怎么可能不赋予其某种价值呢？甚至包括人们总难以避免地忍不住要追问，这个人造物到底道德不道德？所以拉德布鲁赫要做的就是，与其违背人们的正常观念，不如在接受这种常识的前提之下来剖析这种常识法律观的具体内涵。当然，这种剖析到底说清了法律的价值没有，那是另一回事。但是，今天包括今后的法学还在、仍会继续这一事业，即努力理清法律跟道德的关系，这会一直是法学的一个重要主题，就像爱情永远是文学的主题一样，经久不衰。