

法律体系的概念

〔英〕约瑟夫·拉兹 著



創于1897

商務印書館

The Commercial Press

法 念

[英] 约瑟夫·拉兹 著

吴玉章 译

 商务印书馆
The Commercial Press

2017年·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

法律体系的概念 / (英) 约瑟夫·拉兹著; 吴玉章译. —北京: 商务印书馆, 2017
ISBN 978-7-100-12939-8

I. ①法… II. ①约…②吴… III. ①法律体系—研究
IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 013906 号

权利保留,侵权必究。

法律体系的概念

〔英〕约瑟夫·拉兹 著

吴玉章 译

商务印书馆出版
(北京王府井大街 36 号 邮政编码 100710)
商务印书馆发行
北京市艺辉印刷有限公司印刷
ISBN 978 - 7 - 100 - 12939 - 8

2017 年 6 月第 1 版 开本 850×1168 1/32
2017 年 6 月北京第 1 次印刷 印张 9 1/4

定价:32.00 元

Joseph Raz

THE CONCEPT OF A LEGAL SYSTEM

An Introduction to the Theory of Legal System

© Oxford University Press 1970, 1980

本书根据牛津大学出版社 1980 年第 2 版译出

前 言

本书基于本人在牛津大学所提出的一个理论命题之上。我希望承认自己曾经从哈特教授那里受益匪浅。我从他已经出版的著作,从他的讲课,更多的是从他对本书草稿的非常耐心和仔细的批评中受益良多。同样,我非常感谢他的持久的鼓励和指导。

我也非常感谢哈克博士,他与我曾经就本书所讨论的题目进行过多次有启发性的对话;我还非常感谢肯尼博士,他曾经阅读并评论了我写的关于边沁和凯尔森的两篇论文,而这些论文又构成本书第三—五章中某些论述的基础。

我之所以能够在牛津学习得益于耶路撒冷的希伯来大学的资助,它确保了必要的资金,特别是由于波斯南斯基先生的友好的关心和兴趣。

哈特教授和哈克博士都曾经阅读了本书的前几稿。如果不是为了减少他们的痛苦的话,本书会出现许多超出允许限度的议论和英语语法上的错误。

目 录

导言	1
第一章 奥斯丁的法律体系理论	6
一、主权	8
二、存在标准	14
三、身份标准	23
四、一种法律体系的结构	29
第二章 对奥斯丁理论的批评	34
一、主权的无限性	35
二、论个人的服从	42
三、主权的统一性	45
四、论立法	48
五、论独立性	52
第三章 一种规范理论的要素	56
一、规范性陈述	57
二、一个规范的要素	64
(一)边沁对规范结构的解释	64
(二)凯尔森论一个规范的结构	76
三、规范的存在	77

(一)派生性规范的产生条件	78
(二)派生性规范的终止条件	80
(三)原初性规范的存在条件	83
第四章 法律的个别化	89
一、个别化问题	89
二、凯尔森关于法律个别化问题的认识	97
三、凯尔森与边沁的比较	107
第五章 凯尔森的法律体系理论	117
一、一种法律体系的存在	118
二、身份的标准	120
三、身份标准——基本规范的作用	126
四、身份标准——有效之链	131
五、一种法律体系的结构	137
(一)两种可供选择的个别化原则	138
(二)把一种分类延伸下去的可能性	139
(三)静态原则的首要功能	140
六、论独立规范	143
第六章 作为规范体系的法律体系	151
一、强制性规范	152
二、基本规范和动态论证	160
三、一种体系的结构和它的法律的个别化	176
(一)限制性要求	177
(二)指导性要求	179
四、义务性法律	183

五、授权性法律	195
第七章 作为法律体系的法律制度	209
一、论法律的规范性	209
二、论允许	211
三、论规定权利的法律	218
四、生成的和运行的结构	228
第八章 法律体系的特性	233
一、非临时性法律体系的特性	233
二、临时性法律体系的特性和成员身份	236
三、论承认规则	245
第九章 关于法律体系的存在	252
一、关于效力原则	252
二、某些进一步的建议	255
附录:来源、规范性和个别化	260
参考书目	293
索引	299

导 言

1

本书是对一种一般性研究法律体系问题的一种介绍。它既是对法律体系本质的一种研究,同时也在审视如下事实的假设和含义,即每种法律必然属于一种法律体系(英格兰法,日耳曼法,罗马法,教会法或者其他法律体系)。全面的研究可能会产生一种人们所说的法律体系理论。这样的理论应该是普遍的,因为它适用于所有的法律体系。如果这种理论成功的话,它也就解释了法律体系的概念,并且构成一般意义上的分析法理学的一个组成部分。

研究本书所确定的主题的方法部分属于历史研究,起始于对先前理论的批判性研讨。而本书的建设性部分,则具有分析性的特点。还有,本书在历史部分所审视的所有作者都属于分析法理学派。如果从分析的角度出发,一种完整的法律体系理论应该包括对如下四个问题的回答。

(1)存在问题:一种法律体系存在的标准是什么?我们曾经区分了现存的法律体系与那些已经不存在的法律体系和从来没有存在过的法律体系(如柏拉图设想的理想国家的法律)。进而,我们说,法国的法律体系存在于法国而不是比利时。我们又说,巴勒斯坦现存的法律不同于30年前在那里生效的法律。法律体系理论的一个目的是提供一些标准来判断上述这些陈述的真假,我们把

它称为法律体系的存在标准。

(2)特征问题(以及与之相关的成员资格问题):决定一种法律归属于某一体系的标准又是什么?事实上,是有一些关于成员资格的标准,人们从中可以推导出关于特质的标准,并回答哪些法律构成一种体系。

2 (3)结构问题:所有的法律体系是否都有一个共同的结构?或者某类法律体系是否具有共同的结构?属于同一个法律体系的那些法律是不是具有某些反复出现的关系模式?究竟是什么构成重要的法律体系之间的差别?

(4)内容问题:有没有一些法律,它会以这样或那样的形式出现在所有的法律体系中或者某类体系中?有没有一些内容对于所有的法律体系都是不可缺少的?或者有没有一些重要的内容可以区分重要的法律类型?

虽然每一种法律体系的理论都必须对前两个问题提供一个答案,因为存在和特征的标准对于任何关于法律体系的充分的定义都是必然组成部分,但是,这些理论完全可以对上面的后两个问题持否定回答。这些理论可能会主张说,根本就没有适合于所有法律体系的结构或共有的内容。不过,审视结构和内容对于任何法律体系类型的理论来说,也是非常根本的(它也涉及我们如何命名比较法理学中的分析部分)。

本文只涉及上面四个问题中的前三个问题,而且,这样限定是由于它们与一般意义的法律体系理论有关。除了哈特之外,分析法理学家们还没有注意到上述第四个问题,即内容问题。而且,由于我们已经选择主要通过批判地审视以前的理论来发展我们的系

统结论,几乎完全不考虑内容问题也很自然。不过,在第六章和其他一些章节,我们还会就内容问题与其他三个问题之间的相互联系发表一些意见。

法律体系理论所包括的这四个问题,在大多数情况下,为几乎所有的分析法学家们所忽视。人们习惯上似乎一直认为,理解法律的关键步骤就是界定一条法律,而且,人们还未加思考就假定,界定一种法律体系并不进一步涉及任何的后果问题。凯尔森是第一个坚持“如果我们把自己的注意力完全局限于一条单一的鼓励的规则,我们就不可能掌握法律的本质”这种观点的学者。这里可以进一步思考:本文的一个重要命题就是,一种法律体系理论对于任何充分的关于某一法规的定义来说,完全是必不可少的前提。所有的法律体系理论目前在这方面都不成功的部分原因就是它们没有意识到这个事实。

为了论证这个命题,一般的规范理论的某些方面应该加以考³虑(参见第三章和第六章)。不过,本文对一般规范理论的讨论只限于最低限度的必要性,以便能够支持一种一般立场的有效性。

法律的三个基本的和重要的特点是,法律是规范的、制度化的、强制性的。它是规范性的,因为它服务于,或者意味着服务于,作为一种人类行为的指导。法律是制度化的,因为它的适用和法典化在很大程度上是通过特定制度来实现或规定。法律是强制性的,因为服从法律,以及法律的适用,最终是由国家强力提供内在保障。

自然地,每一种法律体系的理论都必须与对这三个特点的阐释相互一致。由于它们的重要性,我们将期待着每一种法律体系

的理论都能够解释法律的这三个特点,至少是部分地解释,因为这些特点对于法律来说至关重要。

强调法律的这三个特点是法律自身至关重要的因素,实际上是我们与当代另外两种分析的法律体系理论的共同之处,它们分别是凯尔森的理论 and 哈特的理论。我们把这些似乎类似的理论之间的区别可以简化为如何解释这三个特点、它们之间的联系、它们各自的相对重要性等方面。这个共同的分母使得我们可以在批判地审视其他类似努力的框架内提出我们的解决方案。

因此,这里对于如何运用上面的那两种理论也有些区别。在提及凯尔森对于法律体系理论的积极贡献之前,他的理论在三个彼此连续的章节中(第三—五章)受到批评和解释。这样做的目的就是对于法律体系理论的问题获得更多更深的理解,以及发现那些在处理这些问题上的困难所在,同时还可以通过认识凯尔森理论的成就和缺陷学到有益的经验。而哈特的理论,它与本文所使用的方法有非常密切的联系,我主要是在说明他对于法律体系理论的贡献(第六—九章)。而其他那些法律哲学家们,他们虽然并没有提出一种完整的法律体系理论,但是他们的观点又与法律体系理论的形4 成有关,因此,他们的某些观点都会在适当章节中给予评论和考虑。

虽然凯尔森是公开而又充分研究法律体系概念的第一人,但是,在奥斯丁的著作中已经隐藏了一种比较完整的法律体系理论。他的理论虽然在若干重要方面不同于凯尔森的理论,却仍然可以被视为是同一种理论的变形。我愿意把这两种理论看作是我所称为的命令方法的两种表现形式。奥斯丁这种理论的形式可能比较

简单一些,我们将从讨论他的理论开始,并且把它作为体现命令方法的典型来看待(第一章)。当然,奥斯丁的理论确实有许多缺陷,但这些缺陷却可以在命令方法的理论框架内得到补救。因此,对他的理论的批评(第二章)不能被当作是这种方法本身有缺陷的证据,相反,我们是把它作为了解凯尔森理论的一个窗口。一旦如此,凯尔森的理论可就不那么容易批评了。

第一章 奥斯丁的法律体系理论

事实上,奥斯丁把“一种(条)法律”视为“主权者对其臣民所发布的一般性命令”。他的法律体系理论就隐蔽在这种定义之中。为了彰显这种理论,我们需要把这个定义一分为三,使每一个部分都能够对应于我们所提出的三个问题。一条法律是:(1)某些人所发出的;(2)一般性命令(奥斯丁习惯于说一套或者既定的法律)^①;(3)而所谓的某些人也就是主权者(他们被某个社会共同体习惯性地服从,但是他们不服从于其他任何人)。

从这个定义的第二部分中,人们可以推导出一种身份标准和成员资格标准。奥斯丁的身份标准是,一种法律体系包括,而且只包括由一个人或者由若干人组成的机关所颁布的法律。而奥斯丁的成员资格标准则是,一条既定的法律属于一种法律体系,而后者包括了制定这一法律的立法机关所颁布的所有法律。^②这也是奥斯丁对于身份问题的回答。

这个定义的第三个部分包括了绝大多数一种存在标准可以从

① 奥斯丁把主权者发布一般性命令的行为称为是立法。

② 参考哈特对奥斯丁立场的概括,见哈特:《法律的概念》,英文版*,第66页。

* 本书所引论著之英文原名,参见书后“参考书目”。下同。——译者注

中抽绎而出的材料。这个存在标准是：(1)如果所有法律的共同立法者是主权者，法律体系就存在。(2)如果法律是普遍有效的，法律体系就是存在的。从(1)向(2)的过渡为如下事实所保障，即只有当一个人被习惯性地服从时，他才是主权者，当并且只有当他发布的命令被普遍地服从时，他才是被习惯性地服从。在第二章的有关章节里，我们将修正这个标准，以便使它更加准确。

这个法律定义中的第一部分是我們现有的了解奥斯丁关于一种法律结构的意见的唯一线索。他从来也没有直接处理这个问题，但是，他对于一般性命令却说了很多，而这些足以使我们重新组织一种初步的法律结构理论。本章主要的争论之一是这种理论排除了构成一种法律体系必要组成部分的法律之间内部联系的可能性。所谓法律之间的内部联系是指，一条或数条法律规范的存在涉及或者是以其他法律规范的存在为前提的。因此，奥斯丁也就排除了一种法律体系必须也必然要具有的规范之间的内部联系。

上面这样一种简单的概括表明，奥斯丁的法律体系理论实质上就是他法律定义的副产品。理论和定义都围绕着并且预先假设了一个基本概念的可适用性，即主权的概念。因此，我们将通过仔细思考他的主权概念，进而讨论他的存在标准，最后再涉及他的法律结构理论（这为他的法律体系结构理论奠定了基础）这样的顺序开始我们对于奥斯丁理论的详细研究。

一、主权

在奥斯丁之前,主权一直是一个哲学和政治学的术语,不过,后来它被边沁改造了。边沁写道:“当一批人(我们可以称其为臣民)假定是处于服从一个人或若干人组成的机关时(我们可以称其为统治者或统治群体),根据一种已知的、确定的对这种关系(统治者与臣民)的描述,这些人据说就处于政治社会的状态之中。”^①人们只要把边沁的说法与奥斯丁的解释比较一下就可以发现,边沁对于奥斯丁的影响有多大。奥斯丁认为,“社会中如果有一个确定的至上者,他又没有处于服从其他至上者的状态中,但是却从既定的社会获得了大众的服从,这个确定的至上者就是这个社会的主权者,而且这个社会(包括至上者在内)也就是一个政治的和独立的社会。”^②

边沁推动而为奥斯丁采纳的两个重要的革新就是:(1)主权既不来自于道德或者道德原则,也不能根据道德或者道德原则加以解释。主权完全依赖于服从习惯这一事实。(2)习惯的概念,以及人们的服从概念,也就是说,服从一个人或一个群体,已经成为解析主权的关键概念了。

这些观点构成奥斯丁主权理论的基础,而且,这些观点来自于边沁。不过,边沁与奥斯丁也有两处重要的区别,学人不能不察。

^① 边沁:《政府片论》,英文版,第38页。

^② 奥斯丁:《法理学研究的范围》,英文版,第194页。

边沁强调“处于一个政治社会的状态中”，而奥斯丁主张“一个独立的政治社会”，而这恰恰是奥斯丁定义为什么包括两个重要条件的原因。一个是积极的或者肯定的（大众习惯上服从主权者），另一个是消极的或者否定的（主权者没有服从他人的习惯）。边沁的定义只提及那个积极的条件。消极的条件只与政治社会的独立性有关，对此，边沁的理论根本没有涉及。奥斯丁曾经评论了这种省略，并说：“边沁先生忘记了注意否定条件的必要性。”^①不过，对于奥斯丁提及的边沁著作而言，这个评论是不准确的，然而，对于边沁在《法律概论》和其他地方对法律的定义而言，它却是真实的。^②《法律概论》是边沁最重要的法理学著作。不过，这种省略只是一个技术性瑕疵，毫无疑问，边沁会赞成奥斯丁所做的修改。在他的《政府片论》中，边沁写道：“假设有一个无可争辩的政治社会，而且，由于大规模的集团的形成，小规模集团就瓦解了。由于这种瓦解，在这个社会中也就不再有与大规模集团对立的小规模团体了。小规模的团体就把自己放回到自然状态之中。……再假设旧政权有大大小小的统治者，大部分民众习惯于从他们那里得到指示或命令，而且，在新政权下他们也是民众得到指示的渊源。这些大大小小的统治者有针对一个人的服从习惯，这个人曾经是一个整体的最高统治者，已经不知不觉地、一点一点地解体了。”表示这些大小统治者特征的名字还可以继续使用，既然

① 奥斯丁：《法理学研究的范围》，英文版，第212页。

② 奥斯丁的论点，即由于每一个政治社会都是独立的政治社会或者是它的一部分，因此，政治社会的定义已经预先假定了一个独立社会的定义，真的是相当荒谬。