

旭东 著

法理文库

法律规范理论之重述

——
司法阐释的角度

山东人民出版社

李旭东 著

法律规范理论之重述

——
司法阐释的角度

图书在版编目(CIP)数据

法律规范理论之重述:司法阐释的角度/李旭东著.
济南:山东人民出版社,2007.2

(法理文库/徐显明,谢晖,王人博主编)

ISBN 978-7-209-04194-2

I.法... II.李... III.法律-研究 IV.D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 014688 号

责任编辑:李怀德

封面设计:武 斌

法律规范理论之重述——司法阐释的角度

李旭东 著

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址:济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编:250001

网 址:<http://www.sd-book.com.cn>

发行部:(0531)82098027 82098028

新华书店经销

日照报业印刷有限公司印装

规 格 32 开 (140mm×203mm)

印 张 12

字 数 250 千字 插页 4

版 次 2007 年 2 月第 1 版

印 次 2007 年 2 月第 1 次

ISBN 978-7-209-04194-2

定 价 25.00 元

如有质量问题,请与印刷厂调换。(0633)8221365



序

《法律规范理论之重述——司法阐释的角度》是李旭东同志的博士学位论文。作为导师，看到学生的博士学位论文即将出版，感到非常欣慰，在此谨致以学术上的热烈祝贺！

法律规范是法学理论的基本概念之一。李旭东博士的这部论著以马克思主义法律观为指导，对法律规范的概念进行了深入详细的梳理与辨析，提出了自己的学术见解。全书以对法律规范的概念研究为中心，考察了自奥斯丁以来，经凯尔森的纯粹法学理论，到哈特、拉兹和德沃金为主要代表的当代西方法学理论传统对法律规范的理论研究轨迹，在当代中国的语境下对法律规范理论的传统资源作出了一种系统化的解释。这对于丰富法律规范概念的认识和法学理论的知识内容，是很有积极意义的。

国外对于法律规范理论的研究，若从1832年奥斯丁《法理学的范围》出版算起，有着比较悠久的历史。仅就法学理论方面来说，20世纪中叶以后，凯尔森的纯粹法学理

论在英语世界得到广泛的传播，并形成了一种独特的法学理论，尤其是其法律规范理论对于建立法律科学的独立地位有着不可低估的意义。美国法学家霍菲尔德发表的两篇同名论文《司法推理中应用的基本法律概念》，成为研究基本法律概念的重要文献，也成为法实证主义的重要代表。1970年代哈特教授的《法律的概念》出版，一举扭转了实证法学和规范研究备受轻视的局面，兴起了新实证主义法学思潮，并且在与富勒、菲尼斯和德沃金等人的论战中，相互砥砺，获得了日益广泛的影响。在哈特之后，麦考密克和魏因伯格教授合著的《制度法学》，拉兹教授的《法律体系的概念》、《法律的权威》、《实践理性与规范》和阿列克西博士的《法律论证理论》等等一系列著作的问世，有力地推动了法律规范理论和法实证主义研究的进一步深入。美国法学家德沃金教授以其对实证法学和价值法学的敏锐判断和灵活的理论趣味，对法实证主义的发展具有重要的影响，他的著作《认真对待权利》、《原则问题》和《法律帝国》等对法实证主义产生了深刻的挑战。英国的拉兹、德国的阿列克西和美国的德沃金等等都是世界法律思想界具有重要影响的人物，他们仍然不断地以新的著述回应法律实践中的各种问题，推动着法律规范理论和法实证主义的长足进步。德语作家对规范和规范逻辑的研究，见解独到，内容丰富。德国思想家哈贝马斯对法律规范问题作出了重要的理论建树，他的《在事实与规范之间》一书对相关问题的研究也开始对法学理论界产生影响。而拉伦茨和阿列克西等法学家对于规范研究的影响，也早已越出德国法学界，对欧洲和英美国家产生了影响。可见，在当代西方法学界，法律规范理论仍然是一

个重要的研究领域，形成了悠久的学术传统，产生了丰富的学术成果。

在我国，长期以来，关于法律规范问题的深入系统研究，显得比较薄弱。近些年来，这一状况开始有所改观，相关的学术著述不断面世。但是，从总体上看，仍然需要给予高度重视，以期促进这一重要的法理学问题研究的全方位展开。因此，当李旭东同志选择这一课题作为博士论文的研究主题时，我是给予充分肯定和支持的。该书主要通过对重要法学家法学理论的重述，论述了阐释性的法律规范概念对于当代中国法治国家建设的重要意义，强调了法官在这一法律规范概念重塑过程中的重要作用。作者对大陆法系传统的法律规范概念提出了批评，认为这是一种“立法者中心模式的法律规范概念”，应当借鉴或补充英美法系传统的法律规范概念，即作者所称的“司法者中心的法律规范概念”。作者认为，法律阐释立场的法律规范，强调以司法者（法官）中心来认识法律规范概念，作为规范性法律文件形式存在的法律规范只是法律规范文本，它还不就是法律规范本身，必须具有规范性的潜能而且也具有现实的规范效力的法律规范才符合法律规范的概念。作者对阐释学哲学有所借鉴和吸收，在法哲学的思辨方面为法律规范理论提供了一种有意义的解释。应当说，本书对“立法者中心模式”和“司法者中心模式”的建构，对当代西方法律规范理论传统的重述，对法律规范研究方法的法哲学思考，对解释学哲学的运用，这些在研究方法和理论认识方面的进展都是值得肯定的。

法律规范理论是法学理论的基本论题之一，中外法学家曾经作出过许多不同的回答，也创立了各具特色的理论体

系。应当说，本书对法律规范理论的研究是目前国内法学界比较系统的较高质量的成果之一，为当代中国法律规范理论研究作出了有益的贡献。

我衷心期望作者能够继续潜心探索，不断拓展法律规范理论的研究领域，取得新的学术进展，回应新的时代对当代中国法理学的挑战。

公丕祥

2006年11月于南京

目 录

序	公丕祥(1)
---------	--------

导 论	(1)
-----------	-----

一、什么是法律规范	(1)
-----------------	-----

二、法律阐释角度的法律规范概念	(7)
-----------------------	-----

三、从法律阐释角度认识法律规范概念的意义 ...	(17)
--------------------------	------

上篇 法律规范理论之批判

第一章 当代中国法律规范理论的知识现状	(33)
---------------------------	------

第一节 当代中国法律规范理论的知识现状	(34)
---------------------------	------

第二节 立法者中心法律规范概念存在的问题	(50)
----------------------------	------

第三节 法律规范性信念的异化与发展	(59)
-------------------------	------

第二章 西方法学理论传统中的法律规范	(70)
--------------------------	------

第一节 作为主权者命令的法律规范 ——奥斯丁的法律命令说	(70)
---------------------------------------	------

第二节 作为规范体系的法律规范 ——凯尔森的纯粹法学理论	(76)
---------------------------------------	------

第三节	作为法律规则的法律规范 ——哈特的法律规则理论	(84)
第四节	作为体系和制度的法律规范 ——拉兹的法律体系理论	(96)
第五节	作为整体性的法律之法律规范 ——德沃金的法律阐释理论	(105)
第三章	法律规范的认识途径	(116)
第一节	作为认识客体的法律规范 ——逻辑体系的建构	(116)
第二节	作为行为规则的法律规范 ——描述社会学的提炼	(129)
第三节	作为解释文本的法律规范 ——解释学的运用	(149)
第四节	在三种法律理论中法官地位的变化 ...	(165)
下篇 法律规范理论之重述		

第四章	法律规范理论之知识重述	(181)
第一节	法律规范的分类与功能	(181)
第二节	法律规范的结构与体系	(208)
第三节	法律规范的效力	(226)
第四节	法律规范理论的知识系统	(244)

第五章 法律规范的阐释性特点	(249)
第一节 法律规范的规范性内涵及其阐释性特点概述	(249)
第二节 强制性与法律规范阐释的适格性要求 ...	(257)
第三节 道义性与法律规范阐释的目的性	(266)
第四节 安定性与法律规范阐释的稳定性	(272)
第五节 抽象性与法律规范阐释的具体化	(279)
第六节 系统性与法律规范阐释的整体性	(287)
第七节 自治性与法律规范阐释的开放性	(294)
第六章 阐释性的法律规范概念	(306)
第一节 非阐释性的法律规范概念之批评	(306)
第二节 法律规范在司法阐释中的特点	(315)
第三节 法律规范的概念辨析	(337)
第四节 法律规范理论重述的意义及限度	(354)
主要参考文献	(364)
后 记	(370)



导 论

《法律规范理论之重述——司法阐释的角度》以法理学的基本概念——“法律规范”为研究对象，在法学理论既有知识基础上，从法律阐释的角度对法学理论传统中的法律规范理论进行重述，以重新认识法律规范概念在法律科学中的重要意义。

一、什么是法律规范

法律规范作为法学理论的一个基本概念，目前的相关论述是比较丰富的。但是这些论述基本上都是基于立法者中心的视角，不太关注法律规范的实施情况，因而对于法律规范的实施存在着论述不足的问题。基于法律阐释立场的法律规范概念需要为说明和解释司法实践提供一些有意义的观点。

（一）目前关于法律规范的三个概念

首先来看目前法理学学科对于法律规范概念的基本认识。

中国法理学学科中法律规范知识现状的形成，受到前苏联“法和国家的理论”知识体系的深刻影响，这也使法律规范概念对于解释当代中国的法治建设存在相应的不足。按照目前法理学知识体系的认识，法律规范概念可以同时以下三个意义上理解和使用，而且目前来看，无法取消其中任何一个。这就使一个“法律规范”名词负担着三个不同含义的概念。它们分别是：

第一，作为一种社会规范的“法律规范”。作为社会规范之一的法律规范，与道德规范、宗教规范等都属于各种具体社会规范。这种意义上的“法律规范”是从社会实证的角度看待和使用法律规范概念的，在此意义上，法律规范 = 法律。此处的“规范”着重强调法律作为一种社会规范所具有的特殊法律规范性作用。

第二，作为一种立法成果总和的法律规范。在此意义上的“法律规范”，被看作立法机关制定的立法文本的总和。在此意义上，法律规范 = 制定法，或者更大胆地可以说，法律规范 = 成文法（可以在制定法之外包括判例法等成文法律渊源）。^① 此处的“规范”强调了法律规范之文本形式的存在，此种法律规范概念常常被大陆法系国家的法律传统所接受，它的缺点是对普通法系国家的判例法等法律渊源无法作出合理的说明。

① 一般认为，制定法是成文法，判例法是不成文法。也有观点认为，判例法也是成文的。本文采后一说。“就成文法而论，罗马法的渊源大体包括五类，即具有立法权的会议制定的法律、元老院的决议、皇帝敕令、高级长官告示和法学家解答。”（沈宗灵著：《比较法研究》，北京大学出版社1998年版，第85页）此处的成文法即不限于严格的制定法律。

第三,作为一种规范逻辑形式存在的法律规范。法理学教材中普遍论述了“法律规范的逻辑结构”,显然这个被进行逻辑结构分析的“法律规范”不是前两种意义上的法律规范,而有另外的意义。该意义上的“法律规范”,是一个标准的法律规范模式。此处的“规范”是一种抽象的规范逻辑形式的存在。实际的立法文件不必然具有此种形式,但可以通过人们对法律规范体系的抽象而获得其逻辑上的存在。这种思维方式也常常存在于大陆法系国家,而普通法系国家的法学家对此观念并不熟悉。

综上所述,第一种法律规范概念实际上是从社会规范角度所看待的法律,因法律所具有的规范性功能而将法律整体统称为法律规范,与其它社会规范如道德规范、宗教规范等并列,在此意义上,法律规范=法律;第二种法律规范概念是一种总体意义的法律规范,即 Legal Norms,凯尔森着力表达的就是这种意义的法律规范概念,在此意义上,法律规范=法律规范体系;第三种法律规范概念则是对法律规范整体(复数的法律规范)的一种抽象,它是根据法律规范的作用方式而抽象出的一个标准模式,是单数的法律规范(a Legal Norm),在此意义上,法律规范=一个逻辑性法律规范。

一个“法律规范”名词同时在上述三种意义上使用,尤其中文并无单复数区别,且涉及不同的理论背景,使法律规范问题由于语言表达的混乱造成了理解困难,说明目前的知识现状需要有所改进。无疑,名词和概念不同,名词是表达概念内涵的语言形式,概念则是名词所含的确定意义。一个概念固然可以使用不同的名词来指称,但同一名词指称不同的概念则肯定是由于概念研究的缺乏。一个“法律规范”

名词指称三种概念内涵，正是由于不同的学理基础和流派在法学理论上的表现，也使问题的讨论因基本概念缺乏共识而造成困难。因而，此种现象显然需要有所改进。

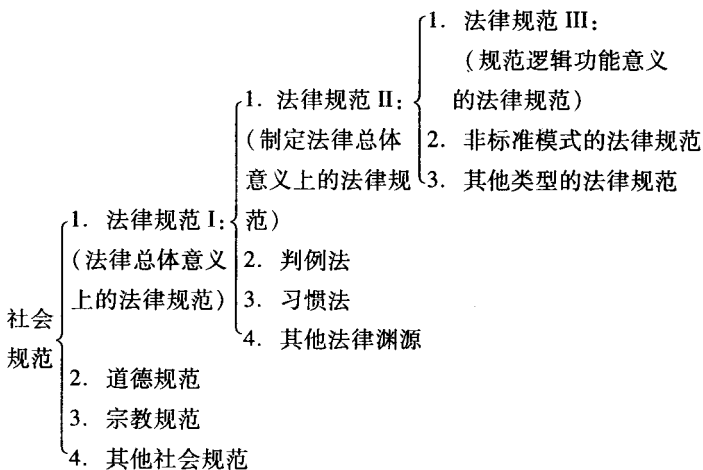


图 0-1 法律规范概念的三种不同含义

上图表示出目前三种法律规范概念具体内涵上的差异。三种不同的法律规范概念分别用“法律规范 I”、“法律规范 II”和“法律规范 III”表示。在本文看来，第三种意义上的法律规范概念，即逻辑性法律规范，在上述三个法律规范概念中具有特殊地位。

（二）逻辑性规范的特殊意义

逻辑性规范的法律规范概念体现了法律规范理论传统对于法律规范基本单位的不懈追求。它是实证分析法学传统的一个重要内容，前苏联法学家称之为逻辑性规范，认为：

“逻辑性规范是通过逻辑的途径表现的一般规范，它体现规范性命令之间的有机联系，并且具有揭示规范性命令的行使国家权力的、起调整作用的全部属性。”^①“逻辑性规范的组成中包括三个基本因素：假定、处理、制裁。”^②即它不一定是法律体系中一种实际存在的法条，而是由法学家根据法律规范性得以发挥功能的方式而抽象出的一种逻辑形式，它们构成对法律规范标准模式的说明。法律规范性要得以发挥作用，必须要将法律制度中各个法律渊源逻辑地集合起来，形成一个独立的、最小的完整单位，即针对每一个具体行为环境，给出人们在此环境中的“应当”的行为模式，而对此种“应当”模式的追求，就表现为法律理论传统中的这种法律规范标准模式的理论追求。凯尔森说，“规范的不同因素可以被包含在创造法律程序的十分不同的文件中，并且在语言上，可以在十分不同的方式下被表达。”^③这表达了对法律规范性的一种信念，即在任何行为环境中，都存在一个“应当”的行为模式，该模式就是对人们此时此地应当如何行为的标准法律规范。这就在立法体系、法学理论中抽象出一个规范的、逻辑化的法律规范模式，即对于人们的任何行为，法律制度都提供了一个指导、评价的规范标准，任何时候都存在着“一个法律规范”。具体地提供人的行为模

① [苏] C. C. 阿列克谢耶夫著：《法的一般理论》（下），黄良平、丁文琪译，法律出版社1991年版，第406页。

② [苏] C. C. 阿列克谢耶夫著：《法的一般理论》（下），黄良平、丁文琪译，法律出版社1991年版，第422页。

③ [奥] 汉斯·凯尔森著：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第48页。

式并设定制裁措施的“一个法律规范”，是每一个特定的行为环境中的法律规范。因而，“法律规范 I”和“法律规范 II”都是在法律科学的外部来认识法律的规范性作用，而“法律规范 III”的结构和功能的研究则真正涉及对法律规范性作用的研究。

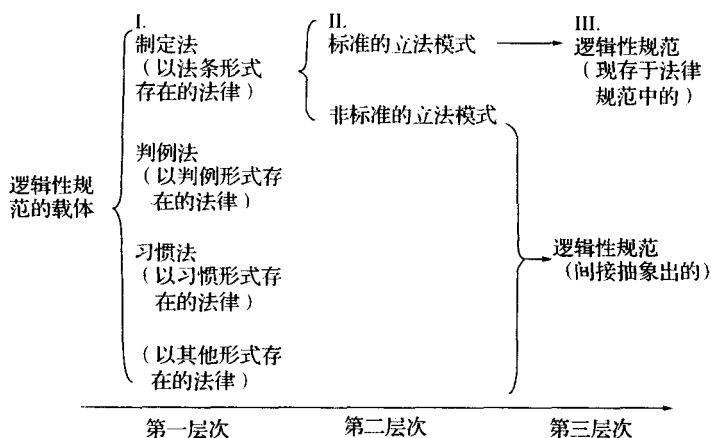


图 0-2 逻辑性法律规范的载体与表现形式

图 0-2 表示了逻辑性规范在不同法律渊源中得以存在和表现的形式，直观地说明了法律规范性要通过不同形式来表现。

事实上，法律理论传统中，奥斯丁的“命令”、凯尔森的“主要规范”都可以看作是对这种特点的一种表达。哈特对于法律规范性具体单位的认识有了深化，区分出两种无法合并的法律类型；拉兹更对法律规范的具体种类有详细论述。这就使法律规范的标准模式不再能够作为说明法律规范

的基本单位。然而德沃金的法律理论又以道德论证的方式对法律规范性予以新的思考，继续以阐释性方法强调了逻辑性规范的基本地位。

总之，目前的法律规范理论知识存在的比较明显的缺陷有两个方面：一是，以一个名词指称三种概念；二是，逻辑性规范常常不是实际存在的法律规范本身，它是一种抽象的思维构造物，缺乏法律规范应当具有的现实性。因此，需要对目前的法律规范概念继续深入研究。

二、法律阐释角度的法律规范概念

目前中国法理学学科中既有的法律规范概念，基本上是在立法者中心的立场上来认识的，可以称作是一种立法者中心的法律规范概念。这种概念接近大陆法系传统对待法律规范概念的认识，但对于普通法系的法律规范概念则缺少说明，尤其是这种立法性的法律规范概念无法说明判例法的规范性作用，无法说明法官的司法实践对法律规范性的影响。因而，此种法律规范概念需要作出一定的修正，以使其能够容纳和包含普通法系的法律实践，使法律规范这个基本概念能够理解和说明不同的法律传统，更符合其作为一般理论概念的特点。

一般地，对待法律有两种代表性观点，以大陆法系的立法主义立场为一种，以英美法系的司法主义立场为另一种。前苏联学者也有此种认识：“在剥削阶级类型的法的条件下，罗马日耳曼法代表立法性规范调整体系，盎格鲁—撒克