



法概念与 合法性价值



中国政法大学出版社

法概念与 合法性价值

FAGAINIAN YU HEFAXING JIAZHI

张超 著



中国政法大学出版社

2012 · 北京

图书在版编目(CIP)数据

法概念与合法性价值 / 张超著. —北京: 中国政法大学出版社, 2011. 12

ISBN 978-7-5620-4110-8

I. 法… II. 张… III. 法哲学 IV. D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第258155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dengchuangye2764@sina.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908290(编辑部) 58908325(发行部) 58908334(邮购部)

承 印 固安华明印刷厂
规 格 880mm×1230mm 32开本 8.875印张 195千字
版 本 2012年3月第1版 2012年3月第1次印刷
书 号 ISBN 978-7-5620-4110-8/D·4070
定 价 29.00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。



目 录

导 论	1
一、法概念的问题厘定 / 1	
(一) 方法论问题 / 1	
(二) 实质性问题 / 9	
(三) 三个理论面向 / 14	
二、论证结构 / 15	
 第一章 合法性价值：法概念的问题枢纽	19
一、合法性价值作为法律的规范性基础 / 20	
(一) 从社会规则理论到惯习主义 / 21	
(二) 规范性关系 / 24	
(三) 法律实践的结构与合法性价值 / 27	
二、合法性价值：架通理论与实践的媒介 / 30	
(一) “无关实践的法理学”和“法律实用主义” / 31	
(二) 教义的法概念和愿望的法概念 / 34	
(三) 以合法性价值架通理论和实践 / 37	
三、合法性环境与合法性价值 / 39	
(一) 合法性价值的独特性 / 39	
(二) 以“正义环境”类比“合法性环境” / 41	

(三) 以“政治环境”类比“合法性环境” / 43

(四) 合法性环境：合法性的问题化说明 / 45

四、合法性作为本质上可争议的概念 / 47

(一) 合法性价值的困惑 / 47

(二) 什么是本质上可争议? / 49

(三) 为什么合法性具有本质可争议性? / 51

(四) 概念和概念观 / 54

五、合法性价值的客观性 / 57

(一) 争议性否认客观性了吗? / 57

(二) 有关价值客观性的哲学讨论 / 59

(三) 合法性价值与法律客观性 / 63

六、小结：法概念与合法性价值的问题关联 / 67

第二章 合法性价值 I：效率 70

一、哈特之前的实证主义 / 71

(一) 回到霍布斯 / 71

(二) 边沁的功利实证主义 / 76

二、哈特与效率论证 / 83

(一) 虚静主义论证 / 84

(二) 效率论证 / 85

(三) 重访“最小自然法” / 88

(四) 对目的论观念的改造 / 91

三、法律的服务权威观 / 94

(一) 行动理由和客观价值 / 95

(二) 有关正当权威的三个命题 / 97

(三) 服务权威观的证立 / 101	
(四) 立法意图与法律解释 / 105	
四、法律之规划理论 / 109	
(一) “规划”和“共享规划” / 109	
(二) 库克斯岛的哲学故事 / 112	
(三) 合法性环境与道德目的论题 / 114	
(四) 规划的解释理论 / 116	
五、小结：形式法治观 / 118	
第三章 合法性价值Ⅱ：公平	124
一、合理分歧下的社会合作 / 126	
(一) 效率论证：合法性环境之单薄性 / 127	
(二) “合理分歧”之概念厘定 / 129	
(三) PC 博弈 / 131	
二、公平论证与民主多数决程序 / 133	
(一) 公平论证的基本逻辑 / 134	
(二) 作为阻断性理由的多数决程序 / 136	
(三) 无意图的立法和法律解释 / 139	
三、法律的民主权威观 / 142	
(一) 服务权威观 vs. 公断权威观 / 142	
(二) 正当权威的程序之维 / 145	
(三) 立法作为法律的必然属性 / 147	
四、对实证主义公平论证的检讨 / 150	
(一) 一个自我击败的论证 / 151	
(二) 效率论证的折返 / 154	

(三) 为什么不是抽签? / 156

(四) 民主审议的观念 / 159

(五) 修正公平论证 / 164

五、小结：程序法治观 / 166

第四章 合法性价值Ⅲ：整全性 171

一、整全性的概念 / 174

(一) 第三种政治价值 / 174

(二) 双重诠释结构 / 177

(三) 纯粹的整全性与价值一体性 / 181

二、整全性的环境 / 185

(一) 日常政治和价值多元主义 / 185

(二) 对“内在怀疑论”的反驳 / 189

(三) 检讨实证主义 / 192

三、整全性与原则社群 / 196

(一) 社群人格化 / 197

(二) 社群义务的条件 / 199

(三) 政治社群的原则模型 / 202

(四) 公民共和主义和异议态度 / 203

四、平等、伙伴式民主以及人性尊严 / 207

(一) 资源平等观 / 208

(二) 伙伴式民主观 / 210

(三) 人性尊严原则 / 213

五、小结：实质法治观 / 216

第五章 综合讨论：重塑法律想象	220
一、合法性观念述要 / 221	
(一) 基于效率价值的形式法治观：吸引力与困境 / 222	
(二) 公平价值和程序法治观 / 225	
(三) 整全性和实质法治观 / 228	
二、法治的程序与实质 / 229	
(一) 合理分歧与价值多元 / 230	
(二) 区辨“程序”和“实质” / 231	
(三) 融合“程序”和“实质” / 234	
三、法律的正义理想 / 238	
(一) 理由论辩与价值共识 / 238	
(二) 全面综合论证 / 241	
(三) 制度性来源的位置 / 243	
(四) 法律的三重本质 / 245	
(五) 法律的情景化理解 / 249	
(六) 对法律的道德批判 / 251	
 结 论	 254
 参考文献	 258
 后 记	 267

导 论

在法哲学领域中，法概念即“法律是什么”无疑是最古老且最核心的问题了。一部法哲学的历史完全可以书写为法概念的学说史，其中，我们拥有无数既具启发性又令人困惑的严肃理论回答。然而，法概念这个与我们现实世界看似有所距离的抽象难题，不仅扰乱了普通人所熟悉的日常法律认知，而且其永无止境的争论足以使人质疑：任何旨在回答这一难题的理论努力是否有其意义与必要。

无可讳言，“法律是什么”这个问题确实被持续不断地予以讨论而又从未获得根本的解答。但是，在另一种意义上，这也恰好表明对法概念问题的理论解答是不可或缺或无法避免的。我们不能避开这个问题的原因在于，它从一开始就栖居于我们的法律制度和法律实践中。我们生活在对这一问题的某种回答中。因此，不论是否明确意识到了法概念问题，或是否有意抵制它，在某种程度上，我们一直都在实践着某种法概念的理论。既然如此，我们就不应该在法概念这项理论事业上有所迟疑。作为法哲学家，应该同法律人、官员以及每一位现代社会中的公民一道来回答这一古老的问题。

一、法概念的问题厘定

（一）方法论问题

一个旨在回答法概念问题的理论肯定不能重复那些广为人

知的东西。这一如 H. L. A. 哈特 (H. L. A. Hart) 在《法律的概念》(*The Concept of Law*) 中所言, 对这个问题感到困惑的人并不需要有人来提醒他们早已熟悉的事实。^[1] 然而, 法概念的理论也不是由一套元理论的标准所决定的, 这些标准可能包括理论的丰富性、理论表达的简约、理论的预测性力量等。这一如约瑟夫·拉兹 (Joseph Raz) 所言, 法律的概念作为对一种社会制度类型之标示, 其并非是任何学术性学科之科学工具的一部分。^[2]

实际上, 对法律概念的探究恰好是处于上述两个方面之间的理论事业。我们既不能简单复制那些有关法律概念的自明之理, 也不能抛开它们而专心建构一种纯粹的概念理论。尤其要警惕, 如果我们把概念误认为是分析的对象, 那就将处于危险之中, 这就像把指向月亮的手指误认为是月亮本身一样。概言之, 如欲回答“法律是什么”这个问题, 就需要对那些我们所熟悉的自明之理 (truisms) 进行理论重构从而来揭示出法律——这一社会实在——的概念本质。在这个反思平衡 (reflective equilibrium) 的过程中, 对法律概念的理论探究毋宁是揭示出法律的本质 (the nature of law), 也就是法律的“必然属性” (necessary properties)。

然而, 上述的讨论只是标示着问题的开始。我们不过是把

[1] 参见 [英] 哈特:《法律的概念》, 许家馨、李冠宜译, 法律出版社 2006 年版, 第 5 页。

[2] Joseph Raz, “Can There be a Theory of Law?”, in *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, 2009, p. 31. 类似观点还可参见 Liam Murphy, “The Political Question of the Concept of Law”, in Jules Coleman ed., *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, 2001, pp. 383 ~ 384.

“法律是什么”这一略显模糊的法哲学问题转述成一个有关法律之本质的问题。事实上，我们依然面临着如何准确理解反思平衡的性质，以及法律的本质或必然属性的问题。显然，这样的追问已经把我们带入了法律理论方法论（the methodology of legal theory）的纷争领地。这就是说，对“法律是什么”的回答首先取决于：这个问题究竟是个什么样的问题，我们应该就此提出什么类型的理论。可以说，方法论构成了法概念实质性主张的一个至关重要的前提，不同的方法论立场能够直接导致在法概念实质观点上的差异，因而其形成了法概念问题的首要分岔点。

在当代方法论问题上，外在视角的法律理论和内在视角的法律理论一直处于争论的漩涡之中，前者坚持一种中立的、描述的、非参与性的理论进路，后者则坚持一种证立的、诠释的和参与性的理论进路。在《法律的概念》一书的“后记”里，哈特明确主张他自己的法律理论是描述性的，而不以任何证立为目标。在哈特看来，法律理论并非一定要纳入法体系之参与者的“内在观点”（the internal point of view）中，一种描述性的法理学是完全可能的——“在描述性法理学的计划中，并没有任何东西阻止非参与者的外在观察者，去描述参与者从此种内在观点看待法律的方式”。^{〔1〕}哈特对“内在观点”所给出的基本描述和分析就是：“事实上，他们对体系的忠诚可能基于许多不同的考虑：长期利益的计算；对他人无私的关怀；不经反省的习惯或传统的态度；或者只是想要跟着别人走。”^{〔2〕}

〔1〕〔英〕哈特：《法律的概念》，许家馨、李冠宜译，法律出版社2006年版，第223页。

〔2〕〔英〕哈特：《法律的概念》，许家馨、李冠宜译，法律出版社2006年版，第187页。

哈特的外在视角方法论进路被史蒂芬·R. 佩里 (Stephen R. Perry) 进一步称为方法论实证主义 (methodological positivism)。^[1] 方法论实证主义的基本命题可以表述为, “法律理论和道德没有必然关联”。^[2] 在方法论实证主义看来, 如果要展开对法律之评价, 那么在逻辑上就必须首先对现存的法律制度进行价值中立的描述和分析。例如, 方法论实证主义的忠实拥趸朱尔斯·科尔曼 (Jules Coleman) 竭力鼓吹: “法律实证主义作出了一个关于法律的概念性或分析性主张, 并且那一主张不应该与某些实证主义者 (尤其是边沁) 可能曾有过的纲领性或规范性兴趣相混同。”^[3]

方法论实证主义并非完全排斥法律理论中的价值评价, 但其要点是把概念分析与规范性评价划为两个先后承继的独立阶段, 从而在实质上把“价值”逐出了法概念问题的范围之外。

[1] See Stephen R. Perry, “Hart’s Methodological Positivism”, in Jules Coleman ed., *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, 2001, p. 311.

[2] 要注意的是, 方法论实证主义并不一定导向分离命题——“法律与道德没有必然联系”。根据方法论实证主义, 在实质性立场上其既可能支持“分离命题”, 又可能支持“联系命题”。例如, 摩尔的方法论实证主义把法律概念作为自然种类的范畴来加以描述, 从而为一种特定的自然法理论辩护。参见 Michael S. Moore, “Law as a Functional Kind”, in Robert George ed., *Nature Law Theory*, Clarendon Press, 1992. 然而, 必须指出的是, 把自然种类卷入法概念问题是令人怀疑的, 因为这完全忽视了法律是某种依赖于心灵的社会实在。因此, 本书所说的方法论实证主义将特指: 在主张法律理论与道德或价值分离的基础上, 依靠对法律本质的外在描述性分析, 而得到法律之于道德独立性的分离命题。

[3] Jules Coleman, “Negative and Positive Positivism”, 11 *Journal of Legal Studies*, 11 (1982), p. 147.

一方面，在概念分析阶段，方法论实证主义通过价值无涉的概念分析确立了分离命题（separation thesis）；另一方面，在规范性评价阶段，方法论实证主义也许会承认法律和道德的分离可能会带来好处，但如果这些好处真的存在，这也仅仅被视为是幸运的意外效果。更进一步说，方法论实证主义相信，即使分离命题会带来难以忍受的事实或者导致不正义，法律和道德在概念上也是分离的。这正如毒品带来的危害不会导致理性的观察者否认其存在，对法律独立于道德之任何公认的恶果也无关于法律之存在问题。

对法概念问题的探究真的可以抽离掉评价性的成分吗？理查德·伯恩斯坦（Richard Bernstein）曾就更广泛的社会科学之方法论问题尖锐地指出，一种纯粹描述性的方法可能会终结于“一套矫揉造作且软弱无力的词汇，其无法承担或无关于我们谈论人类行动的方式”。^{〔1〕} 要注意的是，把法律体系参与者的信念纳入到描述中并使其可理解尽管并非不可行，但这却不是以理论家自己的声音来提出这些信念和态度。我们要注意这里存在的重要不对称：①法哲学家把握有关服从一条规则的内在观点之角色，与②法哲学家把握有关一个法律制度的本旨或功能的内在观点之角色。以哈特为代表的方法论实证主义显然接受了①而拒绝了②。然而，诚如杰里米·沃尔德伦（Jeremy Waldron）所言，重要的是，不仅法律是规范性的，而且法律的概念也是规范性的，一个人不可能脱离于对一种生活形式的参与而使用或理解这个概念，这种生活形式以不同的方式对政治实

〔1〕 Richard Bernstein, *The Restructuring of Social and Political Theory*, Methuen, 1979, p. 78.

践作了分类。^[1] 这就是说,一种可行的法概念理论要求法哲学家必须与法律实践的参与者共享一套概念系统,而共享的唯一途径便是以一种法律理论的内在视角来积极作出“法律之于我们重要性的价值判断”。质言之,此种判断必须从法律实践参与者的视角来作出,其所瞄准的是作为整体(as a whole)的法律实践,由此法概念问题落实到我们对合法性价值(value of legality)或法律之实践本旨(practical point)的证立和诠释上来。^[2]

一般认为,约翰·菲尼斯(John Finnis)最早关注和强调了法律的“实践本旨”^[3]。菲尼斯尤其指出:“现代法理学的发展显示,并且对任何社会科学的方法论之反思证实,除非理论家本身也参与了对什么是对人类真正好的东西以及什么是为实践合理性所真正需要的东西之评价和理解的工作,否则他不可能对社会事实进行理论描述和分析。”^[4] 实际上,更早一些,在《法律的道德性》(*The Morality of Law*)中,朗富勒(Lon L. Fuller)已经明言法哲学要勾勒出的一个大问题,即“如何界定维持任何法律系统都至关重要的人类努力方向”。^[5] 其中,富勒正是通过对“合法性原则”的细致分析从而确立了法律的内在道德性。此外,作为当代实证主义的代表人物,拉兹虽然没

[1] Jeremy Waldron, “Normative (or Ethical) Positivism”, in Jules Coleman ed., *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, 2001, p. 426.

[2] 当然,我们也可以使用法律实践的目的(purpose)、功能(function)、原则(principle)或理性(rational)这几个语词表达形式。

[3] See John Finnis: *Natural Law and Natural Right*, Oxford University Press, 1979, pp. 3 ~ 9.

[4] John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, 1979, p. 3.

[5] [美] 富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第6页。

有直接使用“本旨”这一用语，但实际上曾用“功能”这个词表达了同样的意涵。拉兹明确指出：“来源命题捕捉和彰显了对法律功能的一种根本洞见。”^{〔1〕}尤其重要的是，拉兹这里所提到的有关法律功能的洞见并不是从经验意义上来界定的，它实际上是一个关于法律本质的基本论题，即法律必然主张正当权威。^{〔2〕}

当然，罗纳德·德沃金（Ronald Dworkin）对合法性价值或实践本旨的强调可能是最为深入和系统的了。在《法律帝国》（*Law's Empire*）里，德沃金言明，他的理论出发点是法律实践参与者的“内在视角”。“法律的诸一般理论其目标在于诠释法律实践的主要本旨（point）和结构，……它们尝试从最佳观点把整体法律实践展现出来，尝试在‘其所发现的法律实践’与‘对该实践的最佳证立’之间达成均衡。”^{〔3〕}要言之，根据德沃金，法律理论需遵循建构性解释（constructive interpretation）的方法。在《身披法袍的正义》（*Justice in Robes*）一书中，为了彻底批驳描述性的法律理论，德沃金把法律的概念明确归入政治性概念或价值性概念的范畴，从而直接诉诸合法性价值来组织法律理论的思考。德沃金极其雄辩地指出：“我们不能合理地宣称，对价值的哲学分析是概念性的、中立性的和非参与性的。但我们能合理地主张，它是规范性的、参与性的和概念

〔1〕 Joseph Raz, *The Authority of Law*, Clarendon Press, 1979, p. 50.

〔2〕 在与帕斯特马的论辩中，拉兹强调了对法律功能之真正有价值的界定是从法律本质层面作出的，参见 Joseph Raz, “Postema on Law’s Autonomy and Public Practical Reasons”, in *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, 2009, p. 376.

〔3〕 [美] 德沃金：《法律帝国》，李冠宜译，时英出版社2002年版，第98页。

性的。”〔1〕

现在，我们不妨回头来重审“反思平衡”这一方法进路所蕴含的真正意旨。就以哈特为代表的外在视角法律理论来说，其虽然遵循了对法律实践之“自明之理”予以反思来揭示概念本质的基本方法，甚至认为法律的概念分析应该是解释性的（interpretative）；但是，由于解释性方法和方法论实证主义糅合在一起，因此其实质上忽视了对法律实践之价值或本旨的内在评价性把握，从而与一种正确的“反思平衡”方法进路失之交臂。〔2〕反之，以德沃金为典型代表的内在视角法律理论，围绕对合法性价值或法律之实践本旨的证立来阐明为什么我们拥有法律这一实践是重要的，从而更好地赋予“反思平衡”方法以规范证立性维度。对反思平衡的上述迥异理解无疑对应了德沃金对“自然模式”（natural model）和“建构模式”（constructive model）两种不同意义之反思均衡的区分。〔3〕在德沃金看来，遵循自然模式的解释者就如同古生物学家一样，他尝试将其所发现的动物骨骼组合成其原来的自然存在样貌；而遵循建构模式的解释者则如同是雕塑家，他的任务是将所发现的动物骨骼作为一个起点而依此将其塑造最契合这些骨骼的动物外形。不容否认的是，只有后一模式的反思平衡才能促进和深化我们对法律实践的自我理解。

〔1〕 参见〔美〕德沃金：《身披法袍的正义》，周林刚、翟志勇译，北京大学出版社2010年版，第178页。

〔2〕 这就是说，哈特的方法论承诺存在内在的紧张——解释性方法和描述性方法之间的矛盾。关于哈特本人对解释性方法的强调，参见H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, 1983, p. 13.

〔3〕 See Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, pp. 160 ~ 168.

总之，基于上述有关方法论问题的简要讨论，我们旨在表明：概念的生命在于实践和生活形式，我们对合法性价值或实践本旨的证立形塑了属于我们的法律概念。如果撇开对合法性价值或实践本旨的评价性考量，那么法律的概念似乎是古怪或无定形的，从而致使我们根本无法理解为什么一系列所谓的必然属性就一定以其所是的方式归结为法律这一概念。因此，在法概念问题上，我们应该从法律理论的内在视角出发而聚焦于对合法性价值的证立和诠释。一言以蔽之，法律的概念就是法律实践与合法性价值之间反思平衡的产物。

（二）实质性问题

如果我们接受内在视角的方法论前提^{〔1〕}，那么对合法性价值的证立和诠释就为我们提供了走出法概念这个错综复杂之问题迷宫的一把钥匙。此时，我们必须继而面对一个实质性的讨论面向，即究竟何种合法性价值其证立和诠释是最成功或最吸引人的？这个实质性的问题再度向我们打开了一个新的分岔点。而本书所聚焦的正是围绕这个实质性分岔点而产生的思考。

在这个实质性的分岔点上，德沃金曾简明地为我们列出了

〔1〕 必须承认，对一种特定方法论立场的全面厘清以及彻底辩护绝不是一项轻而易举的工作，其中涉及的问题复杂性将远远超出我们现有的考虑。不过，为了更集中地处理法概念的实质性问题，我们只能略显“武断”地中止方法论问题。当然，在本书第一章有关法律规范性问题的讨论中，内在视角的法律理论进路会有机会获得进一步的辩护；而且，在某种意义上，内在视角方法论的最有力辩护形式正是从法律规范性问题的角度切入的。同时，合法性价值对法概念问题的解题意义也要从法律规范性这个问题层面来予以理解。在国内学界，从法律规范性角度来处理方法论问题的代表性作品，可参见刘叶深：“论法律的概念分析——当代英美普遍法理学方法论研究”，中国政法大学2008年博士学位论文。