

METHODOLOGY OF LAW

法学方法论丛书

舒国滢 主编



法律的不确定性与法治

——从比较法哲学的角度看

LEGAL INDETERMINACY AND THE RULE OF LAW: FROM A POINT OF VIEW OF COMPARATIVE LEGAL PHILOSOPHY

邱昭继
著



中国政法大学出版社

013051901

MET1 DOLOGY OF LAW

D90

450

法律的不确定性与法治

——从比较法哲学的角度看

LEGAL INDETERMINACY AND THE RULE OF LAW: FROM A POINT OF VIEW OF COMPARATIVE LEGAL PHILOSOPHY

邱昭继
著



北航

C1659738



中国政法大学出版社

2013·北京

D90
450

图书在版编目(CIP)数据

法律的不确定性与法治 —— 从比较法哲学的角度看 / 邱昭继著. --
北京: 中国政法大学出版社, 2013.6
ISBN 978-7-5620-4770-4

I. ①法… II. ①邱… III. ①法哲学—研究 IV. ①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第134595号

- 书 名 法律的不确定性与法治 —— 从比较法哲学的角度看
FALU DE BUQUEDINGXING YU FAZHI
—— CONG BIJIAOFA ZHEXUE DE JIAODU KAN
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 fada.zb@sohu.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32开本 10.5印张 235千字
- 版 本 2013年6月第1版 2013年6月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4770-4/D·4730
- 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, 由出版社负责退换。

丛书总序

无论我们怎样“重新发现了人的心灵”，但我们无疑早已进入了“分析的时代”。这个时代的学者被迫在各种话语、多重立场和意见杂陈的喧嚣中找到冷静、客观、理性辩论的基点，为“心的概念”、可以接受的表达、正确的理解和沟通、可靠的知识建立起一个商谈的平台。

这样一种精神气质亦渐渐蔓延至法学研究者的日常作业之中，我们在哈特、德沃金、拉兹、麦考密克和阿列克西的作品中已经感受到法学分析和论辩本身所透现的“精致的风格”，而这种风格恰恰是法学这样一门学问自始不可或缺的。

现代的法律已经逐渐脱离原始法的直观、感性的想象，变得愈来愈抽象和晦暗不明，与工商时代的多种语境、关系和变数扭结在一起，形成了一个被多重意义、多种系统环境包裹着的系统。生活在当下的每一个人，哪怕是创造法律身形的立法者和专事研究的法学者亦难以窥览其复杂交织的全貌。不可否认，最优秀的法学者都会在这个利维坦面前显得局促和惶惑。我们似乎普遍具有前所未有的无力感。

其实，这也是一种挑战，一种像埃德加·莫兰（Edgar Morin）所称的“复杂性的挑战”。复杂而混沌的法律问题要求我们的法学者学会“与不确定性一起工作”，在无序的、

非常规的社会事件、法律案件以及语义模糊的法律条文所构成的“意义漂移的世界”中找到一种确定无疑的知识圭臬、商谈的规则和求解的答案。无论如何，在这个过程中我们一刻也离不开法学方法。尽管我们并非倡导“方法至上”（约翰·杜威语），但我们也惟有依靠方法才能使自己的信念逐渐通过证成转化为知识。

我们收录于“丛书”的作品并非是一眼即寻求到“法的目的地”的理论体系，它们大多只是尝试从某种方法、视域或立场出发探寻某个特殊法律问题的理论努力，它们所提供的或许只是一个可能的出发点、一种认识的可能性或者一个在众多理解中的一种理解。但我们希望有一份真诚的心情对待学术，并在法学方法论领域始终保守这一谨慎的态度。

舒国滢

2006年9月25日于北京

序 言

现代西方法律经历了从神圣化到理性化，再到世俗化的转变。与此相适应，法学研究的关注点也从“法是什么”这样一个哲学命题转向有没有法这种现实需要，从规则中心主义转向法官本位，从相信法的绝对自主转向相信法的开放性。伴随着这种转变始终存在着一个令人困惑的问题：法的确定性。这个问题直接关系到法律制度存在的合理性和法学研究的必要性。如果法是不确定的，执法和司法就会因人而异，法的面前就不可能做到人人平等。如果法是不确定的，它势必受到人为因素的控制，摆脱不掉人治的桎梏，有关所谓“法治”的种种议论也就只能是神话而已。西方人对自己的法律制度颇为得意，因为他们曾经相信，而且现在很多人也还相信，完全可以通过法律得到正义，权利和自由。而之所以可以通过法律获得正义，权利和自由，乃是由于法的确定性，客观性和自主性。一旦法被认为不确定，不自主，那就势必导致法律意识的危机。因此，法的确定性问题便自然而然地成为西方法学家们关注的焦点。由此而产生了众多的流派和纷繁的学说。就基本方向而言，法学家们按意识形态的不同而形成了两个阵营，一派极力淡化法的不确定性，维护法的自主性，从而为现存的自由主义法律制度辩护；另一派

则极尽攻击之能事，夸大法的不确定性，否定法的自主性，借以否定现存的自由主义法律秩序的客观性和必然性。由于自由主义法律秩序不仅是资本主义社会的脊梁骨，而且也是全世界范围内所谓法的现代化的基本蓝图，对于法的确定性的讨论因之也具有世界性的普遍意义。

西方学者对这一问题的研究产生了一些有趣的观点。比如，刚刚谢世不久的美国法学大家德沃金（Ronald M. Dworkin）认为，虽然法律有很多不确定的因素，但就总体而言，法还是确定的，因为法官在法律制度中的能动作用要受到各种因素的制约。大体上，司法行为是有脚本作为依归的。整个法律制度就像一部连锁小说，由不同的法官来写不同的部分，章节或段落。其情节和布局已经由最初的一些法官选定，后来的法官只是顺着前面的线索往下发展，很像电视连续剧。后来的法官虽然也在创作，但他的创作的想象力受到很大限制。在他要作出新的决定时，他必须遵循前人所作的决定，或者至少也应在以往的案例中进行筛选，找出他能引用的先例。他作出的决定有可能会与以往的某些决定相矛盾，但基本精神应该前后一致。如其不然，小说就写不下去。和写小说不同的是，写小说的人更注重个人风格，特点和独到之处，而法律决定的制作却要尽可能减少这些特色。法官个人的特点应该尽量服从整个法律制度的特点和需要。因此，法律的不确定性并不意味着法官就可以随意判决。

邱昭继博士的《法律的不确定性与法治》一书探讨了自然法学派、自由法运动、法律实用主义、法律实证主义、法律解释主义、左翼法律理论、形而上学实在论和法律论证理论的不确定性（或确定性）主张，比较了各大法哲学流派的法律不确定性理论的异同和优劣。本书运用概念分析方法研

究了法律不确定性、客观性、自主性、确实性、可预测性和法治等概念之间的内在关联。法律的不确定性是法律的重要特征。法律体系必然包括不确定的法律。澄清法律中的不确定性主张有助于深化人们对法律和法律实践的理解。法律的不确定性要求我们重新阐释法治理想。法治理论与法律的不确定性并行不悖。法律的不确定性并不必然构成法治的缺陷。只要不确定的司法裁判具有客观性、合法性和可预测性，法律的不确定性就不会给法治理想带来威胁。

国内学者对于这个问题的研究还有待进一步加强。邱博士的著作，作为专著，在此方面有首议之功。邱博士运用分析法学和比较法学的主要方法，采取了理性、开放、兼容并蓄的态度，结合国际上法理学发展的现状，对法的不确定性和语言的不确定性做了相当成熟的探究，为中国学者进一步研究该问题开创了新的局面。不仅如此，邱博士在该书中还尝试将法的不确定性放在超出西方学者传统上对此问题的研究习惯和研究范围的语境中进行研究。比如对自由法运动与法的不确定性以及形而上学实在论与法的不确定性的探讨就是前人未曾有过的举动。书中关于法的不确定性的性质的探讨，对于各种相关理论的梳理，以及关于法的不确定性与法治的可能性的阐述都在一定程度上为法学理论的建设做出了贡献。这一研究不仅对法学理论研究者有启发和参考的作用，而且对法律实务工作者也有一定的指导和帮助作用。

於兴中

2013年4月

目 录

丛书总序 \ 1

序 言 \ 3

导 论 \ 1

第一节 法律的不确定性的涵义 \ 2

第二节 法律的不确定性的类型 \ 11

第三节 法律的不确定性与确实性 \ 18

第四节 法律的不确定性与自主性 \ 21

第五节 研究现状与研究方法 \ 23

第一章 近代的法律的确定性观念与法治 \ 38

第一节 培根与库克 \ 39

第二节 洛克与孟德斯鸠 \ 41

第三节 贝卡里亚 \ 46

第四节 布莱克斯通 \ 50

第二章 自由法运动与法律的不确定性问题的缘起 \ 57

第一节 自由法运动兴起的背景 \ 58

第二节 埃利希的“活法”理论 \ 62

第三节 康特洛维茨的“自由法”观念 \ 67

第三章 法律实用主义与法律不确定性的滥觞 \ 74

第一节 霍姆斯的法律预测论 \ 75

第二节 杜威的法律逻辑观 \ 81

第三节 法律现实主义论法律的不确定性 \ 87

第四章 哈特派法律实证主义的中间道路 \ 97

第一节 语言的开放结构 \ 97

第二节 哈特的语义理论 \ 109

第三节 对形式主义的抨击 \ 113

第四节 法律漏洞与自由裁量权 \ 116

第五节 富勒和莱昂斯的批评 \ 124

第五章 德沃金派法律解释主义的正确答案论题 \ 133

第一节 正确答案论题的涵义 \ 134

第二节 法律原则与正确答案 \ 138

第三节 疑难案件 \ 141

第四节 外在怀疑论与内在怀疑论 \ 151

第五节 最佳的建构性解释 \ 158

第六章 左翼法律理论对法律确定性和法治的

批判与解构 \ 176

第一节 批判法律理论的不确定性论题 \ 177

第二节 马克思主义法学的批判 \ 186

第三节 后现代法学对法律确定性的解构 \ 195

第七章 形而上学实在论的强式法律确定性主张 \ 207

第一节 克里普克-普特南的指称理论 \ 209

第二节 摩尔的形而上学实在论 \ 213

第三节 布林克与斯塔罗普洛斯 \ 216

第四节 比克斯的批评 \ 219

第八章 法律论证理论对法律确定性的重构	222
第一节 法律确定性和法治的商谈理论	224
第二节 阿列克西论法律的确实性与合理性	229
第三节 法律中的可辩驳推理	231
第九章 语言的性质与法律的不确定性	241
第一节 法律与语言的一般关系	242
第二节 模糊性与歧义	245
第三节 不完全性与不可通约性	251
第四节 家族相似性与争议性	258
第五节 语义怀疑论与翻译的不确定性	264
第十章 法律的不确定性与法治的可能性	275
第一节 法律的不确定性与客观性和合法性	275
第二节 法律的不确定性与可预测性	281
第三节 法律的不确定性与法治	284
结 论	294
参考文献	297
致 谢	320

导 论

法律的不确定性是 20 世纪法律理论的一个主要问题。自从 20 世纪初美国的法律现实主义者扛起法律不确定性的旗帜，这个问题便成为法律理论的一个焦点问题。法律的不确定性问题通常以关于道德、语言和法律的基本性质的主张为议题：①道德问题有唯一正确答案吗？②语言是不确定的吗？③法律和权威之间的联系是什么？这种联系如何影响法律解释和法官造法？^{〔1〕}第一个问题与道德的客观性有关。第二个问题关乎语言的确定性和语义理论。第三个问题与法律的性质和法律实证主义的基本主张有关。本书的目标是阐述法律中的不确定性主张，并检讨它对于理解法律和裁判的意义。我认为法律的不确定性是法律的重要特征。澄清法律中的不确定性主张有助于深化人们对法律和法律实践的理解。法律体系必然包括不确定的法律。因此，人们的法律权利和义务以及权力在某些案件中是不确定的。我不主张彻底的不确定性。我仅仅认为法律在某些案件中但不是在所有案件中是不确定的。在这个意义上，我在法律的确定性与不确定性之间坚持了一条中间道路。坚持中间道路往往是一件吃力不讨好的

〔1〕 参见 Brian Bix, "Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy?" 16 *Ratio Juris*, 282, 282 (2003).

的事情,不过我将澄清确定性与不确定性主张的真正意义,并在两种主张之间划定一条界线。法律的不确定性要求我们重新阐释法治理想。法治理论与法律的不确定性是并行不悖的。法律的不确定性并不必然构成法治的缺陷。只要不确定的司法判决具有客观性、合法性和可预测性,不确定性就不会给法治理想带来威胁。

第一节 法律的不确定性的涵义

一、词义辨析

“不确定性”是由英文“indeterminacy”一词翻译过来的,有时人们把它翻译为“非确定性”或“非决定性”。^{〔1〕}它是形容词“indeterminate”的名词形式。在英语中,“indeterminate”的意思为“不固定的;不确切的;未限定的;模糊的”。^{〔2〕}“indeterminate”的反义词为“determinate”,它的意思为“确定的,限定的”。“indeterminacy”的反义词为“determinacy”,我们一般把它翻译为“确定性”。“determinate”和“determinacy”都是由动词“determine”衍生出来的。“determine”这个词我们是非常熟悉的,它的主要意思是“确定、决定”。这几个词在法律的不确定性问题的讨论中是经常出现的,我们可以根据上下文做出不同的翻译。现

〔1〕 朱景文:“对西方法律传统的挑战——评美国批判法律研究运动”,载《中国法学》1995年第4期;臧东升:“批判的精神与责任”,载《环球法律评论》2001年秋季号。

〔2〕 《牛津高阶英汉双解词典》(第4版),商务印书馆2002年版,第756页。

在举几个例子来说明这几个词的用法。

1. ...our aim in legislating is so far **determinate** because we have made a certain choice. [1]

我们立法的目标到目前为止是确定的，因为我们做了某个选择。

2. Does the law **determine** the outcome of particular legal disputes? [2]

法律决定特定法律纠纷的结果吗？

3. Is the law radically **indeterminate**? [3]

法律是彻底的不确定的吗？

4. Call the claim that the laws do not determine legal outcomes the **indeterminacy** thesis. [4]

称法律没有决定法律结果这种主张为不确定性论题。

5. First is the issue of legal **determinacy**: whether law always (or most of the time or never) provides unique correct answers to legal questions. [5]

首先是法律确定性问题：法律是否总是（或者大多数时候或者从不）给法律问题提供唯一正确的答案。

[1] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 129. 又参见 [英] 哈特：《法律的概念》，许家馨、李冠宜译，法律出版社 2006 年版，第 124 页。

[2] Lawrence B. Solum, "Indeterminacy", "in D. Patterson ed., *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 1996, p. 488.

[3] Lawrence B. Solum, "Indeterminacy", "in D. Patterson ed., *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 1996, p. 490.

[4] Lawrence B. Solum, "Indeterminacy", "in D. Patterson ed., *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 1996, p. 489.

[5] [美] 布赖恩·比克斯：《法律、语言与法律的确定性》，邱昭继译，法律出版社 2007 年版，第 1 页。

现有的中文文献在几种不同的意义上使用“不确定性”一词。有人把“uncertainty”也翻译为“不确定性”^{〔1〕}，而本书是在“indeterminacy”的意义上使用“不确定性”一词的。

二、法律不确定性的涵义

法律的不确定性 (legal indeterminacy) 是指法律不能为法律纠纷提供一个正确答案 (right answer)。法律的确定性 (legal determinacy) 是指法律总是或者大多数时候为法律纠纷提供一个正确答案。简言之，法律的确定性问题是指法律是否总是 (或者大多数时候或者从不) 对法律纠纷提供唯一正确的答案。这个问题也可以这样来表述：所有的法律材料 (例如宪法、法律法规、规章和判例等) 能否为法律纠纷提供唯一正确的答案。

“法律是不确定的”这一陈述是什么意思呢？这一陈述的真假取决于我们对“法律”和“不确定的”这两个谓词的认识。布赖恩·莱特 (Brian Leiter) 认为“说法律是不确定的是说法律理由集 (the class of legal reasons) 是不确定的。”^{〔2〕}他把“法律的不确定性”论题中的“法律”理解为“法律理由集”。在莱特看来，这个集合是由四个要素构成的：①正当的法律渊源 (例如，成文法、宪法、法院判决、社会政策、道德)；②旨在产生法律规则的正当的解释技术，法官根据法律渊源来使用这些技术 (例如，恰当的解释成文法或先例的方法)；③旨在产生法律事实的正当的解释技术，法

〔1〕 参见 [美] 约翰·杜威：《确定性的寻求——关于知行关系的研究》，傅统先译，上海人民出版社 2005 年版；[美] 伊曼纽尔·沃勒斯坦：《知识的不确定性》，王昶等译，山东人民出版社 2006 年版。

〔2〕 Brian Leiter, “Legal Indeterminacy”, 1 *Legal Theory* 1995, p. 481.

官根据记录的事实来使用这些技术（例如，基于法律分析的目标来划分事实情境的恰当方式）；④正当的推理技术（例如，演绎推理）。〔1〕用我国通行的法理学术语来表达，要素①是指正式的法律渊源，要素②和③是指法律解释，要素④是指法律推理。葛洪义教授指出，围绕法律的确定性问题所出现的争论大致体现在三个方面：①法律本身的确定性问题；②对构成司法判决基础的事实的确定性的怀疑引起的法律的确定性问题；③由美国批判法学提出的关于法律推理的不确定性而导致的对法治及其意义的讨论则涉及到法治的价值这一根本性的问题。〔2〕葛教授的概括涉及到法律渊源的确定性、事实的确定性和法律推理的确定性。事实的确定性问题与法律解释密切相关。说法律是不确定的是说法律渊源、法律解释和法律推理是不确定的。由此，我们可以把“法律的不确定性”论题分解为“法律渊源的不确定性”、“法律解释的不确定性”和“法律推理的不确定性”这三个亚论题。

“法律的不确定性”论题中的“法律渊源”是什么呢？不同的学派有不同的观点。自然法学派认为法律不仅包括实在法还包括自然法，并且实在法需要接受自然法的检验，也就是说，自然法学派持“恶法非法”的立场。法律实证主义认为只有实在法才是法律，并坚持“恶法亦法”的立场。早期的法律实证主义者奥斯丁认为法律是主权者针对臣民发布的命令。哈特认为法律是第一性规则和第二性规则的结合。德沃金认为法律概念包含以下几层含义：第一层次的法律概

〔1〕 参见 Brian Leiter, “Legal Indeterminacy”, 1 *Legal Theory* (1995), p. 481.

〔2〕 参见葛洪义、陈年冰：“法律的普遍性、确定性、合理性辨析——兼论当代中国立法和法理学的使命”，载《法学研究》1997年第5期。

念是规则；第二层次的法律概念是非规则标准，即原则、政策及惯例等不甚具体的标准；第三层次的法律概念是道德文化及社会理想。最后他又搬出了赫尔克里士式的法官。^{〔1〕}本书坚持法律实证主义的法律观。本书所说的“法律渊源的不确定性”是指“实在法的不确定性”。具体而言，本书所说的“法律”是指享有立法权限的权威机关制定或认可的法律规范，例如，宪法、基本法律、行政法规、地方性法规、自治法规、国际条约和惯例等。法律的不确定性论题与法律观有着紧密的联系。法律观的不同可能导致人们在法律不确定性主张方面的差异。例如，法律实证主义者承认简易案件和疑难案件之间的区分。在简易案件中法律是确定的，法律可以做简单的理解并直接适用；在疑难案件中法律是不确定的，因为法律不能决定案件的结果，法官可以行使自由裁量权。“德沃金认为这是因为实证主义者持有一种狭义的法律渊源观：如果我们把法律的渊源延伸到特定的道德原则，我们发现即使公认的疑难案件也具有理由的确定性。”^{〔2〕}

法律解释是对法律文本（制定法、合同、遗嘱和司法判决等）的意义或适用进行阐述和说明的活动。法律解释不仅要指出法律文本中语词或句子的意义，还要寻找法律规则的背景。立法者制定规则的目的和原初意义即是法律规则的背景。在解释法律文本时，解释者面临两类问题。一是由法律规则的不确定性引起的问题，二是由寻求法律规则的背景而引起的问题。这两类问题都与语言的缺陷有关。因为语言是有限度的，法律规则不可能完全记载法律规则所产生的背景。

〔1〕 参见洪川：“德沃金关于法的不确定性和自主性的看法”，载《环球法律评论》2001年第1期。

〔2〕 Brian Leiter, “Legal Indeterminacy”, 1 *Legal Theory* (1995), p. 484.