



OXFORD

The Oxford Handbook of
JURISPRUDENCE &
PHILOSOPHY OF LAW

牛津法理学与法哲学手册
(下册)

[美] 朱尔斯·科尔曼 (Jules Coleman) 斯科特·夏皮罗 (Scott Shapiro) ◎ 主编

杜宴林 朱 振 韦洪发 等 ◎ 译

上海三联书店

The Oxford Handbook of
JURISPRUDENCE &
PHILOSOPHY OF LAW

牛津法理学与法哲学手册

(下册)

[美] 朱尔斯·科尔曼 斯科特·夏皮罗 ◎ 主编
杜宴林 朱 振 韦洪发 等 ◎ 译



 上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

牛津法理学与法哲学手册/[美]朱尔斯·科尔曼(Jules Coleman)等主编;朱振等译. —上海:上海三联书店,2017. 12
ISBN 978-7-5426-5784-8

I. ①牛… II. ①朱…②朱… III. ①法理学—手册②法哲学—手册 IV. ①D90-62

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 311911 号

牛津法理学与法哲学手册

主 编 / [美]朱尔斯·科尔曼 斯科特·夏皮罗

译 者 / 杜宴林 朱 振 韦洪发等

责任编辑 / 冯 静

特约编辑 / 郑秀艳

装帧设计 / 一本好书

监 制 / 姚 军

责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(201199)中国上海市都市路 4855 号 2 座 10 楼

邮购电话 / 021-22895557

印 刷 / 上海盛通时代印刷有限公司

版 次 / 2017 年 12 月第 1 版

印 次 / 2017 年 12 月第 1 次印刷

开 本 / 710×1000 1/16

字 数 / 1000 千字

印 张 / 70.75

书 号 / ISBN 978-7-5426-5784-8/D·346

定 价 / 224.00 元

敬启读者,如发现本书有印装质量问题,请与印刷厂联系 021-37910000

本译著系国家2011计划司法文明协同创新中心、
吉林大学理论法学研究中心
以及国家社科基金项目“乡土社会变迁与基层司法创新机制研究”
(批准号: 12BFX015) 阶段性成果, 并受其资助出版。

**THE OXFORD HANDBOOK OF
JURISPRUDENCE & PHILOSOPHY OF LAW**

by Oxford University Press Inc., New York

Copyright © Oxford University Press 2002

This edition arranged with Oxford University Press Inc.

through Andrew Nurnberg Associates International Ltd.

Simplified Chinese Edition Copyright © 2017 by Shanghai Joint Publishing Company

All rights reserved.

“十三五”国家重点图书出版规划项目
国家出版基金资助项目



下册

第13章 法律与义务

莱斯利·格林(Leslie Green) 著 李立丰* 译

法的视阈中满是义务、尽是责任。^{〔1〕} 法律或许会要求我们浴血疆场,或许要求我们放下自己攥紧的拳头;或许要求我们主动缴纳捐税;或许要求我们诚实信守与他人缔结的合约;或许要求我们照顾至亲;或许要求我们揭发犯罪;或许要求我们保护环境;或许要求我们尊重、履行判决,彻底且绝不含糊。法律并不仅限于创制、调整或者执行上述义务规范,同时,法律还负责维护个人权利,限定公共权力,厘定法律概念,等等。虽然说所有法律职能都可以浓缩到义务这个概念范畴多少有些言过其词,但毫无疑问,只有参照义务,我们才可以更为充分地理解、把握法律的相关职能。例如,如果要把握缔约权的本质,我们就必须要认识到与这一权利相对应的履约义务,以及违约情况下支付损害赔偿的义务。如果要理解言论自由,我们就必须要意识到这一权利的前提就是需要承担不得剥夺他人合法表达自身观点的义务。如果准确把握“未成年人”这一概念范畴,我们就需要深入理解这一特定人群无需承担的法律 responsibility 范围,以及这些人无权创制、改变的法律现实有哪些。

另外,将义务视为法律的核心特质还存在其他根据。法律义务之间存在种种矛盾,这些矛盾不仅局限于个人间的私利冲突,而且也存在于重要的社会责任当中。例如,军中服役的义务或许会与照顾家人的责任存在矛盾,为子女提供世俗教

* 吉林大学法学院教授,博士生导师,LLM,日本早稻田大学访问学者,主要从事刑法哲学研究。

〔1〕在本文中,笔者将“义务”(Obligation)与“责任”(Duty)这两个概念互换使用。

育机会的义务或许会和促进其宗教信仰的责任相悖,等等。对于义务冲突,法律本身的态度十分明确:在没有例外规定的情况下,某些义务需要被优先履行。问题是,我们是否应该想当然地遵从这一多少有些武断的结论,根据为何?很明显,某些特定的法律义务存在必须履行的理由:如道德优先性、效率优先性,法律谦抑原则,等。但有些学者显然不满于此。在他们看来,除了上述考量之外,如果法律体系本身是合理公正的,由于义务是法律所要求的,因此我们具有履行所有相关法律义务的道德责任。也就是说,这些人实际上所主张的是西方哲学话语中所谓的“政治义务”原则(political obligations)。这种观点是否成立无论从哲学思辨的角度,还是从实际操作层面,都具有十分重要的意义。套用洛克(Locke)的观点,法律通过包括死刑在内的刑罚手段保证其对于义务内容及位阶的界定得以贯彻。这种代价或者风险无疑十分高昂。

一直以来,学界对于政治义务原则本身是否存在异议不大,争论的焦点主要集中于政治义务原则的正当性究竟应该建立在哪种理论基础之上。唯意志论者(Voluntarist)鼓吹的观点以约翰·洛克所持理论为代表,主张当且仅当行为人认同特定法律规则的时候,才需要承担守法的义务。与此相对,对于洛克观点多有指摘的大卫·休谟(David Hume)一派则坚持个体的意志行为与此无关,依法治理社会的价值可以为个体守法的义务提供合理性。虽然上述两种对立观点并未得到全社会的普遍认同,但一直以来,似乎只有无政府主义者以及否认法治的人士才会对此由衷质疑。从这个角度来看,晚近出现,同时逐渐成为学界通说的第三种观点就因此具有了非同寻常的意义。一部分认同依法实施社会治理的学者通过对于洛克与休谟所持学说的批判与质疑,开始倾向于主张传统学说坚持的概括性守法义务并不存在。^{〔2〕}笔者在本文中就第三种观点的根据及其对于法学理论可能产生的影响进行分析。

〔2〕 See M. B. E. Smith, 'Is there a Prima Facie Obligation to Obey the Law?', *Yale Law Journal*, 82 (1973), 950 - 976; J. Raz, *The Authority of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1979); A. J. Simmons, *Moral Principles and Political Obligations* (Princeton, N. J.: Princeton University Press, 1979); J. Feinberg, 'Civil Disobedience in the Modern World', *Humanities in Society*, 2 (1979), 37 - 60; R. Sartorius, 'Political Authority and Political Obligation', *Virginia Law Review*, 67 (1981), 3 - 17; I. Green, *The Authority of the State* (Oxford: Clarendon Press, 1988).

一、义务与法律本质

如唐纳德·里根(Donald Regan)所言,法律的一般概念往往通过对比人们所熟知的“人治”与“法治”这一“范式”加以体现。^{〔3〕}这是否意味着法律强调施加义务的特质与其所具有的积极价值之间存在密切关系?对于相关范式进行此种理解的根据是不是因为法律的要求同时具有道德义务的色彩?如果真是这样,似乎就意味着要对于相关法学理论加以限制。菲利普·索普(Philip Soper)曾提出,“真正意义上的义务是法律体系中各种理论必须解决的现象之一。”^{〔4〕}罗纳德·德沃金(Ronald Dworkin)认为,“法律概念必须能够为国家依法行使强制权提供正当性,为特殊情况下某些法律规范具有优先适用性提供根据。”^{〔5〕}这似乎可被视为一种过渡性观点。后来,朗·富勒(Lon Fuller)总结,“法律不可能一方面建构道德无涉的行为基准,同时又建构一套守法的道德义务”,因此实证主义法学派的观点无法成立。^{〔6〕}

事实上这种观点属于对法律的义务属性如何限制法学理论的错误解读,因为其规避了三个非常重要的问题。首先,在描述与阐释法律的过程中,如何理解法律的规范性?——规范性法律术语,如“义务”、“责任”等大量存在。其次,法律的合法性依据问题——法律规则,包括法律强制性的正当性是什么?最后,义务的问题:守法主体是否应将法律要求视为道德上的一种义务?虽然上述问题相互关联,常被混淆,但其的确是法理学中三个具有独立性的根本问题。

(一) 规范性

法学理论应当能够解释下列表述的特征与意义:“加拿大制定的成文法应当以

〔3〕 Donald H. Regan, 'Law's Halo', in Jules Coleman and Ellen Frankel Paul (eds.), *Philosophy and Law* (Oxford: Blackwell, 1987), 15-30.

〔4〕 Philip Soper, *A Theory of Law* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1984), 4. 在 Robert George 主编的 *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism* (Oxford: Clarendon Press, 1996), 215-247 的 'Law's Normative Claims' 一文中,他对于自己的观点进行了修正。

〔5〕 Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986), 90.

〔6〕 Lon L. Fuller, 'Positivism and Fidelity to Law — A Reply to Professor Hart', *Harvard Law Review*, 71(1958), 630, repr. In Joel Feinberg and Jules Coleman (eds.), *Philosophy of Law*, 6th edn. (Belmont, Calif.: Wadsworth, 2000), 100.

英文及法文加以公布”，或者“佐治亚州居民不得实施肛交行为”。如果说这所表述的是一种道德义务，显然未能切中要害，有夸大其词，同时以偏概全之嫌。说其夸大其词，是因为人们往往在作出上述表述的时候并未从严格的道德层面出发，甚至根本并不认同自己所说的这些观点。说其以偏概全，是因为这种观点并未解释为何上述观点具有道德义务，而是直接推定其具有道德义务。

承担义务，意味着需要实施特定的作为或者不作为——即在某种程度上行为人必须遵守某种行为规范。何谓“在某种程度上”？法律义务的急迫性显然与法律义务本身重要与否无关：我们并不能因为看似微不足道，就将错误投递给我们，但是本来发给别人的垃圾信件销毁。另外，法院有充分的理由避免作出相互矛盾的判决，但却没有绝对不可以这样做的法律义务。因此，法律义务表征出哈特(Hart)所说的“内容独立性”(Content-independence)：法律义务的存在并不取决于其所要求的作为或者不作为的本质或者意义。^{〔7〕}但如果义务的急迫性不属于法律义务内容的功能属性，那么又应该对此做何种理解？对此，目前学界存在三种较有影响力的观点。

在主张“制裁说”(Sanction-based accounts)的学者看来，所谓承担义务，就意味着行为人如果不按特定方式实施作为或者不作为的话，将极有可能面对有权方面作出的具有正当性的制裁措施。^{〔8〕}历史上，霍布斯(Hobbes)，边沁(Bentham)，奥斯汀(Austin)，密尔(J. S. Mill)，霍尔姆斯(O. W. Holmes)以及凯尔森(Kelsen)等人都曾主张过“义务制裁说”，但时至今日，支持这一观点的学者已经寥寥可数。这一学说存在的问题有目共睹。^{〔9〕}首先，上述观点虽然存在些许差异，但基本上都

〔7〕哈特的早期观点，参见‘Legal and Moral Obligation’，in A. I. Melden (ed.), *Essays in Moral Philosophy* (Seattle: University of Washington Press, 1958), 82-107. 后期哈特将自己的观点进行提炼，具体参见‘Commands and Authoritative Legal Reasons’，*Essays on Bentham* (Oxford: Clarendon Press, 1982), 243-268。

〔8〕对于相关正反观点的总结，可参见 P. M. S. Hacker, ‘Sanction Theories of Duty’，in A. W. B. Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence: Second Series* (Oxford: Clarendon Press, 1973), 131-170. 哈特对此的回应，参见‘Legal Duty and Obligation’，in *Essays on Bentham*，需要指出，哈特在本文中对于法律义务的阐释，尤其是对于制裁说的强调和他在其他文章中的观点存在不相协调之处。

〔9〕See H. L. A. Hart, *the Concept of Law*, 2nd edn. ed. P. A. Bulloch and J. Raz (Oxford: Clarendon Press, 1994), 26-49, 82-91.

建立在一个缺乏说服力的广义制裁概念基础上,其不仅包括传统意义上的刑事处罚,还包括民事意义上的经济赔偿,甚至恢复原状。其次,守法主体没有选择履行法律义务与否的自主权。“你有义务不得偷盗”不能只意味着“如果你偷了,就将被惩罚”,因为法官不能不区分“完全没有实施偷盗”与“实施了偷盗并被监禁”这两种情况。第三,法律义务与制裁可能性之间没有必然联系。在行为肯定不会引发制裁,甚至法律义务当中没有规定任何制裁条款的情况下,我们仍然应该遵守法律义务,例如,我们常说司法机构,包括最高法院,有义务适用法律。最后,尽管制裁可以为合法行为提供依据,但也可以为实施错误行为提供借口。行为人会想尽办法规避制裁,加之制裁可能性的存在,都使得制裁说本身的说服力大打折扣。这些变量在很大程度上取决于制裁的内容,以及实施者的目标,而与法律义务本身毫无关系。

基于上述考量,哈特认为,尽管制裁可以通过所谓“有义务”从事特定行为来加以理解,但并不能被直接解释为“承担特定义务”。制裁之所以十分重要是因为制裁是表示法律权威与效力的极端形式,也是执行法律所施加义务的最重要手段,但这并不是说可以用制裁来解释创设义务的原因。相反,哈特建构了所谓的“规范说”(Rule-based theory),认为当行为人受制于特定社会实践规范的时候,即应承担相应的义务。所谓社会实践规范的存在取决于下列前提:行为存在常态化模式,越轨行为应遭到谴责,对于越轨行为的谴责具有合法性,至少一部分人将行为的常态化模式作为指引、评价行为的标准,并因此建构起相关的规范性表述话语。并不是所有的实践规则都存在与之伴生的强制性义务,其中大部分属于风俗习惯或者约定俗成性义务。哈特认为,义务至少还具有如下三种特征:存在持续、显著的外界压力,迫使行为按照预期模式进行;对于社会生活,或者社会生活的某些方面存在积极意义;义务可能与守法主体本身的利益或者目标发生冲突。^[10] 因为实践规范的目标以及行为标准存在多元性,因此需要坚持义务的内容独立性。“实践规范说”鼓吹对于法律、道德以及习俗义务进行概括性解释:在任一语境当中产生义务的原因同质,但具体义务的标准不同。

[10] Ibid., pp. 85 - 88.

尽管相较于制裁说,实践规范说取得了长足的进步,但却无法最终为学界所接受。^[11]在很明显不存在所谓实践规范的情况下,人们也往往会谈论所谓的义务问题,这样就好像在一个全民食肉社会当中生活着唯一的素食主义者那样。所谓实践条件也可以在不存在义务,仅存在合理性解释的情况下存在,如受害人经常被要求在面对劫匪的时候主动交出钱包。更为重要的是,承担特定义务 φ 是从从事特定行为 φ 的根据,然而除了某些特殊情况外,社会中存在从事特定行为 φ 的普遍现象不能像实践规范说所主张的那样用来作为必须这样做的根据。哈特在后期观点中将实践规范说限缩在习俗义务的语境当中,在这种情况下,一般性做法可以用来作为遵守这一实践规范的根据。但并不是所有的法律义务都可以被理解为习俗义务——即使在缺乏类似风俗习惯的情况下,某些法律义务,如不得强奸,也必须得到遵守。^[12]

相对而言,正当性说(Justification-based account)更具说服力。这种学说认为,义务的特质可以通过正当性的不同而有所区隔:内容独立性与行为的约束性。所谓行为的约束性具有两大特征:首先,义务在效力上存在差别;在适用于守法个体时不考虑其本身的需要或者目标。从康德主义出发来看,有必要强调行为的类型化诱因中并不夹杂任何道德意味:“闭嘴!”就属于典型的命令类型。其次,义务的约束性还可以通过霍布斯以及洛克等人对于政治权力本质的讨论窥以一斑。^[13]义务要求行为主体放弃自身对于行为意义的思考,无条件地对其加以遵守。对此特征论述最为充分、也最说服力的学者当属约瑟夫·拉兹(Joseph Raz)。^[14]义务

[11] Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978), 48 - 58; Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, rev. edn. (Princeton: Princeton University Press, 1990), 53 - 58.

[12] 即使从习俗义务的角度出发,实践规范说也无法成立,因为习俗仅仅具有指向性,而不具有强制性。笔者对此问题的探讨可参见‘Law, Co-ordination, and the Common Good’, *Oxford Journal of Legal Studies*, 3(1983), 299 - 324; ‘Authority and Convention’, *Philosophical Quarterly*, 35 (1985), 329 - 46; and ‘Positivism and Conventionalism’, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 12(1999), 35 - 52.

[13] Thomas Hobbes, *Leviathan*, ed. C. B. Macpherson (Harmondsworth: Penguin, 1968), pt. H. ch. 25; 303; John Locke, *Two Treatises of Government*, ed. P. Laslett (Cambridge: Cambridge University Press, 1963), H. s. 87, 167.

[14] See Joseph Raz, ‘Promises and Obligations’, in P. M. S. Hacker and J. Raz. (eds.). *Law, Morality and Society: Essays in Honor of H. L. A. Hart* (Oxford: Clarendon Press, 1977), 210 - 228; and Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, 35 - 84.

作为一种类型化是由,受到排除义务是由的保护,从而可以抵制相反的原因,确保行为的既有模式不受干扰。也就是说,义务是作为的依据,或者基于某些原因不作为的依据。这里,提醒注意两点。首先,必须假定成立存在排除义务是由。如果事实本身并未给从事特定行为提供正当性,那么就不存在不作为的限制。例如,证据法中的证据排除原则要求即使这些事证和案件本身具有相关性,当事人在某些情况下也不得援引这些证据。但证据排除规则并不能解释为什么与案件无关,或者无效的事实不得作为证据。其次,义务可以消除某些与之相悖的行为依据——通常情况下是指习惯性倾向——但这并不意味着可以排除所有其他行为依据。因此,排除性是由并不具有绝对的说服力,而仅仅属于某种不同位阶的行为依据。这意味着义务的约束性特质并不完全取决于作为义务的正当性,还建立其他排除义务是由基础之上。

对于义务的正当性解读绝非毫无争议,而其当然也存在进一步完善的空间,但不可否认的是,正当性说在很大程度上修正了制裁说与规范说的不足。正当性说可以为义务的很多特质提供合理解释,可以从最开始就准确刻画实践中出现的义务矛盾与冲突——我们可以将正当性理解为从不同视角做出的实践性评估,所谓不同视角,主要取决于义务包纳或者排除的要素。换句话说,“对 φ 承担法律责任意味着从法律的角度,存在必须实施 φ 的理由,同时不存在不实施这一行为的理由。”但从道德角度而言,这并不能代表所有的相关因素——或许某些法律排除的根据恰恰是最具有道德正当性的行为理由。将某种是由视为具有约束力,具有内容独立性的行为根据并不是说这就是义务的根据,因此,不能认为法律义务就是道德义务,尽管在二者不同的语境当中,有可能对于义务做出一致的解释。

(二) 忠诚性

法律的规范性中包括法律如何表达的问题。至少从17世纪开始,关注守法主体如何表现其对于发来的“忠诚性问题”(questions of allegiance)就已经开始主导西方政治哲学研究。究竟什么是所谓的忠诚性?首先提出这一概念的休谟认为在“服从政府的道德义务”、“接受统治者的权威”、“统治者的惩罚权”以及法律主体的

盲从性之间不存在根本性区别。^{〔15〕} 换句话说,休谟认为这些表述之间差别不大,意义近似。可以肯定,这些观点都属于对于法律的一般性道德表述,但这是否意味着可以将其互换使用? 其他学者显然并不这样认为。例如,洛克认为即使没有权力,只要符合法律的可执行本质,还是可以依此对于他人进行威吓与震慑。^{〔16〕} 霍布斯认为因为自保权可以消除任何与之相冲突的义务,因此即使对于没有服从义务的人,国家仍然可以威胁对其实施惩罚。^{〔17〕} 这些可能性意味着至少我们需要区分政府的治权——关乎合法性问题与服从的正当性——义务问题。^{〔18〕}

合法性问题关乎权力的外延与适用的范围:法律所要求执行的是哪些权利? 法律对于哪些主体赋予这些法律权利? 义务性问题涉及切实遵守法律要求,确保法律得到执行:将义务作为具有约束性的行为根据,不仅仅需要反思义务,更要从法律角度履行义务。用罗尔斯(Rawls)的话来说,忠实履行法律义务绝对不仅仅是支持、服从法律。行为人或许可以在客观上遵守了法律的规定,但在主观上并不知悉相关的法律规定。类似出现在法律与行为之间的巧合十分常见,因为一个理性、正当的法律体系总是鼓励、希望公民能够具有独立的守法人格。尽管很多情况下,行为人仅仅因为行为符合法律规定而避免了法律制裁,但行为人只有在真地接受法律对于自身行为指导的情况下,才会真正守法。

因此,是否具有忠诚守法的义务可以被理解为行为人是否应该从法律的意义上遵守法律的相关要求。^{〔19〕} 法律的要求是决定权利、义务、权力以及民主等概念范畴的终极判断标准,同时,法律主体对于法律的服从和与其自身对于法律要求的评价与判断无关。当然,如果法律体系本身是非法的,那么就不应存在这些法律义务。但如果仅仅存在些许的不正当性,法律义务则应依然存在。尽管很难评判负责监督义务执行的官员对于义务产生的根源作何理解,但他们基本上都推定存在

〔15〕 David Hume, *A Treatise of Human Nature*, ed. L. A. Selby-Bigger (Oxford: Clarendon Press, 1967), 546, 548, 554.

〔16〕 Locke, *Two Treatises*, II. ss. 8-9; 312-313.

〔17〕 Hobbes, *Leviathan*, pt. II. Ch. 14; 199.

〔18〕 相关区别,详见 Kent Greenawalt, *Conflicts of Law and Morality* (New York: Oxford University Press, 1987), 47-61, and William A. Edmundson, *Three Anarchical Fallacies: An Essay on Political Authority* (Cambridge University Press, 1998), 7-70.

〔19〕 Joseph Raz, *Authority of Law*, 233-249.

某种程度上的法律义务。^[20] 法官在审理案件的过程中也会认为除了极特殊的情况之外,当事人有义务遵守法律。在他们看来,司法绝对不是仅仅是一种可有可无的选项,而是用来激发当事人守法意识的工具。^[21] 正如唐纳德森(Donaldson)所言,“仅仅通过支付罚金或者接受惩罚,并不能获得违法的权利。在议会制民主体制当中,这根本不可能……”^[22]

这种官方看法意义十分重大,因为其实际上已经成为政治义务内容的正当性根据,并已经成为特定社会中的有权话语。如何认定、理解这种观点已经成为“描述法学派”(Descriptive legal theory)的关键性课题。因为对于对象的描述需要对所有相关的事实要素加以遴选,因此任何一种法律意义上的描述都属于对于最相关法律事实的认定。^[23] 然而,与此同时需要强调,这种观点并不具有先决意义上的道德或者政治意味。当我们思考如何在道德上应对法律要求的时候,我们所关注的并不是法律希望我们认识到什么,而是法律实际上规定了什么。

德沃金对此一致秉持反对意见。他反对描述法学派的观点,反对对于义务的通常理解,相反,在德沃金看来,法律仅仅在“某种最为松散的意义”上具有约束力。^[24] 德沃金认为,这种所谓“松散”是指法律绝对不是只关注让法律主体掌握法律义务的本质,而是希望守法主体能够发现自己为什么希望参与相关法律实践。^[25] 对于法律忠诚并不是指行为人单纯地按照法律规定行事,而是行为人和自己内心的一种对话交流,因此,政治义务属于颇具新教色彩的一种概念:“忠诚于公民有责任加以了解、从根本上作为其自身所生活的那个社会群体根本原则的义务体系”。^[26] 尽管限于篇幅,这里无法对于相关争论进行详尽阐述,但是还是可以做

[20] See Mark Hall and George Klosko, 'Political Obligation in the United States Supreme Court', *Journal of Politics*, 60(1998), 462-549.

[21] *U. S. v. Macintosh*, 283 U.S. 605(1931), at 623. 相关讨论亦可参见 Hall and Klosko, 'Political Obligation and United States Supreme Court'.

[22] *Francome v. Mirror Group Newspapers Ltd.* [1984] 2 All ER 408 at 412.

[23] 笔者在此参考了 Amartya Sen, 'Description as Choice', in his *Choice, Welfare and Measurement* (Oxford: Blackwell, 1982)。对于描述法学的批判,参见 John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Clarendon Press, 1980), 3-19。

[24] Dworkin, *Law's Empire*, 429 n. 3.

[25] *Ibid.*, 58.

[26] *Ibid.* 413. 对此观点的批判参见 G. J. Postema, '"Protestant" Interpretation and Social Practices', *Law and Philosophy*, 6(1987), 283。

出如下概括。虽然从事解读的主体是解读者,但这并不意味着解读者可以为所欲为。解读者的个人意愿虽然具有自主性,但却并不意味着解读内容要反映解读者对于法律实践的实际参与。解读者往往并未参与其所解读的法律实践,因此,对于平常人来说,保持特定的行为模式似乎有些语焉不详。即使在一个可以充分保证公民政治参与的民主社会当中,公民作为法律参与者的角色多少类似于市场经济社会中的竞价者:任何人的个人意愿需要取决于社会其他公众的意愿。这意味着法律主体对于法律实践的坚持并无决定权,就好像个体话语者无法决定其所表达语言的意义一样。如果说认定社会个体对于法律要求的认知取决于认定者自身的话,那么这显然与本章开始部分所提倡的道德冲突理论产生了矛盾。和其他很多黑格尔派学者一样,德沃金并没有真正尝试解决忠诚性问题,而是对其采取了回避的态度。

区分合法性与义务性所导致的一个必然结果就是需要探讨二者之间的关系。很显然,对于一个不具有合法性的法律体系而言,不存在任何道义上的服从义务——在纳粹或者斯大林独裁统治时期即使行为人有过十分明确的承诺,也不具任何约束力(当然,这一时期行为人可能基于某种特定的道德层面原因而服从某部特定法律)。尽管合法性是义务性的必要条件,义务性却并非合法性的必要条件。^[27]换句话说,行为人有正当理由抵抗非法抓捕,但对于实施非法抓捕的政府官员并不享有任何控制权或者指挥权。二战结束后,盟军虽然在惩治纳粹战犯,进行纽伦堡审判等活动时具有正当性,却并不享有对于德国公民的统治权。对此,德沃金并不认同。“国家不能强制执行公民的所有义务。”他认为,“尽管义务并不是国家行使强制权的充分条件,但可将其视为一种必要条件。在某些极特殊情况下,主权国家得针对并不需要承担任何义务的行为人行使强制权。但如果相关法律并不涉及真正意义上的义务,则不能动用国家强制力对其加以执行。”^[28]

在上述所有观点中,只有一个问题争议较小:有一些道德义务法律不应强制执行,例如,日常生活中的一般承诺、感情上的忠贞,等等。在这些问题上如果法律无

[27] See Further, Green, *The Authority of the State*, 71–75, 149–153, 242–243.

[28] Dworkin, *Law's Empire*, 191.

法充分介入,那么就会丧失相关的合法性。除此之外德沃金的其他观点则存在一定争议。例如德沃金认为只有在法律是合理、有效义务来源的情况下才可以对其加以执行。但这种条件的限定显然太过狭隘,因为在某些情况下,尽管某些道德因素的考量不会引发具体的法律义务,但仍需要通过强制性手段捍卫这些道德价值。例如,人们一般都支持保护环境,惩罚污染者,但却往往并不认为这里涉及任何道德义务:或许,这里根本就不存在什么义务性问题,而仅仅是一项具有较高道德说服力的根据,或者说其所具有的义务性特征是法律介入的结果,而非导致法律介入的原因。^[29] 在任何情况下,认为强制法必须具有合法性并具有道德上的正当性的观点显然不同于坚持认为具有合法性的法律强制必须以存在相关义务为前提的看法,在支持洛克学说的学者看来,前者与后者的可信度毫无关系。一个国家虽然对于另外一个国家的公民无法主张、实施强制权,但却仍然可以对其加以震慑与威吓。如果情况真的如此,那么之前就一定存在某种可以推动公平、正义要求的道德性权力。因为惩罚的概念与理解可执行的惩罚权之间具有密不可分的关系,因此我们是否支持洛克所主张的所谓惩罚的自然权力说就变得无关紧要起来。^[30] 实质的问题仍然是根据忠诚性理论,合法性与义务性是否属于不同的两个范畴。

(三) 正当性

法律的观点能够产生实质影响,因此需要从道德层面对其严格检视与审查。如果忠实于法的义务不是原发性的,^[31]那么似乎可以将其归入到某些耳熟能详的道德原则当中。但法律并不是唯一可以主张义务的社会机制,如果不考虑法律的本质,很难判断法律观点本身是否具有说服力。那么,这是否意味着我们在评价义务的有效性时可以充分依据法律的本质学说呢?

索普曾提出,“对于法律的理解早已经融入了对于义务这一概念的相关反思与

[29] 关于法律所导致的道德上的“恶”,参见 Tony Honoré, “The Dependence of Morality on Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 13(1993), 1-17.

[30] Thomas D. Senor, ‘What if There Are No Political Obligations?’ *Philosophy and Public Affairs*, vol. 16, 260-268.

[31] 卡利特(E. F. Carritt)坚持认为,试图从政治话语之外理解政治义务的尝试一般都会导致理解上的混淆,语义上的矛盾以及相关证据的误读等。 *Moral and Politics* (Oxford: Clarendon Press, 1935), 2. 但事实上即使是那些最基本的义务,也可以不通过追根溯源的方式得以说明。