

西方法哲学文库

法理学的范围

[英] 约翰·奥斯丁/著

刘 星/译

中国法制出版社

西方法哲学文库

D90
A38

法理学的范围

[英] 约翰·奥斯丁/著

刘 星/译

中国法制出版社

责任编辑：陈学军

图书在版编目 (CIP) 数据

法理学的范围/约翰·奥斯丁著，
刘星译.—北京：中国法制出版社，2001.11

ISBN 7-80083-793-9

I. 法… II. ①奥…②刘… III. 法理学—范围
IV. D923.415

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 079289 号

西方法哲学文库

法理学的范围

FALIXUE DE FANWEI

著者/ (英) 约翰·奥斯丁

译者/刘 星

经销/新华书店

印刷/河北省三河市新科印刷厂

开本/850×1168 毫米 32

印张/ 12.75 字数/ 304 千

版次/2002 年 1 月第 1 版

2002 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN7-80083-793-9/D·758

(北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031)

定价：23.00 元

(如发现印装问题请与本社发行部联系 电话：66062752)

西方法哲学文库

总序

国人移译西方律典，介绍西方法学，始自清末变法改制。初为不得已，意在窥探富强之术，佐治更张。继则揣摩法理，求体用之变，将治式与治道通盘换过。再则于折冲衡平中，辩事实与规则的互动，究法意与人心的嬗变，努力将人世生活善予安顿。而凡此百年由东俎西，积劳积慧，既为华夏民族重构人世规则与人间秩序的悲壮奋斗接引学思，终亦必涓滴汇流，于人文类型的交融呼应中，为全体人类理想而惬意的人世生活之砥砺成型，尽吾华夏民族的法理之思。

“西方法哲学文库”接续前贤，择晚近已有定评的西人法理名篇，译为中文，汇为系列。凡传统所谓法理学法哲学之论述，不分大陆英美，体裁题材，尽在搜罗之列。法学同仁，白手起家，同心戮力，奉献于兹，裨丰富汉语法意，增益法制类型间的了解与通融。设若法律不仅是一种规则体系，同时并为一种意义体系，则文库之编事，当在藉法意而通法制，探寻规则背后的意义，人生深处的人心；设若晚近人类历史赫然昭示吾人

者，不仅在法律为天下之公器，更在为民族之自然言说，其间必有需予调和周济者，则文库之编事，在求会通，当为此奉献一份祥和。此既为文库之缘起，更为编事之宗旨，而为全体译友之所寄托也！

许章润 舒国滢

孔诞两千五百五十二年，西元 2001 年秋谨识

译者序：奥斯丁的“法理学的范围”

就分析法学 (analytical jurisprudence) 而言, 奥斯丁的理论具有十分重要的地位。他的理论, 概括地说, 基本体现在《法理学的范围》之中。这一文本, 是纲领性的旗帜性的文献。因为, 正是这一文本的出现, 导引了影响深远的分析法学的浮出。^① 即使是在今日, 我们也依然需要重新关注、阅读、解释和回应这一文本所提出的观念和问题。^②

^① 现在, 学界通常认为, 分析法学的原创意识可以在边沁 (Jeremy Bentham) 的著述, 尤其是 1970 年出版的边沁的《法学概论》 (Jeremy Bentham, *Of Law in General*, ed. Herbert Hart, London: The Athlone Press, 1970) 中发现, 甚至在霍布斯 (Thomas Hobbes) 的著述比如《利维坦》 (参见霍布斯:《利维坦》, 黎思复、黎廷弼译, 杨昌裕校, 北京, 商务印书馆 1985 年版) 中, 也可以找到类似的原创意识。但是, 人们依然不能不承认, 奥斯丁的《法理学的范围》, 是事实上的使分析法学得以在法学界发动推进的先导性文本。毕竟, 众多后来的崇尚分析法学的学者, 首先是在《法理学的范围》这一原典中获得思想的。

^② 在西方, 近来也有学者开始重新研读评价奥斯丁的著述。例如, 英国学者 W. L. Morison 专门撰写了《约翰·奥斯丁》 (W. L. Morison, *John Austin*, London: Edward Arnold, 1982)。在《约翰·奥斯丁》一书中, 作者试图反驳其他学者对奥斯丁的批评。英国学者 Wilfrid Rumble 重新编辑了《法理学的范围》 (John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. Wilfrid Rumble Cambridge: Cambridge University Press, 1995), 并撰写了序言, 在序言中为奥斯丁的理论进行了辩护。

19世纪，是实证主义（positivism）发展的重要阶段。实证主义的基本理想，在于观察、解释、分析和廓清外在的“实际存在”。在法学中，“较为自然地”观察“一个法律的存在”以及“关于法律的学科的存在”，并且，从中去建立“客观的”学术叙事，在19世纪中叶以及下半叶，逐渐成为法学实证主义（legal positivism）的一个基本观念。^①在这样的历史语境中，奥斯丁为自己确立了一项任务——阐明“有关实际存在的由人制定的法（positive law）的科学”的范围，而且，经过这样的努力，奥斯丁希望在法学实证主义的思潮中，开启分析法学的学术风格。^②

作为观察对象的“法律”的呈现，以及相应的“法”一词的使用，有着悠久的历史发展谱系。虽然各类语言对“法”一词（只是我们现在言称“法”罢了）所表示的对象具有不同的称谓，但是，人们相信，这一对象是有自己的固定内在要素的。于是，伴随本质主义的信念，同时，基于自己的“相信”，“法”一词的使用者们从不同的角度，在论述法律现象的时候都在陈说“法”的性质（nature），以及意义（meaning）。这是他（她）们的定性

① 参见 Hubert Rottleuthner, “Legal Theory and Social Science,” in *The Theory of Legal Science*, ed. Aleksander Peczenik, Lars Lindahl, and Bert van Roermund, Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1984, p. 525. 另可参见 Dennis Lloyd, *Idea of Law*, New York: Viking Penguin Inc., 1981, pp. 105 ~ 108. 还可参见 Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence*, Cambridge: Harvard University Press, 1974, p. 93.

② 分析法学的学术观念，大体上包括了两个方面的内容：其一，确定一个可以观察到的由人制定的法，阐述这种法的基本特质；其二，在第一个内容的基础上，对次一级的诸项法律概念进行分析，比如，法律权利、法律义务、法律责任，等等，而且对法律原则和法律规则以及它们的逻辑关系进行分析。参见 David Walker, *The Oxford Companion to Law*, Oxford: Clarendon Press, 1980, p. 54.

工作。显然，当深入追踪这些历史发展谱系的内容的时候，在某种意义上，人们似乎只好面对异质众说的多元局面。但是，奥斯丁设想，作为一门科学（science）的学科，尤其是严肃的“政治社会治理科学”的学科，如果容忍“语词的诸侯割据”，那么，这本身就是不能容忍的。因此，清理的任务，必须列入议事日程。为使法学实证主义的分析法学稳健推进，必须实现“语词的帝国统一”。^①

被称作“法”的对象，究竟具有怎样的基本特质？这是前现代以及现代法学学科的主要问题。法学学科的起点，在前现代以及“现代性”的学者看来，是一个不能回避的思考对象。在法学的语境中，起点就是阐述“法”的特征，起点就是确定“法”的概念。说明了基本对象的特征和概念，阐述法律科学的范围的任务，其完成便是指日可待的。

奥斯丁提醒我们注意，准确意义的“法”，是一种“命令”（command），^②而且是一种普遍性质的（general）“命令”。^③“命令”，是一类“要求”（wish），是一类愿望（desire），^④其中包含了“义务”和“制裁”这两项基本的要素。^⑤从另外的角度来看，“命令”、“义务”和“制裁”，是一个问题的三个方面。^⑥就

① 参见 John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 5th ed., revised and edited by Robert Campbell, London: John Murray, 1885, Vol. I, pp. 85 ~ 86.

② John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, pp. 79, 89, 91, 330.

③ John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, pp. 92 ~ 93, 96.

④ John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, pp. 89.

⑤ John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, pp. 91, 178.

⑥ John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, pp. 91 ~ 93.

法律而言，知道了“命令”，也就知道了“义务”，也就知道了“制裁”，反之亦然。^①当然，“命令”的出现，其前提是存在着一个制定者，而且存在着一个“接受者”。^②在奥斯丁的设想中，这里的制定者基本上是政治意义上的优势者（superior），^③这里的“接受者”是政治意义上的劣势者（inferior）。^④因为实际力量的对比差异，“接受者”将不得不接受制定者的“制定”。这就是法律上的“强制”（might or enforcement）。^⑤正是在这个意义上，人们只能认为，表征了“义务制裁”的“强制”，是法律制度乃至法学学科的关键词。

我们可以理解，知道了学科的关键词，阐述学科的范围应该是件容易的工作。但是，问题的另一方面，要求我们解决另外的一个困惑：为什么存在着其他种类的“法”一词的使用，这些使用，有时没有国家优势者意义的“强制”的含义，而又毫不客气地出现在法学的学科之中，比如“自然法”（natural law）、“万民法”（*jus gentium*）、“国际法”的使用，等等？为什么这些词语不能成为关键词？

面对复杂多样的“法”一词的使用，奥斯丁以为，正是基于我们考察的对象的某些类似（resemblance），正是基于语词的类比式修辞活动（analogy），人们从而设想了一种原来不属正宗

① John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, pp. 96, 97.

② John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, p. 89.

③ John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, pp. 178 ~ 179. 这里之所以说“基本上”，是因为奥斯丁提过命令的制定者可以是政治上的绝对优势者，也可以政治上的次等优势者，也可以是享有法律权利的个人。见 John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, p. 178。

④ John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, pp. 178 ~ 179.

⑤ John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, p. 96.

“法律家族”的对象是一名“法律家族”的成员。^①事实上，如果仔细剥离“类似”的谱系，以及类比式修辞活动的谱系，并且，将其中的隐密予以揭发，那么，真正的“法”与并非准确意义的“法”，其间的界线也就自然凸现了，人们的“误读”，也就自动消失了。^②于是，我们当然可以认为，因“类似”而产生的联想，以及类比修辞的使用，其轻度病症就是某种意义的语词误用，其严重疾患就是没有意义的语词比喻（metaphor）。它们是法理学内容混乱不堪的根源。^③这样，说明法理学范围的任务，从侧面来说，便是清理这门学科中语言修辞活动滋养的“病灶”。^④在奥斯丁的《法理学的范围》这一文本中，从这个角度来说，我们便发现了“并非准确意义的”（improper）法的清单：自然法、万民法、国际法、礼仪法、尊严法、仅仅具有解释作用的法、没有规定责任的法、宪法……针对清单中的对象，奥斯丁希望使用的动词是“打扫”、“剔除”。

奥斯丁的学术策略，是在阐述法学修辞活动的语言问题的同时，提出真正意义的“法”定义，并且，以此作为基础，说明法理学的范围，使这门学科成为纯粹的具有分析品格的“实证科

① John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, pp. 80, 85 ~ 86, 167, 219. 奥斯丁用来说明问题的具体例子，可以参见 John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, p. 193. 奥斯丁说明了某些类比式修辞活动产生的缘由，参见 John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, pp. 206 ~ 208.

② John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, p. 86.

③ John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, pp. 211 ~ 212.

④ John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, pp. 168 ~ 169.

学”（孔德用语）。^① 仿佛，这门学科从未成为过一门合格的学科。

“法”一词的使用的多样，其本身已经说明使用者的观念的多样。因此，我们可以发现，奥斯丁在《法理学的范围》这一文本中严厉批判了与己对立的观念。只要是具有“他者特征”的叙事，在奥斯丁看来，就是必须实施征讨的叙事。奥斯丁批判了布莱克斯通的思想、^② 格劳修斯的思想，^③ 甚至批判了霍布斯的思想，^④ 以及边沁的思想。^⑤ 这意味着，在奥斯丁的意识深处，只要与己观念相异的观念，即使是微乎其微的相异，都当是给予摧毁的观念，否则，人们无法彻底地将法学尤其是法理学，从抽象苍白的迷雾中解放出来。这是法学意识形态的“霸权”行动（这里不含贬义）。

二

休谟提出了一个命题：应该区分事实判断和价值判断。^⑥ 在法学的语境中，这样一个命题，经由奥斯丁（当然包括边沁）的发挥，转变为了这样一种陈述：应该区分“实际存在的法”和

① John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, p. 172, 332 ~ 333.

② 参见 John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, pp. 210 ~ 211, 214 ~ 216.

③ 参见 John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, pp. 216 ~ 217.

④ 参见 John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, p. 279 中的注释。

⑤ John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, pp. 90 ~ 91, 212 ~ 213, 218 ~ 219.

⑥ 参见休谟：《人性论》，关文运译，郑之骥校，北京，商务印书馆 1983 年版。

“应当存在的法”。^① 奥斯丁相信，“法”一词的误用，在另外的方面来看，就是将这种观念的“在场”转变为了“缺席”。如果我们记住了“实际存在的法”和“应当存在的法”的区别，那么，我们会实证地、客观地、中立地观察社会中的法律现象，就会知道法律科学的特质，以及其与伦理科学之间的分界，“法理学的范围”这一问题，从而部分地迎刃而解。^②

“应当存在的法”的提出，是一种“标准”的提示。换言之，提出“应当如何”，是在表达一桩事务应该符合一个“标准”的意思。^③ 如果我们认为“标准”是不应存在的，那么，我们是在蔑视“标准”，我们是在赞颂“真实存在”，即使“真实存在”本身是为我们所厌恶的，而且，经由这里，我们的思想观念，就会出现严重的“立场”问题。奥斯丁发现了这里的“立场”难题。他清晰地意识到，从一个角度看，划分“实际如何”与“应当如何”，在逻辑上可能（并不是必然）导致保守消极的政治立场，从而导致法律改革的困难。为了解决难题，奥斯丁认为，我们应该树立“标准”，但是这一标准却应该是功利的原则，亦即实实在在的善乐 (happiness or good)，而不是所谓的、肤浅的、抽象的、晦涩的、最易引发语词战争的“权利”、“公平”、“正义”之类的伦理标签，或者粉饰。依据功利的原则，我们可以而且应该

① 奥斯丁说：“法的存在是一个问题。法的优劣，则是另外一个问题。” (John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, p. 214)

② 参见 John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, p. 85.

③ 奥斯丁也说过：“当我们讨论人法 (human law) 的好坏，或者，讨论人法值得赞扬或应该谴责的时候，当我们讨论人法应该如何以及不应如何，或者，讨论人法必须如何以及不能如何的时候，我们的意思（除非我们直接表明我们的喜恶），表达了这样一个观念：人法是与某种东西一致的，或者，人法是与某种东西背道而驰的，而这种东西，我们默默地已经将其视为一个标准，或者尺度。” (John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, pp. 173 ~ 174.)

进行法律的改革。功利原则，可以诊断社会的疾病，同时，可以诊断我们对社会进行观察而产生的思考疾病。^① 在这里，人们当然可以认为，奥斯丁的解决方式，在推论上，并不是顺畅的，并不是天衣无缝的，它也不可能是顺畅天衣无缝的。像他所反对的他者一样，他也依然是在提示“应当如何”（亦即将功利原则作为标准）。然而，我们应该看出，从常识的感受方面来说，奥斯丁的观念或许是成立的。因为，他在讲述法律实证主义的故事，他在说明作为实证科学的法学，如何才能扎实稳当，是在说明，只有在法学的叙事场景中清除具有误导作用的所谓“应当存在的法”，法律科学的存在才能是有根基的。而且，他还向我们提出了这样的有力反问：为什么只有法律之外的东西，才能成为“公平正义”的标准，而法律本身不能成为？为什么只有另外的他者，才能成为法律所应遵循的标准，才能成为“法律是否公平正义”的标准，而法律却不能成为他者所应遵循的标准，成为“他者是否公平正义”的标准，除了功利的原则？^② 这是对“法学已然话语（discourse）”的要害的严厉瓦解（即使我认为这同样是对“功利标准理论”的严厉瓦解）。所以，恰恰是在这个意义上，我们必须意识到，进入政治伦理的叙事战场不是奥斯丁建构法理学的目的。他的希望，在于使“法”一词的使用没有杂质，清晰纯净。

在法理学的范围中剔除“应当存在的法”，是法律实证主义的重要命题。这一命题是以这样一个观念作为前提的：如果试图将法理学变成一种科学，也即自然科学意义上的科学，我们只有

① 参见 John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, pp. 119 ~ 120, 122.

② John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, p. 218.

观察在现实中人们通常是如何使用“法”一词的，^①以及观察该词指称的对象是怎样存在的。这是经久不衰的实证理念。奥斯丁在自己推论中，很大程度上将这一前提自觉地呈现在读者的视野中。奥斯丁试图表明，既然人们可以通过观察、考证、领会语言的使用，可以通过语言的使用知道语词对象的存在，那么，有何理由拒绝实证的法学科学的建立？当我们可以没有“价值判断”这一障碍，轻松地通过语言的日常使用去建立经验性的法律科学的时候，有何理由不做出这样一种建设性的努力？面对这样的问题，我们可以感受到，在19世纪的强而有力的实证话语激动的语境中，反抗奥斯丁的叙事纲领，自然是容易徒劳无益的。^②

从1920年代至1930年代，一场重要的法学运动——美国现实主义法学运动（Legal Realism Movement）——出现在法学历史的谱系中。^③这一运动的核心命题，在于“法官是法律的制定者”。^④这一命题至今是人们难以回应的一个法学“猜想”。我们

① 参见凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，北京，中国大百科全书出版社1996年版，第4页。

② 现在，学界通常认为，在法学中运用语言的分析方法，大体始于20世纪英国学者Herbert Hart。其实，在奥斯丁的《法理学的范围》中，我们可以看到许多有关语言运用的讨论，看到奥斯丁是如何通过这些讨论去分析法理学的问题。在某种意义上，我们可以认为，奥斯丁的论证逻辑起点恰恰在于“语言的正常使用”。通过提示“语言的正常使用”，奥斯丁论证了何种法律思想是正确的，何种法律思想是错误的。因此，Hart实际上是经过20世纪语言分析哲学的武装，推进了奥斯丁的语言分析范式，而不是开创了法学中的语言分析范式。有关Hart的著述，可以参见Herbert Hart, *The concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1961, 1994。

③ 参见刘星：《法律是什么——20世纪英美法理学批判阅读》，北京，中国政法大学出版社1998年版，第56页以下。

④ 参见John C. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, New York: The Macmillan Company, 1921, p. 172; Jerome Frank, *Law and Modern Mind*, Garden City: Doubleday & Co., 1963, pp. 50-51; Richard Taylor, "Law and Morality," in 43 *New York University Law Review* (1968), p. 627; Karl Llewellyn, *The Bramble Bush*, New York: Oceana Publication, 1981, p. 3。

可以理解，其逻辑出发点是这样的：规则的真实意义，只能在法官的判决中予以领悟，因为，作为现实中的社会成员，我们不能避开法官的最后处置，相反，一般性的规则，亦即人们误称为“法律规则”的规则，是没有这种现实力量的。奥斯丁早已揭露了这里的关键问题。在他的观念中，规则所以具有意义，仅仅在于规则是由政治优势者来强制的，而强制的主体代码，便是法院一类的“受托”执行者。法正是由此获得了真实的意义。广而言之，“如果没有人去建立政府，没有人让政府拥有实际的权力，人类的法律将是乌有之物，是不值得一提的，或者是废纸一堆，是形同虚设的”。^①从另外的角度来看，如果强调所谓的上帝意志，高举“公平正义”的大旗，人们是无法在“法庭竞技场”中赢得法律争斗的胜利的。“从创世纪开始至今，在一个法院里，没有听说过以上帝法作为辩护理由或请求理由，可以获得成功的”。^②而上帝意志、公平正义一类的“标准”，就是“应当存在的法”。如果没有“剔除”的意识，它们就会在法律制度的运作中混淆视听，^③尤其当人们对上帝的意志出现不同的理解，对“公平正义”出现不同的观念的时候，混淆视听就成为了制度崩溃的意识形态根源。^④法理学的范围，在这个意义上，也就无从谈起，法理学作为一门科学也就是可望不可及的。

三

前面，简略地概述了《法理学的范围》的基本思想。事实

① John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, p. 321.

② John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, p. 215.

③ John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, p. 218.

④ John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, p. 216.

上，围绕着基本思想，奥斯丁在这一文本中循序渐进地展开了细致论证。其中涉及许多术语、观点、理论的分析，内容丰富、辩驳缜密。这些分析，值得读者仔细地整理和研讨。例如，奥斯丁在提出“法律是主权者的命令”的同时，细致地分析了“主权者”、“独立政治社会”的概念，它们的特征和种类，并且，举出了具体的实际例子予以说明。^① 这些术语、观点和理论的分析，其相互之间大体来说都有着密切的逻辑关系。

尽管《法理学的范围》的影响是深远的，但是，后来的大量学者对其提出了各方面的批评。概括来讲，批评主要是围绕如下几个层面展开的。

第一，奥斯丁式的“法”的定义，似乎只能说明部分的法律现象，尤其是义务性的法律现象，而无法说明授权性质的法律现象。在奥斯丁的定义中，法是依赖“制裁”这一概念的，没有“制裁”的存在，法律则是无从谈起的。这对于某些义务性的法律规定而言，是十分准确的。但是，授权性质的法，是授予“权力”或“权利”的。授予意味着“许可”。当不实施权力或权利的时候，人们很难发现，“制裁”可以作为威胁的要素从而出现。这里人们是难以发现“强迫规定”的。^②

奥斯丁曾经讨论过这个问题。他认为，授权性质的法律，意味着“相对义务”的法律的存在。换言之，每一项权力或权利都对应了一项义务。要使权力和权利得以真实地存在，必须要对相应的义务作出规定，不论这种规定是明确的，还是隐含的。其实，即使没有作出明确的义务规定，授权性质的法律，依然是在

① 参见 John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, pp. 91, 220 以下。

② 参见 Herbert Hart, *The concept of Law*, 1961, p. 27。

提示他者具有不得阻碍权力和侵犯权利的义务。^①在这个意义上,奥斯丁是想说明,授权性质的法律依然是以“制裁”作为后盾的,尽管,这种“制裁”是以间接方式呈现的。^②

然而,我们可以看出,奥斯丁的论证是有问题的。如果人们可以认为授权性质的法律,是以间接方式呈现“强制”的,从而依然是以“制裁”作为后盾的,那么,人们同样可以认为义务性质的法律,是以间接方式呈现“非强制性”的,从而不是以“制裁”作为后盾的。这样,当奥斯丁认为,义务性质的法律是以直接方式,授权性质的法律是以间接方式,呈现制裁的,那么,人们自然可以认为,授权性质的法律是以直接方式,义务性质的法律是以间接方式,没有呈现制裁的内容。进一步来说,当奥斯丁认为全部法律是强制性的时候,人们可以认为,全部法律是没有强制性的。这里,对立相反的推论都是成立的。^③

第二,在一些批评者看来,奥斯丁的理论,似乎不能说明主权者的“要求”和强暴者的“要求”的区别。奥斯丁理论的一个关键,是“命令”的逼迫。“命令”的内在要素之一就是“制裁”的威吓。在这里,我们可以发现,强暴者的威吓比如抢劫的威吓,也是一种逼迫。虽然,奥斯丁明确地提出,法律式的命令具有普遍的一般性,但是,我们依然可以觉察这样一种“普遍性”是不能起到区分作用的。强暴者的威吓,也是可以针对“许多”人的,并且也是可以以普遍的方式作为表现的。^④奥斯丁没有反省这里的理论困难。

第三,提出一个“法”的定义,实际上等于是提出一个划分

① John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, pp. 100, 196.

② John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, p. 196.

③ 参见刘星:《法律是什么——20世纪英美法理学批判阅读》,第28~29页。

④ 参见凯尔森:《法与国家的一般理论》,第33页。