

METHODOLOGY OF LAW

法学方法论丛书

舒国滢 主编



法律的界限

实证主义命题群之展开

THE BOUNDARY OF LAW

陈景辉
著



中国政法大学出版社

METHODOLOGY OF LAW

法学方法论丛书

舒国滢 主编

法律的界限

实证主义命题群之展开

THE BOUNDARY OF LAW

陈景辉 著



中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法律的界限:实证主义命题群之展开 /陈景辉著. — 北京:中国政法大学出版社,2007. 11

ISBN 978 - 7 - 5620 - 3108 - 6

I. 法... II. 陈... III. 法理学 - 实证主义 - 研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 168627 号

书 名 法律的界限:实证主义命题群之展开

出 版 人 李传敢

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

zf5620@263.net

<http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)

(010)58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)

承 印 固安华明印刷厂

规 格 880 × 1230 32 开本 11.25 印张 295 千字

版 本 2007 年 11 月第 1 版 2007 年 11 月第 1 次印刷

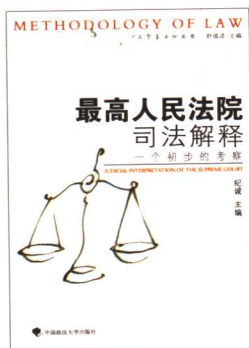
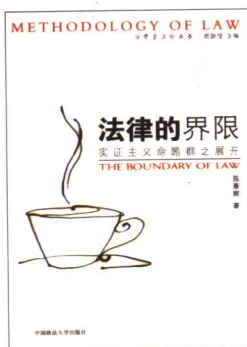
书 号 ISBN 978 - 7 - 5620 - 3108 - 6/D · 3068

定 价 26.00 元

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题,由本社发行科负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所



装帧设计

JOYAL.CN 新主艺
tel 13661369947

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“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

2 法律的界限:实证主义命题群之展开

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”中寻找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月于北京

目 录

1	导 论
1	一、基本设问:问题间的传承
8	二、题目解释·I:法实证主义与实证主义哲学
11	三、题目解释·II:命题的功能与意义
13	四、论证结构
16	第一章 分离命题:实证主义的基础命题
17	第一节 实证主义的兴起
18	一、传统自然法的世俗化:本质-神谕-理性
25	二、知识论的转变:事实与价值的二分
28	三、主权论、民族国家与实在法地位的变化
30	四、Hobbes 的命令理论
33	第二节 经验与规范:实证主义最初的理论模型
33	一、John Austin 的经验实证主义
43	二、Hans Kelsen 的规范实证主义
52	三、分离命题与制裁中心的法律概念:两个理论模型 比较
54	第三节 精致的实证主义:H. L. A. Hart 的理论模型
55	一、行动中的语言:对定义研究方法的批判
57	二、对原有法律理论的批判
63	三、义务观念与内在观点

2 法律的界限:实证主义命题群之展开

68	四、双重规则理论与承认规则的属性
72	五、分离命题与最低限度自然法
74	第四节 何谓实证主义:分离命题的功能与意义
74	一、实证主义的基本特征:分离命题
76	二、分离命题的内涵
80	三、分离命题与主权者、基本规范、承认规则
84	第二章 社会来源命题与道德安置命题
85	第一节 规则模式与承认规则的缺陷:Dworkin 的批判
86	一、规则模式:Dworkin 对实证主义理论的总结
88	二、法律原则与承认规则
98	三、社会规则理论与承认规则的属性
106	四、小结
106	第二节 Joseph Raz 的社会来源命题
107	一、Raz 论法律规则与法律原则的区别
115	二、社会来源命题
120	三、小结
120	第三节 道德安置命题
121	一、David Lyons 对于德沃金的批判
126	二、Jules Coleman 的积极与消极实证主义
133	三、Wil Waluchow 的强与弱实证主义
137	四、小结
137	第四节 包容性实证主义与排他性实证主义
137	一、两种实证主义的分野及其名称的确定
141	二、两种实证主义的共同点
145	三、实证主义的实证观念
148	第三章 社会惯习命题
149	第一节 Dworkin 对惯习命题的挑战

150	一、参与者观点、法理学性质与法律观念
154	二、理论争论与经验争论
158	三、法律的语义学理论与语义学之刺
161	四、两种惯习命题及其缺陷
168	五、整体法理论的缺陷与本节小结
170	第二节 实证主义的反驳与哈特的惯习主义转向
171	一、理论研究者的观点与法律理论的基本属性
176	二、语义学之刺与实证主义
181	三、Hart 的惯习主义转向
186	第三节 构成性惯习与合作性惯习
187	一、惯习与法律
190	二、构成性惯习
198	三、合作性惯习
208	第四节 实证观念与惯习命题
208	一、实证观念与社会事实命题
210	二、惯习命题及其对于 Dworkin 批判的化解
213	三、排他性实证主义与惯习命题
215	第四章 权威命题与实践差异命题
216	第一节 权威命题与法律概念
217	一、Joseph Raz 的权威理论
226	二、权威命题与法律概念的联结
230	三、权威与排他性实证主义
236	四、小结
238	第二节 实践差异命题
240	一、一般规范性判断与规则的区别
246	二、法律理论与规则指引
250	三、规则指引功能与实践差异命题

4 法律的界限:实证主义命题群之展开

254	四、政治道德与实践差异
259	五、小结
260	第三节 包容性实证主义对于权威性命题的批判
261	一、权威性与断然性的分离:Waluchow 的理由
270	二、正当性权威与法律概念:Coleman 的回应
277	三、法律对于正当性权威的要求:Himma 的反驳
282	第四节 包容性实证主义对于实践差异命题的批判
282	一、包容性实证主义的充分成分与必要成分
285	二、必要成分、充分成分与实践差异命题
289	三、法律的功能与实践差异命题
292	四、本章小结
298	第五章 综合讨论:法律的界限
299	第一节 各命题间的关系
299	一、四个命题群间的传承
310	二、命题之间的对抗
312	第二节 法律的界限与权威
312	一、包容性实证主义的优越性
317	二、可分离命题、道德论证与法律的界限
320	三、包容性实证主义与法律的权威性
322	四、法律、道德与实践推理:仍需澄清的问题
324	第三节 法律理论的属性与价值判断
325	一、哈特的描述社会学
326	二、德沃金的参与者观点与规范性理论
328	三、描述性法律理论与价值判断
332	结 论
334	参考文献
347	后 记

导 论

法律,无疑是一种极为复杂的社会现象。正是由于这种复杂性,有关“法律是什么”的争论始终是法律理论永恒不变的主题。同时我们必须注意到,对于这个问题的不同解答,不但会影响到理解法律的方式,而且也会牵涉到如何看待法律实践的过程与性质。与此相关,法律实践问题争议的背后,实际上也隐含着法律概念问题的矛盾立场。因此,无论从理论还是实践的角度而言,都必须慎重地对待“法律是什么”这个核心问题。然而,由于这个问题本身的开放性以及具体问题形态的多变性,使得相关讨论不可能漫无边际的展开,它必须要受到一定的限制。只有这样做,才能进一步明晰所要讨论的主题与范围,并排除与主题无关的领域。在我看来,对于理论史的研究恐怕是最好的问题限定方式。这是因为:其一,由于理论的发展史实际上就是理论的问题史,所以法律理论的历史同样展现为那些衍生自“法律是什么”的系列问题相互争斗的历程。在这个去芜存精的过程中,很多追问被淘汰的同时,另外的追问却可能始终维持一贯的中心地位。这些问题就构成了法律理论史的主题,这也意味着,执着于那些已经被淘汰的问题将是无意义的。其二,不可否认,问题的提出方式其实已经隐含了回答这些问题的基本路向。如果研究者能够清楚地明白是什么样的问题在困惑着你,那么你也就知道应该到这里、而不是那里寻找解除这些困惑的线索。

一、基本设问:问题间的传承

如果仅就二十世纪法律理论史而言,不难发现,某些问题不但成为当时的讨论重点,即使到了今天,我们依然能够感受到它们所具有的统治力量。而且,这些问题之间并非互不相关,而是环环相扣、存在着非常紧密的理论承接,这些问题以及引发的相关讨论共同构成了当

2 法律的界限:实证主义命题群之展开

今法律理论的问题域。因此要想理解现今法律理论的发展,必须以恰当地把握这些问题为条件。

(一)H. L. A. Hart 的问题

作为二十世纪最为重要的法学家,哈特也同样提出了二十世纪最具统治力的问题。他认为,所有的法理学困惑产生的原因在于,当尚未发现所欲回答的问题时,理论家就急于确定法律的概念,“而最好的方针就是在我们找出到底是什么在困惑着人们之前,不要急着对‘什么是法律’这样的质问给出答案。”^{〔1〕}为此,他总结出法理学领域存在的三个反复出现的问题:其一,法律和法律义务与以威胁为后盾的命令之间具有何种区别和联系?其二,由于共享同样的语词并且有时具有共同的要求,道德义务与法律义务之间的区别与联系何在?其三,我们通常会认可“法律体系由规则构成”的表述,但是问题正来自于规则本身的模糊性:什么是规则?说一项规则存在意味着什么?法院真的在适用法律吗?或仅仅是在假装这样做?^{〔2〕}或者说,法律在多大程度上是属于规则的?^{〔3〕}而对于上述问题的回答,也同时构成了哈特著作的核心内容。因此,哈特的理论最终呈现为在坚持法律(义务)与道德(义务)分离的实证主义的基本前提下,以规则理论取代命令理论并最终实现了相对于 John Austin 的超越。

(二)Ronald Dworkin 的问题

作为哈特最重要的批判者,德沃金并未在其名为《认真对待权利》(*Taking Rights Seriously*)的著作中,^{〔4〕}提出独立于哈特的问题。直到

〔1〕 H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, revisit edition, 1994), p. 5.

〔2〕 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, pp. 6 ~ 9.

〔3〕 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, p. 13.

〔4〕 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978).

1986年,伴随着《法律帝国》(*Law's Empire*)一书的出版,^[1]这一任务始得完成。德沃金首先将“法律命题”(propositions of law)定义为:由人们提出的有关法律允许、禁止或者授权之内容的所有陈述或宣称。^[2]其次,由于某些法律命题的真/假依赖于其他的法律命题,因此那些对原有命题提供支持的命题就成为所谓的“法之根据”(“grounds” of law)。^[3]再次,依据“法律命题”与“法之根据”的区别,德沃金进而认为在法律理论中存在两种不同性质的分歧:有关法律命题的“经验争论”(empirical disagreement)与有关法之根据的“理论争论”(theoretical disagreement)。^[4]最后,德沃金认为此前所有的法律理论——尤其是以哈特为代表的法律实证主义,都是仅涉及经验争论的所谓“明显事实”的观点(the plain-fact view),因为它们都没有认识到理论争论的存在;然而,对于理论争论的回答直接关系到如何恰当回答“法律到底是什么”的问题,因此其必然应当居于法律理论的中心位置。故此,德沃金的目的就在于通过澄清法律争论的属性并揭示理论争论在法律理论中的核心地位,为通过“政治道德”对法律的适当根据进行理论辩护的做法提供正当性说明。^[5]总之,德沃金围绕着争论提出自己的问题:是否存在理论争论?以及建立在理论争论基础上的法律理论应当呈现为何种面目?更为关键的是,理论争论与道德之间到底存在何种联系。而所谓的“整体法”理论(law as integrity)正是

[1] Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986). 本文使用的版本是: Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Oxford and Portland: Hart Publishing, 2000). 两个版本之间并无实质差异。

[2] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 4.

[3] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 4.

[4] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, pp. 4 ~ 5. 除了译为“经验争论”与“理论争论”之外, empirical disagreement 与 theoretical disagreement 这对名词,还可以译为“经验分歧”与“理论分歧”。在我看来,并且后一种译法更为恰当,因为它能更好的说明裁判者在面对疑难案件时可能持有相当矛盾的对立看法。但是,由于我国学界已经普遍使用前一译法,为避免出现不应有的理解困难,本文对此表示尊重。

[5] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, pp. 6 ~ 11.

4 法律的界限:实证主义命题群之展开

德沃金对于上述问题的最终回答。^{〔1〕}

(三) Jules Coleman 的问题

当今包容性实证主义(Inclusive Legal Positivism)的代表人物—耶鲁大学J. 科尔曼教授在遵循哈特实证主义理论基本宗旨的前提下,提出了自己的问题:他认为,法律概念(法律是什么)的重要性源自于法律本身的重要性,而法律之所以重要是因为它属于一种特殊的社会实践——规范性社会实践(normative social practice),^{〔2〕}这个认识构成了我们理解法律的前提与出发点。一旦我们将法律的上述性质确定为研究的对象,随之就会产生以下两个基本的问题群:其一,由法律的社会实践性所引发的系列问题:法律如何可能?法律存在的条件是什么?如何避免通过“事先假定法律存在”的办法来解释法律?其二,由法律的规范性引发的问题:相对于其他规范体系,法律为其应用对象提供了哪些实践上的不同?换言之,法律对行为的约束如何可能?在科尔曼看来,以上两个方面的内容构成了法理学的基本问题,即如何有效解说法律的可能性及其规范性。^{〔3〕}在回答上述问题的时候,科尔曼的最终立场是:一方面,应当承认道德或多或少具有某种意义;另一方面,肯定道德的上述意义并不等于支持“法律在缺乏道德之影响时无法存在”的结论。

(四) 问题设定:法律的界限与权威

自1961年哈特出版《法律的概念》一书以来的四十年余年间,上

〔1〕 Ronald Dworkin, *Law's Empire*, pp. 176-276.

〔2〕 Jules Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 2001), p. 69.

〔3〕 Jules Coleman, "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", in *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law* (Jules Coleman ed., Oxford: Oxford University Press, 2001), p. 114.

述问题以及相应变种^[1]始终统治着英美法律理论的发展。这种统治地位是如此地根深蒂固,以至于任何试图理解这个学科的人,都必须以掌握这些问题之间的传承关系为先决条件。因此,分析和总结上述问题及其意义,可能会为我们提供一个进入英美主流法律理论的最佳途径。

首先,我们发现以上三个问题的共同之处在于:它们都是以肯定法律的“规范性”^[2]作为各自理论的出发点。这是因为,“无论何时何地,法律最为突出的一般性特征在于:其存在本身就意味着,人类的某种行为不再是任意性的,而是在某种意义上说具有义务性的。”^[3]这种行为的受约束性本身就是法律规范性的最佳体现,因此任何忽视规范性的法律理论很难成为法理学(Jurisprudence)的组成部分。^[4]换言之,法理学必然属于规范理论的组成部分,因此要想成功回答上述问题,必须将自身的理论建立在肯定法律之规范性的基础之上,而不

[1] 当然,除了上述三人以外,还有诸多具有创造性的理论家提出自己对于法律理论之核心问题的独特看法。但篇幅有限,无法一一列举。

[2] 必须注意,此处所使用的“规范性”一词有别于第五章的“规范性理论”中的“规范性”。前者指的是行动与标准之间的关联:如果某种行动是由某一标准引致而来的,而与行为人自身的欲望和倾向无关,那么这种行动就是所谓的“规范性”行动;换言之,行为的“规范性”实际上同行为的“义务性”具有天然的联系。而后一种“规范性”则针对价值判断在理论研究中的作用而言的:如果某种研究无法展现为“价值中立”的描述,那么它就必然属于“规范性理论”。有关行为与标准的“规范性”问题,请参见,徐向东:《道德哲学与实践理性》(北京:商务印书馆,2006),页53~54。

[3] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, p. 6.

[4] Jurisprudence 一词有多重含义,本文所采用的是 Brian Leiter 的说法。他认为 Jurisprudence 一词包含两个方面的内容:其一,研究、阐明以及批判或修正法律人和法官用以发现法律结论(以及法律推理、法律解释等)的方法;其二,验证在法律中存在的或在法律观念中的得以体现的本体论存在。因此,他认为法理学(Jurisprudence)更主要与奥斯丁、凯尔森、哈特等人联系在一起,除此之外的有关法律的理论并非法理学。Brian Leiter, “Is There A ‘American’ Jurisprudence”, (1997) 17 *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 370 ~ 371.

6 法律的界限:实证主义命题群之展开

是仅着重于法律之下人们行为的纯经验性的分析。^{〔1〕}这也表明,法律社会学将不具备参与这场讨论的资格。

其次,虽然法律的规范性特征得到普遍重视,但是在规范性来源的问题上却始终存在着分歧,这集中体现在法律与道德之间的关系上,因为道德同样是针对人们行为的规范性准则。在这个讨论格局之下,可能的理论结果有二:或者承认“法律的规范性取决于道德规范性”的自然法立场,或者认为“二者之间不存在决定与被决定关系”的实证主义主张。德沃金支持前一种的自然法传统,试图通过理论分歧打破法律与道德之间的界限,进而为在法律与政治道德——这种特殊道德之间建立必然关系铺平道路。与德沃金不同,哈特和科尔曼站在后一种的实证主义传统之上,认为必然存在由承认规则保证的法律与道德之间的界限。我认为,道德与法律这两种规范性存在的共存现状,使得自然法传统存在着致命的困难:由于法律必须具有权威性,因此它才能给我们的行动提供理由;如果法律的权威性来自于道德,即法律的要求等于道德要求,那么法律就不可能为人们提供独立于道德之外的行动理由,^{〔2〕}法律的权威性也将灰飞烟灭。这种叠床架屋的理论使得人们遵守法律的义务与法律存在的理由同时丧失,因为只要存在道德就已经足够;换句话说,既然道德已然为行为提供充足的理由,那么法律也就丧失了存在的意义。^{〔3〕}因此,法律的规范性就必然引出相对于道德的法律之界限的问题,这也正是本文的论证目的。

〔1〕 陈景辉:“作为社会事实的法——实证观念与哈特的社会规则理论”(郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》第九卷,北京:北京大学出版社,2006),页3~5。

〔2〕 Jules Coleman & Brian Leiter, “Legal Positivism”, in *A Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory* (D. Patterson ed., Oxford: Basic Blackwell, 1996), p. 244.

〔3〕 凯尔森明确表示:“如果人们能知道自然法学说所断言存在的那种绝对正义的秩序,那么实在法就成为多余的而且简直是毫无意义的,实在法的立法者面对从自然、理智或神圣意志中了解的社会正义秩序的存在,他们的任务就如同从事在灿烂的阳光下进行人工照明那样的愚蠢工作。”汉斯·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),页32~33。

最后,法律界限的问题其实隐藏着一个更为困难的问题,即法律的权威性从何而来?在自然法理论之下,法律的权威性来源当然不成问题,因为法律之上那些因素(本质、神谕、理性与道德)本身天然的至上性足以解释法律的权威性。但是,如果坚持斩断法律与道德之间权威性之传递关系的实证主义立场,那么论证法律的权威性就会变得相当困难。概括而言,可供选择的方案有二:或者为法律的权威性寻找到一个有别于道德的新来源,或者干脆论证权威性是法律自身必然拥有的属性。必须注意的是,无论采用上述哪种论证策略,都不得出现循环论证的逻辑困难,即不能通过预先设定法律的权威性来论证权威性。^[1]例如,当有人问“为什么要遵守我国的法律”之类问题时,你给出的回答说是“因为它们是由全国人民代表大会制定的”;然后他又问“为什么全国人大制定的规范性文件必须遵守?”,你回答说“是宪法赋予全国人民代表大会立法者的地位”。这个例子就是典型的循环论证。故此,论证法律界限的存在必须包括论证法律权威性来源的部分。如果不能有效地解决法律的权威性问题,法律与道德之间的界限即使得到证明,也将会饱受攻击,进而危害法律界限的成立。

正是通过总结近四十年来法理学的重要问题,我们发现如果肯定法理学之规范理论的基本属性,必然使得法理学与伦理学以及政治哲学产生紧密的联系,因为它们都是试图解释各自领域的规范性问题,其间的区别仅仅体现在领域上的不同:法理学试图解释法律的约束力,伦理学解释的是道德准则的约束力,政治哲学围绕着政治义务的产生而展开。其中,尤为关键的是法理学与伦理学之间的关系,在法律的界限以及法律的权威性这两个问题上的姿态,将决定研究者以何种方式看待这种关系。实证主义理论的核心,就是肯定“即使不借助伦理学同样能够认识法律这种社会现象”的做法。随之而来的论证结果,必将是承认法律的界限与法律独立于道德的权威属性。这正是本文所要着力证明的中心问题。此外,还需进一步说明的是,法律的界限问题相对于

[1] Jules Coleman, *The Practice of Principle*, p. 70.