



外国法学名著



Legality  
by  
Scott Shapiro

# 合法性

[美] 斯科特·夏皮罗 / 著

郑玉双 刘叶深 / 译

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



外国法学名著

**Legality  
by  
Scott Shapiro**

# 合法性

[美] 斯科特·夏皮罗 / 著  
郑玉双 刘叶深 / 译

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

## 图书在版编目 (CIP) 数据

合法性 / (美) 夏皮罗著. 郑玉双, 刘叶深译.  
—北京: 中国法制出版社, 2016. 4  
书名原文: Legality  
ISBN 978 - 7 - 5093 - 7474 - 0

I. ①合… II. ①夏… ②郑… ③刘… III. ①法学 -  
基本知识 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 077839 号

北京市版权局著作权合同登记: 图字 01 - 2012 - 0505 号

LEGALITY by Scott J. Shapiro

Copyright © 2011 by Scott J. Shapiro

Published by arrangement with Harvard University Press

through Bardon - Chinese Media Agency

Simplified chinese translation copyright © 2012

by China Legal Publishing House

ALL RIGHTS RESERVED

责任编辑 袁笋冰

封面设计 李 宁

---

## 合法性

HEFAXING

著者 / (美) 夏皮罗

译者 / 郑玉双, 刘叶深

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 880 毫米 × 1230 毫米 32 开

版次 / 2016 年 12 月第 1 版

印张 / 16.875 字数 / 373 千

2016 年 12 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 7474 - 0

定价: 52.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033296

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66066627

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

## 《合法性》中译本序

当写作这本书的时候，我从未考虑过它被翻译成其他语言的可能性。坦白地说，我只是想让它以英文出版。但是如果我在写作本书时意识到它会被翻译出来，我可能会选择一个不同的题目。我的出色的译者告诉我说，“合法性（Legality）”这个词很难翻译成中文，这一点我觉得不足为奇，因为在英语中它也不容易界定。“合法性”是一个难以捉摸的词，在日常交流中并不常用。英语为母语者一直用“法律”、“法律上的（legal）”和“符合法律的（lawful）”——他们很少提及“合法性”。现在这本书将以中文形式出现，那么我需要向读者解释这本书的题目是什么意思，以及本书的主题如何与之相关。

我们可以区分三种意义的“合法性”。第一，这个词可以表达作为一种法律类型的属性。这个定义表述得很别扭，但这个观念是简单明了的：合法性（在第一种意义上）是所有法律机构、行动、事件、官员和文本都共享的一种属性。它是使得法律成为法律的那种属性。我们把它称为类型意义（typing - sense）。举个例子，当哲学家谈论和争论“合法性和道德性”之间的关系的时候，他们想到的是这种类型意义。

第二，这个词可以表达法律机构的一种独特价值。这是一种法律人采纳和使用的技术性用法，比如在他们讨论“合法性原则”的时候。我们可以称之为“合法性”的“价值意义”。遵守法律被认为是促进和实现某些特别的价值，我们通常把这些价值与法治关联起来。

第三，这个词能够表达“是符合法律的”这一属性。这种“守

法意义”是日常交流中的常用含义，尽管它通常听起来太过正式。当有人问起伊拉克战争的合法性的时候，他们想到的是这种守法意义。他们想知道发动这场战争是否符合相关法律，或者更简单地说，这场战争是否是合法的。

这本书尝试解释“合法性”这三种意义所表达的属性和价值——类型、价值和守法——如何彼此关联。本书的基本探究开始于类型意义，即追问哪种属性使得法律机构和规范成为法律的机构和规范。我在这本书中所提出的主要主张是，法律机构是一种精致的规划机构，它们所制定的规范是规划。

本书接着讨论合法性价值。我主张，法律的规划性质可以帮助我们理解拥有一个法律制度所内含的价值。为什么中度复杂的社会拥有法律是好的（当然也是必要的）？我作出的解答是，法律制度使得那些本来无法解决或者不能很好解决的问题可以得到解决。它们是管理社会生活之复杂性的精致技术。换句话说，合法性价值是社会规划的价值。

在明确合法性作为一种类型和价值的意义之后，本书最后转向守法意义。什么时候一种行动是符合法律的？或者更为哲学地表达，法律的内容如何能被确定，从而我们可以说某种行动是符合法律的？我主张，法律的确定必须考虑法律的规划性质。尤其是，它必须考虑社会规划的价值被提出以及镶嵌进法律制度的制度性结构之中的方式。

因此，“合法性”的这三种意义是紧密相关的。守法行动的合法性依赖于合法性价值，并且合法性价值依赖于法律所属的这种类型。既然法律制度是规划制度，那么它们就能促进和实现社会规划的价值，并且这种价值会对它们所制定的规划的内容做出贡献。

斯科特·夏皮罗

缩写：

AL Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (Oxford: Oxford University Press, 1979).

CL H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, ed. Joseph Raz and Penelope Bullock, 2d ed. (Oxford: Oxford University Press, 1994).

EJP H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Oxford University Press, 1983).

LE Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986).

PJD John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. Wilfred E. Rumble (Cambridge: Cambridge University Press, 1995).

PRN Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, 2d ed. (Oxford: Oxford University Press, 1999).

## 目录

### 《合法性》中译本序 / 1

#### 第一章 法律是什么

什么是法理学? .....	1
事物的性质 .....	10
社会世界的结构 .....	13
概念分析 .....	17
想象的策略 .....	25
法律事实的最终决定因素 .....	35
法律实证主义与自然法 .....	37
信任的自明之理 .....	43

#### 第二章 称为“法律”的疯狂小东西

法律的发明 .....	46
法律是如何可能的? .....	48
关于规范的评注 .....	53
可能的解决方案 .....	55
休谟的挑战 .....	59

选择你的毒药 .....	64
第三章  奥斯丁的制裁理论	
孩童的游戏 .....	67
奥斯丁的理论 .....	68
义务与权力 .....	77
法律是命令吗? .....	90
习惯与规则 .....	96
第四章  哈特与承认规则	
关于规则的规则 .....	104
承认规则 .....	106
对次级规则的需求 .....	114
实践理论 .....	124
法律事实和法律判断 .....	127
规则和实践 .....	133
合作惯习 .....	137
法律的、规范的、道德的 .....	144
现在到了哪里? .....	151
第五章  如何按规划做事	
一个全新的开始 .....	154
小规模共享行动的规划 .....	169
共享规划和共享行动 .....	175



降低规划成本 .....	182
大型共享行动的规划活动 .....	188
生活在一起 .....	197

## 第六章 法律制度的创制

社会规划的理念 .....	200
私人规划 .....	203
规划的供给与需求 .....	209
官职 .....	215
作为社会规划的法律 .....	218
法律作为一种普遍手段 .....	224
社会事实的首要性 .....	229
法律权威的可能性 .....	231
比较 .....	245

## 第七章 法律的本质

翻转灵魂—城邦之类比 .....	250
规划命题 .....	252
共享行动命题 .....	264
官职、制度性和强制力 .....	270
道德目标命题 .....	275
自我证明的组织 .....	282
法律作为规划或类似规划的规范 .....	291
法律、规划和批评 .....	298

法律解释的问题 .....	301
第八章 法律推理与司法判决	
糟糕的真理 .....	302
法律形式主义 .....	310
实证主义与形式主义的联系 .....	315
核心与阴影 .....	319
稀释了的形式主义 .....	326
真理是如此糟糕吗? .....	334
第九章 疑难案件	
残余的形式主义 .....	337
疑难案件中的正确答案 .....	340
包容性实证主义和排他性实证主义 .....	348
包容性实证主义 vs. 排他性实证主义 .....	356
第十章 理论分歧	
另一个布什诉戈尔案 .....	368
法律分歧 .....	370
比较各种批评 .....	376
建构性解释 .....	381
解释法律实践: 第一阶段 .....	386
解释法律实践: 第二阶段 .....	392
解释和元解释 .....	394

## 第十一章 德沃金与不信任

哲学家式的法律人 .....	401
规划论证的一般逻辑 .....	403
不信任的演化 .....	407
德沃金和辉格党人 .....	427
认真对待信任与多样性 .....	433

## 第十二章 信任的有效配置

规划与信任 .....	436
法律与信任 .....	441
法律人与信任 .....	446
决定如何有效配置信任 .....	450
权威体制和机会主义体制 .....	459

## 第十三章 规划的解释

文本主义 vs. 目的主义 .....	463
元解释的规划理论 .....	466
设定条件 .....	471
提取 .....	473
评估 .....	484
竞争 .....	485
理论分歧的可能性 .....	491
习惯性法律制度 .....	497

## 第十四章 合法性价值

核心事例和边缘事例·····	502
规划之治·····	506
有限制地思考·····	514
致 谢·····	517
译后记·····	523

## 第一章 法律是什么

(及为什么我们应该关心这个问题)

### 什么是法理学?

当我在申请高中的时候，我的母亲建议我在申请表的“未来职业”一栏填写“医事法学 (medical jurisprudence)”。当然我并不知道医事法学是什么：我之前从来没有听说过其中包含的“法理学 (jurisprudence)”这个词。但是部分是因为想宽慰我的母亲，部分是因为我对未来职业没有其他想法，我听从了她的建议。令人不解的是，那所学校也还是录取了我。

三十年后，我现在知道，在当时情形下“法理学 (jurisprudence)”这个词实际上只是“法学 (law)”的一种文雅的、略显陈旧的说法。所以我可以推断那些从事医事法学的人就是实践医事法律 (medical law) 的人——尽管，坦白地说，我仍然不清楚医事法究竟是什么。同样，我知道当法律人讨论一些大词儿，比如“第四修正案的法理 (Fourth Amendment Jurisprudence)”的时候，他们指的是美国宪法的第四修正案以及围绕这一修正案的法律原理。

我现在也知道“法理学”这个术语也有一些其他的成熟用法。

举例来说，它有时候被用来表示法律的学术研究，即法学教授和学者所从事的那个学科。根据这个用法，那些从事法理学的人关注的是对特定法律制度的法律进行描述。其典型做法是发展一些理论，确立一些一般原则以建构一个特定的法律原理领域，然后罗列出具体的规则来说明上述原则。以这种方式使用这个术语的话，那么“法医学”指的就不是我第一个例子所举的规定医疗事务的法律规则，而是一个学术性的子学科，类似于固态物理学或日语语言学等。需要指出的是，这个用法也具有词源意义，因为在拉丁语中，“*jurisprudentia*”意思就是“法律的知识”。

然而，在英语世界大部分法律学者并不称自己为“法理学家 (*jurisprudes*)”。〔1〕“法理学”这个词一般用来指法律的哲学研究；因此，如果法理学家这个词还有人用的话，它指的就是从事这种哲学方向研究的人。遵照这个用法，值得强调的是，在英美法学院中，“法理学”这个标签不能够适用于所有的课程名称，而只用于那些关注于法律涉及的哲学议题的课程。实际上有一些学者甚至也意图区分法理学和法哲学，以得到更为精微细致的差异。但既然我忽略了他们所提出的这个区分的意义，我在接下来的部分就搁置这个区分，而交替使用“法理学”和“法哲学”这两个术语。

### 法理学：规范的与描述的

法学的哲学学科通常分为两个子领域：规范的和描述的。规范法理学处理特定法的道德基础问题，而分析法理学检讨法律的形而上学基础。让我们依次讨论这两者。

---

〔1〕相反，欧陆大学的法学系通常被称作法理学系 (*department of jurisprudence*)。

规范法理学是从道德视角研究特定法，包括两个分支，我将它们称为**解释性**和**批判性**视角。解释性法理学家寻求对现行法的实际道德基础或逻辑做一个说明。因此，举例来说，他们会追问为什么我们的刑法要惩罚罪犯。是为了震慑他们不再犯罪，还是为了矫正他们？我们惩罚他们是为了让罪犯在一定时段内不能再犯罪，还是为了确保他们得到应有惩罚？举另一个例子，解释性理论家对确认合同法的道德目标或功能感兴趣。法律规定合同双方达成协议之后就负有法律责任，是因为他们如此承诺过，还是因为经济效率要求人们应该遵守协议？等等。

从事规范法理学的**批判性**研究的理论家则对不同的问题感兴趣。他们不是试图描述现行法的实际道德基础，而是想要知道，从道德视角来看，法律**应该**是什么。例如，一个批判性理论家不会像解释性理论家那样，描述我们的现行刑法为什么惩罚罪犯，而是关注于罪犯究竟是否应得到惩罚。他们的目标并不是简单地查明现行刑法的道德逻辑，而是确定这个逻辑是否能被辩护（*justified*）。正如它们的名字所表明的，批判法律研究、批判种族理论以及女性法律理论都是批判性规范法理学的例子。每种理论都通过展现现行法律是如何秘密地和不公正地偏袒特定群体（资本家、白人和男性）而牺牲另一些群体（工人、少数族裔和女性），而依照道德标准对现行法律体系进行评估。

分析法理学则与之相反，它不关注道德问题，而是分析法律和法律实体的性质。它的研究对象包括法律体系、具体法、规则、权利、权威、有效性、义务、解释、主权、法院、近因、财产、犯罪、侵权和过失，等等。分析法理学通过追问以下分析性问题来确定这些特定

研究对象的基本性质：是什么把法律体系和游戏、礼仪和宗教等区分开来？所有法律都是规则吗？法律权利是一种道德权利吗？法律推理是一种特殊的推理吗？法律中的因果关系与日常生活中的因果关系一样吗？财产权最好被理解成一系列权利吗？是什么把侵权和犯罪区分开来？等等。〔2〕

### 什么是“法律是什么”？

这本书主要关注分析法理学。在后面的章节中，我所贯彻的目标大体上是三重的：讨论“法律是什么”这个首要问题；检讨一些对这个问题有历史影响力的答案；最后，我自己提出一种新的、希望更佳的答案。

当然我意识到，很多人会怀疑为什么人们要或应该读一本关于分析法理学的书，更何谈写一本这样的书了。我了解这种困境，对于很多人包括法律学者来说，这种探讨的实践意义远非那么明显，而且通常受到比规范法理学还要多的质疑。当然这种情况有一个明摆着的和可以理解的原因。规范法理学所处理的道德问题与当今时代的热点问题直接相关，比如：为什么惩罚罪犯？女性应该享受终止妊娠的受保护的权利吗？完全行为能力人有自杀的权利吗？同性伙伴应该享有结婚的权利吗？在全球恐怖主义的时代，国家权力的界限在哪里？几乎所有人都能理解，法律的道德性问题是一个即使不是至关重要，也是很有意义的研究领域。

---

〔2〕应当承认的是，分析法理学和规范法理学的解释分支之间的界限并不总是很清晰的。比如说，在不理解我们为什么要让人们为他们的侵权行为负责的情况下，我们是否能理解侵权的概念，以及它如何区别于犯罪这样的概念？至少在这些情形中，人们在不研究规范法理学的情况下似乎无法研究分析法理学。



相反，讨论法律基本性质的问题——传统上被表达为“法律是什么”——看起来只吸引了一小群人。一方面，从一个显而易见的意义上讲，人们的确知道法律是什么。事实上所有人都意识到法律制度由法院、立法机关和警察机关组成，在通过图片或描述确认它们时也没什么困难。的确，法律机构是如此显著的实体，以至于能通过它能获得的所有机会去彰显官方地位。大多数人也能意识到这些机构管理了当代生活的很大部分，它们通过制定和执行如下规则实现这一点：禁止身体伤害、偷盗以及其他不道德行为，规制财产关系、义务的自愿承担和家庭结构。当然，陈述这些规则的文献可谓卷帙浩繁，也有大量的专业人士，对它们的意思和含义提供意见。实际上，律师和法学学生可能对分析法理学最为怀疑，因为他们确实对具体法已经谙熟于心。在这些情形下，仍待回答的问题是，在一个极为抽象的层面上提出“法律是什么”这个问题，正如分析法理学家惯常做的，如何能够增进他们的知识。分析法理学对每个人，而非仅对哲学家是重要的吗？如果是，为什么？

当然，如果不能明晰分析法理学家试图回答的议题的性质，我们就无法在实践意义这个问题上取得任何实质进展。一个人研究法律性质的时候，他究竟是在研究什么？“法律是什么”这个问题究竟意味着什么？对这个问题有一个切实的把握，对于理解“这个问题为什么是值得追问的”来说绝对是至关重要的。

## “法”

很显然，在这个语境之下关键词是“法”，这个词首先值得注意的是它的含糊性。在很多情况下，“法”具有语言学家所称的不可数