

魏治勋 著

法理文库

# 禁止性法律规范的概念

山东人民出版社

魏治勋 著

# 禁止性法律规范的概念

## 图书在版编目(CIP)数据

禁止性法律规范的概念/魏治勋著. — 济南: 山东人民出版社, 2008. 4

(法理文库/徐显明, 谢晖主编)

ISBN 978-7-209-04423-3

I. 禁... II. 魏... III. 法律规范-研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 024801 号

责任编辑: 李怀德

封面设计: 武 斌

## 禁止性法律规范的概念

魏治勋 著

---

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址: 济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编: 250001

网 址: <http://www.sd-book.com.cn>

发行部: (0531)82098027 82098028

新华书店经销

日照报业印刷有限公司印装

规 格 32 开 (140mm×203mm)

印 张 15.25

字 数 340 千字 插页 2

版 次 2008 年 4 月第 1 版

印 次 2008 年 4 月第 1 次

ISBN 978-7-209-04423-3

定 价 30.00 元

---

如有质量问题, 请与印刷厂调换。电话: (0633)8221365

## 规范研究与法学独立（代序）

吾人研习法学二十有七年矣，然长久以来，法学究竟为何、何为？并非洞若观火、心知肚明。因之，很多功夫，花在法律之外、法学之外。过多关注法律外部问题，并非不好，一则可为继续立法奠定标准，二则可揭示既有法律背后之诸多真相。但立法立制，本在实行。在外部立场的探索，尽管于现行法律，是种批判性反思，然于法律实行言，未必有利。何况哲学、伦理学、社会学、人类学诸科，皆可自外部视角关注法律。故而关注法律本身，庶几为法学之真谛。分析实证法学启示吾人者，唯此大端矣。

揆诸吾国法学恢复三十年来之情状，可获如下结论：法科教学、法律学者、法科学生更关注者，或为意识形态，或为法律学说。而法律规范，每每惨遭放逐，可有可无！因之，学子们谈论思想家，可以放言滔滔，然谈及法律内部问题、知识形态，居然懵懂不知。此情此景，诚须吾等法律学人深刻反思者！

有鉴于此，吾人于近年教学、研究中，刻意倡导规范学习、判例研究。并美其名曰“阅读法典、判例运动”。其宗旨，在发现法律内部之知识。《法理文库》此次推出喻中、魏治勋和周甌诸生之博士论文，皆此“运动”之初步结果。三著分别着墨于法律内部之“可以”、“不得”、“应当”诸词，深入探究法律之任意规范、禁止规范和导向规范。可谓吾国法理学首创之议题。吾人作为诸生论文之指导者，深知作者们为

此所花心血。几无前人研究经验，一切自阅读法律做起，其困难可想而知。但数载努力，终有所获。诸生之劳作，得论文阅读者之普遍肯定。答辩成绩，皆获优秀。但愿三著之出版，能助我国规范法学研究之深入展开。

或以为，法学研究，过于注重规范、判例，岂非固步自封、不求进取？果如此，则法学无法深入法律真谛，解破法律之价值基础、社会根源。坦言之，吾人昔日亦抱守此观点，并专门撰文，鄙薄“法中求法”，力倡“法外求法”。时过境迁，如今看来，此论貌似正确，实则悖谬。法律关乎交往行为中众人之事，其合法性、正当性，绝非法学一科所能包办。乃须包括自然科学在内之多学科共同攻关。倘法学因此而蔑视既定成法、判例，一味尾随价值呼唤、社会根源，则法学自身的自主、独立便丧失殆尽，与之相关，法律自身对社会的权威调整，亦无复可能。社会分工所带来的知识增量，将所剩无几。法学将被包裹于类似人类知识初萌时之“元典”中。后人在此种“元典”中，再寻今人之法学，将恰如今人在《道德经》、《论语》、《理想国》、《政治学》……中寻章摘句，寻求法学一般，耗时费工不说，所寻到的“法学”，怕也是支离破碎、殊难自圆。故而强调法学关注法律、紧扣判例，乃是法学自主自治、独立学林之必然。

法学独立，当然不是说它与其他学科老死不相往来，它只是人类面对复杂世界时，无可奈何之举措。庄生曰：“吾生也有涯，而知也无涯”。此千古名言，提示于吾人者，专心致志、心无旁骛，或可得也。“一心以为鸿鹄将至”，这也喜欢，那也挚爱，必将一事无成。近世以来，因社会分工之拓进，学科分工亦深化、细化。尽管在此之外，学科间合作也在发展，但合作前提，乃分工所致也，而非相反。如此说来，学科分工

是前提，学术合作是结果。这恰如个体自治是前提，社会合作是结果一般。更值深思者，学科之独立，是深化学术研究之必然。常言所谓“片面之深刻”，可谓一语中的。正因如此，独立诸学科之合作，才可实现“部分之和大于整体”的乘数原理，才能为决策智慧提供不同视角的参考。

在吾国推进规范研究，并资法学独立，更为迫切。众所周知，上世纪中叶以来，吾国法学曾遭灭顶之灾。“三中全会”后，法学虽在逐渐恢复，但政坛风云之忽左忽右，意识形态之摇摆不定，严重桎梏着法学发展。迎合意识形态之风，构筑“法学”研究之势，业已成为不少学者之习惯。特别一些高居庙堂的主流法学家，常乐此不疲。而以规范和判例为依托的法学研究，不但难说蔚然成风，甚至常遭无端攻讦。此种现实，更须法学界痛定思痛，紧扣规范这一法学之命脉，深化法学研究之主题，开辟独立法学之景致。

职志于此，吾人将继续推进规范研究。此三著之外，更进的研究有法律中之“必须”、“是”、“但”、“责任”、“义务”等词。唯愿通过这些小题大做的研究，避免吾国法学继续跟风追势，实现法学赖以独立之立命之途。

是为序。

陇右天水学士 谢晖

序于公元2008年1月3日

# 弘扬法治精神 真诚支持学术

## 法理文库

- |                     |     |     |   |
|---------------------|-----|-----|---|
| 1. 法治论              | 王人博 | 程燎原 | 著 |
| 2. 权利及其救济           | 程燎原 | 王人博 | 著 |
| 3. 法律信仰的理念与基础       |     | 谢晖  | 著 |
| 4. 价值重建与规范选择        |     | 谢晖  | 著 |
| 5. 权利的法哲学           |     | 林喆  | 著 |
| 6. 法律对行政的控制         |     | 孙笑侠 | 著 |
| 7. 迈向民主与法治的国度       |     | 刘作翔 | 著 |
| 8. 法学范畴的矛盾辨思        |     | 谢晖  | 著 |
| 9. 法律解释的哲理          |     | 陈金钊 | 著 |
| 10. 义务先定论           |     | 张恒山 | 著 |
| 11. 基本法律价值          |     | 谢鹏程 | 著 |
| 12. 中国法理念(增订版)      |     | 江山  | 著 |
| 13. 探索与对话:法理学导论     |     | 葛洪义 | 著 |
| 14. 法律思维学导论         |     | 林喆  | 著 |
| 15. 中国法律传统的基本精神     |     | 范忠信 | 著 |
| 16. 德国公法学基础理论(上下)   |     | 陈新民 | 著 |
| 17. 法的现象与观念(增订版)    |     | 孙笑侠 | 著 |
| 18. 法权与宪政           |     | 童之伟 | 著 |
| 19. 法的应然与实然         |     | 李道军 | 著 |
| 20. 现实主义法律运动与中国法制改革 |     | 周汉华 | 著 |
| 21. 权利现象的逻辑         |     | 公丕祥 | 著 |
| 22. 法学方法论导论         |     | 胡玉鸿 | 著 |
| 23. 宪政的中国之道         |     | 王人博 | 著 |
| 24. 法治的生态环境         |     | 姚建宗 | 著 |
| 25. 人权与法治           |     | 齐延平 | 著 |

- |                      |            |
|----------------------|------------|
| 26. 法律推理与法律制度        | 张 骐 著      |
| 27. 权利政治论            | 范进学 著      |
| 28. 所有权的兴起与衰落        | 肖厚国 著      |
| 29. 近代中国的自然权利观       | 赵 明 著      |
| 30. 发展中国的政治与法治       | 夏立安 著      |
| 31. 法律的社会学分析         | 魏 宏 著      |
| 32. 司法权威论            | 季金华 著      |
| 33. 程序正义论            | 徐亚文 著      |
| 34. 法律文化视野中的权力       | 喻 中 著      |
| 35. 宪法解释的理论建构        | 范进学 著      |
| 36. 法的合理性研究          | 周世中 著      |
| 37. 道与中国法律传统         | 龙大轩 著      |
| 38. 语境与工具            | 苗金春 著      |
| 39. 良宪论              | 汪进元 著      |
| 40. 法学研究与方法论         | 李其瑞 著      |
| 41. 凯尔森法律效力论研究       | 梁晓俭 著      |
| 42. 宪政的理念与机制         | 季金华 著      |
| 43. 法律论证与法学方法        | 威 渊 郑永流等 著 |
| 44. 私人之间的监控与惩罚       | 桑本谦 著      |
| 45. 社会学视野下的法律秩序      | 杨 力 著      |
| 46. 自然的权利            | 张 锋 著      |
| 47. 法律论证导论           | 焦宝乾 著      |
| 48. 法律推理论            | 陈 锐 著      |
| 49. 宪政主义:观念与制度的转捩    | 王 怡 著      |
| 50. 法典的理性            | 孙新强 著      |
| 51. 国际人权法:美洲区域的理论与实践 | 谷盛开 著      |
| 52. 契约伦理与权利          | 强昌文 著      |
| 53. 论自由的法律           | 周永坤 著      |
| 54. 消极自由的宪政价值        | 吕廷君 著      |
| 55. 社会权规范研究          | 夏正林 著      |
| 56. 法律事实的解释          | 杨建军 著      |



- |                  |         |   |
|------------------|---------|---|
| 57. 法律规范理论之重述    | 李旭东     | 著 |
| 58. 法律方法论        | 刘治斌     | 著 |
| 59. 权力制约的中国语境    | 喻中      | 著 |
| 60. 社会主义宪政研究     | 秦前红 叶海波 | 著 |
| 61. 宪政与权力        | 周永坤     | 著 |
| 62. 禁止性法律规范的概念   | 魏治勋     | 著 |
| 63. “应当”一词的法哲学研究 | 周赞      | 著 |
| 64. 论授权规则        | 喻中      | 著 |
| 65. 当代中国法理念的重构   | 叶传星     | 著 |
| 66. “个人”的法哲学叙述   | 胡玉鸿     | 著 |

## 公 法 研 究

- |                     |         |   |
|---------------------|---------|---|
| 1. 法治与法律方法          | 陈金钊     | 著 |
| 2. 欧洲:从民族国家到法的共同体   | 李道刚     | 著 |
| 3. 行政法的私权文化与潜能      | 关保英     | 著 |
| 4. 现代行政法的基本理念       | 陈贵民     | 著 |
| 5. 从宪法到宪政           | 谢维雁     | 著 |
| 6. 西方宪政思想史略         | 黄基泉     | 著 |
| 7. 选举及其相关权利研究       | 王雅琴     | 著 |
| 8. 证券市场监管与司法介入      | 金泽刚     | 著 |
| 9. 中国近代自由主义宪政思潮研究   | 石毕凡     | 著 |
| 10. 探寻宪政之路          | 郭宝平 朱国斌 | 著 |
| 11. 西方立宪主义的历史基础     | 刘守刚     | 著 |
| 12. 各国立法机关委员会制度比较研究 | 周伟      | 著 |
| 13. 宪法概念在中国的起源      | 王德志     | 著 |
| 14. 制度设计与立法公正       | 汪全胜     | 著 |
| 15. 宪法运作的实证分析       | 张淑芳     | 著 |
| 16. 人民主权论           | 肖君拥     | 著 |
| 17. 刑事诉讼与基本人权       | 林劲松     | 著 |
| 18. 财产权与宪法的演进       | 何真 唐清利  | 著 |

- |                    |               |
|--------------------|---------------|
| 19. 舆论监督权论         | 周甲禄 著         |
| 20. 政府采购国际法律制度比较研究 | 姚艳霞 著         |
| 21. 德国行政法          | [印]M. P. 赛夫 著 |
| 22. 行政给付研究         | 柳砚涛 著         |
| 23. 行政法解释的理论建构     | 黄竹胜 著         |
| 24. 行政信赖保护论        | 王贵松 著         |
| 25. 宪法原理解读         | 马岭 著          |
| 26. 认真对待宪法解释       | 范进学 著         |
| 27. 宪法基本价值研究       | 陈雄 著          |
| 28. 立法:理想与变革       | 江国华 著         |
| 29. 修正的刑法解释理论      | 吴丙新 著         |
| 30. 宪法责任论          | 刘广登 著         |
| 31. 论公民的宪法义务       | 李勇 蒋清华 著      |
| 32. 行政诉讼法前沿问题研究    | 章志远 著         |
| 33. 行政行为研究         | 马生安 著         |
| 34. 法治的路径          | 刘作翔 等著        |
| 35. 和平·秩序·好人政府     | 徐亚文 著         |

## 法 学 论 丛

- |                 |            |
|-----------------|------------|
| 人权研究(第1~7卷)     | 徐显明 主编     |
| 民间法(第1~7卷)      | 谢晖 陈金钊 主编  |
| 法律方法(第1~7卷)     | 陈金钊 谢晖 主编  |
| 中国诠释学(第1~5辑)    | 洪汉鼎 傅永军 主编 |
| 法治社会之形成与发展(上、下) | 徐显明 刘瀚 主编  |
| 当代中国人权保障法律制度研究  | 林喆 主编      |
| 法治与社会公平         | 徐显明 主编     |
| 以人为本与法律发展研究     | 徐显明 主编     |
| 宪法与社会主义新农村建设    | 吴家清 主编     |

## 目 录

规范研究与法学独立(代序) .....	谢晖(1)
导论 规范分析的价值和意蕴 .....	(1)
第一章 规范词“不得”的意义与历史流变 .....	(38)
第一节 对规范词“不得”意义范围的限定 .....	(39)
第二节 规范词“不得”的历史谱系 .....	(75)
第三节 对规范词“不得”进行现代语义学分析的可能性 .....	(106)
第二章 禁止性法律规范的历史起源 .....	(111)
第一节 从起源看法律制度的平凡性 .....	(111)
第二节 禁忌的意义与性质辨析 .....	(117)
第三节 食物禁忌及其作用机制 .....	(126)
第四节 图腾禁忌与原始社会秩序 .....	(143)
第五节 宗法制度与图腾制度的关联 .....	(157)
第六节 现代法律秩序的宗教禁忌根源 .....	(177)
第三章 禁止性法律规范的逻辑地位 .....	(199)
第一节 禁止性法律规范产生的必然性 .....	(200)
第二节 禁止性法律规范与其他规范间关系的文恩图分析 .....	(223)

第三节	禁止性法律规范与矩阵逻辑关系 .....	(237)
第四节	禁止性法律规范的逻辑内涵与地位 .....	(263)
<b>第四章</b>	<b>禁止性法律规范的内在结构 .....</b>	<b>(270)</b>
第一节	关于法律规范结构的理论争论 .....	(270)
第二节	禁止性法律规范结构作为“规范性的 存在” .....	(295)
第三节	禁止性法律规范的二元结构理论 .....	(303)
第四节	禁止性法律规范结构与法律秩序效果 ..	(313)
第五节	规范与事实的张力:规范性稀薄化 的谱系 .....	(327)
<b>第五章</b>	<b>禁止性法律规范达成秩序的思维机制 .....</b>	<b>(351)</b>
第一节	人类构造秩序之思维机制的起点: 原始分类 .....	(352)
第二节	人类构造秩序之思维机制的确立: 分类、概念和命名 .....	(372)
第三节	现代立法思维的类型化机制 .....	(391)
第四节	现代司法思维的类推品格 .....	(400)
<b>第六章</b>	<b>全球化与中国法律现代化 .....</b>	<b>(413)</b>
第一节	从禁止性法律规范看中外法制之差异 ..	(413)
第二节	法律移植:法制现代化的必由之路 .....	(420)
<b>参考文献</b>	.....	<b>(449)</b>
<b>后记</b>	.....	<b>(467)</b>

## 导 论

# 规范分析的价值和意蕴

在法学界，规范法学被认为是法学的脊梁和法治的主要理论支撑。但是，从总体上看，我国规范法学的研究还相当落后。笔者认为，造成我国规范法学研究落后的原因很多，但如果从学术方面追究，则对规范法学的价值认识不够、对相关研究方法缺乏提炼可能是重要因素。有鉴于此，笔者不揣浅陋，在这里对此两个问题作出初步探讨；在此基础上，按照笔者对规范法学及其方法的理解，简要阐明本书的逻辑结构和方法依赖，这或许也算是对笔者此书之为规范法学作品的合法性的一个辩护吧。

### 一、为什么要研究规范虚词？

自从踏入法理学领域以来，笔者便一直秉持这样一个信念：一个处于开放和变革中的社会，其自身总会由于内发或外源的异质因素而活力倍增，随后的社会运行模式雏形往往包蕴其中；而表征一个社会动态征候的学术争鸣，亦往往因其自身

的智识水准和精英背景，尤其对社会的变革方向深具渗透性的力量。毋庸置疑，自上世纪末期以来，在中国的法学理论领域内，专家学者诸多理论争论所围绕的一个核心问题，就是法治及其如何在中国实现。在社会变革之初，提出法治的方略并论证它的合理性，更多的是一个政治法学问题；但是，只要我们追求法治的具体实现，则必须要求助于法学理论了，尤其是法学理论中的规范法学部分，更要承担起支撑具体法治实践的历史使命。因为，规范法学是法学理论体系中最重要、最核心的部分，规范法学是法治理论的脊梁。<sup>①</sup> 这样看来，规范法学在中国的发展质量与规模，将在很大程度上影响中国的法治进程。

但令人倍感惊异的是，长久以来，在我国的法学理论研究中，规范法学的研究很少受到重视，关于规范法学方面的书籍文献也相当的少，仅有若干“好事者”做过零星而短暂的探索。因此，在检索多年来的法学文献后，笔者的一个感言就是：为什么我们一方面已经认识到了规范法学对于中国法治的构成性意义，一方面又置之于不顾，视之若鸡肋呢？这不由得让笔者想起了另一在西方法治社会大行其道的法学理论分支在中国的遭遇：法经济学，这一仅仅在上世纪 70 年代后才兴旺起来的学科，不仅是经济学界而且也是法学界发展最快的领域之一，同时，对法经济学的研究也是过去 50 年法学获得的最重要的发展。<sup>②</sup> 法经济学这一学科在西方的兴起，不仅为法学开辟了新的领域，而且，“在一定程度上，甚至可以把法学研

---

① 参见陈金钊：《法律解释学的转向与实用法学的第三条道路》，载《法学评论》2002 年第 2 期，第 14 页。

② 参见 [美] 罗伯特·考特、托马斯·尤伦：《法和经济学》，张军等译，上海三联书店 1994 年版，“前言”第 1~2 页。

究的进展视作是法学家对法经济学的‘愤怒的反应’的结果”。<sup>①</sup> 而如果我们能够梳理一下法学理论近代以来的发生与发展的行程，我们就会对目前规范法学和法经济学在中国的遭遇有一个较为清晰的理解，并能够对法学理论自身发展的逻辑路径持有高度的自觉，这对于法学理论的发展与深化来说，应当是至关重要的。

近代法学理论的发生与发展是启蒙运动的必然效应。如果我们以近代西方自由主义的纪元元年 1632 年开始计算，那么近代法学理论已经有了近 400 年的历史。但是直到 19 世纪中期边沁、奥斯丁创立分析实证主义法学，西方近代主流法学理论才完成了第一个转折：从构造法学理论的精神基础——以灌注自然法的观念为主导的意识形态建构——到规范法学的嬗变。如果我们以奥斯丁 1832 年首次出版《法理学的范围》作为这次转折的标志，那么，西方法学理论仅为其基本精神理念的准备、灌输、完善就花去了整整 200 年的时间。而如果我们以艾伦·迪雷克特教授于 1958 年在芝加哥大学创立《法和经济学》杂志为标志，那么西方法学理论为完成它的第二个转折又花去了 120 多年的时间。

西方法学理论的发生、发展与重大转折的根源都基于西方社会发展的现实需要。在 17 世纪，随着市民社会的兴起和强大，中世纪终于走到了它的黄昏时分。此时，为了确立一个新型社会的基本精神理念与制度架构，鼓吹并论证它的意识形态基础——自然法观念——就成为首要的任务；同时，这一时期

---

<sup>①</sup> 史晋川：《法经济学评述》，载《经济社会体制比较》2003 年第 2 期；同时见〔美〕尼古拉斯·麦考罗、斯蒂文·曼德姆：《经济学与法律：从波斯纳到后现代主义》之《代中译本序》，法律出版社 2005 年版，第 6~7 页。

也是近代西方各国的立法时代的开始，一系列反映近代自然法精神的法典得以确立。而为了完成这一历史步骤，西方近代法学为此付出了两个世纪的时光和从洛克到康德数代圣贤的心血，直到法国大革命的基本成果在拿破仑的手中得到巩固和传播。而此时，已经是19世纪初叶了。在完成基本制度框架的构造并以宪法和法典的形式确立这一成果以后，在社会实践生活中如何合理地适用法律就提到了社会日程上来了。既然，“法律是人类构造秩序的符号体系。它既承载着人类所认知到的事物的法的规定性，也表达着主体的法的需求。……因此，它的运行，既要维护事物结构的秩序，又要满足人类生活的需求。这就是法律的意义世界”。<sup>①</sup>那么，为了对既成之法律有着正确的理解和实施，就必须依赖于法学家对法律的分析与解释，而这意味着法学理论的“分析与诠释的时代”的到来。这是分析实证主义法学兴起的重要背景。以奥斯丁、凯尔森、哈特为代表的分析实证主义法学家分别以概念清理、逻辑提炼和语言分析的方法更新推动着学科的发展，从而使得我们的研究能够“从法理学的一般问题，转向法理学细节问题”。<sup>②</sup>当然，建立在分析实证主义法学视角的对于法律的分析与理解，尽管在方法上具有很强的形式主义倾向，但究其效用，还是在为理解与实践法律中已然凝固的实质正义提供路径依赖，这恐怕就是为什么科尔曼、拉兹等人认为是哈特拯救了西方政治哲学与法哲学的重要原因之所在吧。但分析法学迄今为止的基本

---

① 谢晖：《法律的意义追问——诠释学视野中的法哲学》，商务印书馆2003年版，第35页。

② [英]约翰·奥斯丁：《法理学的范围》，刘星译，中国法制出版社2002年版，第376页。



进路，并没有突破“定性分析”的藩篱。而随着“自由主义法律范式”的解体，战后在西方社会逐渐发展起了“福利国家的法律范式”。哈贝马斯将之界定为：“不再仅仅确保全面的个人法律保护，而是关心公民的社会福利和保障，从而为社会状况而定的地位降低、不测风险提供损失补偿的作用的政治性总体法律秩序”。<sup>①</sup> 在此情境下，“权利体系已经不再能够在一个不受拘束的、通过自主个人之决定而自发地再生自己的经济社会的合适基础上得到保障了。相反，基本权利要得到实现，必须通过一个反思地导控的、提供基础设施的、抵御风险的、同时进行调节、推动和补偿的国家的服务性成就”。<sup>②</sup> 也就是说，在福利国家建制下，人民有没有权利、为什么拥有权利早已不再是有异议的问题，问题只在于如何更好地、细致地推动权利—福利的实现。这意味着，对人民权利进而对法律进行“定量分析”的时代的到来，而这一任务更多地需要法经济学来承担。法经济学与福利国家法律范式近乎同时的兴起与发达，从事实的层面诠释了这一问题：法律应被看作是“一种运转的工具”，法律必须适应社会发展的要求。而在法学理论兴衰更替的自我行程中，法经济学的兴起，事实上是对分析实证主义的继承但同时又开拓了新路，根据在于：“人们通过经济学可以比过去更好地理解法律制度，因为一旦人们揭示出法律中所隐含的经济理论结构，法律的内涵就变得更为简明

---

① [德] 哈贝马斯：《在事实与规范之间》，童世骏译，三联书店 2003 年版，第 303 页。

② [德] 哈贝马斯：《在事实与规范之间》，童世骏译，三联书店 2003 年版，第 305 页。