

博观
译丛

Neil MacCormick

*Legal Reasoning
and
Legal Theory*

法律推理与法律理论

[英] 尼尔·麦考密克 著

姜峰 译

大抵专门之学，非博观约取，其论说必不能详；非极深研几，其精蕴必不能罄。此固非积数十寒暑之功候，不能有所成就。

——沈家本·法部咨呈序

博观
译丛

Neil MacCormick

*Legal Reasoning
and
Legal Theory*

法律推理与法律理论

[英] 尼尔·麦考密克 著
姜峰 译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律推理与法律理论/英国牛津大学出版社编;
姜峰译. —北京:法律出版社, 2005.7
(博观译丛)
ISBN 7-5036-5666-2

I. 法… II. ①英…②姜… III. ①法律逻辑学
②法理学 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 057287 号

©法律出版社·中国

责任编辑/袁方 赵仁洋

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/对外合作出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/10.125 字数/272 千

版本/2005 年 6 月第 1 版

印次/2005 年 10 月第 2 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

销售热线/010-63939792/9779

传真/010-63939777

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5666-2/D·5383

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



Neil MacCormick

[英]尼尔·麦考密克

尼尔·麦考密克 (Neil MacCormick), 英国爱丁堡大学公法学和自然与国家法学钦定讲座教授, 爱丁堡皇家学会会员和不列颠学会会员, 王室法律顾问。麦考密克是当代世界法律哲学领域中最重要的人物之一, 主要著作有《法律推理与法律理论》(1978)、《制度法论》(与魏因伯格合著, 1980)、《哈特传略》(1981)、《法律权利与社会民主》(1982) 和大量论文。在继承和批判二十世纪中期占据主导地位的哈特法律哲学的基础上, 麦考密克做出了独特的贡献, 他提出了法律作为“制度性事实”这一思想。他做出贡献的领域还涉及苏格兰启蒙运动的法律理论、作为实践理性的一个分支的法律推理理论、欧洲联盟中的主权理论、社会民主以及自由主义和国家主义理论等多个方面。

序

在本书中,我将试图描述和阐释在司法判决及提交到法庭的请求和抗辩中涉及的法律争论,并将这种描述和阐释同法律的一般理论联系起来;而且,所有这些工作将在主要由大卫·休谟所宣称的关于实践理性的一般理论框架中进行。我希望我的努力对于律师、法学家和哲学家们都将有所助益。因此,在写作本书时,我力求做到使之对于不擅长哲学思辩的律师和对法律事务不甚熟悉的哲学家来说都明晰易懂。也许他们都会发现,有许多内容在其看来都是基础性的和显而易见的,如果因此而让他们意犹未尽的话,我只能先行致歉了。不过,如果某些论题是读者所不太熟悉的,我也希望它们不至于过分艰涩难解。

本书的思想源于我 1966 至 1967 年间在敦提的女王学院(现在的敦提大学)的一系列讲座,这些讲座是在 I. D. 威尔奥克教授的要求下所做的。书中的各个部分,在 1967 到 1972 年间于牛津大学和 1972 年至今于爱丁堡大学的多个讲座中已经成型。我曾试图在早些时候就完成此书,想必那样效果会更好一些,但是怠惰和繁忙的公务使我将这一工作推迟至今。

当然,我对许多难以计数的学生心存谢意,他们耐心地与我一同完善所讨论的题目方面的思想,并提出了诸多有价值的批评。我还

要感谢许多同事,他们对本书的讨论和批评对我是大有裨益的,这些同事中我尤其要感谢 J. Bjarup, Z. K. Bankowski, A. A. M. Irvine, H. L. A. Hart, D. R. Harris, N. R. Hutton, Ch. Perelman, G. Maher, R. M. J. Kinsey, M. J. Machan, D. Small, I. D. Willock, W. A. J. Watson, 以及 A. Zuckerman. Karen MacCormick。他们在我最初将讲座稿整理为更加规范和可接受的文字版本过程中曾为之殚精竭虑,并督促我最终让本书以现在的样子面世。Isabel Roberts 也给予了很多帮助。对于他们,我将永远心存感激。当然,对于书中仍然存在的缺陷,自当由我本人承担责任。

尼尔·麦考密克
1977 年 5 月 2 日于爱丁堡

前 言

本书旨在对法律推理做出阐释。我将法律推理视为实践理性得以应用的一个分支,所谓实践理性,亦即人们运用理性决定在特定情势下如何行动才算正当。本书表达了一个简单的思想,尽管它广受抵制,但实则合理。这一思想是,适用规则的过程对于法律活动来说是中心环节,所以研究这一过程中的理由构成,对于解释作为实践理性之分支的法律推理的角色来说,是至关重要的。尽管一些博学之士一直认为法律并未为演绎推理留有余地,甚至认为逻辑在法律活动中根本就没有用武之地,但是本书依然坚信,某种形式的演绎推理是法律推理的核心所在。当然,这并不意味着法律推理完全或只能借助演绎推理进行,或者完全排他性地使用一种演绎方式。从第三章到最后一章,本书致力于完成的一个富有魅力和挑战性的任务,就是重构与非演绎性的法律推理相关的各种因素。

这些因素在演绎推理部分之前和之后都有所述及,但一般都最终聚焦在演绎推理部分,并且,正是借助其与演绎推理的关系,它们才是可理解的。对这些因素的探讨是真正重要的事情。它们赋予了法律推理以特有的性格,并表明法律推理可以与道德推理相提并论。它们十分重要,但不是法律推理的全部内容,它们既不是充分的也不是自足的。

我对那些法律推理中非演绎性的因素的说明,表明了它们是何等的令人兴奋、富有挑战性以及精微细致,因此人们可以很容易地理解,为什么许多人会不由自主地夸大这类特殊因素中的一个或另一个。他们试图完全用非演绎的方式和反演绎推理的方式界定法律和法律推理的角色,而这些被夸大的因素,则成为迈向他们目标的基石。然而这种不由自主是致命的,它引诱人们滑入错误的陷阱。实定法体系,尤其是一个现代国家的法律体系,都内含着一个冲动,即将宽泛的行动原则具体化为相对稳定、明确、细致和可以客观地加以理解的规则形式,并提供一个应用于人际间的可信赖的和可接受的程序,以使得这些规则付诸实施。在私人之间发生纠纷的案例中,或社会秩序和正义观念要求公共机构去实施管辖以确保规则得到遵守时,这一程序的作用尤其明显。非经这种方式,那些规则可能不会被自愿遵循。在这些情势中,私人申诉者或者公共执法者必须就实际发生的事实提出一些主张,并努力表明它们立基于何种与所提出的事实相关的规则,以及根据这些事实将如何欲求法律进行干预。因此,在“法治”观念下强调尊重法律合理性的现代法律模式内,适用规则的逻辑就成为法律的核心逻辑。

或许,对于那些大理论家而言失望是不可避免的,因为相比而言,演绎逻辑是真正简洁和明晰的逻辑,“ $R + F = C$ ”或者“规则加事实等于结论”这一简单明了但倍受批评的公式,就是演绎逻辑的精炼表达。规则是潜在的规范性命题,它确保一旦确定了特定情势(下文中称为具体的“有效事实”),那么相应的特定结果将要(或“必然”或“应当”)发生或得到执行。有效事实被典型地和普遍地表示为一种文字和符号可相互转换的形式,即“只要F表示的情形发生”,相应的结果通常也是同样稳定的——“C所表示的结果必然发生”。我们可以把这种逻辑用公式表示为“只要F所表示的情形发生,那么与之相关的C必然会发生”。法律过程会把焦点放在任何可被公式化以适应上述模式的规则上面,它首先把自己的活动目标设定为,如果要相信那个主张的话,那么需要考察是否存在证明F情形已经发生的根据。一方会提出事例证明那个抽象的“F”,然后,通过举例方式证明C同样契合当下的情形,在此过程中,他会提出附带诉求的主

张,认为裁判者应当采取行动或做出结论了。对方则可能希望通过任何可能方式来质疑、对抗或千方百计地拒绝该主张,以及挑战包含其中的请求所赖以成立的构成要素。裁判者必须在对抗的双方间做出裁断,并给出据以裁判的理由,以使得裁判在可预见的法律秩序框架中获得正当性。

正如刚刚所表明的那样,这些规则虽以具体而直观的形式存在,所体现的内容却是远为抽象的一些原则。或者说,体现原则正是规则应当具有的特征所在。一个秩序良好且或多或少奉行民主制的社会(或者甚至一个秩序良好并真诚仁慈的独裁政府或贵族政府),必须提供某种框架,依照若干可令人接受的人类合作原则去管理公共事务。但是这些原则在社会内部是极富争议的,而当试图将可接受的抽象原则具体化为更具指向性的行为模式,以使得这种模式能够得心应手地以一种可以接受的平衡方式处理那些惯常发生的情势的时候,由此引发的争议同样很大。对于基本原则的分歧,以及在综合整体情况后考虑如何进行适当地平衡,或者对哪些原则应予优先适用等问题上存在的分歧,都需要立定明确的规则,正是根据这些规则,不同的情势采取何种立场才能得以确定。

如何对相互冲突的利益进行适当地平衡,如何确定将要适用的原则,以及这些决定对于不同的个人和阶层的利益将要造成何种影响,在这些问题上的竞争和分歧乃是政治活动的全部内容。而立法,就成了用规则将暂时的政治竞争结果加以确定的活动。其途径是,在一个既定的为各方所关注的领域内,借助制定规则的方式,把一种在原则范围内可以正当化的事物秩序的特定立场加以具体化,使之成为生效的规则。于是,这些生效的规则就成了应受尊重之物。虽然它们从来都不可能消除全部纷争,但至少能够在应对具体案例中所存在的争论方面有所作为。通过对规则进行解释而得出的结论,能够在解决争议时将隐含在规则后面的原则加以贯彻。类似的基于原则的推理方法,在借助先例来处理纠纷的过程中也能派上用场。当为了处理人类事务需要确定相对而言更加细致的规则时,使用先例是一个方法。

通过这种推理方式,并借助于一系列业已颁行的规则来组织法

律秩序,是包括哪怕只欲求最低限度的自由政府的国家在内的所有国家的一个任务。自从十八世纪以来,大多数占主导地位意识形态已对这一关于法律和国家的图景表示了赞誉,而且许多国家正是以声称成功地实施了这一目标来证明其合法性的。“法治”或者“法治国”的理念意味着,需要由规则来实施统治和限制权力的行使,并妥善调整公民事务。这一理念,已经无可争议地在现代和后现代国家的立法活动中扮演着关键的角色。但是,此一状况绝非忽略了这样一个事实,即法治词汇也可以轻易地被许多种类的政府所使用,而它们对法治的真正忠诚程度却是甚为可疑的。

就其自身而言,尽管“法治”时常遭到一些政府的冒犯,但它的确是一种值得尊重的美好观念。这一观念的正当性可以从两个方面得到证明。一方面,人是自治的和在实践上依据理性行动的动物,他们能够审慎地考虑自己的行动,而且人是社会的动物,他们的理性思考主要在涉及人际交流的场合进行。对恣意妄为的程序及其不良结果的审慎反思,表明了为诉讼和通过诉讼确认权利或进行谴责的活动设定理性原则的可能性。但是,在个体自治层面上的纯粹理性,并不能确保形成充分的合意,也不能确保在意见和行动方面的协调,而这种合意和协调对于实现社会共存目标来说是明显必需的。因此,还必须建立有权威的政治机构去制定一般性规则,并通过运用权力来确保它们得到遵守。当人们的个体理性不能确定地解决彼此间的分歧时,就需要外在的规则决定必要的行动程序。高位阶的规范通过设定相应的程序以保障低位阶的规范得到实施。这样,即使在法律需要对自治的个人进行规范和限制的时候,我们也认为这样做不失其正当性,因为法律是制度性、决定性、权威性和他律性的规范形式。

另一方面,法律所试图规范的那些个人,仍是自治性的个体。尊重他们就意味着要让他们有充分的机会知晓由权威机构所确定的公共规则,并由他们自觉遵守,即便这样会违反他们自己的偏好和审慎判断;否则,在法律与人们的个人偏好和判断之间的分歧达到极至的时候,那些知晓法律的人也会选择不遵守法律,而是试图寻找机会废除那些他们认为专断的规则。

这种理论,将法律推理视为实践理性的一个式样:决策需要理

由,一如人们做出正当行为时需要进行理性地思考。因此,如何寻求规则以证明选择的正当性,就成为至关重要的事情。如前所述,论证所做选择的正当性,需要借助于理性的实践话语赖以可能的某些基本原理。(这需要重新评价我在下文第三章中关于“基础性理由”的讨论。现在,我希望能够以罗伯特·阿列克西(Robert Alexy)在其《法律论证理论》一书中所体现的思想来观察那个论题,该书也是首次出版于1978年)这样,就能够找到背景性原则用来限制、击败甚至超越那种仅仅用规则作为理由表达方式的话语。独属于规则适用过程的那些问题(在本书中称为“相关性”问题、“解释”问题和“分类”问题)也要求我们谈及后面和前面的关于原则的争论,目的是解决那些涉及规则以及对规则的恰当解释和适用方面的难题。

这些都表明,演绎推理并非自足的、自我支持的法律论证模式。实际上,演绎推理经常被塞进一个由外部推理和内部推理织就的复杂网络中,它掺杂了许多不同的原则和价值,即使是一种最为纯粹的实用主义观点,也会疲于应对各种复杂的情势和例子,在这些情势和例子中,没有人认为应当为了实用的目的而忽略规则,因为比起依赖规则来讲其他方式更要费气力。尽管如此,那些把诉诸法律的请求加以正当化的原则,也把诉诸于原则的行为正当化了,这种情况只会发生在法治理念范围内,并且仅限于由规则组成的法律范围内。这种法律所拥有的那些形式特征,正如朗·富勒所做的令人瞩目的描述那样。因此,恰当的做法是,在本书中,把基于规则的推理放在中心地位来加以阐释。

另外,我们还要交待一下构成本书主要部分的那些论题。正如我所竭力强调的那样,基于规则的推理活动只能带领我们走这么远了,而且推理是仅仅属于法律活动内部的一个特征,因为,规则在适用过程中经常不能够实现自身的实际功效,对于给定的一个具体情境也起不到确定无疑的规约作用。人们在规则进行解释,看能否确定一个不成文的规则来解决问题时,可能会争执不下;同样,在如何对那些偶然发生的事实进行适当的分类,以判定其是否属于规则所要求的有效事实问题上,也常常存在争议。最后,有时对于是否所有的规则都最终能够被明确化,以使得就所提出的事实谋求补偿或

者实施惩罚的要求正当化,一致意见也难以轻易形成。总之,对于规则的解释、分类、相关性等问题,都是独属于法律推理和法律过程的。这样,能够被用来解决这些问题的所有那些实践理性模式,对于任何试图阐明法律推理的全部内容的细致研究而言,就成了必须予以关注的主题。

我尽可能使所采取的讨论方式贴近现实。本书中研究的现实是指发生在法院尤其是英格兰和苏格兰的法院里的真实争论,是真正需要争论的问题所在。我将把我的探究限于实践理性和人类本性的范围之内,这一点是不需回避的。但是我也力求避免把我的见解当作纯粹的先验判断,因此我会时常在提出和阐明观点时援引真实的案例和法官处理具体问题时实际采用的推理方式。现在,我称这种方法为“合理重构”,亦即,这种方法不仅仅是要描述“事实”,还要努力在一个可通过理性加以理解思想和行为体系内,展现那些丰富多姿的现实,该体系是通过本书提出的关于理性和推理的全面理论得以显现的。同样,通过使这一理论同具体案件中法官所做的实际推理情况两相对照,它的完备性也经受了考验。

将本书1978年的首次版本用英语或法语予以再版,可能仍是一个有些自以为是的举措。自从本书首次出版以来,已有许多关于法律推理的著作问世。尽管此书中的主要思想仍然值得关注,但有一些观点已经受到了批评,当然这些批评多是建设性的。那么,这些观点是不是早就应当做出相应的修正并体现在新版本中呢?除了直接的批评之外,1978年以来,在各种哲学和法律传统视角下,以各种语言写就的关于法律推理的著述大量涌现。综合考虑这些情况,似乎应当对最初的版本进行更为大胆的修订。

当然,就本书各个部分涉及的论题而言,我已经做了相当多的更为深入的思考并将其发表出来,这些思考,主要是在学术会议或者其他学术研讨场合以论文的形式体现的。这些思想似乎应当以一种恰当的方式加以汇集整理,结成一个关于法律推理的文集,以作为本书的续篇面世。就在本书中,我为每一章做了一个说明,列举了人们针对那一章论题的批评以及我自己的回应文章,有的也列出了我就该章内容所做的进一步思考。如果要全面了解我对相关问题的思想的

话,是有必要阅读所有被列举出的文献的,我想这与了解本书的正文是同等重要的。

尽管有诸多不足,或许仍然可以说,1978年的版本在法律和法律推理思想的发展史上仍占据着独立的地位。尽管本书并非在所有方面都像 H. L. 哈特的《法律的概念》那样出类拔萃,但仍可以将之视为后者的姊妹篇。这样说的理由是,法律推理理论实质上是哈特理论的一个体现,它是以哈特对法律所做的实证分析为基础的,或者至少是与哈特的路径完全一致的。不过,哈特在法律理论上所推崇的分析实证主义路径正面临挑战,它被认为难以给予法律推理尤其是推理一判决活动一个令人满意的解释。本书就是对这一挑战的回应。尽管就这本书所借鉴的哲学传统而言,它并不限于或者根本就不属于哈特理论的传统,但在它自己特定的时代、地域和知识背景内,它因为被当作支持哈特主义法理学的法律推理理论而受到瞩目。这本书被哈特编入了克莱诺顿丛书,写作时也得到了哈特的鼓励。本书是在对草稿改进后完成的,草稿中对于来自哈特的敏锐批评做了回应。在本书中,基于规则的推理所占据的中心地位,与哈特的“首要规则和次级规则的统一”在其法理学中所占据的重要地位,可以说正相契合。

就我个人而言,我一直对赫伯特·哈特所给予的私人友谊和支持,以及他在我职业生涯的关键阶段给予的知识上的指导和引领怀有深深的感激之情。然而,正如我最近的一些著述所显示的那样,我已不再像 1978 年时那样多地接受他关于法律的一些论断了。经过在法律推理和相关问题上的不断争论,我已经超越了法律实证主义论调,现在这种论调在学术界也已经沉默了,而在 1978 年时我还对之赞赏有加。客观地来看,正是《法律推理和法律理论》一书所引起的众多批评,成就了我目前在被称为后实证主义制度法理论领域中的地位。不是要让新瓶装旧酒,看来更为公允的做法,是仍将本书视为对哈特主义的阐述,让它与哈特的那些主要著作相呼应,使之更为可读,顺便也可以用本书来反驳罗纳德·德沃金于 1970 年代所做的批评。

作为总结,还是让我来简明扼要地指出 1978 年写作本书时的观

点中那些最为急需予以重新思考的方面。第一,我将同意帕特里克·怀特的观点,他认为,第二章里将演绎推理作为法律适用逻辑的简洁代表,太过简单化了。对于所意图的目标来说,谓项逻辑比命题逻辑更为恰当。第二,第四章中提到的关于普遍性和普遍化的主张,需要更为认真地考虑批评者的观点,这些观点涉及实际判决的关键性特点到底是什么。第三,第五和第六章中对后果主义论辩的讨论,需要更为全面地考虑所谓“后果”的复杂性,并且需要把这个词语的含义更为清晰地与哲学著述中通常使用的那个“后果主义”区分开来。

第四、第七章中讨论的诸项原则和一致性,似乎是对法律中的原则推理的一个说明,它们与类比推理存在关联,这是我至今仍然持有的态度。但现在我发现,在这一问题上有相当多的内容需要增补。第五,尽管我无意放弃第八章中对制定法和先例的解释问题上的立场,但还是赞同罗伯特·萨莫斯等人的看法,即在涉及上述两种解释的区别方面,应当有更加详尽的说明,正如在描述二者的相同点时所用的笔墨那样。但是,我不同意罗纳德·德沃金将法律自身视为一个“解释性概念”的说法,我仍然主张解释问题只不过是法律家们进行实际推理的一个因素,所以不能将讨论的内容集中于这一点。但是,第九章中相当一些反驳德沃金的论断让我深深地意识到有些言过其实了。有些方面则有必要按照科纳德·哈康森和塞巴斯廷·尤宾纳的观点予以彻底修正。

最后,本书末尾一章关于激进理性主义的一些判断,现在看来或多或少有些语焉不详。正如我在这个“前言”的开头所表明的那样,我被罗伯特·阿列克西(后来是尤根·哈贝马斯)的态度折服了,他认为,一种支持实践理性话语的理由是可以找到的,即从一般实践理性的危机中导出法律制度和法律推理的正当性,并使得法律推理彻底纳入于实践理性的一般原则之内。这并不意味着,也不要求法律通常是或者应当十分确定,或者当法律不能做出决定时实践理性能够决定结果如何。但它确实意味着,我在最后一章所坚持的休谟立场需要重新考虑。而且,贯穿全书的对于理由证明的强调也需要修正。正如布鲁斯·安德森所表明的那样,理性发现的过程像理性证明过程一样,都需要深思熟虑的思考。我相信这对于通过类比进行论证(第

七章)特别有帮助,而且,这使得我有可能在某种程度上调整自己的论断以接近史蒂芬·伯顿的立场。

所有这些,都需要在相当广泛的方面进行反思。如果试图了解我对这些论题的完整思考,读者有必要阅读在下面的“相关文献”中列出的那些论文。尽管我承认需要进一步思考,但我不会否弃早些时候的那些思想。这本书过去是,现在仍是对一些困难和复杂的问题清晰简明的探讨。既然如此,比之于作者思想的变化,这本书有着自身更为恒久的价值。

尼尔·麦考密克
1994年3月于爱丁堡

目 录

1	序
1	前 言
1	第一章 导论
17	第二章 演绎性证明
49	第三章 演绎推理——前提及其局限
69	第四章 形式正义的约束
94	第五章 二次证明
125	第六章 后果主义论辩
149	第七章 “协调性”要求:原则与类推
191	第八章 一致性要求和解释问题:简单案件与疑难案件
221	第九章 法律推理与法律理论
249	附 论
255	第十章 法律、道德及实践理性的局限
265	附 录 关于规则的“内部方面”
280	成文法索引
282	一般索引
291	相关文献
295	案例表
300	译后

第一章

导 论

一、研究的视角

一种由来已久的态度是,理性在组织人类事务方面起到了很大¹作用。这种态度也认为,有些利益属于人类的“自然”权利,而其他利益则只能通过习俗或者立法才能形成或享有。无论是否存在生效的法律禁止谋杀,任意剥夺他人的生命总是错误的。另一方面,在没有明确的禁止性规则的情况下,如果认为将车停靠在某一街道是错误的行为,却会叫人觉得奇怪。

如果有一些行为仅仅因人类的某些天性,或者更为一般性地,因为“事物的本性”而被认为是错误的,这意味着人们需要接受这样的观念,即理性的运用有足够的能力揭示哪些行为在本质上是正确或是错误的。即使在更为明显和武断的诸如停车规则所涉及的情形中,或者涉及如何衡量重量和尺寸的规则中,也可以认定,理性向我们揭示了确立共同规则的必要。

在停车根本不受约束的情况下如果有足够多的私车或载重卡车等车辆,将会产生极大的拥挤,不能指望人们通过理性的自我约束来