



清华法学

TSINGHUA LAW JOURNAL

“法律思想与人文语境”研究专号

第五辑



清华大学出版社

清华法学

TSINGHUA LAW JOURNAL

“法律思想与人文语境”研究专号

第五辑

清华大学出版社

北 京

内 容 简 介

本书为“法律思想与人文语境”研究专号,内容以人物思想研究为主,兼顾法律哲学探讨和法律制度史、思想史梳理。作者中既有像 H. L. A. 哈特教授、罗纳德·德沃金教授这样的国际法学巨擘,也有当今汉语法学界的中坚和新锐。特别是本刊编组的一组书评,兼容思想性与可读性,想必读者多有共鸣。

以上文字,适合法学研究者和法科学生阅读,对于法官、检察官、律师和政府法律官员等法律实务家,以及关心法学的其他学科人士,亦有参考价值。

版权所有,翻印必究。举报电话:010-62782989 13901104297 13801310933

图书在版编目(CIP)数据

清华法学·第五辑,“法律思想与人文语境”研究专号/许章润主编. —北京:清华大学出版社,2005.1

ISBN 7-302-09832-8

I. 清… II. 许… III. 法学—文集 IV. D 90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 111909 号

出 版 者:清华大学出版社 地 址:北京清华大学学研大厦

<http://www.tup.com.cn> 邮 编:100084

社 总 机:010-62770175 客 户 服 务:010-62776969

责任编辑:方 洁

封面设计:汉点公司

印 刷 者:北京密云胶印厂

装 订 者:三河市李旗庄少明装订厂

发 行 者:新华书店总店北京发行所

开 本:170×255 印张:17.5 插页:2 字数:315 千字

版 次:2005 年 1 月第 1 版 2005 年 1 月第 1 次印刷

书 号:ISBN 7-302-09832-8/D·142

印 数:1~3000

定 价:32.00 元

本书如存在文字不清、漏印以及缺页、倒页、脱页等印装质量问题,请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话(010)62770175-3103 或(010)62795704

特邀编委：

季卫东（神戸大学）

於兴中（香港中文大学）

林 立（台湾淡江大学）

金邦贵（艾克斯-马赛第三大学）

各分科编委及其分工：

许章润：法理学、比较法

江 山：法律史学、书评

王振民：宪法学、行政法学

韩世远：民事法学

周光权：刑事法学

张建伟：诉讼法学

李 旺：国际法学

编务：翟志勇

主编：许章润

清华法学

第五辑

目 录

“法律思想与人文语境”研究专号

本刊特稿

- 1 [英]H. L. A. 哈特 著 支振锋 译/《法律的概念》“附文”
32 [美]罗纳德·德沃金 著 傅蔚冈、周卓华 译/我们的法官必须成为
哲学家吗？他们能成
为哲学家吗？

论 文

- 46 吴冠军/正当性与合法性之三岔路口——韦伯、哈贝马斯、凯尔森与
施米特
95 满运龙/英国革命和近代宪政观的产生
113 柯 岚/霍姆斯的“坏人论”及其神话——兼评《法律之道》
139 黄静嘉/清季法学大家长安薛允升先生传——一位传统法学的殿后
人物
160 林 端/固有法与继受法——戴炎辉法史学研究方法的知识社会学
考察
187 李启成/民初覆判问题考察

译 文

- 204 [美]克里斯托弗·沃萨克维 著 张建文 译/现代俄罗斯法在世界法
律地图背景下的类型

- 219 [美]拉赛尔·L. 韦弗 著 宋华琳 译/对非立法性规则的低估

书 评

- 228 [澳]朱利斯·斯通/罗斯科·庞德:《法理学》
240 冯克利/利奥·施特劳斯:《关于马基雅维里的思考》
248 王宇力等/吴经熊:《法律的基本概念》



《法律的概念》“附文”^{*}

[英]H. L. A. 哈特 著 支振锋 译

引言

本书初版于 32 年之前。自那时起,法理学和哲学结合得更为紧密,而且,无论在这个国家还是在英国,法学理论的主题都获得了很大进展。我很乐于看到,这本书即使是在学院派的法律从业者和哲学家中间,也对此发展起到了推动作用;关乎其所探讨之主旨,批评者至少与信奉者同样为数众多。不管情况如何,事实是,虽然据我本意此书是为英国的大学生而作,但它的发行极为广泛,并在英语世界和一些译此书的国家引出了一大批相应的评论性文献。这类评论性文献的绝大部分是在法学和哲学期刊上发表的论文;此外,也出版了许多重要的著作,它们将本书中各种各样的论说作为批判的靶子和批评者阐述自身法律理论的出发点。

虽然对部分我的主要的批评者,我已经做出了一些反击,特别是已经故去

* 《法律的概念》出版后的许多年里,哈特一直有续写一章作为绪言的想法,但由于他并不想对这本已经影响深远的著作做随意的修补,也由于他的审慎与对完美的追求,这个目标终于未成现实。不过,他还是给我们留下了一些东西,这个本来打算作为绪言的一章,最后成了附文(*postscript*)。因为,他也一直想对此书引起的诸多讨论作一回应,以捍卫自己的立场并反击曲解。特别是德沃金的反对意见,最引起哈特的关注。在哈特生命的最后数十年中,他一直在打算对德沃金作一回应。直到他去世,也只有对德沃金的回应才比较成熟,并由佩内洛普·A. 布洛克(Penelope A. Bulloch)和约瑟夫·拉兹整理后,作为附文的主要内容得见天日。附文主要为哈特的手稿,较为散乱,幸赖布洛克和拉兹不憚其烦的编辑整理,于 1994 年《法律的概念》再版时附于书后。这篇三万单词左右的附文,是哈特对其实质的与方法论上的承诺及德沃金之批评的最后省思,其重要性不仅仅在于对德沃金的回应,更给我们提供了一把解读其最初文本的钥匙。哈特在附文中继续了对一些重要主题的追问。此文甫出,便引起了广泛的讨论。理论家们纷纷撰文评论,如拉兹、科尔曼等等,2001 年,科尔曼将这些论文集为一辑,书成《哈特的附文:〈法律的概念〉附文论文集》(*Hart's Postscript: Essays on Postscript to Concept of Law.*),由牛津大学出版社出版。

由于此文为《法律的概念》第二版原书后之附文,文中涉及原书时往往只标明页码。因此,译者亦以译者注的形式,尽可能将这些内容译出。翻译过程中,学友张世泰提供了无私的帮助,同窗之情,志此不忘。另外,翻译过程中参考了台湾许家馨、李冠宜两位的译本(台湾,商周出版,2000 年 7 月),好友翟小波阅读了译文,成协中、郑英春帮助搜集资料,特此致谢。但翻译的所有失误,当由译者承担。——中译者注

的朗·富勒教授^①和 R. M. 德沃金教授^②,但迄今为止我还没有对他们任何人做过全面而详尽的回应;我更乐于在一场极富教益的辩论中旁观和聆听,看一些批评者如何不同于另外一些批评者,一如他们与我之不同。但是,在这个附文中,我将试图对德沃金在广泛范围内的批评做出回应,这些批评集中体现在他一些极富创见的论文合集《认真对待权利》(*Taking Rights Seriously*, 1977)以及著作《原则问题》(*A Matter of Principle*, 1985)和《法律帝国》(*Law's Empire*, 1986)之中。我在这个附文之所以主要关注德沃金的批评,不仅是因为他宣称几乎本书所有独特的命题都是根本错误的,更因为他对此书所内含的法律理论的整体概念预设以及解决指向都表示怀疑。宽泛地讲,德沃金对本书主题的批评多年来是始终一贯的,但是,在一些极为重要的方面,他不仅改变了主张的实质,其所用来表述的术语也发生了变化。他早期论文中一些非常显著的批评在新近的著作中不见了,尽管他没有明确宣称撤回这些观点。但是,这些早期的批评曾经获得过广泛的关注并且较有影响,因此,我认为对它们和其他新近的批评一起做出回应是合适的。

这个附文的第一、也是比较长的部分,就是关注德沃金的主张的。但是,在第二部分我将考量许多其他批评者的意见,他们认为我对这些命题的阐述不仅是模糊和不准确的,也在某些方面存在着不一致和自相矛盾之处^③。这里我必须承认,在许多我所考虑不周の場合,我注意到我的批评者是正确的,我也趁此机会在这个附文中澄清那些含混之处,并且对我最初作品中的一些不一致和自相矛盾的地方进行修正。

一、法律理论的本质

我这本书的主要目的,是要提供一种既为涵括性(*general*)的,亦为描述性(*descriptive*)的关乎法律是什么的理论。其涵括性所指涉的是,它不仅不应受

① 参见我对其著作《法律的道德之维》(*The Morality of Law*, 1964)的评论,载《哈佛法学评论》(*Harvard Law Review*),第78卷,1281页,1965年,此文在我的《法理学和哲学论文集》(*Essays in Jurisprudence and Philosophy*)之中重印,343页,1983年。

② 参见我的论文《哲学视域之下的法律:1776—1976》(*Law in Perspective of Philosophy: 1776—1976*),载《纽约大学法学评论》(*New York University Law Review*),第51卷,538页,1976年;《英国人眼中的美国法理学:噩梦与高贵之梦》(*American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and The Nobel Dream*),载《佐治亚法学评论》(*Georgia Law Review*),第11卷,969页,1977年;《在功利与权利之间》(*Between Utility and Rights*),载《哥伦比亚法学评论》(*Columbia Law Review*),第7卷,828页,1979年。所有前述论文都在我的《法理学和哲学论文集》(*Essays in Jurisprudence and Philosophy*)之中重印。亦可参见《法律的责任与义务》(*Legal Duty and Obligation*),载于我的《论边沁》(*Essays on Bentham*)第四章,1982,以及《评注》(*Comment*),载于 R. Gavison 编:《当代法哲学的主题》(*Issues in Contemporary legal Philosophy*),35页,1987。

③ 哈特并没有完成这里提到的两个部分之中的第二个。——原编者佩内洛普·A. 布洛克和约瑟夫·拉兹注(以下简称原编者注)

任何法律体系和法律文化之绳缚,而且应以提供一种对法律的富有阐释性和清晰性的说明为追求旨趣。此处的法律是作为复杂的社会和政治机制下之一种规则之治(rule-governed)(从另一个意义上说也是“规范的”)的层面而存在的。这种机制,尽管围绕它有许多接踵而来的需要澄清的误解和模糊的虚构,亦不管在不同的文化和时代之中有多少变化,总是采取着同样的形式和结构。此种澄清之任务的基点应该是一种广泛的共识,这个共识就是我在本书第3页*向任何一个受过教育的人所提到的有关现代自治的法律体制之突出特点的问题。我在那里的论述是描述性的,在道德上是中立的并且没有为什么声辩之目的:它并不追求对我之关于法律概括性论述中的形式和结构进行道德的肯认或正当化或者赋予其他依据,尽管在我看来,一种清晰的理解对任何关于对法律之有用的道德批判都是重要的前提性步骤。

作为开展此项描述性工作的方式,我的著作重复涉及这一系列概念,比如设定义务的规则(duty-imposing rules)、授予权力的规则(power-conferring)、承认规则(rules of recognition)、改变规则(rules of change)、接受规则(acceptance rules)、观点的内在和外在视角(internal and external points of view)、内在和外在陈述(internal and external statements),以及法律有效性(legal validity)等。这些概念通过对一系列不同法律制度和法律实践基本要素之关注,其旨趣直接指涉法律之本质,并促使对这些法律实践和制度的深沉省思;据此,这些法律制度及实践也得以被极富启发地分析,其诸多疑惑亦得以悄然冰释。这些疑惑是,比如:什么是规则?如何区分规则与单纯的习惯或行为之规律?法律规则之诸种形式间有无根本的区别?规则之间进行联系如何可能?什么是规则所组成之体系?规则,挟其权威,一方面作为威慑而另一方面又作为道德之诉求是如何并行不悖的^①?

以此方式对法律理论的思考,将既是描述性又是涵括性的,并且与德沃金所建构之法律理论(或者如其常常所指称之“法理学”)概念的勃勃雄心有根本不同;正如它也部分地是以仅仅“指向特定法文化”^②是评价性的(evaluative)和论证性的(justificatory),这个法文化往往指的是理论家自己的文化背景,对德

* 由于此文为《法律的概念》一书之附文,此类页码皆为该书原文页码。哈特在此书第3页所论述的现代自治的法律体制的突出特点的原文是:“也许,任何一个受过教育的人都会被期待能够从此类大致的方面辨识出如下极为显眼的特征。它们包括:(i)以惩罚来禁止或者鼓励某些行为的规则;(ii)要求人们对那些因为在某些特定行为中受到损伤的人做出赔偿的规则;(iii)详细规定在订立遗嘱、合同或其他协议等等授予权利或创设义务的行为中必须为何种行为的规则;(iv)确定何为规则以及它们何时被违反,并且决定判处惩罚还是赔偿的法院;(v)一个创设新规则以及废弃过时规则的立法实体。”参见:H. L. A. 哈特:《法律的概念》(The Concept of Law),3页,牛津大学出版社,1997年,第二版。——中译者注

① 参见 H. L. A. 哈特:《评注》(Comment),载于前述 R. Gavison 编:《当代法哲学的主题》,35页。

② 《法律帝国》,102页。

沃金而言就是英美法(Anglo-American law)。在德沃金,此种设想之法律理论的中心任务是“阐释性”,^①而且部分地,它也具有评价性;因为它存在于对这样一些原则的判认之中,这些原则对一个法律体制之特定的既定法及法律实践来说是最“适合”或者是最一致的,并且为其提供最佳的道德肯认,因此可以使得法律展现其“最佳的方面”^②。对德沃金来说,被如此限定的这些原则也不仅是法律理论的一部分亦为法律本身之内蓄的部分。也因此,在他看来,“法理学只是判例的一个常规组成部分,任何依法裁决之无声的序言”^③。在其早期的作品中,此等原则只是简单地被指派为“最美妙(soundest)的法律理论”^④,但在他新近的著作,《法律帝国》里面,又以“阐释性理解”的意味赋予了这些原则及据之所提出的特定法律命题以法律的特点。被此种阐释性理论阐释之既定的法律实践或法律范例,德沃金称其为“前阐释性的”^⑤,并且认为,一个所谈及之理论家亦并无困难及理论上的任务去辨识此等前阐释性材料,因为它们早为一个特定法律体制中的法律从业者所共同肯认而已经确定了^⑥。

关乎我与德沃金关于法律概念之如此不同的研究指向(enterprises)方面,在为什么应该有区别或者到底区别何在之间的重大矛盾冲突并不是一目了然的。而德沃金的许多著作,包括《法律帝国》在内,都致力于探寻法律(过去的政治决断^⑦)赋予强制以正当性的三种方式相互比较之优势的苦心经营中,并据之创立了三种不同的法律理论形式,也即其所称之“因袭主义”、“法律实用主义”以及“作为整体之法律”^⑧。作为一个对评价和正当性法理学的贡献,所有他所阐述的这三种理论形式都是极富价值和非常重要的,而且就我来说,直到最近他宣称我这本书里面的实证法律理论可以用这种阐释性理论更富启发性地予以重述(re-stated)前,对那些对其阐释性观念^⑨的努力也一直并无质疑。他后来的这个主张我认为是错误的,以下我将用充分的理由来驳斥我之理论的这种阐释性版本。

在其著作里,德沃金好像取消了涵括性和描述性的法律理论,把它们认为

① 《法律帝国》,第三章。

②③ 《法律帝国》,90页。

④ 《认真对待权利》,66页。

⑤ 《法律帝国》,65~66页。

⑥ 但是,德沃金警告说,对此等前阐释性法律的判认本身可能已经包含了阐释。见《法律帝国》,66页。

⑦ 《法律帝国》,93页。

⑧ 《法律帝国》,94页。

⑨ 但是,必须注意一些批评家,比如米歇尔·莫尔(Michael Moore)在其《现代理论的阐释性转向:走向更糟?》(The Interpretive Turn in Modern Theory: A Turn for Worse?),载《斯坦福法律评论》(Stanford Law Review),第41卷,947~948页,1989年(此文从871页开始),一方面认为在德沃金的意义上法律实践是可以阐释的,另一方面又否认法律理论可以具有阐释性。

是一个误导或者干脆最好简单地称之为毫无助益。“有用的法律理论”，他说，是“历史发展实践之特定阶段的阐释”^①，并且，在其早期作品里面，他业已宣称“描述与评价之间明显的区分”已经“削弱了法律理论”^②。

我发现，很难去追寻德沃金对描述性法律理论或其常常所称之“法理学”的准确反对意见。其核心的反对意见好像是认为法律理论应该采取内在视角去探究法律，也就是应该采取一个法律体制内部人或参与者的观点。并且，描述性理论难以对此种内在视角进行充分的考量，它不是以一个内部参与者而是以一个外部观察者的角度^③。但事实上，在我这本书之描述性法理学的方案里，并未有任何可以作为应该从非内部参与者的外部观察者中将一个参与者以内在视角的表述方式排除在外的例证。因此，在这本书中我相当详尽地阐释说，一个内部参与者在阐明其内在视角时，是接受法律作为其行动的向导和批评的标准的。当然，一个持有描述性观点的法律理论家，其本身并非同样地以这些方式与内部参与者共享此种对法律之接受；但是，他们能够也应该描述此种之接受，正如我在此书中确实所试图努力的那样。诚然，为此目的，描述性法律理论家们必须理解(understand)，为适合内在视角他们必须怎样，并且在此种意义之上，他必须能够将自己置身于一个内部观察者的境地之上；但是，这并非是为了接受法律或者共享或者认可内部观察者的内在视角，更非在任何意义上放弃了其描述性的姿态。

德沃金在其对描述性法理学的批判之中，似乎排除了一个外部观察者在其描述性的姿态之中亦可对一个参与者的内部视角进行考量的明显的可能性；因为，如我已有所论，他视法理学只是“判例的一个常规组成部分”，并且在司法参与者以其内部视角来看，可以视法理学或者法律理论本身为一个法律体系的组成部分而已。但是描述性的法律理论家在论及法律时，可以理解 and 表述出来内部观察者的内在观照而无需接受或者参与之。即使[如尼尔·麦考密克(Neil MacCormick)^④及一些其他批评家所论]在接受法律时，内部参与者以提供一种批评行为的导向或者标准的方式来阐释其内在观照，亦必须持有如此之一种确信，即，法律要求必须有其道德上之依据并且其对强制之运用也必须有道德上

① 《法律帝国》，102页；比较“涵括性法律诸理论，对我们来说，就是对我们自己司法实践的一般性阐释。”《法律帝国》，410页。

② 《原则问题》，148页；参见“法律理论不能被敏感地理解为……社会实践的中立性描述，”见《德沃金的一个回答》(A Reply by Ronald Dworkin)，载于马沙尔·科亨(Marshall Cohen)编：《罗纳德·德沃金与当代法理学》(Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence)，254页，1983(此文从247页开始)。

③ 《法律帝国》，13~14页。——原编者注

④ 参见《法律推理与法律理论》(Legal Reasoning and legal Theory)，63~64页，139~140页，1978年。

的正当性;而此种立场,也可以在某种意义上为持道德中立立场的描述性法理学所记录但不必认可或参与。

无论如何,我认为德沃金称为“阐释性”且部分地是评价性的主题,并非法理学和法律理论的恰当主题,而且,在这里概括性和描述性的法理学都可以占据重要的一席之地。在回应我的此一主张时,德沃金已经做出了让步;而且,他还辩解说其关于“法理学只是判例的一个常规组成部分”的意见也需要在一定限制条件之下理解,由此,如他现在所持论,这仅仅是“法理学意义上的真实”^①。这是在表面的肆意过度与确然实在之间的重要而可喜的修正,在德沃金自己所指称之,“帝国主义的”,并且宣称法律理论惟一恰然适切的形式就是阐释性和评价性的意义上的。

但是我发现,德沃金在后撤其明显的帝国主义式的主张时,随后所发出的附加性警告言论里仍然有着许多令人疑惑的含蕴:“但是,在涵括性理论主题中对(关于意义方面的)问题的探讨有多么普遍而深入也是值得强调的,正如哈特所做的那样。”^②此种谨慎的適切性并不清晰。我所探讨过的那些主题(见第240页所列举)*,包括如法律一边使用强制威慑一边进行道德要求之间的关系问题,而且,德沃金谨慎的出发点看来好像是,即使是描述性的法律理论家在探讨这些主题时,也必须面对如何对待法律命题的意义或内涵问题;可是这些意义或内涵,只有用一种阐释性和部分是评价性的法律理论才能给以满意的解答。如果情况确是如此,哪怕是描述性的法律理论家们,为了确定任何既定之法律命题的意义,也必须设问并回答那些阐释性和评价性的问题:如果根据这些原则得出的命题能够最适合于既定的法律并为其提供最佳的合法性论证,则我们能够赋予这些命题以什么样的内涵?但是,对我所提及的在许多不同的法律体系中如何决定法律命题之内涵的问题,即使描述性和概括性的法律理论家们确乎一直在追寻其答案;我们仍然没有理由去接受这样的观点,即他们必须援引德沃金之阐释性和评价性的问题才能对此进行确定。此外,即使是在所有那些描述性和概括性法律理论家们不得不自我审视的法律体系,法官和律师事实上也的确以一种阐释性和部分评价性的方式去决定问题的内涵;这也在某种意义上是一般描述性法律理论家们应该如实记录,以作为关乎确定此等法律命

①② R. M. 德沃金:《法律理论与意义问题》(legal Theory and the Problem of Sense),载于 R. Gavison 编:《当代法哲学的主题:哈特的影响》(Issues in Contemporary legal Philosophy: the Influence of H. L. A. Hart),19页,1987。

* 此页码指的是原书页码,这些指的是上文所涉之:设定义务的规则(duty-imposing rules)、授予权力的规则(power-conferring)、承认规则(rules of recognition)、改变规则(rules of change)、接受规则(acceptance rules)、观点的内在和外在视角(internal and external points of view)、内在和外在陈述(internal and external statements),以及法律合法性(legal validity)等问题。参见: H. L. A. 哈特:《法律的概念》,240页,第二版。——中译者注

题内涵之一般描述性的立论基础的。当然,如果想当然地认定,因为这些结论必须如此立基,那么它们自身也必须是阐释性和评价性的并且据此理论家的任务也由描述转向了阐释和评价,这就毫无疑问是犯了错误的。描述仍将是描述,哪怕是它的刻画对象为一种评价。

二、法律实证主义的本质

1. 作为语义理论的实证主义

我的这本书被德沃金认为是现代法律实证主义的代表性作品,并将之与以前的实证主义做了区别,比如边沁和奥斯汀的实证主义,主要是因为此书反对他们的“法律命令说”,及其认为法律一定是由一个最终的主权者个人或者实体所发出的概念。德沃金从我的实证主义法律理论中发现了大量的相互区别而又相互关联的错误。其中最主要的错误是将法律命题,比如那些描述法律权利与义务的命题当作仅有赖于明显的(plain)历史事实,包括个人信仰和社会态度的事实^①的观念。这种法律命题所倚赖的事实就构成德沃金所称之“法律依据”(the grounds of law)^②,并且,在他看来,实证主义者错误地将这些命题当作了为法官和律师所特有的语义规则(linguistic rule)所确定的。这些规则支配了“法律”一词的用途和涵义。这些规则不仅是在以特定立场陈述某一特定法律体系中的“那法律”(the law)时如此,在关乎什么“法律”(law)(也就是,一般意义上的法律)是什么^③之陈述时亦如此。根据此种实证主义的法律观,就可以认为关于法律问题上的惟一分歧就在于这些历史事实是否存在;而关乎法律“依据”的构成,也就不会存在理论上的分歧和自相矛盾了。

德沃金不惜浓墨溢彩,并且花费大量篇幅在其对实证主义的批评上反复致意,与实证主义的法律观相反,他试图富有启发性地表明构成法律之依据与英美法实践之显著特征间的理论性分歧。与那种认为这些是为律师和法官们所固有之无可争辩的语义性规则之观点不同,德沃金主张他们本质上是有争议的,因为在他们之间不仅存在历史事实而且常常在道德评断与价值评断上存在分歧。

德沃金从两个相当不同的方面细论了实证主义者,比如我本人,是如何接受这些极端错误的观点的。根据这些论述中的第一点,实证主义者确信如果法

① 《法律帝国》,6页以下。

② 《法律帝国》,4页。此处参考了李常青先生的译法,见德沃金:《法律帝国》,李常青译,徐宗英校,4页,中国大百科全书出版社,1996年。另本文中哈特所引《法律帝国》的内容,译者多遵从李常青的翻译,但在某些地方也有所改变。——中译者注

③ 《法律帝国》,31页以下。

律之依据并非毫无争辩地为法律规则所确定,而为一个允许理论性分歧之存在的有争议的问题,那么“法律”一词对不同的人也将意味着不同的事物,并且他们在使用此词时也将仅仅单纯互相谈论,而难以在同一个意思层面(the same thing)上进行沟通。因此,据德沃金的观点归结到实证主义者头上的此种确信,整个儿地就是错的;并且,他对那些存在分歧的法律依据持一种反对之主张,因为实证主义者被认为在此基础上提出了其棘手的“语义之刺”(semantic sting)^①,它依赖于一种关乎“法律”一词之含义的理论。因此在《法律帝国》里,他开始努力去拔除这些语义之刺。

虽然在《法律帝国》的第一章里,我被德沃金列入了奥斯汀的行列,都被视为语义分析理论家,也因此从“法律”一词的意味中引出了一种朴素的(plain-fact)实证主义者的法律理论,并且承受语义之刺之痛;而事实上,德沃金认为,在我书中决无或者没有任何其他地方,能够提供对我的理论的支持。因之,我的学说,也即那种提出一种关乎现代自治的法律体制必须包含一个承认规则,从而去确立法律判认(identification)之标准以供法院援用的学说,可能就是错误的。但是,我从来都没有试图将我的理论建构在如此一个错误的观念上,也即正是由于此部分“法律”一词之意味上,才使得产生了在所有的法律体系中都应该有一个承认规则的看法;或者在一个更为错误的观念之上,也即是如果用以判认法律所依据的标准并非毫无争辩地一致,“法律”则将意味着对不同之人有不同的含义。

确乎其然,这最后一个归咎于我的主张,的确从标准上混淆了一个概念在适用时的含义,然而我非但不接受这些,而是特意集中精力(在本书第160页)*通过对公平概念之阐释来论述这样一个事实,也就是说,一个概念的标准在其适用时所一贯具有的涵义可能既是变化多端又是颇具争议的。为了说明此点,我又有效地在对一个概念与一个概念的不同看法之间做了相同的区别,这些在德沃金新近的著作里显得十分突出^②。

最后,德沃金也坚持,实证主义者那种主张,认为其法律理论不是一种语义学的理论,而是一种对一般性法律作为一种复杂社会现象的独特特征的详细描

① 《法律帝国》,45页。“语义之刺”意为语义学上的棘手问题。——中译者注

* 此是原书页码。哈特在第160页里对正义的论述如下:“因此在正义观念的结构里有着某种程度的复杂性,我们可以把它分成两个部分:一致的或者一贯的特征,一般被总结在‘同样情况同样对待’的箴言中;以及一个于易变的或者变动不居的标准,当面对某种特定目的时,此一标准被用来决定情况的相似性与相异性。”参见《法律的概念》,160页,第二版。——中译者注

② 约翰·罗尔斯(John Rawls)在《正义论》(A Theory of Justice)中对此区别的论述,5~6页,10页,1971年。

在区分正义之概念与正义之观念时候,罗尔斯说,“这里我沿用了哈特的《法律的概念》……155~159页(第一版)”。见《正义论》,5页,注①。——原编者注

述的主张,赋予了空洞而又颇具误导性质的语义理论以截然不同之处。他的观点^①是,既然法律理论作为复杂社会现象的一种,其独特特征即为法律从业者们对法律命题之真实性的讨论,并且通过援引此种命题的含义来“阐释”,那么这种描述性的法律理论最终必难逃语义分析^②之境。此种主张在我看来,混淆了法律命题意义上的法律与“法律”一词之意蕴。德沃金所说的一种语义学上的法律理论,成了那种认为“法律”一词准确含义之确定必须系于某种特殊标准的理论。但是,法律诸命题之典型的陈述不是关乎“法律”是什么,而是那法律(the law)是什么,也就是,一些特定法律体系之法律允许或要求或授权人们做什么。因此,即使此诸种法律命题之意蕴,的确是由定义或其真实境遇所决定,但这并不能导致如此之结论,说“法律”一词的准确含义使得法律必须符合某种特定标准。这个结论,只有在一个体系内的承认规则提供了此种标准并且此种所需之规则是从“法律”一词之含义中得出的情况下,才有可能成立。但是,此种学说在我的书里并无遗迹可寻^③。

这里还有一个需要进一步关注之处,在那里德沃金误读了我的实证主义法律形式。他视我的“承认规则说”为一种满足法律判认之标准的要求,此种标准必须符合历史事实,并且因此是“实证主义的朴素事实”^④的一个例证。但是,我的承认规则所提供的标准的主要例证,正是德沃金所指称之“渊源”(pedigree)^⑤,虽然这些例证所关注的仅仅是一种法律制度创制或者采用法律的方式而非其内容;我仍然曾经不仅在本书(72页),亦在我早期的论文“实证主义及法律与道德的分离”(Positivism and Separation of Law and Morals)^⑥中都特别阐明,在一些法律体系里,比如在美国可以很明确地发现,法律有效性的最终标准与正义或其附属的道德价值原则所提供的渊源有着密切关联,并且它们成为了对法律的宪法性限制之内容。德沃金在其《法律帝国》里将一种“朴素事实”的实证主义加诸于我时,却忽视了我理论的此一方面。因此,他强加诸我的一种朴素事实之实证主义的“语义学”版本,很明显并不属于我,亦非任何其他形式的朴素事实的实证主义。

2. 作为阐释理论的实证主义

德沃金对朴素事实之实证主义论述的第二个层面,并不将之视为一种语义

① 《法律帝国》,418~419页,注②。

② 《法律帝国》,31~33页。

③ 哈特:《法律的概念》,209页,第二版,在那里我对这样一种学说有批判。

④ 这个术语是哈特的,并未在《法律帝国》里面出现。——原编者注

⑤ 《认真对待权利》,17页。

⑥ 《哈佛法学评论》,第71卷,598页,1958年。此文在我的《法理学和哲学论文集》之中重印(特别应注意54~55页)。

学理论或者基于语义学考量而建构,而是试图用一种德沃金式(Dworkin)的阐释性理论,也即他称之为“因袭主义的”理论去重构它。据此种理论(最终还是因具有缺陷而为德沃金抛弃),实证主义者,在一种阐释性理论家姿态的伪装下,承诺以最好的层面展示法律,在与朴素的事实一致之基础上提供了法律的标准,但这并不能恰然适切地为一套由法官和律师们所共同持有并确信的法律语汇所固有,一如其语义学版本所表现的那样。这将一束惬意之光投向了法律,因为它以一种确保法律主题之某种重大价值的方式表现出来;也就是说,强制之适用,必须依据为公众所共同认知之朴素事实,这样,在适用强制之前,每一个人都有公平接受警告的机会。这就是德沃金所称之“对预见予以保护的理念”^①,然而,在他认为,其优点最终未能抵得上其诸多缺陷。

但是,这种作为因袭主义的阐释主义理论家对实证主义的论述,并不能被当然地视为对我的法律理论的一个重述版本或者一种重新建构。这里至少有两个原因。第一个原因,如我前所述,我的理论并不是一个朴素事实之实证主义理论,因为在法律的各种标准之中它承认价值之存在,而不仅仅是“朴素的”事实。但是第二点,也是更重要的一点,尽管德沃金的理论的所有形式都有赖于一种假想,此种假想持一种认为法律或者法律实践的基点和目的只是为强制提供正当性的立场^②,但是,在法律的此种基点和目的上,它当然不是也永远成不了我的观点。正如实证主义的其他诸种形式,我的理论从未持有过以此种基点和目的来界定法律的主张;因此,我的理论里没有任何可以为德沃金的观点提供支持之处,那种认为法律的目的是为强制提供合法性的理论更不能为我所接受。事实上,我认为,在法律作为人类行为导向以及此类行为的批评标准之外,另寻法律的其他目的只能是徒劳的。这当然也不能用来区分法律与其他负有此类似目标的规则或原则;法律的一个显著特征是其第二性规则所提供之规定,该第二性规则用于判认、改变、强化法律之标准和一般诉求,并且使之具有相对于其他标准的优先适用性。然而,即使我的理论整个儿地以一种因袭主义的方式适用于实证主义的朴素的事实,并通过一种对法律强制情况之足够的关注来保护预见;即使能够推论出这些,也只能表明我只不过视其为法律所特别具备的一种道德优势而已,并不是认为法律全部的任务就是去为强制提供合法性基础。因为,法律强制之情况,只能在法律的基本功能用来作为行为之主体导向已经崩溃的条件下才行。法律强制,虽然毫无疑问是一个重要的方面,但永远只能处在第二的位置。它的正当性不能为法律的此种立场或目的来进行自动肯认。

① 《法律帝国》,117页。

② 《法律帝国》,93页。——原编者注

德沃金用来对我的法律理论以一种因袭主义的方式重构的理由持一种这样的主张,“法律强制只有在其与传统理解相一致时”^①才能够获得正当性肯认,这有赖于我在本书第五章第三部分对法律基本因素的论述。在那里,我提出了第二性的承认规则、改变规则与裁判规则,作为对一个简单的只有义务性规定的第一性规则缺陷的补救。这些缺陷就是关乎规则之判认的不确定性(uncertainty),它们的静态性(static quality),以及以分散的社会压力来强化规则的白费时间的无效性(inefficiency)。但是,在利用这些第二性规则作为对缺陷的补救时,我从来没有认为,法律强制仅仅在其与这些规则相一致时才能被赋予正当性(justified),也没有认为此种正当性一般而言是法律总的基点和目的。的确,我惟一次涉及强制是在我对第二性规则的白费时间的无效性进行论述之时,这种无效性是由于分散的社会压力而非由法院主导之有组织的社会制裁。但是很明显,这是对无效性的补救,当然不是什么正当化。

确定无疑的是,在一个仅仅具有规定义务的第一性规则的政体下,第二性规则的附加,通过使个体在通常情况下能提前辨识出适用强制的情况,必将有助于在一种排除其适用时的道德反抗的意义下为其适用提供正当性。承认规则带来的在法律要求之前的确定和了解,不仅仅在强制被使用的主题上十分重要,它对于法律权力的明智使用相当关键(比如,制作遗嘱和订立契约),而且对于一般性公共和私人生活中的明智规划也相当关键。承认规则所赋予之强制的正当性,因此不能被以其通常的立场和目标来重述,当然也不能将其重述为整个法律的一般立场和目的。在我的理论里面,也没有任何地方暗示这些。

3. 软实证主义(Soft Positivism)

德沃金在将一种关乎“朴素事实之实证主义”加诸于我时,不仅错误地视我的理论为要求(如其所为)承认规则和权威之存在必须有赖于法律对事实的接受,也错误地认为我的理论(如其所非)要求规则所提供之法律有效性的标准应该专门地由特定种类之朴素事实所组成,这些事实被他称为“渊源”问题,并且其关注点是法律的创制和采用的途径与方式。这是一种双重的错误。第一,它无视我对承认规则作为法律有效性的标准,应该是协助性的并且要与道德原则或其附属价值相一致的明显的要求;因此,我的学说就成了所谓之“软实证主义”而非德沃金所指称之“朴素事实”的实证主义。第二,在我的书里,没有任何地方暗示,承认规则所提供之朴素事实的标准必须仅仅是有关渊源的问题;相反,从内容看,它们可能是一种具有独立价值的对立法内容之限制,正如美国宪

① 《法律帝国》,429页,注③。