



司法判决研究

SIFA PANJUE YANJIU

聂长建 著

中国社会科学出版社

● 中南民族大学法学文库



司法判决研究

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

司法判决研究 / 聂长建著. —北京: 中国社会科学出版社, 2011. 12
ISBN 978 - 7 - 5161 - 0374 - 6

I. ①司… II. ①聂… III. ①审判 - 研究 IV. ①D915. 182. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 259792 号

出版策划 任 明
责任编辑 官京蕾
责任校对 李 莉
技术编辑 李 建

出版发行	中国社会科学出版社	出版人	赵剑英
社 址	北京鼓楼西大街甲 158 号	邮 编	100720
电 话	010 - 64040843 (编辑)	64058741 (宣传)	64070619 (网站)
	010 - 64030272 (批发)	64046282 (团购)	84029450 (零售)
网 址	http://www.csspw.cn (中文域名: 中国社科网)		
经 销	新华书店		
印 刷	北京奥隆印刷厂	装 订	廊坊市广阳区广增装订厂
版 次	2011 年 12 月第 1 版	印 次	2011 年 12 月第 1 次印刷
开 本	710 × 1000 1/16		
印 张	14.75	插 页	2
字 数	232 千字		
定 价	35.00 元		

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

目 录

导论	(1)
一、研究的问题	(1)
二、研究的理论来源	(7)
三、研究的进路	(17)
四、研究的方法	(19)
第一章 司法判决及其有效性	(24)
第一节 司法判决	(24)
一、司法	(24)
二、判决	(27)
第二节 有效性	(28)
一、有效性的含义	(28)
二、凯尔森的有效性理论	(29)
三、本书的有效性理论进路	(32)
第三节 司法判决有效性的诸理论	(33)
一、法律实证主义的司法判决有效性理论	(34)
二、新自然法的司法判决有效性理论	(39)
三、法律商谈论的司法判决有效性理论	(43)
四、结论	(49)
第二章 司法判决的事实有效性	(57)
第一节 司法三段论的大前提研究	(59)
一、大前提的来源	(60)
二、大前提与小前提的关系	(62)
三、大前提的有效性及其构成	(66)

第二节 司法三段论的小前提研究	(71)
一、问题的提出	(71)
二、基于案件事实的本质定性	(75)
三、基于语境把握案件事实的本质	(83)
第三节 判决结论的确定性研究	(90)
一、“预测论”和司法判决的不确定性	(91)
二、“外在观点”和“内在观点”	(93)
三、“内在观点”和司法判决的确定性	(97)
四、结论	(99)
第三章 司法判决的规范有效性	(100)
第一节 从概念涵摄到类型归属：司法三段论适用 模式的转型	(101)
一、三段论的涵摄模式不适用于司法三段论	(103)
二、司法三段论对三段论的超越	(109)
三、司法三段论的适用模式是类型归属	(117)
四、一个具体案件的分析	(123)
第二节 “说者”与“听者”的角色转换：司法判决 可接受性的程序性思考	(126)
一、本命题的基本概念分析	(128)
二、“说者”、“听者”角色转换的意义	(133)
三、“听者”、“说者”角色转换的程序保证	(139)
第三节 法律原则适用的有效性分析：基于中外两个 继承案的考察	(145)
一、案情介绍	(147)
二、法律原则的定位	(148)
三、适用法律原则的两个向度	(157)
四、结论	(166)
第四章 司法判决的方法有效性	(170)
第一节 隐藏的法律：司法判决的法律之发现	(171)
一、“隐藏的法律”的意蕴	(171)
二、“显露的法律”解决疑难案件所面临的困境	(174)

三、“隐藏的法律理论”是解决“疑难案件”的 可行性理论	(182)
四、结论	(190)
第二节 法律语用推理	(193)
一、法律语用推理的定义和价值	(193)
二、法律语用推理的特征	(196)
三、法律语用推理的论证思维方式	(202)
结语 司法判决的有效性重在平衡艺术和说理艺术	(205)
参考文献	(219)
后记	(227)

导 论

一、研究的问题

现代社会是科学理性的社会，又是自由权利的社会，前者要求司法判决具有确定性（可预测性），后者要求司法判决具有正确性（可接受性）。法律决定的可预测性程度越高，人们有效地计划和安排自己生活的可能性越大；法律决定的可接受性程度越高，人们计划和安排自己满意的生活的可能性越大，这二者具有一定的张力，但从根本上应该是统一的，这要求法官在司法判决中应力求在可预测性和可接受性之间寻找最佳的协调点和结合点。^① 现代法治提出了对司法判决的确定性和正确性的双重要求，本书研究的主题就是探讨司法判决如何兼备确定性和正确性。为了学术研究和表述的方便，本书按照哈贝马斯的理论，把“确定性”和“正确性”统一于一个概念——“有效性”。哈贝马斯区分了“有效性”的两个维度，“事实有效性”对应于“确定性”，“规范有效性”对应于“正确性”，这就确定了本书的题目——司法判决的有效性研究。确定本选题有如下理由：

（一）司法成为法学研究的重点

在法治社会的今天，法治成为人们的一种生活方式，和这种生活方式最紧密相连的是法律中的司法而不是立法。正如德沃金指出的：“关于法律主张的司法争论是探索法律实践的中心和命题方面的一个有用的范例。市民、政治家和法学教师也为法律是什么而感到烦恼并相互争论，也许我倒是应该采用他们的争论而不是采用法官们的争论作为范

^① 参见王夏昊《法律规则与法律原则的抵触之解决——以阿列克西的理论为线索》，中国政法大学出版社2009年版，第4页。

例。然而，司法争论的结构确实更为清晰，而且司法推理对法律探讨的其他形式具有影响力，那种探讨并不能完全互为补充。”^① “一位法官的点头对人们带来的得失往往要比国会或议会的任何一般性法案带来的得失更大。”^② 近代走向法治社会的进程中，法律的发展经过了由立法主导向司法主导的转变，这是由法律本身的实践理性所决定的。“因为法律的合理性与物理世界的合理性，显然有重大的差异。前者的理性我们通常称之为实践理性，因为实践（*praxis*）就是行动（*action*，不是 *behavior*），而法律规范的应然性格，使得我们认为法律必然与行动相关，所以法律的理性当然是实践理性。”^③ 法的实践理性主要体现在司法而非立法中。在法治发展史上，早期是立法主导的，孟德斯鸠认为法官是法律的嘴巴；韦伯认为法官是自动售货机，投进去的是诉状和诉讼费，吐出来的是判决和从法典上抄下来的理由。^④ 公民和法律人关注的是立法机关制定的法律是否公正的问题，剔除法律中的自由敌视、正义忽视、人权漠视、特权强势、种族歧视等不符合法律价值应然要求的规定，制定出良法而非恶法，纳粹法律中对犹太人的迫害，美国法律中对黑人和妇女选举权的剥夺被逐步取消了。自第二次世界大战后，随着法学理论的发展和立法的民主化、制度化、程序化，法律本身的公正性问题的突出性日渐消退。在一个民主法治的国家，恶法逐渐成为历史的遗迹，人们关注的焦点从立法机关能否制定出公正的法律转向司法机关的公正司法和司法艺术上。像泸州婚外同居继承案、彭宇案、许霆案，人们关注的不是法律的规定是否正确，而是司法机关能否正确地适用法律并作出可接受性的司法判决。进入新世纪以来，我国的法学理论研究也对司法给予越来越多的关注，很多知名法学学者投入很大的精力来研究司法问题，撰写相当可观的关于司法问题的优质论文，诞生了《法律方法》和《法律方法与法律思维》这样的专业性期刊。正如舒国滢教授指出，在

① [美] 德沃金：《法律帝国》，李常青译，中国大百科全书出版社1996年版，第14页。

② 同上书，第1页。

③ 颜厥安：《法与实践理性》，中国政法大学出版社2003年版，代序第2页。

④ [美] 刘易斯·A. 科瑟：《社会学思想名家》，石人译，中国社会科学出版社1990年版，第253页。

前法治化时期,居于主导地位的是政策定向的法学;进入法治社会后,又经历立法定向的法学向司法定向的法学的转向。“20 世纪开始以来,尤其是利益法学和自由法学产生以后,抽象的法学把更多的注意力投向司法,人们开始研究法官的工作、行为和裁判,试图通过更为细致的讨论,为法官适用法律寻找到保证统一性、安定性和公正性的方法论技术和哲学解释的根据。”^①对司法判决的有效性研究具有时代意义。

(二) 司法判决具有事实有效性和规范有效性两个维度

其实,当今中国司法领域的意识形态之争,即司法克制主义和司法能动主义之争源于法学的性质之争。正如舒国滢教授指出:“在当今的知识分类体系中,我们同样不容易为法学学科找到确切的位置:在自然科学、社会科学和人文科学(精神科学)这三种基本的知识形态中,法学应属哪一种知识形态?这似乎也是不可以一言以蔽之的。”每一位法学者以自己的知识兴趣为法学性质定位,直接影响到对司法判决有效性的认识。如果把法学当做自然科学来认识,那就会形成“法律公理体系之梦”,过于关注司法判决的事实有效性(确定性)而忽视司法判决的规范有效性(正确性),其具体表现是法条主义;如果把法学当做人文科学来认识,那也会无视法律的事实性存在,过于关注司法判决的规范有效性(正确性)而忽视司法判决的事实有效性(确定性)。法学当属于人文社会科学阵营,和自然科学相对应;而在人文社会科学阵营里,一般认为,法律属于社会科学阵营而非人文科学阵营。法学不同于人文科学阵营里文史哲这样的价值性学科,又不同于社会科学阵营里经济学这样的科学性学科。经济学以数学为工具,以效率为目标,和自然科学联系最接近,方法最相似,被称为社会科学的经济科学帝国。相比较而言,法学的坐标较为特殊。法学发展的第一阶段自然法,多强调的是法律的价值性,自然法高于人定法,法律受到道德统摄,这是向人文学科靠拢。十八世纪、十九世纪,伴随着自然科学的发展,实证主义法学兴起,强调的是法学的实证性,法律与道德的分离,如奥斯丁所言的法律的存在是一回事,法律的功过是一回事,法律被当做自然科学所理解的一种可预测、计算、测量、操作的形式化特征明显的社会事实。

^① 舒国滢等:《法学方法论问题研究》,中国政法大学出版社2007年版,第14—15页。

第二次世界大战后，通过对臭名昭著的纳粹法律的反思，经过纽伦堡大审判的洗礼，一百多年来占统治地位的实证主义法律观受到强烈冲击，拉德布鲁赫再次强调法律的正义性，自然法得到某种程度的复兴，实证主义对法律价值性的忽视得以纠正，实证主义对法律安定性、确定性的追求得到认同和发展。这样，法律的发展完成了“正、反、合”的辩证发展阶段。法律既具有趋向人文科学的价值维度，法律的正确性是法律的必备品格；法律又具有趋向自然科学的事实维度，法律的确信性是法律取代道德成为最基本的社会调节器的优势所在。由此，法律既具有人文性又具有科学性，与偏向人文的文史哲、偏向科学的经济学是不同的。法律是价值与事实的统一体，法律是价值对事实的统摄，法律不是价值系统而是规范系统，法律的有效性具有事实有效性和规范有效性两个面向，所以哈贝马斯称法律为“事实性和有效性之间的社会媒介”^①。经过对法学性质的研究，也就确立了本书的研究指向：司法判决的事实有效性和规范有效性。自十九世纪实证主义诞生以来，秉持价值中立的实证主义把法律当做社会事实来看待，只强调法律的形式特征，在司法判决中，把作为大前提的法律规范的有效性当做不证自明的，司法判决就是法律规范对案件事实所赋予的法定结果，像逻辑学、几何学那样的确定和快速，法律和司法判决就像一件产品一样，具有形式化、量化、可计算的、确定性的“事实”特征。众多的工厂、银行、商店对准经济学科，所以说经济学的科学性强，法律也有专门的立法机关和司法机关相对应，一部法律和一个司法判决也遵循一定程序大致符合人们的预测作出了，和工厂的流水线作业最后出产品相似。在形式化理性和高效率的现代社会，法律因其事实性而满足人们对其理性认知和运用起来的高效率，也满足了司法的形式公正性要求。缺乏这个维度，法律就是无影无踪、漂浮不定的海市蜃楼，就缺乏稳定性、明确性和预期性，人们对法律的认识处于无休止的争论之中，司法判决的效力无从谈起，所以事实有效性是司法判决有效性中的重要维度。

但是法律仅有事实性维度是不够的，法律固然有如同逻辑学、几何学那

^① [德] 哈贝马斯：《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》，童世骏译，三联书店2003年版，第1页。

样的形式特征，但也有逻辑学、几何学所没有的价值诉求，拉德布鲁赫指出：“‘所有人必然要死亡’——‘你不应杀人’，这个例子向我们说明了两种不同的法则：必然法则和应然法则，前者是要说明事物不可避免地将要实现，后者则尽可能安排事物不要出现；前者因与客观存在的实际性相一致而发生作用，后者则无视与客观存在的实际性不一致而发生作用；前者刻画出客观现实世界的大体面貌，后者则表明了一个较好世界的建设方案。对任何人来说，他都会毫不犹豫地在这两类法则中选择法律法则。人类灵魂的每一种基本活动都适用一种特定的应然法则：有关思维的正确性、实际性、科学性的法则由逻辑阐述，有关形式、艺术和美感体验的法则由美学阐述。至于规定我们的意愿和行为的伦理上的应然法则乃有三种：道德、习惯以及法律，它们相应提供了善良的、应有的、公正的行为标准。”^① 司法判决作为法律的适用，不能不考虑法律的价值维度，考虑到所依据的法律的正当性，考虑到判决结果的可接受性，这诚如拉伦茨指出：“假使法学不想转变成一种或者以自然法，或者以历史哲学，或者以社会哲学为根据的社会理论，而想维持其法学的角色，它就必须假定现行法秩序大体看来是合理的……它所关心的不仅是法的明确性及安定性，同时也致力于：在具体的细节上，以逐步进行的工作来实现‘更多的正义’。谁如果认为可以忽略这部分的工作，事实上他就不该与法学打交道。”^② 特别是在法治社会的今天，司法判决不仅要有确定性，满足人们的预期功能，更重要的是它的正确性，它对每一个公民的自由和权利的保护功能，从而具有合理可接受性。舒国滢教授指出：“法学的判断（如亚里士多德对实践之思所强调的那样）也不是真与假的判断（至少首先并非真与假的判断），而是合理与不合理、有效与无效、正确与不正确、公正与不公正的判断……这些问题的讨论与‘正确性的要求’相关联。从实践角度看，法学的陈述主要不是‘描述性陈述’（Descriptive Statements），而是‘规定性陈述’（Prescriptive Statements）或‘规范性陈述’（Normative Statements）。法学所要处理的恰好不是一些可以量化或计算的问题，它要‘理解’那些对它而言‘既存的事物’（现行的法律规范），以及隐含在其中的意义关联。”^③ 因

① [德] 拉德布鲁赫：《法学导论》，米健、朱林译，中国大百科全书出版社1997年版，第1页。

② [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第77页。

③ 舒国滢等：《法学方法论问题研究》，中国政法大学出版社2007年版，第4—5页。

为人们的法律生活是动态的，与之相适应的司法也应是动态的。诚然，庞德早就指出：“法律必须稳定，却又不能静止不变。”^①但法律的制定毕竟有一个相对的稳定期，而我们的法律生活总是处在变动不居中，这样司法判决就受到两方面的牵制：一方面，司法判决要依据相对稳定的法律，必须是依法判决，必须维护法律的权威性，司法判决具有确定性；另一方面，司法判决又要对日新月异的法律生活作出恰当的符合人们正义感的回应，真正具有权威的法律和据之进行的司法判决必须符合人们的正义感，必须不违背人们的法律价值观念才具有长久的生命力。司法判决又必须具有正确性，这二者之间的紧张关系直接影响到司法判决的有效性。

（三）当前我国的司法判决面临着较为严重的“有效性”危机

表现在：（1）案件事实的认定不清楚，一些冤假错案的证据是由刑讯逼供得来的。（2）案件事实的定性不准确，如盗窃罪、抢劫罪和抢夺罪的区别，犯罪未遂和不能犯的区别，在司法理论和实践上并没有很好地解决。（3）判决所依据的法律不合理导致判决的不可接受性，如《刑事诉讼法》第四十八条规定：“凡是知道案件情况的人，都有作证的义务。”这就否定了作证豁免权，余祥林案件中，余祥林的母亲被迫作证，那么，依据犯罪嫌疑人的亲人所提供的证据而进行的判决是否有效力，实乃重大的司法理论问题，亦有重大的实践意义。（4）制定时就不周全的法律在适用时出现了法律制定者疏于考虑的问题，法律规则出现漏洞，如现行《广告法》第三十八条并没有规定明星知假仍代言广告所负的法律责任，在最高人民法院、最高人民检察院《关于办理生产、销售假药、劣药刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的司法解释（法释〔2009〕9号）出台前，明星知假仍代言广告的行为没有受到惩罚。（5）法律制定时是合理的，但出现了新的情况，而按照原先制定的法律进行的判决违背了人们的正义感，如许霆案，山区山民捕杀为患的野生动物案。上述问题暴露了司法判决有效性所存在的问题：事实有效性、规范有效性的缺失以及二者之间的紧张关系。法律在“实然”上就是如此之规定，如此之规定已经成为有迹可循的、可观察的、可测量

^① 转引自〔美〕本杰明·N. 卡多佐《法律的成长——法律科学的悖论》，董炯、彭冰译，中国法制出版社2002年版，第4页。

的、可计算的事实性存在,但这种“实然”之规定在现实的法律生活中已经不符合“应然”的要求,不能满足人们对司法判决的正当性要求,法律已经不是人们期待的事实了。这种状况也提出了对司法判决有效性理论研究的现实要求。

二、研究的理论来源

学术研究不是空中楼阁,而是有理论渊源的。概括起来,本书的司法判决有效理论研究主要受哈特的实证主义理论、德沃金的新自然法理论和哈贝马斯的商谈理论的影响,本书第一章将作具体介绍,在导论部分则做概要性的交代。

法律的确定性和正确性向来是一对矛盾,这对矛盾源于法律本身,体现在司法判决中,正是法律本身的矛盾才导致了依据法律进行司法判决的矛盾。现代法律以自由为最高价值,人们对国家或他人对自己自由的侵犯诉诸国家,而国家对自由的保护是通过建制化的法律的强制力来实现的,但自由和强制从不同视角来看是对立的,这就导致对法律和自由关系的认识出现严重的分歧,法律陷入这样的悖论:“法律规范在不同方面同时既是强制性的法律,又是自由的法律。”^① 法律的这种双重品格使法律的有效性表现为两个方面:“一方面是根据其平均被遵守情况来衡量的社会有效性,另一方面是对于要求它得到规范性接受的那种主张的合法性。这种双重关联使得法律共同体面对同一条规范时可以或者选择一种客观化态度,或者选择一种施为性态度,并采纳相应的理解方式。”^② 这第一方面是法律的事实性,作为客观事实存在的、从法的形式加以定义的、可以向法院申请强制执行的事实性,它被社会接受是一种事实,它要求的是人们行为的合法律性,也就是在必要时借助于制裁来强制实施的对规范的平均遵守,法律所起的作用相当于由原来魅惑性权威所引起的那种稳定期待的作用,它用制裁代替信念,不问遵守规则的动机,只是强迫对规则的遵守,规范的承受者不可能对他们所要遵守

① [德] 哈贝马斯:《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,三联书店2003年版,第35页。

② 同上书,第37页。

的规范的有效性提出疑问的；这第二方面是法律的规范有效性，与守法者对法律的合法性信念相连，它要求规则本身的合法性，规则合法性的程度取决于对它们的规范有效性主张的商谈的可兑现性，即它们是否通过一个合理的立法程序而形成，是否有可能在实用的、伦理的和道德的角度上加以辩护，法律必须建立在合理的理由之上，如此的法律自身所具有的优良品性才使人们是出于对法律的尊重而遵守法律，当人们具有出于对法律的尊重而遵守法律这种心态时，其对法律的遵守才有坚实的基础。法律有效性这两个方面展现给共同体成员的两个不同视角，使法律对他们呈现出不同的情境部分：对于策略性行动者来说，它处于社会事实的层次，从外部限制了他的选择空间，规则构成一种事实性的障碍，违反规则将带来可计算的后果，这是受工具理性支配的“以言取效”的言语行为，所以边沁认为每一部法律都是对自由的侵犯；对于交往行动者来说，它处于义务性的行为期待层次，它假定共同体成员之间对这种期待是有一种合理推动的同意，规则及其规范有效性主张，对于一个希望与他人达成以理解为取向的行动者来说，形成了他的自由意志，这是价值理性支配的“以言行事”的言语行为，正如洛克所言：哪里没有法律，哪里就没有自由。哈贝马斯赞同康德关于强制和自由的观点^①。在策略性的“以言取效”的言语行为中，人们以对方为工具来达到自己的目标，这就导致人与人之间的紧张扭曲关系，这种扭曲关系一旦不堪重负就会分崩离析；在交往性的“以言行事”的言语行为中，人们处于理解、互动、平衡的关系，它没有负担重压而是众志成城。哈贝马斯实际上表达了康德的观点：人“任何时候都必须被当作目的！”^②坚决反对法律实证主义把法律当作工具理性来看待。法律实证主义的错误是：“那些与权威相联系的信念的有效性意义把事实性和有效性混淆

① [德] 康德认为：“根据普遍法则，凡是妨碍自由的事情都是错误的，任何方式的强制或强迫都是对自由的妨碍和抗拒。因此，如果在某种程度上，行使自由的本身就是对自由的妨碍，那么，根据普遍法则，这是错误的；反对这种做法上的强迫或强制，则是正确的，因为这是对自由的妨碍的制止，并且与那种根据普遍法则而存在的自由相一致。”（康德：《法的形而上学原理》，沈叔平译，商务印书馆1991年版，第42页）

② [德] 康德：《道德形而上学原理》，苗力田译，上海人民出版社1986年版，第80页。

起来”,^①而且这种混淆的结果使事实性取得主导地位,(规范)有效性服从于事实(有效)性,哈贝马斯将这种实证主义的观点颠倒过来,使事实(有效)性服从于(规范)有效性,规范有效性主张指向一种合理地推动的承认,并在任何情况下都期望法律的承受者出于不可强迫的义务感而遵守法律,出于对法律的尊重而遵守法律,这就要求实证法也必须是合法的,所以哈贝马斯强调说:“我们从关于主观权利的法理学说史着手,以便澄清合法性来自合法律性这样一个悖论。”^②因为“合法律性”是法律的事实有效性,而“合法性”是法律的规范有效性,事实有效性不能够取代规范有效性,却必须接受规范有效性的检验,通不过(规范)有效性检验的事实性是无效的和失效的。哈贝马斯认为,法的有效性中,这两个环节必须分离开来,即对法律秩序的强制接受与支持其合理性主张的那些理由区分开来;法律共同体成员们可以假定,在自由的政治意见形成过程中,他们作为承受者必须服从的那些规则,恰恰是他们自己赋予权威的,“公民应该时时都能够把自己理解为他作为承受者所要服从的法律的制定者。”^③法律是运用商谈的民主立法程序的结果,服从法律就是服从自己。这样法律有效性就具有事实层面和价值层面的双重含义:就事实层面而言,法律不仅是存在的,而且也是为人们所必须遵守的,不遵守就动用国家强制力,反映在司法判决上就是确定性要求;就价值层面而言,法律是合法的和正当的,因而是值得人们遵守的,反映在司法判决上就是正确性要求。

实证主义的观点是:法律就是法律,什么是法律是社会事实问题,法律的确认无须道德论证,恶法亦法,遵循道德价值或理想体系不是有效法律的成立条件,实证主义的法律有效性是指:“通过有效法律体系所设置的检验,规则是可执行的,并不是因为规则的内容。”^④哈特明确指出:“说某一规则是有效力的,就是承认它通过了承认规则所提供的

① [德]哈贝马斯:《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,三联书店2003年版,第45页。

② 同上书,第144—145页。

③ 同上书,第685页。

④ [英]约瑟夫·拉兹:《法律的权威——法律与道德论文集》,朱峰译,法律出版社2005年版,第132页。

一切检验，因而承认它为该法律制度的一个规则。”^① 学界认为，主张事实有效性意义的有效性概念的法学是以哈特和拉兹为代表的所谓新分析主义法学。^② 笔者赞同这种观点。哈特的承认规则理论认为：“在确认一个给定规则具有作为权威性规则目录中的一条所必需的特征这种活动中，我们有了法律效力观念的胚芽。”^③ “承认规则是不同于这个制度的其他规则的。有关它是存在的主张只能是一个关于事实的外在陈述。因为虽然一个制度的从属规则可能是有效的，并且即使已被普遍抛弃仍然是‘存在’的，但承认规则只是作为法院、官员和私人依据一定标准确认法律这种复杂而通常又协调的实践而存在。它的存在是一个事实问题。”^④ 法律是社会事实，法律的有效性以特定事实的存在为条件：议会或行政机关的立法、法庭的判决、普通人的一般行为模式即习惯等，这些是法律创制的事实，创制或废除法律的事实由法律本身规定，这样法律的有效性是自身自足的，而与道德无关，法的合法性是自身形式所赋予的，“在任何法律体系中，一项公布的规范是否具有法律效力，以及该规范是否构成该法律体系的一部分，取决于其来源而非价值。”^⑤ 无论凯尔森的“基础规范”还是哈特的“承认规则”或者拉兹的“最终规则”，都一以贯之地坚持法律效力的形式来源标准。实证主义的创始人孔德对“实证”的解释是：（1）与虚幻相对的真实；（2）与无用相对的有用；（3）与犹豫相对的肯定；（4）与模糊相对的精确。^⑥ 这些形式特征使人们有迹可循，能够像科学那样做出明确的规定，易于识别和操作，成为一种具有实际意义的事实性存在。法律实证主义和分析法学派关注的是法律的形式，即法律的形式“是什么”，注重法律的逻辑，试图用科学的形式来定义法律，就像我们给“直线”或“三角形”下定

① 哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社1996年版，第104页。

② 王夏昊：《法律规则与法律原则的抵触之解决——以阿列克西的理论为线索》，中国政法大学出版社2009年版，第57页。

③ [英] 哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社1996年版，第96页。

④ 同上书，第111页。

⑤ John Gardner. Legal positivism: 51/2 Myths. The American Journal of Jurisprudence, 2001, pp. 199—227.

⑥ [法] 孔德：《论实证精神》，黄建华译，商务印书馆1999年版，第29页。

义一样,比如直线的定义是:“一个点在平面或空间沿着一定方向和其相反方向运动的轨迹;不弯曲的线。”^①这个定义完全是形式上的,至于其内容应当如何,即“线”的质地怎样:铁的、木的、棉丝的、颜料的,那是不考虑的。按照这个思路,法律就成了科学上“是什么”的问题,至于其“应当是什么”,那并不是法律作为科学所关心的事,而是伦理学所关心的事。法律实证主义和分析法学就是试图通过科学的方法,把法律从道德的藩篱中剥离出来,成为具有显著形式和特征的“事实”,使法律成为独立的科学,科学的对象是“事实”,只有真假问题而没有对错问题,而道德的对象是没有显著形式的“价值”,只有对错问题而没有真假问题。奥斯丁所指出:“法律的存在是一回事,其功过则完全是另一回事。”^②奥斯丁将广义的法分为四类(1)神法或上帝法;(2)实际存在的由人制定的法;(3)实际存在的社会道德;(4)隐喻意义上的法。奥斯丁认为,上述第二类,实际存在的由人制定的法,“即我们时常径直而且严格地使用‘法’一词所指称的规则,这些规则,构成了普遍法理学的真正对象,以及特定法理学(particular jurisprudence)的真正对象。”^③因为在这四类法中,只有这第二类法具有明确的形式和特征,实证主义只承认法律效力的形式标准,法律规范可能有任何种类的内容,人们对这第二类法的认识可以说是毫不含糊的,而其他三类法并没有自己的明确形式,也不能像“直线”、“三角形”这样的定义明确地表达出来并区别其他概念。

和实证主义针锋相对,自然法对法律应当是什么给予极大的关注,主张恶法非法,实在法只有符合自然法的内容才具有效力,如古典自然法代表洛克说:“自然法是所有的人、立法者以及其他人的永恒的规范。他们所制定的用来规范其他人的行动的法则,以及他们自己和其他人的行动,都必须符合于自然法、即上帝的意志,而自然法也就是上帝的意志的一种宣告,并且,既然基本的自然法是为了保护人类,凡是与它相

① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆1996年版,第1615页。

② 转引自刘星《法律是什么?》,中国政法大学出版社1998年版,第37页。

③ [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2—3页。