

钱锦宇 著

法理文库

# 法体系的 规范性根基

——基本必为性规范研究

山东人民出版社

钱锦宇 著

# 法体系的规范性根基

基本必为性规范研究



## 图书在版编目(CIP)数据

法体系的规范性根基:基本必为性规范研究/钱锦  
宇著. — 济南:山东人民出版社, 2011. 7

(法理文库)

ISBN 978-7-209-05736-3

I. ①法... II. ①钱... III. ①法律-研究  
IV. ①D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 066723 号

责任编辑:李怀德

封面设计:武 斌

## 法体系的规范性根基

——基本必为性规范研究

钱锦宇 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 10.875

字 数 230 千字 插页 4

版 次 2011 年 7 月第 1 版

印 次 2011 年 7 月第 1 次

ISBN 978-7-209-05736-3

定 价 28.00 元

---

如有质量问题,请与印刷厂调换。电话:(0633)8221365



## 目 录

不外借

D90  
21691

|                               |    |
|-------------------------------|----|
| 导论 分析法学视域中法体系的规范性根基 .....     | 1  |
| 一、为何要研究实在法体系的规范性根基 .....      | 1  |
| 二、相关概念辨析 .....                | 11 |
| 三、本书的逻辑结构 .....               | 16 |
| 第一章 必为性规范中的规范性语词 .....        | 19 |
| 第一节 规范性语词的法理意义、范围和类型 .....    | 20 |
| 一、规范性语词的法理意义:创设法律规范的规范性 ..... | 22 |
| 二、规范性语词的范围界定:场域转化与耗损问题 .....  | 30 |
| 三、法律规范性语词的类型 .....            | 35 |
| 第二节 汉语法律文本中必为性规范的规范性语词:       |    |
| “必须”还是“应当”? .....             | 43 |
| 一、“必须”与“应当”之争 .....           | 46 |
| 二、“必须”与“应当”的含义 .....          | 51 |
| 三、“必须”与“应当”的比较 .....          | 61 |
| 四、“应当”无法取代“必须” .....          | 72 |
| 第三节 英语法律文本中的规范性语词“Shall”      |    |
| ——以美国宪法为例 .....               | 77 |
| 一、“Shall”的词义演化、基本语法及其作为规范性    |    |
| 语词的汉语翻译 .....                 | 79 |

|                                       |            |
|---------------------------------------|------------|
| 二、美国宪法文本中“Shall”的立法表达与适用·····         | 88         |
| 三、美国宪法文本中“Shall”的法律功能·····            | 102        |
| <b>第二章 基本必为性规范“必须遵守法规范”的逻辑地位·····</b> | <b>109</b> |
| <b>第一节 作为规范体系的法律:法律实证主义</b>           |            |
| 视域的考察·····                            | 109        |
| 一、从奥斯丁到凯尔森·····                       | 110        |
| 二、从哈特到拉兹·····                         | 115        |
| <b>第二节 “必须遵守法规范”:法体系逻辑自洽的</b>         |            |
| 必要条件·····                             | 126        |
| 一、问题的提出·····                          | 126        |
| 二、基本必为性规范“必须遵守法规范”的逻辑地位·····          | 132        |
| 三、“必须遵守法规范”的立法表达·····                 | 149        |
| <b>第三节 法律作为制度事实:基本必为性规范</b>           |            |
| “必须遵守法规范”的效力证立·····                   | 153        |
| 一、法效力结构中的“休谟难题”与凯尔森的理论局限·····         | 154        |
| 二、制度事实与作为事实的法律·····                   | 157        |
| 三、基于制度事实理论的法效力证成及其批判·····             | 161        |
| 四、制度事实的规范性前提:“必须遵守法规范”·····           | 164        |
| <b>第三章 基本必为性规范“必须遵守法规范”的实效问题·····</b> | <b>168</b> |
| <b>第一节 从法理念的二律背反到拉德布鲁赫公式·····</b>     | <b>168</b> |
| 一、作为权威的法律与遵守法律的理由·····                | 168        |
| 二、法理念的二律背反与拉德布鲁赫公式·····               | 189        |
| 三、拉德布鲁赫公式的功能预设及其哲学基础·····             | 197        |
| 四、模糊的公式与通过解释的法官统治·····                | 201        |
| 五、“必须遵守法规范”的实效与法律的善恶·····             | 208        |

|                                   |     |
|-----------------------------------|-----|
| 第二节 从法律的内在道德回溯到中国古代的概括性禁律 .....   | 210 |
| 一、法律的形式合理性与法律实效问题 .....           | 210 |
| 二、中国古代概括性禁律的立法表现、实效生成与功能 .....    | 223 |
| 第四章 基本必为性规范“必须制裁违法”的逻辑地位 .....    | 241 |
| 第一节 制裁、强制力与法律:传统法理学观念的梳理 .....    | 242 |
| 一、什么是制裁? .....                    | 242 |
| 二、传统法理学视域中的法律与制裁 .....            | 244 |
| 第二节 “法律强制力观念弱化”:一个法学世界中的乌托邦 ..... | 248 |
| 一、西方法学界有关“法律强制力观念弱化”的不同声音 .....   | 251 |
| 二、关于哈特对“无效作为一种制裁”批判的批判 .....      | 254 |
| 三、针对哈特“法律的内在观点”的批判 .....          | 259 |
| 四、针对富勒等人的批判性回应 .....              | 268 |
| 五、如何看待“法律强制力观念弱化”:一个初步的看法 .....   | 272 |
| 第三节 基本必为性规范“必须制裁违法”的逻辑地位 .....    | 275 |
| 一、主要规范与次要规范相互间的相对独立性 .....        | 276 |
| 二、基本必为性规范“必须制裁违法”的逻辑地位 .....      | 280 |
| 第五章 基本必为性规范“必须制裁违法”的实效问题 .....    | 284 |
| 第一节 法律判决的生成路径:以中国清代刑案审谳为例 .....   | 285 |

|                                |     |
|--------------------------------|-----|
| 一、严格规则主义的迷梦与法律方法的必需：           |     |
| 清代司法过程的困境 .....                | 287 |
| 二、裁判规范的建构与法律方法的运用：             |     |
| 清代法律发现之过程 .....                | 289 |
| 三、“罪罚相适”观念与严格规则主义的回归：          |     |
| 清代法律发现之特色 .....                | 297 |
| 第二节 制裁的成本与正义的实现 .....          | 304 |
| 一、摩纳哥国王的困境：制裁成本与制裁弱化的外部性 ..... | 305 |
| 二、实现正义的成本及其构成 .....            | 310 |
| 三、一种初步的解决方案：来自行为心理学的研究结论 ..... | 314 |
| 结论 作为实在法体系规范性根基的基本必为性规范 .....  | 316 |
| 参考文献 .....                     | 325 |
| 后 记 .....                      | 336 |

## 导论 分析法学视域中法体系的规范性根基

### 一、为何要研究实在法体系的规范性根基

#### （一）实在法体系的规范性根基

毫无疑问，至少从人类社会进入有文字记载的历史阶段以来，法律就是支撑和维系人类社会有序化的最为重要的制度体系。<sup>①</sup> 作为人类实践理性的法律，并不是孤立地存在于社会结构之中。彰显人类文明的法律，其“定纷止争”和社会控制功能的有效发挥，是立基于法律诸多不同性质（如政治的、经济的、

---

① 实际上，如果秉持欧陆社会学法学的见解，承认“法律发展的重心并非在于立法、法律科学或者司法裁判，而是社会本身”，强调在剥离国家概念的基础上、从有序化功能的维度理解法律，那么在历史初期的人类社会，甚至是人的近亲——猿的群体中，都存在着一定的权力分配制度和活动，以及某种依靠一定强制力保障的社群行为规则及其秩序化状态。参见 Eugen Ehrlich. *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. Harvard University Press 1936；[美] 弗朗斯·德瓦尔：《黑猩猩的政治——猿类社会中的权力与性》，赵芊里译，上海译文出版社 2009 年版。

民族的、宗教的)根基之上的。任何事物都有根基。无论是自然科学、社会科学还是哲学,对事物溯本追源,探究根基,都是其重要任务。何谓根基?根,东汉许慎的《说文解字》释为木株,意为露出地面的根,后来指高等植物茎干下部长在土里的部分;同时,“根”也兼有事物的本源、根由或依据的含义。《广雅·释诂一》就将“根”释为“始也”。《韩非子·解老》曰:根者,书之所谓柢也。而《淮南子·原道》则将“根”与“渊源”相联系,认为“万物有所生,而独知守其根”。基,即指基础,事业的根本,如《诗·小雅》中的“邦家之基”。总体而言,根基就是指事物的基础或渊源。

人类法律发展史和实践史表明,法律制度体系的存在与运作,依赖于多种类型的文明根基所形成的“合力”。<sup>①</sup> 法律的政治性根基是特定民族国家或地区现实的政治过程和阶级力量的实际对比关系,统治阶级的意志在法律的建构中占据显著地位。法律的经济根基,正如马克思主义哲学所强调的那样,是产生该法律制度的特定社会的经济基础,特定社会的物质生活条件决定了法律制度的性质、模式和功能;在宗教的视域中,上帝、天或神是法律得以被信仰的基础,因为法律就是(或者最终是)上帝、天或神的意志的体现。而被统治者的信仰与认同,却是现代政治学所认为的政治权威正当性的必要条件;在

---

① 文明是一种指称有组织性的社会生活过程和状态的复杂社会现象,它包含着有组织的政治社会及其民族基础、经济结构、礼仪规范、文学艺术,以及群体成员的宗教信仰、思想体系和价值观。一定的政治模式、经济结构、民族基础、宗教信仰和(伦理或法律的)社会性规范等,都是文明的结构要素和具体表征。对于“文明”这一概念的探讨,可参见[英]雷蒙·威廉斯:《关键词:文化与社会词汇》,刘建基译,三联书店2005年版,第46~50页;[英]G. 邓肯·米切尔主编:《新社会学词典》,蔡振扬等译,上海译文出版社1987年版,第45~46页。

历史人类学那里，法律制度首要的根基就是特定氏族、部族或民族的习惯和风俗。特定民族的法律在本质上体现着民族的品性和精神。

然而重要的是，法律是一种独特的社会现象，它首先是一个规范体系而存在，并且一经建立，就具有某种自治的性质和自我指涉的权威。换句话说，法律是一个“调整自己创设”的动态结构系统。它应当（实际上也）具有自己独特的、源自法体系自身的根基。正是凭借这种根基，特定的法体系才能够得以生成和运行。由于法律规范是建构法体系的基本元素，任何特定的法体系都是由不同效力层级和类型的规范所构成，因此，这种源自特定法体系内部、支撑该法体系得以存续的基础，只能是某种特殊的法律规范。笔者将这种特殊的法律规范称为特定法体系的规范性根基。可见，如果从法体系的内部来解答“什么是法体系的根基”的问题，只会发现规范性根基这唯一形式的答案。法律的规范性根基源自于法律体系本身，而不是法律以外的社会事实或现象。

对法体系的规范性根基进行研究，某种意义上就是立足于规范法学的立场，以法律规范自身来分析和解释特定法体系的基础和渊源。但是问题在于，判断特定法体系的规范性根基的标准是什么？什么样的法律规范才能够称得上是特定法体系的规范性根基？

其实，以往分析法学家的思想学说，在一定程度上能够提供某些理论线索和指引。通过梳理凯尔森和哈特的理论，人们不难发现，二者都将特定实在法体系的基础和效力渊源定位于某种特殊的规范，即凯尔森的基础规范和哈特的承认规则。之所以如此，是因为将法律视为调整着自身创设的动态逻辑自治体系的分析法学，首先必须面对和解决的，就是法体系的效

力渊源何在的问题。只有有效地在法体系内部揭示和确立法律的效力渊源，才能够保证实在法体系逻辑自洽的存在，并能够有效地将法律和其他社会现象（如道德、宗教等）相分离，从而进行一种“真正的”，甚或“纯粹的”法学研究。基于此种判断，笔者认为，必须（而且只能）依据特定实在法体系得以有效存在的规范维度的条件，来确立判断某种法律规范是否属于规范性根基的标准。由于分析实证主义法学普遍认为，法的效力就是法的特殊存在，而法的实效是效力的条件，因此，任何能够被称为特定法体系的规范性根基的法律规范：它或者必须能够为整个法体系中的其它规范提供最终的效力来源；或者它必须能够在法体系的结构内部，为该法体系的存续提供逻辑上的前提条件。换句话说，法体系中的规范性根基，就是在特定的法体系内部，提供最终效力渊源的特定法律规范，以及规定能够保证该体系中各个层级法律规范的实效得以生成的逻辑前提的那种特定的法律规范。如果以这个标准来反观 20 世纪以来的分析法理学的发展脉络，不难发现，作为 20 世纪最伟大的法学家的汉斯·凯尔森所创设的规范法学的核心理论，以及新分析法学家 H. L. A. 哈特重述法律概念的理论重心，在某种意义上，都是在探究任何特定实在法体系的规范性根基。而无论是凯尔森所创设的基础规范理论，还是哈特所建构的承认规则理论，都是其在分析法学的立场之上，对“什么是特定法体系的规范性根基”问题提出的不同答案。

## （二）研究法体系的规范性根基的意义

首先，研究法体系的规范性根基是研究法理学前沿问题的需要。段秋关先生曾经谈到：“（学术研究中）最前沿的问题就是最基本的问题。”大哉斯言！繁冗纷乱的表象，背后总是纠缠着不变的本质和本源这些最为基本的问题。而由于法体系的规

范性根基涉及法体系作为逻辑自洽系统的性质、法律效力的渊源和法律权威的证成等诸多基础性问题，因此，法体系的规范性根基应当作为法理学研究的前沿问题而值得认真对待。法理学的发展史也表明，正是由于不同法学流派对于“法体系的效力渊源何在”、“法律与道德的关系”等这些基本问题的论争，基本上引领了20世纪以来的世界法理学的发展方向。这似乎也印证了“最前沿的问题就是最基本的问题”的判断。

其次，弥补现有相关理论的缺陷与不足。从上面的论述可以发现，法体系的规范性根基直接关涉到法律的效力渊源和实效生成，因此，要把法律视作一个动态而逻辑自洽的体系进行规范分析，就必须认真对待该法体系规范性根基的问题。不难想象，法体系的规范性根基对于分析实证主义法学家而言，就像“哥德巴赫猜想”对于数学家一样极富魅力。这就是为什么对法体系规范性根基的研究成为20世纪西方分析实证主义法学派的主要代表人物凯尔森、哈特和拉兹的法学理论的核心和基石的主要原因。如前所述，在笔者看来，尽管未曾使用过“规范性根基”的术语，但凯尔森的“基础规范”理论，哈特的“承认规则”理论，以及拉兹的“最终法律规则”理论，都是他们各自对法体系的规范性根基进行诠释和论证的理论产物。然而问题也恰恰在于，无论是凯尔森、哈特还是拉兹，其关于法体系规范性根基的理论探讨仍然存在着很多理论缺陷与不足。“基础规范”与“承认规则”在两位分析实证主义法学大师的理论视域中，都是作为法体系的规范性基础而存在的。在凯尔森《法与国家的一般理论》（1949）和《纯粹法学》（1967）中，“基础规范”是任何特定法体系的效力渊源，正是由于“基础规范”的存在，法体系才得以获得动态的特性。但是，凯尔森没有阐明“基础规范”的主要内容及其具体表述是什么，并且他

将“基础规范”的效力归于一种形而上的假定或预设。而哈特在《法律的概念》(1961)中,赋予了“承认规则”以极高的重要性。这种重要性就体现在承认规则为任何特定法体系提供了效力判准,符合该判准的规范便都自然具有法律效力。哈特表明“承认规则”是一个单纯存在的事实,“承认规则既非有效亦非无效,它就是很单纯地因为妥当而被采用”。<sup>①</sup>但他却有意无意地掩盖了“权威”在规范的效力赋予和生成过程中所应有的功能及地位,并且混淆了效力判准的提供与规范效力的生成这两种不同行为过程的性质。关于这一点,已经为国外学者所注意到了。<sup>②</sup>另外,凯尔森、哈特和拉兹三人共同的一个显著不足在于,当他们建构或描述任何特定法体系的规范性根基时,只考虑到为整个特定法体系提供效力理由的特殊类型的规范,却没有考虑为整个法体系存续条件的生成提供逻辑前提的特殊类型的规范。

最后,深化对我国实证法体系的认识,推进我国分析实证主义法学的发展。我国法理学的成长,在一定意义上,就是法理学的研究范式逐步转化和研究方法不断革新的过程。

一般认为,中国法理学的发展经历了几个不同阶段。苏力教授按时间顺序,将我国改革开放以来的法学研究划分为“政法学派”、“注释学派”、“社科学派”,并认为目前的法理学正在向社科学派转化,其特征就是将法律视为一个自给自足的系统,在运用经济学、社会学、政治学和历史学等方法的基础上,力图将法律话语与社会实践相联系而考察法律的运作及其社会

---

① [英] H. L. A. 哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第103页。

② 参见 Candace J. Groudine, Authority: H. L. A. Hart and the Problem with Legal Positivism. *The Journal of Libertarian Studies*, Vol. IV, No. 3, Summer (1980).

效果。张文显教授则以法理学的研究范式为维度，详细论述了中国法哲学研究从“阶级斗争论”范式转向“权利本位论”范式的客观必然性。而谢晖教授却认为，我国法学自新中国成立以来经历了几大阶段，即“一元化法学”（“一元化御用法学”、“一元化的价值法学”）；社会学方法的引入（“社会实证法学”、“规范实证法学”）；方法论从规范研究转向“诠释法学”。<sup>①</sup>与此同时，面对中国当下所展开的法治进程，谢晖教授指出，要真正使中国建立法治，在以价值呼唤为主导的法理学勃兴和社会学方法引入法理学研究之后，大约还需要一次大的转向，即从社会实证向规范实证方向转化。笔者以为，提出这种主张的原因就在于，规范法学具有自身独特的学术品性和特质。不同于价值法学和社会学法学，规范法学的研究对象只限于法律的概念和作为独立体系的法律规范本身，其研究方法主要是逻辑实证、语义考察和规范分析，再加上法律与道德分离的基本命题，以至于该学派曾在西方被称为“真正的法学”。规范法学不仅具有自由主义的哲学智识传统，而且它强调法官进行裁判的法律文本之依据，主张法官在现有法律的框架内进行法律的推理和适用，从而维护现有法律统治的权威性。因此，“在诸多法学的流派中，能够直接地支持法治的就是规范法学，倘若缺乏对规范法学的深入研究，则法治就丧失了基本的学理支持，更遑论法治的完善以及法学家对相关法治价值、法律在社会构造中的作用等问题的深入探究……规范法学将会在中国法学的未来时日中，有个较大的发展，并成为中国法学发展的

---

<sup>①</sup> 参见张文显：《法哲学范畴研究》，中国政法大学出版社2001年修订版，第368页。

重点”。<sup>①</sup> 中国法理学从社会实证向规范实证的转化，就是从社会学法学转向规范法学或分析实证主义法学。当然，这种转向并不排斥社会学法学、价值法学或其他法学理论或流派对法律的继续探究，而且这些理论研究的继续，也是必须的和极为有益的。转向后的法理学，应当提倡对分析实证主义法学的研究，这根本上是我国法理学对建构法治的现实诉求所做出的理论回应。值得注意的是，国内一些研究部门法的学者，如韩大元教授等，已经尝试运用规范分析的研究方法和进路，对我国的实在法进行了富有意义的研究。与之形成鲜明对照的是，目前我国的法理学界，对分析实证主义法学的研究，却大体上还处于对西方分析实证主义法学经典著作的译介与诠释的阶段。能够运用逻辑实证、语言分析和描述等方法，来对法律进行具有一定创建性的研究活动及其成果，还不为多见。当然，法理学的任务是在系统地观察、分析和验证作为整体的法律的基础上，通过高度抽象的理论层面的检讨，获得关于法律的可被证明——反驳的智识。对于我国正在成长的法理学而言，这种翻译、介绍和诠释西方法学家思想和著作的基础性研究极为重要。但是，对于中国法理学的学术共同体而言，不能只安求跟在巨人的腰身后前进，而是应该力图站在巨人的肩膀上瞭望。面对西方法理学，做出自己独立的思考是应当而且必须的，否则终究只是陷于人云亦云，亦步亦趋之境地。

### （三）研究的任务和视域

在对以往分析实证主义法学家的思想进行继承、批判和阐发的基础上，笔者主张并试图论证两条特殊的必为性规范（即“必须遵守法规范”和“必须制裁违法”）满足判断法体系的规

---

<sup>①</sup> 谢晖：《法的思辨与实证》，法律出版社2001年版，第130页。

范性根基的标准，因而是整个法体系的规范性根基。正是由于这两条必为性规范是任何特定法体系的规范性根基，笔者将这两条必为性规范称之为基本必为性规范。本书的任务就定位为：立足于规范法学的立场，从法律规范的规范性语词、逻辑地位及其实效生成三个维度，来分析和研究法律的基本必为性规范，并证成基本必为性规范作为特定法体系的规范性根基的命题，从而完成对如下一个令法理学争论不休的问题的解答，即：任何特定实在法体系的规范性根基究竟是什么？

之所以要选择以规范法学为研究视域，是因为外在的观察是难以完全胜任上述的论证任务的。尽管多维度的分析，如政治的、经济的、历史的、宗教的、道德的考察，客观上能够推动人们更为全面、深刻地理解法律这一现象，但是，这些观察都具有一个共同的特征，即观察的外在性。外在性观察能够丰富人们对客体的认知，却难以完全深化这种认知。我们不应忘记，作为一个动态结构系统，法体系能够“调整自己创设”。它具有一定的自洽性质和自生权威。然而问题的关键就在于，法律是如何作为自洽系统而存在的？法律系统的动态性质是如何生成的？法律规范的逻辑结构如何？法律的权威性质是如何生成的？各类法律规范性语词的差别何在？对于这些实证性的智识追问，外在观察是无法做出合理的解释性说明的。

“要识庐山真面目，也须置身此山中。”有理由可以预见，立足于法体系的内部视角，分析、描述各种法律规范，探寻整个实在法体系的规范性根基，能够得出外部视角观察所无法达致的结论。凯尔森曾经强调：“旨在对作为一个有效力的规范体

系的法律进行结构分析的规范法学也是既属可能又必不可少的。”<sup>①</sup>这种源自法律自身的、基于法律体系内部的视角的研究，对于全面深化人们关于人类社会最为重要的制度安排——法律的智识而言，是极有意义的。因此，要证成基本必为性规范“必须遵守法规范”和“必须制裁违法”是特定法体系的规范性根基，笔者必须将这两条基本必为性规范置于整个法体系内部来予以考察，分析它们各自在特定法体系中的逻辑地位，它们本身所具有的独特的规范功能，以及这种规范功能对于法体系存在的意义何在。同时，为了更为深刻的认知、说明作为特定法体系的规范性根基的基本必为性规范，笔者将针对与这两条基本必为性规范的实效生成具有密切关系的几个重要问题，展开一定的理论探讨和分析。这就意味着，在研究方法上，本书主要以逻辑实证、语义分析和客观描述等规范分析的方法为主，其它研究方法为辅。

当然，平心而论，选择这个论题面临相当的难度与挑战。一方面，分析实证主义法学在我国还比较幼稚，规范分析的具体方法（包括语义分析、逻辑实证、客观描述等）<sup>②</sup>目前仍不容易被国人的思维习惯所接受。对分析实证主义法学的研究多数还是集中在对国外相关研究成果的翻译和介绍；另一方面，特定法体系的规范性根基是分析实证主义法学的理论核心，而要准确地定位具有规范性根基性质的法律规范，并进行合理而有

---

① [奥] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第184页。

② 在这里，作为一种研究方法的表述，“客观描述”来自于哈特所使用的“描述性”一词。哈特认为他的法律理论是一种“描述性的”，因为，“它在道德上是中立的，不以任何证立为目标；它并不寻求通过道德或其他的理由，去证立或推荐我在一般性说明中所描述的法律制度的形式和结构”。参见[英] 哈特：《法律的概念》，许家馨、李冠宜译，法律出版社2006年版，第220页。