

经典中的法理



Jurisprudence in Classics

2011年第2卷（总第4卷）

主 编 付子堂

执行主编 胡兴建 石 伟

- ◆ 缘何是边沁创立了分析法学
——对《论一般法律》的研究
- ◆ 论奥斯丁“法律命令说”的逻辑要素及其理论背景
——借助哈特批评的一项考察
- ◆ 规范的法与国家一元论
——对《纯粹法理论》的研究
- ◆ 民族国家的政治秩序与自由
——论马基雅维里的实践政治设计
- ◆ 论霍布斯的绝对君主政体及其人性理论基础
- ◆ 康德论道德和法律的关系
- ◆ 宪法司法化话语范式的转变
——从宏大话语到宪法解释



法律出版社
LAW PRESS CHINA

经典中的法理



Jurisprudence in Classics

2011年第2卷（总第4卷）

主 编 付子堂

执行主编 胡兴建 石 伟



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

经典中的法理. 2011 年. 第 2 卷: 总第 4 卷/付子堂
主编. —北京: 法律出版社, 2011. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2935 - 1

I. ①经… II. ①付… III. ①法理学—文集 IV.
①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 263234 号

©法律出版社·中国

责任编辑/谢清平

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

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/720×960 毫米 1/16

印张/22 字数/346 千

版本/2012 年 3 月第 1 版

印次/2012 年 3 月第 1 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

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

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

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 2935 - 1

定价: 32.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

《经典中的法理》

学术委员会

顾 问:张文显 邓正来 贺卫方 卓泽渊

主 任:付子堂

委 员:张永和 文正邦 宋玉波 王 威

周祖成 桑本谦 陈 锐 程志敏

朱学平 姚荣茂 林国基 林国华

林国荣 郑文龙 雷 勇 郭 忠

赵树坤 王 恒 庄晓华 陆幸福

卢东凌 喻 中

总 序

“法学是关于神和人的事物的知识；是关于正义和非正义的科学。”

然而，人世间最难认识的也莫过于“神和人事”、“正义和非正义”；尤其是在历史的长河中，人被打上各种烙印，原初本性已然扭曲，本相尽失，一如立于海边的“格洛巨斯石像”，因浸泡海中，腐蚀和冲刷已使其肢体断离碎散，而海水退去留下的贝壳、海草以及沙石又覆盖其上，以至根本看不清其本来面目。不过，一些思想的勇者却凭借自己优异的禀赋和勤奋的努力，剥开覆盖在人之本相上的历史沉渣，并将其所见形诸文字，汇集成书，此即流传于世的经典。

可见，经典乃是人类思想的结晶，是伟大思想家、立法者给人类留下的一座座思想“富矿”，是人类不断获得启发的源泉。思想巨人总是以其高超的智慧体察人类的情欲，洞悉复杂而深邃的人性，他们时刻关注着人类的幸福，他们提出的问题总是人需要面对的根本问题。面对经典，即面对人自身；阅读经典，即认识人自己。这是思想、学术最初的冲动。深入经典，学术才有宽厚的基础；借助伟人的眼光，我们才能看得更远。经典之于学术，犹如大地之于树木，只有深深扎根于大地，才能长成参天大树。

今天，“转型中国”之“转型”愈益明显，各种问题层出不穷，各种理论日新月异、林林总总，令人眼花缭乱、目不暇接。面对这种现状，如果我们浮躁焦虑、时髦跟风，而非戒骄戒躁、厚积薄发，那么我们将迷失在各种问题中间而找不到答案，束缚自己于桎梏而寻不到出路。那么，我们何处寻找定力，寻找那透视一切虚幻表面的锐利目光？经典！不管问题再多，理论再繁复，它们都指向人本身；时代在变，但人所面临的那些根本问题却始终未变，而经典之谓经典就在于它们对这些根本问题作出了独特的回答。只有聆听这些回答，领会其精髓，我们才能透过当下这些繁复的表面抓住问题的根本。

为了推进扎实的学术研究，也为了给那些抱着“衣带渐宽终不悔，为伊消得人憔悴”的精神，甘坐冷板凳，深入典籍并让那些尘封的思想开释出新

2 经典中的法理(总第4卷)

意义的学者们提供一个交流的平台,我们特创立《经典中的法理》这一连续出版物。

“有朋自远方来,不亦乐乎”我们诚邀海内外有志于严肃研究的学术友人一起筑造这个平台,共同推进中国法理学学术的深度研究。如有赐稿,请惠寄 jingdianfali@163.com,我们将及时与您联系。

是为序!

付子堂

2010年元旦于重庆渝北宝圣湖畔

本卷题旨

在法治的语境中,分析实证主义法学一直具有双重的面相。一方面,它强调人为法,树立了法律的权威;另一方面,它却背负着“恶法亦法”的声名。本卷主要选取了三篇论文探讨这一专题:“缘何是边沁创立了分析法学”、“论奥斯丁‘法律命令说’的逻辑要素及其理论背景”、“规范的法与国家一元论”,力图将边沁、奥斯丁、凯尔森三者 in 分析实证主义法学思想史的各自贡献予以谱系化的展示。首先,关于分析实证主义法学的创立,素有争议。长久以来,约翰·奥斯丁一直独占着开山鼻祖的桂冠。然而,随着杰里米·边沁仙逝百余年后《论一般法律》手稿的发现,将学派创立的纷争引向了明朗化。通过思想的对勘,可以发现边沁在除魅立场上从宏观、微观、方法三个维度对普遍性实证化的制定法体系予以了细致描述,这在学派的创立方面具有决定性的意义。在某种程度上,这也厘清了如何看待“法律实证主义”的问题。其次,奥斯丁的“法律命令说”是关于“法律是什么”这一问题之分析实证主义法学的早期答案,这一点已经在边沁那里有所体现。但是新分析法学代表人物 H. L. A. 哈特在处理奥斯丁的“法律命令说”之时,却明确指出了此命题的逻辑悖论:“抢匪情境”、“授权性法律”的缺失、主权者的无约束困境、法律的“习惯”来源事实等。有趣的是,本专题所选的这篇论文却恰恰可以视为对哈特观点的反驳和对奥斯丁命题的辩护。最后,是对凯尔森“规范”理论的法政治学诠释。如果说前两篇文章重在展现分析实证主义法学的法学意蕴,那么最后一篇文章则重在揭示其政治学内涵。凯尔森的“规范”学说既是逻辑意义上绝对的实在法,又是立法者的政治实践。

当然,分析实证主义法学的展开还有一个更为广大的现代政治法律思想背景;因此为了加深对主题的纵深理解,在主题探讨之后,我们设置了“思想背景”这一专题,集中处理对现代政治法律思想具有重大影响的马基雅维里、霍布斯、康德。马基雅维里开启了现代政治哲学之门,在他看来,不

管是“理念世界”还是“上帝之城”,都是浮云,人生活在鲜活的现实世界,人就该直面现实,从自身的政治实践中寻找出路。关注现实,面对实践,这是马基雅维里为政治哲学指出的新方向。与马基雅维里一样,霍布斯指斥古典政治哲学家们“所拥抱的正义女神只是一片错误而空洞的浮云”,他认为“除了各国制定的法律之外,不存在有关正义与不义、善和恶的真正教诲”。因而,对于政治哲学来说,最重要的就是研究“各国制定的法律”,而不是构筑“理念中的正义”。为此,霍布斯借助严密而精确的现代自然科学,通过从自然状态到社会状态的理路论证了政治国家的构成,并将所有权力集中于主权者,而人们所遵守的法律就是来自这个至高无上的主权者。虽然霍布斯的理论因为借助自然科学而显得严密和准确,但是在德国古典哲学家康德看来,他的思想因为过多受限于经验而无法给法律提供坚实的基础。为此,康德通过庞大的“批判哲学体系”证明了人的认识能力足以为自由(实践)提供先天原理。进一步讲,人的自然欲求这种经验性的东西多变而不稳固,不足以为国家法律提供坚实的基础。为了自由,人必须将国家法律的合法性建立于坚实的理性基础之上。

需要明确的是,不管是专注于分析实证主义法学,还是审视现代政治法律思想的背景,都是为了理解我们自身,因而我们设置了“中国问题”这一主题。在此主题中,我们遴选了一篇研究“宪法司法化”的文章,以期对分析中国法制有所助益。

目 录

Contents

本卷题旨 / 1

主题探讨

缘何是边沁创立了分析法学

——对《论一般法律》的研究 石 伟 / 3

论奥斯丁“法律命令说”的逻辑要素及其理论背景

——借助哈特批评的一项考察 李 悦 / 67

规范的法与国家一元论

——对《纯粹法理论》的研究 尹疏雨 / 100

思想背景

民族国家的政治秩序与自由

——论马基雅维里的实践政治设计 贡太雷 / 165

论霍布斯的绝对君主政体及其人性理论基础

李 平 / 224

康德论道德和法律的关系

毛安翼 / 258

中国问题

宪法司法化话语范式的转变

——从宏大话语到宪法解释 赵书文 / 299

后记

付子堂 / 337

主题探讨

缘何是边沁创立了分析法学

——对《论一般法律》的研究

◇石 伟*

目 录

引 论

一、《论一般法律》的文本背景及意义

(一)对作者边沁的必要交代

(二)文本的写作背景——普通法的危机

(三)选取该文本的意义

二、《论一般法律》中的分析法学意识

(一)应然法与实然法的分立

(二)实在法体系的宏观之维——实在法要素概览

(三)实在法体系的微观之维——法律“命令”说

(四)实在法体系的方法之维——法律概念的分析

三、分析法学意识的本源性考察

(一)两种身份的内在张力

(二)问题意识的合一——解构普通法

四、边沁在分析法学思想史的地位之辨

(一)边沁与马西利乌斯

(二)边沁与霍布斯

(三)边沁与奥斯丁

* 石伟(1985~),男,西南政法大学在读博士研究生,主要研究方向为法社会学、现代西方法理学。

(四) 边沁与分析法学派

结论

英国的分析实证主义法学在顺序上与杰里米·边沁(1748~1832)、奥斯丁(1790~1859)的名字连在一起。直到最近,人们总是尊称奥斯丁为“英国法理学之父”。但是在1945年面世的边沁著作清楚地表明,他才有资格获得这一冠称。^[1]

——R. W. M. 迪亚斯

这本书的独创性和影响力无疑就是边沁对分析法学的最大贡献。我认为,很明显,如果这本书在边沁活着的时候出版的话,它,而不是约翰·奥斯丁后来的显然的衍生作品,将主导自边沁时代以来的不仅仅在英格兰的英国法理学和分析法学,并将发展得更快及分离出更多元的路径。^[2]

——H. L. A. 哈特

引论

在漫漫思想史长河中,总是有一些夺目的星宿顺次延续地占据着若干位置。柏拉图、西塞罗、阿奎那、霍布斯等皆可归于此类。由于各时期哲人关注之对象不同,抑或其他,思想的呈递、流派的林立也成了一种必然。在度过了垂续千年的中世纪之后,文艺复兴、宗教改革以及启蒙时代的到来,“除魅”成了一种必然的趋势和流行的话语。对所谓上帝旨意的渐次排除,人之为人的自然提升,对于人之全能的逐渐认可,成了一种全新的思想氛围。这种思想氛围有赖于伽利略、培根、笛卡儿,当然还有牛顿。自然科学的革命波及整个社会科学领域,人们似乎觉得,类似笛卡儿的普遍科学方法也能打开政治和社会科学之门,于是降下来的“理性”也可以在人类事务中大行其道。对于法学领域而言,其认识也莫过于此,“除魅”和实证化分析的工作则交由分析法学这个思想流派来完成。然而,在思想史的发展脉络中,厘清这样一个思想流派开创者为谁,其学术意义是不言而喻的。

[1] R. W. M. Dias, *Jurisprudence*, batterworth, 1985, 5th ed., p. 335. 转引自张乃根:《西方法哲学史纲》(增补本),中国政法大学出版社2002年版,第208页。

[2] H. L. A. Hart, *Essays On Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1982, p. 108.

就分析法学派^[3]而言,长久以来,其开山鼻祖的桂冠一直为约翰·奥斯丁所独占,之前的马西利乌斯(Marsilius)、霍布斯(Hobbes)、杰里米·边沁(Jeremy Bentham)至多充当着粗糙的启示者角色,直至1945年边沁《论一般法律》手稿出版。当时手稿的发现者查尔斯·沃伦·埃弗雷特(Charles Warren Everett)教授是将其以《定义的法理学的界限》(*The Limits of Jurisprudence Defined*)为名编辑出版的;1970年新分析法学的标杆人物哈特又重新编辑了该手稿,并以《论一般法律》(*Of Laws in General*)为名出版。而后者则是学界研究边沁分析法学思想的权威版本,相比而言,埃弗雷特教授编辑的版本,或者由于时间久远,或者由于其他,则较少被人们所论及。

对于《论一般法律》,国外学界予以了颇多关注。许多学者认为,该文本揭示了之前埋没了的边沁对于分析法学的巨大原创性贡献。^[4]然而在国内学界,对《论一般法律》始终关注不够,没有系统研究,仅仅在某些著述中偶尔提及。^[5]由于缺乏系统的梳理,造成一般性的《法理学》教科书、《西方法律思想史》教科书中对边沁之于分析法学的开拓性贡献都极少能给予正确的介绍,甚至根本没有提及。

对于边沁的其他文本,国内外研究也差异极大。在国外,边沁逝后其遗嘱执行人鲍林(Bowring)便编辑了边沁手稿11卷,收录了大量的文本,但有如《论一般法律》等重要文本未被收入其中。自20世纪60年代以来,边沁遗体 and 遗稿所在地——伦敦大学学院设立了“边沁计划”(Bentham Pro-

[3] 本文所言的“分析法学”,在某些学者著述中将其称为古典法律实证主义,特指边沁、奥斯丁时代的分析法学,意在区别于后世凯尔森代表的“纯粹法学”以及哈特代表的新分析法学。参见黄文艺等:“分析法学三论”,载《法律科学》1995年第3期。

[4] 哈特在 *Essays On Bentham; Studies in Jurisprudence and Political Theory* 第五章, Dias 在 *Jurisprudence*, Robert S. Summers 在 *University of Toronto Law Journal* (1971) 的书评“Of Laws in General”, W. Friedmann 在 *Legal Theory* (3rd), 劳埃德在《法理学》均有明确的详细论述。另外,凯利在《西方法律思想简史》第七章等其他思想史著作中也有简要论及。

[5] 著作方面:张乃根在《西方法哲学史纲》第217~223页简要介绍了《论一般法律》文本,并未作深入分析。另外,刘星在《法理学的范围》译者序中也有类似只言片语。李桂林、徐爱国合著的《分析实证主义法学》(武汉大学出版社2000年版)第9页以及徐爱国《分析法学》(法律出版社2005年版)第33页更是数语带过。论文方面:徐同远的“边沁的功利主义理论与分析法学思想”、湛洪果的“法律实证主义的功利主义自由观——从边沁到哈特”、胡玉鸿的“边沁法律思想之研究”、徐爱国的“再审视作为法学家的边沁”等相关论文均语焉不详。张延祥、李燕涛两位学兄的硕士毕业论文也没有对此加以专门研究。

ject),组织了许多学者开始系统整理边沁手稿,于1989年基本完成,共出版边沁手稿26卷。另外,边沁手稿的很多单行本,由于不少学者的研究编辑也出现了许多新的编辑版本。其具体研究涉及边沁的哲学、法学、经济学等领域。相比而言,目前国内的研究就逊色许多。翻译方面,除《论一般法律》之外,仅译有《政府片论》、《道德与立法原理导论》、《立法理论》三个文本。具体研究也仅限于其功利学说,对边沁其他诸如法学、经济学等思想都研究不足。

边沁在《论一般法律》中所揭示的映射于分析法学上的原创意识主要表现为:其在除魅立场上从宏观、微观、方法三个维度对普遍性实证化的制定法体系予以细致描述。具体说来,首先,通过对分离命题的确认来确立法学研究除魅的基本立场,实现对话和研究的基本前提。然后分三个维度分别对此实在法体系予以细致剖析。在宏观维度上对法律的定义、渊源、目的、适用对象、客体、影响的当事人、时空范围、普遍性、效力、缀附物、符号等实在法要素予以概览性描述;在微观维度上对法律“命令”说的具体规范予以细致化解析;在方法维度上利用分类方法、清晰化中性语词的创制、逻辑虚构论来贯彻法律概念分析的基本方法立场。

然而,这些分析法学意识的本源何在呢?换言之,边沁作为这样一个功利主义的杰出代表,何以具有鲜明的分析法学原创特征呢?这两种思想集于边沁一身,原因何在?这两种思想是否又有其内在勾连呢?

事实上,这其中存在一个问题。边沁主张的“阐述性法学”(expository jurisprudence),^[6]是边沁作为分析法学代表人物的重要标志。“阐述性法学”是与“审查性法学”(censorial jurisprudence)相对而言的,基本可以定义为实在法。其隐藏了分析法学的多个命题,如分离命题、社会事实命题以及对法律概念的分析等。正是基于此,边沁强调要在其法律体系中剥离自然法等因素的干扰,仅对阐述性法学予以实证研究,也就是仅指向实在法。在这个时候,审查性法学与阐述性法学是分离的。

然而,边沁所言的“审查性法学”,又称“立法艺术”,在法学体系中却起到了一种类似自然法的作用。原因是,边沁主张功利主义原则乃是人类所有行为之指导准则,立法行动也不例外。法律内容要符合功利主义原则的

[6] [英]杰里米·边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆2000年版,第360-361页。

要求,否则就是无效的,应予以废除。在这样的表述中,其实功利主义起到的是类似于古典自然法学派中自然法在其所构建体系中的作用。在这个时候,两者却是不可分离的。

于是,“阐释性法学”所表征的法律实证主义与“审查性法学”所表征的功利主义必然会有某种内在的张力。换言之,其实也是边沁同时肩负的分析法学思想与功利主义思想之间的内在张力。

本文认为,这种张力的解决,或者说边沁法律体系的逻辑自洽性在于,两种思想指向共同的问题意识——法律改革。法律改革的重点则在于去除普通法,尤其是法官造法制度,以功利主义原则指导法律创制,在形式上实行法典化。改革普通法需要有一个与普通法相对立的法律体系作为改革后的目标,这样的法律体系所对应的法学被边沁称为“阐述性法学”。在完善的阐述性法学之下,普通法的非适应性和不确定性将会得到克服,而克服的渠道或平台正是由于分析法学与功利主义两者共同搭建的。换言之,正是由法律实证主义与功利主义的共同作用才实现了边沁否定普通法的目的,也正是从这一过程中,两者之间的内在张力得到了解决。这也同样回答了以功利主义作为哲学基础的边沁为什么会兼具分析法学思想的本源性问题。

在论述了边沁的分析法学意识以及对该意识的本源性探究之后,边沁作为分析法学的代表人物应无问题。但其是否能居于创始者之位尚需继续考察,这有赖于边沁与其前后的对分析法学素有贡献的思想家予以对勘,从而具体考察其思想是否真的具有综合的原创性。简单地讲,即考证边沁的分析法学思想是否首先兼具分析法学诸命题,从而确证其分析法学创始人的地位。换言之,此论证过程也是对分析法学真正缘起的考察。因此,本文将边沁分别与马西利乌斯、霍布斯、奥斯丁的分析法学思想予以对勘,力图揭示边沁思想的真正原创性何在,也是对边沁分析法学意识原创性的思想史地位之辨。

本文的研究思路正如上所述,基于对边沁《论一般法律》文本的细致解读,渐次对文本的分析法学意识、分析法学意识的本源性以及分析法学意识的原创性之辨予以论述,最终确立边沁的分析法学创始人的思想史地位。

一、《论一般法律》的文本背景及意义

根据杰里米·边沁 1782 年 6 月 3 日致阿什伯顿勋爵(Lord Ashburton)

的信件以及《论一般法律》中与1782年相关的若干部分,可以推断《论一般法律》基本成书于1782年。^[7]全书共19章,描绘了一幅清晰明朗的实在法图景,而勾绘的标准则是功利原则或者说“最大幸福”原理。^[8]这幅实在法图景,蕴涵了功利主义实证化的基本判断。换言之,即功利主义的目标或要求体现在了上述图景中。本章拟从文本作者、文本背景、文本意义三个角度对此予以介绍。

(一)对作者边沁的必要交代

1. 三个“边沁”

杰里米·边沁(Jeremy Bentham, 1748~1832),一个奇妙的人物,1748到1832年的84年生涯中,经历曲折且繁杂,但是其学说却常常被解读成一个凝固的、一贯的体系;而他本人被冠之以“激进的宪政改革者”,这对他似有不公。正如H. L. A. 哈特所言“1776年的边沁并不是民主主义者,并且至少在此后的十年里,他一直认为英国无须宪政改革,尽管那里有许许多多的人无权投票”。^[9]法国学者埃利·哈列维(Elie Halevy)也提到“1789年之前,他是一位与伏尔泰、休谟、爱尔维修以及贝卡利亚风格相近的18世纪的启蒙哲学家;而1815年后,他成了按照19世纪的方法组织起来的民主激进派的理论家”。^[10]如此可见,边沁的思想理路并非是静态凝固的,而恰恰是动态发展的。本文认为,边沁的学术生涯大致可以分为三个阶段:^[11]

[7] H. L. A. Hart, *Of Laws In General*, ed. H. L. A. Hart, London: The Athlone Press, University Of London, introduction, xxxi 注释。亦可参考 Jeremy Bentham, *Of Laws In General*, ed. H. L. A. Hart, London: The Athlone Press, University Of London, 1970, pp. 304-311。

[8] 边沁将其功利原则有时称为“最大多数人的最大幸福”,有时称为“最大幸福原理”。尽管晚年倾向于后者,但就其整个学术生涯来讲,两种称谓基本可交替使用。因此,在本文的叙述中,将不会区别两者而等同使用之。参见[英]边沁:《政府片论》,沈叔平译,商务印书馆1995年版,“编者导言”(F. C. 蒙塔古),第36页。

[9] [英]H. L. A. 哈特:《法理学与法哲学论文集》,支振锋译,法律出版社2005年版,第199页。

[10] [法]埃利·哈列维:《哲学激进主义的兴起——从苏格兰启蒙运动到功利主义》,曹海军等译,吉林人民出版社2006年版,第3页。

[11] 应当指出的是,本文对“三个边沁”的辨析,并不意味着否认边沁“改革者”的身份,而是更细致地解读边沁的改革之路。正如法国学者埃利·哈列维指出的“边沁一生致力于法律科学的改革”,边沁在法律领域的改革身份无可辩驳,但是至于政治制度或宪政改革领域,启蒙的边沁或者说1789年之前的边沁是基本没有涉及的。因此,本文所谓“法律改革”也正是基于此而得,其是狭义的,与政治制度改革相对,是纯粹法律层面的,主要关涉民法、刑法乃至法理学层面,而无关政治制度改革所涉的政体变革等宪政层面改革。