

法律今典译丛



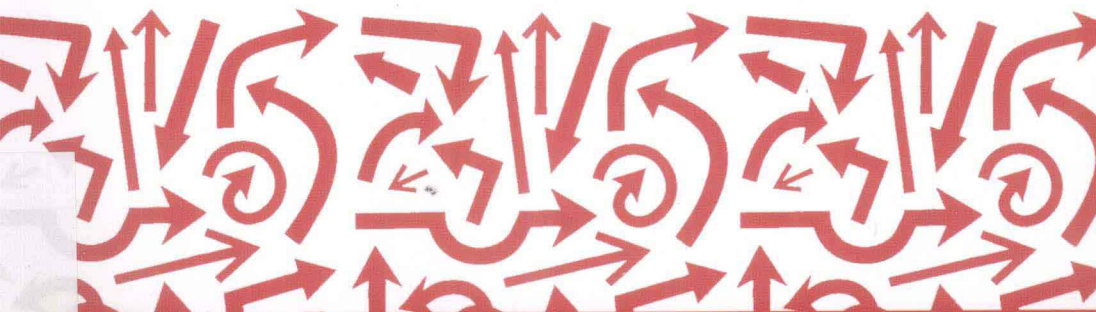
修辞与法治

一种法律推理理论

Rhetoric and the Rule of Law
A Theory of Legal Reasoning

〔英〕尼尔·麦考密克 著

程朝阳 孙光宁 译 程朝阳 审校



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

法律今典译丛



Rhetoric and the Rule of Law
A Theory of Legal Reasoning

修辞与法治

一种法律推理理论

〔英〕尼尔·麦考密克 著
程朝阳 孙光宁 译 程朝阳 审校



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

著作权合同登记号 图字:01-2011-4142

图书在版编目(CIP)数据

修辞与法治:一种法律推理理论/(英)麦考密克(MacCormick, N.)
著;程朝阳,孙光宁译. —北京:北京大学出版社,2014.2

(法律今典译丛)

ISBN 978-7-301-23706-9

I. ①修… II. ①麦… ②程… ③孙… III. ①法理学-研究
IV. ①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第004394号



书名:修辞与法治:一种法律推理理论

著者:〔英〕尼尔·麦考密克 著

译者:程朝阳,孙光宁 译 程朝阳 审校

责任编辑:李倩 冯益娜

标准书号:ISBN 978-7-301-23706-9/D·3500

出版发行:北京大学出版社

地址:北京市海淀区成府路205号 100871

网址: <http://www.pup.cn>

新浪微博:@北京大学出版社

电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

电话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印刷者:三河市北燕印装有限公司

经销者:新华书店

965毫米×1300毫米 16开本 24.5印张 330千字

2014年2月第1版 2014年2月第1次印刷

定价:49.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

致 谢

本书的各个章节,是对我此前发表或出版过的作品做或多或少实质性重写后的新版本,在征得以前出版商同意的情况下在此以本书各章节的形式出版。对于他们的同意,我深表感谢如下:

第二章“Rhetoric and the Rule of Law”,载于 David Dyzenhaus 编的 *Recrafting the Rule of Law* (Oxford: Hart Publishing, 1999) 一书的第 163—177 页。之前曾提交给 1998 年波士顿“古典教育理想”(Paideia)世界哲学大会佩雷尔曼专场研讨会,并为该大会论文集所收录。

第三章以前没有发表过,但是其早期版本曾经在明尼苏达大学 2000 年的约翰·杜威讲座中即有准备,受邀参加那次演讲是我莫大的荣幸。

第四章包含来自于以下发表在《国际符号学和法学杂志》(*International Journal for Semiotics and Law*)上的文章的内容,它们是:“Notes on Narrativity and the Normative Syllogism”(《国际符号学和法学杂志》1991 年第 4 期,第 163—174 页),“Legal Deduction, Legal Predicates and Expert Systems”(《国际符号学和法学杂志》1992 年第 5 期,第 181—202 页)和“A Deductivist Rejoinder to a Semiotic Critique”(《国际符号学和法学杂志》1992 年第 5 期,第 215—224 页)。这些文章的版权为原出版商,英国马其赛特郡(Merseyside)罗比(Roby)村的德博拉·查尔斯(Deborah Charles)所有,但是随后又转给了克吕韦尔学术出版社(Kluwer Academic),从而在斯普林格科学与商业媒体(Springer Science and Business Media)的慷慨授权下,其中的重合材料才得以在此出版。另一篇类似的文章“Legal Reasoning and the Institutional Theory of Law”原载于 P.

2 修辞与法治

Koller W. Krawietz 和 P. Strasser 编的 *Institution und Recht, Rechtstheorie, Beiheft 14*, 第 117—139 页, 1994 年由 Duncker & Humblot GmbH (Carl Heinrich Becker Weg 9, 12165 Berlin) 出版。

第五章基本上是全新的一章, 但是其原始版本见于“Universalisation and Induction in Law”一文, 并在内容上和它部分重合, 该文刊载于 C. Faralli 和 E. Pattaro 编的 *Reason in Law-Proceedings of the Conference Held in Bologna, 12—15 December 1984* (Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1987), 第 91—106 页, 由 Giuffrè Editore (Via Busto Arsizio 40, 20151 Milan, Italy) 出版。

第六章“Legal Decisions and their Consequences: from Dewey to Dworkin”一文, 载于 *New York University Law Review* 1983 年第 58 期, 第 239—258 页, 原始版本见于 1983 年于纽约大学法学院发表的约翰·杜威讲座。

第七章“Argumentation and Interpretation in Law”一文, 载于克吕韦尔学术出版社 (Kluwer Academic) 出版的 *Argumentation* 1995 年第 9 期, 第 467—480 页, 经斯普林格科学与商业媒体 (Springer Science and Business Media) 慷慨授权。亦见于 *Ratio Juris* 1993 年第 6 期, 第 16—29 页上的“Argumentation and Interpretation in Law”一文, 经 Blackwell and Co. (108 Cowley Road, Oxford OX4 1JF) 慷慨授权。

第八章尼尔·麦考密克的“Why Cases Have *Rationes* and What These Are”一文, 载于 Laurence Goldstein 编著的 *Precedent and Law* (Oxford: Oxford University Press, 1987) 一书。

第九章是对“On Reasonableness”一文的部分重写, 该文原载于 Perelman 和 R. Vander Elst 的 *Les Notions à Contenu Variable en Droit* 一书, 经出版者布鲁塞尔的 Etablissements E. Bruylant 慷慨授权; 该文的一个后来的修订版名为“Reasonableness and Objectivity”, 刊于 *Notre Dame Law Review* 的一期 Kent Greenawalt 纪念特刊——*Notre Dame Law Review* 第 74 卷第 5 本 (1999 年 6 月), 第 1575—1603 页。

第十章基本上是全新的一章, 但是其原始版本见于“On Coher-

ence in Legal Reasoning”一文,并在内容上和它部分重合,载 W. Krawietz 等人编的 *Theorie der Normen* (Berlin: Duncker und Humblot, 1984) 一书,第 37—53 页。

第十一章“Time, Narratives, and Law”一文,载于 J. Bjarup 和 M. Blegvad 编的 *Time, Law and Society* (ARSP-Beiheft 64), 第 111—125 页,经 Franz Steiner Verlag (Postfach 10 1061, D-70009 Stuttgart) 慷慨授权。

第十二章克吕韦尔学术出版社 (Kluwer Academic Publishers): “Defeasibility in Law and Logic”一文,载于 Z. Bankowski I. White 和 U. Hahn 的 *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning* 一书 (Dordrecht: Kluwer, 1995), 经斯普林格科学与商业媒体 (Springer Science and Business Media) 慷慨授权。

第十三章基本上是全新的一章,但是其原始版本见于“Can Judges Make Mistakes?”一文,并在内容上和它部分重合,载 H. Jung 和 U. Neumann 的 *Rechtsbegründung—Rechtsbegründungen* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999) 一书,第 76—89 页。其第一次面世是在 1996 年爱丁堡大学法律与社会研究中心的年度讲座上。

第十三章以及第六章,是我的“The Limits of Reason: A Reply to Dr Knud Haakonssen”一文的替代版本,载于 *Archiv fuer Rechts- und Sozialphilosophie* 1981 年第 67 期,第 504—509 页,该文是对载于同一刊物第 491—503 页 Haakonssen 的“The Limits of Reason and the Infinity of Argument”一文的回应,在本书始终专注于论证的说服力而非其证明性方面,我非常感谢 Haakonssen,他的这篇论文让我受益匪浅。

尼尔·麦考密克

前 言

拥有利华休姆个人研究教授职位 (Leverhulme Personal Research Professorship) 是我莫大的幸运,首先是从 1997 年到 1999 年,尔后第二次由利华休姆基金管理人 (Leverhulme Trustees) 非常慷慨地将我的聘期从 2004 年再延长了一段时间。在此之后,我代表苏格兰出任欧洲议会 (European Parliament) 议员一职达五年之久。在此,我非常感谢利华休姆基金管理人,也要感谢利华休姆信托基金的前任主任巴里·萨博 (Barry Supple) 教授和理查德·布鲁克 (Richard Brook) 爵士,感谢他们的好意和鼓励。

本书是围绕“法律、国家与实践理性”这一主题写就的一套四本书中的第二本,我希望其中的第三本书《法律制度》(Institutions of Law) 将在本书出版之后的十八个月内呈现在大家面前。《修辞与法治》(Rhetoric and the Rule of Law) 一书很久以前即已形成——距今大约有二十五年之久。我的《法律推理与法律理论》(Legal Reasoning and Legal Theory) 一书在 1978 年第一次面世,此后我从诸多批评性的意见和评论——既有支持,也有修正——当中受益匪浅。我并没有出版那一著作的新版本,而是伴随着视角上的某种改变,我试图以一种全新的形式对《法律推理与法律理论》一书所引起的争论要点做出回应。借受邀在世界许多地方做学术访问之机,我得以和不同国家的学者同行一起讨论法律推理的基本问题,由于所涉及的学者数量太多,在这里很难一一说出他们的名字。同时,还有许多其他作者也就法律推理的许多方面的问题出版和发表了一些颇有见地、学术性很强的书籍和期刊文章。世界各地法院的法官都已经开始更加明确地去反思他们的推理和论证,并在许多场合和学者一道就相关问题展开讨论。当然,他们继

续就其所判决的案件写作论著,发表观点,通过大量的鲜活实例极大地丰富了实践论证的理论宝库。

我常常从学者同行和法官同行的著作文章当中有所学习和收获,并试着在本书的正文和脚注中尽可能明确地对他们表示感谢,并对我所读到的或听说的东西做出回应。人名索引担负着一部分类似于向那些同事致敬的人名录的功能。然而,还有许多人,他们的思想和魅力也影响到了我的思考和写作,他们的名字在我写作和修改本书时已无法一一忆起——因我由此而无意表现出的不敬,我谨向他们所有人毫无保留地真诚道歉。

多年以来,我也累积了许多学术债和友情债,它们是如此之多,以致根本无法向所涉及的每位债主表示感谢。再次对被我不经意忽略的任何人道歉,同时至少我必须对下面这个长长的名单中的人表示感谢: Aulis Aarnio, Ruth Adler, Robert Alexy, Manuel Atienza, Fernando Atria, Hans Baade, Jack Balkin, Zenon Bankowski, Garrett Barden, John Bell, Joxerramon Bengoetxea, Jes Bjarup, Mogens Blegvad, James Boyle, Beverley Brown, Stephen Burton, Tom Campbell, Emiliós Christodoulidis, David Dyzenhaus, Ronald Dworkin, Carla Faralli, John Finnis, Michael Freeman, Åke Frändberg, David Galbraith, Peter Goodrich, Ron Griffin, Les Green, Knud Haakonssen, Andrew Halpin, Herbert Hart, Graham Hughes, Bernard Jackson, Nils Jareborg, Heike Jung, Urpo Kangas, Martin Krygier, Niki Lacey, Eerik Lagerspetz, Douglas Leggatt, Brian Leiter, Sanford Levinson, David Lyons, Michael Machan, Alastair MacLeod, Geoffrey Marshall, Stuart Midgley, Bob Moles, Michael Moore, George Mousourakis, David Nelken, Patrick Nerhot, Byung-Sun Oh, Russell Osgood, Alan Paterson, Enrico Pattaro, George Pavlakos, Aleksander Peczenik, Bill Powers, Joseph Raz, Michael Roumeliotis, Wojciech Sadurski, Burkhard Schäfer, Mike Sharlot, Raimo Siltala, Sundram Soosay, Bob Summers 以及这里没有提到的“比勒费尔德圈”(Bielefelder Kreis)的所有成员,还有 Victor Tadros, Alice Tay, John Touchie, Michel Troper, Takeshi Tsunoda,

Kaarlo Tuori, William Twining, Sebastian Urbina, Scott Veitch, Vittorio Villa, Neil Walker, Alan Watson, Ota Weinberger, Jim Weinstein, Jerzy Wróblewski, 以及 Mark Yudof。上述这些人当中有些人已经不在人世,我无法对他们当面致谢,但我对他们的感谢将永存心中。其中要特别感谢 Sundram Soosay,他告诫我不要仅仅满足于一本简单的“论文集”的形式,而是要着眼于在制度法论的基础上重述法律推理理论,去修订整个著作。

我已试图遵循上述建议,并将本书当作是对作为实践推理的一个分支的法律推理理论所做的一个简明扼要的当代陈述。它不只是一本由松散联系在一起的单篇论文组成的论文集,而且还是对我多年来形成的,并在讲座、论文和其他著作章节中提到的各种观点进行的一次实质性的重新加工。法律推理至关重要,除了其他原因之外,主要是因为,它是经由法院的合理裁决而得以可能实现真正客观意义上的法治的一把钥匙。在试图勾勒出法律语境中真正有说服力(而非有证明力)的论证之特性的时候,我援引了许多已决案件之裁决作为例证。这些例子确实主要来自于英国各个司法区,但我至少也将部分关注的目光投向了大西洋对岸,同时也对欧盟以及其他一些欧盟成员国给予了一定的关注。人们有时会说,在不同著作(如本书)中看到的那种对法律推理所做之叙述,因它只把来自高等上诉法院的司法意见作为其推理特性的证明证据之事实而有所歪曲。因此,它不是真正日常的法律实务的典型。但是,本书的目的不是要去成为那样的典型,而是旨在对那些让我们能够(如果我们还能够的话)在较好论证和较差论证、更具理性说服力的论证和更不具理性说服力的论证之间做出区分的论证优缺点确立起一种看法。对于这一定性评价而言,除了那种可见于高级法院法官意见中的、经过仔细考虑的论证之外,没有其他更好的原始资料了。

本书之所以用现在这样一个书名,部分出于本书第二章所论证的主题的缘故,部分出于对哈伊姆·佩雷尔曼(Chaim Perelman)的纪念和致敬。在1976年于斯特灵(Sterling)召开的一次苏格兰

4 修辞与法治

人哲学俱乐部会议 (Scots Philosophical Club Conference) 上, 佩雷尔曼十分友好地待我, 把我看做是他的一个年轻的同事, 并鼓励我围绕一种普遍受其“新修辞学”启发的法律推理做出思考和提出看法。本书第九章一开始是一篇 1982 年在他的布鲁塞尔国家逻辑研究中心 (Centre for Studies in Logic) 举办的一次研讨会上关于“合理性”的论文。本书第二章曾经以“修辞与法治”为题——这一题目现在被借用做整本书的标题——原先是提交给 1998 年波士顿“古典教育理想” (Paideia) 世界哲学大会佩雷尔曼专场研讨会的一篇论文, 该论文此前在澳大利亚的新南威尔士的麦考里大学公开演讲过。在佩雷尔曼的激励之下写就的其他论文更加分散地遍布本书。我希望, 在一种相当宽泛的意义上使用“修辞”一词, 不去过多地引用佩雷尔曼的作品之外的修辞经典, 将不会被纯粹主义者发现太不合适。

最后, 我要感谢 Gwen Booth 和 John Louth, 以及牛津大学出版社的其他同事, 感谢他们在面对作者一再推延时所表现出的作为编辑者的极大耐心。

尼尔·麦考密克

爱丁堡

2005 年 1 月

目 录

第一章	序言:制度理论与立法者视角	1
第二章	法治与法律的可争辩性	16
第三章	论法律三段论	43
第四章	为演绎主义辩护	66
第五章	普遍与特殊	105
第六章	从结果判断	136
第七章	争论解释	164
第八章	使用先例	193
第九章	做到合情合理	216
第十章	融贯性、原则与类比	250
第十一章	法律叙事	281
第十二章	可废止地论证	308
第十三章	错误地判决?	327
	案例表	359
	人名索引	364
	主题索引	371
	译后记	378

第一章 序言：制度理论与立法者视角

1

引论

“在任何遵循法治的国度里，未经控诉或审判的终身监禁是极其令人厌恶的。它剥夺了被拘留者刑事审判所要给予的保护。在这一极端步骤能被证成之前，必定存在完全例外的情况。”^①

这话[出自伯肯黑得的尼科尔斯勋爵(Lord Nicholls of Birkenhead)]是对当代法律提出的一个极大的挑战。在面对因恐怖主义而导致的当代危机以及人们对公共安全存有顾虑时，法治还会得到支持吗？律师和法官在涉及此类问题时会以何为据呢？其论据是客观的、在人际之间可测试的，还是纯粹主观的、政治性的，没有特定法律品格的呢？要回答这些问题，就需要对法律论证的性质有深刻的理解。

本书将提出一种法律论证理论。考虑到我的1978年的《法律推理与法律理论》一书所受到的那些富有意义的批判，同时为了对其他学者的作品做出回应，我在本书中修正了原来那本书中的立场。我的思路远离了哈特所阐述的法律实证主义的某些要素，以及大卫·休谟的价值怀疑论，而这些曾经构成《法律推理与法律理

① A (FC) and others v. Secretary of State for the Home Department [2004] UKHL 56 at para. 74. Lord Nicholls 是当时九位上议院大法官中八位得出这样的结论的法官之一，他们一致得出结论说，该案的具体情境不足以证明对合理怀疑其和恐怖分子有联系的外国公民未加起诉或审判即予拘禁为正当构成例外，而当英国公民受到相同怀疑时却不会遭到拘禁。他们所采用的论证是本书从头到尾所论及的那些论证方法中的一个十分重要的部分。我将用一个比“A (FC) Home Secretary”更容易记住的名字，称其为“恐怖嫌疑分子案”(Terrorist Suspects case)。

论》一书的论证背景。而今,我仍觉得 1978 年那本书对各种基本的法律论证形式都有很好的描述。不过,如今在我看来,对好的法律推理的标准和形式的阐述与说明的整个活动,似乎均需在那些我们归于法律秩序的各种基本价值的语境下进行。与在这些价值关照下的法律适用有关的法律推理是说服力而非证明性的。在这个意义上说,本书是对“新修辞学”的某种贡献。“新修辞学”是我已故朋友,受人尊敬的老同事哈伊姆·佩雷尔曼(Chaim Perelman)和露西·奥尔布里希茨—泰特卡(Lucie Olbrechts-Tyteca)开创的。有些论证的确要好于其他论证,尽管这经常有可能会让那些理性的且富有经验的法官们就所要得出的正确结论产生分歧。在这样一些案件中,判决依旧必须是终局性的,而非绝不出错地做出,因为运用那种多数表决投票的方法(出于正义与良好秩序之目的)解决争端是合理的。^②

这一切都关乎法治。对于国家或者像欧盟这样的国家联盟而言,尊崇法治有着深刻的政治价值。法律面前人人平等以及对公权力予以限制,这些都是民主自由的基石,并且对稳定的经济也至关重要。如果法律和关于法律的论证只具有虚假的可理解性,那么上述那些也就毫无可能。在此情形下,由于法律文本极不确定,再加上选择其中某个解释而非另一解释缺乏任何合理根据,因此一旦开始适用法律,则一切皆有可能。

预先以这种关于法律论证的探求为目的的后实证主义法律观是以“制度法论”的名号提出的。在此有必要通过一种简要的描述,来揭示关于法律特征的各种假定,那些假定推动着本书余下内容的展开,并为本书所做的法律推理研究奠定了坚实的基础。

^② Scott Veitch 对在争论双方势均力敌、不相上下的案件中做出最后裁决的必要性提出质疑,他提出质疑的依据是基于法治的一种特别的自由主义视角。这是一项重要的质疑,我将在本书的后面几章有所述及。参见 S. Veitch, *Moral Conflict and Legal Reasoning* (Oxford: Hart Publishing, 1999), 第 169—171 页。

1. 制度理论

法律是制度性规范秩序。最突出也最通常讨论的法律的例子,是现代国家的国内法,它具有自己独特的特征,这和本书的目的,即去重点关注这些特征,以及关注像欧盟那样的经久不衰的超国家组织的类似特征是吻合的。但是在这里作为开篇,适合采用一种更为宏观的视角。

两个密切相关的概念,即“法律秩序”和“法律体系”的概念对上述那一观点颇为重要。法律秩序是规范秩序的一个实例。当某个特定社会中的人们基于多数人对可适用的行为规范的合理遵循而适当地按照相互期待的那样过着一种有秩序的生活的时候,法律秩序即得以形成。这预先假定人们将法律看作在某种程度上是系统而有序的,是一套在性质上有序而系统的规范整体(a body of norms)。如果人们相信那一套被视为法律体系的规范整体并据此调整其行为,那么,这就是在他们中间实现秩序与安全的一种方式。甚至在大规模的,其大多数成员相互没有任何面对面对面的社会当中,这也是可能的。当然,法律体系不是那种有形的物理存在,它是一种理念建构或者思维对象。但法律体系又属于那种截然不同于纯粹理念世界的真实社会世界,以至于总是存在相应的法律秩序,不管其存在有多么地不完美。断言某个地方存在某种“法律体系”即是一种阐释在那里所发现的那种社会秩序建构的方式。我们周遭格致有序的一个重要因素可能就是“法律秩序”。为此,尚需满足两个条件。

第一个条件是,有许多行为规范关乎人们的行为活动,并且其行为活动大多符合这些规范的要求。此外,不管实际上符合与否,也不管是否认识到某一具体的相关规范,人们都知道存在与他们的所作所为相关的规范。他们的所作所为因之相应地要么合法要么非法,或者从另一方面看要么是法律上有效要么是法律上无效的。人们在这一点上的普遍认知透露了很多关于他们的所作所为的信息,尤其是他们对其他人的所作所为(乃至他们自己的所作所

为)做出回应和评判的具体方式。

第二个条件是,我们所谈到的大量的规范,全都被视为是以某种方式彼此关联在一起的。它们彼此相属,以某种方式形成一个单独的“法律”整体。我们正是在这种整体的表述意义上使用“体系”这一概念的。使用这一体系概念的“我们”,是指以某种方式参与到对法律的学术研究或专业研究,即参与到“法律科学”中的那些人。法律的体系化与法律理解已经成为三千多年来以诸多面目出现的法律科学所正在进行的一项任务。

我们不必装模作样地说,只有一种唯一正确的法律体系观。对这一概念或这一组类似概念的某一方面,已有许多富有启发性的阐述。这里所给出的是一种基于制度性规范秩序概念之上的模式。这其中所包含的第一个要素,与力图确保在就某一实践语境中一项规范的意义为何,或就该规范如何公正地适用于特定案件做出公平的、受人尊敬之判决有关。它同时也与某人拒绝自愿遵守那些备用的制裁性或补救性规范——即便对违反某一规范并因此导致采取某种制裁或补救没有任何严重的质疑或争议——有关。这里我们还需要某种公正无私的第三方介入。有些时候,纯粹不参与的旁观者或挑选出的仲裁员即足以满足这些需要,但是当存在拒绝自愿遵守或者没有理由假定不会有自愿遵守发生的情况下,则需要更多的东西。在这种情况下,还必须通过某种方式要求具备公认权威的某个人或某个团体做出对任何一方都无明显偏袒之决定。他们须拥有充分个人的、传统的或其他方面的地位,或者充分的权力,或者受到那些真正行使充分权力的人的支持,去做出(至少在大多数情况下做出)甚至对不服从的人都宣布为有效的任何决定。

4 在许多情况下,而不仅仅局限于拥有领土主权的国家的情况,以上所论足以符合某些最低的组织标准。正是在这一点上,存在解决下面这样一些问题的标准:

(1) 哪些个人,即具有哪些资格条件的个人,才有能力担任裁决者的角色;

(2) 在什么情况下,他们才能行使这一权能;

(3) 必须遵守什么样的程序性规范——如果有的话,以便形成裁判的过程,以使用一种毫无瑕疵的方式来实施该过程并最终将其完成。这一过程以发布某种对那些相关当事人具拘束力的裁决或命令告终。

在这一点上,我们可以说制度化裁决即存在于上述相关背景下,并适合于上述相关背景。那些能够以这种规范的方式履行审判职责的人,集体构成一种裁判机构。他们在适当的程序以及其他所规定的条件下,妥当地履行其职权并最终形成有效的司法裁决(或“判决”)。由此,我们可以将其称做是生产“制度性判决”的“裁判机构”。

在当前模式下,这些都是制度性规范秩序的重要基础。跨过上面所说到的那些最低标准,我们即从非正式的、非制度性的规范秩序进入到制度性的规范秩序。这种转变一旦完成,差不多会自动出现如下两个问题:一致性(identity)问题和变化性(change)问题。一致性问题关涉随时解决任一特定规范或规范性命题是否和制度性裁决者相关并对其具拘束力这一问题之可能性。假如人们认为那些裁决者就是无力对任何事情做出裁决,并且他们的职位出现于对活动领域及相应的能力范围做某种宽泛理解的背景之下,那么就需要从正反两方面加以界定。从正面来说,什么算是令人满意的裁决根据或理由?这些根据包括某种规范或规范性命题在内吗?什么又不被如此这般地看作是相关理由或充分理由呢?如果可能被诉诸于的任何规范都被视为和这一裁决过程不相干而被排除在外,又会怎样?

我们的确可以把存在公认的但并不一定十分准确或具体的涵括标准与排除标准作为有效制度化的一项条件规定下来。H. L. A. 哈特为此提出了“认可标准”(criteria of recognition)这样一

个有用的术语^③,将那些被认做是对裁决者之适用具拘束力的规范和那些不被认做是对裁决者之适用具拘束力的规范区别开来。承认标准同时也可能承认有些规范是可以适用的,但不是非得去适用。从我们能够就某种裁决制度去具体阐明此类标准这一方面看,我们能够将一定程度的一致性归因于诸多判决理由的整体性存在,包括所采用的规范和规范性命题在内。

- 5 变化问题起源于人们所感受到的这样一种人类需求,即根据不断变化的自然环境、技术环境和社会环境,来调整其预期。裁判制度从某一方面看,譬如说,从它们将变化和调整的需要作为可接受的相关理由包括在内这一方面看,能够满足这一需求。但是,任何事情,只要还算得上是一种改革,去刻意地将过去曾经流行的路径调整到一种新路径上,即有可能要求采取某种不同的决定变化和宣告变化的过程。几乎不可避免的是,宣告这种变化将不得不采取某种一般性规范的形式,该规范将予适用,以便推翻之前被认可的却又相互冲突之理由。这同样可以加以制度化,同样是通过用以确定如下内容之标准来实现的:

(1) 哪些个人,即具有哪些资格条件的个人,才有能力担任裁决者的角色;

(2) 在什么情况下,他们才能行使这一权能;以及必须遵守什么样的程序性规范——如果有的话,以便形成裁判的过程,以便用一种毫无瑕疵的方式来实施该过程并最终将其完成。这一过程以发布某种对那些相关当事人具拘束力的裁决或命令告终。

在上述情形中,在那一过程的最后是一项规范或一组规范的颁布,其目的显然是为了指引那些裁判机关,同时更有可能是为了指引那些其生活深受裁判者影响的人群。

目前所看到的那种模式并未论及实施这些制度的人员之间的

3 见 H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 2nd edn, 1994), 第 95—96 页。