

西方法哲学文库

法：作为理性的制度化

[德] 罗伯特·阿列克西/著

雷磊/编译

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

西方法哲学文库



法：作为理性的制度化

[德] 罗伯特·阿列克西 / 著

雷磊 / 编译

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

“西方法哲学文库”总序

国人移译西方律典，介绍西方法学，始自清末变法改制。初为不得已，意在窥探富强之术，佐治更张。继则揣索法理，求体用之变，将治式与治道通盘换过。再则于折冲衡平中，辨事实与规则的互动，究法意与人心的嬗变，努力将人世生活善予安顿。而凡此百年由东徂西，积劳积慧，既为华夏民族重构人世规则与人间秩序的悲壮奋斗接引学思，终亦必涓滴汇流，于人文类型的交融呼应中，为全体人类理想而惬意的人世生活之砥砺成型，尽吾华夏民族的法理之思。

“西方法哲学文库”接续前贤，择晚近已有定评的西人法理名篇，译为中文，汇为系列。凡传统所谓法理哲学之论述，不分大陆英美，体裁题材，尽在搜罗之列。法学同仁，白手起家，同心戮力，奉献于兹，裨丰富汉语法意，增益法制类型间的了解与通融。设若法律不仅是一种规则体系，同时并为一种意义体系，则文库编事，当在藉法意而通法制，探寻规则背后的意义，人生深处的人心；设若晚近人类历史赫然昭示吾人者，不仅在法律为天下之公器，更在为民族之自然言说，其

间必有需予调和周济者，则文库之编事，在求会通，当为此奉献一份祥和。此既为文库之缘起，更为编事之宗旨，而为全体译友之所寄托也！

许章润 舒国滢 谨识

孔诞两千五百五十二年，西元 2001 年秋

中文版序

我的法哲学的内核是由这样一个命题构成的：法具有双重本质。双重本质命题认为，法必然同时展现出一种现实的或事实的维度，以及一种理想的或批判的维度。现实的定义包含着权威制定性与社会实效。进而，属于社会实效的根本上是强制。理想的维度则是通过为法所必然提起的正确性宣称得以标明的。这种正确性宣称包含着正义的宣称。由此，双重本质理论暗含着法与道德的必然联系。

如果不进行进一步的界定，双重本质理论就依旧是抽象与形式的。为了给予其具体的内涵与清晰的结构，必须将它铺展为一个体系。这一体系的总体理念在于理性的制度化（*Institutionalisierung der Vernunft*）。这本文集的第一篇论文《理性的制度化》解明了理性的制度化当被如何理解。其余十五篇论文通过三个部分展开对此文中被简要表述之命题的铺陈。

第一部分涉及法、商谈与论证间的关系。理性只有通过论证才能得以展现。尽管人们也可以进行独白式的论证，但只有在不同人之间相互交换论述，论证才能充分地达致其理性。不

同人之间相互交换论述就是商谈。故而商谈理论是理性制度化的基石。论文《实践商谈理论》包含着商谈理论的基本理念。此文所阐明的普遍实践商谈是一种不受权威性前提约束的商谈。相反，法律商谈要受到权威性前提，即制定法、判例与教义学的约束。论文《特殊情形命题》就阐明了这一点。第一部分的其余两篇文章则进一步对此加以展开。

第二部分的论文涉及原则理论。原则理论本质上是一种权衡理论。没有权衡就没有理性，也就没有理性的制度化。原则普遍地存在于法律体系之中。原则理论在基本权利理论中扮演着特殊的角色。基本权利的原则性暗含着比例原则，而比例原则也暗含着基本权利的原则性。这一点在论文《法律原则的结构》中得到了阐明。原则理论所要求的权衡究竟是什么，这一问题是个大问题。论文《重力公式》借助于数学公式来处理这一问题。这一部分的其余三篇文章则探讨了这样一些问题：原则是什么？除涵摄与权衡之外，是否存在第三种法律适用的基本形式，即类比或者说比较？目的论解释与制定法约束的关系为何？

这本文集第三部分的对象是法的概念与本质。法的概念与本质问题涉及的是法哲学的基本问题，它是所有充分的法律理论都必须回答的。论文《论法的概念与本质》说明了一些基本区分与基本命题。论文《关于法的本质之论据的性质》深化了与此相关的方法论问题。论文《法的双重本质理论的主要素》明确以法的本质与理性的制度化间的关系为主题。最后三篇文章涉及法实证主义问题。我首先提出了对法实证主

义的批评，接着为非实证主义的法概念进行了辩护，最后通过一个例子说明了它对于法律实践的意义。

我如此多的著述如此井然有序地以中文面世，于我而言实乃欢欣之事。令我尤感欣慰的是，翻译工作是由张龔（第一篇论文）与雷磊（其余十五篇论文）两位博士完成的。两位译者都曾在基尔随我做过较长时间的研究和学习。在这段时间，我已体会到他们都是法哲学领域的出色研究者，也感佩于他们对于德语的精通。我们无法指望有比他们更好的翻译人选了。我对他们深表谢忱，同时我也对雷磊博士为此的辛勤付出尤致谢意——他对我分散各处的文章作了十分熟练和内行的整编，为我们呈现出了一本如此通贯的著作。

罗伯特·阿列克西

基尔，2010年12月

译者前言

罗伯特·阿列克西（Robert Alexy）教授的论著近年来陆续为中文学界所知晓与探讨，恐怕与整个法学的时代范式转换有关：现代社会中的法律已经脱离原始法的直观、感性的想象，变得愈来愈抽象和晦涩不明，与工商时代的多种语境、关系和变数扭结在一起，形成了一个被多重意义、多重系统环境包裹着的系统（舒国滢语）。与此相应，面临这样一种“复杂性的挑战”的法学本身，也必然需要摆脱“独断论的”或“不证自明式的”论述风格，而转向“精致的分析”和“追寻依据与理由的对话”，通过理性的沟通、商谈与论证来构筑自己的立场与论点。尤其是中国正穿梭在“历时性”与“共时性”并存的历史三峡之中，“问题”与“主义”之争不绝如缕，乃至今日形成“众声（神）喧哗”的热闹局面。方向与立场固然是重要的，但在各种“大词”、“信条”蜂拥而至的场景中，恐怕我们所要做的不是沉迷、沉醉，更不是沉寂，而是去不断地追问与求证。谨慎的怀疑与审慎的解析，而非他们的某个实质性观点，或许才是西人带给我们最大的教益。就此

而言，阿列克西教授无疑是我们这个时代的佼佼者。

阿列克西作品的魅力在于其德国古典法哲学本体与英美分析哲学工具的奇妙结合。就其法哲学立场而言，无疑是古典式的，其延续的是德国的黄金时代、尤其是康德与新康德主义的传统。就其所使用的工具而言，却又是现代的，在当下的英美学界大行其道的语言哲学、分析哲学与逻辑学之于他同样倍感亲切（当然，不要忘记现代分析哲学与逻辑学的创始人也是位德国人戈特洛布·弗雷格 [Gottlob Frege]）。正是这种“历史和当代”、“系统和深刻”的巧妙衔接，使得他的作品既不同于其前辈古斯塔夫·拉德布鲁赫（Gustav Radbruch）那般通篇充盈着诗性的哲思，或者如赫尔曼·康特洛维茨（Hermann Kantorowicz）那样张扬着激情与想象；也不同于当代某些晚辈学人那样只懂得毫无传统意识地在细枝末节上纠缠不清，忙于在针尖上抢占阵地但却迷失了方向。阿列克西的作品一方面有深厚的当代德国哲学（法哲学）传统作为支撑——这暗示着它们是打开这一传统的窗户；另一方面也可较容易地与当今英美学界进行对话——这决定了它们的“现实性”与“国际性”。可以说，以流行的话语来组合与阐述德国法哲学的古典要素，将规范性的分析与体系性的思辨交融，正是阿列克西的独特贡献。“深沉的美感”，这或许正是这位法学建筑师所带给我们的直观感受。

本书选编了阿列克西教授的十六篇论文。尽管教授在中文版序中对它们的主旨作了扼要的交代，但译者仍感有必要对相关的背景及（或）内容稍作具体的陈述。在这些论文中，除

了第一篇《我的法哲学：理性的制度化》对作者的整体思想脉络作了交代之外，其余可分为三个主题，分别涉及（法律）商谈理论、法律原则理论以及法概念论。这也正是围绕他三本主要著作所开创或涉入的领域而设置的。

理性、商谈与法律论证为作者的成名领域。其代表作《法律论证理论——作为理性商谈的法律证立理论》（1976年）将哈贝马斯的商谈理论引入法学领域，开辟了法律论证的程序主义路径。本部分选取了四篇文章。《实践商谈理论》一文是对《法律论证理论》一书的提炼与归纳，以及某些方面（主要是围绕这一理论的实际可用性）的发展，读者不妨可以将其视为进入后者的捷径。《特殊情形命题》系统地坚持与阐述了“法律商谈是普遍实践商谈的特殊情形”这个命题，并对某些反对意见进行了反驳。《商谈理论与法律体系》阐明了理想与现实、论证与制度间的互补关系。《法律证立、体系与融贯性》则揭示了融贯与证立这两个理性概念间的关联，以及前者的不充分性。

法律原则理论造就了当今德国公法学界基尔学派的兴盛。阿列克西的教授资格论文《基本权利论》（1985年）原本针对宪法基本权利的司法裁判方式而作，但后来其原则理论已然超越了公法领域，而成为法哲学理论的重要组成部分。本部分萃取了五篇文章。《法律原则的结构》精炼地归纳了原则理论的基本内涵，面对某些反对意见捍卫了“最佳化命令”的命题。《重力公式》从定性分析转向了定量分析，通过分析德国宪法法院的判例解明了原则权衡该如何具体操作的问题。原则

理论诞生之后，先后面临着七组反对意见。《理想应然：为法律原则理论辩护》针对规范理论与论证理论上的较新的反对意见集中进行了反驳，并重新界定了“理想应然”这个对于原则的定位性概念。《二分模式还是三分模式？》是作者于2007年波兰克拉科夫世界法哲学与社会哲学大会上提交的论文，它在“规则/涵摄”、“原则/权衡”这两种论证模式之后，又发展和完善了第三种基本论证模式，即“案件/类比”。《目的论解释与制定法约束》从科赫（Koch）的目的论解释理论出发，指出目的/手段关系（某种意义上也是原则/规则关系）同样要被证立，目的（原则）位于制定法之外，因而目的论解释导向的是法或法秩序的约束而非制定法约束。

法的概念与本质理论则是作者晚近着力甚多的领域。法哲学领域的一切思考最终都必然要向法概念论皈依。特定的理论主张，无论其多么具体，在其背后或明或暗地总是站立着“法是什么”这个问题。阿列克西的论证理论与原则理论最终导向了一种非实证主义的法概念与法的双重本质理论。非实证主义的法概念论以其《法的概念与效力》（1992年）一书为轴线，而双重本质理论则由作者通过一系列文章逐步发展出来。《论法的概念与本质》一方面对作者自身概念论立场作了宏观定位，即非实证主义阵营内的“包容性非实证主义”一脉；另一方面简要阐明了双重本质理论的内涵。《法的双重本质理论的主要素》作为作者的新作，将其全部理论框架中的各个部分联结为了一个融贯的整体，并上升到了民主宪政主义的高度。《关于法的本质之论据的性质》跳出了对法的本质本

身进行讨论的视域之外，而对各方在讨论这一问题时所借助的论据的性质及其功能限度进行了分析。这种元理论层面的分析对于更清晰地认识到问题的层次性不无裨益。《法实证主义批判》与《为非实证主义法概念辩护》是前后相依的两篇论文，它们运用了相同的概念框架，同时破中有立，立中有破。前一篇运用了不法论据与正确性论据（包括原则论据）来反驳法实证主义的立场，后一篇则主要通过反驳八个论据为拉德布鲁赫公式辩护，来间接地支持非实证主义的法概念。它们中的思想最后定型为《法的概念与效力》一书的主体。《柏林墙射手案：论法、道德与可罚性之关系》则将以拉德布鲁赫公式为代表的包容性非实证主义法概念用来分析制定法之不法的情形。之所以本部分纳入了六篇论文，除了本段开头指出的原因之外，近年来以阿列克西为代表的非实证主义与以拉兹为代表的排他性实证主义（包括其弟子）之间的论战，也使得译者相信本部分更应获得更多的关注。

总的来说，论文的选取遵循了两个原则：一是它们基本都是作者在各研究领域所发表的比较重要的、能够体现作者思想主线的文章；二是作者已然被翻译成中文、并于国内各个刊物（主要可参见《法哲学与法社会学论丛》、《比较法研究》、《中外法学》等）发表的论文（亦不少也！）大多都未在考虑之列，以便凸显“新文新意”。应当说明，本书第一篇《我的法哲学：理性的制度化》已由基尔大学法哲学与公法学博士、中国人民大学张龔讲师先行译出（刊于《西方法律哲学家研究年刊（2008年卷）》）。考虑到此文与本书主题的契合度，以及

让不熟悉阿列克西教授的读者能对其思想有总括性的把握，乃将其编入并置于篇首。在此，对于原译者的慷慨授权一并表示感谢！当然，出于统一全书术语的需要，对于该文的某些表述进行了无害于原意的必要修正，望不致给读者带来困惑。而《法律原则的结构》一文亦已由译者本人译成刊发于《公法研究》第七辑（2009年）。由于本篇构成第二部分“法律原则理论”的基础，出于内容完整性的考虑，仍将其收录为第二部分开篇。此外尚需说明的是，入编本书的论文前后跨度达三十年，在此期间作者的思想亦在不断发展，故而不同文章所使用之个别术语有所差异，相关文章的内容有所重复，想来也是不可避免之事。为了保持论文的原貌，译者并未就这些方面擅加改动，只是在目录中篇名之后添上了原文发表的年份，以提醒读者其思想之前后关系。对于文中所需说明的个别内容，译者作了相应注释，并以*号标注。

最后，要再次感谢阿列克西教授本人对这些文章之中文版权的授予，以及对译者的信任。当然，由于力有未逮，疏漏错误之处在所难免，或有不入方家法眼之处，当由译者承担不力之责。此外尚需说明的是，译者并不期待着通过这些篇什来为“又一位学术大师”的塑造推波助澜。这也恐非是作者本人所乐意看到的。中国的造神运动已然不少，缺少的是真正的学术问题意识与严密细致的论证。而这，正是阿列克西给予我们最大的馈赠。

雷磊

2010年初冬写于京郊寓所

目 录

中文版序	1
译者前言	1

1. 我的法哲学：理性的制度化（1999）	1
-----------------------------	---

I. 理性、商谈与法律论证

2. 实践商谈理论（1978）	31
3. 特殊情形命题（1999）	77
4. 商谈理论与法律体系（1988）	94
5. 法律证立、体系与融贯性（1990）	111

II. 法律原则理论

6. 法律原则的结构（2000）	131
7. 重力公式（2003）	148
8. 理想应然：为法律原则理论辩护（2009）	178
9. 二分模式还是三分模式？（2010）	207
10. 目的论解释与制定法约束（1980）	223

III. 法的概念与本质

11. 论法的概念与本质 (2008)	235
12. 法的双重本质理论的主要素 (2009)	264
13. 关于法的本质之论据的性质 (2003)	292
14. 法实证主义批判 (1990)	314
15. 为非实证主义法概念辩护 (1992)	347
16. 柏林墙射手案：论法、道德与可罚性之关系 (2003) ...	382
原文出处	423

1. 我的法哲学：理性的制度化

任何一种法哲学，都或明确或暗示地是一种对法概念的表达。所有法概念都来自于对以下三个要素的解释和权衡：（1）正当制定性（due enactment），（2）社会实效（social efficacy），（3）实质正确性（substantial correctness）。^{〔1〕}任何人在界定法概念时，如果仅仅关注正当制定性和社会实效，而忽略了实质正确性这一要素，他就在主张一种实证主义的法概念。汉斯·凯尔森（Hans Kelsen）的理论即是一例。他那句著名的话——“所以，任何内容都可以成为法”^{〔2〕}——很清晰地表达了这一点。站在法律实证主义最极端的对立面的则是那样一些学者，他们坚持可以完全通过实质正确性来界定法概念。这样一种纯粹自然法上的主张对于那些想要承认、跟从、解释以及运用现行有效法的人来说，实在没什么可吸引人的地方。就某种法概念的充分性而言，关键性的问题不在于是否应该用实质正确性而非其他两个要素来界定法，而在于在其他两个要素之外，实质正确性是否也能对此起到作用？

〔1〕 参见 Robert Alexy, “A Definition of Law”, in: W. Krawietz, N. MacCormik and G. -H. von Wright (eds.), *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal System. Festschrift for Robert S. Summers*, Berlin 1994, 101ff.

〔2〕 Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2Aufl., Vienna 1960, 201.

制定性和实效构成了法的现实的或者说制度化的维度，而正确性则构成了法的理想性和商谈性的维度。我的命题是，一个充分的法概念只能来自于这两方面的结合。这样一种结合只有通过一种广泛的法律体系理论才能成功获得。民主宪政国家的商谈理论（Diskurstheorie/discourse theory）就是这样一种理论。我将尝试分四步介绍这一理论。第一步涉及的是支撑整个理论的基石，即正确性宣称（the claim to correctness）。我将表明，这一宣称必然同法紧密相关。如果这种观点是成立的，那么就找到了冲破实证主义法概念壁垒的萌芽。然而，正确性宣称的内容在此阶段仍旧悬而未决。对此首先进行的详述就进入到了第二步，即关于作为实践正确性理论的商谈理论的讨论。它不仅表明了商谈理性的可能性，也指出了其限度。后者将引领我们进入第三步：法的必要性。法的必要性决不暗示着可以告别商谈理性。这将在第四步予以解释，它涉及的是，法的现实或制度化的维度与理想或商谈的维度在法律体系的不同层面是如何相结合的。

一、正确性宣称

我的理论的命运与这样一个命题休戚相关：法必然提出正确性宣称。这个命题的表述非常抽象。如果想要将其特定化，那么就需要回答三个问题：（1）法提出宣称意味着什么？（2）如何来理解这一宣称的必然性？（3）这一宣称的内容是什么，什么是正确性？*

* 此处的楷体强调为译者所加。——译者注