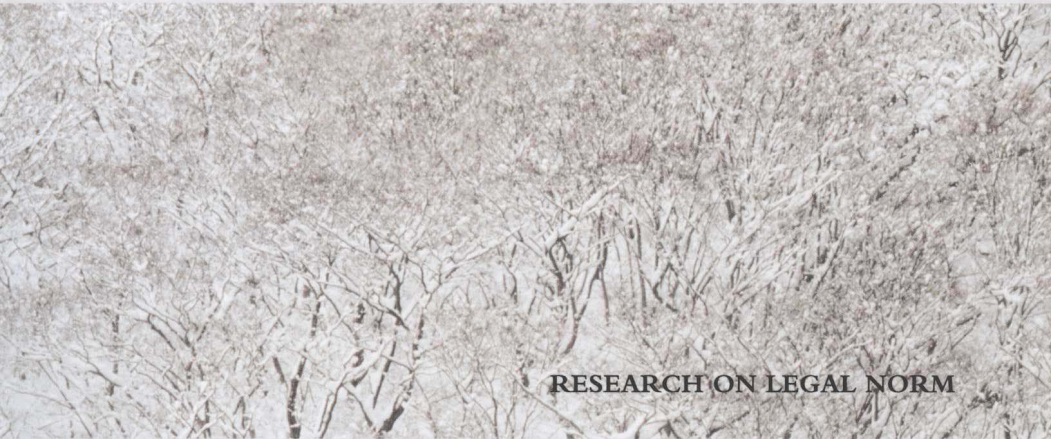




RESEARCH ON LEGAL NORM

法律规范研究

王莉君 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

RESEARCH ON LEGAL NORM

法律规范研究

王莉君 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律规范研究 / 王莉君著. —北京: 法律出版社,
2012. 9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3833 - 9

I. ①法… II. ①王… III. ①法律—研究 IV.
①D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 178274 号

©法律出版社·中国

责任编辑/李 群

装帧设计/贾丹丹

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/9.125 字数/225 千

版本/2012 年 8 月第 1 版

印次/2012 年 8 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 上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3833 - 9

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)



本书获“中国青年政治学院学术著作出版基金”资助

前言 认真地对待规范

“规范”这一概念的出现,对于人类社会而言具有标志性的意义。因为,规范的出现,意味着人类具有了通过自己的力量来指导自身行为、规制社会交往的智识水平,是人性成长的重要表现。较之于必须接受的自然规律,同样会对人的行为产生制约的规范却凝聚着人的主动精神。与其他物种不同,具有主动精神的人可以根据自己的实践形成自己的行为准则。从哲学上说,“行为者自己决定对错的形式叫做准则(Maximen)……准则把行为者一度成功或正确的行为方式长期固定下来,使他不必每次都重新考虑怎样做才对,而可以有规有矩地作类似的事情,它给了行为主体在类似情况下的行为准绳。”^[1]引导某个主体行动的准绳是准则,而引导不同主体间相互联系的行动的准绳则是规范。当一件事需要许多人一起行动时,规范就必不可少了。原因在于,只有社会成员共同接受某一行为规范,人们彼此才能预期各自的行为,人与人之间的行为互动才有可能。而通过群体的互动与合作,个人才得以获取大于个人理性所能设计或预见的成就,从而完善其人格,实现自我的自由。故此,规范不仅对集体行动是非常重要的,而且它对个人的自主生活也是必不可少的。离开了规范的指引,人类便只能像

[1] 张汝伦:《历史与实践》,上海人民出版社1995年版,第225~226页。

动物一样被动地接受外界的物理强制,甚至会陷于霍布斯所描述的那种不断感到恐惧和危险,“孤独、贫困、卑污、残忍而短寿”的绝望境地。^[1]

广泛存在的各种行为规范既是人类社会稳定存续的黏合剂,也是个人明确自我位置、形成生活与交往能力,确定生存方式的基本工具。然而,在现代社会中,无处不在的规范在力图实现人类行为的一致性、可靠性和可预期性的同时,也给个人生活的自主筹划、个性的充分发展带来了许多负面的影响。数不清的传统、习俗、规章制度糅杂在一起,全面进入到人类的生活领域之中,成为生活的主宰,而人却渐渐被符号化,成为纯粹的受规制对象,在制度的铁笼中忍受着无尽的桎梏。^[2]规范既使我们受益,又令我们痛苦。面对这个令人震惊的矛盾,我们究竟应当如何理解由我们所创造的规范?这些规范的规范性根基何在?这是一个需要认真对待的问题。

在形形色色的规范之中,法律规范又是其中一个特别重要的类型。卢曼曾经指出,在高度同质化的社会共同体中,以“善/恶”、“好/坏”作为评价标准的伦理道德规范或以“信仰/非信仰”作为评价标准的宗教规范构成了社会沟通的基本准则。但是,当社会演化的历史过程延宕至现代社会,社会生活的复杂性持续增长,多元、异质的社会群体取代了过去的高度同质化的社会共同体。此时,以善/恶,好/坏为二值代码的伦理沟通和以信仰/非信仰为二值代码的宗教沟通就很难适应伦理异质和宗教异质的多元社会现实了。原因在于,上述沟通方式均具有脆弱性与排他性,它们“本身暗藏着中止沟通的潜在危险。当我们将沟通的逻辑起

[1] 参见[英]霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎延弼译,商务印书馆1985年版,第94~95页。

[2] 参见[英]安东尼·吉登斯:《现代性的后果》,田禾译,译林出版社2000年版,第150页。

点标识为‘恶’,则往往意味着对沟通对象人格资质的整体性怀疑,伴随着蔑视和否定,而这往往迫使沟通趋向中止;这种现象在宗教沟通中也同样。”^{〔1〕}于是,在“神治失灵,德治失信”的世界中,法治理念应运而生。法律规范开始以独特的符号、独特的操作方式活跃于社会生活实践之中。

法律规范在现代社会的特殊地位,使其规范性根基问题更趋复杂化。作为规范的一种,法律规范并没有取代其他规范,也无法切断与其他规范的关联。与其他类型的规范一样,以“合法/非法”为评价标准的法律规范同样既可能为我们的生活提供便利和保障,也可能因其意义不明、过于僵化、专断、规制过度或规制不足等缺陷为我们制造更多的问题。如果说在现代社会,人们对“通过法律而实现正义”抱有高度的期待,那么,这种期待的根据是什么?法律规范具有何种特征?具有此种特征的规范是否能够实现这一期待?通过何种方式实现这一期待?在这些问题的推动下,笔者展开了本书的写作。

〔1〕 鲁楠、陆宇峰:“卢曼社会系统论视野中的法律自治”,载《清华法学》2008年第2期,第60页。

目 录

前言 认真地对待规范 / 1

第一章 法律规范的意谓 / 1

第一节 规范与规范性 / 1

一、何谓“规范” / 1

二、规范性的证立 / 8

第二节 法的规范性 / 19

一、法的规范性问题 / 19

二、法的规范性的证立——实证主义与反实证主义 / 20

三、法的规范性来源的多样性 / 41

第二章 法律规范如何构造 / 44

第一节 法律规范的结构要件与常见分类 / 44

一、法律规范的结构要件 / 44

二、法律规范的常见分类 / 47

三、法律规范的结构与评价标准 / 67

第二节 法律规范的体系与层次 / 71

一、法律规范的体系与层级关系 / 71

二、我国法律位阶序列存在的若干问题 / 74

三、规范体系的封闭与开放 / 95

第三章 法律规范的冲突与缝隙 / 98

第一节 法律规范的冲突 / 98

一、法律规范冲突的界定 / 98

二、规范冲突的实际表现——以刑法与行政法
中的规范冲突为例 / 103

三、规范冲突与裁量 / 127

第二节 法律规范的缝隙 / 129

一、规范缝隙的典型表现——法律漏洞 / 129

二、其他规范缝隙类型 / 143

三、规范缝隙与依法裁判 / 149

第四章 法律规范的内在紧张 / 152

第一节 规则模式与原则模式 / 152

一、规则模式与裁量命题 / 152

二、原则模式与正确性命题 / 164

第二节 法律规范：原则抑或规则 / 171

一、原则肯定论 / 172

二、原则否定论 / 186

三、法律规范的双重特性 / 194

第五章 寻找法律规范的意义 / 207

第一节 法律规范的真值条件 / 207

一、问题背景：知识与证立 / 207

二、法律规范的证立——法律命题与法律根据 / 216

第二节 法律规范的证立程序 / 236

一、内部证立的证立规则 / 236

二、外部证立的证立规则 / 245

三、程序性论证理论 / 259

四、通过参与而实现正义 / 263

参考文献 / 266

第一章 法律规范的意谓

第一节 规范与规范性

一、何谓“规范”

(一) 规范的概念、类型与语言表达方式

汉语中的“规范”很早便具有“尺规、模具”，“标准、法度”，“模范、典范”的意思。在西语中，情况也很类似：从词源上看，“规范”往往指代的是某种可以衡量、矫正和评判其他器具或事物的“器具或事物”，如“矩尺”、“测角器”或“铅垂线”等。^{〔1〕}

然而随着时间的推移，规范的含义更趋抽象，不再指代某种物质实体，而是指调整人们行为的准则和检验标准。在现代汉语中，作为名词使用的“规范”一般被界定为“约定俗成或明文规定的标准”。^{〔2〕}在英文中，“norm”一词可以在多种意义上使用。从哲学上

〔1〕 Peter Railton, Normative Force and Normative Freedom: Hume and Kant, but not Hume versus Kant, in Jonathan Dancy edited, *Normativity*, Blackwell Publishers, 2000, p. 1; 周静：《法律规范的结构》，知识产权出版社 2010 年版，第 11～17 页。

〔2〕 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 2006 年版，第 513 页。

看,规范意味着旨在影响某种行为、具有实践意义的概念或语句,而不是用以描述、解释和表达的抽象概念。规范经常被解读为采取行动、形成确信和感受的理由。^[1]

规范的类型非常多样,如社会规范、道德规范、法律规范等。芬兰哲学家冯·赖特曾将规范区分为三种主要类型:(1)游戏规则意义上的规范。冯·赖特将这种意义上的规范简称为“规则”(rule)。玩一种游戏是一种人类活动,这种活动的完成是按照标准化的模式进行的,此种模式在游戏中被称为“一步棋或移动”(move)。游戏规则决定哪种移动是正确的,因而是被允许的;决定哪种移动是不正确的,因而是被禁止的。游戏的规则不仅决定移动,而且决定游戏本身和游戏者的活动。因此,游戏规则的特征或性质既不是描述也不是规定,而是决定某事情。游戏规则意义上的规范还包括语法规则、逻辑法则和数学法则等。(2)国家法律意义上的规范。冯·赖特将这种意义的规范简称为“规定(prescription)或规章(regulation)”。一般来说,规定是处于权威地位的人向处于从属地位的人发出的命令或允许。因此,这种规范由以下要素组成:规范权威、规范主体、规范内容,以及规范权威为了保障他所发出的规范的实效性(effective)而施加的制裁或惩罚的威胁。这种规范往往体现了规范权威欲使规范主体按照一定方式行为的意志。这种意义上的规范还包括军队的命令、父母给小孩的指令或允许等。(3)适用指示(direction for use)意义上的规范。冯·赖特将这种意义的规范简称为“指示”(directive)。这种规范也可以称为“技术规范”(technical norm)。它们假设了人类活动的目标以及这些目标和行为之间的必然关系。除了上述三种主要规范,还有三种次要规范即习惯(custom)、道德原则(moral principle)和理想规则(ideal

[1] 参见维基百科有关“norm”词条的解释:[http://en.wikipedia.org/wiki/Norm_\(philosophy\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Norm_(philosophy))。

rule)。这三种规范之所以被称为次要规范,是因为它们之中的任何一个都不仅仅具有上述三种主要规范之中的一种规范的性质或特征;或者说三种次要规范的任何一个规范都至少具有两种主要规范的性质或特征。例如,习惯不仅具有“规则”的性质可决定一定的行为模式,还具有“规定”的性质即给共同体的成员遵守这些行为模式施加规范性压力。道德原则一方面具有“规定”性质与习惯相同,给共同体的成员遵守这些行为模式施加规范性压力;另一方面具有“技术”的性质即与善的生活或善的人有关。理想规则处于技术规范(关于目标与方式的关系)与“规则”(决定一定的模式或标准)之间的位置。^[1]

从规范的语言表达形式上看,祈使句最经常被用来表达规范。“祈使”(imperative)的意思在起源上与“命令”(commanding)是相同的,祈使句往往并不用来描述“是怎样”,而是规定“应当怎样”。但是,这并不意味着所有使用祈使语气的语句都被用来表达“命令”,也不意味着所有的规范都能使用祈使句来表达。比如,“规定”意义上的规范中的“允许”就不能用祈使句表达。“允许”性质的规范往往是使用助动词“可以”(may)与做被允许的事情的动词相联结来表达的。^[2]另外,陈述句也可以表述规范,在法律中或在道德原则中都有用陈述句表述规范的情况。一般来说,一个表述是否规范,依赖于该语句旨在主张什么。比如,如果出现了一只白色的渡鸦,那么“所有渡鸦都是黑色的”这一语句可以被看作是与之相矛盾的描述性语句;“所有渡鸦都是黑色的”的语句也可能被解读为一个规范,可以被视为有关渡鸦的一个原则、一个定义、一

[1] G. H. von Wright, *Norm and Action*, Routledge and Kegan Paul Press, 1963, pp. 1-16.

[2] G. H. von Wright, *Norm and Action*, Routledge and Kegan Paul Press, pp. 96-97.

个评定标准,据此,白色的渡鸦就不是渡鸦了。^[1]

在语言中还有一种语法类型的句子即使用“应该”(ought)、“可以”(may)和“禁止”(must not)等助动词的句子。这类句子与规范语言的关系最密切,而且对它最重要。冯·赖特将“应该”(ought)、“可以”(may)和“禁止”(must not)等词称为道义助动词(deontic auxiliary verbs),将这类句子称为道义句(deontic sentences)。道义句之所以非常重要,一个重要的原因在于:每一个规范都可以用道义句表达。首先,道义语句作为规范表达的语义承载力(semantic capacity)比祈使句更大。一方面是祈使句中缺乏表达“允许”的词汇,而道义词中的“可以(may)”能够弥补祈使句的这种缺陷。另一方面作为规范表达的祈使句往往只是表达“规定”意义上的规范,而作为规范表达的道义句不与任何一种类型的规范相联合。^[2]其次,以陈述句表达的规范也可以转化为以道义语词表达的规范。比如,“所有渡鸦都是黑色的”如果是一个规范,那么这一规范也可表述为:“所有渡鸦都应当是黑色的。”因此,道义句或道义模式就可以被视为是规范语句的标准形式。

(二)规范的主要特点

在日常生活中,我们被各种规范所笼罩,因此对于规范的特征有一些常识上的认识。比如,规范的意义在于调整人们的行为,具有实践性;规范与“什么是善的、合理的或有责任的”问题密切相关,具有应然性;规范往往具有一般性;等等。然而,由于规范数量众多,彼此差异很大,这些常识性认识经常是不准确的。例如,标准、命令都被认为属于规范类型,但前者却可能仅仅是涉及而不是针对行为本身,是对有关行为的某一方面提出的概括性要求;后者

[1] 参见维基百科有关“norm”词条的解释:[http://en.wikipedia.org/wiki/Norm_\(philosophy\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Norm_(philosophy))。

[2] G. H. von Wright, *Norm and Action*, Routledge and Kegan Paul Press, pp. 100 - 101.

则更为灵活,具有情景敏感性。事实上,人们对于各种规范所共享的主要特点是什么,一直存在不同的认识。

有一种比较普遍的看法是,规范是用来规定、创建或改变某种事物的。由于它并不被用来描述任何事情,因此它的一个主要特点就在于:规范性语句并不存在描述意义上的真与假。描述性陈述的真,往往基于其是否与现实相一致;规范并不具有这样的特征。以“应该”为助动词的规范语句指向的是“应然之事”,“应然之事”是希望或要求实现但尚未实现之事,它与现实相异。因而,有些哲学家主张规范没有终极意义上的真或假,仅仅有成功或不成功、有效或无效。^[1]还有一些哲学家认为,规范性陈述的主要功能,便是表达情感。^[2]而情感的表达消解了对事实的描述和认知。例如,英国哲学家艾耶尔便认为:某人在说某种行为是对的或错的时,这并没有作任何的事实陈述。如果别人提出一个与之相反的说法,那也只是表达他的道德情感,因此,问他们两个中哪一个对,显然是没有意义的。^[3]由此,艾耶尔甚至断言道德句子“不是真正的命题”,并相应地不存在真假问题:“如果一个句子完全不作出任何陈述,那么问这个句子所说的是真的还是假的,显然就没有意义。”^[4]美国哲学家斯蒂文森也持类似的观点,在他看来,伦理语句(statement)首先与态度的一致与不一致相联系,并相应地具有

[1] 参见 John R. Searle, *Speech Act*, Oxford Press, 1969。与之相类似的一种观点认为,知识是一种被证明为真的信念,而规范由于其自身不涉及真假,因此规范并不是知识。参见[德]赖欣巴哈:《科学哲学的兴起》,侏尼译,商务印书馆1983年版,第213~214页。

[2] [英]休谟:《道德原理探究》,王淑芹译,中国社会科学出版社1999年版,第49页。

[3] [英]A. J. 艾耶尔:《语言、真理与逻辑》,尹大贻译,上海译文出版社1981年版,第122页。

[4] [英]A. J. 艾耶尔:《语言、真理与逻辑》,尹大贻译,上海译文出版社1981年版,第123页。

祈使的意义,而祈使性的句子是无法确证的:它根本不向证明开放。^{〔1〕}

这种观点在理论上导源于当然与实然、必然的相互隔绝。自笛卡尔以来,我们对世界的认识,都是奠基于“自然和规范的二元论”之上的。因此,人们一般认为,规范的意义就在于存有与当为二元区分当中的当为(或称之为应然、应为)。规范语句表达了一种主张(claim)人们应该或必须如何行动的判断,而非陈述(state)人们实际上如何行动的事实说明。然而,这种将规范性语句的描述、认知意义与表达意义截然加以对立的观点,却存在显著的局限性。有学者以“你偷钱的行为是错误的”这一规范性语句为例,说明了规范性语句既包含描述内容,也包含规范内容的观点:首先,作为评价对象的“你偷钱”这一行为是已经发生的事实,它相应地表明了上述语句的事实指向性;同时,将“偷钱”与“错”联系起来(以“错”这一表词来规定“偷钱”的行为),也绝非仅仅是单纯的情感表达,而是对一定历史时期制度事实的确认(偷钱具有不正当的性质,是一定财产关系中的一种社会化、制度化的事实)。其次,这一语句也表示了陈述者的态度(对偷钱这一行为的谴责),具有表达的意义。最后,该语句还隐含了“不应当偷钱”这一规范性判断,该判断对行为具有更直接的定向与指导作用。因此,规范性语句在结构上往往是描述、表达与规范的交汇,同时涉及当然、实然、必然等层面。因此“当然体现了人的需要、目的、理想,后者又以实然(现实的社会存在,包括生活世界)及必然(社会历史过程中的规律性联系)为根据”。^{〔2〕}另外,仅就当然(或应然)意义上看,规范仍存在可以论证的“真或假”。所谓“规范性的真”意味着一个规定性的

〔1〕 [美]查尔斯·L. 斯蒂文森:《伦理学与语言》,姚新中等译,中国社会科学出版社1991年版,第30~33页。

〔2〕 杨国荣:《伦理与实在:道德哲学研究》,上海人民出版社2002年版,第208页。

陈述与一个正确的意欲(desire)相一致。^[1]“正确的意欲”与行为的终极价值有关,而某一终极价值是否可以成立,是可以进行理性讨论,可以进行理性辩护的。^[2]理性的讨论与辩护的展开,也离不开相关的事实论据与价值论据。^[3]因此,人类社会中的规范往往是事实与价值相互关联的产物:有时,价值因素附着于事实之上(许多社会规范便是因其事实上有效进而被认为有正当性);有时,则是价值评判主动将事实因素吸纳进来,重新组织事实因素(如法制变革过程中,立法者有意识引进的、旨在改革现有社会条件的新型法律规范)。^[4]

与上述争论有关的另一个分歧在于,规范是否具有自然的性质。一种观点认为,各种规范并不具有自然性,也不是自然实体。规范一般都带有某种人为的、习惯性的、制度性的、非自然的性质。另一种观点则认为,规范的权威来自于人的自然本性、现实的社会存在或非人格的自然律。德国伦理学家包尔生便持这一观点。他认为,“……伦理学的命题为自然律”,“道德律不是任性的产物,不是一位高居万民之上的君主或一种不可控制的‘内在声音’的专横命令,而是人类生活的内在规律的表现。人类生活(一种包含着人的精神历史内容的生活)只有在所有的个人以一种相对的统一性行动,符合道德律的情况下才是可能的,所以道德律在此具有与生

[1] 这种观点的提倡者可以直接追溯至亚里士多德。亚里士多德认为,按其本质,道德规范的意义总是通过对行为的引导和约束而得到具体体现,所谓“当然”,便意味着规定何者应当做、何者不应当做,而这种规定的前提,则是价值的认定:唯有具有正面价值的(善的)行为,才是应当做的。参见亚里士多德:《尼各马可伦理学》,廖申白译注,商务印书馆2003年版,1094a。

[2] 陈真:《当代西方规范伦理学》,南京师范大学出版社2006年版,第17页。

[3] 徐梦秋:“规范何以可能”,载《学术月刊》2002年第7期。

[4] 周静:《法律规范的结构》,知识产权出版社2010年版,第19~27页。