

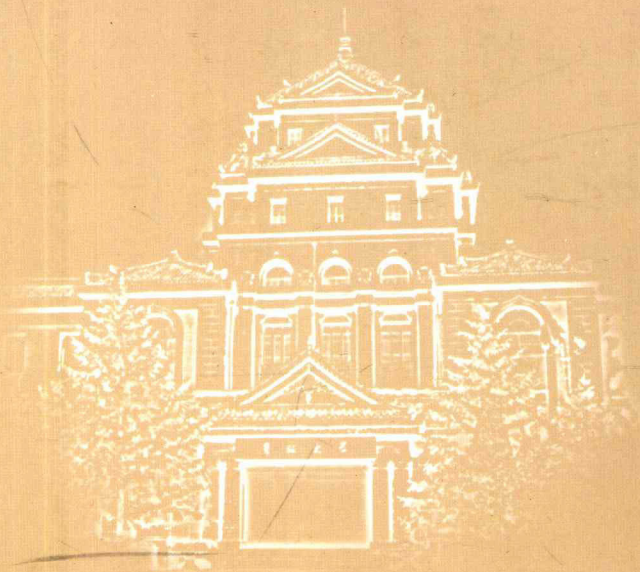


吉林大学理论法学研究中心学术文库

新分析法学中的 方法论问题研究

由哈特的描述性法理学引发的争论

沈映涵/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



吉林大学理论法学研究中心学术文库

新分析法学中的方法论问题研究

由哈特的描述性法理学引发的争论

沈映涵/著



法律出版社

www.lawpress.com.cn



www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

新分析法学中的方法论问题研究:由哈特的描述性
法理学引发的争论 / 沈映涵著. —北京:法律出版社,
2010. 8

(吉林大学理论法学研究中心学术文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0995 - 7

I. ①新… II. ①沈… III. ①法学—方法论—研究
IV. ①D90 - 03

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 141486 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/贾菲

装帧设计/李瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/学术·对外出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京外文印刷厂

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/6 字数/146 千

版本/2010 年 8 月第 1 版

印次/2010 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

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 - 0995 - 7 定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

张文显

时代的伟大实践需要与之相适应的理论,而真正适合时代需求的理论又的确将会引导时代的社会实践。可以说,自 1978 年党的十一届三中全会以来,拥有较为悠久历史的吉林大学法学理论学科,始终是在跟随着中国改革开放和社会主义现代化建设的伟大实践而不断发展成熟的;可以说,在改革开放的三十年间,吉林大学的法学理论学科积极地发起、推动和参与了一系列对于我国整个法学的基础理论发展和社会主义法治建设实践都具有非常重大指导意义和实践价值的法学的观念变革、方法更新和理论进步的重大活动;可以说,吉林大学法学理论学科的发展本身就是我国改革开放和社会主义现代化建设理论需求和理论发展的一个缩影,也是理论关注实践、参与实践、推动实践、指导实践的一个例证。

在历史进入 21 世纪初的 2000 年,以吉林大学法学理论学科为核心所组建的吉林大学理论法学研究中心经过严格的评审被教育部批准为教育部人文社会科学重点研究基地。随后,吉林大学法学理论学科于 2001 年经教育部批准成为国家重点学科,被纳入“211 工程”重点学科建设计划。在 2004 年,以法学理论学科为依托,吉林大学理论法学研究中心在整合了政治学、国际政治学、国际经济学等学科的基础上组成的吉林大学法律与经济全球化研究所被批准为国家 985 哲学社会科学创新基地。2007 年,在这样的三大平台基础上以吉林大学法学理论学科的教师为主体的教学团队被教育部确定为首批国家级教学团队。所有这一切都是我们的党和国家以及我国法学理论界和法学教育界对于吉林大学法学理论学科在我国新时期的理论创新和对于我国社会主义法治建设所做出的重大贡献的高度认可的体现。

经过进入新世纪以来的近 10 年建设,吉林大学法学理论学科在科学研究、学科队伍建设、人才培养、国际和国内学术交流、信息与咨询服务、学科发展等方面,均取得了长足进展。在这期间和在这之前,吉林大学法学理论学科专著型学术研究成果展示的基本渠道都是各个老师和研究人员自行联系出版。此种方式当然也可以反映吉林大学法学理论学科科学研究的状况,但无疑只是片段性或片面性的,无法全面而整体性地展示吉林大学法学理论学科科学研究的全貌。随着吉林大学法学理论学科作为国家重点学科、教育部重点研究基地、国家创新基地、国家级教学团队的研究成果的积累,吉林大学法学理论学科的学科建设及其学术研究,都需要一个具有持续能力的成果展示平台,以不断总结和展示本学科在博士研究生培养方面的成就,激励理论法学研究中心年轻教师积极从事科学研究并使其成果得到有学术影响力地集中展示。为此,吉林大学理论法学研究中心决定把多年来一直在设想之中的出版中心学术文库的工作付诸实施。

吉林大学理论法学研究中心学术文库为连续性的系列出版物。首先以吉林大学法学理论专业通过答辩的优秀博士学位论文为主要选题来源,其次是吉林大学理论法学研究中心各位教师和研究人员的专著及学术文集,此外就是在条件成熟的时候逐步吸收全国法学理论领域年轻学者的学术专著或者各个高校法学理论专业的博士研究生的优秀博士学位论文。

法律出版社给予了我们吉林大学理论法学研究中心法学文库的出版以极大的支持。吉林大学理论法学研究中心将与法律出版社建立长期的合作关系共同推进中心学术文库的出版工作。这套学术文库的出版会以每年5~10本学术著作的规模推进。

借此,我们衷心地感谢我国各个高校和科研机构的法学理论学科对于吉林大学法学理论学科工作的大力支持!我们也希望吉林大学理论法学研究中心学术文库的出版,将为推进我国法学理论学科的学科建设、科学研究、人才培养、学术交流等做出重大贡献!

目 录

第 1 章 绪论	1
1.1 论题的确定及其意义	1
1.2 新分析法学中的方法论问题 研究现状	9
1.3 本书论题的限定	14
1.4 本书的论述路径及结构 安排	15
第 2 章 哈特的描述主义进路——方法 论之争的缘起	19
2.1 描述主义进路的提出	19
2.2 规则模式的确立	24
2.2.1 规则观念的引入——从 “命令”到“规则”	24
2.2.2 两类规则的结合——法律 的核心特征	26

2.2.3 承认规则——法律体系的基础	29
2.3 内在观点——参与者的视角	31
2.3.1 规则的内在方面	31
2.3.2 内在观点	33
2.4 第三种类型的陈述——观察者的立场	35
第3章 德沃金的解释主义进路——对描述主义进路的批判	40
3.1 规范性法理学的提出	40
3.2 “语义学之刺”的主张	43
3.3 建构性的解释主义进路	47
3.4 后续的争辩	52
3.4.1 哈特对德沃金的回应	52
3.4.2 德沃金对哈特的再批判	54
第4章 法律理论与道德评价——进一步的争论	60
4.1 对德沃金解释主义进路的推进——佩里的主张	60
4.1.1 哈特的两项方法论主张	60
4.1.2 描述性主张与规则模式	63
4.1.3 内在观点与预测论	65
4.1.4 功能主义与描述性法理学	69
4.1.5 温和的内在主义解释进路	73
4.2 对哈特描述主义进路的捍卫——科尔曼的主张	77
4.2.1 经由“语义学之刺”的规范性法理学	78
4.2.2 “自我观念主张”与“弱褒扬属性”	85
4.2.3 解读哈特的描述性主张——对佩里的回应	91
4.3 中间立场——迪克森的主张	95
4.3.1 间接评价理论的提出	95
4.3.2 对佩里主张的批判	99

4.4 小结	100
第5章 法学中的“自然主义转向”——对概念分析的挑战	102
5.1 哲学中的“自然主义转向”——奎因的自然化的认识论	103
5.1.1 对经验论“两个教条”的批判	104
5.1.2 自然化的认识论	112
5.2 超越哈特与德沃金之争——莱特的自然化的法理学	117
5.2.1 对法学中的概念分析方法的批判	118
5.2.2 自然化的法理学	121
第6章 结语：对新分析法学中的方法论之争的再思考	127
6.1 描述主义进路的可能性	128
6.2 自然主义进路的有效性	136
6.3 对概念分析方法的反思	143
6.4 法律理论的建构方式与新分析法学的未来	151
参考文献	155
后记	178

第1章 绪论

1.1 论题的确定及其意义

众所周知,自 H. L. A. 哈特(H. L. A. Hart)的主要著作《法律的概念》^①一书问世以来,实证主义法律哲学的研究在很大程度上都是围绕着该书所开放出来的众多问题进行讨论的,甚至其他法律哲学研究学派也几乎不再可能绕过这些问题来进行讨论了,难怪科尔曼(Jules Coleman)将《法律的概念》称为“20 世纪下半叶法理学的分析传统中最富影响力和最重要的著作”。^② 而

① H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961. 本书在引用哈特此书中的内容时,参阅了张文显教授等人以及许家馨和李冠宜的两个译本,特此致谢。参见[英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版;[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。

② Jules Coleman (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, 2001, p. v.

且,近些年来,围绕哈特的新分析实证主义法律理论所产生的激烈讨论从未停止过,而其中最为显著的一个转向,便是分析法学日趋关注其自身的方法论问题,也就是说,分析法理学不再满足于关注诸如实证主义的类别以及是否应当对实证主义进行捍卫等传统上不断进行争论的问题,而是将争论点转向了法律理论自身的建构方式问题,即主要关注“我们应当如何进行法理学研究”这个问题。^①

引发这场新分析法学中的方法论之争的,便是哈特在《法律的

① 针对这一问题进行讨论的主要文献有: John Oberdiek & Dennis Patterson, *Moral Evaluation and Conceptual Analysis in Jurisprudential Methodology*, 载 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=925628, 2008年10月1日访问; Dennis Patterson, *Notes on the Methodology Debate in Contemporary Jurisprudence: Why Sociologists Might Be Interested*, 8 *Law and Sociology*, 2006, pp. 254 ~ 258; Veronica Rodriguez-Blanco, *The Methodological Problem in Legal Theory: Normative and Descriptive Jurisprudence Revisited*, 19 *Ratio Juris*, 2006, pp. 26 ~ 54; Stephen R. Perry, *Interpretation and Methodology in Legal Theory*, in Andrei Marmor (ed.), *Law and Interpretation*, Clarendon Press, 1995, pp. 97 ~ 136; Stephen R. Perry, *Hart's Methodological Positivism*, in Jules Coleman (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, 2001, pp. 311 ~ 354; Julie Dickson, *Methodology in Jurisprudence: A Critical Survey*, 10 *Legal Theory* 2004, pp. 117 ~ 156; Julie Dickson, *Evaluation and Legal Theory*, Hart Publishing, 2001; Jules Coleman, *Methodology*, in Jules Coleman & Scott Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2002, pp. 311 ~ 351; Jules Coleman, *The Practice of Principles: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, 2001; Jules Coleman, *Methodological Concerns*, in Martin P. Golding & William A. Edmundson (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell publishing, 2004; Brian Leiter, *Beyond Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence*, 48 *The American Journal of Jurisprudence*, 2003, pp. 17 ~ 51; Brian Bix, *Some Reflections on Methodology in Jurisprudence*, in E. Cáceres, I. Flores, Saldaq & E. Villanueva (eds.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, UNAM, 2005, pp. 67 ~ 96; Andrew Halpin, *The Methodology of Jurisprudence: Thirty Years Off the Point*, 19 *The Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 2006, pp. 67 ~ 105; Andrew Halpin, *Methodology and the Articulation of Insight: Some Lessons from MacCormick's Institutions of Law*, in Z. Bankowski & M. Del Mar (eds.), *Law as Institutional Normative Order*, Ashgate, 2008。

概念》及其“后记”^①中所提出的“描述性法理学”主张,即试图提供一种普遍性的、描述性的有关法律是什么的理论。哈特在《法律的概念》中宣称,“尽管本书致力于分析,但是,在探究词的意义时,就词论词的做法不足为训,故本书也可以被视为一种描述社会学(descriptive sociology)的尝试”。^②并且在其身后才得以出版的“后记”中,随着对德沃金(Ronald Dworkin)解释主义进路的回应,哈特进一步明确了这种说法,并使得新分析法理学中的争论焦点进一步转向了讨论“何谓法律理论”以及“如何建构法律理论”的问题。在“后记”的前两个部分中,哈特始终都在试图对其方法论方面的承诺做出解释以回应德沃金此前对法律实证主义的批判。哈特指出:“我的主张之所以是描述性的,是由于它在道德上是中立的并且没有正当性(justificatory)的目标:它并不依据道德或其他基础来试图证成或推崇出现在我关于法律的一般性说明中的各种形式和结构,尽管我认为,对这些形式和结构的清晰理解对于任何关于法律之有用的道德评价来说是一个重要的前提。”^③由此,哈特确定了其在对法律进行概念分析时以一种描述性的方式来对法律进行理解和说明的方法论特征。也就是说,在哈特看来,对法律的充分理解不仅需要概念分析,而且也应当采用一种描述性的方式而并不需要对法律进行道德上的评价,在哈特那里,据此得出的法律的核心特征便在于第一性规则与第二性规则的结合。

① H. L. A. Hart, Postscript, in Penelope A. Bulloch & Joseph Raz (eds.), *The Concept of Law* (2nd edition), Clarendon Press, 1994, pp. 238 ~ 276. 本书在引用哈特“后记”中的内容时,同时参阅了支振锋和湛洪果的两个译本,特此致谢。参见[英]H. L. A. 哈特:《〈法律的概念〉附文》,支振锋译,《清华法学》第5辑;[英]H. L. A. 哈特:《〈法律的概念〉后记》,湛洪果译,载 <http://www.gongfa.com/hatefalvgainianhouji.htm>, 2005年3月12日访问。

② H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961, p. v.

③ H. L. A. Hart, Postscript, in Penelope A. Bulloch & Joseph Raz (eds.), *The Concept of Law* (2nd edition), Clarendon Press, 1994, p. 240.

哈特所强调的这种描述性的概念分析方法遭到了来自两个方面的不同挑战。一种挑战来自于新分析法学内部的解释主义方法,其所针对的是哈特的描述主义方法,代表人物是德沃金、佩里(Stephen R. Perry)等人。他们承认对法律进行哲学上的分析在某种程度上是富有成效的,然而却否认哈特所提出的描述性主张,在他们看来,对法律进行概念分析离不开从政治和道德上对法律所作出的评价。另一种挑战则来自于新分析法学外部的自然主义方法,其所针对的是哈特的概念分析方法,代表人物是布赖恩·莱特(Brian Leiter)。与德沃金等人不同,莱特所反对的是对法律进行概念上的分析本身,在他看来,由于在哲学领域,语言哲学实际上已经让位于自然主义,因而相应地,在法学领域,分析法理学也必须要让位于一种自然化的法理学。由此可见,上述这两方面的挑战,一个所针对的是哈特本人所强调的描述主义方法论进路,另一个所针对的则是传统上整个分析法理学(既包括哈特及其追随者,也包括德沃金等哈特描述性主张的批判者)都视为当然前提的概念分析方法。

值得注意的是,这种方法论之争实际上只是在法理学领域才体现得更明显,而“在道德和政治哲学家们那里,如果说受到了一点干扰的话,也只是在做研究时对概念和直觉有点儿怀疑罢了”,^①那么,为什么有关方法论的相关问题能够在法理学领域引发特定的争论,而在诸如政治哲学等其他学科中却并不存在类似的争论呢?其原因就在于法律自身所具有的独特属性——法律是一种兼具社会性和规范性的现象。法律所具有的这种独特属性也就意味着,法律不仅是一种社会制度,而且它也系统地创设了行动的理由(reasons for action)。正是基于法律这种兼具哲学性与描述性的双重特性,才得以法律作为研究对象的法理学领域也相应地产生了特定的方法

^① Brian Leiter, Beyond Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence, 48 *The American Journal of Jurisprudence*, 2003, p. 32.

论难题:它不仅要分析作为社会实践的法律的赋予理由(reasons-giving)的维度,而且要以描述性的方式来精确地刻画体现为既存社会制度的法律。这也就是说,从某种意义上来说,法理学既是实践哲学的一个分支,也是一种特定的社会科学。因此,可以说,正是法律的双重特性所带来的法学理论建构的双重特性才进一步导致了法理学领域所特有的方法论难题。^①

实际上,也正是法律与法律理论建构之间所存在的上述相关性使得在具体问题的讨论上,方法论之争与传统的法理学问题争论必然会存在特定的关联。一方面,基于方法与内容之间所固有的紧密关联,对方法的讨论从来就离不开对相关实质性问题的探讨,因此,针对法律理论的建构方式而产生的争论就必然会涉及“如何理解法律本身”这个问题。另一方面,由于对“法律”的理解所存在的巨大分歧,这场方法论之争的发起者和参与者仍然主要是实证主义者、解释主义者等就传统的法理学实质问题进行争论的理论家们,因此,与对传统法理学实质问题的讨论相关,方法论之争的重要问题之一仍然离不开道德评价在法律领域所占据的位置及其所承担的角色。

然而,尽管法律理论上的方法论之争与有关法律本身的传统问题争论存在着密切的相关性,法理学领域自身的方法论之争也仍然存在着其独特的讨论内容。一方面,在方法论之争中,人们就道德在法律理论的建构中所扮演的角色而进行的讨论并不能等同于传统上人们就道德与法律之间的关系所进行的争论。也就是说,方法论之争所涉及的道德评价问题与传统上人们对“法律”作出理解时所涉及的道德评价问题之间仍然是存在差别的:这场方法论之争尽管也涉及道德因素的地位问题,但是这种争论是针对“法律理论”

^① 参见 Stephen R. Perry, *Interpretation and Methodology in Legal Theory*, in Andrei Marmor (ed.), *Law and Interpretation*, Clarendon Press, 1995, pp. 97~98.

的,而非针对“法律”本身。关于这二者之间的差别可以见之于佩里对法律实证主义所作出的进一步区分。佩里曾指出,法律实证主义可以被区分为实质性的法律实证主义和方法论上的法律实证主义,前者主张道德与法律并不存在必然的关联,后者则强调道德与法律理论并不存在必然的关联:“法律理论可以而且应该提供一种有关某一特定社会现象——法律——的规范性的中立描述。”^①基于佩里所作出的这种区分,持实质性法律实证主义观点的理论家并不必然就方法论问题也持实证主义的观点,反之亦然。比如,霍布斯和边沁尽管主张的是实质性的法律实证主义,然而其所提倡的方法论却是规范性的;而摩尔(Moore)尽管主张的是自然法理论,然而其在方法论上的主张却是实证主义的。^②另一方面,在这场方法论之争中,由于哲学领域相关研究的近期发展首次被引入到法理学的范围之内,因此,我们在后文的具体分析中可以看到,这种引入实际上意味着传统上相互抗争的双方争论者——以哈特为代表的描述主义进路和以德沃金为代表的解释主义进路——需要共同面对同样的特定问题并对其加以进一步的阐明。这个特定的问题就是在此前的方法论之争中为描述主义进路和解释主义进路的法律哲学家们作为其争论前提所共同承认的概念分析方法的正当性问题。那么,我们究竟应当承认抑或否弃概念分析方法?——这就不仅仅涉及以哈特为代表的描述主义一脉,而且同样涉及以德沃金为代表的解释主义一脉,甚至也包括持中间进路的朱莉·迪克森(Julie Dickson)。由此可见,在新分析法学传统中,涉及法律理论建构的方法论之争尽管

① Stephen R. Perry, *Hart's Methodological Positivism*, in Jules Coleman (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, 2001, p. 311.

② 参见 Stephen R. Perry, *Hart's Methodological Positivism*, in Jules Coleman (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, 2001, p. 311.

与传统上针对法律自身的理解问题而产生的特定争论存在着某种程度的相关性,然而二者却并不能完全等同。

迄今为止,由哈特的“描述性法学”所引发的方法论之争已经进行了二十余年,并且直到今天,新分析法学仍然在就方法论问题展开着如火如荼的激烈争论。因此,对这场方法论之争进行关注,一方面,从具体的理论研究角度来讲,不仅可以增进我们对方法论问题的理解,^①从而使“法哲学在方法论上的无知能够从此成为过去”,^②而且,通过本书的具体分析可以看到,与新分析法学中这场方法论之争的兴起相伴随的,实际上是新分析法学自身的转向。因此,对哈特所引发的这场方法论之争进行理论上的关注,不仅可以使我们从一个全新的角度重新审视以哈特为代表的描述主义、以德沃金为代表的解释主义以及以莱特为代表的自然主义的根本立场,而且可以通过对“法律理论”之本性的探讨来促进我们对“法律”自身之本性的理解,甚至可以进一步就新分析法学未来的具体研究方式进行更具创新性的思考,从而使整个新分析法学的讨论走进一个崭新的殿堂。另一方面,在我看来,从更为宽泛的角度来讲,对新分析法学中所展开的这场方法论之争及其相关问题进行细致的梳理和探讨具有更为重要的意义。一方面,对于中国法律学人来说,对这场方法论之争进行关注能够使我们及时地了解到西方法学所讨论的热点问题及其进展状况,从而为中国的法律学人参与国际学术焦点问题的讨论提供基本的前提和良好的平台;另一方面,也是更

① 关于方法论问题所具有的重要意义,张文显教授曾明确指出:“方法论和研究方法在很大程度上影响乃至决定着研究者的理论视角、认知兴趣、课题设计、资料识别、逻辑推论、评价标准,一位学者、一个学术群体的理论之所以在众多的学派中独树一帜,往往取决于其方法论和研究方法的新颖和独特。”参见张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第32页。

② Brian Leiter, Interview About Legal Philosophy, 载 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=986606, 2008年8月26日访问。

为重要的意义在于,这场方法论之争实际上并不仅仅局限于新分析法学内部,它所解决的问题也绝非简单的概念分析以及描述是否可能的问题,实际上它最终所涉及的是这样一个实质性的问题,即我们究竟应该如何理解法律?也就是说,这场方法论之争尽管以哈特、德沃金、科尔曼、佩里、迪克森、莱特等理论家为核心人物而展开,然而它绝不仅仅涉及积极参与这场方法论之争的那些法律理论家,它所面向的,实际上是我们每一位致力于法律理论建构的学人。众所周知,尽管我们所面对的是同样的法律现象,然而我们对法律现象的解释却千差万别,因此,对法律理论的建构方式问题进行厘清和探讨,不仅能够促使我们每一位理论学人都能够对道德评价和概念分析在法学中的作用进行进一步的反思,而且可以促使我们重新思考“进行法律理论建构的意义”问题以及“作为理论建构者的我们究竟应该如何进行法律理论研究”等相关问题:我们进行法律理论建构的目的是什么?我们期望我们所建构出来的这些法律理论能够做些什么?我们又应当根据何种标准来鉴别某一法律理论的成功与否并判断不同法律理论之间的优劣?^① 凡此种种,都是进行

^① 参见 Raz, Can There Be a Theory of Law?, in Martin P. Golding & William A. Edmundson (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing, 2006, pp. 324 ~ 342。