

西方法哲学文库

法 理 性 商 谈

法 哲 学 研 究

[德] 罗伯特·阿列克西/著
朱光 雷磊/译

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

西方法哲学文库



法 理 性 商 谈

法 哲 学 研 究

[德] 罗伯特·阿列克西/著
朱光 雷磊/译

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

西方法哲学文库

许章润 舒国滢/主编



Recht, Vernunft, Diskurs.

Studien zur Rechtsphilosophie

Robert Alexy

Copyright ©Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main 1995

“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。凡传统所谓法理学法哲学之论述，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

中文版前言

我的论文集《法 理性 商谈》如今也要以中文出版，这令我深感荣幸。关于这十一篇文章的内容与目标我在德文版前言中作了交代，这本论文集已经包括了这个前言。在这里我只想对书的标题稍加说明，或许这能使得本书的基本理念更加易于被理解。在标题的三个概念中，处于中心位置的是“理性”。理性实际上是体系的核心，所有一切都围绕着它。理性的要求体现在两个方向或维度上。第一个维度涉及社会生活的现实或制度性层面。一个社会只有通过法——它在必要时同样借助于强制来实施——才能建立起理性的秩序。这一点借由标题中“法”这个概念被表达出来。然而仅仅强制或权力本身不足以使得理性制度化。为了实现目的，必须在现实层面之外加上一个理想或批判性的层面。后者涉及法的正确性。这只能通过论证或商谈来产生，如果这是可能的话，那么也只能通过论证或商谈来确保。这解释了标题中的第三个概念，即“商谈”。如果能成功解决现实与理想的辩证关系，那么一个组织良好或和谐的法律体系就形成了。对此作出一点贡献过去是、现在也是这本论文集的目标。现在它将以中文面世。这之所以

可能，当归功于雷磊与朱光为本书所承担的繁重的翻译工作。
我对他们表示由衷的感谢。

罗伯特·阿列克西
基尔，2009年3月

德文版前言

这卷文集囊括了大约十五年里所写的十一篇文章，它们可被分为三个主题：法律解释、商谈与法的关系以及权利与原则的结构。

开篇的构思源自 1978 年在慕尼黑由国际法哲学与社会哲学协会（IVR）德国分会召开的例会上所作的报告，它是关于法律判决之逻辑分析的尝试。在这一研究中我仿佛自己触及了原则理论的基础。于我而言，这似乎证明了法律中逻辑分析的有用性。第二篇文章涉及规范的证立与适用之间的区别，其被克劳斯·京特（Klaus Günther）和于尔根·哈贝马斯（Jürgen Habermas）认为具有根本意义。它们对应于两个完全不同的商谈类型：证立性商谈与适用性商谈。大家都会同意这两位作者的观点，即规范证立与规范适用之间是有区别的。问题在于，这种区别是否具有他们所称的根本性意义。我将力图证明并非如此。我的主要论点是：每一个适用性商谈都包含着一个证立性商谈。如果人们要领会一种普遍性的判决实践，这无论如何是对的。放弃它也就意味着放弃了实践理性最重要的要求之一。因此也可以说，规范的证立与适用之间的区别对于民主宪政国家的核心问题（即立法与司法权之间的划分问题）贡献不大。第一部分的第三篇文章《法律解释》，延续了我以前对

这一主题的思考。它区分了三种类型的诠释学循环，即反思循环、融贯循环和完满循环，它们分别对应于对于法律论证理论而言具有根本性的三个理性假定。（本文的）新颖之处同样在于，将法律论据只分为四类：语言学的、发生学的、体系的以及普遍实践的论证。当然我于1978在《法律论证理论》一书中所提出的分类也不应被视为是错误的。分类是一个合目的性问题。新的分类拥有简洁的优点。此外，它开启了这样一种可能性：在体系论证的观点下来探讨法律解释理论的最深层的理念之一，即融贯性理念。

我对商谈与法的关系的研究始于1979年在赫尔辛基所做的报告，在该报告中我第一次尝试，不仅把商谈理论运用于法律论证理论，而且还将其用来构建一般性的法的理论。我所倡议的法律商谈理论联结了四个程序：普遍实践商谈程序、国家立法程序、法律论证程序和司法审判程序。只有以此方式联结各种制度化与非制度化的因素，实践理性才能够实现。《商谈理论问题》一文深化了这个问题。它主要涉及商谈与真或者正确性之间的关系问题。在现实商谈中基本上只能获得相对正确性。尽管如此，绝对正确性的想法不当被抛弃。无论是否真的存在唯一正确答案，现实商谈的参与者都必须宣称他们的答案是唯一正确的，如果他们的主张与论证要有意义的话。绝对正确性因此具有了必要的规制性理念（regulative Idee）的特性。它对应于理想商谈的观念。《商谈理论与人权》一文是我特意为这本文集所写的。它涉及的问题是，人权是否可以借助于商谈理论得到证立。我主张这是可以的。我对人权的商谈理论式证立由两个步骤组成。第一步我尝试来证立商谈规则，然后在此基础上第二步来证立人权。对商谈规则的证立基于三个基石：一个超验证据、一个基于利益最大化的证据以及一个人

类学命题。这个证立过程融合了康德式和霍布斯式的进路。人类学命题则同样趋向于亚里士多德式的理解。对人权的商谈理论式证立的主要问题在于，商谈规则仅仅是言说（Rede）的规则。据此仍然无法直接导出行动（Handlung）规则，因而也无法直接导出人权。因此，为了证立人权，必须有第二步紧随其后。在第二步中我尝试借助三个证据来实现从商谈规则到人权的过渡。这些证据涉及自治、共识和民主。这部分最后一篇文章处理的是商谈与法的关系，它探讨了于尔根·哈贝马斯于1992年出版的《在事实与规范之间》一书中关于法律商谈的一些命题。我试图说明，哈贝马斯对原则理论和特殊情形命题（Sonderfallthese）的反驳都是不能成立的。

本书第三部分涉及权利与原则的结构。同样，作为开篇的是一篇1979年发表的旧文《论法律原则的概念》。在文章中，我以与罗纳德·德沃金之相关区分相商榷的方式，探讨了规则与原则的区分。结论是将原则归为最佳化命令（Optimierungsgebote），并把据此表述出来的应然刻画为“理想应然”（ideales Sollen）。接下来是1987年我在基尔大学就职后首次讲课的内容，在其中我试图将原则理论与商谈理论一起联结到一种民主宪政国家理论之上，我把后者称为“宪政主义的”（国家理论）。《个人权利与集体利益》一文首先对这个经常被运用但缺乏细致界定的二分法进行了概念分析，然后对此进行了规范性分析。我努力说明，有各种不同的可能可以从概念上将其中一方化约为另一方。但存在反对这种化约的规范性理由。在任何一个可被证成的规范性体系中，都必然同时存在有力的个人权利和集体利益。两者之间的关系可以被确定为，个人权利具有初显优先关系（prima facie-Vorrang）。作为本论文集结尾的论文涉及作为主观权利与客观规范的基本权利。对权利与原

则的结构分析在此直接导向了基本法教义学。我关于基本权利之主观与客观维度间关系的核心命题是主观化命题（Subjektivierungsthese）。它认为，每个有约束力的国家基本法义务在本质上都对对应有一个以主观公法权利形式出现的基本权利。

这里收集的十一篇文章各有不同的论述对象与阐述方式，但它们都分享着分析的方法以及有关自治和普遍性的自由主义理念。假如我的臆想，即在这一方法和这些理念之间存在紧密关系，是正确的话，也许人们能设想用“分析自由主义”（analytischer Liberalismus）这一表述来谈论它们。

这本论文集里的文章受益于各方的指点和批评，对此我表示感谢。我还要感谢 Heinke Dietmair 女士将大部分底稿输入（电脑）时所做的细致工作，以及 Stefanie Borchardt, Madis Ernits, Nicola Fenner, Petra Grommeck, Antje Hentschel 和 Birgit Staenke 在文字矫正方面的帮助。

罗伯特·阿列克西
基尔，1994年9月

译者序

罗伯特·阿列克西 (Robert Alexy) 这个名字近年来渐为国内学界所熟识, 大概肇始于其代表作《法律论证理论》一书之中文译本的刊行 (舒国滢教授译, 中国法制出版社 2003 年版)。随后一系列相关译文与研究性论文在国内刊物上的陆续发表, 使得学人对于阿氏理论的框架与全貌有了愈加清晰的了解, 也使其对于当代法哲学与基本权利理论的独特贡献与重要意义有了更加明确的定位。但是, 对于不甚熟悉本书原作者及其基本主张的读者而言, 在序言中占用一大半的篇幅来勾勒作者的生平与著述并非多此一举。

阿列克西 1945 年出生于下萨克森州奥尔登堡, 1968 年夏季进入哥廷根大学学习法律与哲学, 分别师从法哲学教授拉尔夫·德莱尔 (Ralf Dreier, 1931—) 与分析哲学大师京特·帕茨希 (Günter Pazig, 1926—)。^[1] 1976 年获得博士学位后, 从 1984 年开始担任德莱尔教授主持的“一般法学理论”教席的

[1] 阿列克西以及其后同样在帕茨希门下学习的扬-莱茵哈德·西克曼 (Jan-Reinhard Sieckmann) 与德尔夫·布赫瓦尔德 (Delf Buchwald) 被称作德国法学界“帕茨希学派”三剑客。其基本特点为采用分析哲学的基本进路, 注重逻辑在法学研究中的作用。(Vgl. Eric Hilgendorf, “Rechtsphilosophie im vereinigten Deutschland”, *Philosophische Rundschau* 40 (1993), Heft 1-2, S. 16.)

助手工作，同年在哥廷根大学取得公法和法哲学专业教授资格。1986年赴基尔大学主持公法与法哲学教席至今，使得原本在基尔大学并不属于强势的法学（理论）专业获得了德国乃至整个西方法学界的关注。在德国国家法理论与法律理论领域内，阿列克西教授主要以对规范理论（承袭自罗纳德·德沃金 [Ronald Dworkin] 规则与原则的区分）的深入研究与对法律商谈理论（受到于尔根·哈贝马斯 [Jürgen Habermas] 重大影响）的独特贡献而占有重要地位；在国际学术圈中，他则作为在拉德布鲁赫公式（Radbruchsche Formel）的基础上坚持包容道德原则的法概念^{〔2〕}的代表人以及对法律实证主义的批评者^{〔3〕}而闻名。在引发广泛赞誉的同时，围绕其理论主张也展开过不少争论。^{〔4〕}但无论如何，在诺伯特·霍斯特（Nobert Hoerst）^{〔5〕}之外，阿列克西被誉为活着的最重要与最

〔2〕 See Robert Alexy, “A Defence of Radbruch’s Formula”, in: D. Dyzenhaus (Hg.), *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Oxford / Portland Oregon 1999.

〔3〕 在拉德布鲁赫公式的基础上，阿列克西将自己的观点称为是“柔性法律非实证主义”的。（See Robert Alexy, “Effects of Defects—Action or Argument?”, *Ratio Juris*, Vol. 19. No. 2. 2006; ders, “On the Concept and the Nature of Law”, *Ratio Juris*, Vol. 21. No. 3. 2008.）

〔4〕 举其要者，如在论证理论方面，阿列克西与其国内同行克劳斯·京特（Klaus Günter）、乌尔弗里德·诺依曼（Ulfrid Neumann）之间的争议；在法概念与法哲学基本观点方面，与英国法哲学教授约瑟夫·拉兹（Joseph Raz）及阿根廷法学家欧根尼奥·布柳金（Eugenio Bulygin）之间的论战。近年来以论文集形式出现的、对阿氏理论的质疑（与回应），参见 Agustin Menéndez and Erik O. Eriksen (eds), *Fundamental Rights through Diskourse. On Robert Alexy’s Legal Theorie*, Arena Report No. 9/2004; George Pavlakos (ed.): *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*. 2007.

〔5〕 诺伯特·霍斯特（1937—），当代德国著名哲学家，致力于法哲学、伦理学与宗教学研究。1963年在密歇根大学哲学专业获得文学硕士（Master of Art）学位，1964年获明斯特大学法学博士、1967年获波鸿大学哲（转下页脚注）

有影响力的德国法哲学家之一。

阿列克西教授出版或发表的著述总计超过了 120 多种，并被译为 13 国文字，但最重要的著作有三部。第一部就是于 1976 年完成，1978 年由法兰克福苏尔坎普出版社出版的博士论文《法律论证理论》，^[6]也是因为这本书，阿列克西教授声名鹊起，成为当代法律论证理论研究领域无法绕开的高地，并在 1982 年获得哥廷根大学科学院哲学与历史学部的大奖。这部著作的主要命题是，提出“正确性诉求”（Anspruch auf Richtigkeit）的法律论证是普遍实践论证的特殊情形。在其中阿氏分析了当代具有代表性的各种普遍实践论证理论，并主要借助于哈贝马斯的真理共识论（还有维特根斯坦与奥斯丁的语言哲学）归纳了普遍实践论证的大纲；随之在法律论证部分，他运用始于波兰法哲学家泽西·弗罗布列夫斯基（Jerzy Wróblewski）所作的内部证成（internal justification）与外部证成（external justification）的区分，^[7]指出内部证成具有演绎的

（接上页脚注）学博士学位。1972 年在慕尼黑大学获教授资格，1974 - 1998 年在美因兹大学教授法哲学与社会哲学。主张利益伦理学（Interessenethik）、实证主义法律观与怀疑论宗教哲学。主要著述有 *Die Nichtbeachtung der Ehehindernisse des Ehebruchs ausländischer Rechte nach deutschem IPR mit Rücksicht auf die Unanwendbarkeit fremden Strafrechts* (Dissertation, 1964)、*Das Argument der Verallgemeinerung* (Dissertation, 1967)、*Utilitaristische Ethik und Verallgemeinerung* (1971)、*Was ist Recht?* (2006)、*Was ist Moral?* (2008)。

[6] Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt a. M. 1978; 4. Aufl., Frankfurt a. M. 2001. 英译本参见 Ruth Adler and Niel MacCormick trans, *A Theory of Legal Argumentation: the Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Clarendon Press, 1989. 中译本参见舒国滢译：《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》，中国法制出版社 2003 年版。

[7] Jerzy Wróblewski, “Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision”, in: *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie* 5, 1974.

结构，而外部证成则是对内部证成所需之前提本身之正当性的证立，并发展出两种证成的 19 条程序性规则与 6 种论证形式。

第二部著作是 1984 年完成，1985 年由巴登—巴登出版社出版的教授资格论文《基本权利论》。^{〔8〕}其基本思路为，将德国基本法中的基本权利（Grundrecht）理解为法律原则。而原则是一种最佳化命令，它要求某事在相对于事实上与法律上可能的范围内尽最大可能被实现。也正因为如此，作为原则的基本权利的典型适用方式是权衡（Abwägung）而不是涵摄（Subsumption），这意味着，基本权利的司法运用本质上是在合比例性原则的框架内进行的。事实方面的权衡需要遵循适切性原则与必要性原则，而法律上的权衡则须符合狭义上的比例原则。在后者的基础上，后来阿氏发展出了著名的“重力公式”（Gewichtsformel）。^{〔9〕}基本权利的原则理论不仅对学术，而且也对实务产生了重大影响，成为近年来德国及其他地区理论争论的热点之一。同时以上述基本思想为基石，围绕原则理论的精致化、严密化、反思与完善，在阿列克西及其门人中间产生了目前依然强势的“基尔学派”（Kieler Schule），^{〔10〕}形成公法理论上与其他二脉，即鲁道夫·斯门德（Rudolf Smend）或卡尔·施密特（Karl Schmitt）的拥趸相鼎足的局面。

〔8〕 Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985; 3. Aufl. Frankfurt/M. 1996. 英译本参见 Julian Rivers trans., *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford 2002.

〔9〕 Vgl. Robert Alexy, “Die Gewichtsformel”, in: *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, hg. v. J. Jickeli/P. Kreutz/D. Reuter, Berlin 2003.

〔10〕 除阿列克西西本人外，这一学派的成员尚有西克曼、马里乌斯·拉伯（Marius Rabbe）、尼尔斯·杨森（Nils Jansen）、马丁·博罗夫斯基（Martin Borowski）、黑尔格·斯图克（Helge Stück）、马蒂亚斯·克拉特（Matthis Klatt）等。

第三部著作是1992年出版的法哲学专著《法的概念与效力》。^[11]在此书中，阿氏的基本立场是非实证主义的，即代表一种“法律必然包含道德要素”之联系命题的立场。这一联系命题是在三个论据的基础上得以证立的：正确性论据（Richtigkeitsargument）、不法论据（Unrechtsargument）与原则论据（Prinzipienargument）。作为核心论据，正确性论据认为，不论是整个法律体系还是单个法律规范与法律判决都在概念上必然提出正确性诉求，否则就犯了约翰·奥斯丁所指出的施为性矛盾（performativer Widerspruch），从而丧失“法律”体系、规范与判决的性质。原则论据认为，肯认原则作为法律规范之一种与法律体系的组成部分，就不可避免地保有使道德（权衡）被包含于法律中的可能。不法论据则是从对拉德布鲁赫公式中“不能容忍的限度”这一标准的理解而发展出来的：法的概念包括三个要素，实质正确性、权威制定与社会实效。实质正确性构成了法的理想维度，而实质正确性构成了法的现实维度。不合乎道德的法只是有瑕疵的但不丧失其效力（法律与道德的资质性联系），而只有其违背实质正确性达到不能容忍的限度时才失去了效力（分类性联系），即不再是法。可见，阿氏的联系命题反映的毋宁是一种弱的、最低限度的联系。

事实上，我们可以发现，阿列克西的核心理论由相互联系的二部分构成：一是法律商谈理论，二是原则理论，其他的主要理论分支与脉络可以说都是由这两部分分别或共同发展出来

[11] Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg/München 1992; 4. Aufl. Freiburg/München 2005. 英译本参见 Bonnie Litschewski Paulson und Stanley L. Paulson trans., *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford 2002.

的。例如，其关于实践理性这一重要法哲学概念的理解（见本书第4、5、7篇论文）与对人权证立基础的解释（见第6篇论文）就建立在法律商谈理论的基础上。再如，阿氏对法律体系之构成的理解也显然建立在程序性论证理论与原则理论对传统的规则模式进行改造的基础上（见第9篇论文）。^[12]同时正如上一节所说明的，其整个法哲学观也是以此二者为前提的。作为跨度达十五年之久、前后在不同的刊物上发表过的一系列论文（第6篇除外），本论文集的论题涉及法哲学的各个方面。但是不难看出，它们都是围绕“法律论证”与“（作为基本权利之结构的）原则”这二个核心范畴展开的（尽管作者本人将他们分为三个主题）。有的是直接涉及了这两个范畴（如第2、4、5、6、7、8篇），有的则间接蕴含了它们（如第1、2、9、10、11篇）。如果我们用命题化的方式对这11篇论文的主要观点依次进行（不完整的）归纳，或许可以表述如下：（1）法律裁决的基本分析与证立工具是逻辑（内部证成与外部证成有不同的逻辑形式）；（2）每一个规范适用的过程同时包含一个规范证立的过程；（3）法律解释即法律论证；（4）程序性法律论证理念是国家立法程序、法律论证程序、司法审判程序与普遍实践商谈的结合；（5）商谈理论是理想商谈与现实商谈的结合；（6）商谈理论（的规则）主要依靠超验的证立方式，从它们可以最终导向人权的基本要求；（7）哈贝马斯对原则理论和特殊情形命题存在误解；（8）原则是一种最佳化命令与理想应然；（9）法律体系的三阶层模式

[12] 更有学者指出了这两种理论的内在关联，原则权衡是法律论辩的一个阶段（“论述交辩”）的论证形式。（See B. Brozek, *Rationality and Discourse. Towards a Normative Model of Applying Law*, Warszawa 2007, p. 107f.）