



法律哲学与一般法理学丛书

丛书主编 汪习根

法律的基础

The Foundations of Law

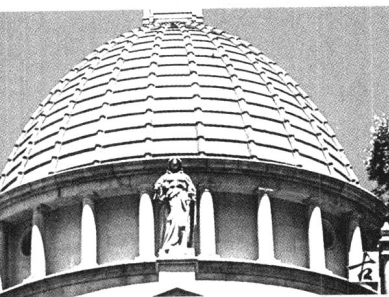
[德] Hubert Rottleuthner 著
[德] Matthias Mahlmann

张万洪 丁鹏 主译



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社



法律哲学与一般法理学丛书

丛书主编 汪习根

法律的基础

The Foundations of Law

[德] Hubert Rottleuthner 著

[德] Matthias Mahlmann

张万洪 丁鹏 主译



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律的基础/(德)Hubert Rottleuthner, Matthias Mahlmann 著;张万洪, 丁鹏主译. —武汉: 武汉大学出版社, 2010. 6

法律哲学与一般法理学丛书/汪习根主编

ISBN 978-7-307-07432-3

I. 法… II. ①R… ②M… ③张… ④丁… III. ①法学—基础理论 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 207994 号

著作权合同登记号:图字 17-2006-047 号

Translation from the English Language edition:

A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence

By Enrico Pattaro, Hubert Rottleuthner, Roger A. Shiner, Aleksander Peczenik, and Giovanni Sartor

Copyright © 2005 Springer, The Netherlands Springer is a part of Springer Science + Business Media

All Rights reserved.

本书属“法律哲学与一般法理学丛书”之一,由斯普林格出版公司授权武汉大学出版社由英文翻译成汉语出版。未经出版者书面许可,不得以任何方式复制或抄袭本书内容。

责任编辑:田红恩

责任校对:刘欣

版式设计:马佳

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷:湖北民政印刷厂

开本:720×1000 1/16 印张:17.5 字数:248千字 插页:2

版次:2010年6月第1版 2010年6月第1次印刷

ISBN 978-7-307-07432-3/D·961 定价:30.00元

版权所有,不得翻印;凡购我社的图书,如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。

总 序

本丛书由素有法哲学领域的奥林匹克大会之称的国际法律哲学与社会哲学协会（IVR）隆重推出。2005 年，第 22 届 IVR 大会在离地中海不远的西班牙古城格纳拉达隆重举行。会议引人注目的一个议题就是由当代最有影响的法社会学家之一——哈贝马斯领衔主持本丛书的首发式，隆重推出这一法律精品。

这套丛书由当今世界法学界的顶级人物罗纳德·M. 德沃金、劳伦斯·M. 弗里德曼等担任顾问，由前后几任国际法律哲学与社会哲学协会主席以及重量级学者分别撰写。他们主要来自欧洲大陆；并由世界上著名的出版社——普林斯顿大学出版社出版，首批包括五大理论卷册：1. 恩里科·帕塔罗（Enrico Pattaro）：《法律与权利：对已然之现实的重新评价》；2. 林伯特·洛特路斯勒（Hubert Rottleuthner）：《法律的基础》；3. 罗杰·赛勒（Roger A. Shiner）：《法律制度与法律渊源》；4. 亚历山大·佩岑尼克（一译彼彻尼克）（Aleksander Peczenik）：《法律科学：作为法律知识和法律渊源的法学说》；5. 乔瓦尼·萨尔托尔（Giovanni Sartor）：《法律论证：法律的认知进路》。此外，还有历史卷和后续系列，从而形成一个完整的体系。

自古希腊罗马至近代，欧洲大陆以分析法学和自然法学为龙头在世界法理学领域独领风骚千百年。但是，在现代社会，随着以哈特和富勒为代表的英美法理学大家源源不断的涌现，欧陆法理学的霸主地位已经风光不再，尽管以哈贝马斯为首的法社会学以及后现代法学红极一时。不过，历史似乎是一个个轮回的组合，此所谓螺旋式上升。本丛书试图以欧陆人特有的哲学睿智和繁复逻辑力挽狂澜、在弘扬欧陆法哲学之传统底蕴的基础上重整昔日雄风。由意大

利波伦那大学法学院恩里科·帕塔罗教授担任本套丛书的主编，本身就意味深长！众所周知，波伦那大学是在 1088 年建立起来的世界上第一所近代意义的大学，正是在这块沃土上孕育出了注释法学派。尽管 14 世纪以后日渐衰微，但时至今日，依然以其特有的风格、悠长的历史而成为法律学人“梦中的精神家园”。1995 年 6 月在此举行了 IVR 第 17 届世界大会，帕塔罗教授正是在这次会议上当选为 IVR 国际主席。一直以来，他们计划着在法哲学领域里有所作为，而这些大部头的作品或许就是这一追求的开端。

停留在找寻“失落的世界”层面是远远不能获得满意答案的，尽管创新与重构是何等的困难！基于一个系统论的构造，精心设计出来的这个系统工程，如同一部精巧的机器相互配合、相互协调一致。从方法论上看，采用了“理论”、“超理论”和“历史”的标准加以分类，体现了实质主义、形式主义和历史主义的三重组合。其中，第一卷可以说是理论、超理论、历史的混合，特别是对理念的历史综述；第二卷是超理论的；第三卷是理论的；第四卷是半理论、半超理论的；第五卷是超理论的。^①而俯视全卷，无非是在正当性与规范性之间求证新的意蕴与界域。前两卷在理论深层为正义而探秘，后三卷则似乎与价值无涉，重新阐释了法的制度与规范意义；且又细化为分别研究严格制度化的法律渊源和准制度化的法律渊源及其衍生的种种法律学说。

作为开篇的《法律与权利》，对法律与权利这对看似古老其实不然的范畴进行的探究，恰如其置于首卷的地位一样，具有统揽全局之功用。简言之，其过人之处在于“正本清源”，包括“四源”：“语源”、“史源”、“权源”与“法源”。采用语义学、社会学、心理学和历史学的分析工具，从对权利与法律的词源考证与英译之错漏入手，探寻了法源与权源，为法律与权利进行了“正名”，并提出了自己的定义——一种折中主义的理解。在法、德、意和西班牙文字中，与英文的“法”（law）相对应的分别是 *droit*，*Recht*，

^① Enrico Pattaro, *The Law and the Right: A Reappraisal of the Reality that Ought to Be*, Springer 2005, Editor's preface, p. X-XX.

diritto 和 derecho。后者均是多义词，意指“法”或“权利”，或者兼具两重意义。而英文中的“法”(law)则与“权利”(right)并无语义上的血缘关系。而在翻译时，将“法”(law)译为客观法律或客观权利 (objektives Recht)，将“权利”(right)译为主观法律或主观权利 (subjektives Recht)。于是权利与法律便混为一谈了。比对阿奎那、凯尔森等大师作品的英文翻译与原文之不同，在英语世界是如何一步一步误解欧陆法哲学思想的事实便一目了然了。分析法学的集大成者凯尔森于1943—1944年赴哈佛大学工作了两年。“20世纪法哲学系列之美国法学院联合会的翻译和出版委员会”提供了用于翻译其德文手稿的“翻译基金”，这一翻译被授权给斯堪的纳维亚法律现实主义的代表人物 Axel Hagerstrom 的学生 Anders Wedberg，这位30岁的青年人为凯尔森担任翻译，在哈佛期间，在《国家与法的一般理论》的德文手稿的英文翻译中犯了这个错误。^①类似的错漏与疏忽是大量存在的。正是一系列关于权利与法律的简单、片面甚至偷换概念式的翻译、理解与传播，导致了多少年来人们对它们的广泛曲解。为此，还必须从“史源”的意义上上来加以追根溯源。以荷马史诗为线索，通过考察千万年欧陆文明史，从规范主义、自然与文化诸方面全面解析法律与权利的演化脉络及现实图景，形成了关于权利的三种应然含义和一种实然意味——作为规范内容的权利、作为主体资格的权利、作为规范上的主动地位的权利和与错误 (wrong) 相对称的权利，以及关于法律的新概念，即“现实主义的和规范主义的，但不是完全的规范主义”的概念，从而，在超越自然法学与分析法学的道路上迈出了令人称奇的一步。

风格迥异的“法律基础”分析，体现为一种综合性的观察视角与独特的分析进路。在第二卷《法律的基础》中，作者既不赞同单一基础主义的分析法，也无意卷入当下时髦的后现代主义的多元论之中进行所谓“元一元”对话，而是选取了第三条道

^① Enrico Pattaro, *The Law and the Right: A Reappraisal of the Reality that Ought to Be*, Springer 2005, p. 355.

路——“多基础主义”(multifoundationalism)。在探讨法律之“基础”时，应当区分基本、基础性的概念，法律的规范基础、认识论基础等概念。可从逻辑与认识论、道德与合法性、历史与遗传性，以及众多有关的法外基础多个角度理解法律的基础。但是法律的“解释学基础”是本书分析的核心，旨在洞悉用以解释法律产生、发展和作用的变量体系。这一基础就是“为了解释法及其内容的起源、创造和发展而涉及的经验因素、变量和特征”。^①在“基础”这一词的层面上界定了“法律基础”这一概念后，探析了影响法律基础的内部因素和外部因素。此外，作者在详细介绍了凯尔森的法律分层理论，卢曼的法律自创生理论以及富勒的法律内部道德理论的基础上，提出了法律的“内部基础论”，并论述了反本质主义。

由国际法哲学协会加拿大分会主席、加拿大不列颠哥伦比亚大学法学院教授罗杰·塞勒主编的第三卷《法律制度和法律渊源》，在反思现代分析法学之不足和缺陷的基础上，对法律制度和法律渊源进行了富有新意的探讨。从界定“法律渊源”的定义入手，在批评了现代分析法学对“法律渊源”的定义偏见之后，提出法的渊源即指“严格制度化的渊源”，用自己的法哲学观点从“严格制度化的渊源”的角度对大陆法系的法律渊源进行了分析，并揭示了普通法体系中的法律渊源：立法、判例、习惯以及授权立法、宪法尤其是其中的人权法案，还剖析了国际法的渊源，以及各种法律渊源在法律体系中是如何发生作用的。最后通过对法律渊源来说至关重要的“法律权威”概念加以分析，提出了一个“后—后现代主义者”(post-post-modernist)的结论：尽管社会构建了法律权威，但是，法律权威并不能与政治、社会文化权威等量齐观，它不过是一种立足于严格规范之上的奇特的权威形式。这一分析似有复古主义之嫌。

如果说上述论述是以严格规范分析为视角，那么，佩岑尼克在第四卷《法律科学：作为法律知识和法律渊源的法学说》中采

^① Hubert Rottleuthner, *Foundations of Law*, Springer 2005, p. 5.

用的则是一种准制度化的研究路径。前者可称为“强规则主义”，后者可名之曰“弱规则主义”。法律科学或法律学说被分解为作为“法律知识”和作为“法律渊源”学说两种类型。作者以准制度化之弱规则主义的分析方法对法律科学进行了综合性的研究。不仅从一般法律学说进行了高度的理论抽象，而且难能可贵的是，从特殊法律学说的角度进行了细致入微的个案解密，包括财产法、合同法、侵权法、刑事法诸多法律部门的法理学问题。对已有法律学说的批评与辩护直击要害、颇具见地。例如，通过对历史上的“强自然法”（Strong Natural Law）和“弱自然法”（Weak Theories of Natural Law）理论，“排他性法律实证主义”（Exclusive Legal Positivism）和“包容性法律实证主义”（Inclusive Legal Positivism）理论进行评论，进而从多元学说的视角综合审视法与道德的关系；并尝试在权衡和取舍之后寻求法律学说的一致性理念及其与正义的关联性，别具匠心地提出并研究了法律的融贯性命题，从而，将法理学说最终提升到始原意义上加以追问，揭示了法律学说的元理论和本体论问题。

作为法律的一条认知进路，法律推理或法律论证是近几十年来引人关注但亟待深入研究的领域。乔瓦尼·萨尔托尔在《法律论证：法律的认识进路》中再现了源自历史久远的古波伦那的学术风采。其实，无论是自然法和法律实证主义的长期对立，或者19世纪概念主义和社会法学的争论，还是20世纪法律形式主义与法律现实主义的冲突，无一不以此作为主要战场。这一论著的创新在于：一是视角迥异。这个视角建立在这种假设上：法律推理可以被视为一种更加广泛的人类能力的应用，即实践认知或实践理性，也就是处理信息以作出恰当决策的能力。这种宽阔的视域避免了囿于规范文字本身的思维缺陷，旨在回归真实的社会生活，以便于从我们的日常实践性观念中通过实践推理发现出法的真谛。二是方法系统。试图将不同的法律思维模式整合进一个综合性的图景之中。囊括哲学、逻辑、心理学、认知科学、人工智能、博弈和决策理论这些非法学方法与法律价值、原则、规则等法律方法两大方面。通过特别关注并深刻解析义务的类型、霍费尔德概念（Hohfeldian

concepts)、规范性条件、法律行为和权力、法律渊源、论证和理论建构,为法律推理的基本形式提供一个更为精准的描述。

本套丛书体系宏大、观点纷呈,无论是结构安排、论证过程还是学术结论,都令人赞赏。但是必须指出,这并不意味着翻译者完全同意其中的全部思想观点,也不表明翻译者的学术旨趣与研究取向与原作者完全一致。

本书的引进与翻译得益于中国法学会副会长张文显教授率领中国法学会代表团出席第22届IVR大会。这是一次难忘的旅行,代表团一行共12人,包括张文显教授、朱景文教授、邓正来教授、谢晖教授、杨春福教授、徐亚文教授、黄文艺教授、杜宴林教授、孙文恺博士、周晓虹博士、潘新艳女士和我。记得2005年5月22日我们在法国巴黎戴高乐机场转机时,正好遇见当时的IVR主席佩岑尼克与我们同时候机赴会。其实,我以前与他并无任何交往,更不知道他们正在组织这个大型的出版计划。在5月23日至6月1日的正式会议期间,我参加了本套丛书的推介会。当从会场出来时正好遇见佩岑尼克,便向他表达了愿意为译介本丛书到中国做点努力的想法,他当即表示赞同。正是在这次会议上,中国法学会正式提出了承办IVR第24届世界大会的申请并获得通过。今年是IVR创立100周年大庆和100年来首次在中国举行大会,以徐显明会长为首的中国法学界为此作出了持之以恒的贡献。值此双喜临门之际,能够推出本丛书的中译本,实在是一件值得铭记的事情!所以,十分感谢中国法学会和以上诸位同仁的共识、友谊与智慧!没有诸位精诚团结与开拓创新之学术精神的鼓舞,本书不可能翻译出版。

武汉大学出版社一直致力于翻译高水平的西方法哲学名著,在我参加第22届国际法哲学大会前夕,特别嘱我留意大会的学术动态与出版信息。随后郭园园女士和游径海先生为版权洽谈、策划引进与推广付出了巨大的热情与努力,而张琼女士所率领的编辑团队精益求精、为翻译、校对与出版而不惜挑灯夜战、牺牲了整个暑假的闲暇时光。这些都是令人难忘的!

本丛书的译者是一批正在学术界奋发进取、开始崭露头角的中

青年法律学人，包括张万洪、项焱、桂晓伟、陈旗、滕锐以及刘晓湧、何苗、张莉、唐勇、武小川等（排名不分先后）。他们绝大部分留学美国哈佛大学、哥伦比亚大学、加州大学伯克利分校、英国诺丁汉大学、丹麦人权研究所等欧美国家的名牌法学院和研究机构，目前在中国有关高校和司法机关从事学术研究、法律实务或博士研习。正是他们对东西方法律文化交流事业孜孜以求、不知疲倦的忘我精神和责任意识，才使本丛书得以如期翻译出版。也许，在现有的评价体系中，翻译对于译者尤其是组织者来说是一件“吃力不讨好”的事情。但是，我们深信，只要能够为法哲学学术的沟通与繁荣作出哪怕是微不足道的工作，这种付出也是值得的。必须感谢这个富有战斗力的和谐团队！

毋庸讳言，翻译的过程是痛苦的，但是翻译中存在的错误、疏漏与缺憾仍是难以回避的。加之时间紧迫，丛书不可能由一个作者全部译出，所以其间的不一致甚至矛盾之处在所难免。真诚地希望翻译界和法律界的各位大家、前辈与同仁不吝赐教，批评指正！

汪习根

2009年8月30日于珞珈山

作 者 序

我在写这本书的时候经常被同行们问同一个问题：我究竟在写什么？当我告诉他们我在柏林自由大学法律的基础与前沿研究所工作，我写的主题正是该研究所之安身立命所在。听了我的解释，他们的反应十分清楚地说明了“法律的基础”这个题目十分不清楚。或曰法律的基础概念，或曰法律的道德或自然基础，有一个同事甚至从人文制度的意义上来理解基础。应当明确，这些都不是我在本书中要讨论的。然而，考虑到“基础”一词所具有的广泛的含义，有必要在一开始澄清一下本书将涉及哪些话题，不涉及哪些话题。在第一部分，我将区别法律之“基础”的不同含义：基本、基础性的概念，法律的规范基础、认识论基础，等等。我将讨论这些“基础主义”（foundationalisms）。然而，我将侧重讨论所谓法律的解释学基础，亦即用以解释法律产生、发展和作用的变量体系。这也预示着我将区分法律的正当性证明和解释，这种区分在法律的神话学和宗教基础中是不存在的。然而我们一旦提及法律的“自然”基础，涉及人类的外部环境和人类天性，上述区别就出现了。在有关经济、道德（在经验主义特定的信仰和态度意义上）、政治和社会基础的重大理论中，上述区别则更是昭然若揭。

列举并讨论各种基础主义者进路的目的是批评所谓的“单一基础主义”。有些理论只强调一套变量，例如经济或政治力量对比关系。因此，我详细地讨论了马克思和恩格斯这样的“最高基础主义者”的经济“基础”和法律“上层建筑”的理论。

我主要遵循法律理论发展的历史，然而读者不难发现我对其他一些有价值的话题的讨论，比如伊斯兰社会的发展，又如前苏联社会主义国家转型问题，等等。

尽管我讨论了法律的各种基础，但本书却不是后现代之作，无意展示对多元和多样性的崇拜。相反，我同意类似马克斯·韦伯（Max Weber）的多元路径。本书并无关于韦伯的专章，但他的作品始终伴随着我们对单一基础主义的批判。作为一个“多基础主义者”，韦伯主张通过外部变量，从多个维度来解释法律。（XI页完，XII页开始）在基础主义者的理论中不存在明显的步骤和阶段，但其确有发展、衰落和复兴。这是否意味着一种后现代的观点？当然，有些人可能在法律解释学基础上解释理论的发展，但我却无意进行这种元一元对话。

读者将发现我引用了许多经典作品。这是为了诠释上的公平和顺畅，同时也使本书可作为一本入门教科书。需要说明的是，由于本套丛书引文体例上的编辑要求，如“黑格尔 1991”，也许会给读者一种感觉是黑格尔 1991 年写了这本书。但在看书末参考书目的时候，该书 1991 年版的第一版是在 1820 年。

十分感谢本丛书主编 Enrico Pattaro 耐心的敦促，也感谢他所在的波伦那法学院的卓越的团队。我还要感谢 Lester Mazor 在语言上的帮助，感谢 Matthias Mahlmann 和我的讨论，对我帮助很大（在本书中亦有体现）。最后但并不是最不重要的，要感谢 Angela Ludwig, Nora Markard 和 Karen Avetissian 在准备书稿过程中给我的帮助。

Hubert Rottleuthner

柏林自由大学法律系

目 录

第一章 “基础”的含义	1
第一节 基本、根本的概念	1
第二节 基础研究	2
第三节 逻辑和认识论基础	3
第四节 道德或合法性基础	3
第五节 法的历史和遗传性基础	4
第六节 法的法外基础	5
第七节 法的效力的前提	5
第二章 法的概念释义	7
第一节 规范主义(Normativism)与现实主义(Realism)	7
第二节 法的概念与法的理论	9
第三节 法的概念与法的理想型(ideal)或理念(idea)	12
第四节 行为者与观察者——内部观点与外部观点	14
一、行为者与规则	15
二、行为者与观察者	16
三、一个提议:将内部性划级(Scaling Internality)	20
第五节 法律的概念:一种现实主义进路	22
一、规律性与规则	23
二、法律规范的现实主义进路	27
三、国家主义与多元主义	28
四、实践中的现实主义:社会—法律研究	28
第六节 法律秩序的层面	31
第七节 法律的功能	32

第三章 法律的法外基础——法外基础的变量	35
第一节 超验的法律基础	36
一、法律的神话基础	36
二、法律的宗教基础	50
第二节 内在的法外部基础	69
一、法的自然基础	69
二、法律的经济基础	128
三、法律的道德基础	146
四、法律的社会基础:尤根·埃利希	167
五、法律的政治基础	176
六、法律的历史基础	192
第四章 法律的内部基础	198
一、凯尔森的基本规范	199
二、卢曼的法律自创生 (autopoietic) 理论	202
三、富勒的法律内部道德理论	208
第五章 反基础主义	211
第六章 一般趋势	216
第一节 世俗化 (Secularization)	216
第二节 内部化——解释和论证的进一步世俗化	218
第七章 解释的问题	221
第八章 小结	224

第一章 “基础”的含义

那些寻找某个事物的基础的人们也许是在探求一个固定的基础，也许是在寻求一个终极的解释，寻求确定的依据或原由。他们寻找起源、开端，向更深层掘进。他们甚至会去寻找一个实体，即现象之下或之后的事物的本质。这种探索可以逐层推进，当探究至深处，甚至可发现上文提及的“基础”，例如上帝和他的恩典中所体现出的宗教或政府权力的基础。但是，人们也会在历史的维度下找寻和创立基础。政治统治被追溯至第一个君主，或许追溯到一个神话中的国王，或者追溯至一个最早的契约——我们最好不要追问其历史日期。人们认为现有的产权关系的依据是首次取得，或对无主财产的先占，对土地的取得基于第一次开垦耕耘，等等。在上述模式中，证明和解释混合在一起，不可分割。

如果更具体地讨论法律的基础，我们的出发点就乏善可陈了——不是那些宏大的理论，而是法律本身了。德国司法法（Richtergesetz）在 5a 段中首次阐明，在法律学习的理论学习阶段，“下述内容的核心领域是必修科目：民法、刑法、公法和程序法、欧洲法律的相关内容、法律方法以及法律的哲学、历史和社会基础”。对于立法者而言，这些“基础”指的是什么呢？

第一节 基本、根本的概念

当谈到“基础”时，一个人也许指的是某法律概念定义中基本的、关键的元素，或者是用于说明法律的重要特点或其“本质”

的基本概念^①。在法律理论阐释中一个常用的起点就是规范，这可进一步分为社会规范和法律规范。有时候，我们会找到一个演变顺序：本能—习惯—惯例—道德—法律。我们发现了国家法和习惯法之间的差别。为了界定法律规范的范围，我们引入一个概念，即来自某专门法律机关的肉体制裁或强制。通过对主要和次要规则或规范

[2] 范的区分，人们可以解释法律秩序的层次结构（the “Stufenbau”）。这也导致了对立法和司法的区分。或者，人们可以从对社会系统和法律系统的区分出发。理论中通常包含着对法律（或某单一法律规范）目的或功能的评价。例如：社会控制、冲突解决、期望和行动的指引等。与法律相结合的概念几乎是不胜枚举。在“法律与……”这种关系式中我们可以找到：法律与道德，法律与国家，法律与政治，法律与权力，法律与宗教，法律与经济，法律与文学/或者说作为文学的法律，法律与社会阶层，法律与社会变革或演进，等等。或者是一种对立的结合，例如：书本中的法律和行动中的法律，法律的生效和法律的实效，更不用提自然法和实在法这一对老冤家了。最终，法律被放置在广泛的理论概念的环境中，这些概念大部分来自一般性的社会理论，如社会秩序、失范、变异、冲突、共识、接受、合法化、统治、权威、主权等。

第二节 基础研究

“基础研究”与“应用研究”相反，对于法律而言，其意味着诸如法律史、法哲学、法社会学等与法律实务相分离的基础学科，后者之关注构成了法律判例中的原则和实务建议。有时两者之间的界限也并非泾渭分明，因为基础学科声称其对法律推理也存在实践的影响，例如“法律的阐释和评价理论”（德沃金 1986）或“社会

^① 对“基础”的这一理解可以见于 Schäfer 1989。该书还进一步讨论了实证主义与自然法，法律的适用、解释与改进等“基本”论题。在《Peter Landau 纪念文集》（Helmholz et al. 2000）中，“法律的基础”（Grundlagen des Rechts）题下大多数都是法律史方面的文章。

学法学”提供了可用于法律实践的知识。

第三节 逻辑和认识论基础

将法律体系作为规范的等级秩序进行理论重构，常常使用基础这一比喻，这一基础有时也会被放置在秩序的顶端。凯尔森（Kelsen）的“基础规范”（grundnorm）转变成了“最高规范”。它既不是解释性的又不是证明性的，但为了将一种社会秩序解释为在法律上有效的秩序，其有必要被理解作为一种认识论上的假设（见下文章节4.1）。并且哈特（H. L. A. Hart）的基本概念“承认规则”被波斯特玛（G. J. Postema）解释为，“法律乃基于特殊而复杂的习惯或风俗之上”（Postema, 1982, 166）^①。当谈到同一个话题，即哈特的承认规则和他对规则所下的一般定义时，斯坦利·费什 [3]（Stanley Fish）声称：“法律的基础是一个语言学问题。”从而把中心转移到了解释学问题上。这并不属于我所要讨论的内容。

第四节 道德或合法性基础

在道德基础这个题目下，人们也许会想到法律渊源之外约束法律规范或使法律规范合法化的力量。为什么人们应该遵守一般法（law in general）或一个特别的法律规范？（请对比下面这个经验性的问题：为什么法律被或不被遵守？可参见 Tyler 1990）特别是，为什么法官要应用援引法律或某个特定的规则？或者从立法者的角度来说：是否应该颁布某个规范？立法者是否被允许或有权这样做？对照约束规范效力和那些经验性的条件，对立法者的规范性约束条件是或应该是什么？总的来说，人们不得不思考那些用来证明

^① 参见 Hart 1961，第六章（“法律体系的基础”）。波斯特玛的《基础主义者》一文中将哈特的“承认规则”解释为在“社会事实”和“行动理由”之间。对“基础主义”认识论的一般讨论，可参见 Chisholm 1982；Sosa 1991 and 1998。