

博观
译丛

H.L.A.Hart

*Essays in Jurisprudence
and
Philosophy*

法理学与哲学论文集

[英] H.L.A.哈特 著
支振锋 译

大抵专门之学，非博观约取，其论说必不能详；非极深研几，其精蕴必不能罄。此固非积数十年寒暑之功候，不能有所成就。

——沈家本·法学名篇序

博观
译从

H.L.A.Hart

*Essays in Jurisprudence
and
Philosophy*

法理学与哲学论文集

[英] H.L.A.哈特 著
支振锋 译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法理学与哲学论文集/英国牛津大学出版社编;支振锋译.
—北京:法律出版社,2005.7
(博观译丛)
ISBN 7-5036-5667-0

I.法… II.①英…②支… III.①法理学—文集
②法哲学—文集 IV.D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 057286 号

©法律出版社·中国

责任编辑/袁方 杜红波

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/对外合作出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/13.25 字数/378千

版本/2005年7月第1版

印次/2005年7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 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5667-0/D·5384

定价:33.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



H.L.A.Hart

[英]H.L.A.哈特

H.L.A. 哈特 (1907 - 1992), 前牛津大学法理学讲席教授, 英国法理学家, 新分析实证主义法学创始人, 20 世纪英语世界最为伟大的法学家。哈特以其实证主义的姿态、自由主义的立场、分析主义的旗帜以及道德学家的情怀, 构建了一个庞大而自治的法理学体系。在其之前, 20 世纪中期的 (英语) 政治哲学濒于消亡, 法律哲学也奄奄一息; 而在他之后, 却是分析法学大行其道, 法理学界众神喧哗。所以, 当代英美著名法学家科尔曼、拉兹等人认为是哈特拯救了西方 (英美) 的政治哲学和法哲学。哈特梳理和加强了法律哲学与道德以及政治哲学之间的联系, 法哲学与精神哲学和逻辑哲学的联系——在此任何一个主题上, 他都做出了严肃的贡献。而且, 沿循边沁的脚步, 在道德哲学与政治哲学领域里, 他是自由主义传统最强大的代言人。

他的作品包括:《法律的概念》(1961, 1994);《法律、自由与道德》(1968);《惩罚与责任》(1968);《法律中的因果关系》(与 A.M. 奥诺里合作, 第二版, 1985) 以及《论边沁》(1982)。

目 录

- 1 导言

- 21 第一部分 一般理论
- 23 第一篇 法理学中的定义与理论
- 55 第二篇 实证主义及法律与道德的分离
- 95 第三篇 法哲学诸问题

- 127 第二部分 美国法理学
- 129 第四篇 英国人眼中的美国法理学：噩梦与高贵之梦
- 153 第五篇 1776—1976：哲学视域里的法律

- 169 第三部分 斯堪的那维亚法理学
- 171 第六篇 斯堪的那维亚现实主义
- 181 第七篇 自我指涉性法律

- 193 第四部分 自由、功利和权利
- 195 第八篇 功利主义与自然权利
- 212 第九篇 在功利与权利之间
- 236 第十篇 罗尔斯论自由及其优先性
- 261 第十一篇 社会连带与道德强制

277	第五部分	四位法学家
279	第十二篇	耶林的概念天国与现代分析法学
293	第十三篇	钻石与细线:霍姆斯论普通法
301	第十四篇	凯尔森之会
324	第十五篇	凯尔森的法律统一学说
357	第十六篇	朗·L. 富勒:《法律的道德之维》
381	第六部分	英国国会上议院论不能犯未遂
383	第十七篇	英国国会上议院论不能犯未遂
408	主题索引	
414	人名索引	
418	致谢与后记	

导 言

—

这里收录的 17 篇文章,写作时间上跨过了 28 个年头(1953—1981),内容上也覆盖了相当广泛的主题。其中的 16 篇做了大致的分类,概言之,可标列如下:第一部分,一般理论;第二部分,美国法理学;第三部分,斯堪的那维亚法理学;第四部分,自由、功利及权利;第五部分,四位法学家。最后一篇文章(《英国国会上议院论不能犯未遂》“*The house of lords on attempting the Impossible*”)与众不同,因为它所探讨的并非什么公认之哲学的或者法理学的话题,而是英国刑法中的一个特殊教条——直到 1981 年被制定法废除为止。我这里把它收录进来,是由于它能为某种困惑的解决或消解展示某种来自基于现代哲学语义学理论的独特思路。这是一个与犯罪未遂概念有关的困惑,它长久以来困扰着大西洋两岸的法律从业者。但愿在这篇文章中,我所利用的哲学资源能支持我在绝大部分作品中所坚守的那种信念,也即,如果这里能有某些哲学意蕴,并且可以澄清或者解决一般人的存疑,那么它自是可以同时为这些论题阐发此哲学意蕴,并且为此目的而利用该哲学资源。

在写作这些文章的漫长岁月中,我的某些看法已经发生改变。尽管我依然坚守我在这些文章中所持有的那些核心主题,也仍然肯定会存在一些在现在看来是错误的方面;另外也可能有一些我未能涉及到的更为广泛而重要的论题或者论述的过于简单或含混的地方。一段时间以来,我从我的许多批评者那里学到很多东西;包括德沃金(Dworkin)教授、拉兹博士(Dr. Raz)与菲尼斯博士(Dr. Finnis),以及已故的L. 富勒教授(Lon Fuller)^[1]在内,他们中的一些,以我的著作为批判的主要靶标并由此提出其自己的各种理论。

1 同时,我还从这些文章所涉及之哲学领域的新进展中获得了许多启发。举一个例子,这个例子我下文还将做进一步讨论,如果不是1953年我写作文一时利用了言说的含义与力量之间的根本性区别,以及由J.L. 奥斯汀(J.L. Austin)奠定基础的“言语活动”(speech acts)*理论,我就不可能坚称关于法律权利与义务**的陈述并非“描述性的”;或者,也不可能会认为这些陈述的提出是其制作者作为他们的推断而得出的——正如我通过称它们为“法律的结论”或“法律算计的结果”所做的那样。然而,尽管我承认这些文章中存有错舛之处,但我依然未对它们作出任何修改,而宁可在大部分文章之后附上一个附录,从而为读者提供他们所感兴趣的最为重要的批评,或者相反的看法。

[1] 参见,本书部分论文后所附之对他们著作的参考。

* “speech acts”是一个语言学术语,中文大多译为“言语行为”(如,[德]于尔根·哈贝马斯:《后形而上学思想》,曹卫东、付德根译,译林出版社2001年版,第53页)。以哈贝马斯作品为例,童世骏先生认为,在哈贝马斯作出的诸多概念区分中,“行动”(handeln或action)和“行为”(verhalten或behavior)的区别是最基本的。在哈贝马斯看来,“行动”和“行为”之间的关键性区别,在于前者一定是意向性的,而后者可以是非意向性的,而行动之所以是意向性的,是因为行动是受规则支配的。中译者若把对应于action和act的两个词都译成“行为”,非但取消了这两者之间的区别,而且模糊了action(行动)与interaction(互动)之间的联系。因此,童先生主张把此术语译成“言语活动”。参见[德]哈贝马斯:《在事实与规范之间》,童世骏译,三联书店2003年版,第20、277页。以及童世骏:《没有“主体间性”就没有“规则”——论哈贝马斯的规则观》,《复旦学报(社会科学版)》,2002年第5期,第24页。——译者注

** 本文里哈特好像对legal obligation与legal duty未作明显区分,都是“法律义务”的意思。根据语境,译者有时将前者译成“法律义务”而将后者译成“法律责任”,有时则不作区分,全部译成“法律义务”,至于确否,请方家批评。——译者注

回望我在这些文章中所犯的 error,也许下述意见(但愿不会太过自矜了)能够充分指出并且阐明这些 error 何在及其特征与程度。1953 年我被选任为牛津大学法理学讲席教授(the Chair of Jurisprudence at Oxford)时,从资历来说,我并非纯正的科班出身。我不具有法学学位,并且,战争之前的八年我做的是出庭律师(Chancery Barrister),战后我则是在牛津教授了七年哲学。那是浸淫于一种现在被称为“语言哲学”之进路的七年,也是语言哲学在牛津和剑桥都最有影响的时候。在此种哲学的表现形式上,以 J. L. 奥斯汀为代表的牛津学派(Oxford variant)与以维特根斯坦(Wittgenstein)为代表的剑桥学派,无论在侧重点还是在目的方面都存在着重大差异。但这两派依然都是由同一种共识所激发,这种共识指的是人类的交谈与有意义的交流可以存在许多不同的形式。由此人们相信,长久以来困扰人们的诸多哲学问题往往难以通过对一些宏大理论的展开而得到解决,但通过对一些不同习惯方式的区辨与表征所进行的细微的抽丝剥茧——其中的某些方式反映不同的生活,并且人类语言在其中得以被使用——却可以解决之。根据这种哲学观念,过去的哲学大多存在一个纷繁杂乱的 error。而在战前最新也最知名的逻辑实证主义则认为,只有人类的交谈中的一些形式(经验主义的“事实陈述性交谈”或者对必然真实的定义性或逻辑性陈述)才是有意义的;由此,其他对语言的利用形式——比如一些形而上学的叙说或者道德判断,往往只是无意义的或者只是感情的宣泄而已,难以用来表现少数受青睐的交谈中那些变相或复杂的形式。 2

由之,人们认为,语言哲学被认为阐明了语言的大量各不相同形式以及多元运用方式而不论其主题的界域:在那种有理由认为一种交谈与其他形式的交谈之间的差异由于相同的语法形式而被隐藏,从而出现困扰或混淆的情况下,无论是在日常生活的交谈中还是在任一学科中,语言哲学的洞察力与启发性都有利于这种困扰或混淆的澄清。因此,第一篇文章的写作就是在这些观念强有力而又令人振奋的影响下完成的,在文中我力图证明这种形式的语言哲学与法哲学或法理学的相关性。因为,那时在我看来(现在依然如此),对于语词在各种不同类型的法律规则中的各不相同而又纷繁复杂的运用

方式的关注,将有助于驱散混淆,比如,在法人团体与集体人格的本质方面,那些易于产生许多模糊不定并且相互矛盾的理论的语词;那些长久以来困扰着法理学,或已导致严肃的法学家们宣称对那些涉及虚构或拟制之实体的法律权利的陈述“与实存无关”——或者,相应地,只是司法活动之预测——的语词。确乎其然的是,法律名词如“权利”、“义务”,或一个有限公司的名称,从其状态或意义而言,往往很难在世界上给它们找到明显的对应物;而这正是困扰所不停产生之根源。正如边沁所早已洞察到的,试图在它们的正常起作用的句子中,通过从句子和上下文之间将某些表述抽取出来,根据其种属来进行定义的努力,已经被证明为付诸东流。但是,如我在这篇文章里所提出的,真正需要的只是一个细致的省察,一个对陈述——关于一个有限公司之法律权利或义务的陈述——跟法律规则一起与世界发生联系的方式的省察。而且,应该采取的最为重要的第一步是去问一问,在什么情况下此种陈述才具有真值并且它们的确是真的。

3 在其他文章中(比如第三篇和第十二篇),我将注意力投向了语言哲学的其他一些特殊主题,它们与法理学具有特别的相关性。这些包括了对语言“述行性”(performative)*使用的识辨,那里,语词的使用是与规则的背景或者改变个体们正常地位的惯例相协调的。并且因此具有规范的后果而非只是偶然的結果。因此,正如我寥寥数语所欲表明的,这种对语言的利用不仅仅与制定法律的立法行为有关(这种立法行为老是被人们混同于更为简单化的命令观念),它们还与名类繁多的法律事务为或所谓的法律行为有关。注意到对语言各种形态的述行性使用有助于在诸多事物中分清法律权力,合同以及财产转让等概念;并且有助于解决在合同上长期存在的、互相竞争的各种意志论与目的论中何者正确的问题。它也使在此类重要的法律现象与较不正式的“以言行事”——比如洗礼仪式、盟誓行为以及达成承诺(尽管这一点仍然是有争议的)——中存在的有趣的联系变得更为明显。

* 有人译成“完成行为式”或“施事”。比如“performative utterance”被译成“完成行为式话语”或“施事话语”。——译者注

因此,正如我试图在第三篇与第十二篇文章中所表明的那样,哲学家们关于语言的“开放结构(open texture)”的讨论,以及对于某些方式的一般性讨论——根据这些方式,一种自然语言的类别上的术语表现出了其不确定性——都跟对司法裁决与法律推理的研究具有相关性。同理,他们坚持认为,在相同的一般性术语下,对于将某些具体方面分门别类而言,并不存在惟一的正当化方式(对共同特性的拥有)。这种坚持有助于将思索从狭隘的偏见中解放出来,这种偏见已经使得对法律本质的一般性论述与对特定法律概念——比如占有——的阐明,变得混乱。

二

我认为,这些以及其他对现代语言哲学的洞见具有永久的价值,并且,它们也大大推动了对法律的分析性研究。但是,在我那些早期的文章中,我当然也看到了对这些思想进行展开时存在的缺陷。因此,不同之“语言运用”的概念并不像我曾认为的那样简单,正是它自己需要澄清。对于“运用”,存在着许多不同的含义。由此,在第一篇文章中,我未能虑及在一个为语言习惯所确定的句子的相对稳定的意思或含义,与写作者或言说者在不同境况下提出这个句子时所具有的变化多端的“力量”或者提出的方式,两者之间所具有的重大差别。对于“田地里有一头公牛”这一句子来说,无论作者的意图是想用它来作为对某一要获取信息之请求的回答,还是作为警告抑或假设,它都具有同样的意义或内容。对这一差别的忽视,损害了我在第一篇中的部分论述,这一点我还将在第三篇文章中加以关注;这部分所做的是解释关于法律权利的陈述或关于法人团体的陈述的含义问题。如果说这些陈述是通过法律规则的推理而获得的结论,那就恰恰错了。因为,无论言说者或写作者是否作为他的推论而提出它们,这些句子在各种不同境况下的使用都具有相同的意思。倘若他真的将这样的陈述当成其推论,那么这将在那一情况下的言说所具有的力量,而非该句子所具有的意思的一部分。那构成我错误的是:尽管我说到这些句子时认为它们是可以为真或为假的,但并不承

认它们是“描述性的”；就好像它们已经被某种地位所排除一样，这种地位我曾经错误地作为法律结论而归诸于它们。并且，我拒不承认这些句子可以是“描述性的”，也遮蔽了某种事实：为了全面完整地理解它们，我们必须明白，作为一个行为规则，它要求、禁止或者允许的究竟是什么。

我早期在法理学中倡导语言哲学的努力中，还有一个更为一般性的缺陷，就是未能弄清楚这样一种情况，也即，一种无论多么微妙复杂或者深奥难懂的对语言运用的理解，也仅仅只能够在某些情况下为法理学创造意义重大的结果。这些情况是：由于未能辨识那些背离了一些默认惯例的语言运用方式，导致出现很多困难的情况；或者某些截然不同的表述方式被错误地混同于某种常见方式的情况。一些误导性的法理学理论，比如那些被构设用来阐明关于一个法人团体、法律权利或法律事务——例如合同等此类概念的理论，在一定程度上就以这些方式而产生了。但我本应去强调指出，正是那些法律概念的特征构成了混乱的来源，哪怕在它们能够恰然自适地适用于特定的案件抑或对于那些在其日常应用领域中对这些概念掌握的极为熟练的人们而言，也是如此。对于这些概念，运用语言哲学有益于澄清大部分的误解与混淆。在道德与政治原则之间保持中立，并且在各不相同的立场观点——这些观点可能更青睐法律现象的一个而不是另一个特征，并赋予其重要意义——之间缄口不言的那些语言哲学的方法，对于这些情况是适合的。因此，对于解决与澄清那许多争讼而言，它们并不适合。如同许多哲学上的核心问题一样，那些争讼产生于某些重叠概念之间的分歧，这些分歧则又反映了在基本的立场观点或诸多价值或背景理论之间的分歧。或者，这些争讼也产生于法律规则之间的冲突或规则本身的不全面。在这些情况下，我们所需要的是，第一，辨识出各种不同的立场之间潜在的冲突点，这些冲突导致在各不相同的概念之间的选择与排序；第二，详细论述的主张，其着力点在于确定相互冲突的理论、歧异的概念或规则之间的优劣短长，或者去表明，经过对它们的范围作出合适的限制之后，如何使得它们能够协调一致。

三

第二篇文章最先是在哈佛大学霍姆斯讲座上发布的,它包括了我在《法律的概念》(*The Concept of Law*)一书中为法律实证主义的一种形式进行辩护时所采用的主张的许多思想萌芽。这本书在我做完霍姆斯讲座演讲的五年后发表。它已经激起了数量极为众多的相关附属性文献,它们大部分对于本文的两大主题持批评性态度:第一,我不承认法律与道德之间可以存在许多必然的重要联系;以及第二,我坚持认为,在任何一个现代法律体制下,都肯定存在许多根据既定法律无论如何都不能作出裁决的情况,因此,如果法庭必须在这些情况下作出决定,他们就必须运用一种有限的“填补性的”创制法律的权力,或者说是“自由裁量”。

我希望,我现在继续坚持这些被广为批评的立场,并不是仅仅由于我天性的固执或者年纪的原因。但是,我也必须承认,在此文中,我对这两个论题的处理在某些方面过于简单,而在其他方面又过于笼统了。由此,念及第二个主题,从我对第二篇文章的写作中可以看出,好像我在认为,当法官遇到某一现存既定法律无论如何都不能作出裁决的情况时,他们只是简单地推开手头的法律书本并且开始去立法,去重新(*de novo*)应对手头的案件而非进一步援引法律。事实上,这从来都不是我的看法。并且,在第三篇和第四篇文章的不同场合,我都将表明,在那诸多特征中,那能将司法裁决与立法造法区别开来的特征,也是为法庭所认可的。当法庭裁决一个现存法律无法调整的案件时,他们会通过类推来继续案件的进程,以确保他们所创制的法律能够与原则或基本的道理相一致,这些与原则或者基本的道理被认为已经植根于现存的法律之中。法庭在裁决这类案件时,经常会援用一些一般性的原则或一般性目标或目的,这些作为例示或发展被视为是既存法律的一个相当广泛的领域,从而为迫切需要解决的案件指出一个确定的答案。但是,承认这些并不就等于承认将法律视为一个圆融无洽的权利体系的一般性整体法律理论的正确性,比如,那为德沃金所推进并被我在第四篇文章中称之为“一个高

贵之梦”的理论。因为它与事实的距离就像“梦魇”理论一样遥远,这个“梦魇”认为,法官在适用特定案件时,绝非发现而是创制法律。因为,尽管寻找与适用潜在于法律中的原则,能够延缓司法造法到来的紧迫性(moment),*但它并不能消除对司法造法的需求,因为,在任何一个疑难案件中,不同的原则支持相互竞争的推论,可能会展现出它们自身复杂的样态,而一个法官就必须从它们之中作出选择,此时他必须像一个尽责的立法者以他自身对什么才是最好的感觉行事,而非依据法律为其所已经提供的诸原则间之既定的优先次序。当且仅当,如德沃金的理论所暗示的那样,在所有这些案件中,都可以发现在现存法律中蕴含着某些独特的高位阶原则的设置——根据这些设置,高位阶的原则比与之竞争的低位阶原则具有相对的重要性和优先性时,司法造法才不仅仅是被延缓而更是被消除。

但在这一点上,我的主张存在着一个更为严重的缺陷,因为它是重要的主旨之一,而不仅仅是某种说明。第三篇文章在处理法律规则的不确定性时,好像只关注一个纯粹的语言学问题,也即是说,仅仅关注构成一个特定规则之语词的不确定性的作用。事实上,如我下一步所确认以及在第四篇文章中所阐述的那样,一个规则是否适用于或者不适用于某些特定情况的问题,与另一问题是不同的,即,根据既定的语言惯用法它是否由那一规则的语词所确定或悬置未决的问题。因为,除了语词以外,一个法律体制常常还有其他资源用于其规则的表述中,从而在特定的案件中确定规则的内容与意蕴。由此,正如我在第三篇文章中所言,一条规则明显的或公认的目的可能会是确定一条其应用被语言惯例悬置未决的规则,并且会表明,同样的语词,在法律规则中与在其他语境中,含义会有所不同。我未能对此作出一个清晰的论述,如富勒在其对第二篇文章的回应中所主张的那样,这算是一种制定法解释理论上的缺陷。对此,我将在后来第三篇文章的讨论中试图作出矫正,讨论的是关于什么使得清晰的案例变得清晰的问题。自然,在这里我的主张不仅需要丰富,也需要矫

* “moment”一词在此既有“时刻”又有“重要性”之意,中文中难以找出一个完全对应的词。译者根据文义,选择了“紧迫性”一词,希望能够兼顾。——译者注

正。但是,对它们的矫正绝非是去支持这样的一种论调,也即,法律是一个圆融自治的体系,它决不能是不完整的,并且它已经内蕴了对所有法律问题的答案——哪怕是对最为棘手的疑难案件也是如此,因此,法官永远不必运用一种造法的权力,不能从现存法律的悬而未决处所导致的选项中进行选择。

四

然而,在第三篇文章中我主要的关注在于捍卫如边沁和奥斯丁那样的一种明智的主张,也即是然法(law as it is)与道德上的应然法(law as morally it ought to be)之间的区分;反对形形色色的认为法律与道德之间存在着许多概念上的、必然性的而非偶然性的联系的主张。如我在此文中所表明的,尽管在其他方面边沁和奥斯丁关于法律的一般理论难以让人满意,但试图去表明他们所一贯强调的在是然法与应然法之间的区分是误导性的,这种试图本身就是建立在某些论题的混淆之上的,对于那些混淆,我试图解开其纽结,特别是对于那些认为法律具有与道德或价值相一致的“目的”或功用的误判。然而,毫无疑问我未能对这样一些论调形形色色的表现给予足够的讨论,也即:法律与道德之间存在着一种概念上的联系,并且这个主张与是然法和应然法之间的区分也是相容的。这包括了为富勒所主张的那些理论(我在第十六篇文章做了批评),这种主张坚持认为对法律进行道德评价的标准已经暗含于法律概念自身之中了(“法律的内在道德性”),哪怕法律常常不能满足这样的标准。又一次,需要对这样一些理论作出考量,这些理论宣称,即使迄今为止法律在什么是在道德上应该作为的内容这个方面一直存在不足,若全面地去考虑,不具有遵守它的道德义务;但依然可以总是存在毫无疑问(*prima facie*)的遵守法律的道德理据,哪怕这一点为某一特定法律道德上的恶劣状况所胜过。这里需要考虑的还有另外一种理论,这种理论认为法律常常吁求道德上的权威,因此,当法庭坚持认为人们具有去为可能违反其自身利益之行为的法律义务时,这些坚持必定会构成某种形式的道德判断,哪怕它是错误的或者是虚假的(以后一种形式表现

出来的那些理论,并不严格地主张法律与道德之间存在着概念上的联系,而毋宁是一些认为在法律与某种被宣称的特定道德信仰之间存在这种联系)。

由于自我写作第二篇文章之后,一些更具广泛性的法律理论得到了很好的阐发,而它们部分地便是由上述诸理论的某些重要变种构成的。因此,上述那些理论就值得予以认真考量。但是,在这里我将简捷明了地提出我对它们的异议。由于上述理论的重要性,德沃金一直坚称这样一个法律的概念具有无尚的充分性——这个法律的概念意味着,除了明确的既定规则体制之外,法律还包括一系列隐含的等级森严的原则(“最美妙的法律理论”)。这些原则不仅能够解释既定法律,还为之提供最佳的道德证成。当现行法律难以决断特定个案的时候,这些原则能够为之提供一个确定的答案。特别是在面临其他困难的情况下(在第四篇和第五篇文章里我会简要提及部分这些困难),尽管这种法律理论一再宣称自己不同于“正统的自然法理论”;但是在我看来,在试图解释为何在一个邪恶的法律体制里,当法律上的正当非但不具有道德上的正当性,更是背离了道德,法官有着道德上的义务去撒谎而不是去说出法律的真正意图——正如德沃金所持论——的时候,它好像陷入了某种难以克服的困难。

9 另一方面,拉兹的理论整体而言具有一种极端实证主义的倾向(因为它要求任何体制下的法律都不可以根据任何道德标准或者主张而得到判别,并且反对任何要求遵循法律的一般性道德义务),但对于那些主张法律与道德之间有着重要的概念上的联系的人们,他却也依然挥动着橄榄枝。由于他反对他所指称之实证主义者的语义学理论——这种语义学理论认为关于权利、义务以及责任的陈述在法律与道德语境下有着不同的含义,然而,他对语义学论题的反对无论如何都推不出这样一种观点:对法律权利与义务等等的陈述——如其陈述者所认为的那样——总是能够构成对法律的道德评判或认可。因为对于拉兹而言,这些陈述是“超然的”,也就是说,好像是由一个持有这样的立场的人——他认为有为法律要求之行为的道德义务——而作出,但其实是由于并不持这样观点的人而作出的。这些超

然的陈述用来解释一些规范性的语言,律师和其他人用这些规范性语言来描述法律的内容,并且无需以任何方式去使它们受道德肯认的束缚。以此观之,法律与道德之间的一个最主要的概念联系就可以简化为一个简单的情况,也即是,在一个运作着的法律体制中,它的法官们会为法律寻求道德权威,并且作出有效的法律权利与义务的陈述,同时,也因此必须相信——至少装作愿意相信的样子——存在着遵守法律的道德义务。但是,由于根据此一理论并不存在一般性的遵守法律的道德义务,这会使得看起来在法律与道德之间可能存在着最小限度的概念上的联系;从而,在为拒绝是然法与应然法之间的区分提供依据时,它无计可施。然而对我来说,哪怕是最大限度上的,设想法官们在作出法律义务的陈述时,必须总是或者相信或者装作相信一个错误的理论——这个理论始终认为存在着遵守法律的道德义务,也是不切实际的。于我而言,这些陈述如果可以由转化成这样的一种表述来解释,看起来将会更好。这里表述的是,根据法官们接受作为设置法律裁判与法律执行之标准的法律,藉诸行为,什么才是这些陈述的主体们所適切地要求的。

菲尼斯对自然法的姿态灵活的解释,与其说是对实证主义者法律理论的一种挑战,毋宁说是在许多方面的补充。因为它主要的关注点是去阐发一种自然法的观念,此种自然法构成“实践理性”的特定原则,从而去作为人类生活或者社会的规制。并且被引导用于某种以其申述堪谓不言自明的客观价值或者良善的诸多形式之实现;并藉此去表明,为了它们的实现,一种权威的人类法律以及对这种权威的尊重就是必须的。人类的部分法律未能与这些实践理性的原则保持一致,会使得它在某种程度上是有缺陷的或不正当的,但并不会如某些版本的自然法(菲尼斯认为它们是歪曲的)那样,去剥夺它们作为法律的地位。尽管由于这样或那样的缘故,它们被认为“较不合法”。以此观之,它承认是然法与应然法之间存在区别,法律与道德之间主要的概念性联系在于下述认识:即一种定位于一种客观的公

10