

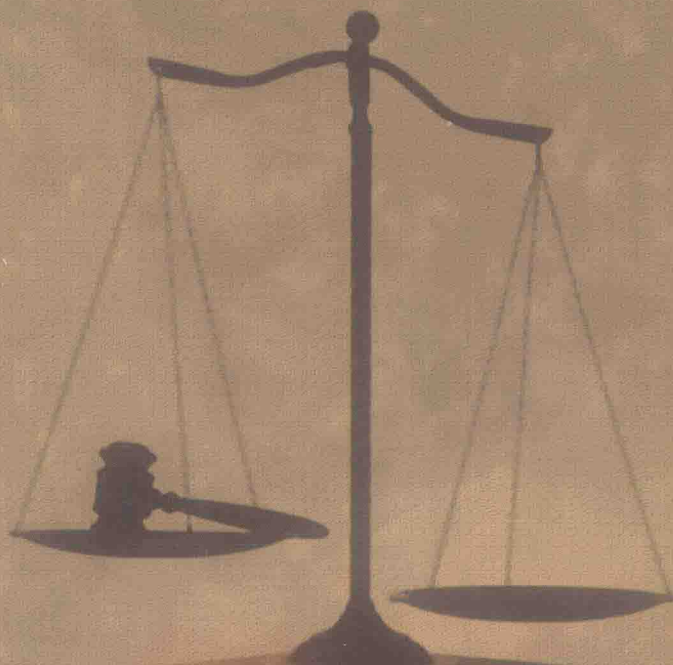
 **Routledge**
Taylor & Francis Group

“十二五”国家重点图书出版规划

法学译丛·法治诚信系列

主编 曹义孙

法律与伦理实证主义



[澳] 汤姆·坎贝尔 (Tom Campbell) 著
刘坤轮 译

*Prescriptive Legal Positivism:
Law, Rights and Democracy*

 中国人民大学出版社



“十二五”国家重点图书出版规划

法学译丛·法治诚信系列

主 编 曹义孙

副主编 李士林 繆建民

法律与伦理实证主义

[澳] 汤姆·坎贝尔 (Tom Campbell) 著
刘坤轮 译

Prescriptive Legal Positivism:
Law, Rights and Democracy



中国人民大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

法律与伦理实证主义/〔澳〕坎贝尔著;刘坤轮译. —北京:中国人民大学出版社, 2014. 1

(法学译丛·法治诚信系列)

书名原文: Prescriptive legal positivism: law, rights and democracy

ISBN 978-7-300-18747-1

I. ①法… II. ①坎… ②刘… III. ①法律—伦理学—研究 IV. ①D90-053

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 014917 号

“十二五”国家重点图书出版规划

法学译丛·法治诚信系列

主编 曹义孙

副主编 李士林 缪建民

法律与伦理实证主义

〔澳〕汤姆·坎贝尔 (Tom Campbell) 著

刘坤轮 译

Falü yu Lunli Shizhengzhuyi

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京市鑫霸印务有限公司

规 格 170 mm×250 mm 16 开本

版 次 2014 年 2 月第 1 版

印 张 20 插页 2

印 次 2014 年 2 月第 1 次印刷

字 数 340 000

定 价 59.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换



国家社会科学基金重大项目：
我国社会诚信制度体系建设研究（批准号为11&ZD030）

本项目得到中国人寿资产管理有限公司资助；
得到中信建设有限责任公司资助；
得到深圳市晟大生物有限公司资助。

法学译丛·法治诚信系列

编 委 会

主任：王淑芹

委员：曹义孙 李士林 缪建民

方 明 刘坤轮 尹 超

罗礼平 宋晨翔 郭 虹

诚：实与信（代序）

要回答“诚信是什么”，首先应该了解“诚”这个字的含义。“诚”这个字的意思很丰富，用得也很广泛，然而就其本意而言，却只是“实”，以及由实而生的“信”，用词来表达就是“诚实”与“诚信”。而“诚信”主要有两个方面，即“信仰”与“规范”。

诚是人类探寻的道德实在

翻开任何字典，我们都能发现“诚”这个字的意思就是实在。所谓“实在”，就是真实的存在，是由“实”来形容“在”的偏正结构。从理论上讲，所谓“实在”，是指不以人的意志为转移的客观存在。诚之实在，不仅是客观的，而且是本质的。因为在哲人看来，仅仅从主观与客观的区分来判别实在的意义是远远不够的，还需要从现象与本质相区别的角度来理解。现象意义的存在叫做存在者，只有本质或根据意义上的存在才是哲学意义上的存在。因而，真实的存在不是指存在者，而是指存在本身。

在中国古人看来，这种作为存在本身的诚之实在，只有在天、地与圣人那里才得以完全的显现。于是，中国古人认为诚只是天、地与圣人共有的本性。在《中庸》和《孟子》中都说，“诚者，天之道也”。宋明理学家张载说，“性与天道，合一存乎诚”。实际上，诚就是我们哲学所讲的客观实在性。那么，在我们人的世界里，诚之实在与诚之德性、诚之规则以及诚之行为之间是一种什么关系呢？

诚之德性、规则虽然相对于各种具体的诚之行为来说，是抽象的，是理由与依据，但相对诚之实在来说，却是存在者，是派生的。诚之实在不依赖于诚之种类而存在，而诚之种类却依赖诚之实在，诚这种实在是诚之种类的根据和本源。这种思考与我们哲学所说的物质第一性具有相似性。宋明理学家周敦颐在《通书·诚》中说，诚是“五常之本，百行之源”，不仅是诚之行为的根据，也是各种德性与规范的理由，从而非常直接地肯定了诚实的第一性。这种第一性的诚，我们称之为“至诚”，也就是最高的实在。由于诚作为实在不仅是天、地、圣人之本性，而且是万物之根源和规律，所以有人说中国文化中的“诚”是中国人所追求的道德本体，具有西方基督教的“上帝”之意义与地位。至诚



作为宇宙之实在、道德之本体，是整体，是“一”，具有不可见、不动无息、永恒与无限的特征。

诚是人类追求的道德信仰

如果说诚实即诚之实在，具有永恒与无限的特征，那么，从生存论看，作为最高存在的诚实，就是道德的信仰。其内容不仅是真，而且是善，是全真完善的存在。所谓诚之真，就是说诚没有虚假，没有被他者所遮蔽，是事物如其本性的存在。天就拥有这种实在，昼夜交替、四季循环就是其表征。作为实在的诚，也是人类所追求的知识层面的绝对真理，是人类解释一切事情存在与变化的知识与智慧。所谓诚之善，就是说诚不仅是万物生存的内在的动力与原因，而且是万物自我成长与完善的目的，当然更是人类自觉追求的道德信仰。

实际上，诚之信仰是人类最大的美德，朱熹说，“凡人所以立身行己，应事接物，莫大于诚敬”。人类对诚实本体应该心怀敬意、敬畏和信仰之心。这就是宗教所提倡的虔诚美德，在基督教中也叫信德。中国古人说，诚者，信也。对人来说，诚实作为美德就是相信。正如宋明理学家张载在《正蒙》中所说：“天不言而信，神不怒而威；诚故信，无私故威。”

在诚实本体与人类存在者之间的关系问题上，我们人类要担当宇宙完善的责任，要与至诚相融合。一方面，我们要相信，诚实真实存在，因而视诚实为自己的信仰，同时视诚实为自己的真正本性；另一方面，我们要相信，人类良善定能战胜邪恶，既行大善也不弃小善，这就是我们的诚实美德。因而，诚就是信仰，是人类对至诚的渴望与信守。人类只有以诚信为美德，才能真正成其为人。正如朱熹所说，“道之浩浩，惟立诚才有可居之处”。

诚是人类趋善避恶的道德规范

诚是人类追求的道德实在，是人类的道德信仰，这是诚信的一个方面。诚信的另一个方面，就是要相信他人，即人与人之间要相互信任。人由于自身的弱点不仅无法完全认识与把握诚实这种永恒之本体，而且难于完全认识他人之本性、随时把握他人的全部变化。因而，处理自我与他人的关系时，应该持有一种基本的信任态度。不仅如此，人对自己的认识与把握也不可能是完全的，实际上存在着许多自己都不认识的领域与方面，因而，人对自己也应该持有信任的态度，这就是自信。无论是人与人之间相互的信任关系，还是人对自己的信任关系，都需要有一套道德原则和规范来保障。所以，诚实除信仰性之外，还存在规范性。

从诚实原理来看，趋善避恶的良善原则应该为道德的第一原则，正当应为第二原则，趋利避苦的功利是道德的第三原则。这种原则秩序有着其内在的逻

辑联系，不能任意地中断或颠倒。如果顺其秩序而支配人的性情欲望，主宰人的决定，那么诚实就可以显现；反之，自欺与欺人的行为就会发生。

我们要坚持趋善避恶的良善原则的首要地位，无论是道德规则还是道德行为都必须从良善原则出发，正本清源，明确诚实是善，虚伪是恶，以诚实良善为安身立命之所、养性修业之基，努力光大自己原有的趋善避恶的自然倾向，反对以利害和乐苦的功利原则为道德第一原则的人生选择，更反对趋炎附势的小人做法。

以诚实良善原则为基础的道德规则，有五个方面的道德要求：第一，做人要诚实，要表里如一，不要伪善。“诚，谓之诚实也”。“诚者何？不自欺，不妄之谓也。”第二，心意要自信，不欺心。《礼记·大学》中说：“所谓诚其意者，毋自欺也。”意思是说，要自己相信自己，不要自己欺骗自己。苏格拉底说，自欺是把骗子留在家里，与自己整天待在一起。因而，自欺是首要的恶；同时，要懂得诚心诚意是修身之本，不仅观察思考要求实存真，而且意志决定要真诚善良。第三，言谈要真诚，不欺人。不撒谎、说实话，这是人与人相互沟通、取得相互信任的重要渠道和重要保障。第四，行为要守诺，讲信用，不要欺诈。《尚书·孔传》说：“鬼神不保一人，能诚信者则享其祀。”第五，做错事要坦白，承担责任，接受应该受到的惩罚，这比躲避惩罚要幸福。

综上所述，“诚”具有客观“实在性”及其派生的人生“信仰性”与道德“规范性”，是实在、信仰与规范的统合体。

曹义孙

教育部青年基金项目“中国法律伦理教育考察”（项目编号：10YJC820075）

中国政法大学教学改革项目“我国法律职业伦理教育考察——以中国政法大学为例”

中国政法大学青年学术创新团队“全球化与全球问题研究”

中国政法大学青年基金项目“学生培养方案研究”

Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy, 1ed. by Tom Campbell

ISBN: 978-1-844-72022-4

Copyright © Campbell, Tom 2004

Authorized translation from English language edition published by Routledge, a member of the Taylor & Francis Group; All rights reserved. 本书原版由 Taylor & Francis 出版集团旗下 Routledge 公司出版，并经其授权翻译出版，版权所有，侵权必究。

China Renmin University Press is authorized to publish and distribute exclusively the Chinese (Simplified Characters) language edition. This edition is authorized for sale throughout Mainland of China. No part of the publication may be reproduced or distributed by any means, or stored in a database or retrieval system, without the prior written permission of the publisher. 本书中文简体翻译版授权由中国人民大学出版社独家出版并仅限在中国大陆销售，未经出版者书面许可，不得以任何方式复制或发行本书的任何部分。

Copies of this book sold without a Taylor & Francis sticker on the cover are unauthorized and illegal. 本书封面贴有 Taylor & Francis 公司防伪标签，无标签者不得销售。

目 录

第一章 重新定位法律实证主义	1
提出观点	1
法 律	8
权 利	11
民 主	13
未竟之业	15
第二章 法律实证主义要义	16
为伦理实证主义扫清道路	20
证成伦理实证主义	29
伦理实证主义的意义	35
第三章 实证主义的伦理	39
法律实证主义与所谓的法律非道德性	42
律师伦理	45
裁判伦理	52
立法伦理和公民角色	60
结 论	63
第四章 法律实证主义和政治权力	65
权 力	68



伦理实证主义	72
法律权力的限制	75
第五章 立法意图和民主决策	83
命 题	86
语境普通意义	91
民主合法性	96
司法方法	101
结 论	104
第六章 司法能动主义——正义还是背叛?	106
司法能动主义	110
民主实证主义	114
语境主义	116
普通法抗辩	122
结 论	126
第七章 权利法定主义	128
形式正义	128
社会控制	135
组织规则	139
分配模式	142
结 论	146
第八章 权利个人主义	148
权利契约和权力理论	150
权利利益理论	156
第九章 民主、人权和实在法	165
法律实证主义和人权	165
阐明人权	169
A) 认识论论据	170
B) 民主论据	174

C) 意识形态论据	178
D) 实证主义价值的论据	179
结论：忧虑和可能的出路	181
第十章 人权：一种争议文化	183
人权争议	184
人权认识论	189
意识形态与人权	194
制定人权	196
英国《1998 年人权法案》	198
结 论	200
第十一章 通过解释的融入	202
引 言	202
解释要求的范围	204
民主怀疑主义	210
“解释”，人权类型	214
解释的可能性	218
HRA 的更民主解释	221
第十二章 全球市场世界中的民主	224
传统战线	224
当前冲突	225
话语承诺	227
作为集体自卫的民主	229
全球胜利	232
第十三章 法律实证主义和审议民主	237
伦理实证主义与民主	239
民主理论	243
民主的市场理论	245
民主的审议理论	248
审议民主和司法角色	250



结 论	253
第十四章 伦理实证主义的民主方面	258
民主实证主义	260
法律实证主义的哲学问题	264
法律实证主义的经验问题	271
不完美世界中的伦理实证主义	273
合作界限	273
缺少实证良好的法律	274
法律与司法伦理的失败	275
宪法障碍	277
民主场景	279
第十五章 为人权立法	287
人权立法	292
超级制定法	297
人权立法能否区别于一般立法?	300
人权能否化约为无须诉诸道德判断而直接适用的具体规则?	301
人权的道德地位	301
人权的抽象	303
开放性相关义务	304
人权立法能否无须危及反民主异议而优先?	305

第一章 重新定位法律实证主义

本书收集了从宪法角度研究法律、权利和民主理论的一系列作品。它们试图将法律和政治哲学聚合在一个规范性框架之内，根据具体文章中该理论所强调维度的不同，该框架的名称可不断变换，分别可称为“伦理实证主义法律理论”、“规定性法律实证主义”，或是简单称为“民主实证主义”。该选集展现了以一种民主方式关注如何推进权利的（部分）政治哲学。我希望，就实质问题，对于有着极为千差万别政治点的人们来说，规定性实证主义的宪法进路能够具有吸引力。出于这一原因，可以通过各种不同方式来了解关于社会民主的各种政治哲学，范围从激进的个人主义到高度社群化的形式。的确，它的核心偏见是，在解决和协调多元化、多样性社会中的冲突和争议时，具有机械主义。然而，该理论致力于推进民主和人权，在这一点上，它毫不妥协，并且在这两种当代法律和政治治理理念如何能以一种相互维持的方式进行整合的问题上，它有着自己独特的观点。

提出观点

全球恐怖主义、局部战争、渐增的不平等、猖獗遍布的腐败和环境恶化，将我们的注意力加速转向基本正义、理性和善治等基本问题。在这种语境中，曾经一度流行的一系列法律、平等理念再次春芽破土，成为可持续民主与世界和平的核心要素。该系列理念的语言工具是围绕法治的话语，也就是这样一种理念，即政府的运作应当通过并受制于法律，其他组织和个人必须接受和服从这些法律，而在其他方面，则可以根据他们认为适当的方式自由行为。



法治的一个特殊形式为实在法之治，或更具体地说，是规则之治。根据法律实证主义，法治的收益要求相关法律是现行一般规则（也就是适用于特定类型人和行为的规则），这些规则充分清晰、具体，足以使一个社会中的成员就规则是否得到遵守或被违反达成一致认识，即使是当他们对相关规则的可欲性存在认识争议时。这种法治就是我所称的“规定性法律实证主义”。

- 4 本书出版商曾试图说服我，不在题目中使用“法律实证主义”。这可以理解。整体而言，法律实证主义常被当作一种无趣的、保守的法律理论，该理论错误地将法律实践展现为规则的机械适用，不考虑特定情形中法律实践之于人类福利和社会正义的结果，只关注这些规则如何通过惩罚得以执行，并设定一种占有无限权力、不切实际的主权观念。由于法律实证主义的这种负面形象，法律不断地沦为一种开放性社会控制的迟钝工具，或是妨碍社会进步的保守机制。^①

无论是从道德上，还是从智识上来看，这都不是一幅有吸引力的图景。从道德上看，法律实证主义被看作防止依赖个人良心，并将依据一个总方案下的威胁和暴力的治理合法化。从智识上看，法律实证主义被认为错误地展现了作为最佳法律推理特征的、关于正义的原则性探讨，高估了外部制裁的社会效用，而忽略了理解主权本身的困难，更不用说它归咎于“人民”了。考虑到这种广为人知的负面形象，将“法律实证主义”从任何书名中抹去，而代之以一些更为温和的词语，比如“法治”，或更好一点的“人权”或“正义”，必然是一个很好的营销策略。

本书中的大多数文章都是关于人权和法治的，尽管事实如此，但我仍然拒绝了这一建议，因为，这些文章的独特之处在于，它对这些核心概念采取了特殊的进路，该进路主要源于经典法律实证主义所阐明的法律观点，尤其是杰里米·边沁的研究。从这一传统中，我所汲取的并不是边沁弟子约翰·奥斯丁所秉持的概念上的教条主义，对他而言，法律被定义为（无限）主权权力的（一般）命令。相反，从经典法律实证主义那里，我得到一种规定性或规范性的珍贵法律类型模式，这种模式中存在一个融贯的一般规则体系，这些一般规则清晰、可理解、具体，经适用它们的那些人同意而合法化，并且通过一个统一等级的公正审判庭予以执行，这些审判庭的工作是将这些规则适用于具体情境，

^① 近来关于这种形象的一个探讨，可参见 AJ Sebok, “Misunderstanding legal positivism”, *Michigan Law Review*, Vol 93, 1995, 2054—132, reprinted in TD Campbell and A Stone, *Legal Positivism*, Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1999.

并审查政府行为与通过民主颁布的规则的一致性程度。因而，也就有了“规定性法律实证主义”之名。

在边沁那里，无论从法律上，还是从政治上，规定性法律实证主义的形式都是一种激进的、实际上革命性的理论。在 19 世纪早期，它对普通法的无序、晦涩和保守主义提出了有力的批判，并且，对服务于“最大多数人最大快乐”的新型法律秩序，它为大众民主作为其合法渊源的情形给出了一个关键要素。一个半世纪之后，法律实证主义开始被广泛认为是一种关于法律“含义”的纯粹概念理论，具有非常保守的含义，它将“大写的法律”优先于法律改革和民主进步问题，考虑到这一历史，注意到这一点，就显得非常有趣。

关于法律实证主义为什么会出现这样一种形象转折，解释起来很复杂。它们包括在一个“最大多数人”已经相对富裕的社会中，对弱势少数派予以适当道德关注的兴起，以及法律实证主义与鼓励、固化社会经济不公的国家作用极端自由观念的偶然关联。法律实证主义还开始被看做一种虚假的司法良知，借此，司法者的集体意识形态为，法院“发现”但不“制定”法律，在实践中，这就有利于掩饰和合法化实际上是运用司法自由裁量权所作出的具有争议，并且通常是压迫性的司法裁决。

尽管这种分析适用于特定历史阶段具有合理性，但是，启发本书中大多数文章思路的却是一种修正版本的边沁式实证主义，它将边沁进路中的规范方面置于概念和经验要素之上，并且，以一种与所谓法律实证主义和法律实证主义者负面历史背道而驰的方式，与当代法律体系和民主政治发生重大关联。

对法律实证主义修正复名要通过霍布斯、康德、边沁、奥斯丁，以及最近的凯尔森和哈特的作品，从认识到其强大的规范性方面开始。以他们的概念作为前见之后，每个人都强烈地受到一定道德价值和政治倾向的驱动，这无论如何都和实证主义的咒语，也就是我们总是必须区别实然法和应然法的理念相冲突。无须主张应当将这些范例实证主义者解释为纯正的规定性实证主义者，他们的理论中有充分的规范性元素，据此可以建构一个规定性法律实证主义。这种实证主义将概念分析仅仅当作一种道德论证的工具，而将经典实证主义的经验命题当作确定一种真正实证主义法律体系的可能性，而非现实性。

以一种全新，甚至激动人心的装饰重新展现所熟悉的理论，有一定的乐趣。对社会理论意识形态进行历史哲学重塑的痴迷源于我对亚当·斯密有关道德理论的博士论文的研究。^① 尽管他对市场经济和最小国家理论具有巨大影

① TD Campbell, *Adam Smith's Science of Morals*, London: George Allen & Unwin, 1971.