

CSSCI来源集刊



法律方法

Legal Method

第28卷



主 编 · 陈金钊 谢 晖
执行主编 · 杨知文



中国出版集团
研究出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法律方法 . 第 28 卷 / 陈金钊, 谢晖主编. -- 北京 :
研究出版社, 2019.11
ISBN 978-7-5199-0705-1

I . ①法… II . ①陈… ②谢… III . ①法律 - 文集
IV . ① D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 274355 号

出 品 人: 赵卜慧

责任编辑: 张立明

法律方法 (第 28 卷)

FALV FANGFA (DI 28 JUAN)

作 者	陈金钊 谢 晖 主编
出版发行	研究出版社
地 址	北京市朝阳区安定门外安华里 504 号 A 座 (100011)
电 话	010-64217619 64217612 (发行中心)
网 址	www.yanjiuchubanshe.com
经 销	新华书店
印 刷	北京新华印刷有限公司
版 次	2019 年 9 月第 1 版 2019 年 9 月第 1 次印刷
开 本	710 毫米 × 1000 毫米 1/16
印 张	25.75
字 数	545 千字
书 号	ISBN 978-7-5199-0705-1
定 价	82.00 元

版权所有, 翻印必究; 未经许可, 不得转载

法律方法

(第28卷)

主 编

陈金钊 谢 晖

学术顾问

(以姓名拼音为序)

郝铁川	胡玉鸿	蒋传光	季卫东
李桂林	刘作翔	舒国滢	沈国明
孙笑侠	王 申	熊明辉	叶 青
於兴中	张斌峰	张继成	郑成良

编辑委员会

(以姓名拼音为序)

陈金钊	戴津伟	杜文静	范 跃
黄 涛	黄 炎	金 梦	蒋太珂
刘风景	吕玉赞	宋保振	孙光宁
杨铜铜	杨知文	俞海涛	郑 菲

本卷执行主编

杨知文

序 言

人们不能总是消费别人的信任而不断地进行压服，司法裁判只有阐明裁判结论的形成过程和正当性理由，才可能提高裁判的可接受性，实现法律效果和社会效果的有机统一。法律方法就是站在维护法治的立场上，把法律作为修辞进行说服的纠纷解决方法，其包括但不限于法律发现、法律解释、利益衡量、漏洞填补、法律推理以及法律论证。而法律方法论则是对法律如何被运用的一系列解释、论证和推理的技巧、规则、程序、原则的系统思考。由于对逻辑思维的轻视，我国法律方法论的研究起步较晚。但自 21 世纪初以来，随着对思维方式的体系化改造，法律方法论研究逐渐成为我国法学研究中的一门显学。

创刊于 2002 年的《法律方法》，迄今已经出版 28 卷，为法律方法论人才的培育，法律方法论研究的普及、深化、繁荣，提供了专业化的学术交流、切磋平台。多年来，幸赖学界同仁的支持、出版界同仁的合作，《法律方法》与学界同仁一道，共同推动了中国法律方法论的研究，见证了法律方法论研究的繁荣。

法律方法论研究的持续繁荣蕴含着研究契机的转换。随着裁判文书上网、案例指导制度的建立，学界越来越关注司法实践发展出来的教义规则及其方法支撑。法律方法论的研究正从以译介消化域外相关理论为特色的学说继受阶段，转向以本国立法、司法实践的教义学化为契机的本土化时代。面对这一新的发展趋势，我们认为，促进法治中国建设、生成法学教义规则，理应成为今日法律方法论研究的出发点和落脚点。法律方法论研究也应当在继续深挖法律方法的基础理论之上，提炼能够回应我国实践需求的命题。

因而，我们需要继续深挖法律方法的基础理论，拓展法律方法论的应用研究。

一是法律方法与法治的关系。法律方法依托于法治，没有法治目标，要不要法律方法都无所谓。基于何种法治立场、实现何种法治目标、讲述何种法治故事，是奠定法律方法论价值取向的前提性问题。如果忽略对这些问题的研究，法律方法的研究、运用必将沦为方法论上的盲目飞行。

二是法律方法与逻辑的关系。逻辑是思维的规律和规则。法律方法表现为各种具体的法律思维规则，法律思维规则构成了法律方法的骨架。如今，逻辑学经历了传统的形式逻辑向实质逻辑的转向。结合逻辑学的新变化，建构法律解释、法律推理、法律论证模型，对夯实法律方法论的逻辑基础，强化法律方法论的实践指向，具有重要的理论和实践意义。

三是回应实践需要提炼新的命题。面对法律供给不足的现实，我们应当坚持“持法达变”思维，把法律当成构建决策、裁判理由的主要依据，重视体系思维，将宪法中的“尊重和保障人权”原则融入到法律思维或者法律方法之中，以防止“解释权”的误用、滥用。这意味着，法律规范的供给不足隐含的是法律方法或者说法律思维规则供给不足。因此，面对法治实践的需要，应不断提炼出反映中国法治实践需要、满足中国法治实践需要的新的理论命题或者规则。

在法律方法研究重点发生转向的新时代，《法律方法》将“不忘初心，牢记使命”，继续秉持“繁荣法律方法研究，服务中国法治实践，培养方法论学术新进”的宗旨，为我国法律方法研究的繁荣，法律方法研究的实践取向，以及法律方法人才的培养，做出应有的贡献。同时也希望各位先达新进不吝赐稿，以法律方法论研究为支点，推动中国法治建设。

陈金钊

序言

陈金钊 / I

域外法律方法论

- 依据规则的推理 [英] 约瑟夫·拉兹著 朱 振译 / 3
- 客观性与解释 [美] 欧文·M. 菲斯著 程朝阳译 / 16
- 自然法的美国解释 [美] 本杰明·弗莱彻·莱特著 杨天江 刘乙瑶译 / 34
- 假装理论视角下的法律效力拟制研究 [荷] 奥拉夫坦著 谢之杰译 / 49
- 新法律现实主义 [美] 托马斯·J. 梅尔 (Thomas J. Mil) [美] 凯斯·R. 桑斯坦 (Cass R. Sunstein) 著 周磊译 / 65
- 再论机能的刑法解释方法论 [日] 松泽伸著 吕小红译 / 81
- 苏格拉底教学法与法学教学不可或缺的核心 [美] 唐纳德·马歇尔著 刘常庆译 / 100

法律方法理论

- 法理思维是什么样的
——以“洞穴奇案”的想象和分析为导图 陈天翔 / 113
- 格赖斯准则何以适用于法律解释 宋旭光 / 132
- 德沃金“预诠释共识”的方法论意义 王 静 / 147
- 习惯的司法适用及其方法 武 静 / 164
- 如何在判决书中援引指导性案例
——以《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》为背景 雷槟硕 / 183

法律适用中的逻辑思维	李丽辉 / 197
相邻纠纷案件判决的正当性困境及其论证补强	何跃军 / 209

司法方法论

注重裁判理由的可接受性	
——“寄血验子”案的法律解释分析	范 跃 / 225
判决公正与刑法适用的公众认同	
——以深圳鹦鹉案等系列案件为分析视角	姚万勤 / 236
实质判断如何结合法律条文	
——“德发案”再审判决中的利益衡量评析	张青卫 / 254
“或裁或审”协议的界定与效力	
——以法律解释学为方法	戴 曙 / 270
位置大数据侦查循证研究	周 蔚 / 285

部门法方法论

行政知识如何嵌入行政法教义学	
——以“行政行为”概念为切入点	刘 星 / 301
论行政协议解释的司法审查	
——基于指导案例76号的分析	徐肖东 / 319
回到规范分析：克隆人行为是否有罪的方法论审视	吴梓源 / 335
解释论视野下证券市场内幕交易主体的认定标准	汤 君 / 347
民法强制性规范的适用解释	陈晓聪 / 358
论民事裁判中的比例原则运用	
——从方法论视角切入	梁 超 / 368
论消费者利益在竞争法中的功能定位与应用方法	陈耿华 / 383

《法律方法》稿约	/ 400
----------	-------

域外法律方法论

依据规则的推理

[英] 约瑟夫·拉兹* 著 朱 振** 译

法律推理有何特殊之处？它以何种方式而与众不同？法律推理怎样不同于医学、工程、物理或日常生活中的推理？答案从极端到温和不等。极端的观点认为，存在着一种特殊的且与众不同的法律逻辑，或法律的推理方式（模式），它们使法律与其他所有学科区分开来。与此相反，温和论者认为，法律推理没有什么特殊之处；也就是说，理性在所有领域都是一样的。在温和论者看来，只有法律的内容使之区别于其他的探究领域，然而法律的推理模式对所有的探究领域来说都是共同的。

带有适度愤世嫉俗之气质的人们将不会惊讶于极端的观点盛行于法律人之中。毕竟，法律越特殊，高收费就越正当，正是高收费使得法律在如此多的国家对所有人（除了富人）来说都是触不可及的。然而，我们将不会从事于这种社会学的沉思。特殊的法律推理模式存在还是不存在，从中不管是谁获得或失去了什么，这里唯一要探究的问题就是，是否存在这样与众不同的推理模式，

无需惊奇的是，上述各种相互竞争的立场都有些道理。赞同温和论的最重要的理由在于，逻辑的核心并不是领域特定的，它也不可能是领域特定的，众多的论证已确认了这一点。我将概述一下。推理的规则并不独立于意义的规则，也不独立于把内容归属于概念和命题的规则。相反，推理规则是确定术语意义和概念内容的部分因素。在某种程度上，适用于概念的推理关系决定了概念的内容。“a 是绿的”蕴涵了“a 是有颜色的”，这是决定“有颜色的”和“绿的”之意义的部分因素。因此，如果诸如法律、道德、物理与医学中每一个都受制于不同的逻辑规则，那么它们要么采用了不同的术语，要么在不同的意义上使用相同的术语。事实上，尽管某个术语对于一些独特的领域来说是特定的（比如“夸克”“归复信托”），但是在大多数情形下，我们在所有的领域使用同一种语言；而且如下

* 约瑟夫·拉兹（Joseph Raz），美国哥伦比亚大学法学院教授、伦敦大学国王学院客座法律教授，主要从事法律、政治与道德哲学研究。本文译自 Joseph Raz, “Reasoning with Rules”, in his *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, 2009, pp. 203 – 219. 本篇论文是该书的第八章，翻译获得授权，特此致谢！

** 朱振，男，江苏徐州人，吉林大学理论法学研究中心、法学院教授，主要从事西方法哲学研究。

这种主张将会是荒谬的，即同样的语词当被医生、法律人、公交车售票员、会计师等使用时具有不同的意义。

然而，并不是所有的推理模式都位于逻辑的核心。在核心之外的区域，更为合理的假定是，不同领域间的某些差异也许是存在的。通常被称为“归纳推理”的很多东西都在于常规情形的聚集，而这些常规情形正是立足于地方化的经验或可能性之上的。也许存在着领域特定的推理模式，这包括非演绎性的担保规则。法律适用于生活的所有方面，因此，法律论证吸纳了来自于所有思想领域的推理模式。但是法律论证也许加强了这些模式，也许有一些额外的推理模式，它们是法律思想所特有的。

法律依其性质拥有一些特征，它们极大地影响了法律推理的特性。我认为它有三个特征：第一，每一个国家的法律都构成了一个法体系；第二，法律——即使不是完全，那么至少在很大程度上——由规范或规则构成；第三，适用法律和遵守法律要求或预设了解释。认为这些特征为法律所独有，这一看法将会是错误的。一些重要的宗教和其他社会组织分享了这些特征。这些特征标志着所有的制度化的规范体系，而且在较小的程度上，其他的规范性领域也能够呈现出这些特征。但是这些特征对法律来说是核心所在，而且它们能够被认为赋予法律（以及宗教等）推理以一种特殊的品性。法律的这三个特征，即法律的体系性、对规则的依赖以及对解释的依赖，是紧密关联在一起的；而且这些特征是结构性的，所以能够被正确地认为影响了法律推理的共有模式。换言之，法律推理就像任何其他推理一样；但是除此之外它还有一些特征，这些特征表达了法律的结构性的——人们也可以说是形式性的——特点。

正如您看到的，在法律的某些结构—规范性特征中，我发现了法律的特别之处。许多人更愿意单独挑出法律的某些社会—制度性特征。这两种层面的分析并不是不相关的。法律的结构—规范性方面影响了其社会—制度性特性，当然这种影响反过来也起作用。没有理由认为法律的这两个层面之间的关系是不可逆转的，也没有理由去假设在它们之间存在着——对应的关系。它们的关系是——且长久以来一直都被认为是——一个极为引人关注的主题，我们对此的理解是非常不完善的。这只是在专门关注我所提到的结构—规范性特征的理由之一。

规则、解释和体系性，这三个特征之中的第一个即规则是最基本的。因为规则在法律中起到了一个核心的作用，所以法律具有体系性，而且解释在法律推理中起到了一个至关重要的作用。为理解这一点，我们需要理解规则的如此特别之处，以及规则怎样决定了推理的模式。

规则怎样成为了实践慎思的重要部分？规则应当怎样去影响行动以及行动的正当理由？规则看起来是行动理由。某个人的行动为一项规则所要求，他完全可以把这一事实作为其履行行动的理由，而且一个行动可以因其遵守了一项规则而成为正当的。然而规则并不像大多数其他理由。大多数理由都是事实，这些事实表明了一个行动中的好处是什么，

也就是使行动成为合适的：行动将给人愉悦。行动将保护一个人的健康，或有助于其赚钱，或提升其理解。它将为国家减少贫困，或为一位忧心忡忡的朋友带来心灵安宁，等等。遵守一个规则的善是什么呢？

这就是我想在此探究的问题：当规则并不指向其作为理由的行动中的一个善，规则怎样还能成为理由？我将这一有待被解释的现象称为规则的不透明性。^① 我将集中关注规则的一种类型，即人造的规则，其要求无条件的行动。^② 我所指的核心情形将是有意被制定的规则。对这些规则来说是真的东西，对于其他的人造规则来说也是真的，但是对于其他的构成理由的规则也许并非如此。

并非所有的规则都是理由。某些“规则”标志着规律性，正如当我们讨论我们仿佛遵循规则一般所做的事情时那样。规律性也许是理由，但不必都是理由。换言之，作为规律性的规则不是理由。^③ “规则”有时被用于表明任何规范性命题，也就是陈述应该做什么的任何命题，^④ 尤其是关于共识之自然表达的那些命题。这样的规则也不是理由。它们是关于我们有理由去做什么的陈述（真的或假的），但是我们拥有这些理由并不依赖于规则。许多规则就是食谱。它们是怎样做事情的操作指南：如何烘焙蛋糕、组装家具、给观众留下深刻印象、解开绳结、找到走出迷宫的方法或者赢得国际象棋。这样的规则陈述了有条件的理由。也就是说，它们自身并不是理由，而且它们所陈述的理由只是对那些拥有其他某个理由的人来说才是理由。如果你有一个理由烤一块蛋糕的话，那么你就有理由这样烤蛋糕，因为蛋糕就是这样烤的。

有时被称为“构成性规则”的规则更加接近于我们的核心关注点。国际象棋的规则——它们决定哪些走法是被允许的，而不是去决定在象棋比赛中怎样获胜——被认为构成了该游戏。人们常说，构成性规则也不是理由。我认为，构成性规则是理由，但它们是（即这些规则的存在构成了）有条件的理由。如果你打算下国际象棋，并因此你有理由下

① 因此，如果关于一条规则的完整陈述无法表明以此为理由的行动的好处是什么，那么在这里所意指的意义上，这个理由就是不透明的。但是有人也许反对说，理由为一项有约束力的（或有效的）规则所要求，这一事实没有表明关于行动的好处是什么吗？是没有表明。正如下文将会清楚阐述的，那只是表明行动是被要求的，即我们有一个理由履行它。这一事实并未显示出行动在哪方面是好的。换言之，一个有约束力的规则要求履行行动，这是行动的一种规范性的、而非评价性的属性。诚然，人们也许主张，“对一个行动来说，存在着一个理由”这一事实使此一行动在这个程度上（*pro tanto*）是好的。不过在这里，评价性是规范性的结果，而不是规范性的根据。规则的不透明性在于，关于一个理由的完全陈述揭示不出行动中任何好的品质，它也许解释了对那一行动来说为什么有一个理由。

② 下文将要做的多数论述，经不言自明的修正，也适用于其他类型的规则，尤其是其他类型的法律规则，但是这里无需讨论。

③ 得出我的看法的另一种方式是：某个行动、信念、情感等为什么适于这一场合，在成为对此一问题的部分解释的意义上，每一个事实都能够成为一个理由。但是事实确实在这类解释中发挥着不同的作用。所造成的好的或坏的属性连同规则一起，就是我为“操作性理由（operative reasons）”的东西（See J Raz, *Practical Reason and Norms* (Oxford: OUP, 1999) 33–34），J Dancy 称之为“偏好性理由（favouring reasons）”。（*Moral Reasons* (Oxford: Blackwell, 1993)）

④ 或者是必须、应当做什么，或者是可以、不可以做什么，等等。

国际象棋，那么这些规则就是以这种或那种方式而行为的理由，即为什么你必须以各种方式而行为的理由。

许多构成性规则自身是人造的，但并非全部都是如此。许多构成性规则是有条件的理由，适用理由的条件可以被避免。一个人可以避免去下象棋，此外在理论上，一个人至少可以避开一个国家或一个职业。而某些构成性规则是不同的。数学和逻辑规则（用古老的术语来说）是思维的规则或规律，它们构成了思考（或核心类型的思考）。我们不制造它们，但只要持续思考，我们就不能避开它们，至少我们不能避开遵循其中的一部分。但是思维的规则或规律也可以被认为设置了有条件的理由，即使任何事物，只要还未退出全部的理性思考，都不能避开这一理由。^⑤

因此，让我回到我将集中关注的那些规则。这些规则是无条件的理由，而且它们是人造的。我曾说过，鉴于规则在表面上并不指向以之作为理由的的任何价值，即它们是不透明的，要关注的问题是规则怎样能够成为理由。^⑥ 有一种回应是，这一问题基于一个错误的假设之上。所有的规范性陈述^⑦（而且根据这个术语的一种用法，这些陈述是规则）都是不透明的。它们陈述了我们必须做什么。正是评价性陈述^⑧说明了做某事的好处。规范性陈述的不透明性毋庸置疑。我的困惑源自如下主张，即规则（至少是某些规则）自身就是理由，^⑨ 而不仅仅是关于我们有理由所做之事的陈述。对这个困惑的解答在于否定这个前提。如果规则从不是理由，那么这一困惑就消失了。

最后这句话必须得承认。然而，我们应当从这样一个假设开始，即规则是理由，因为它们普遍被认为是理由。然而，如果这一假设导致了难题和悖论，那么在这些问题和悖论得到解决之前，它就不可能是安全的。在继续探索人造规则的不透明性之谜时，我将承诺不但解释规则怎样成为理由（尽管其存在不透明性），而且捍卫“规则是理由”这一思想。

规则不透明性的困惑，当再被增加如下另一个困惑时，就变得更加强烈了：仅仅通过依据这样做的意图而行动，人们怎么就能够创造理由呢？这一附加的问题听起来一定是熟悉的。这个问题出现在不涉及规则的其他情形中。非常引人注目的是，它出现在契约或协

⑤ 关于理性（rationality）规则，请参见我的 *Engaging Reason*（Oxford: OUP, 2000）ch 4，在书中这些结论是有条件的。请注意，这一主张并不是说，一般而言我们不可避免地要完全遵守逻辑规则或思维规则。我们都在不时地违反它们。这一主张是说，决定这些规则之适用的那一理由并不容易避免，也就是说几乎所有人在大部分时间都拥有那个理由。这些规则取决于一个理由，即人作为一位理性者（思想者）（a rational, ie thinking being）而存在，尽管其一直活着（alive）。

⑥ 在本章余下的部分，我使用“理由”时都是指无条件理由。作为有条件理由的规则，只有在透露它们所依赖之理由表面上是什么的情况下，才是不透明的。一旦理由被知晓，规则所促进的善就是显而易见的了。

⑦ 亦即这样的陈述：我们必须、或者应当、或者应该等做某事。

⑧ 亦即这样的陈述：这或那拥有某些属性，它们蕴涵着它是好的或有价值的。

⑨ 严格说来，不是规则，而正是规则之存在，才是理由。然而，我将采取一个简略的表达式，即把规则视为理由。

议中，而且它当然也出现在允诺和所有其他的自愿性承诺中。此外，承诺和协议也是不透明的。我允诺今晚保持清醒，这一事实表明我今晚保持清醒有某种价值或好处了吗？最起码，我们能够有把握地说，如果它确实有某种价值或好处，那么它也不是如下这种事实拥有价值或好处所采用的方式，即在一位患病朋友的床边我将保持清醒。人造规则、协议和承诺之间的类似性有助于回答这个附加的问题，而且通过解答，它有助于回答最先的那个问题，这才是我们要探讨的主要问题。

在协议、承诺和我正在关注的那类规则之间有一个相似点，即在它们之中我们可以问两个不同的且相对独立的问题。在不同的语境中，这些问题将以符合语言用法的不同方式表达出来，但是它们全都会采用下列版本。（1）它们是有约束力的、有效的规则（协议或承诺）吗？这些问题等同于“人们应当遵守它们吗？”。（2）它们是好的、明智的、正当的规则（协议或承诺）吗？

一条规则或一个承诺或一项协议可以是有约束力的，此外，违反它也许是错误的，它也许是有效的行动理由；然而它也许是一条坏的规则，本不应当被制定出来，而且应尽快地改变它。规则、协议或承诺允许一个潜在的规范缝隙，即在评价的方面和规范的方面之间的缝隙，也就是在它们的价值和规范效力之间的缝隙。

请把这一点与“普通的”理由比较一下。一本小说是富有洞察力的、精妙的，这是读它的一个理由。在这里，我们不能强行分离评价的方面和规范的方面，也不能强行分离下述两个问题：“它是好的吗？”和“它是有约束力的或有效的吗？”。如果洞察力和精妙是小说的好的特征，那么它们就是理由。在“成为有效的理由”和“是好的或有价值的”之间，亦即在规范的方面和评价的方面之间不存在缝隙，正如在规则、承诺和协议的情形中存在缝隙一样。

为什么会存在不同之处呢？貌似有理的看法是，相关解释关联于如下事实，即规则、承诺和协议是人造的。既然它们是人造的，那么除非它们通过了一个合宜的规范性检测，否则就不能是理由。并非某个人意图创造的每一个事物——把它作为其自身的一个理由（如同允诺和个人规则）或作为其他人的一个理由（如同其他类型的规则）——都是这样的一个通过规范检测的理由。

这一观察是正确的，此外它也许相关于对规则在实践理性中之地位的一个说明，但是它不能解释规则的约束性和规则的善或正当性之间的分离。为什么不能有这样一个检测呢：如果规则、协议和允诺是好的、明智的，那么它们就是有效的；如果不是好的、明智的，那么就是无效的？然而，为了解释有缺陷的规则、协议和承诺还能够是有约束力的，我们就无须仅仅依赖于“它们是人造的”这一事实。

为了解释规范缝隙，我们应当从留意其结构和效应开始。缝隙并不是绝对的，也不可

能是绝对的。当我们问“是什么使得规则具有约束力？”，答案将重新回到评价性因素上。^⑩ 国际象棋大师赛俱乐部的规则也许是有约束力的，因为俱乐部事务交由俱乐部委员会来管理，要好过通过其他方式来组织，或任由乱作一团。

当然也有可能，情况并非如此；尽管授予俱乐部委员会以权力去制定管理俱乐部之规则的那些规则是有效的，但是它们并不是好的规则。比如，把事情留待全员大会而不是通过委员会来解决它们，这也许是更好的。^⑪ 如果是这样，那么这仍然是一种受限的规范缝隙的另一种显现方式。这时候，俱乐部章程也存在着缝隙；而章程也就是规则，它们设立委员会并管理其制定规则的活动。为了解释为什么关于大师赛之章程的那些规则是有效的，也就是解释为什么那些规则拥有规范性的力量，我们必须依赖评价性的考量因素。比如，鉴于想推翻一些安排以制造混乱的企图将会引起的损害过大，这些评价性因素也许就是不推翻这些安排的那种可欲性；而且这些安排尽管有缺陷，一段时间以来却一直在支配着俱乐部的运行。忽略建立委员会的规则所引起的损害要是微小的，以某个其他方式组织事务的优势要是显著的，以及确保更好方式的前景要是良好的，那么建立委员会的那些规则本将不会是有效的。规范性最终莫基于评价性因素，但采取的是一种为规范缝隙留有余地的方式。

这如何可能呢？请注意在如下例子中证成规则的那些因素：一条规则说，俱乐部成员有资格带不超过三位客人参加俱乐部的社交聚会。确立这一规则之效力的那些因素并不取决于成员可带少量客人的可欲性，也不取决于成员拥有带客人来的选择权的可欲性，而是取决于由能颁布规则的委员会来组织俱乐部事务的可欲性。换言之，这就是我（遵循哈特）称之为内容独立的证成的一个实例。证成是内容独立的，因为它与以规则作为理由的那些行动基本上无关。在这里，我们清楚地看到，规则怎样与其他理由不同。一部小说的洞察力和精妙是阅读它的理由，因为它们表明阅读它为什么是好的。但是这些考虑因素——它们表明规则为什么是有效的，亦即规则为什么是所带客人不能超过三位的理

⑩ 某些论者认为，关于什么是有约束力的这个解释，至少有时候确实源自于一系列完全独立于评价性因素的考量因素。它们有时被称为道义因素。我在本章的论述并没有去驳斥这一推断。然而，本章却表明，正是规则的约束性以及相关于这一性质的那些现象并不依赖于这一推断，尽管它是正确的。

⑪ 然而，我正在回避一个观点，它必须要被提到，无论多么简要地。我在上文中认为，规则能够经由我将在下文中之称为内容独立的考量因素（content-independent considerations）的东西所证成，比如这些考虑因素与规则的起源模式有关，甚至独立于批准规则之产生模式的任何规则的效力。从理论上来说，我认为这一点似乎是正确的。然而，大多数法体系遵守法治信条，而与其相伴随的是：仅当规则遵守关于制定法律之合适方式的一个法律规则而产生（某些原初宪法是官方上被认可的唯一例外），它们在法律上才是有效的。我在文章中的观察并不意图挑战这样的法治戒律，而只是想表明这些戒律并不为规则的性质所要求。

由——并没有表明“所带客人不能超过三位”本身是好的。^⑫ 它们只是表明，拥有被赋予委员会的权力是好的，并因此遵守那一委员会的决定也是好的。但是，这能够证成各种各样的规则：举办一场年度锦标赛竞赛、通过所有成员邮寄投票的方式以简单多数接纳新成员、收取每个成员一年 50 英镑的会费，等等。此外，通常来说，尽管不是没有例外，正是这些同样的考量因素能够证成相矛盾的规则。它们能够证成“成员将限于辖区内居民”这样一个规则，此外也能证成“成员不限于辖区内居民”等这样一个规则。在这一意义上，它们是内容独立的。^⑬

你感到我正在原地打转吗？从一开始，我就说明我的目标是解释规则怎么能够是理由，即使规则并未表明它们所要求的行动是可欲的或有价值的，也就是说规则是不透明的。现在，作为一个重大发现我宣告了同样的事实，好像这个事实解释了为什么规则展现了一个规范缝隙，即规范的方面和评价的方面之间的一个缝隙。

然而，我认为我们正在取得进展。首先，请注意，规则证成的内容独立性命题^⑭比不透明性（*opacity*）更进一步，接下来我着手解释这一特征。上文已说，规则是理由，即使它们并不表明以规则作为理由的行動的价值。甚至规则的证成和规则作为理由的行動的可欲性无关，加上这一点，内容独立性命题使事情更棘手。^⑮ 加倍的困惑使困惑更易于

^⑫ 存在着各种各样的方式尝试赋予内容独立的理由或证成以一种更为形式化的特征。其中的一些很可能产生了一些不同的观念。上文就认为，理由不具有可传递性是内容独立之理由的一种标志，下文我还要回来讨论这一点。一般而言，如果 P 是 Q 的一个正当理由，而 Q 又是 R 的一个正当理由，那么 P 就是 R 的一个正当理由。但是一个规则的证成就其本身而言，并不是去证成履行那一规则所要求的行动。规则的正当理由证成了赋予规则制定者以制定规则的权力，仅此而已。当然，它也间接地证成了规则所要求的那一行动，因为这个行动所依循的规则已经是正当的。但是不像内容依赖的证成，要是没有这些额外的中介性前提，规则的正当理由就不能证成那一行动。换句话说，我们所考虑的这一证成，就像关于规则的所有证成一样，是关于归属到那一规则之下的诸多行动的初步证成（*prima facie justification*）。既然罗伯塔所带的客人不超过三个，那么这个行动就得到了证成，因为这就是规则要求于她的。当然一般来说，事情也许是不一样的，因为罗伯塔的行动也有着其他的特征，而其中的一些特征也许会谴责这一行动。所有的初步证成都是敏于描述的（*description-sensitive*）。缺乏传递性意味着，规则之有效性的理由自身并不是履行规则所要求之行动的理由，正如规则所描述的那样。在这一方面，规则是如下常规情形的例外，即（依据同一个描述）一个行动理由的理由就是那一行动的理由。全面地探索对这一检测的证明超过了本章的抱负。比如，这将要求一种方式以区分有条件的理由和内容独立的理由。

^⑬ 重要的是，不要把内容独立性和不受限制的权限混淆在一起。一个正当理由能够——而且通常来说将会——既是内容独立的，又是有限的。俱乐部委员会不能被授权从事或命令其他人从事谋杀行为，等等。换言之，俱乐部委员会是敏感于内容的，因为当成为内容独立的，亦即并不特定于某个规则时，它并没有考虑任何的内容。使得一个证成成为内容独立的东西并不是说它是否能够证成或多或少有可能的规则，而是意味着，构成它的那些考虑因素与拥有规则——这些规则具有这些因素能够证成的规则的内容——的可欲性并不相关。存在着其他的规则，因为其内容，这一证成并未表明这些规则是有约束力的，这一点无关紧要。

^⑭ 严格来说，不是规则而是规则的证成是内容独立的。然而，为简洁起见，我将仍把规则称为内容独立的。

^⑮ 也许，我应当在这里加上“依据那一描述”。诸规则（*rules*）的证成就与它们所要求之行動的可欲性有关，只要这些行动被描述为“规则（*the rule*）所要求的行动”，等等。那就不是对如下这个行动——它能够被用于形成规则（“这个规则规定人们应当做这一规则所要求的任何事”，即使是正确的，也不是诸规则能够在增量的意义上被型构的一种方式）——的一个描述。因此精确来说，这个主张就是，依据能够被用于在增量的意义上型构规则内容的任何描述，规则的证成与规则所要求的任何行動的可欲性无关。

解决。

其次，通过表明要解释的那些特征的核心重要性，我们改进了对规则的理解。现在我们能够看到，规则的不透明性是其内容独立性的一个结果，而且规则的内容独立性是其所显现的规范面向与评价面向之间的规范缝隙的一个方面。通过把所有的这些特征联结在一起，我们认为这些特征对于规则来说是强劲有力的且具有核心的重要性。当然，我们仍旧必须得去解释它们。

但是，我们必须解释它们，这意味着什么呢？毕竟，规则就是规则。分析的任务就是去解释规则的核心特征。通过分离规则的内容独立性、不透明性和规范缝隙这三个特征，并通过表明它们是相互关联的，我们能够继续描述规则的其他特征。但是，我们要解释规则，这是什么类型的要求？需要再说点什么？当然，用这些术语去分析规则并不意味着证成它们。我们一直并未表明哪些规则是有约束力的，也没有表明存在任何有约束力的规则。但是，证成这些规则无疑并不是我们的任务。问题并不在于，它是一个规范性的任务；而在于，在一般意义上证成规则是不可能的。我们能够考虑某个规则或某组规则的证成，但超越一个特定的语境就做不到这一点。

对于这一点，我们应当回应道：也是，也不是。直白地说，提供一个一般性的规则证成是不可能的。某些规则是不正当的，也没有约束力。有可能，有约束力的那些规则是用不同模式的论据来证成的，这些论据无法事先被彻底地描述。然而为解释规则的不透明性，我们还需要多说一些。至少，我们必须表明，人们相信规则是有约束力的，这一点是怎样可能的。因为，没有这样一个解释，剩下的分析就是可疑的。人们确实会犯错，而且许多人会相信根本无效的那些规则具有效力。然而，除非我们能够合理地给人们展示某些规则是有效的，否则这一分析将会是危险的。不大可能发生的是，如此多的人（也许几乎每一个人）在规范性上拥有类似的信念，而所有的这些信念完全是非理性的。

人们相信某些规则是有约束力的，去表明这一点怎样能是合理的，可能就相当于至少要去表明规则的约束力是可能的，也就是相当于指出某些规则确实具有约束力的条件。

因此，我们回到我们的问题：当规则不透明的时候，它们怎样能够成为理由？为了理解这一点，我们需要发现一个聚焦点，从解释规则的特征到规则可能的证成，这个聚焦点都将扫除障碍。规则的内容独立性很可能将会成为那个聚焦点。规则的内容独立性易于解释规则的不透明性。它也解释了规范缝隙。既然一个规则之效力的证成并不依赖于以规则作为理由的那一行动的价值，那么一个规范缝隙就打开了。于是问题就变成了：证成怎样能够是内容独立的？

一个内容独立的证成要是可能的，就必定存在着一些理由让一位行动者以某种特定的方式（不包括这里所说的行为的价值）而行为。让我们离开规则（承诺或协议），并举一个内容独立之证成的例子，这一证成是针对一个特定场合的特定行动。假设你被问，为什么你今天沿着马里波恩大街而不是贝克街步行去上班。你也许回答说，与贝克街相比，前