

法实证主义命题群的历史演变

华 雨*

目次

引言

一、法实证主义前史：观念史之展开及其问题限定

（一）法实证主义的问题意识

（二）法实证主义的历史逻辑

（三）法实证主义的可能及其限定：边沁(Jeremy Bentham, 1748—1832)问题

二、法实证主义的现代归宿：“精致”哈特及其命题处理

（一）哈特(H. L. A. Hart, 1907—1992)理论的“精致”跨越

（二）哈特及其经典命题

三、法实证主义的深化与挑战：德沃金及其“原则/证立”打击

（一）德沃金(Ronald Dworkin, 1931—2013)的影响

（二）法概念与方法论：几个命题检讨

四、法实证主义的内部分裂

（一）分裂之理论缘由及其意义

（二）拉兹(Joseph Raz, 1939—)和他的“排他性法实证主义”

（三）科尔曼(Jules Coleman, 1947—)和他的“包容性法实证主义”

结语

摘要 法实证主义作为现当代西方重要的法哲学学群,同时具备繁复而共同的理论推演及冗长却连贯的问题历史。多个共同命题之联合构成稳定的“命题群”,由此可以瞥见其社会事实、(社会)规则、分离、权威等命题的步步推进及精心论证。加之由边沁、奥斯丁到哈特、拉兹及其后世经典著作家的贡献,此一“命题群”具备由观念史、前史、现代以至“粗糙”“精致”、分裂与深化的捍卫素材与历史纵深。通过对法实证主义问题意识、历史逻辑、理论贡献等进路整体上的论述,以及对学圈内重大争论与挑战的分析复现,大致可以呈现其历史演变之一般规律。而这完全可能有益于我们对于法实证主义理论及其现当代走向的认识与判断。

关键词 法实证主义 命题群 问题史 英美法哲学

* 西南民族大学法学院 2013 级法学理论专业研究生。本文系西南民族大学创新型科研项目研究成果,项目编号为: CX2014SZ01。感谢两位审稿专家的中肯及精确的意见,当然文责自负。

引 言

法实证主义^{〔1〕}毫无疑问是当代法哲学的主流。它的问题意识的实践前沿性、论证体系的严密性和探讨方式的清晰性成了其学说理论的重要优势,对法律规范描述及证成、对法律内部体系的深刻理论洞见及对法律权威来源的终极性反思更是成为其鲜明的“法实证主义命题群”最为关键的方法论基础。法实证主义之问题探讨共享着一系列的概念用法、设问形式、命题假设及(更为重要的)论述方式(如哈特基于“社会事实”[social facts]命题运用所谓“描述社会学”[descriptive sociology]^{〔2〕}的法哲学进路)基础。这些相对成系统的语汇、论证、方法可以“命题群”将其串联起来,并可依其表征(更多是径路/形式特征)以体验法实证主义者的理论旨趣和论证校验。理论的发展史实则是理论的问题史,法实证主义围绕法律的概念、界限与权威问题展开探讨,从而提出了不同的解决框架或观点,其相同或相似的学术探讨和论争即构成一个稳定的“命题群”。^{〔3〕}在漫长而繁复的思想史论域中,命题群路径之写作处理可行且便宜,其论证亦较为周延。

从观念史的考察方式来说,法实证主义传统可以追溯至边沁和奥斯丁的贡献,当然由此进路而来,英国经验主义哲学认识论(譬如休谟、边沁等传统)的思想史背景不可被忽略。但无疑,哈特及其法哲学构成了20世纪最具统治力的法实证主义论题。其分离命题、规则命题、系谱命题、裁量命题^{〔4〕}等成为延续至今的法律理论(legal theory)实质性探讨组分。当然,20世纪中后期哈特受到多方批判,如“哈特/富勒”“哈特/博登海默”“哈特/德夫林”及“哈特/德沃金”等相关论战,他与富勒及德沃金的论战几乎决定了法实证主义的未来走势,分别成为“新分析实证法/新自然法”论争的主战场及法实证主义内部分裂(以拉兹为代表的排他性法实证主义[Exclusive legal Positivism]和以科尔曼为代表的包容性法实证主义[Inclusive legal positivism]之两极)的导火索。这其中,尤以德沃金的致命批判为重,它甚至构成了现当代法实证主义理论走向的指路标。后世

〔1〕 法实证主义,英文为 Legal Positivism,德文为 Rechtspositivismus,亦称“法实证论”或“实证法学”。这里将“法实证主义”与“法律实证主义”作区分,原因有三:一是将法实证主义严格限定于英美传统的法哲学探讨,最终体现为一个现当代法哲学流派及其相关的命题群之探讨,以区别于德国实证主义(Gesetzespositivismus)的传统(如“历史法学派”之“历史实证”,或如二战前拉德布鲁赫[Gustav Radbruch, 1878—1949]之法哲学);二是严格地说,英语世界的 legal 一词虽本意指“法律上”的实定法,强调法之“安定性”,但“法”本身包含的意义多过单纯系统性“法律”意涵,此处探讨法哲学的理论及命题,宜使用更为一般化的“法实证主义”概念(即使现当代英美法哲学圈探讨的主流在于 legal theory,即偏好体系化/制度性论证的“法律理论”);三是我国法实证主义研究较深的台湾地区,习惯上也称其为“法实证主义”而非“法律实证主义”,具体可参见刘幸义、林文雄、庄世同、许家馨、颜厥安、谢世民、王鹏翔等的著作及文章用法。另台湾地区法实证主义主要论文发表杂志为:《政治与社会哲学评论》(台北:季刊/2002年创刊,英文名为 A Journal for Philosophical Study of Public Affairs)。

〔2〕 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd Edition (Oxford: Clarendon Press, 1994), Preface.

〔3〕 参见陈景辉:《法律的界限:实证主义命题群之展开》,中国政法大学2004年博士学位论文,第6页。另可参见对前书评论性的文章,王鹏翔:《追寻当代英美法实证主义的发展轨迹——评〈法律的界限:实证主义命题群之展开〉》,载《政治与社会哲学评论》2009年第31期,第175~183页。其中,王鹏翔教授更愿称其为“学群”(类似“学圈”[circle]的概念),并认为其研究方法“并非对于个别法理学家的文献综述,而是以法实证主义者对于上述问题所提出的主张与解决方案来组成全书的论述”,且这种称呼及其做法“显然更能体系性地呈现法实证主义的理论”。

〔4〕 德沃金(Dworkin)将其概括为:系谱命题(the pedigree thesis)以及裁量命题(the discretion thesis)、法律义务命题(主要为哈特规则命题[the rules thesis])。参见[美]德沃金:《认真对待权利》,信春鹰等译,上海三联书店2008年版,第34~41页。

诸多面向的问题探讨(主要是规范性来源和权威问题)促进了法实证主义的继承和发展,并延续了英美法实证主义(the Anglo-American legal positivism)这个当代法哲学之主流,其既有论题传统又能有敏锐的理论洞察及良好的实践体认。

法实证主义命题群的展开是有历史逻辑的,其遵循一定的命题规律。该学术群的演进与“问题引起”(前史贡献及问题提出)、“人物论争”(观点交锋与论题深化)、“内/外部打击”(理论分歧与流派裂变)等主题式思想史关联密切。它们可以并且必要地体现在这一历史逻辑进程中,成为法实证主义命题群之历史关键的特征和指向。这一方面体现在边沁、哈特、德沃金等著名人物的理论处理上;另一方面又明显地以一贯的共享论题出现在多向度的学术论争中。并且,其命题历史演变尤重学圈内部共享论题(如“分离论”“渊源论”“惯习论”等)的廓清与扬弃。从“前史—现代”“粗糙—精致”及“挑战—分裂”的多时空维度可以论题化地对待这一学术进程。从奥斯丁到哈特、从“命令论”到“实践哲学”、从“内/外探讨”到“论战/裂变”,法实证主义命题群历史演变显现规律:在时间和论题深度的演进上遵循一般的命题演变逻辑;在论题处理风格上又明显能辨明多个主题思想延续上的类似点而却迥异处;在论战似的事件中可冲击、分化及涤明各命题之鲜活生命。

一、法实证主义前史：观念史之展开及其问题限定

(一) 法实证主义的问题意识

1. 法律是什么?

任何称得上是哲学的法律理论均是从“法律是什么”这个元问题开始而成为可能的。法律是什么的回答可以告诉我们法律是怎样可能的以及其在何种意义上是可能的,由此将会展开关于法律的一种方法论层面的检视以至建构。因而任何一种法理论脱离其具体学术/问题式语境即会变得消解其真理的比重,进而展露出不折不扣的谬误面向。^[5] 法实证主义亦不可例外。相对于囫囵吞枣的价值向度的法律哲学,法实证主义显得更为精细而体系严密、直接而清晰明了,而非价值论上的自说自话及含糊其辞。价值论法学的思维向度遵循法律本质主义追问的推演径路,法体系合法性的最终理由只能是上帝(或是现代性标榜的理性)之荣光,然而法实证主义显然不满足于此。对于法律是什么的追问,法实证主义遵循的或是以下径路:

(1) “法本身怎样成为可能,事实、规范抑或权威本身?”(“价值”来源[merits]的进一步质问)^[6]

[5] 法实证主义的单纯概念式探讨最终是无法准确回应实践性繁复变迁的法律理论的。因概念创生的“古怪”最终归因于其不可预测或不可证伪及最重要的——其描述性特质。但正因如此,在语境/论题模型上来界定它,是具有理论重要性和可能性的。参见[美]布赖恩·比克斯:《法理学:理论与语境》,邱昭继译,法律出版社2008年版,第18页。

[6] 事实上,基于“事实/规范/权威”之论证元素,现代法实证主义的两位大师——哈特和拉兹正是走的两条不同的法哲学路线:哈特顺应了法律的内生化趋势,走出了“反思批判态度”的内在观点以捍卫规则本身的习惯规律/内在接受性,“好人”思维似乎又印证了其理论的“节制”与“信念”;拉兹则从事实/权威的路径以法律的“二阶排他性行动理由”为核心和归宿走向实践哲学的归宿,基本上按照“正当权威→社会来源→法律界限”的命题思路,构建了“坚毅”与“慈爱”之法律图像。因此,这一问题不仅是法实证主义基本思维的几个考虑取向,而甚至成为其内部不同逻辑及人文景象的哲学捍卫,有着自身的自主性径路、理论脉相及哲学考量。关于法实证主义人文主义思路之精彩解读,可参见庄世同:《法律的图像:一种人文主义的分析与诠释》,载《台大法学论丛》2011年第40卷第4期。

(2)“事实或权威的来源(或形式渊源)^{〔7〕}是什么,能否清晰化?”(“价值”是否存在与法律本身的形式关联)

(3)“各式法之权威能否找到合理的可接受的哲学维护”(权威自身能成为理由么?还要求助于道德么?是怎样需要的?)^{〔8〕}

(4)“道德的规范在何种情形下与法律相关?”(涉及道德与法律的三种联系方式^{〔9〕})

由此,法实证主义思考“法律是什么”的步骤大致是:a.事实性(或相反)→b.来源性(或相反)→c.权威性(或相反)→d.安置性(或相反)。其中,a已由奥斯丁完成;b则由哈特提出,并初步涉及了c;c和d在“哈特/德沃金”论战后由拉兹和科尔曼逐渐发展和完善,而d的肯定形式是包容性实证主义的显著观念。

把法实证主义放置于价值和来源的话域下考察,约翰·加德纳(John Gardner)将最基本的观念表述式列举如下:^{〔10〕}

命题1 在任何法律体系中,一条既定的规范是否具有法律效力,并因此是否构成这个法律体系的一部分,取决于它的来源(sources),而非价值(merits)。

命题2 在任何法律体系中,一条既定的规范是否具有法律效力,并因此是否构成这个法律体系的一部分,取决于它的来源,而非价值(在相关联的意义上,它的价值包括它来源的价值^{〔11〕})。

2. 方法论基础

关于法实证主义方法论哲学基础的来源,确实是一个令人头疼的问题。但最一般的解释是,法实证主义与19世纪盛行于欧陆的“实证主义”社会哲学思潮(起始于孔德[Comte]的贡献)几乎没什么关系。无论从地域影响(英美法实证主义与欧陆特别是法国的地域位置相去甚远)、时间因素(霍布斯[Hobbes]、边沁[Bentham]等人的著作基本早于孔德)或主要人物哲学背景(如汉斯·

〔7〕 现代法实证主义对于规范事实与权威理由的理论性挖掘与行动力寻求可谓孜孜不倦。从奥斯丁到哈特的“事实性法律规范如何可能”以及此后拉兹独树一帜的“权威理由及正当化”挖掘,在实践哲学导向的明显趋势中似乎走向了理论成熟。简单来说,法实证主义在法律哲学层次上基本是按照“概念厘清(规范、事实、内在性)→理由捍卫(权威、行动、效力性)→正当性阐明(理由、宣称、实践性)”的逻辑论述法律的。相关论述可参考刘叶深:《法律的概念分析》,中国政法大学2008年博士学位论文,第215~220页;〔英〕约瑟夫·拉兹:《权威、法律和道德》,刘叶深译,邱昭继校,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(2007年第2期·总第12期),北京大学出版社2008年版,第44~55页;陈景辉:《权威与法概念:理论史的考察》,载同上,郑永流书,第169~192页;范立波:《论法律规范性的概念与来源》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2010年第4期。

〔8〕 在这个问题上,贡献最大的可能要数德沃金、科尔曼及拉兹分别做出的迥异的法律与道德探讨。当然,哈特、阿列克西及D. Lyons的相关论述同样重要。See J. Raz, “Authority, Law and Morality”, 68 *Monist* (1985); Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press, 1978); H. L. A. Hart, “Postscript”, in his *The Concept of Law*, supra note [2]; Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2002); D. Lyons, “Moral Aspects of Legal Theory”, 7 *Midwest Studies in Philosophy* 223 (1982).

〔9〕 仔细辨别我们可以发现,在法律与道德的相关性上实际存在三种观点:(1)法律与道德存在必然联系;(2)法律与道德不存在必然联系;(3)法律与道德必然不存在联系。哈特赞成观点(2),而德沃金采取观点(1),(3)则被认为是拉兹的观点,即为所谓“法实证主义的强立场”。参见朱振:《哈特/德沃金之争与法律实证主义的分裂——基于“分离命题”的考察》,载《法制与社会发展》2007年第5期。

〔10〕 John Gardner, “Legal Positivism: 5½ Myths”, 46 *The American Journal of Jurisprudence* 199 - 227 (2001); 中译文参见〔英〕约翰·加德纳:《法律实证主义:五个半误解》,雷磊译,载前注〔7〕,郑永流书,第223~250页。本文参考了此译文。

〔11〕 即可以取决于其“价值的来源”,而非“来源的价值”。

凯尔森[Hans Kelsen]的新康德主义背景)^[12]上都没有确切的证据能够说明两者的相关性。关于英美法哲学传统能否与欧陆实证主义画等号的问题,颜厥安教授认为,“倒不如说,英国的法实证主义是对其经验主义(Empirizismus)哲学传统的延续,而德国的法实证主义是对其观念论哲学传统与理性自然法论的反对”,两者固然都追求法律的实证性(Positivität; Positivum),“不过两者在实证性的落脚点上却有些许的差异。英国的传统强调的实证性主要指的是事实(fact)与经验(experience),德语世界一开始在历史法学派方面强调的是‘历史实证性’(das historische Positivum),后来在Bierling的学说中则强调了心理的事实(psychologische Tatsache)”^[13]。一个可能的情况倒应该是,强调事实性和实证化的精神大致可能被推导至休谟二分法的贡献,^[14]在休谟命题中,关于“是”的实然命题被从道德史上的应然推导中解脱了出来:既然事实问题区别于规范/价值判断,那么法的实证化处理在哲学上就是可能的;进而的,追求法理论的因果论证的经验主义进路成为一个显然的渐趋时髦之事物。当然,也许在自然法的实证化、命令论的主权实践等影响下,我们还有必要在霍布斯、阿奎那甚而古希腊传统处寻求答案。^[15]

(二) 法实证主义的历史逻辑

1. 自然法及其理论难题

从一般的法律景象看,现代以前的主导性法律哲学是自然法。“自然”的观念大抵是古希腊人最重要的发明,自然立于有朽者——“人”之上,其遵守自身的权力归宿——“自然法”^[16],在这一套或高级或神谕的法观念下,最终指涉的是一套“法外之道德”^[17],或称其为“立法上之法”。自然法的理论历史大概经历了从“自然”到“神意”再到“理性”的路径,其分别为古典时期、中世纪及近代以来的主流政治哲学。从智识传承的角度看,法实证主义毫无疑问是从自然法中汲取营养的,这更多体现为对自然法致命弱点的打击上:一旦自然法所遵循的价值终结点(哲学本体说的通病)不可全信时,即价值所依存的(外部)权威(不管这个权威是什么)有所松动时,法实证主义就可以发起攻击,这是自然法本质学说的整体解释力较弱导致的理论致命伤。它无法在哲学到政治/法律的转换适用中找到后者本身所拥有的内部正当性,因其(自然法)解释力身份(itself)便已沦为外部阐明性/正当化理论。^[18]经验主义哲学由此应运而生,它完全不信任自然法高级形式“理性主

[12] 参见前注[3],陈景辉文,第4页;颜厥安:《法与实践理性》,中国政法大学出版社2003年版,第246~249页。

[13] 见前注[12],颜厥安书,第247~248页。

[14] 参见[英]休谟:《人性论》,关文运译,郑之骧校,商务印书馆1980年版,第505~506页。

[15] 参见周丽:《论近代自然法的产生》,中国政法大学2004年博士学位论文,第47~49页;参见前注[3],陈景辉文,第11~13、15~18页;郭飞:《命令理论与义务的证成——从霍布斯到哈特的法律实证主义主题变奏》,西南政法大学2008年硕士学位论文,第3~11页;张书友:《霍布斯的〈法律要义〉与现代法律实证主义》,载《比较法研究》2010年第3期;华雨:《法哲学视阈下的自然法与实证法——一个思想史的考察》,载《研究生法学》2014年第5期等。

[16] 关于自然法思想史的描述可参见前注[15],华雨文。

[17] 所谓“法外道德”,西塞罗称为“永恒不变之法”,登特列夫叫做“终极正义”,林国荣教授将其描述为“它是一个从中产生一切法律和社会准则和制度的道德的自然律的概念,它具有法律和道德的双重特征,同时更肩负着在两者之间做出区分的关键使命”。显然地,这种区分没有触及也不可能触及法律体系内部权威论证的来源追问,它只是作为法的效力第一次独立于道德学说的写照,具有重大的早期法独立形态的理论意义。可参见林国荣:《自然法传统中的霍布斯》,载渠敬东编:《现代政治与自然》,上海人民出版社2003年版,第10页。

[18] 自然法的政治哲学解释力总是外来的(external),其总是寄希望于外物的正当化转化,而非进行合法性的自我阐发。因而具有解释力上的转换必然。当然,这并不能抹杀传统实证主义的还原论的非穷尽性。

义”的任何知识论上的价值评判之庇护,即其切断了理性的终极权威性(last word)。但权威消解了,如何寻求达成新的权威的来源构成呢?这时霍布斯法实证主义倾向正在试图回应这一法的正当性危机。当然,这一理论可能是需要步步推导的(如由霍布斯到边沁的命令论证成路径延续之漫长),但历史瞬间跃然纸上可能会转眼即逝。

2. 实证主义:一个称谓问题的廓清

遵从法实证主义的历史逻辑就必须清楚其典型误解。^[19] 这里包括进入法实证主义视野和论题后的逻辑错误,如分离命题的肤浅理解或是关于社会事实命题下的“价值”和“来源”的区分问题(如前文所述);也包括法实证主义与其他相似形式的哲学或社会理论的严格界定,这是完成法实证主义探讨可能性之展开的必备步骤。法实证主义在学术群里只是一个松散的称谓,但其共享的命题和方法较多。最为主要的可能是“分离命题”“社会事实命题”“社会惯习命题”等命题形式,^[20] 它们由于论题探讨的深入程度和集中程度依然是松散的,甚至在严格意义上是子虚乌有的。^[21] 法实证主义之所以能够被敛聚起来而成为一个较为稳定的学群,其原因不在于那些与形式主义、^[22] 现实/实用主义、^[23] 机械法学^[24] 等享用一些类似特征,而恒在于其连贯的相对稳定的命题构成和学术圈子。哈特曾经驳斥过对于法实证主义的严重曲解,以求正名于法实证主义“罪恶代名词”的不可思议的理论印象。^[25] 法律实证主义不是机械形式主义、道德相对主义和纳粹刽子手。大致来讲,只有分离命题才是真正的法实证主义命题,其他多个命题与纯粹偏见都是被含糊地贴上的错误标签。在某种意义上,法实证主义实际上跟“粗糙命令说”“单纯概念式分析方法”“逻辑自洽的法学规范神话”及“道德相对主义非认知立场”等显然有所区别,哈特已经做了苦口婆心的廓清。

(三) 法实证主义的可能及其限定:边沁(Jeremy Bentham, 1748—1832)问题

当今整个英美法理学界讨论所需的法学问题意识和有关实在法的规范性论证体系,在某种程度上还只能最终上溯至杰里米·边沁的贡献——往后便将是他的理论延伸,往前则还只能是裹挟

[19] 以我国研究为例,对于法实证主义历史及理论的典型误解一直存在,如强加政治罪名、与形式主义等理论混淆、对法律与道德分离的错误辩解等,分别见梁治平:《法律实证主义在中国》,载《中国文化》1993年第1期;王博阳:《关于法律和社会科学的一种非典型性误读——与陈景辉先生商榷》,载《政法论坛》2013年第6期;刘杨:《道德、法律、守法义务之间的系统性理论——自然法学说与法律实证主义关系透视》,载《法学研究》2010年第2期。

[20] 参见朱峰:《法律实证主义的命题研究》,载《法学论坛》2006年第5期。

[21] See John Gardner, *supra* note [10].

[22] See Anthony J. Sebok, “Misunderstanding Positivism”, 93 *Michigan Law Review* 2054 (1995); or, Brian Letter, “Positivism, Formalism, Realism”, *Columbia Law Review* 1140 (May, 1999). 中文文献可参见柯岚:《法律方法中的形式主义与反形式主义》,载《法律科学(西北政法学院学报)》2007年第2期。

[23] See Brian Letter, *supra* note [22], at 1140.

[24] 参见[英] H. L. A 哈特:《耶林的概念天国与现代分析法学》,载 H. L. A 哈特:《法理学与哲学论文集》,支振锋译,法律出版社 2005 年版,第 279~292 页。

[25] 这四个误解分别是:1. 法律是人类的命令;2. 法律概念分析是有意义的工作,并区别于历史研究、社会学研究及价值性的评价性研究;3. 法律体系是一个封闭的逻辑体系,只须从作为前提的法律规则出发,借助逻辑推理便可获得正确的结论;4. 道德判断不同于事实陈述,它不能靠理性推理、证据和证明等手段获得,即伦理学“非认知主义”。See H. L. A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, in his *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Oxford University Press, 1983). 这里主要参考了翟小波的译本。见[英] H. L. A. 哈特:《实证主义与法律和道德的分离》,翟小波译,载强世功:《法律的现代性剧场:哈特与富勒论战》,法律出版社 2006 年版,第 105~106 页。

于神学、哲学或政治学的话语体系。边沁的贡献存在于哲学、伦理学、政治学及法学等多个领域。而不管在法律的功利主义、立法理论、分析法学甚或刑法理论、法典编纂及改革领域著述的“字里行间”，都能读出作为法学家的边沁的名字。^{〔26〕} 在他的著作里，所谓自然权利经常被批驳为虚妄，权利的应当态不能被法律的概念所包含，法律“应当是什么”因而被剔除出其视野。“其一，认为将权利视为批判或反对法律的观念是一种严重的概念混淆；其二，这一概念是导致政治论辩和政治思想衰落的一个‘政治谬误’。”^{〔27〕}

大致说来，我们将法律实证主义的渊源推及边沁是合理的。20世纪后期边沁的一部著作——《论一般法律》(Of Laws in General)的新发现更是直接印证了他的分析实证主义的历史贡献，这也成为20世纪法理学界的重大学术史事件。在这一重要文本中，几乎所有的分析实证的原创性思维均能被找到，而这显然早于奥斯丁。^{〔28〕} 边沁法律概念的展开较早采取了将政治主权事实还原的方法，法律的概念是一次性的，却又是抽象于“命令发布者”每次命令发布的行动和事实。他更宁愿把法律等同于命令或是更准确的——“符号”。这一点为奥斯丁所发展，当然这里面隐含的重要概念考察特质是：法律的概念延伸只能是局限在主权或实质命令的探索下，“实在法”的范围尽在于此。这在边沁的理论中可谓理所当然。在《论一般法律》的开篇，我们可以读出边沁法律概念理论三个基本特征，即(1)法律是符号；(2)法律被理解为政治实践行动之化约，表述为一个/类人或特定情形/主体；(3)法律是一种手段/形式，常常依赖于预期。^{〔29〕} 在方法论上，边沁的“审查性”和“阐述性”法学的区分更为著名。它是一种价值无涉的法律考察方式，为后世奥斯丁的“立法/法律科学”之区分所继承。

边沁的理论基本被概括为“功利—实证主义”。^{〔30〕} 其一，在政治法律领域的实证主义，可以被一致地理解为以上所论述的关于法律理论的“命令—符号”之概念式分析特色和方法论描述主义之开创性贡献。但正如有论者所说，边沁好像把这实证主义的理论贯彻与功利主义的认识性哲学思维搞混了。政治法律的研究并未完全清除所谓评价性因素，社会伦理与历史基础理论被不合宜地包容进政治主权理论中。^{〔31〕}

其二，功利主义是其思考法律问题的元点。^{〔32〕} 它基于“最大多数人的最大幸福”的经典公式，强调整个社会利益的整全和扩大化，在获取“幸福”或“善”的过程中，可以采取技术手段或者脱离那些传统的“先验的”道德观(当然，其有时也取道于“直觉”[intuition])。功利主义的字典里面，“结果主义”的思维方式几乎构成了它的全部道德论证逻辑终点。功利主义讲求“效用”，讲求基于“结果主义”的目的论的伦理学走向。功利主义依然是一种以“应当”出发的认识论理论表达，是无法真正化约所有个别的可还原的行动本身的事实理论，因此依然无法穷尽现实事件的极值而跨越

〔26〕 参见徐爱国：《再审视作为法学家的边沁》，载《华东政法学院学报》2003年第3期。

〔27〕 H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1982), p. 80. 转引自许小亮：《法实证主义的方法论特质》，载《中外法学》2008年第3期。

〔28〕 边沁在《论一般法律》中用充满“分析法学意识”的方法阐述了应然法和实然法的分立，分别基于宏观、微观、方法的维度，展示了所谓“实在法要素”“法律命令说”“法律概念分析”之基本内涵，可以说奠定了分析实证主义法理学的重要基础，具体可参见石伟：《缘何是边沁创立了分析法学——对〈论一般法律〉的研究》，载付子堂主编：《经典中的法理》(2011年第2卷·总第4卷)，法律出版社2012年版，第21~43页。

〔29〕 See Jeremy Bentham, *Of Laws in General*, edited by H. L. A. Hart (London: The Athlone Press, University of London Press, 1970), p. 1.

〔30〕 参见前注〔15〕，华雨文。

〔31〕 参见〔英〕波拉克：《政治学史概论》，张景琨译，商务印书馆1929年版，第62页。

〔32〕 参见胡玉鸿：《边沁法律思想之研究》，载《政法论丛》2005年第5期。

主/客二分的哲学局限,进而无能在事实/行动到动机/规范上找到连贯的解释方式。但也有论者将其理论区分于奥斯丁的“僵硬”实证主义,奉其为“透露着灵活与精妙气息”的功利主义的实证主义(utilitarian positivism)。^[33] 不管怎样,功利主义几乎构成了英美传统的“实证主义”的最初渊源形式。

二、法实证主义的现代归宿:“精致”哈特及其命题处理

(一) 哈特(H. L. A. Hart, 1907—1992)理论的“精致”跨越

1. 约翰·奥斯丁(John Austin, 1790—1859)的贡献及其超越

奥斯丁被誉为英美法理学之父,现当代法理学问题主要发源于奥斯丁及其《法理学的范围》。哈特在20世纪60年代的旷世巨著《法律的概念》中主要回应的也是奥斯丁的法理论,进而完成他的规则理论建构的。奥斯丁师从于边沁,从其理论中主要汲取了关于“实证主义”的观念。^[34] 奥斯丁从实证主义出发,主要区分了“法律存在”和“法律好坏”的问题:^[35]

“法律的存在是一回事,它的优缺点是另一回事,法律是否存在与它是否符合某种假定的标准是两个不同的问题。一个法律,我们可能恰巧不喜欢它,或者它可能不符合我们用以确认法律的标准,但只要它确实地存在,它便是法律,这是一个事实。”

这似乎是事实/分离命题的一个最早的粗糙表述,但极具革命性。在探讨道德与法律的关系时,奥斯丁只承认关涉“立法科学”(science of legislation)时道德可掺杂进来,这种所谓立法科学不过是伦理学的一个变种,而真正的“法律科学”(science of jurisprudence)则主要研究的是实在法实际(is)如何的问题,而非应当(ought to)如何。进而,在明确了法律科学研究对象后,其展开了著名的“法律命令说”和奠基于其上的关于法律权威的“经验性”来源分析。奥斯丁正是用还原论方式,满怀剔除实在法“道德愤恨”之情绪,以法与命令界分之(路径)研究法律的。“法/规则/命令→义务/强制/制裁”几乎充盈了它的整个研究。其观点主要有以下两点:

(1) 所有“法”或者“规则”都属于某类命令,因而命令包含法律的意义并且成为理解法学的关键,所以分析命令的含义与要素就成为法学研究的重要内容;

(2) 并非所有的命令都是法律,法律的确切含义是指政治优势者对于政治劣势者颁发的或者说具有统治权的理智人对于其治下的理智人颁布(习惯性地)的规则。^[36]

由此,奥斯丁法理学将“命令”“义务”“强制”三词连接起来而成为我们理解其理论的关键。命令指的是一个优势者施加的“不利后果”(evil)的表示或者宣誓,这个不利后果本身就是一种

[33] 参见徐同远:《边沁的功利主义理论与分析法学思想》,载《比较法研究》2008年第6期。

[34] 边沁的法律理论中同时具备了“功利主义”和“实证主义”的理念,奥斯丁主要从其实证主义向度中发展了关于法理学的一般理论,而密尔及其后者则主要从功利主义的角度进行政治哲学构建。当然,关于后世(包括哈特《法律的概念》)是否具备功利主义的取向及其体现方式问题则极为复杂,具体可参见谌洪果:《法律实证主义的功利主义自由观——从边沁到哈特》,载谌洪果:《哈特的法律实证主义:一种思想关系的视角》,北京大学出版社2008年版,第150~178页;徐清飞:《〈法律的概念〉的功利主义检讨——以法律与道德的分离为中心》,载《法制与社会发展》2007年第5期。

[35] John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, W. E. Rumble ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), p. 157.

[36] 参见[英]约翰·奥斯丁:《法理学的范围》,刘星译,中国法制出版社2002年版,第13~41页;[英]尼尔·麦考密克:《大师学述:哈特》,刘叶深译,法律出版社2010年版,第55~56页;参见前注[3],陈景辉文,第20~21页。

“制裁”(sanction),而其可能性即为“义务”(duty);制裁的形式可以是“强制服从”(enforcement of obedience),从而连接了制裁的实质本体及其形式的理论可能性。“当直接谈到某一要求的表达与宣布时,使用的术语是‘命令’(commands),而不是后果及其可能性有处于潜在的状态;当直接谈到发生不利后果的可能性时,换言之,当直接谈到必须直面不利后果或者容易引致不利后果时,使用的术语是‘义务’(duty or obligation);当直接谈到必须不利后果本身时,使用的术语是‘制裁’。因此,命令、义务、制裁三者不可分割,每个术语与另外两个之间都是同样的含义;其差别不过是命令是直接表述对于行为人的强制性,而后两者不过从负面表达了不服从者面对的压力。”^[37]

统治者几乎成为一个权威本身的来源,即为权威的本体。在命令/权威性上,或许无法解释授权性规则和其本质于内在的服从意识,因而在解释力上显得十分粗糙而没能进一步发展其“命令”理论内在惯习/约束因素上的向度。后世哈特正是在命令的内在信念和服从的“习惯性”上大做手脚,以建构其独特的规范式的内在规律性。^[38] 但这里似乎是符合当时政治需求的,与一种主权者对于秩序的渴望和“主权至上”的法理论史实极为吻合。^[39] “命令/权威”考量模式在后世拉兹的“权威/行动理由”论证中得到传承,从事实性命令到正当性权威,这或许是很重要的命题史的有益轮回。

2. 哈特法哲学:“精致”^[40]的法实证主义

哈特法哲学相对于奥斯丁、凯尔森理论是精致型的法哲学理论。奥斯丁基于彼时“实证主义”的自然科学式的观察法之影响,把法律是什么的设问形式采取了“还原主义”的解答方式,把法律的现象放置于具体的经验世界中进行研究,这无疑是一种历史进步,但无论是命令的最终权威无法确认的还原难题,还是强制性制裁对于“授权性”规范的现实忽视,抑或“惩罚—制裁”模式机制与“控制—补救型”辅助功能^[41]均具有理论的重大缺陷及解释力的严重匮乏。而根本“粗糙”之处就在于其无法完成“命令说”的深层次法规则体说服力:法律规则形态的内在面向。这个法律的主观实践面向则由哈特提出,而由拉兹完成了所谓的“实践转向”^[42],终至法实证主义的“客/主”移位的实践哲学研究方法的建构。当然,某种程度上凯尔森的科学体系化尝试更为明显,他的规范层级迷信和纯粹性执着,在其陈述特色上,“甚至令人感觉到他一步也不跨出这个认识论结构的顽强意志”^[43],但“凯尔森的许多思想不过是康德的认识论思想在法理学领域中的应用。凯尔森将康德的思想扩展到康德一直犹豫的领域。康德将他的批判性认识论限定在自然科学领域以及与物理世界有关的知识领域,将伦理学和法律等实践领域的事情留给了传统的形而上学。凯尔森则

^[37] 参见前注[3],陈景辉文,第21页。

^[38] 参见前注[36],尼尔·麦考密克书,第47~60页。

^[39] 在反教会与主权树立的年代,国家形态上的“实在法”拒斥自然法的普遍性观念。为了实践上的同一性,它让教会控制国家成为不必需;为了理论上的“非矛盾”,它通过博丹式的“最高权威”确立了国家间的服从难题。

^[40] 哈特法哲学由于其“规则论”的确立而显得较为精致,而奥斯丁、凯尔森的理论相对粗糙,但不代表其较差之涵义。See Roger A. Shiner, *Norm and Nature: The Movements of Legal Thought*, Richard Tur & William Twining ed. (Oxford: Clarendon Press, 1986), p. 81. 转引自前注[3],陈景辉文,第28页。

^[41] 关于“控制—补救型”辅助功能之精彩描述,可参见陈景辉:《命令与法的基本性质》,载《北方法学》2013年第4期。

^[42] 参见陈锐:《拉兹的法哲学趣向——将法律实证主义导向实践哲学》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2010年第5期。

^[43] [日]中山龙一:《二十世纪法理学的范式转换》,周永胜译,载《外国法译评》2000年第3期。

致力于完成康德没有完成的任务,将康德的批判性认识论应用到法哲学领域,他试图完成康德在自然科学领域所做的事情”^[44],因而同样是非“精致化”的。

(二) 哈特及其经典命题

1. 分离命题

分离命题是哈特最先处理的一个问题,也是其继承和反对奥斯丁理论所必须首先处理的问题。既然法律的“存在”和“好坏”是两码事,那么至少从法律和包括道德在内的外界因素的内容效力判准就必须得到承认。亦即法律的存在本身及其效力/接受本身与道德在概念上互不相同。描述(descriptions)命题和规范(prescriptions)命题有着不同的关注焦点,在《法律的概念》中他批判孟德斯鸠将“自然轨迹”“规律性法则”同“要求人类的某种法律”混为一谈,指出“人们可以破坏规范性的法则,而它仍然是法则,因为这只是意味着人类没有照着他们被告知的去做;但是说科学家所发现的法则能不能被破坏,那是没有意义的”,“主张自然法理论的人,似乎无法辨别‘你有义务(bound to)去服兵役’和‘如果北风吹来,一定会(bound to)很冷’这两句话中‘bound to’的不同意义”。^[45]当然,这里的分离辨析更多是从法理论本质的方法论层面上区分,这在后世讨论中很显然有微妙的深入理解(很显然,这也是德沃金及其《法律帝国》做出的反面贡献)。^[46]

关于分离命题的核心:道德与法律的关系问题,哈特在 *Positivism and the Separation of Law and Morals* 一文中,明确提出了道德与法律的分离并借由“告密者理论”回应了富勒的观点。但这只是一种早期哈特的粗糙式的“分离论”,细致分离命题实际可以划分为几个重要的界限:

(1) 分离命题“分离”的是法律与道德的所有联系么?(至少是逻辑上的)是哪种/些联系?

(2) 分离命题能够成为法实证主义的一条根本界限么?怎么(以及怎么没有)成为可能的?

(3) 分离命题不是什么?其能够延伸出哪些子命题?

(4) 分离命题与“社会事实命题”“来源命题”“方法论中立命题”(methodological neutrality thesis)为什么不同?连接点在哪里?

关于第一个问题,基本上可以将分离界定为:a. 内容分离:即法律与道德不必然存在内容上的联系(上文论述到,哈特基本只是持有“不必然联系”的温和主义观点,即弱的分离命题形式); b. 判准分离:即法律的有效性的来源不必然掺杂道德价值;c. 对法律的接受不必然是一种道德的接受。^[47]哈特基本上做了全盘肯定,但拉兹只会同意 a;^[48]科尔曼只会同意 a 和 b,而反对 c。即这里的三个问题涉及内容、判准、权威等多面向问题。当然,反对分离命题的法实证主义者大都从

^[44] James Donato, “Dworkin and Subjectivity in Legal Interpretation”, 40 *Stanford Law Review* 1517 (1988). 转引自前注^[42],陈锐文。理解凯尔森的新康德主义(neo-kantian)影响问题可参见著名的: Stanley L. Paulson, “The Neo-Kantian Dimension of Kelsen’s Pure Theory of Law”, 12 *Oxford Journal of Legal Studies* 311 (1992).

^[45] [英] H. L. A. 哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2011年版,第167页。

^[46] 关于“实然/应然=描述性/规范性”的传统方法论观点误解之阐释, See Julie Dickson, *Evaluation and Legal Theory* (London: Hart Publishing, 2000).

^[47] 参见庄世同:《法律的规范性与法律的接受》,载《政治与社会哲学评论》2002年第1期。

^[48] 当然拉兹的分离命题是一种“强意义”上的分离式,即法律与道德在内容上必然分离(the necessary separation thesis),事实上的联系只能是一种“偶然形式”。这里要说明的仅仅是拉兹在分离命题上的讨论只可能在第一种思维下,而非其他。

后两个中找出论据。^[49] 另，汉语法理学界也基本赞同关于分离命题的细致划分方法。^[50]

关于第二个问题，基本上由哈特首先明确提出，这一点毋庸置疑。哈特早期始终为功利主义正名的事实也逐渐被学界公认，但功利主义没有能够界分出法律与道德的“自然上”的非关联性，相反，许多“功利主义者都承认许多事物属于‘法律与道德的交叉领域’”，在自然的角度实际上无法克服其界限：^[51]

“当前，且直到这种急剧的变化意外发生之前，这些规则对一个法律制度而言是最基本的，如果没有它们，其他规则的存在便无任何意义。这些规则包含了反对谋杀、暴力、盗窃等基本的道德原则。因此，对于事实陈述，我们可以补充道：事实上，所有的法律制度在这些关键问题上和道德都是一致的。在此意义上，这是必然的。但是，为什么不能将它称作是‘自然的’必然性呢？”

实际上，关于“自然的”联系实则为《法律的概念》中为人熟知的“最低限度自然法”。但我们所说的分离命题毋宁说是一种关于“法概念”的法律与道德的分离。可以说，这个层面讲的是联系中的“必然性”问题，即哈特不会赞成“必然不”的整全联系观，^[52] 而只会否认一种“概念上的必然联系”（necessary conceptual connections）。^[53] 当然这种表述在具体论证法律权威时仍然是含糊不清的。

关于第三、四个问题，分离命题基本上可以被放置于法实证主义所共享（或好像被共享）的几个命题（社会事实、社会来源、道德安置、社会惯习等）语汇中来理解。社会事实命题大概是法实证主义均能达成共识的一个命题，即法律是由一组社会事实所构成的，法律是什么或是怎样可能，是一个事实上的客观，并且由此而来的法理论是事实概念下的“描述性”^[54]（或朱莉·迪克森[Julie Dickson]所称“间接评价法理论”[indirectly evaluative legal theory]）问题。而社会来源、道德安置

[49] 如 Leslie Green, “Positivism and the Inseparability of Law and Morality”, 83 New York University Law Review 1035 - 1058 (2008). “分离命题是错误的，在法律与道德之间存在许多必然的关联，包括派生性关联（derivative connections）与非派生性关联（non-derivative connections），来源命题排除了满足道德原则是法律存在的一个必要条件这种可能性，但这并不涉及相反的关系，即从法律的存在中得到道德价值，完全由社会事实决定的法律也许必然拥有这样的价值。这只是确立了一种温和的必然关联，存在如下四个必然的非派生性关联：（N1）必然地，法律处理道德问题；（N2）必然地，法律对其主体行使道德主张；（N3）必然地，法律趋向正义；（N4）必然地，法律具有道德上的风险。”转引自朱振：《哈特/德沃金之争与法律实证主义的分裂——基于“分离命题”的考察》，载《法制与社会发展》2007年第5期。

[50] 如王鹏翔的观点。他在评论陈景辉《法律的界限：实证主义命题群之展开》一书中，论述关于此书在叙述“分离命题”观点时指出：严格说来，（指《界限》一书中——引者注）“法律和道德之间没有必然的关联”这个主张，至少有下面几个可能的意涵：（一）在确定法律的存在和内容时，不必然涉及道德评价；（二）法效力或合法性的判断不必然包含道德的要素；（三）道德原则不必然成为法律的一部分；（四）法律论证不必然涉及道德论证。它们虽然彼此互有关联，却是不同的主张。本书宣称分离命题的功能在于“能够在法律与道德之间起到区分作用”并且“能够将法律规范鉴别出来或者赋予某些规则以法效力”（第80页），由此看来，本书应该是接受（一）到（三）作为分离命题的主张，但这三者之间的逻辑关联为何，并不是那么一目了然。具体参见前注[3]，王鹏翔文。

[51] H. L. A. Hart, *supra* note [25], at 79.

[52] 相反，哈特的分离命题表述一直都最多停留在“不必然联系”上，即非必然的关联性，亦即不排除偶然联系。

[53] H. L. A. Hart, *supra* note [2], at 269.

[54] 实际上哈特的“描述性”立场与其分析哲学和实证方法密切相关，正如与其持截然相反观点的德沃金之“诠释/建构性”法哲学进路，而后者是基于现代阐释学方法的。我国较早探讨两者方法论概念之争的文章可参见刘星：《描述性的法律概念和解释性的法律概念——哈特和德沃金的法律概念之争》，载《中外法学》1992年第4期；相关论述可参见沈映涵：《解读描述社会学——哈特法律理论中描述性方法研究的前提性分析》，载《法制与社会发展》2007年第5期；沈映涵：《新分析法学中的方法论问题研究：由哈特的描述性法理学引发的争论》，法律出版社2010年版；前注[36]，尼尔·麦考密克书，第62~65页；孙海波：《当代英美法理学中方法论的转向及其意义——从“法概念”到“法理论”》，载《上海政法学院学报（法治论丛）》2013年第4期。

和社会惯习则分别是拉兹、科尔曼和瓦卢乔(Waluchow)的进路。

2. 规则命题

规则命题主要是在回应边沁及奥斯丁简单命令/符号说的观点上形成并深化的。这里的“规则说”取代“命令说”，是法实证主义阵营的理论精致化的具体体现。哈特法哲学的最大特点在于其“规则论”。《法律的概念》一书开篇便论述道他的目的是要促进对于“法律”、“强制”(coercion)、“道德”三者之间的理解，而其间是有联系但全然不同的。道德的问题当然催生出了以“分离命题”为载体的关于其法理论的法律的第一顺次理解——“社会事实”意义上的法形态；而强制的问题——正如哈特紧接着描述的——无法从根本上详细考虑“被强制的”(being obliged)与“负义务的”(have an obligation)之间的界限。“一项有效的法律规则与对于官员行为的预测有何区别；说一个社会团体遵守一项规则意味着什么，这与声称该团体之成员习惯性地做某些事有何不同和相似处。”^[55]这显然是奥斯丁无法解决的问题，也是一种“习惯性的服从”和“按照规则行事”究竟差异何在之难题。由此，哈特发展出了“内在的”陈述和“外在的”陈述的观点，从而认为规则是基于一种内在观点的意涵，一种内在实践者的“批判反思态度”(reflective critical attitude)。

“内在观点”提出的逻辑理路最大的理论便宜在于能够阐释“义务”的相关性，并进而从事实上的“强制观”跨越到“规范性”的视角，“如果某种行动是由某一标准引致而来的，而与行为人自身的欲望和倾向无关，那么这种行动就是所谓的‘规范性’行动；换言之，行为的‘规范性’实际上同行为的‘义务性’具有天然的联系”^[56]。哈特规则命题正是以上述法律“内在性”难题之解决为起点的，其理论靶子是奥斯丁“命令论”的法律权威证成，这是哈特规则理论起步即驳斥的重要据点。但他的规则命题核心在于规则形式与效力的论述，规则与法效力成为关键。规则的细化在“初级规则”(primary rules)与“次级规则”(secondary rules)的界分中完成。“第一种类型的规则科以义务；第二种类型的规则授予权力，包括公共的或私人的。第一种类型的规则规范的对象是人们具体的行为或变动；第二种类型的规则的运作方式不只是导致了具体行为或变动的规则，也产生了责任或义务的创设或改变的规定。”^[57]哈特的规则观论证思路似乎受到了凯尔森的影响。^[58]他的“反化约论”的显然目的在法律权威规范化追溯上最终也还是求助于“层级”的维护，即“一级规则/规范的效力通过另外一级规则/规范得到验证/维护”。如在哈特理论里，承认规则(rule of recognition)是最为重要的次级规则，它克服初级规则缺陷而一跃为次级规则。在这个层面上，该种次级规则用以确认、排他或解除，由是成为“判准”。它自然而然让人联想到凯尔森“基本规范”(Basic Norm)的建构。哈特承认规则的“判准”与高级式“次级规则”的功能发挥体现出一种萌芽性质的“二阶理由”思维，因它在最终作用上只针对初级规则成为标准，而非在最终意义上提供具体的指导与内容典范。在规则功能、效力上，它们(指“承认规则”与其他被统治的规则)首先具备层次、等级结构上的差异。^[59]

3. 裁量命题

按照 MacCormick 的理解，哈特法律理论可以归纳为以下三点：(1) 社会渊源论及法律规则

[55] 前注[45]，哈特书，前言第1页。

[56] 陈景辉：《什么是“内在观点”？》，载《法制与社会发展》2007年第5期。

[57] 前注[45]，哈特书，第74页。

[58] 参见[美]布赖恩·比克斯：《法理学：理论与语境》，邱昭继译，法律出版社2008年版，第74~76页；[美]安德瑞·马默：《法哲学》，孙海波、王进译，北京大学出版社2014年版，第42~43页；前注[36]，尼尔·麦考密克书，第57页。

[59] 参见陈景辉：《实践理由与法律推理》，北京大学出版社2012年版，第65~67页。

论；(2) 法律与道德不必然联系论；(3) 实证法的不完全性、开放性及“司法自由裁量权”。^[60] 他的裁量权问题是与其法实证主义立场所融贯的，且是一种“强自由裁量”。其在后世所受批判也最多。哈特的“裁量命题”认为，当法官遇到疑难案件(hard cases)时，由于通过系谱(承认规则)的方式找不到可资适用的法律来解决难题，法官应参酌社会政策的需要来行使自由裁量(judicial discretion)，以创造出新的法律。这里的问题也是“系谱命题”的形式性的缺陷，一旦关于规则的判准形式无法识别(如德沃金所谓“原则”)某一具体案件难题时，法官就需要绕开这个司法过程中经常适用的“规则”的束缚，从而去溯及既往地创制一个“法律”(在哈特法哲学里这毋宁是一种“法外政策形式之裁量”)。另一个问题是，若是法律原则无法鉴别时，实际上在法律证立外更是加进了一种整体政策或是道德的考量，而这种掺杂着实质道德评价的评价性体系是哈特所谓“描述性”法哲学所根本不容的。后来德沃金正是从这里开始了他的“唯一正解”的案件解决哲学。即：如果法律制度不能完全仅仅化约为规则模式，在裁判过程中，法官除了适用规则外，在解决疑难案件时就必将诉诸非规则的各类一般性原则，而通过在制度史内对相互冲突和矛盾的原则进行建设性阐释，来得出疑难案件的“唯一正解”。由于法律应被视为一个“无缝之网”(seamless web)——原则赋予法律之网的一种结构，这种结构以权利保护作为最根本的道德理性。^[61] 而如此一来：^[62]

“任何符合法律基本精神的原则或证立理由(justification)，皆可作为法院司法的法律理由，而在这类案件当中法官也就必须去找出某个原已存在的‘原则’(principles)，通过这个原则来确定某个能对法律的整体性(law as integrity; legal practice as a whole)提供最佳证立(best justification)的方案。”

三、法实证主义的深化与挑战：德沃金及其“原则/证立”打击

(一) 德沃金(Ronald Dworkin, 1931—2013)的影响

现当代英美法哲学受到学圈之外的批判，最具有革命性的就要数德沃金基于“原则法理学”的批判及其与哈特的论战了。德沃金自其 1977 年“规则模式”一文(后收录于 *Taking Rights Seriously* 中)的发表，便开始了旷日持久的和法实证主义者(始于哈特)的学术论战。若说奥斯丁开创了法实证主义的学术传统、以完全“事实化”的方法论研究法律问题，哈特精致化了法实证主义理论内在观点的“规则论”法哲学的话，德沃金则是通过“致命打击”的方式宣告了其理论的顽强生命力及革命性。这其中包括对“规则命题”的批判(通过原则命题 the principles thesis)、对“系谱命题”的瓦解、对“裁量命题”的解构及其经由原则模式的“权利论”政治哲学建构。

通过长此以往的探讨和回应，法实证主义者发现，实际上德沃金对于“系谱命题”的批判构成了这一争论的关键核心，其也对后世理论发展影响最大。法实证主义始于对自然法问题的进一步控诉，其后到了边沁、奥斯丁才得以成立。哈特对于奥斯丁粗糙“命令论”的批判，发现了法律规则所具有的内在视野(面向)的独特气质，并经由确立“承认规则”作为一个法律的判准以达成一种规范的实在功能，这中间“承认规则”属于次级规则，并存在于实践性的法律判准中。但是，德沃金显然不赞同。他认为形式化、系谱化的承认规则并不能鉴别出法律原则，其作为一项社会规则也无

[60] 参见前注[36]，尼尔·麦考密克书，第 60 页。

[61] [英] 韦恩·莫里森：《法理学：从古希腊到后现代》，李桂林等译，武汉大学出版社 2003 年版，第 454 页。

[62] 熊毅军：《论现代西方法理学的三大论战——基于古今之争立场的审视》，山东人民出版社 2009 年版，第 73 页。

力证立法官的司法裁判义务。也正是基于哈特核心概念——“承认规则”的探讨/批判才达成了后期哈特思想的“惯习性”^[63]转向。科尔曼等“包容性实证主义”的产生也与此相关。

(二) 法概念与方法论：几个命题检讨

1. 原则模式

通过经验性的考察,规则论显然至少不能穷尽具有“证立性”法律运行下的所有模式,“当法学家们理解或者争论关于法律上的权利和义务问题的时候,特别是在疑难案件中,当我们与这些概念有关的问题看起来极其尖锐时,他们使用的不是作为规则发挥作用的标准,而是作为原则、政策和其他各种准则而发挥作用的标准”^[64]。原则的存在打破了承认规则作为内在面向的“全有/全无”的法律判准功能。原则区别于规则,一是在于规则的“全有全无”的特征,而原则则恒在于个案平衡,即总是有两种态度的择取而非其中一项自然无效;二是关于原则所具有的独特的“分量”和“重要性”的深度,即为原则之间强弱的必然考量因素。这个重要的发现迫使德沃金将其理论推向“解释”的姿态上来,并最终提出了作为“整体性”(as integrity)的体现现代阐释学的解释性法哲学。^[65]这种雄心在《法律帝国》中得到最大体现,在该书中,其理论靶子被设置为具有实证主义“社会事实”命题意味的所谓“因袭主义”(conventionalism)与司法实践中流行的“实用主义”(pragmatism)。这两种美国实践模式的批判最终是为了完成其上述“阐述—建构式”整全性法哲学的。^[66]在解释论上,前者的“法官造法”与后者的“怀疑/虚无主义”倾向一样被否定,德沃金解释理论实际上是两者的扬弃,即“肯定了惯例主义对法律确定性的坚守而舍弃了机械、僵化的教条主义做法,同时保留了实用主义在法律解释中道德原则的运用实践而使法律适应社会现实的灵活性,并对它们所共同主张的法官具有自由裁量而造法的观点作了批判和抛弃”。^[67]

2. 系谱规则批判

德沃金批判的核心问题在于哈特法哲学中“系谱规则”^[68]的形式化。哈特的“社会事实/规则命题”的构建确立了规则的内在面向,从而通过承认规则这种特殊次级规则严格区分法律规则和其他“假的”或“伪的”规则形式,从而提供了一个圆满充分之法律判准。这一套判准显然是形式化的,最终体现为严格逻辑的“规则/义务/自由裁量”的形式结构。但当我们追问何以遵守判决时,它告诉我们判决是法官义务,而义务的来源则在于存在着一种鉴别法律规则的标准,这样的标准对于法律来说是有效性的检验,然而,若是不存在这样的标准或鉴别不出来或是未明确鉴别这样

[63] “惯习”即“convention”的汉译。这里遵从的是台湾学者庄世同早期的译法,王鹏翔教授认为宜译为“成规”,因“惯习”容易与“习惯”(habit)相混淆而不易区分。参见前注[3],王鹏翔文。

[64] [美]德沃金:《认真对待权利》,信春鹰等译,上海三联书店2008年版,第41页。

[65] 参见前注[54],刘星文。

[66] 参见朱颖:《“原则”的法理学——一种关于德沃金法学理论的考察》,法律出版社2010年版,导论第14页。

[67] 范进学:《德沃金视野中的法律:走向整体性法律解释之路》,载《山东社会科学》2006年第7期,第23页。

[68] “系谱规则”是德沃金总结哈特及其法实证主义共享命题的一个关键性法律检验标准。其具体含义是:“法实证主义认为某一社会的法就是一系列的特殊规则,它们被社会以直接或间接的方式应用于如下的目的,即通过公共权力以决定哪些行为将受到惩罚或强制。这些特殊的规则可以依据特定的标准加以确定或得到鉴别,此种检验并非建立在其内容基础上,而是依据其系谱或者其指定和形成的方式。这些系谱检验标准可以将有效的法律规则从那些假的规则,或者虽然得到社会遵守、但无法以公共权力强制执行的其他形式的社会规则(道德规则)区分开来。”参见前注[3],陈景辉文,第45页;熊毅军:《论现代西方法理学的三大论战——基于古今之争立场的审视》,山东人民出版社2009年版,第65~71页。

的规则时怎么处理？在哈特那儿的答案是“强意义”上的“自由裁量”。显然，这是权利论者德沃金所根本不容的。

3. 自由裁量之争

“原则”的发现并不是“哈特/德沃金”争论的最精彩处，因为哈特在后来回应德沃金的文章中，认为原则的出现可以借由法官自然义务外的裁量权解决。这是哈特所理解的德沃金从法官角度出发看待法律问题的一个针对性的回答。原则的存在并不会当然排除规则的法律判准的独一性，规则及其判准形式不会受到挑战，原则可以为法官使用，但这种运用不当然在案件中一般性地约束法官判断。这或许在疑难案件中经常出现，但那时法官可以越过规则径直采用原则模式进行裁断，这将被描述为法官采取自由裁量的“法律外的原则”^[69]之选取。司法实践的最终判断权的影响中必然涉及“道德论证”与“政治/政策性目的”。但这不是目的，而应是“理论为实践提供指导”的强烈实践感的理论回应。法哲学的品格存在于实践，它实际上与政治哲学、实践哲学不可分离而谈，^[70]这也是德沃金整个法政哲学理论的最终期待理由。

4. 法哲学事业：“描述”抑或“证立”？

哈特法理论的实质观点是：法律是由一种社会事实引发而所决定的（存在和内容）。而从方法论上看，他的法理论是一种被称为“描述性”的立场。^[71]这种描述性立场大概是出自边沁法理论中的萌芽状态的“法律命令说”（另一个是其评价性理论中的著名的“功利主义原则”）^[72]。而德沃金则遵循完全相反的方式，转而对法律进行评价性的“哲学反思”。从而“法律是什么”的问题被置换为“法律应当是什么”的评价性的目标。或者毋宁说德沃金的理论规划起点是将哈特等实证主义者的“法律是什么”的一般性描述，或某个方法论上的理论解答改变为探究“法律是什么”的“本来面目”下，实践或者司法的长期争议如何解决或回应的问题。^[73]他认为关于“法律本质”的探讨之所以是一种反思的诠释性法哲学，是因为其不可避免地会涉及道德评判，尽管这种道德评判在法实证主义的进路中只是作为其“描述性”的起点。从根本上说，正如德沃金早在《法律帝国》中指出的，关于法律的争议是对主张法律命题（propositions of law）为真或为假的“根据”到底是什么所形成的“理论争议”（theoretical disagreement）^[74]，而非如同持“显而易见”（plain fact）观点的法哲学家所宣称的法律的争议在于“关于某个法律命题事实上是否满足显而易见根据——即是否被立法机关决定为法律之事实根据——的‘经验争议’（empirical disagreement）”^[75]。

台湾学者庄世同论述道，德沃金在《身披法袍的正义》（*Justice in Robes*, 2006）一书中，提出“精确性”（accuracy）、“效率”（efficiency）与“整全性”（integrity）三种合法性价值（value of

[69] Ronald Dworkin, “Models of Rules I”, in his *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press, 1978), p. 29.

[70] 参见[美]德沃金：《身披法袍的正义》，周林刚、翟志勇译，北京大学出版社2009年版，第35~38页。

[71] 参见沈宏彬：《法哲学是一种怎样的事业》，载《研究生法学》2013年第3期。

[72] See Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press, 1978), XI.

[73] 范立波教授认为德沃金法哲学的方法论可分为三个层次，即第一，一般哲学规划以建立共同问题、目标和讨论原则；第二，基于“法律是一种社会实践”的实质判断，从而认为法律与其他社会实践一样都是“诠释性”的；第三，将其实践诠释学方法运用于法律实践，属于“法律诠释学”层面。具体论述可参见范立波：《作为诠释事业的法律》，载郑永流主编：《法哲学与法社会学论丛》2014年卷（总第19卷），法律出版社2015年版，第278~279页。

[74] 国内学界较早论述可参见刘星：《法律是什么——20世纪英美法理学批判阅读》，中国政法大学出版社1998年版，第149~171页。

[75] 参见庄世同：《描述性法理论是可能的吗？——一个批判性的反思》，载《政治与社会哲学评论》2007年第21期。

legality), 论证“法治”(合法性)价值为法理论的道德证立基础。不论德沃金对法治价值的分析是否有说服力,其论述出发点却是可赞同的。^[76] 亦即作为一种规范性的评价理论,法理论的道德评价基础,毋宁是来自人类对法律体制怀有某种理想渴望(ideal aspiration),所形成的一种价值理念(idea of value),这个抽象的机制理念,正是所谓“法治价值”(the value of the Rule of Law),它不啻为各种不同类型之法理论共享的道德评价基础,只因学者间对法治所应落实的政治道德价值应该是什么,往往提出不同看法,才会形成相互竞逐、针锋相对的法理论。因而,有关法治价值内涵的实质争议,才是法理论最核心、也是最需要详加审视的关键议题。

四、法实证主义的内部分裂

(一) 分裂之理论缘由及其意义

德沃金以一套法律原则为其法理论的中心议题,^[77] 随即招来法实证主义阵营一连串的猛烈回击。在这场回击中,争论得最激烈的议题莫过于关于承认规则是否可能存在的实质争议。德沃金自始至终都认为,法体系不存在一个可以明确区分法律与其他社会规范的承认规则。而反观法实证主义阵营,其学者几乎一致主张,鉴别法律的权威判准不但存在,而且是一种社会事实判准。这其中唯一迫使他们发生分歧的地方在于:部分学者认为承认规则可以包容实质道德判准,从而发展出“柔性/包容的法实证主义”^[78] (soft/inclusive legal positivism) 理论;另一些学者则坚持认为承认规则只容许以事实测准作为法律的鉴别标准,故而形成所谓“刚性/排他的法实证主义”(hard/exclusive legal positivism) 理论。两者依然能够被放置于“法实证主义”这一松散的学群中,无论其将道德以不触及底线之方式安置进承认规则,还是根本排除道德的规则判准形式,均在哈/德论战后有效回应了德沃金,形成了一定的共识。这里主要是以科尔曼^[79] 和拉兹^[80] 为代表。

这两个进路和策略显然是不同的。以拉兹的来源命题为代表的,强调承认规则的事实属性,即所有的法律的效力问题只能建立在事实上,任何试图在法律效力的论证中引入道德判断的努力都与法实证主义的称谓相矛盾;以科尔曼为代表的包容性实证主义则坚持所谓“安置命题”(incorporationism)^[81],认为只要承认承认规则之存在就可维持法实证主义的基本立场,即使其中包含一定的道德判断亦不例外。^[82] 这里面主要涉及的是在法律效力判断中是否掺杂道德论证。亦即在承认规则提出后,“来源命题”和“安置命题”成为法实证主义内部最为常见的分歧之一,其亦是法实证主义法理论的一大理论事件,后文将具体阐释这两种理论的主要逻辑及其论证理路。

[76] 参见前注[75],庄世同文。

[77] 最著名的文本是“Models of Rules I”/“Models of Rules II”/“Hard Cases”,中译本可参见[美]德沃金:《认真对待权利》,信春鹰等译,上海三联书店2008年版,第30~179页。

[78] 值得说明的是,哈特后来自己回应其更倾向于主张一种柔性法实证主义(soft legal positivism),主要体现在其在《法律的概念》后记中的语汇使用,See H. L. A. Hart, “Postscript”, in his *The Concept of Law*, supra note [2], at 250;其学生拉兹则是走了“排他性实证主义”的另一条路,反而是科尔曼的理论更加贴近哈特,从而继承了他的衣钵。

[79] 一般被视为包容性实证主义的学者可能还包括:H. L. A. Hart/W. J. Waluchow/Mathew Kramer.

[80] 一般被视为排他性实证主义的学者可能还包括:Scott Shapiro/Andrei Marmor.

[81] 科尔曼在后期明确放弃了这种提法,而更愿意采用“包容性”的提法,其显得更易于突出与“排他性”相对立。See Jules Coleman, *The Practice of Principle* (Oxford: Oxford University Press, 2001), p. 67, footnote 3.

[82] 参见前注[3],陈景辉文,第71页。

(二) 拉兹(Joseph Raz, 1939—)和他的“排他性法实证主义”

拉兹在回应“哈/德”论战时的态度是有其个人特色的,其坚决捍卫基于“社会事实”命题之下法律判准中的非道德因素,而非采取科尔曼式的妥协态度——即将道德作为一种法律的来源是事实上可以接受的。拉兹认为其争论的核心在于“原则是法律的组分”的理解是错误的,通过其更为重要的“社会来源命题”的推导,一部分法律原则实际上并不具有效力而应被排除出法律本身之外,且即使其同意“道德可以成为法律”但法律的存在和内容的最终来源只能是“社会来源”而非“道德价值”。^[83] 进而可以有力地回击德沃金在法律之外寻求“政治道德”的努力,维护纯粹的法实证主义。拉兹区分了“强”和“弱”的社会命题形式。“强意义”上的社会命题指某一社会条件是鉴别法律之内容及其存在的必要条件,因此只有当某一规则符合这一社会条件时,它才是法律规则;“弱意义”上的社会命题则强调这个社会条件作为充分条件的功能,即如果某一规则符合这一社会条件,那么它就是法律规则。^[84] 由于道德论证的排除主要借助于来源这个要素,因此拉兹将强社会命题直接称为“来源命题”。这同时意味着当某一法律的内容及其存在并不借助道德论证时,这个法律就具有唯一来源。来源命题对于法律的概念而言是至关重要的,因为它独自就可以保障法律的内容可以依赖于某一客观的或价值中立的方法来决定。“由于法律的效力依其来源而获得,并且由于来源是行为或一系列的行为,因此有关法律效力的争论是基于事实问题的争论,与道德争论无关。”^[85] 总之,拉兹认为所有的实证主义的共同基础在于法律具有社会来源,即道德的内容及其存在可以参照社会事实得以决定,而无需依赖于道德上的权衡。^[86]

(三) 科尔曼(Jules Coleman, 1947—)和他的“包容性法实证主义”

科尔曼的贡献主要在于其“道德安置主义”的建构。部分地,科尔曼同意将所有原则视为“法律的原则”,这是与德沃金相似之处。但这种法律原则的全部存在不在于其与道德上的必然关联,而在于最终经由承认规则赋予其法律效力。这里便触及了其理论的根本特点:承认规则不是基于系谱式的形式化理解,而是包含实质内容的,“承认规则可以将(包括道德在内的)任何内容设定为其他原则与规则生效的条件”^[87]。实际上,包容论者和德沃金的区别就在于对待法官运用原则时所采取的理论态度及随后的关于法与道德联系的偶然性上的理论差异。^[88] 从其实证主义阵营的内部分裂视角上看,科尔曼的最大特色是关于承认规则的双重判准性质。在内容判准上,包容论者似乎为道德论证打开了可能性的口子,即使它是偶然的。“虽然一条法律规则(或一个法律体系)没有必然的道德内容,一个特定的法律体系或许依据习惯性规则使得道德标准成为那个体系

[83] Joseph Raz, *The Authority of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1979), p. 46.

[84] Joseph Raz, *The Concept of A Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, 2nd Edition (Oxford: Clarendon Press, 1980), p. 40. 转引自陈景辉:《原则与法律的来源——拉兹的排他性法实证主义》,载《比较法研究》2006年第4期。

[85] 前注[84],陈景辉文,第13页。

[86] Joseph Raz, “Legal Reasons, Sources and Gaps”, in Raz, *supra* note [83], at 53.

[87] Jules Coleman, “Negative and Positive Positivism”, in his *Morals and the Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1988), p. 5.

[88] 即马尔默所说:“德沃金认为,法律效力对道德因素的依赖是一个根本的法律特征,这一特征基本上来自法律之意义深远的解释性本性。相反,包容性的法律实证主义主张法律效力对道德因素的依赖是偶然的;这种依赖不是来自法律的本性或者同样的法律推理,包容性的法律实证主义认为,道德因素仅仅在确定的情形中影响法律效力,亦即,那种确定的情形得自于在一个给定的法律体系中偶然占优的承认规则。”转引自朱振:《哈特/德沃金之争与法律实证主义的分裂——基于“分离命题”的考察》,载《法制与社会发展》2007年第5期。

的效力的必要或充分条件。”^[89]科尔曼式的安置主义虽受哈特影响极深,但承认规则被理解为了不同于德沃金乃至哈特式的理论意义:承认规则包括主要的系谱规则和次要的内容判准规则,道德原则可能既符合承认规则初级形式的判准而进入法律视野,或者直接被包容于承认规则的“内容判准”形式中而成为法律。“经由承认规则的内容类判准,包容性实证主义法学理论展示了道德包容于法律的另一种可能路径,‘法律反映或符合一定道德要求,尽管事实往往如此,然而这不是一个必然的真理’得到了进一步说明。”^[90]

至此,按照拉兹(及其追随者)和科尔曼(及其追随者)的理解,两个针对德沃金的回应理论基本上可以归纳如下。

表 1

| 理论称谓 | 基本共识 | 主要分歧点 |
|--|--|--|
| 包容的法实证主义 (inclusive legal positivism) | 1. 法律存在是事实问题; 2. 法理论必须在一定程度上分离价值(merits); | 1. 法律与道德非必然联系(充分+非必要); 2. 坚守承认规则的最终判准功能(惯习主义),但其可偶然容纳道德来源; 3. 承认规则之判准内容无必然限制; |
| 排他的法实证主义 (exclusive legal positivism) | 同上 | 1. 法律与道德必然分离(充分+必要); 2. 道德可能约束官员,但不是法律之效力约束; 3. 承认规则所阐明的合法性(legality)必须具有社会来源; |

结 语

法实证主义诸多命题之法哲学学术价值的存在、深化与发展几已成学界共识。它在术语共享与形式特征显现上表现为一系列实质观点与方法论的重叠。这可以找到其“把法律理解为一种社会事实与规则存在等形式”,“将法理论的目的与借由合宜地限定在‘描述性’之上”的例子;它在人物论争与学群瓦解上表现出十分明显的“论战”性质与稳固化的“捍卫—分化”走向。这尤其体现在由哈特至拉兹的多次学术交锋与论战、德沃金“原则批判”与“权利哲学”阐发后的重大法政哲学论题转向中,它们标志着法实证主义命题的延展与深化具备哲学维护能力与实践挑战承重;它在命题演进与历史发展上更是遵从十分显明的逻辑与规律。除去“前史/问题来由”与“现代/理论深化”等一般命题规律外,它还在由“粗糙”到“精致”的论域深化、由“内外部”挑战后分别形成“细化”与“分裂”的一般路由上体现出命题群发展特色。法实证主义的命题群学术语境式发展在历史梳理与主题式分析后一目了然:

自奥斯丁以降,法理学之范围定罢;而至哈特始,法实证主义于法哲学疆域上有如脱缰野马,阵地激战而后不可开交,终以排他性/包容性实证主义护卫,以抵御德沃金“诠释/建构性”权利观之进攻。从“前史—现代”“粗糙—精致”及“挑战—分裂”角度分析该学术进程,可发现“社会事实/系谱论”“分离论”“命令/规则论”“道德安置/社会来源”等命题形式最终构成了这一阵营的群体特征,从而逻辑且历史地展开着法实证主义问题史之壮美画卷。这壮美画卷完全可凭由法哲学研究者驻足共赏。

(责任编辑:宾凯)

[89] [美] 布赖恩·比克斯:《法理学:理论与语境》,邱昭继译,法律出版社2008年版,第58页。

[90] 曾莉:《包容性实证主义法学之承认规则类别研究》,载《法制与社会发展》2006年第2期,第153页。