

# 法律实证主义的多重转向

陈锐<sup>1</sup>, 李建新<sup>2</sup>

(1. 西南政法大学行政法学院, 重庆 400031; 2. 南昌航空大学政府法治研究所, 江西 南昌 330000)

**摘要:**法律实证主义是20世纪西方三大主要法学流派之一,同时,它又是一个多变的、不断发展的法学流派。其在发展过程中曾出现了多重转向:从科学主义到诠释学的转向、从“坏人视点”向“好人视点”的转向以及从“义务本位”到“权利本位”的转向。虽然法律实证主义经历了多重转向,但仍然没有自我解构。

**关键词:**法律实证主义;科学主义到诠释学;“坏人视点”到“好人视点”;“义务本位”到“权利本位”

**中图分类号:**DF0-051

**文献标志码:**A

**文章编号:**1008-5831(2010)04-0088-07

法律实证主义是一个多变的、不断发展的法学流派,经常以不同的面目呈现于世人面前,以至于人们难以完全掌握这一学派的流变。这一方面导致了人们在批判法律实证主义时存在着困难,另一方面也使其中的许多批判难以切中要害。有学者认为,法律实证主义坚持“法律命令说”,是对法律的一种过于狭隘的理解,这种理解在实践中会导致极坏的后果<sup>[1]</sup>。这一批判并没有切中法律实证主义的要害,因为“法律命令说”根本就不是法律实证主义的代表性思想。自然法学家登特列夫通过研究发现,“法律命令说”至多只能算是人们讨论“法律本质”问题的一条重要线索,它不仅出现在奥斯丁的理论之中,而且也出现在那些与奥斯丁同时代的思想家的理论之中;如果我们追根究源,一直可以追溯到古罗马的西塞罗与拉丁教父们,甚至更远。可以这样说,“法律命令说”是罗马法传统的重要产物<sup>[2]</sup>。中国古代的法律思想也带有“法律命令说”的痕迹,我们是否由此可以说,中国古代法律实证主义非常盛行呢?我们在自然法学家普芬道夫、布莱克斯通的法律定义中也能够看到“法律命令说”的踪影<sup>[3]</sup>,但是我们并不能由此将他们归入法律实证主义阵营。后期的实证主义者哈特对“法律命令说”展开了猛烈的批判,彻底颠覆了这一学说。还有许多学者认为,法律实证主义坚持“法律与道德是必然分离的”,其结果导致了“恶法亦法”,导致人们丧失了对实在法进行批判的敏锐性。这种批判也有以偏概全之嫌。因为法律实证主义者内部对此问题分歧较大,有坚持两者必然分离的“严格的法律实证主义”,有认为两者是可以分离的“温和的法律实证主义”。还有学者将法律实证主义与“法条主义”等而视之,认为法律实证主义是一种司法中的保守主义思想,主张严格按照法律条文的字面含义来实施法律。这其实是一种混淆,它把法律实证主义与法律形式主义混为一谈。在法律实证主义认识上产生的混淆与歪

收稿日期:2009-11-13

基金项目:2008年重庆市哲学社会科学规划项目“法律实证主义在中国”(008-NFX04)

作者简介:陈锐(1968-),安徽潜山人,西南政法大学行政法学院副教授,哲学博士,主要从事西方法律思想史、法学方法论研究;李建新(1970-),男,南昌航空大学政府法治研究所教授,法学博士。

曲还有很多,此处不一一列出。导致这些误解的原因就是没有完全认识法律实证主义之故。为消除覆盖于法律实证主义之上的各种误解,笔者拟对法律实证主义发展过程中呈现出来的多种变化进行简单分析,以利学者们对这一学派形成完整而正确的认识。

### 一、法律实证主义的方法论转向:从科学主义向诠释学的转向

在法律实证主义的整个发展过程中,最重要的转向就是从科学主义向诠释学的转向。

在今天,“科学主义”常常被当成一种贬义词,指的是那种将自然科学方法当成普适性真理而推行于所有领域的一种作法与企图。但近代并非如此,科学主义在当时是作为一种进步的力量而存在的,是作为神学、形而上学的一种反面而存在的。当时,一方面,各门具体学科刚刚挣脱神学的羁绊,正努力寻求新的发展方向;另一方面,自然科学获得了巨大的发展,并对社会生活产生了重大的影响。自然科学获得的巨大成功似乎为社会科学指明了未来的发展方向,人们产生了“自然科学万能”的思想,自然科学方法无形中成为能够导致成功、取得进步的唯一方法,并成为衡量一门学问是否进步的标尺。奥斯丁、凯尔森正是生活在这样一个时代。当时,各门社会科学都面临着一种压力,那就是如何使自己更“科学”。这里的“科学”指的是狭义的科学,即各种社会科学如何能像自然科学一样,将自己的研究范围限定在经验领域,限定在对各自研究对象的客观描述范围内,从而建立一种经验上可验证的学问。

正是在这种背景下,作为科学主义化身的实证主义哲学产生了,并迅速成为一种处于主导地位的研究范式,渗透到各门具体科学之中。哲学中的实证主义渗透到法学之中,就产生了法律实证主义,早期的法律实证主义者正是实证主义哲学在法律领域的坚定贯彻者。

首先,早期的法律实证主义者如哲学中的实证主义者一样区分了“是”与“应当”,并认为,法理学的范围应被限定在“是”(即实在法)这一范围之内。如奥斯丁认为,“‘法律是什么’是一回事,‘法律应当是什么’是另一回事,只有前者才是法理学的研究对象。法理学的研究对象是实在法,亦即我们严格使用的‘法律’一词所指称的规则,是‘准确意义上的法律’”<sup>[4]13</sup>。“法理学是与实际存在的、由人制定的法律有关的,或者说是与严格意义上的法律相关的,而不管这些法律是好的还是坏的”<sup>[4]13</sup>。

其次,早期的法律实证主义者试图像自然科学家一样,将法律作为自己观察的对象,不带个人偏见

地研究法律,从而得出有关法律的客观知识。哈特称这种做法为“外在观点”。奥斯丁、凯尔森就是这样研究法律的。如奥斯丁说过,如果试图将法理学变成一种科学,即自然科学意义上的科学,我们只有观察在现实中人们通常是如何使用“法”一词的,以及观察该词指称的对象是怎样存在的。

再次,法律实证主义使用的方法是描述性方法,而不是评价性方法。哈特称自己的法理学理论为“描述性社会学”。当时的人们认为,只有描述性方法才是科学研究的恰当方法,评价性方法不是恰当的科学方法。当然,这不是说评价性方法在法学中无用武之地,只是说评价性方法对于科学的法理学作用不大。

最后,法律实证主义追求统一性,试图从千差万别的法律现象中寻找一种普遍性的特质,这一特质为所有时代、所有国家的所有能够称之为法律的东西所共有。正如哈特所说的,法律实证主义研究的是“一般法理学”,而不是某种特殊的法理学。这其实是维也纳学派追求“统一科学”的一种表现。

在早期的法律实证主义者中,将科学主义方法贯彻得最彻底的当属凯尔森。凯尔森首先将法律规范分为三种类型,即命令型、允许型和授权型,并认为命令型规范是主要的规范形式,是表达法律规范的范式。凯尔森之所以这样做,实际上还是为最终建立法律规范系统服务。凯尔森接着认为,法律体系中的每一个实在规范都是从另一个规范中取得效力,如此不断回溯,直至其终点,凯尔森称这个终点为“基本规范”。在凯尔森那里,“基本规范”不仅是法律规范体系的理论前提与出发点,而且是其他规范赖以存在的根据。由基本规范进行演绎,就可以得到其他的规范,这样就形成了法律规范的“统一体”。在这里,凯尔森使用的正是科学领域常见的公理化方法。这一方法的特点就是首先从千差万别的现象中总结出一个最基本的规范作为初始规范,接着寻找几条最基本的公理,然后确立推导规则,最后从这些公理与推导规则之中推导出许许多多的定理,这样就形成了一个公理系统。凯尔森贯彻科学主义思想的另一个例子是,他区分了法律规范与法律规则。他认为,法律规则是描述性的,法律规范是评价性的,因此,只有法律规则才是法律科学的研究对象。正如有学者评价的:“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,凯尔森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,它试图完成康德在自然科学领域所做的事情。”<sup>[5]</sup>

如前所述,奥斯丁、凯尔森以及那一时代的学者由于受到了当时盛行的科学主义思潮的影响,因此,他们力图通过“外在主义”方法而使法律更科学。但他们遭遇到了这样的悖论:虽然法学更科学了,更精致了,但却严重地偏离了法律现实。如何走出这种悖论呢?人们开始反思这一问题。

到19世纪末,人们开始反思人文社会科学领域流行的“科学主义”思潮,开始质疑“自然科学”方法的普适性问题。这一时期,德国兴起了“精神科学”,它为研究人和人类社会提供了一种不同的思路。以狄尔泰(Dilthey)、齐美尔(Simmel)和新康德主义哲学家为代表的学术传统强调人类精神生活的独特性,反对把人当成客体的自然科学研究方法,强调以人为研究对象的科学不能忽视人的主观意义,并且应当有独特的研究方法来解释这种主观意义。为此,他们发明了一套以“理解”和“解释”为核心的独特研究方法,这种研究方法就是“诠释学”方法。

与科学主义方法不同,诠释学方法讲究的是“理解”,而不是“描述与说明”;它不否认在理解的过程中,人们不可避免地带有主观性、不确定性、个别性以及多元性;它承认“前见”在理解过程中的合法性以及基础性作用。因此,诠释学方法变成了一种带有“内在主义”特点的研究方法。哈特看到了法律实证主义原有的科学方法的局限性,转而拥抱诠释学方法,将这一原先流行于欧陆的诠释学方法介绍了法学领域,并因此使法律实证主义实现了“诠释学转向”,从此,法律实证主义者对法律保持一种“内在观点”。

哈特是怎样使用“内在观点”来研究法律呢?

首先,哈特认为,法学研究中的“外在主义”方法不能概括法律的很多特点。如在《法律的概念》之中,哈特认为,每一个法律概念都有“内在方面”与“外在方面”,如果我们使用“外在主义”方法研究法律,就只能发现法律“外在方面”的特点。如奥斯丁、凯尔森使用外在方法,他们只能将法律与命令、制裁、惩罚等同,只能解释人们服从法律的外在原因,即由于害怕制裁而服从法律。由于法律规定除了“外在方面”以外,还有着“内在方面”的内容,对于法律这一侧面的内容,“外在主义”方法无能为力。正如哈特所说的:“如果观察者真的严守这个极端的外在观点,并且对接受规则之群体成员如何看待他们自己的规律行为没有做出任何说明,他就没有办法从规则的角度,也不能从建立在规则上的‘义务’及‘责任’的角度来描述他们的生活。”<sup>[6]85</sup>

其次,哈特指出,如果有人想要真正保持一种“外在观点”来研究法律,那也是不可能做到的。因为每一个研究法理学的人同时又是从事法律实践的人,他如何能够做到“自外于法律”?或许他能够宣

称或者假装着保持一种“外在观点”,但是,那肯定是一种“伪外在观点”,因为每一研究者都是处于一定文化中的人,其使用的语言已经在他的身上打上了某种烙印。为此,哈特明确地提出,研究全面地理解法律等人类现象,必须带有“内在观点”,“……我们如要做到这一点,就要把群体看待自己行为的方式引入我们的说明中,也就是引入了从他们的内在观点所看到的规则的内在方面”<sup>[6]86</sup>。

再次,哈特为了突出“内在观点”,在自己的规则理论中引入了“承认规则”,将之作为检验法律是否有效的标准。“说某一个规则是有效的,就是说它通过了承认规则的一切检验,某一规则是有效的这一陈述意味着它符合承认规则所提供的一切标准”<sup>[6]104</sup>。

与奥斯丁、凯尔森用以检验法律有效性、追求客观结果的“外在主义”方法不同,哈特提出的“承认规则”实际上是主观与客观相结合的产物。因为我们发现,要检验“承认规则”,一方面,我们需要借助经验事实。“一个承认规则是否存在,它的内容是什么,这个问题……被看成是一个经验的事实问题”<sup>[6]256</sup>。另一方面,还需要结合法官与法律官员对待法律的态度。哈特指出,对于法律系统的有效性来说,有两个必须满足的充要条件<sup>[7]81</sup>:第一,那些按照有效性标准确立的行为规则必须被一般地服从;第二,承认规则必须被官员接受并作为约束官员行为的一般共同标准。

综上所述,对于“什么是法律”的问题,奥斯丁与凯尔森试图寻找到体现意志行为的“客观意义”的法律,但是,哈特放弃了这一想法,因为他知道,追求法律的客观原意无异于痴人说梦,在现实中,这是不可能做到的。因此,“什么是法律”的问题就变成了一个社会中的某些人以“内在观点”承认和遵守的行为规则。哈特在此处采用的是什么方法呢?我们觉得,这肯定不是传统的实证主义方法,而是一种新的方法,这便是麦考密克与魏因贝克尔称之为的“诠释学方法”。在后期的著作中,哈特曾明确地承认自己使用的方法为“诠释学方法”<sup>[8]</sup>。

从外在主义转向内在主义是法律实证主义发展过程中的一个重大转向,研究者不可不察。

## 二、法律实证主义研究视角的调整:从“坏人视角”转向“好人视角”

法律实证主义的第二个重大调整是研究视角的调整。我们借用霍姆斯在《法律的道路》中所说的“坏人视角”与“好人视角”这一隐喻来形容这一转向。

在《法律的道路》中,霍姆斯使用了“坏人视角”与“好人视角”这一隐喻来刻画不同的人对“什么是法律”这一问题的不同回答。霍姆斯说到,如果要理

解充满着各种疑惑的有关法律的概念,首先就要问这样一个基本的问题:什么是法律?这时,有许多人会告诉你一大堆东西,霍姆斯对这些说法不以为然。他认为,如果我们采取“坏人”的视角,就会发现,坏人对任何公理与演绎都毫不在乎,他想知道的只是马萨诸塞州或英国的法院实际上将做些什么。因此,我们的法律只是法院事实上将做什么的预言,而绝不是空话。霍姆斯还比较了“坏人视角”与“好人视角”:坏人只关心法律能否带来其所预见的实质性后果,而好人是在不明确的良心许可状态中以法律作为自己行为的理由<sup>[9]</sup>。对于坏人来说,他所关心的并不是“法律是否是一种公理系统”这一问题,而是下面这些更实际的问题:如果实施了某一行为,他将在多大的几率上能够逃脱惩罚,或者至多会受到什么样的惩罚,这一行为的得失如何等。因此,坏人看法律,首先看到的只是制裁与惩罚,然后就是得失的算计。

霍姆斯的这一隐喻对于我们理解法律实证主义视角的转变很有意义,因为法律实证主义看待法律的态度正好经历了从“坏人视角”到“好人视角”的转变(也可以理解为从“臣民的视角”转向“市民的视角”)。早期的实证主义者的法律观实际上就是一种“坏人的法律观”,而后期的法律实证主义者的法律观就是一种“好人的法律观”。具体而言,奥斯丁、凯尔森实际上所持的是一种“坏人的法律观”,而哈特、拉兹等所持的是一种“好人的法律观”。

在《法理学的范围》中,奥斯丁对“法律”这一概念进行了解剖,他发现,法律的主要要素有:政治上的优势者(主权者)、政治上的劣势者(臣民)与威胁为后盾的“命令”。这种“命令”体现了优势者要求劣势者服从的意志。劣势者为何要服从优势者呢?因为在命令没有被服从的情况下,一个不利后果会随之而来,这一不利后果就是“制裁”。并且,他还认为,实际的不利后果越大,以及发生努力后果的可能性越大,命令的实效就越大,责任的压迫感也就越大,命令被服从的可能性就越大,义务被违反的可能性就越小<sup>[4]23</sup>。也就是说,奥斯丁认为,一个理性的人之所以服从法律,是经过功利的算计,因为服从法律是摆脱制裁的唯一路径,他不得不理性地选择服从法律。

凯尔森发表了类似于奥斯丁的观点。虽然凯尔森发现,法律的后果除了作为强制手段的惩罚以外,还有对服从法律者的奖赏。但凯尔森仍然认为,在社会现实中,惩罚有着远比奖赏更为重要的作用,惩罚技术优于奖赏技术。因此,从根本上说,法律仍然是一种强制秩序<sup>[10]</sup>。

早期法律实证主义的这种法律观遭到了越来越多的批判,因为它并不能解释人们服从法律的真正

原因。在现代社会里,对于那些服从法律的“市民”来说,他们服从法律的原因并不完全是由于“惩罚的震慑”,虽然这种震慑对于少数人来说确实是有效的。同时,“惩罚的震慑”也不能解释现代法律的现状,不能解释在现代社会里发挥着越来越大作用的民事法律,并且也不能将习惯这一重要的法律渊源包括进法律概念之中。因此,“坏人的法律观”不能适应现代法治社会的需要,只能算是有关“前法律社会”的一种理论。

为此,哈特不得不对法律实证主义的这一理论假设做出某些改变。哈特认为强力单独不能导致法律。一种制度化的恐怖系统可以强迫人们服从,就像一个持枪的人可以逼迫我们交出我们的钱一样。如此的一个系统将不是一个法律系统,除非它满足进一步的条件。按照哈特的说明,这些进一步的条件包括了市民与官员的内在服从态度,亦即仅当市民与官员对法律采取内在观点时,我们才能够得到一个法律系统。哈特说道:“对于一个法律的存在来说,有两个最低限度的条件是必要而充分的。一方面,根据这个制度的最终效力标准是有效的。那些行为规则必须普遍地被遵守;另一方面,该制度规定法律效力标准的承认规则及其改变规则和审判规则,必须被其官方有效地接受为公务行为的普遍的公共标准。第一个条件是公民(市民)需要符合的唯一条件……第二个条件是这个制度的官员必须符合的,他们必须把这些标准作为公务行为的共同标准,并批评性地评价他们自己的和相互间的偏离行为。”<sup>[6]117</sup>

哈特在这里使用的是“公民”或者“市民”这一概念,而不是“臣民”这一概念。这实际上反映了法律实证主义内部对法律主体的认识有了深刻的变化。何谓“公民”(或市民)?它与“臣民”有何重大的不同?按照现代政治学理论,我们可以将“公民”的角色属性归纳为<sup>[11]</sup>:一是过城市集体生活并依赖于商品交换的人;二是为了摆脱奴役和迫害而进入城市自治的自由人;三是在社会中平等相处的人;四是为了争取经济权利而不惜暴力的人;五是服从一套世俗的成文法典,主动给自己套上法律这一枷锁的人。这实际上揭示了市民的重要特点:自由、理性、自治的个人。而传统的臣民则是带有严重的依附性的,是消极、被动的个人。从法律的角度看,由于市民主动地服从于自己参与制定的法律,因此,他们无疑是社会中的“良民”,或者说“好人”。

“好人”是如何看待法律的呢?按照哈特的说法,“好人”将法律“内化”为自己行动的理由以及评判他人行为的理由。所谓内化,指的是已经成为自己思想与行动的内在部分,自己的行动完全发自内心,而不是矫揉造作或者虚饰。如哈特就说到,一个

法律系统中的承认规则很少有明确规定的,但是它却通过法院或者其他官员的行动表现出来。并且,这一承认规则就像游戏中的计分规则。在游戏中,确定得分活动的一般规则是很少明确制定的,但却被工作人员广为应用。也就是说,这一计分规则已经内化为这些工作人员的内在意识,这些工作人员进行计分的活动非常类似于一种习惯性的行动,他根本不会思考这种活动之外的东西。按照哈特的观点,每一个法律系统中都有其“承认规则”,而这种承认规则正是法律被内化的一种表现,它普遍地存在于法官、官员或者其他人的实践之中,以至于有关这一规则的精确内容与范围问题,甚至有关它的存在问题,都不可能得到清楚的或确定的回答<sup>[6]110</sup>。

所谓“好人”已经将法律内化为自己行动的理由,指的是好人自觉地以法律作为自己的行动标准,并将那种与法律一致的行为看成是“正确的”,反之就是错误的,并以之作为评价其他人行为的标准。哈特以“国际象棋”为例说明这一点。“国际象棋棋手们不仅有以同样的方式移动王后的类似的习惯……每一个棋手不仅本人以一定方式移动王后,而且对所有以那种方式移动王后的得失有看法。这些看法在偏离行为现实存在或出现预兆时,体现为对他人的批评和提出服从要求……为了表达这种批评、要求与承认,一系列规范性语言被人们采用,如,‘你不应当那样移动王后’,‘你必须那样移动’,‘那样是对的’,‘那样是错的’。”<sup>[6]59</sup>

在高度发达的法治社会里,自觉地遵守法律是成为一个合格公民的最低限度标准。这一“好人”应当像苏格拉底一样,自觉地将城邦的法律看成自己行动的准则,并用生命去维护这种规则。

所谓的“好人”自觉地遵守与维护法律,并不是说他将法律看成是一种道德标准,看成是过“善良生活”的一种标准。哈特一直反对人们将“内在观点”看成是道德观点。哈特说道:“那些接受法律系统权威的人从内在观点看待它,用那种道德与法律共用的规范语言,从那种内在陈述来表达他们对这种要求的观点。这些语言形式是:‘我(你)应当’,‘我(他)必须’,‘我(他们)有义务’。他们并不由此承诺了‘做法律要求的事情是道德上正确的’这一道德判断。”<sup>[7]113</sup>哈特接着说道:“并非那些自愿地接受这一系统的人一定会将他们自己看成是道德上一定如此做……他们忠诚于法律系统一定是建立在许多不同考虑基础上的。”<sup>[7]119</sup>

哈特之后的法律实证主义的代表人物拉兹在“内在观点”基础上又加入了制度性因素。拉兹认为,法律存在的两个要素是:第一,某一法律体系只有得到普遍的遵守,并且至少得到部分人(特定社群中)的承认(法律被内化),才堪称为有效的法律。

第二,法律具有制度特性,这是最重要的也是最具有争议性的特性。法律应当被理解为一种重要的社会制度,这种社会制度对于所有生活在其间并受其规制的人具有重要意义,法律作为特殊的制度类型有助于塑造公众的普遍法律良知。也就是说,拉兹认为,一个善良的公民,不仅要内在地服从法律,更重要的是将法律看成是对于社会生活来说至为重要的制度。在一个高度发达的社会里,如果没有法律,社会将陷入混乱之中;如果没有一部好的法律,社会的发展也将受到很大的影响。因此,善良的公民应当将法律看成是维系社会的必不可少的制度性要素。

以上我们探讨了法律实证主义发展过程中研究视角上的重大转变:从“坏人视角”转向“好人视角”,这种视角上的调整与当代社会的发展步调一致。奥斯丁所处的时代正处于资本主义社会初期阶段,在当时的社会里,刑事法律非常发达,民事法律不处于主导性地位,当时的许多法律也都或多或少地带有限制人们自由与权利的意味。因此,在这种社会环境下,理论家们解释法律时自然而然地就会想到“制裁”、“惩罚”等消极因素,而不会想到“自觉地服从法律”,奥斯丁的法律思想明显地打上了这种时代的烙印。到哈特生活的时代,社会发生了很大的变化,资本主义制度已经发展得非常完善与成熟。在法律领域,肯定人们权利与自由的法律越来越多,“主权者的命令”这一命题遇到了巨大的挑战。正如哈特所说的,在现代社会里,我们难以确定谁是主权者,法律命令说已不能适应现代宪政国家的现实,也不能解释人们服从法律的原因,我们迫切需要用新的实证主义理论来取代旧的理论,这样就出现了前述的法律实证主义法律视点的转变,这种转变对于法律实证主义的继续发展非常重要。

### 三、法律实证主义法律本位观的改变:从“义务本位”转向“权利本位”

法律实证主义发展过程中的另一个重要变化是:在解释法律时,从“义务本位”转向了“权利本位”。虽然没有哪一个法律实证主义者明确地提到这一点,哈特对此也着墨不多,但是,我们还是能够从他们的论述中明显地感受到这种改变。

所谓“义务本位”的法律观,指的是:法律主要是用来设定义务的,义务性规范是法律中的主要规范。这种“义务本位”的思想充斥于奥斯丁、凯尔森的法律理论之中。众所周知,在奥斯丁的法律理论中,主权者居于核心地位,法律的正当性是通过主权者的权力来诠释的,属于典型的权力本位。凯尔森虽然认为法律规范有三种类型,但他同时还认为,在这三种类型的法律规范之中,命令性规范同样居于主导地位,属于最基本的规范形式。对于一些人所驳斥的“并非每一个法律规范都规定了制裁”这一论调,

凯尔森进行了回击,他认为,虽然并不是每一条法律规定都规定了制裁,但是从法律体系的整体来看,制裁是法律的一种不可或缺的要害。因此,在凯尔森那里,人们仍然没有摆脱主权者的压迫,法律仍是作为奴役人的工具而出现的,他的理论仍然属于“法律命令说”的范畴。这种“法律命令说”勾画了这样一种生活在法律之下的简单场景:主权者向臣民发布命令,他自身不受法律的限制,臣民基于习惯而服从主权者所颁布的法律。因此,在臣民看来,对其自身来说,法律所规定的只是义务,主权者将自己的意志强加给臣民,臣民处于服从的地位,不得不去履行这种强制性的义务,因为如果不履行这种义务,将会遭到制裁。总之,从早期的法律实证主义的观点看,法律、制裁、义务几乎是三位一体的,这是一种典型的“义务本位”的法律观。

哈特对这种法律观表示了批判。因为“法律命令说”没有为“个人权利”留下任何空间,人们从中只能看到“大写的义务”,法律实际上成为权力的帮凶。哈特生活的时代是一个权利意识高涨的时代,以“权利本位”代替“义务本位”迫在眉睫。在“功利主义与自然权利”一文中,哈特说道:“非常明显的是,我们对权利理论的需要已经迫在眉睫。在最近的半个世纪里,人对人的不人道已经达到了如此的境地,无数有罪的男人和女人被拒绝给予绝大部分的和根本的自由与保护;如果说是些什么罪的话,也只是他们对自己以及其他人的这些权利的主张;有时候,这些权利被拒绝,是因为社会整体福利需要这一虚假借口。因此,保护基本人权的学说是对于一个政府对其公民可能采取行动而做的限制,看来这正是我们这个时代所急需解决的政治难题。”<sup>[12]</sup>

其实,哈特早在写作《法律的概念》一文时就显示出对权利的重视,以使自己区别于奥斯丁的法律观。如哈特说过,奥斯丁的法律理论只是强调了法律一个方面的特征,即法律是规定义务的,同时,法律还具有另一个特征,法律还授予权利,因此,法律是由规定义务的第一性规则与授予权利的第二性规则组成的统一体。哈特正是注意到,在现代国家里大量存在的法律规则是授予权利的规则,而不仅仅是规定义务的第一性规则。这应当看成是哈特对法律实证主义“义务本位观”的改造之始,也是哈特建构“权利本位观”实证主义思想萌芽的开始。

在《在功利与权利之间》一文中,哈特更是感觉到建构“权利本位观”的紧迫性。哈特说道:“任何一个熟悉过去10年来政治哲学领域著作的人……正见证着一个从一度非常流行的对某些形式的功利主义信念改弦易辙的过程。如果我们试图找出正确的形式,就必须抓住政治道德的本质……真理存在于尊重基本人权的学说之中,这种学说要求保护特

定的基本自由与个人利益;当然,我们必须为这些权利寻求坚实的基石,以便应对某些长久以来人们熟悉的异议。尽管不久以前许多哲学家还在致力于将他们大量的精力与智慧投入到写作某些形式的功利主义著作之中,可是现在,这些精力与智慧已经用来阐发基本人权理论了。”<sup>[13]213</sup>

当然,对于如何建立以“权利本位”为基础来建构实证主义的新理论,哈特尚没有提出完整的理论。他觉得,就目前而言,人们在否定功利主义的“义务本位论”方面做了很多探索,但是,这些探索都难言十分成功。“在政治道德哲学从过去对功利主义的忠诚向新的权利的忠诚过渡的汹涌的海面上,也许这些作家们主要和重要的贡献就是标明了那些应予避开的礁石与浅滩,而非那些可作收获之旅的安全航道。那航道仍有待发现……只要探索的过程依然笼罩着功利主义的阴影,我就不认为能发现什么令人满意的权利理论的基础”<sup>[13]235</sup>。

因此,准确地说,哈特仍然属于那种走在由“义务本位”向“权利本位”转向途中的实证主义者。

#### 四、多重转向,抑或颠覆、解构

法律实证主义的发展过程好比一艘海船在大海上航行的过程,它必须随着海流的变化不断地调整自己的前进方向。法律实证主义发展过程中所经历的理论转向远不止以上所述内容,笔者在此尚未论及的理论转向还有:从拥抱功利主义到放弃功利主义;从依靠个人的权威来说明法律的效力根据转而诉诸社会权威、制度性权威;从理论哲学转向实践哲学等。笔者只是择其要者加以述说。既然法律实证主义发展过程中经历了多重转向和多次转向,那么就产生了一个令人感兴趣的问题:在多次转向之后,法律实证主义是否被颠覆了?或者说,法律实证主义是否被解构了?

在讨论这一问题之前需要设置一个衡量的标准,而不能进行空泛的讨论。笔者认为,衡量一个理论是否被解构了,主要看其是否失去了自己的理论特质,是否放弃了自己的核心观点。法律实证主义在多次转向之后,是否失去了自己的理论特质而变成了他物呢?

虽然法律实证主义变化多端,但所有的法律实证主义者仍然有着某些“家族相似性”,这些“家族相似性”就是其理论特质。正是由于这些特质,法律实证主义才能够从其他的理论流派中区别开来。法律实证主义的特质有哪些呢?对此,理论界也是众说纷纭。按照笔者对法律实证主义的理解,笔者认为,法律实证主义是一种使用分析的方法对实在法进行研究的描述性理论。这句话里实际上包含了法律实证主义的三个重要特质:(1)法律实证主义是一种描述性理论,而不是评价性理论,这就将法律实证

主义从自然法中区别开来。(2)法律实证主义研究的是实在法,而不是应然法,并且是当下具有实效的法律,这就将法律实证主义与历史主义法学区别开来。(3)法律实证主义使用逻辑语言分析的方法来研究现实的法律,这就将法律实证主义与社会法学相区别。

当今,法律实证主义在发展过程中是否抛弃了这些特质呢?笔者认为,绝对没有。哈特只是以“法律规则”理论代替了奥斯丁的“法律命令说”,仍然认为自己的理论是一种描述性理论;拉兹又在哈特的“规则说”基础上加入了法律的制度之维,但仍然强调判定法律的“谱系标准”。因此,他们仍然严守法律实证主义的信条,并没有抛弃法律实证主义的三个重要特质,只是对法律实证主义理论中那些不合时宜的东西进行了某些调整或者扬弃。反过来说,如果一个理论家抛弃了法律实证主义的以上特质,则他就不能算是一个真正意义上的法律实证主义者。笔者认为,法律实证主义者在现代并没有被解构,只是在某些方面进行了自我调整。法律实证主义所做的这些调整是非常必要的,一方面可以避免其他学派的批判,另一方面也更加切合社会的实际。这也正是法律实证主义能够在现代继续保持强大生命力的原因。

#### 参考文献:

[1] G·拉德布鲁赫. 法律的不公正和超越法律的公正[M]//

法哲学. 北京:法律出版社,2005:232-233.

[2] 登特列夫. 自然法——法律哲学导论[M]. 李日章,译. 北京:新星出版社,2008:155.

[3] 威廉·布莱克斯通. 英国法释义[M]. 上海:上海人民出版社,2006:56.

[4] 奥斯丁. 法理学的范围[M]. 北京:中国法制出版社,2002.

[5] JAMES DONATO. Dworkin and subjectivity in legal interpretation[J]. Stanford Law Review, 1988(5):40.

[6] H. L. A. 哈特. 法律的概念[M]. 许家馨,李冠宜,译. 北京:法律出版社,2006.

[7] HART. The concept of law [M]. Oxford: Clarendon Press, 1994.

[8] HART. Essays in jurisprudence and philosophy [M]. Oxford: Oxford University Press, 1983:14.

[9] HOLMES O W. The path of the law[J]. Harvard Law Review, 1897(10):457.

[10] 凯尔森. 法与国家的一般理论[M]. 沈宗灵,译. 北京:中国大百科全书出版社,1996:19.

[11] PETER RIESENBERG. Citizenship in western tradition [J]. the university of south Carolina press, 1992:29.

[12] H. L. A. 哈特. 功利主义与自然权利[C]// 法理学与哲学论文集. 北京:法律出版社,2005:210.

[13] H. L. A. 哈特. 在功利与权利之间[C]// 法理学与哲学论文集. 北京:法律出版社,2005.

## On Multi-layer Turnings of Legal Positivism

CHEN Rui<sup>1</sup>, LI Jian-xin<sup>2</sup>

(1. School of Administrative Law Southwest University of

Political Science and Law, Chongqing 400031, P. R. China;

2. Institute of Governance of Law, Nanchang Hangkong University, Nanchang 33000, P. R. China)

**Abstract:** Legal positivism is one of the main legal genres in the 20 century. It can be divided into three phases: scientism (establishing phase), hermeneutics phase (justifying and improving phase) and multi-dual developing phase. There are multi-layer turnings in its developing process, such as: from scientism to hermeneutics, from “the viewpoint of the villain” to “the viewpoint of the good man” and from “obligation-standardized” to “right-standardized”, etc. Although there are so many turning, legal positivism has not been self-destructed.

**Key words:** legal positivism; from scientism to hermeneutics; from “the viewpoint of the villain” to “the viewpoint of the good man”; from “obligation-standardized” to “right-standardized”.

(责任编辑 胡志平)