

第三章 无价值的事实

——传统实证主义

第一节 传统实证主义概述

19 世纪中期,随着自然科学领域取得巨大进步,在西方哲学领域出现了反形而上学的思潮,其中最突出的表现就是实证主义哲学的出现。实证主义反对先验的理论,将哲学研究对象限于经验范围内。法国哲学家奥古斯特·孔德(Auguste Comte)是实证主义哲学的创立者。孔德认为人类精神发展经过神学、形而上学和实证的三个阶段,每一阶段都有相应的观念和社会制度与之对应。受自然科学上实证主义的影响,法律实证主义也反对法学领域的形而上学的思考方式,反对对终极价值的追寻,试图将价值研究排除在法学研究范围之外,将法学研究对象限定为实在法,而实在法主要是指国家制定的法律,正如朱利叶斯·斯通所言:“它仅是对法律术语的分析,对法律命题之间的逻辑关系的考察(法律上的用法常称作‘准则’)。”〔1〕

如果说在传统自然法时期自然法学说认为存在着两套规范体系,即包括作为高级法的自然法和其效力源自自然法的实证法,那么很显然,到了实证主义时期,实证主义法学派认为理所当然只存在一种法律规范体系,即实证法体系。这个体系包括单独法律规范和整个体系,其效力都摆脱了自诩为“高级法”的自然法的授权,其效力不是由于符合绝对的正义。当然如此一来实在法的效力就不再是绝对的,而是具有相对性。凯尔森指出,实在法规范仅仅由于它们是通过一定的方式或由某个人所制定出来的才

〔1〕 Julius Stone, *The Province and Function of Law: Law as Logic, Justice and Social Control*, Cambridge: Massachusetts, 1961, p. 31.

“有效力”，当认为应当遵守君主的命令、议会的决议时，这时，这一君主的命令和议会的决议就成为了法律。其“有效力”的含义是，人们的行为应当符合于它们的要求。自然法规范的绝对效力根源于自然法观念；而实在法规范的效力则源于实在法的观念，其效力是相对的。^{〔1〕} 拉兹也指出，在自然法和法律实证主义的长久以来的争论中，自然法理论认为有效的规则就等同于正当的规则，而法律实证主义认为只要通过了法律体系所设定的检测标准的规则就是有效的规则。^{〔2〕}

源于法律实证主义关于法律效力的相对性，拉兹合乎逻辑地得出：“没有遵守法律的义务”^{〔3〕}。不管是面对恶法还是良法，人们都没有遵守法律的义务。他的理由是，一般认为对法律的不遵守会树立坏的榜样，但普通人的行为对别人的影响微乎其微，而且有很多的违法行为不为人所知，它们不会造成坏的影响。另外，将遵守法律的义务建立在承诺之上也是没有说服力的。普通人在日常生活中并不做这种承诺，而且如果是在受威胁的情况下做出的承诺，也是有违道德的。禁止反言的观点仅对于我的违法行为会对别人的利益产生不利影响的情况下才能站得住脚。但违法行为并不总是影响到他人。因此，并不能总是用这种理由来规劝我遵守法律。还有认为为了避免遭受法律制裁、犯罪或其他的危险，人们有出于谨慎遵守法律的理由。但这种理由既不充分也没有广泛性。如果违法成本不高，人们还是会选择违法。即使是良法也没有遵守它的义务，因为以公开的、可确定的方式为有组织的社会提供某些标准是一种基本的法律技术，它促进社会合作的计划，这是人们遵守法律包括良法的必要性。

关于实证主义法学，英国分析法学家哈特在其《实证主义与法律和道德的分离》的演讲中，归纳出当代法理学中“实证主义”至少有五种意义：第一，将法律视为命令。第二，认为法律跟道德之间不存在必然的联系。第

〔1〕 [奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，430页，北京：中国大百科全书出版社，1996。

〔2〕 Joseph, Raz. *The Authority of Law* Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 150.

〔3〕 Joseph, Raz. *The Authority of Law* Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 233.

三,坚持对法律概念进行实证分析,这种分析不同于历史法学研究和社会法学研究,也不同于对法律的道德评价。第四,认为法律体系是一个逻辑自足的封闭体系。第五,坚持对价值陈述和事实陈述相区分。^{〔1〕}

当然,这是对法律实证主义理论的一般的概括,实际上这是一种非常复杂的理论,试图对其特征进行简单概括的做法并不合适,如格林沃特谈及法律实证主义所说的:“人们最好是预先了解这一概念实际使用上的不一致,而不是简单地贴标签。从最低限度上说,理论学家们在使用这一标签之前,应当非常小心地解释他使用的这一标签的意义。”^{〔2〕}哈特在总结了实证主义的五种意义后,明确地说不能把它们都归结到他自己和大多数实证主义者身上。首先,他批评了奥斯丁的法律命令说;其次,他并没有认为法律就完全是一个自足的、封闭的体系;最后,他并没有将道德绝对地排除在法律的概念分析之外,只是坚持二者的一种可能的联系。

一个基本的共识是,实证主义包括排他的实证主义和包容的实证主义。前者的特征是,在界定法律时将道德因素绝对地排除在外;后者的特征是,在界定法律时,道德只是可能的因素而不是必然的因素。如果以此为标准的话,以边沁和奥斯丁为代表的传统实证主义的突出特征就是其“排他性”,即将道德等价值因素完全排除在法律概念之外。他们以实证主义哲学为理论背景,将法律完全视作事实的存在、经验的对象,它没有理想层面的根由。法律全然只是一种人造物,以强制力附于其上,完成对社会成员的应该做什么、不应该做什么的指令为其实效,这就是法律的效用,就像自然科学研究出来的先进器具的用途在于提高生产、生活的效率一样。因此,如果站在拉德布鲁赫的三元主义视角上看,传统实证主义法学的维度即是无价值的事实。

〔1〕 H. L. A. Hart, “Positivism and Separation of Law and Morals” 71 *Harvard Law Review*, 601-602(1958).

〔2〕 R. George, ed., *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1996. p. 19. 转引自 W. J. 瓦卢绍:《法律实证主义的多面性》,载陈锐编译:《法律实证主义:思想与文本》,42页,北京:清华大学出版社,2008。

第二节 从边沁和奥斯丁的论述看传统 实证主义作为无价值的事实

一、边沁：区分法律的应然和实然

杰里米·边沁(Jeremy Bentham)和约翰·奥斯丁(John Austin)是实证主义法学的奠基人。边沁是功利主义创始人,哈特曾指出“三种学说构成了法理学上功利主义的传统”^{〔1〕}:功利主义法学坚持法律与道德的区分,功利主义法学对法律概念进行纯粹分析研究,功利主义法学认为法律主要是一种命令。作为功利主义法学的重要代表人物,边沁对传统自然权利学说提出了尖锐的批评。哈特曾指出,边沁对自然权利学说的批评主要有两点,第一,说自然权利不是由实在法创设的是一种矛盾的说法,边沁认为所有的权利包括自然权利都只能由实在法确立。第二,自然权利的概念或者因为跟国家权力不一致因而会引起无政府主义的倾向,或者根本就是毫无意义的。^{〔2〕}边沁将法学区分为“立法学”和“法理学”,他说法学的功用在于阐述法律的现实和目标。前者是阐述性法学,后者是立法学。后来奥斯丁对法理学范围的确定正渊源于“法律是什么”和“法律应当是什么”的区分。而奥斯丁的“法律是主权者的命令”的法律定义也可以在边沁的著作中找到,在其生前没有发表的、作为《道德与立法原理导论》的续篇的《论一般法律》中,边沁将法律定义为主权者的意志符号的集合。^{〔3〕}韦恩·莫里森认为边沁的功利主义法学体现的是“古典法律实证主义”的乐观主义结构,其主旨是使新的法律科学和改革有助于创造现代有序社会。^{〔4〕}哈特

〔1〕 H. L. A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, Harvard Law Review, 71(4), 1958, p. 601.

〔2〕 参见[英]H. L. A. 哈特:《法理学与哲学论文集》,支振锋译,200页,北京:法律出版社,2005。

〔3〕 [英]杰里米·边沁:《论一般法律》,毛国权译,1页,上海:三联书店,2008。

〔4〕 参见[英]韦恩·莫里森:《法理学——从古希腊到后现代》,李桂林、李清伟、侯健、郑云瑞译,199页,武汉:武汉大学出版社,2003。

在其所著的《论边沁文集》里曾对边沁的《论一般法律》赞许道：“它的原创性和力量毫无疑问使得它成为了边沁对分析法理学的最大的贡献，而且我认为，这一点是清楚的，假如它在他在世时出版，是它，而不是后来的奥斯丁的明显非原创的作品，统治英国法理学，那样，分析法理学不仅在英国，会得到更迅速的发展，而且比在边沁时代以更富创造性的方式向新的方向拓展。”〔1〕而且哈特认为边沁不同于奥斯丁因而使他成为一位如此有意思的法哲学家的地方在于“他是考察法律结构的新形式的发明者，而且他使他的考察的方法和逻辑清晰明了，且以一种别人在这些主题上没有过的方式做到这一点。”〔2〕

可以看出，边沁的法律理论的核心在于将“法律应该是怎样的”这个问题从法学研究当中驱逐出去，也就是在法学研究中排除掉价值判断，只如其所是地研究已经制定出来的法律。也许在边沁看来，思考法律的好坏、法律的价值，那是在社会秩序还没有确立之时，立法者为了创立一个良好的社会制度所需要考虑的事情，在社会制度已经稳固之时，法学家们所要做的事情就只是研究怎样完善已经制定出来的法律，怎样运用已经制定出来的法律来管理这个社会，此时，法外的价值因素应当不在考虑范围之内。

二、奥斯丁：法律是主权者的命令

英国曼彻斯特大学法学教授尼尔·达克斯伯里说，从1832年奥斯丁以法理学教授身份从伦敦大学学院退休到1952年哈特被任命为牛津大学教授期间，英国法理学领域没有发生任何重大变化。〔3〕在英国法理学领域，从19世纪中期到20世纪中期这一个世纪是奥斯丁的世纪。奥斯丁将其学术生涯的任务确定为划分法理学的范围，他认为，制定法是法理学的

〔1〕 H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Oxford University Press, 1982, p. 108.

〔2〕 H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Oxford University Press, 1982, p. 109.

〔3〕 参见[英]尼尔·达克斯伯里：《奥斯丁与哈特之间的英国法理学》，载陈锐编译：《法律实证主义：从奥斯丁到哈特》，1页，北京：清华大学出版社，2010。

唯一对象,且不论其好坏,用边沁的话说就是,法理学是确定法律是怎样的,是阐述性法学。而确定法律应当怎样的审查性法学或曰立法艺术是立法科学,它是伦理学的一部分,法理学的目的是如其所是地阐释制定法是怎样的,而不问其价值。基于这种对法理学范围的明确划分,奥斯丁认为法律的本质是主权者的命令,他说准确意义上的法律就是人类的命令。^{〔1〕}为了清楚阐明其所认为的准确的法律的本质特征,奥斯丁区分了四种意义上的法律:神法、人定法、社会道德规则和比喻意义上的法。神法是上帝为人类制定的法律,其实就是传统自然法。人类法即实在法是一个主权国家制定的法律,这是奥斯丁所认为的最准确意义上的法律。道德法不是严格意义的法,只是存在于不特定群体、由一般舆论设定或强制实施的法,如尊严法、礼仪法和国际法。隐喻意义上的法是由于人们并非十分贴切的类比式的修辞而冠之以“法”的名称。在这四类法中,最准确意义上的法只有实在法,而为了说明实在法的特征,必须理解主权的含义。奥斯丁考察主权的含义,目的就在于界定法理学的范围,划分法理学和其他邻近学科的界限。主权的特征是,特定社会的群体习惯服从或隶属一个特定或一般的优势者,而这样的优势者并不习惯服从其他特定社会的优势者。^{〔2〕}只有这样的主权者发布的命令才是准确意义上的法律。奥斯丁将法理学的范围限定为实在法,精心构筑法律的概念和范畴,所以,对法律概念的实证分析成了奥斯丁法理学的主题。尼尔·达克斯伯里认为奥斯丁的法理学视角褊狭,甚至有些评论者完全否定奥斯丁的著作。关于奥斯丁的主权观点,梅因评价道:“奥斯丁式的主权观点……是通过抛弃政府与社会的所有(除了一个)特点与属性而得到的,并通过所有的政治上处于优势地位者共同拥有的武力而将它们结合起来……在每一个社会里,是历史及历史先辈的整个集合决定了主权者应当如何行使(或者如何不行使)其不可抗拒的强制

〔1〕 [英]约翰·奥斯丁:《法理学的范围》,刘星译,17页,北京:中国法制出版社,2002。

〔2〕 参见[英]约翰·奥斯丁:《法理学的范围》,刘星译,219页,北京:中国法制出版社,2002。

力。构成这些的所有东西……都被分析法学家们抛弃了。”^{〔1〕}韦恩·莫里森总结了后人对奥斯丁的评价,对奥斯丁的评论通常有三:首先,奥斯丁将法律限定为主权者的命令也许过于狭隘,但他的研究方法却是有启发意义的。其次,他精细刻画了法学的一些基本术语,这开辟了价值分析之外的路径。最后,自从哈特的《法律的概念》发表以来,人们习惯于拿哈特的说词来批评奥斯丁的理论,认为他的理论因简陋而过时。^{〔2〕}但韦恩·莫里森认为对奥斯丁的传统解释是没有生命力的。他指出,奥斯丁的概念是广泛复合体的组成部分,奥斯丁使用了主权者、命令、制裁、习惯性服从等术语来把握复杂社会现象,奥斯丁对他的概念的全部讨论都受到社会现实的检验。

跟其先驱边沁相似,奥斯丁不满意充满主观色彩的价值干扰了作为科学的法学研究,它不需要也不允许人们去争论它的好坏、对错,因为它是主权者的命令,虽然奥斯丁没有如后来的拉兹那样明确地宣称法律的权威,但是,法律作为主权者的命令,是不言而喻地只要求服从和执行,而容不得讨论、抗议,而讨论、抗议明显都是从个人主观的价值判断出发的结果。而法律作为主权者的命令是断然否定这些的。因此,从法律作为主权者的命令出发,得出的唯一结论只能是法律与价值无涉。它只是事实——主权者发出了命令这个事实。

综上所述,从边沁和奥斯丁的理论,可以窥见传统实证主义的显著特征,即跟自然科学一样,法律需要的是客观的实证性。在概念上法律跟价值没有任何联系,所以可以认定这种实证主义为“排他的实证主义”。只有这样才能保证法律作为有效管理复杂的人类社会的利器。言人人殊,如果人人都从自己的主观价值判断出发,七嘴八舌地对法律进行非议,岂不天下大乱?法律制定出来的初衷就是以自身的权威来定分止争,岂容社会个

〔1〕 Henry Summer Maine, *Lectures on the early History of Institutions*, London: Murray, 1875, pp. 359-360. 转引自[英]约翰·奥斯丁:《法理学的范围》,刘星译,14~15页,北京:中国法制出版社,2002。

〔2〕 [英]韦恩·莫里森:《法理学——从古希腊到后现代》,李桂林、李清伟、侯健、郑瑞云译,231~232页,武汉:武汉大学出版社,2003。

体对其价值说三道四？因此，法律的本质特征是，跟价值无涉的有权威的事实。

如果跳出实证主义和非实证主义的争论，从19世纪之前的传统自然法到这之后的法律实证主义的变迁来看，其实也是人类法律思想的侧重点的转变。而这种转变可以尝试从汉语“法律”一词的语义学的“偏义复指”角度阐释。当然，“法律”一词是汉语独有的词汇，但众所周知，英语、法语、德语等重要语种都分别有单词对应汉语的“法”与“律”。比如英语有law对应“律”，right对应“法”，而德语Recht一词本身就包含“法”与“律”两层含义。

偏义复指是汉语的一种语法现象，偏义复词是汉语复合词的一种。王力在其所著《古代汉语》中指出，偏义复词“是由两个单音近义词组成，其中一个词素的本来意义成为这个复音词的意义，另一个词素作为陪衬。”^{〔1〕}偏义复指顾名思义就是指在偏义复词中意义指向其中的一个词，另一个只起陪衬作用。但偏义复词的论者大都认为偏义复词的词义只偏向其中的一个，而不会偏向另一个。其实不然，有些偏义复词在不同的语境中偏向不同的词义，“好歹”就是一个极好的例子。例如这句话：“你真是不识好歹”，其意思是：“你不知道我对你的好”，词义偏指“好”；而“万一有个好歹该怎么办”这句的意思是，“万一出现不好的情况该怎么办”，词义明显偏指“歹”。对偏义复指来说，最重要的是其所适用的语境，“好歹”一词正是在不同的语境中偏指不同的词素。

笔者认为，“法律”一词正可作如是解，即“法律”一词由两个单音近义词素组成，在不同的时期和不同的语境中，突出一个词素的意义，而另一个词素作为陪衬，也即，“法律”这个复词在不同的时期强调其中的“法”或“律”，而不是同时强调“法”和“律”二者，这就是“法律”的偏义复指。西方法学思想史上自然法跟法律实证主义的争论其实完全可以“法律”的偏义复指作解。无论中西，不同的语言在法律思想方面都包含“法”与“律”两种

〔1〕 王力：《古代汉语》，90页，北京：中华书局，2000。

含义。“‘法’字作‘灋’，其中‘廌’最早见于甲骨文，而后在西周青铜器铭（金）文中，出现了‘灋’这个字。据《说文解字·廌部》，‘灋，刑也，平之如水，从水。廌，所以触不直者去之，从去……’”〔1〕法在这个意义上有公平正直之意。“根据《说文解字》，‘律’由彳与聿构成，彳指道路，而甲骨文中‘聿’……取象形为手握笔在器物上刻画符号的形状，引申为别异，有界限、行列、规范、准绳、不变诸义的意思。”〔2〕同时，清段玉裁《说文解字注》云：“‘律者，所以范天下之不一而归于一，故曰均布也’……管子言：‘律者，所以定分止争也。’所以，在字义上，‘律’比‘法’更具有强制规范社会行为于一的意义。”〔3〕

从自然法到法律实证主义的变迁，从强调法律的公平正义到强调法律的权威性和强制性，体现的是“法律”一词对“法”与“律”的不同侧重。传统自然法跟传统法律实证主义的争论正是法律一词的偏义复指的历史表现。强调这一点，是为了表明，在西方法律思想史上，也许自然法理论无意否定实证法的权威，而后来兴起的法律实证主义也不是要否定法律的道德价值，它只是为了更好地“科学”地分析法律本身。也许我们可以借用现象学的“悬置”这一术语说，传统自然法和传统实证主义只是分别将法律的事实维度和道德维度存而不论。但这样言说，又不是要表明实证主义和非实证主义的争论毫无意义。众所周知，今天二者争论的核心主要围绕法与道德的关系展开，这其中就有一个重要而复杂的问题，即仅仅强调“法”或“律”够不够的问题，还有就是打通“法”与“律”之间的阻隔的问题，这就是拉德布鲁赫法理论要解决的问题。

拉德布鲁赫曾对在他的时代兴盛的法律实证主义批评道，对于今天自我封闭的时代的实用主义和实证主义法哲学来说，没有什么比事实更有特

〔1〕 徐振雄：《从中文“法”与“律”的字义探析西方“法与权利”、法学与法理学的翻译及其意涵问题》，载《东海大学法学研究》，2009（6）。

〔2〕 徐振雄：《从中文“法”与“律”的字义探析西方“法与权利”、法学与法理学的翻译及其意涵问题》，载《东海大学法学研究》，2009（6）。

〔3〕 徐振雄：《从中文“法”与“律”的字义探析西方“法与权利”、法学与法理学的翻译及其意涵问题》，载《东海大学法学研究》，2009（6）。

点。认为它能消除正义思想,认为对于法的合目的性和法律义务的合法性至多为了记忆的缘故作为另一名称应该保留正义一词。^{〔1〕}同时,拉德布鲁赫对他之前的自然法批评说,自然法学说认为,质料对理念的抵抗等于零。法的质料将从理念那里完全消失。它不是将确定的、历史的情境,而是将自然状态视为法理念的内容,将这些自然状态不是描述成社会关系,而是非社会的个别的相互关系,在这些个别性之间,不受既存公共社会关系的阻碍,引发私人之间的社会关系首先还得依赖法理念。因为自然法学说不了解历史的或社会的质料的抵抗,所以它否认法理念的变迁,这种变迁只能源自质料的、实在的因素,而不是完全空洞的、因而完全一般的纯形式,自然法学说坚持一种永恒的、处处相同的法理念。^{〔2〕}从拉德布鲁赫对传统自然法和传统实证主义的批评可以看出,他认为传统自然法囿于价值一维,一味地排斥具体社会和历史内容,一成不变,因而实际上成了一种僵化的教条。与此同时,实证主义又将自己锁在制定法的框框里,只识法律上的权利和义务,因而在法律概念中完全排除了价值因素。因此,他在其伟大的著作《法哲学》里,开篇就提出了“涉及价值的事实”的立场,以此将他的法理论跟传统自然法和传统法实证主义鲜明地区别开来。

〔1〕 Gustav Radbruch, “Die Problem der Rechtsidee”, in Gustav Radbruch, *Gesamtausgabe*, von Arthur Kaufmann, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1993, Bd. 2, S. 460.

〔2〕 Gustav Radbruch, “Rechtsidee und Rechtsstoff. Eine Skizze”, in Gustav Radbruch, *Gesamtausgabe*, von Arthur Kaufmann, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1993, Bd. 2, S. 454.