

法律是什么

20世纪英美法理学

批判阅读

刘星 著

增订版

版权信息

图书在版编目（CIP）数据

法律是什么：20 世纪英美法理学批判阅读 / 刘星著. — 增订本. — 桂林：广西师范大学出版社，2019.6 ISBN 978-7-5598-1788-4

I. ①法... II. ①刘... III. ①法理学—研究—西方国家IV. ①D90

中国版本图书馆CIP 数据核字（2019）第095553 号

广西师范大学出版社出版发行（ 广西桂林市中华路22号 邮政编码：541001 ）

出版人：张艺兵

全国新华书店经销

开本：880 mm × 1 240 mm 1/32

印张：12.25 字数：250 千字

2019 年6 月第1 版2019 年6 月第1 次印刷

定价：58.00元

目 录

[版权信息](#)

[增订平装版序](#)

[修订版序](#)

[再版小序](#)

[初版序言](#)

[引言](#)

[第一章 实际存在的法律命令](#)

[一、法律是一种命令](#)

[001 命令、义务和制裁](#)

[002 历史中的法律](#)

[003 法律的连续性](#)

[004 对立法者的法律约束·法律制裁](#)

[005 法律的自愿内容](#)

[006 积极义务和消极义务](#)

[007 主权者和强暴者](#)

[二、区分实然法律和应然法律](#)

[008 法律的存在与功过](#)

[009 实证观念](#)

[010 自然法观念](#)

[011 实证法律观念的实践理由](#)

[三、作为科学研究对象的法律](#)

[012 法律科学](#)

[013 经验分析](#)

[014 如何确定“法律制度”？](#)

[015 法律结构、特征和概念的一般分析的实践意义](#)

四、小结

第二章 行动中的法律

一、疑难案件

016 疑难案件的特征及原因

017 疑难案件中的法律推论

018 法院判决的最终性

二、法律与法律的渊源

019 法律适用者的解释即为法律

020 法律的渊源（sources）

021 法律适用者解释的效力

022 法律规则和法律的具体判决

三、法律是一种预测

023 “律师”的预测

024 坏人的视角

025 预测的约束作用

026 好人·法官·预测

四、行动中的法律

027 虚构的法律规则

028 作为具体判决的法律

029 行动中的法律及其不确定性

030 疑难案件与法律适用者的复杂推论

031 法律适用者的态度

032 法律适用者的推论与法律规则

033 具体判决·强制·法律规则

034 法律具体判决的最终性

035 法律的阅读与理解

五、实用主义精神

036 法律与社会的需要

[037 实用主义和法律的正当性](#)

[六、作为一种没有“规则”内容的社会现象的法律](#)

[038 实然与应然·法律社会学](#)

[039 内容不确定的法律知识](#)

[七、小结](#)

[第三章 官员统一实践中的法律](#)

[一、规则的内在方面](#)

[040 习惯行为模式·规则行为模式·被迫行为模式](#)

[041 规则的内在方面和规则的存在](#)

[042 内在方面·法律权利·积极义务·法律规则](#)

[043 对待规则态度的种类](#)

[044 内在方面与义务](#)

[045 义务与规则](#)

[二、次要规则](#)

[046 法律规则的种类](#)

[047 三种次要授权规则](#)

[048 承认规则的作用及其存在方式](#)

[049 次要规则的法理学意义](#)

[050 承认规则与法律性质（或效力）的来源](#)

[051 区别法律制度与其他社会制度的要素](#)

[052 法律适用者的实践与承认规则](#)

[053 制定法及判例中蕴含的原则、政策及政治道德准则的形成机制及运用·承认规则](#)

[054 法律的存在与官员](#)

[三、规则的确定性与模糊性](#)

[055 意思中心与开放结构](#)

[056 规则的确定性与模糊性](#)

[057 “意思中心”·规则的存在·法律的客观性和普遍性](#)

[058 “意思中心”与法律适用者的争议](#)

[四、法律与道德的分野](#)

[059 最低限度内容的自然法](#)

[060 广义的法律观念和狭义的法律观念](#)

[061 法律与道德在事实上和概念上的联系](#)

[062 道德选择的困境与两种法律观念](#)

[063 法律理论的研究](#)

[五、法学是一种客观的法律知识](#)

[064 日常语言的正常用法](#)

[065 “出处”“形式”“结构”“目的”](#)

[六、小结](#)

[第四章 解释性质的法律](#)

[一、“理论争论”](#)

[066 法官的不同意见](#)

[067 “理论争论”](#)

[068 “理论争论”的法理学问题](#)

[069 “理论争论”存在的实践前提](#)

[070 “理论争论”·识别功能的标准·日常语言的正常用法](#)

[071 “隐含法律”的特点及理论渊源](#)

[072 “隐含法律”概念的功效](#)

[073 隐含法律·法律的确定性和可预测性](#)

[074 隐含法律·法治·正当性](#)

[075 隐含法律·法律的矛盾·唯一正确的法律答案](#)

[076 隐含法律存在的理论根据](#)

[077 隐含法律存在的现实根据](#)

[078 “理论争论”表现的是“实然”还是“应然”?](#)

[079 理论争论与疑难案件](#)

[二、法律的解释性质](#)

[080 解释的微观形态](#)

[081 解释的宏观形态](#)

[082 解释的历史形态](#)

[083 法律的解释性质](#)

[084 “解释”概念的作用](#)

[085 解释·法官的义务·法律性质（或法律效力）的来源](#)

[086 前解释阶段·法律的一般性质和结构](#)

[087 解释的确证·恶法](#)

[088 解释的概念·法律的概念](#)

[089 法律·解释者](#)

[三、内在参与者的观点](#)

[090 实践中的一般理论和理论中的一般理论的同—性](#)

[091 _____ 一般法律概念理论的“描述性”（descriptive）与“规范性”（normative）](#)

[092 内在参与者的观点](#)

[093 内在参与者观点的意义及理由](#)

[094 内在参与者的观点·外在观察者的观点](#)

[四、唯一正确的法律答案](#)

[095 外在观察者和内在参与者眼睛中的“主观性与客观性”](#)

[096 能否获得唯一正确的法律答案](#)

[五、小结](#)

[第五章 意识形态中的法律](#)

[一、法律形式的内在矛盾](#)

[097 两种形式的内在矛盾](#)

[098 分析法律形式内在矛盾的目的](#)

[099 观察法律的姿态](#)

[二、法律原则的内在矛盾](#)

[100 原则的冲突](#)

[101 法律原则的矛盾·法律原则的统一·法律原则的互补](#)

[三、法律外在观察者的“解构阅读”](#)

[102 法律本文本身无意义](#)

[103 外在“解构阅读”的目的·开放结构](#)

[104 解构语言学·交流的意义·解释共同体](#)

[四、法律内在参与者的“解构阅读”](#)

[105 “法理迷津”](#)

[106 内在解构阅读·法官的责任姿态](#)

[五、法律与意识形态](#)

[107 法律政治学](#)

[108 意识形态的概念](#)

[109 意识形态·法律的多元化](#)

[110 意识形态·统治者意志](#)

[111 意识形态与边缘话语](#)

[112 法律的多元化·法治](#)

[113 意识形态·法律知识·法律理论的视角·法律与政治](#)

[六、小结](#)

[第六章 作为地方性知识的法律](#)

[一、法律实践主体的“消亡”](#)

[114 法律实践者所说的“我们”](#)

[115 “主体”（如“我”“我们”）观念的实际构成](#)

[116 主体“消亡”论的理论来源](#)

[117 主体提出的“理论”的实质](#)

[118 知识进步·知识异同·主体存在](#)

[119 道德判断·主体存在](#)

[二、法律知识的“地方性”](#)

[120 法律知识的“地方性”（local）](#)

[121 后现代社会·权力 / 知识·话语·逻辑中心的解构](#)

[122 法律的地方性·法律的不确定性](#)

[123 “地方性”法律知识·法律的权威·自我解构](#)

[124 后现代认同·姿态选择](#)

[125 法律政治学·统治阶层的“霸权”](#)

[三、小结](#)

[第七章 需求对话中的法律](#)

[一、对话中的法律客观性](#)

[126 主体性的信念](#)

[127 对话的客观性](#)

[128 对话客观性的获得](#)

[129 相互对话的法律实践者和自我确证的法律实践者](#)

[130 科学中的标准与政治中的标准](#)

[131 对话客观性的可能性](#)

[二、效果中的法律](#)

[132 普遍原则指导·效果探索尝试](#)

[133 法律实践效果的思考·工具主义](#)

[134 实际效果·道德是非](#)

[三、需求语境中的法律](#)

[135 语境中的衡量](#)

[136 一般约束的思考和具体需求的语境思考](#)

[137 知识的语境与价值的语境](#)

[138 需求语境论的实用主义和基础中心论的实用主义](#)

[139 需求语境论和原则统一论](#)

[140 需求语境的“理性”·绝对怀疑论与相对怀疑论·法治](#)

[141 需求语境中的法律知识·“邪恶要求”和“恶法”·法律简明适用过程](#)

[四、小结](#)

[结语](#)

[参引文献](#)

初版后记

增订平装版序

距离本书在中国政法大学出版社《中青年法学文库》出版，近二十年过去了。回头再看，本书意义并未消失。当年本书的写作，几乎完全是在原典文献基础上梳理辨析，故定格在了“20世纪”这个时间概念上。进入21世纪，可能需要新的写作视野和境界。但目前看，尽管英语国家的学者著述层出不穷，思想的某些初始源泉和基本动力依然带有浓重的“20世纪”印记，而且许多20世纪即被人们关注和记忆的学者，还在努力。依此而言，本书的写作预期或许还有连续性。

本次平装版，再次修订了一些内容，订正了讹误。

本次出版，要感谢广西师范大学出版社的支持。当然，也特别希望读者能够继续批评指正。

刘 星

2017年冬于北京

修订版序

本书曾在广州、北京出版，是十年前的事情了。十年前已为上世纪，而本书正是对上世纪——20世纪——英美法理学的一个扼要研究。现对修订版做些说明。

此次修订，主要是技术处理，使其规范和现在的要求相符。对于行文内容和文献参考大致不做调整。所以大致保留了原有的行文内容和参考文献，特别是前者，首先是因为，写作的当时信息情境需要保留下来，那时的感受、感觉、感悟等完全属于那时的“当下”，维护写作者和被写者的对应关系是有意义的，而意义则在于“也许能够尽力反映其时的知识状态”。用现在的眼光描述过去，我们通常不会否认，总是等于在讲述今天的知识故事。也是因此，保留过去的知识状态是为了清晰地理解现在的知识状态与过去存在的差异。对于法律、法学行业来说，由此我们可以知道法律理解、法学认识等是如何“历史的”“情境的”，而非永恒不变的，同时不可能、不需要是永恒不变的。换言之，当时的知识理解和现在同样重要，这使我们得以追问：为何对于法律法学而言可以甚至应当产生不同的知识理解？

大致保留原有的行文内容和参考文献，特别是后者，其次是因为，一些作为被写者的思想家进入新的世纪，修正了原有的思考，但修正后的新思考尽管十分重要而且十分可贵，尽管呈现了新的洞见，依然是跨出了 20世纪的。本书写作目标不是反映现实个人甚至某些群体的思想的演化路线，而是反映话语整体的思想的互动踪迹，并且是一个特定世纪内部的互动踪迹。将个人甚至某些群体做必要的历史定格、历史限制，对于思考法律话语的特定的“整体时代”颇为有益。何况个人甚至某些群体当时的思想，本身就是其时代整体话语的一个组成部分。这意味

着，研究个人以及某些群体的思想的演化路线，是另外的写作策略，与本书存有不同。

本书的问题起点、思考缘由、运作设想，《初版序言》《再版小序》《初版后记》中均有交代。

对于本版，要感谢法律出版社，特别是该社刘彦泮编辑，在殊为重视经济效益的今天，出版纯粹学术著作是有风险的，多少有些使人踌躇，但她选择了支持。当然，学术著作——特别是人文社会科学的著作——也应可读，调动翻阅兴趣，否则意义又是有疑问的。就此而言，依本书的过去表现，希望并且相信本书不会令人过于失望。

作 者

2008年冬于北京

再版小序

我总以为，从当下人们习以为常的话语出发，通过不断地循序渐进地爬梳整理分析剥离，自然而然导向一个新结论或新话语的起点，这，应为一本书的上乘境界。今日提起此点，既是本人自勉的许久期待，也是对《出版序言》中想法的一个补充。至于本书是否做到了，不敢夸口妄言。

1997年 5月本书初次出版于广州。时隔一年，在北京再版了。这要特别感谢北京大学法律系贺卫方君和中国政法大学出版社丁小宣君的鼎力相助。中国政法大学是我的母校，十年前的三载研究生生活，历历在目。十年后，以一种特别方式——出版著述——重返母校，别有一番感慨，这或许是那三载结下的永久之缘。另外，要感谢北京大学法律系沈宗灵教授。当年，作为中国政法大学研究生院兼职教授，沈老师指导了我的学位论文。其为人学，使我获益匪浅，更使我终生不能忘却这句话：学无止境。依次来说，本书既是一个过去的小结，又是一个未来的开始。

作 者

1998年春于广州

初版序言

阅读者，总是在特定语境中和特定知识状态中进入阅读的，因此，任何一种阅读都是批判（或批评）式的阅读。

当下，国内“阅读”西方法理学（包括英美法理学）的作品已不鲜见。然而，其似乎仍然存在着两个缺憾。透过作者的“视域”再去阅读西方法理学时，一般读者，总会发觉其中的学说理论实在难以理解。为什么西方学者会如此思考法律？为什么在一般读者看来“如此简单”的问题，如“法律是什么”，在他们那里会有“如此复杂”的论说？换言之，中国语境的一般读者，似乎很难在作者的“视域”中进入西方法理学的语境。这是其一。其二，与这一问题密切相联系，一般读者，似乎很难在阅读时展开学理的批评对话。即使有时知道西方学者的许多理论，但仍然无法像在中国语境中相互论辩那样，与之进行学理的较量。作者的“阅读”，时常是学说的“评介”，而“评介”总是缺乏理由的挖掘、理由的分析、理由的对话引导。这自然易使一般读者知其然而不知其所以然，无法进入更深的批评。

本书尝试弥补这两个缺憾。

语境的“融合”，是首要的问题。在本书中，作者将努力使一般读者在自己的“知识状态”下进入英美法理学的语境。一般读者，总会对“法律是什么”有大致的观念，幸运的是，本书作者与一般读者具有同样的“知识状态”，这使作者与读者共同走进他人语境得以可能。更为幸运的是，20世纪英美法理学的发轫点，正与我们的大致观念有着对应关系。当以本书方式进入英美法理学时，一般读者或许会理解，为什么他人会有“如此复杂”的论说。另一方面，本书作者以为，批判阅读的刺激

源可能正在于首先对自己接受的观念产生疑问。在进入语境，同时对自己的观念开始反省的情况下，才会更有动力找寻、挖掘他人成说的理由。依此，本书将时常进行这样的反省。

20世纪英美法理学的各种理论，都有本身的学理根据。它们之间的不同或争论，与其说是观点设想的交锋，不如说是学理根据的对抗。就此而论，真正的批判阅读，应该是理由层面上的追寻与辩驳。理由的分析与把握，可使阅读不仅知其然，知其所以然，而且更为重要的是，在明晰理解的基础上进行深层次的“交往与对话”。本书作者，试图在这一层面上梳理 20世纪英美法理学，让不同的学理根据呈现、交流，让读者的批判阅读在这一层面上展开、深入。

这一尝试是否有益是否成功，有待读者的评判了。

作 者

1997年冬于美国俄亥俄州哥伦布

引 言

时间是什么？如果无人问我则我知道，如果我欲对发问者说明则我不知道。

——圣奥古斯丁

毋庸置疑，法律，在现代生活中对于人们颇为重要。如果想使实施的社会行为具有意义，即实现自己预设的目的，那么，便应知道有关的“法律”，该“法律”的效力，以及在何时何种权威机关会依据该“法律”施加具体的物化影响。而要明晰并解决这些具体问题，显然，便应知道法律是什么。

一

如果A在一起车祸中将B撞成轻伤，B试图通过法律解决赔偿问题，B将如何寻找法律？怎样确定自己的权利和A的义务？常识观念以为，可以查询国家立法机关制定的已经文字化的明确规则，如交通法规或民事法规，如果在英美国家，除法规之外可以查找以往法院判例中的明确规则。如果A与B因合同是否已完全履行而发生纠纷，A也试图通过法律确定双方的权利和义务，或要求B全面履行合同，则A同样可以像前例中B那样进行查询。当然，前一例的B和最后一例的A，都可以咨询律师、法官、公证员或法律教师，问他们法律是什么，自己权利义务是什么。通常而言，虽然这些法律专业人士查找法律的速度较为快些，范围较为广些，但其同样会在大致相同的范围内寻找法律。

常识观念是一种白纸黑字式的观念：法律，就在立法机关或法院这些权威机构宣布的正式文件书本之中。而且，它暗含了这样一种思想：

人们在查找法律时心中都可以存在一把尺子或者一个标准，用其来衡量哪些规则是法律，哪些不是。在社会中存在着道德规则、宗教规则、体育规则、礼仪规则……前例 B、后例 A 以及一般法律专业人士，都可以不在其中寻找法律，他们心中都可以依据“尺子”或“标准”衡量这些规则，并可以发现它们不符合“法律的”要求。

在抽象的法律理论中，“尺子”或“标准”表现为法律的概念或定义。常识观念相信，如果形成了一个法律的概念，那么，根据这个概念的内涵与外延便可以形成“尺子”或“标准”，以在实践中确定什么是法律。这种尺子或标准就像一条分界线，可以将所有称之为“法律”的划在一边，将不称作“法律”的划在另一边。

19世纪末 20世纪初，这种常识观念在英美法律理论中颇为流行。即使是今天，仍有人坚持这样的观念。

可以看出，常识观点以为，作为法律的概念或定义，法律，就是国家权威机关制定及认可的以文字方式表现的明确行为规范；其实施依赖社会统治集团的强制力作为后盾。根据常识观点，至少可做如下推论：

（1）法律是统治者或国家制定及认可的行为规范并以强制力保证其实施，因此，法律的实施机构（适用机构），在法律实践中便必须执行法律，换言之，执行法律是这些机构不能推脱的硬性义务；（2）法律的定义是如此，因此，在法律实践中便可以将此定义作为确定法律是什么的标准，并用其区分法律规范和非法律规范。在前面的例子中，前一例的 B 和后一例的 A，都有权利要求法律适用机构即法院必须执行正式文件中规定的行为规范，法院也必须将此视为自己的义务。在前一例中，法院应当判决肇事者负赔偿责任；在后一例中，如果的确存在合同违约方，法院就应判决违约方承担违约责任。而且，无论是案件当事人还是法院，都可以根据上述定义确定法律是什么，确定具体的法律权利义务是什么，并使其区别于道德、宗教等其他种类的规则、权利和义务。

一般而言，如果这种观点在解决具体法律实践问题时，具有相当程度的可操作性，而且在理论上不存在极难克服的论证困难，那么，对其怀疑甚至批驳则是不恰当的。但是，常识观点真能如此吗？

二

1889年，美国纽约州法院审理了著名的里格斯诉帕尔玛（*Riggs v. Palmer*）案。在该案中，A是B所立遗嘱中指定的遗产继承人，A为防止B改变遗嘱，将B杀害。当时，纽约州法律并未规定如果继承人为谋遗产故意杀害被继承人，则继承人丧失继承权。这样，法院颇感为难。经过慎重思考，法院最终并未执行法律字面上的明确规定，而是从普通法的众多前例中，推演出一个法律原则，即不应容许以欺诈行为或犯罪行为而获得利益，从而判决A不能获得B的遗产。法院认为，任何法律规定及契约不能与普通法的原则相抵触。^[1]

1892年，在英国上议院的一个前例中，A以几张票据作抵押向货币兑换商B借款，B遂用这几张票据向银行获得金额超过借出款额的贷款。后B宣告破产，A便向银行索要票据。上议院判决索要合理，理由是银行应当审核兑换商的财力。但在三年后发生的类似案件中，C以几张票据作抵押向股票经纪人D借款，D则以这几张票据向银行抵押贷款。不久D破产，银行遂拒绝退还票据给C。而上议院基于某种情理考虑判决C败诉，表面理由是：在后案中向银行提供票据作抵押的是股票经纪人；银行一般应对兑换商进行审核，对股票经纪人则不一定存在这个问题；股票经纪人不属于前例中判决根据范围涉及的对象。^[2]

1892年，美国联邦最高法院，在审理圣三一教会（*Church of the Holy Trinity v. United States*）案中同样采取了灵活适用法律明确规定的方法。在该案中，美国一个教会同英国一名牧师签订了一份有关牧师前来美国出任教长和牧师的合同。美国1885年的一项制定法规定，禁止用在外国人尚未移居美国之前缔结劳务合同的手段，鼓励外国人移居美

国，但有关外国职业艺术家、演讲学者、歌唱家和家庭仆人的合作除外。这项规定但书部分未提到有关牧师的合作。于是，政府决定对教会予以罚款。然而，最高法院认为，根据可利用的立法资料可以看出，该法立法意图在于对从国外引入廉价的无技能的劳力加以限制，从而判决该教会不应受到处罚。^[3]

可以认为，从古至今，适用或执行法律的权威机构在特定的环境中，都出现过背离法律明确规定的情形。而且，这种情形将来可能继续出现。

面对这种现实，人们似乎可以向常识观念提出两个问题：（1）既然适用或执行法律的明确规定是硬性的法律义务，为什么法院及其他法律机构有时会不履行这种义务？（2）既然法律是一种明确的规则，为什么在上述这类案件中，法官好像无法甚至不愿运用常识观点给出的“标准”来区别法律规范与非法律规范？在里格斯诉帕尔玛案中，法官似乎并不认为法律仅仅限于法律的明确规定，并不用常识观点来断定法律明确规定中体现的原则是否属于法律的一部分。在圣三一教会案中，法院认为法律明确规定之外的其他一些立法资料也是法律的一部分，并不像常识观点认为的那样否认这部分资料。

当然，常识观点可以这样认为：在里格斯诉帕尔玛和圣三一教会案中，法院的做法可能是不对的，因为，法院的义务在于严格依照法律的明确规定解决纠纷，如果法院另行其道，那是因为法院自己抱有不正确的法律观念。但是，在里格斯诉帕尔玛和圣三一教会案中，法院并不认为自己的行为超越了法律规定的义务，它认为，运用法律明确规定中蕴含的原则，运用与法律明确规定有关的立法资料，同样是运用法律。而且，法院在该类案件中完全可以反问：为什么常识观点认为的法律便一定是真正的法律，而它认为的不是？

常识观点可以继续认为，法院的观念当然不正确，因为，法律之所

以成为法律便在于其具有明确性、可预测性和普遍性。如果没有这些性质，人们如何有效地安排自己的行为，预测自己行为的法律后果？社会岂不因此而没有任何秩序？此外，没有这些性质，判决某人承担法律义务是不公正的，因为，他事先不知道实施某种行为在法律上是不对的。换言之，在没有这些性质的情况下导致的法律适用溯及既往，使法院判决失去了正当性基础.....

但是，不论常识观点在价值层面上怎样继续论辩，实践中的法院，一方面可以继续提出自己的论辩理由，另一方面，仍会在某些案件中继续背离常识观念的法律定义。因此，在这里的要点是：法律实践者在实践中完全可能对常识的法律定义视而不见。就此而论，常识观点似乎并不具有想象中的高程度的可操作性。

从理论的角度观察，常识观点描述的法律定义似乎存在着极难克服的论证困难。

第一，如果法律是立法机关这类法律权威机构制定及认可的，那么，法律权威机构的存在反过来则依赖于法律的存在，因为，对法律权威机构的界定需要对法律的含义有所了解，否则人们便无法说明为何有些权威机构可以称为法律的权威机构，而有些权威机构不能。而如果法律权威机构的存在依赖于法律的存在，那么，这不是一种循环界定？对于法院这种权威机构而言，情况同样如此，因为法院的存在似乎同样不能离开法律的存在。有人或许认为，只说“统治者或国家制定及认可”就可以避免这个困难。其实，这也不能解决问题。统治者或国家的制定法律行为仍然无法离开具体立法者的行为，而具体立法者本身就是人们常说的法律权威机构。

第二，法律是一种规则或规范，但是规则或规范是什么？显然，如果对规则或规范缺乏一个清楚的认识，当然无法清楚地了解法律的定义。常识观念提出的法律定义是一个种差概念。这种概念的问题是：如

果要对规则或规范的概念有一个清楚的认识，便必须对大于它们的类概念有一个清楚的认识。这意味着，依照这种定义模式，人们对于一个概念的把握是无法清晰的，因为人们无法最终把握可以不断延续下去的类概念。这就如同想知道大象是什么，便需知道作为其类概念的“动物”的明确含义，而要了解“动物”是什么，便需知道其类概念“生物”的明确含义，而要知道“生物”是什么，就需进一步理解“物质”“存在”……而且，可以想象，人们似乎总是在一个不言自明而又不甚明确的类概念上理解其他概念的，而这种理解又是不“清晰的”。

第三，任何语词都存在一个语境问题。比如“非法”一词，在计算机语言中可以用作“非法字符”，在法律诉讼中可以用作“非法行为”，在两种语境中其含义是不同的。如果将语境再做宽泛理解，将其视为不仅包括语言，而且包括生活氛围及社会环境，那么语境化的问题便会更为明显。在纳粹德国时期，德国人一般认为权力机构制定的规则就是法律，而在二战结束之后，在某些国家甚至在德国人们时常认为那些规则不是法律。在两种不同的社会政治环境下，“法律”一词显然具有不同的含义。即使是在同一国家的同一个时期，有的人会认为国家权威机关制定的禁止同性恋的规则是法律，有的则会认为它是不公正的因而不是法律，道德观念“语境”的不同导致他们的法律概念不同。在上述里格斯诉帕尔玛和圣三一教会案中，法院与常人对法律一词的不同看法，同样具有语词的语境化问题。常识观念假定了在什么时候任何地方法律概念本身会有一个固定的含义，没有看到，“语境”肯定会使概念的意义产生某种区别。

……

人们可以从许多角度运用许多方法，对常识观点提出理论上的难题。

正是因为常识观点在实践和理论上存在着较大的问题，所以，人们

希望而且有理由提出各种不同的学说。

三

“法律是什么”的问题，可以在两个层次上分析。其一是“一般”层次。在这个层次上，人们一般会回答法律的抽象含义是什么，当说“法律是正义的象征”“法律是民族精神的体现”“法律是国家意志的体现”……便是在解说法律的抽象含义。这时法律的含义常与整体上看一国的整体法律是什么有关。其二是“具体”层次。在此层次上，人们会针对一个具体实践问题来问法律的具体规定是什么。比如，当A不慎将B的房屋损坏，不仅B而且A都想知道具体的法律如何规定赔偿的方式；当A与B想解除婚姻关系，他们想知道法律会怎样解决孩子的归属和财产的分割；当某人想去法院起诉，他想知道法律如何说明起诉的条件，起诉的期限，以及诉讼的费用。

对上述一般性和具体性的法律问题，可以从两个观察角度来回答。一个是外在观察者的角度。一个人类学家从人类学的角度想知道人类社会中的法律是什么，他可以仅在一般意义上了解，可以客观地观察社会中一切与法律有关的人类活动，观察人们是如何立法、司法的。在具体意义上，一个英国人可以仅出于好奇去了解法国的财产法、继承法、刑法，他可以翻阅各种介绍法国法律的书籍，以获得这样的具体知识。在此应注意，人类学家和该英国人被假设为不想用法律知识解决实践问题。

另一个是内在参与者的角度。内在参与者通常是一个实践者，如法官、警察、律师、检察官、公证员等。一般而言，内在参与者总想知道具体的法律知识，想知道合同被违反时法律就赔偿、违约金、合同的有效条件、违约责任承担的方式等所做的具体规定。但是，实践者也可探讨一般意义的法律概念。其实，在寻找具体的法律规定时，实践者通常已有某个一般意义的法律概念，在其头脑中，这个概念有时或者未被觉

察，或者较为模糊。比如，如果想知道上述合同问题的具体法律规定，实践者便会查阅那些他认为是法律的“资料”。在此，有人可能查阅立法机关制定的法律或法院的判决，而不查法学书籍中的法理；有人则可能既查阅前者，又查阅后者。而有人则可能不仅查阅这些“本文”，而且查阅政治书籍或者伦理书籍。为什么？其实，这已表明，在其头脑中已存在一个法律的概念说明。即使这个概念在其头脑中不清楚，它也潜在于他们的观念之中。否则，便不能说明，他们为何会在特定对象上寻找法律的具体内容。在前面所述的里格斯案和圣三一教会案中的法官，虽然是在解决实际问题，但其观念中仍有不同的一般的法律概念。

可以发现，作为一种法律理论，常识法律概念定义采用了外在观察者即客观观察的角度。其实，这种概念的一个目的，是提供一个可以客观描述法律现象的知识。常识观点的理论蕴含着一个假定前提，即人们可以站在一个纯粹客观的立场，对社会发生的法律现实作出一个知识性的解释，不论是一般的法律含义，还是具体的法律规定。这就如同自然科学家观察动物、生物、地球、月亮、气温、光谱，他们可以作出纯粹客观的自然描述。当然，常识法律观念并非一定不想用法律知识解决实践问题，它只是尤为强调：在认识法律是什么时，可以而且应该首先站在一个客观中立的立场说清法律的一般性质、特征或法律的具体规定。如果人类学家通过研究后，想对立法者或其他法律机构提出自己的法律改革意见，或对一个实际法律争议提出自己的法律见解，这当然是可能的，而且是应该的。英国人在了解了法国的各种具体法律规定后想去法国进行贸易活动，并想知道自己做生意的实际法律后果，或许还想对法国权威机构提出法律修订的建议，这同样是可能的和可理解的。但是，他们都可以首先客观地把握法律的概念和知识。

于是，在常识法律观念中，法律的存在以及法律实际如何的问题，便与法律的价值以及法律应当如何的问题，成为两个不同思考领域的对象。人们可以争论法律应该这样或者那样，但不会争论法律实际是怎样

的。人们可以争论，在里格斯诉帕尔玛案中，继承法的规定应该怎样，但不会争论继承法实际怎样；在圣三一教会案中，人们可以争论有关外劳合同的法律应该如何，但不会争论其实际如何；在英国上议院的判例中，人们也可以争论有关票据抵押的法律规定应该是什么，但不会争论其实际是什么。

如果这样理解常识法律概念，人们便会提出一个进一步的问题：在里格斯诉帕尔玛、圣三一教会案中，法官并不具有和常识观念一样的法律概念，似乎可以看出，他们没有提出法律应该如何，而是“认为”法律实际如何，里格斯案中的法官认为从以往判例抽出的法律原则也是法律，圣三一教会案中的法官认为，以往立法资料显示的立法意图同样是法律，他们并未提出这些法律原则或立法意图应该是法律，为什么一个外在观察者找出了一个一般的法律概念，或者一个内在参与者表达了一个一般的法律概念，其他的内在参与者可能并不接受？为什么常识观点将“法律”这个词用在法律权威机构制定或认可的明确规则上，而上述案件中的法院，却将其不仅用在明确规则上，而且用在法律原则或不明确的立法意图上？

为使问题探讨具有具体感，可以设想在里格斯诉帕尔玛案中，常识观念、该案法官与圣三一案中的法官如何争论“法律实际是什么”。

常识观念可以认为，第一，谋杀者为获得遗产将被继承人杀害的确是错误的，必须给予严厉的谴责和惩罚。事实上，他已触犯刑法并将接受刑事审判。但是，这不意味他必然失去继承遗产的民事权利。就像是否应受刑事处罚应以刑法的明确规定为准一样，是否丧失民事权利，应以《遗嘱法》的明确规定为依据。根据这项法律，遗嘱是有效的，遗嘱继承人被指定为帕尔玛，而且最为重要的是该法没有明确规定杀害被继承人将丧失继承权，所以法律必须承认帕尔玛获得遗产的民事权利。第二，剥夺公民的权利或给予其义务应以明确规定为基础，否则对其是不

公正的（因为他预先不知道行为在法律上的对错），而且，假设存在随时被权威机构剥夺权利的可能性，一般公民显然不能正常地安排社会生活。第三，人们可以认为，谋杀者在道德上是恶劣的，允许其继承遗产将变相鼓励这类道德恶劣的行为，而且就被继承者本意而言，如果他知道将被自己指定的继承人杀害，他肯定不会将遗产交给谋杀者。然而，这些都是法律之外的价值判断与猜测。如果允许价值判断和猜测影响法律的明确规定，法律如何保持明确性、稳定性、中立性和客观性？在道德上，人们会有不同的观念与价值，有时不能认为谁是正确的，此外道德缺乏一种明确性，法律的明确规定显然不能允许这类不确定。第四，在该案中，法律的确有漏洞和不足，但完全可以而且应该留给立法机关来解决，法官作为法律的适用者不能具有权力改变法律的明确规定，否则，其权力的行使失去了政治上的正当性，因为一般公民将立法权交给了立法机关而非法院。

该案中的法官可以认为，第一，所有的法律明确规定都有潜在价值观念和基本原则，在制定法律的时候，没有价值导向和原则基础是不可思议的。在这项遗嘱法的明确规定中，潜在价值观念和原则基础是允许人们自由处分自己的财产，尊重财产所有人的真正的自由意志，如果缺乏对价值观念和原则基础的考虑，根本不能理解《遗嘱法》中明确规定的真正含义。第二，法律制度中的各种法律判决不能自相矛盾，不仅在具体内容上如此，而且在其体现出的一般原则上也如此。在以往普通法的判例中，完全可以发现一个共同原则：不能因过错而获利。如果判决谋杀者有继承权，便与这项原则产生矛盾；不仅如此，这样还会与另一项重要原则——相似情况相似对待——产生矛盾；因此，蕴含于明确法律规定之中的背景原则不能不予考虑。第三，谋杀者的行为不仅在道德上是不对的，而且违反了在《遗嘱法》明确规定以及其他法律之中共同体现的法律原则，这样，判决谋杀者仍有继承权，不仅是道德正义的失败，而且是法律正义的失败。第四，立法机关在制定或修改法律的明确规定时，为避免自相矛盾同样会考虑原则基础，在这个意义上，法院根

据原则解决问题不会与立法方向产生不同，因而不存在“正当性思考”所担心的立法与司法的矛盾困境。

圣三一案中的法官可以认为，第一，法律的明确规定是立法者的意志和意图的体现，因此其含义必须以其为依据，政治正当性的思考不是让人们尊重法律的具体文字，而是让人们尊重立法者的意图，如果对法律的明确规定的理解与对立法者意图的理解产生矛盾，便应以后者为依据；可以设想，假如立法者在制定《遗嘱法》时预见这类谋杀行为，便会制定相应规定剥夺谋杀者的继承权，所以判决该案时必须将立法者意图视为法律的一部分，否则才会真正产生正当性的问题。第二，法律应该具有中立性和客观性，但是只有在明确知道立法者的意图时才能保证中立性和客观性；因为，对文字人们总会产生不同的理解，对法律的明确规定中的文字来说存在同样的问题，如果仅以法律的文字为依据，才会因人不同而产生不同的理解，法律的中立性和客观性从而才会最终失却。第三，在某些问题上，人们可能难以设想立法者的意图，但是在基本的道德是非上，立法者的意见是完全可以设想的。作为有正常思考能力的谋杀者，他可以而且应该知道立法者将会对其行为作出怎样的法律规定，因此，根据立法者意图判决剥夺继承权对其来说不存在不公正的问题，在基本道德是非上，他不能以“预先无法知道法律的明确规定”为理由要求保留继承权。

常识观念可以继续认为，第一，虽然法律的确包含着一般价值观念和原则，但是法律的价值和原则并不仅仅限于公平正义的内容。法律的稳定性和法律的可预测性同样是法律的重要价值和原则。有何理由认为，作为价值和原则的稳定性与可预测性应该让位于公平正义？判决A可以获得遗产是正确的，而且极为可能优于相反判决。因为，法律的明确规定要比“公平正义”或“不能因自己过错而获利”的原则具有更明确的内容，因而具有更高的可预测性。对于一般公民来说，这种形式上的稳定性和可预测性要比实质上的公平正义更为重要。第二，就立法者的意

图而言，如果认为有时法律的文字存在着模糊性因而需要解释，那么有何理由认为立法者意图就不存在这种情况？完全可以发现，有时有关立法者意图的资料同样是模糊的，同样需要解释。相比而言，法律的文字要比这些资料更为严谨更为清晰，立法者在使用文字立法时遵循了严格的语法规范，在相关资料说明中未必这样严格。

帕尔玛案的法官可以继续认为，常识观念的反驳正是说明了一般价值和原则的重要性。当你认为适用法律的明确规定的理由在于稳定性和可预测性的价值和原则时，你实际上考虑了各种法律价值和原则，权衡了孰轻孰重，并在此基础上认为一种价值原则优于另一种。这种思考本身就预设了运用法律明确的文字规定应以一种价值或原则为根据，并预设了法律的概念不仅包括明确规定而且包括一般价值和原则。

圣三一案的法官可以继续认为，在解释文本本意时，“对话资料”优于“陈述资料”。比如，通过对话交流来了解某人的文本本意，显然优于只阅读其自述材料。作为立法意图的有关资料，通常是以对话交流形式来表现的，而法律本文文字便类似某人的自述材料，运用前者来理解法律明确规定的本意要比后者更为可靠。所以，法律的内容不能不包括对立法者意图的说明。

.....

通过观察三方的论辩，人们似乎不能断定谁的观点是正确的。但有一点可以指出，常识观点认为自己提供的法律概念定义是客观的、中立的，似乎没有坚实的理由。纯粹客观地提出一个法律概念或知识似乎是不可能的。其实，不论是帕尔玛案中的法官、圣三一案中的法官还是常识观念，在论说自己的法律概念时，都没有采用纯粹客观观察的立场，其主要理由或证据并不来自可“客观证实”的现实资料，而是来自基本的价值态度。这在某种意义上说明了，为什么一个外在观察者或内在参与者提出的法律概念，也许不被其他内在参与者所接受，为什么常识观念

和其他观念会不同地使用“法律”这个词，在它们之间很难达成一个共同使用这一词汇的“契约”。在法律实践中，与常识观念设想不同，人们不仅会争论“法律应该如何”，而且会争论“法律实际如何”。更为重要的是，当认为法律实际如何时，似乎又不能避免思考法律应该如何。就此而言，常识观念选择的“客观”立场，是否本身便决定了常识观念的不可操作性和理论上的困难？

四

前面，笔者对一般常识法律观念提出了一些问题，这些问题正是20世纪英美法律概念学说中的某些争论焦点。通过这些焦点，读者可以想象法律概念学说论辩的广阔空间。毫无疑问，法理学的最核心问题，是法律的性质或法律的概念，这一问题在某种意义上又是人们分析思考法理学其他问题的出发点。但是，这一问题在很大程度上不能在自身内加以解决。其解决有时可能依赖对周边问题的理解，如法律的作用、法律的效力、法律的目的、法律的推理、法治、道德认识、哲学思考、政治道德姿态……对周边问题的认识，对核心问题有着重要的参照意义，有时，对周边问题的认识甚至决定了核心问题的解决方向。周边问题的数目与层次是繁多的，所以，争论的思路也是无穷的。这便不奇怪为什么人们时常会有圣奥古斯丁的困惑：欲说明时间时则不知时间是什么。

第一章 实际存在的法律命令

凡是君主希望的便具有法律效力。

——查士丁尼

严格地说，常识法律观念在 19世纪后才可称为常识观点。正是从19世纪末开始至 20世纪上半叶，一般学者才普遍接受这种观点作为一般性的没有错误的法律知识。这种观点的原型与英国哲学家边沁

（Jeremy Bentham）及法学家奥斯丁（John Austin）的分析法学有着紧密联系。在展开论述 20世纪英美法律概念学说之前，对这种学说进行探讨是十分必要的，因为， 20世纪英美法律概念学说都在不同程度上对其基本观点进行了清理与批判。

从法律概念理论来看，分析法学的核心观念在于“实际存在的法律命令”。这一观念包括三个基本内容：（1）法律的命令说；（2）“实然”与“应然”的分野；（3）法律可以作为科学的研究对象。其可以概括为三个基本模式：自上而下的强制决定，摈弃法律的理想因素，客观中立的法律知识。

一、法律是一种命令

将法律看作一种命令，意指法律表达制定者的意志，这种意志表现为意愿明示而且必须为他人所接受，否则制定者将给予暴力式的制裁。

这种观念来自两方面的对法律现象的思考。第一，将全部法律视为义务强制的规定，从而将其视为制定者的强制意愿的表现。第二，将任何法律规定的权利义务问题最终归结为刑事处罚问题。

先看第一点。在法律中时常可以发现，不得盗窃他人财物，不得侵犯他人财产，不得侵犯人身权利，不得损害国家利益等规范性质的要求，都被权威机构规定为一种必须遵守的法律义务。如果违反这些义务，便会受到权威机构的强制制裁。如果A在黑夜中潜入B住宅，将B重要财产全部窃取，A便违反了权威机关规定的法律义务。权威机关不仅会强制A将所窃财产归还给B，而且会对A实施强制制裁。制裁也许包括罚金、判处有期徒刑，也许包括更为严厉的剥夺生命权利。可以看出，这类权威机关制定的义务要求是一种制定者的强制意愿的直接表现。另一种强制意愿的表现是较为间接的。可以看到，法律时常规定公民可以根据自己意愿订立遗嘱，可以和他人订立买卖契约，可以出版自己撰写的作品，可以委托他人代为商业谈判，这些规定虽然表明公民有可以做什么的权利，但似乎也暗含着对他人的强制义务规定，暗含着法律制定者的强制意愿。自愿订立遗嘱的权利暗含着当某人自行订立遗嘱时，他人便不得干涉，如果干涉将会受到权威机关的强制制裁；签订合约的权利暗含着当A与B签订一份买卖合约，他人同样不得干涉，否则也将面临强制制裁；对某人出版作品或委任他人代为谈判，任何其他人都有不得干涉的义务。无论上述规定是直接的还是间接的义务规定，似乎都表明权威机关具有强制要求人们实施或不得实施某类行为的意愿。

就第二点而言，前述权威机关强制意愿的直接表现的义务规定当然是刑事处罚问题。后一种间接表明义务规定有时会立即表现为刑事处罚问题，有时则会稍慢表现。如果为阻碍遗嘱人订立遗嘱而使其丧失思维能力，或为阻碍他人签订合约强行将他人拘禁，便会立即触及刑事处罚问题。当A为阻止B出版作品而将作品藏匿，A便有民事义务而非刑法规定的义务返还作品，如果A仍拒绝交出，权威机关则会强行将作品返还，如果A反抗权威机关的执法行为，则会最终触及刑事处罚，虽然这不是一种立即表现。有些法律规定并不直接说明权利义务，而是直接说明何种行为有效或者无效。如果A趁B之危与B签订合约，权威机关便会宣布合约无效。当A依合约取得B的财产，根据权威机关的无效宣布，A就应予以返还。如果A拒绝返还，权威机关会强制其返还，如果A继续反抗，则会受到权威机关的刑事制裁。因此，就有效无效的法律规定而言，它们仍然最终可以归结为刑事处罚问题。如果依照这种观察推论，似乎可以发现许多法律问题最终可以归结为刑事处罚问题。

这两种对法律现象的思考引出一个重要的结论：所有法律规定最终应以权威机构的强制义务的意愿和刑事处罚即暴力制裁为依托，没有这种实质有效的意愿和暴力震慑，法律规定便会失去实际意义，将无法区别于道德规范或其他社会规范。

001 命令、义务和制裁

正是通过这种对法律义务和暴力制裁最终性的理解，分析法学提出了法律命令说。

法律是一种命令，这种命令是社会的主权者为支配社会成员而发布的。边沁说：“可以将法律界定为一国主权者设想或采用的一系列意志宣告，其涉及某个人或某些人在一定情形下服从的行为。这些人是或应该是受制于主权者的权力……”^[4]因此，对于法律来说，最为合适的词

语是强制命令（mandate）。^[5]奥斯丁认为：“就法律一词最为普遍最为可理解的使用方式而言，可以将其视为握有控制他人的权力的人为其目的而制定的规则。”^[6]严格地说，“法律是一种责成个人或群体的命令……法律和其他命令被认为是优势者宣布的，并约束或责成劣势者”^[7]。命令一词在边沁和奥斯丁的理论中具有十分重要的意义。奥斯丁认为：“如果某人向他人表示或宣布要求其从事或停止某种行为的愿望，他人拒绝依照此愿望行事，此人以一种灾难来惩罚，那么，此人表示的愿望就是命令。”^[8]命令与其他愿望的区别不在于表达的内容是什么，而在于如果命令式的愿望被置之不理，发布命令者便会根据自身的权威和力量给予对方不利的后果或痛苦的惩罚。反之，当他人并不遵从某人的愿望时，愿望表示者无法惩罚违抗者，那么，愿望便不是命令。“优势者这一术语说明力量：用恶果和痛苦影响他人的力量和通过恶果的恐吓强迫他人按某人意志行事的力量。”^[9]于是，作为一种命令的法律包含三个意思：“（1）某人设想他人应该为或不为的愿望或意欲；（2）如果后者拒绝将会出现来自前者的恶果；（3）意志用语言或其他标记来表达或宣布。”^[10]

根据法律命令说，如果A因B的侵权损害行为而要求B赔偿损失，法院依法判决A胜诉，则是由于社会主权者以命令的方式规定在这种情况下B必须赔偿A的损失。当B不履行法院判决的义务，社会主权者便会通过法院对其实施制裁。同样，当A与B发生合同纠纷，而法院依法判决B必须全面履行合同规定的义务，这是因为社会主权者也规定了命令要求B必须履行义务。如果B不按法院的判决执行，则会受到主权者的惩罚。

另一方面，就法律的性质而言，命令、义务和制裁是一个事物的三个方面，“命令、义务和制裁是分开而又相互联系的术语，每个都具有与其他两个术语相同的含义……三个都直接并间接地说明了一个问题。每个都是同一复杂含义的名称”^[11]。当说“命令”时，是指愿望的表达或

宣布；当说“义务”时，是指发生恶果的可能性；当说“制裁”时，是指付诸实施的恶果本身，^[12]“每个有实效的基本法律是命令，每个法律命令设定了一个义务”^[13]。而没有强制制裁的法律本身就是一个术语矛盾。^[14]

由于法律是一种命令，法律的渊源便来自主权者的意志。主权者可以想象自己发布任何的命令，可以采用以往主权者及其下属颁布的规则。^[15]因此，主权者可以制定任何内容任何形式的法律。如果说主权者有何优越之处，显然，这就是一个十分重要的优越之处。那么，主权者是什么？分析法学从英国哲学家休谟（David Hume）那里接受了政治主权是由社会习俗、惯例和习惯产生的观点，^[16]将主权者定义为这样一些人或集团：社会大多数人对其有一种服从习惯，反之，他们不习惯服从任何人。^[17]

002 历史中的法律

由于将法律视为主权者的命令，于是，制定法律的机构及其制定的规定在分析法学中具有颇为重要的意义。但是，这种观念首先遇到了法律史学家的批评。

有论者指出，法律发展是一个逐步进化的缓慢过程。分析法学描述的制定法律的权威立法机关，是一种人们在近现代才熟知的机构，其制定的规则也是一种人们在近现代才明确的规则。只是在法律制度演进的较晚阶段，这种立法机关和规则才出现。近现代式的立法机关及其规则十分不同于早期阶段的权威机构，前者不仅要以权威的集中化为前提，而且要以“明确规则秩序”的观念（即认为社会要有基本明确的规则指引行为的观念）为前提。在法律制度的早期阶段，人们可以看到各种形式和机制的具有法律要素的制度。这些制度并不具有分析法学所说的立法机构和规则。在古代东方规则制度中，部落首领可以指挥一切，任何形

式的拒绝服从都会导致痛苦或死亡。部落首领可以建立军队，征收捐税和处置俘虏，然而却从未存在近现代式的立法机关和分析法学描述的立法机关制定的那种明确的法律规则。在那种法律制度中，人们也没有普遍的明确规则秩序的观念，而只有一种十分简单的权威观念或习惯观念。因此，法律史表明法律并不必然等同于近现代的制定法。^[18]

法律史学家对法律概念学说的批评是颇为常见的。然而，这种批评是以自己主张的法律概念为基础的，即认为法律的概念是由另外一些内涵构成的（故在此基础上认为古代历史中的某些制度可以称为法律，否认它们是没有理由的）。这样，分析法学回应这种批评的方式自然可以类似批评者的批评方式：坚持认为自己的概念是真正的法律概念，对方的概念要么是定义的错误，要么是现象的误读。分析法学以为，批评者所说的古代规则秩序其实不是一种法律秩序，它们是一种实在道德或习俗而已。^[19]这种实在道德或习俗不具有法律的要素。在分析法学的观念中，法律的概念必须来自对“法律现象”的抽象与分析，这种法律现象是人们公认的没有争论的客观现象。对于越远古的制度现象，人们越会存在不同的看法。

所以只有在较近的历史阶段及近现代人们基本承认的“法律现象”中，才能分析法律的基本特质。分析法学相信，法律命令说是对这些现象的客观分析，这种分析表明批评者说的古代规则秩序不是法律秩序。因此，这类法律史学家的批评不能成立。

人们可以发现，虽然法律史学家的批评与分析法学的回应在逻辑层面上没有重要意义，但是这种争论本身足以表明：不仅法律史学家而且分析法学也应反省自己的法律概念。当对某种制度是否为法律制度有不同看法时，也许就意味着对法律概念一词有不同看法，而且，也意味着争论者是在不同意义上形成了法律观念。如果是这样，分析法学便不能简单武断地以“这种规则秩序不是法律秩序”这种方式，来回应法律史学

家的批评。

分析法学的赞同者曾提出过另外一种回应。他们以为，即使边沁和奥斯丁的理论用于原始社会历史中的法律秩序是不适当的，但将其用于近现代法律秩序则是恰当的。于是，类似古代东方规则制度的现存地方自治性质规则秩序和习俗行为规范，不论其历史渊源多么久远，除非获得主权者的认可否则不具有近现代法律的资格。其实，奥斯丁本人便说过，国家可以以默许的方式认可习惯的法律效力。^[20]可以认为，在同一时期同一空间内，国家既可以废除那类规则秩序和习惯，也可以允许其下属权力机构借助政治共同体的力量去实施这些规则秩序或习惯。因此，上述批评是错误的。古代东方规则秩序不能认为是一般法律制度。

这种回应利用了一个事实，即在某些地方，自治性质的规则或习俗规则由于未获得主权者的认可，时常不具有制定法那样的法律效力。然而，一种秩序被某种主权者废除并不意味着这种秩序不能称为法律。古希腊古罗马的一些规则秩序在近现代已被主权国家废除了，但人们并不因此而否认它们在历史上的法律地位与资格。人们只是认为这些秩序在近现代没有法律效力而已。所以，这种回应仍然是一种运用自己认定的概念反驳他人的概念，同时，混淆了法律的性质资格与效力资格。

003 法律的连续性

某些学者认为，分析法学的命令说不仅面临着历史层面上的法律概念外延的困难，而且面临着这一层面上的法律实践的困难。

根据分析法学的观点，法律的存在依赖一个社会中的大多数人对某个人或某些人的习惯服从。由于存在这种习惯服从，一个立法机关（或政府）才得以顺利制定和颁布法律。于是，如果某一立法机关不能得到社会大多数人的习惯服从或曰继续执政，那么便没有制定者来发布法律命令，法律的存在因而便会中断。而且，直到新的立法机关（或政府）

被习惯服从并且发布以制裁为后盾的命令为止都不存在法律。尽管这种观点可以说明以革命形式出现的立法机关（或政府）更替和法律制度的更换，但是，它却不能说明当存在调整立法机关合法更替的法律时出现的合法政权交接。例如，如果立法者是一个单独的个人比如君主，当其去世后，其权力继承人继承君主王位，那么在后者获得社会成员普遍的习惯服从之前，前者制定的法律一般都会继续具有效力。因此，不难发现，在这一间断期间，前者的法律极难说成是边沁和奥斯丁式的主权者命令。换言之，命令说无法说明法律的连续性。^[21]

奥斯丁曾试图用“默认”的概念来解释这个问题。他说，之所以前任君主的法律继续有效，是因为在法律机构适用这种法律时后任君主给予“默认”。^[22]这样，在前任君主去世后，只要其制定的法律仍然被适用，该法律就可以认为是后任君主的意志的“默认”表达。其实，只要后任君主愿意，他也可以废除前任君主时期的法律，重新制定颁布新的法律。^[23]然而，在这种解释中，分析法学在命令说中增添了“认可”这一不甚清楚的概念。根据奥斯丁的理解，“认可”包括明示认可和默许认可，在立法机关合法交替的过程中，最为重要的是默许认可的概念（因为明示认可时常被看作就是法律的制定）。人们可以发现，如果引进“默认”的概念，命令说将会出现一个进一步的困难。

如果A对B说，他将遵循 70年前的制定法来解决一个具体法律问题，作为新任主权者的B不置可否。当A处理问题之后，B仍然不发表任何意见。那么此时的法律处理是否表现了B的主权者意志？如果认为表现了，那么这种默认便会和法律命令说的基本要求发生矛盾，因为，法律命令说的一个要素是法律明确性，即主权者表达意志的明确性，在这里显然不具有这样的明确性。如果认为没有表现，那么A的处理是不是“法律上”的处理？实际上，在立法机关或政府合法交替的过程中，A这样的处理并不是不存在的，而且人们并不认为这类处理不是法律上的处理。在许多情况下，过去的立法仍然被适用，似乎并不是因为后任

君主的“默认”，而是仅仅因为它似乎像习惯一样被法律适用机构继续适用而已。

在此，一个更为严重的问题是：在立法机关或政府合法交替的过程中，使交替成为合法的法律不可能是后任立法机关或政府制定的法律，不能将其视为后者命令式的意志体现。在交替过程中，后者实际上将规定交替过程的法律视为应遵守的一种社会规范。这种情况不仅时常出现在现代的民主国家，而且时常出现在历史与现代的君主专制国家。在没有出现革命或政变的情况下，立法者或政府的交替总是依据已存在的法律规则来实现的。法律命令说只说明了部分的主权者直接制定颁布的法律，但根本无法说明使合法交替成为可能的法律规则。这种规则不仅使新的立法机关或政府成为主权者成为可能，而且使旧的立法机关或政府制定的某些法律规则延续下来成为可能。^[24]

004 对立法者的法律约束·法律制裁

法律的连续性说明了在历史过程中立法者或政府有时自动接受了一种法律规则。然而，即使是在现代社会中，立法者有时不仅会遵守使合法立法者交替成为可能的法律规则，而且在其他方面有时会受到法律规范的约束。如果立法者遵守法律或受法律的约束，那么，分析力学的“制裁”概念便会出现问题。

一般来说，立法机关在立法时通常要遵守规定立法程序的法律规则。这些规则会规定如何提交法律议案、如何讨论并通过法律议案、如何修改或废除原有的法律规则，以及在何种情况下通过法律议案具有法律效力。这些规则与立法者的义务或职责有关，有时正是由立法者自己制定颁布的。而且，作为立法者的个人在社会中也要受到其他法律的约束，比如不能发表损害他人名誉的言辞，不能从事贸易活动，必须依法纳税等。这些例子表明，在许多情况下立法者所颁布的法律不仅对一般

公民而且对立法者本身都具有约束力。有论者指出：“在大多数法律制度中……主权者是受法律约束的”^[25]；“奥斯丁的设想是主权者因为制定了法律故在法律之上，然而这与事实明显不符。事实表明在某些社会中某些法律不仅适用于臣民而且适用于主权者。”^[26]另有论者指出，即使是刑法“也是共同适用于那些制定它们的人，而不仅仅适用于其他人”^[27]。

分析法学曾偶尔认为，立法者对自己规定义务是不奇怪的，但应区别主权者在社会中的不同资格或角色。当主权者作为一名普通的社会成员时，他完全可以受自己制定的法律的约束。当他作为一名立法者时，有时会受到约束，有时便不会。就后一种情况而言，立法者有时要遵守比如有关立法程序的规则，但在最终权力上可以决定这类规则的存留，只要立法者有这样的意愿和意志。当认为法律是主权者的命令时，主要是就立法者的这种最终权力来说的。因此，有时受约束并不影响命令说在整体上的成立。

但是，根据法律命令说，主权者的立法权力是无限的，而且主权者发布的法律命令与义务、制裁是一个事物的三个方面，都是自上而下的强制规定，因而关键问题是立法者怎能以强制力或暴力制裁来威胁自己遵守法律？换言之，如果的确存在对立法者的法律约束，那么，依照法律命令说，人们只能认为立法者是在命令、限制和威胁自己了。这样看来未免有些荒谬。

进一步的问题是：立法者遵守一些法律是否可以理解为因为担心受到制裁恶果的缘故？更进一步的问题是：如果不习惯服从他人的立法者自己不服从法律义务，谁来强制？

有人可能认为，当立法者不服从法律义务时，由法律适用机构如法院来强制其服从。但法院是一个执行立法者制定的法律的机构，根据法律命令理论它习惯服从作为主权者的立法者，如果它可以强制后者，这