

法律规则与法律原则：质的差别？

刘叶深

摘要 国内对法律原则的研究模式大量援引德沃金的相关理论，却没能突出德沃金的一个重要定性：法律规则与法律原则存在质的差别。在这种一般模式之外，国内外学者在抽象程度之别、实定性之别、形式原则之别、理由类型之别等方面试图实现对法律规则与法律原则“质的差别”的建构。但是，这要么不符合德沃金的基本论述，要么无法实现德沃金的理论目标——挑战法律实证主义的法律概念理论。本文尝试提出一种解读：放弃分类学模式，不把法律规则和法律原则看作两种规范类型，而将其看作两种不同的规则理论。

关键词 法律原则 法律的概念 规则的实践理论 规范性规则 客观道德

作者刘叶深，法学博士，中国法学会法律信息部研究人员。

在当代法理学家中，德沃金对中国法学的影响有目共睹：他的作品被大量翻译出版，他的观点得到广泛讨论。他的法律原则理论、法律解释理论得到了最多的关注，法律原则适用方式和建构性解释已经成为相关研究不可回避的经典命题。但同时，德沃金的理论又是异乎寻常地复杂：他在40年间抛出了很多的概念和命题，但少有承前启后的衔接性说明；他的很多表述和命题充满了真知灼见，但又模棱两可，甚至有些让人捉摸不透。

因此，研究德沃金的法律理论既具有重要性，又具有疑难性。这一描述同样适用于对他法律原则理论的研究。一方面，德沃金的法律原则理论引起了我国学者的极大关注，几乎达到了“人人皆引德沃金”的程度，而且在一些观点上很多学者都达成了共识，形成了法律原则研究的一般模式。当前法律原则研究的一般模式是在司法裁判的框架下思考法律原则在法律推理中发挥的独特作用，即作为法律规范，法律原则与其他规范在适用方式上有什么不同。应该说，这种“一般模式”把焦点放在司法

实践的难题之上，具有一定的实践价值，而且也能够从德沃金的文本中找到观点上的呼应与支持，确实可以作为一种对德沃金观点的解读。另一方面，我们要看到，由于德沃金理论的复杂性，这种解读似乎还不能令人十分满意。这种“一般模式”是以忽视（或者一带而过）德沃金的“法律规则与法律原则具有质的差别”这一观点为代价的。在一定程度上，这种忽视也是回避德沃金理论的疑难之处。

本文将从德沃金这一未被普遍重视的观点入手，说明该观点的难解之处，其充分体现出德沃金观点的疑难性。在“一般模式”之外，还存在着几种试图对“质的差别”予以说明的方案。经过分析我们将看到，这几种方案在说明“质的差别”时都不能令人十分满意。笔者认为，试图理解“质的差别”的关键是正确理解德沃金意图处理的问题是什么。因此必须重新设定（或者还原）德沃金的理论目标——挑战法律实证主义的法律概念理论，在新的框架下对“质的差别”进行建构性解释，从而揭示出德沃金理论对法理学的革命性贡献。

* 感谢李仕春教授、郑永流教授、彭海青副教授等对本文提出的有益意见。

一、当前法律原则研究忽视了什么？

（一）当前法律原则研究的一般模式

当前法律原则研究的一般模式认为，法律规则和法律原则都共享一个上位的概念，即法律规范。因此，对法律规则与法律原则差异的研究是一种规范分类学研究。我们称其要处理的问题为“分类学问题”。^①

在“分类学问题”下，主要探讨的是分类标准。各家的表述虽然各有不同，但几乎一致把确定性/模糊性作为法律规则与法律原则的区分标准。他们认为，法律规则是具有确定性的规范，一旦规则中规定的条件得到满足，法律规则就会指向一个确定的结果；而法律原则相反，并不能确定地决定出一个法律答案，它可能指向多个均具有合理性的答案。

对于这一区分标准，各家从不同角度给予了说明和解读。例如，法律原则具有模糊性的原因之一是法律原则大多用语抽象，当这些抽象的原则运用到个案时，只能排除一部分答案，但是剩下的答案依靠法律原则是无法区分的。又如，某些学者更强调法律原则具有价值维度，而价值往往是充满争议的，例如，什么是“善”，可能会存在很多的答案，

这是法律原则适用时具有不确定性的根源。^②

确定性/模糊性这一差别导致法律规则与法律原则二者的适用十分地不同。一般认为，法律规则的适用似乎是直截了当、不加思考的，由于其具有确定性，适用与否，很容易判断；而法律原则的适用则不那么简单，由于其结果的不确定性，需要在多个答案间进行衡量，最终决定出一个相对合理的答案。法律原则的这种适用方式被称为“衡量”或者“权衡”。^③由此，得出的一个结论是法律原则更多地与自由裁量权联系在一起，法律原则赋予法官更多的判断权，而法律规则一般对法官有着更为严格的约束。^④

基于此结论，很多学者还有有价值的发挥。例如，过多依赖于原则可能会对依法裁判造成危害，进而导致对法律体系稳定性的冲击；^⑤在如何限制法律原则的适用、约束法官的自由裁量权的问题上，要求适用法律原则前要先“穷尽规则”，将法律原则的作用仅限于弥补漏洞；^⑥也有人详细规定了法律原则适用应遵循的规则，以约束自由裁量权。^⑦

我们可以将这种“一般模式”概括如下：

表 1 国内法律原则研究的一般模式

法律规则	法律原则	
区分标准	确定性	模糊性
差异的原因	具体	抽象
	不具有价值维度	具有价值维度
适用的方式	直接适用	权衡或者衡量
效 果	严格约束自由裁量权	赋予法官很大的自由裁量权

① 表达过这样观点的文献包括颜厥安：《法与实践理性》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 57 页；庞凌：《法律原则的识别与适用》，载《法学》2004 年第 10 期；舒国滢：《法律原则适用的困境：方法论视角的四个追问》，载《苏州大学学报》（哲学社会科学版）2005 年第 1 期；陈景辉：《原则、自由裁量与依法裁判》，载《法学研究》2006 年第 5 期；王夏昊：《法律原则的适用方式》，载《学习与探索》2007 年第 2 期。其他没有明确表达这一观点的论著，大多也隐含地将该观点作为进一步讨论的前提。

② 同注①，舒国滢文，第 27 页；陈林林：《基于法律原则的裁判》，载《法学研究》2006 年第 3 期；同注①，陈景辉文，第 122 页。

③ 同注①，王夏昊文，第 108 页；同注①，陈景辉文，第 122 页。

④ 同注①，陈景辉文，第 125 页以下。

⑤ 同注①，陈景辉文，第 128—129 页；葛洪义：《法律原则在法律推理中的地位和作用：一个比较的研究》，载《法学研究》2002 年第 6 期。

⑥ 参见舒国滢：《法律原则适用中的难题何在》，载《苏州大学学报》（哲学社会科学版）2005 年第 1 期；同注②，陈林林文，第 7—9 页。

⑦ 同注①，王夏昊文，第 109—110 页；梁迎修：《法律原则的适用：基于方法论视角的分析》，载《华中师范大学学报》（人文社会科学版）2007 年第 6 期。

（二）德沃金被忽视的观点

在法律原则研究的一般模式中有一个鲜明的特点：非常倚重德沃金在《认真对待权利》中对法律原则的论述。这并不奇怪。德沃金对法律原则的论述发前人所未发，极大地改变了这一领域中的论辩方向，甚至可以说，在德沃金之后我们已经无法摆脱他的论述而直奔主题了。但令人奇怪的是这些对德沃金的引用并不十分妥当。

首先，法律规则与法律原则本来是法理学中一对普通的概念，法律原则更为抽象，适用起来结果更不确定，这是一般的常识，本不需要德沃金赞同即可成立。而且这一常识在德沃金写作相关文章之前已经流传甚广，但是，人们更愿意引用德沃金对常识的重复，而对此前的文献毫无兴趣。

其次，德沃金关于法律原则的观点在“一般模式”中被肢解、曲解，有些部分被有意忽视了。例如，（1）德沃金从没有说过，法律规则与法律原则之间的区别是确定性/模糊性。德沃金并没有重复这一简单、现成的区分标准，这不能不让我们深思。（2）德沃金认为法律规则具有“要么适用，要么不适用”（all-or-nothing）的特点，很多对德沃金的引用直接将其等同于“确定性”，认为这是德沃金式的晦涩表达。（3）德沃金确实把自由裁量权与法律原则问题联系在一起分析，但是，与“一般模式”相反，德沃金认为法律原则的存在恰好否定了自由裁量权的存在，而不是法律原则为自由裁量权

留下了更大的空间。（4）德沃金认为，法律规则与法律原则之间存在着逻辑的差别，而不是程度上的差别。在一般模式中，这一重要论断或者被忽视不谈，或者被一带而过，根本没有认识到确定性/模糊性之别不是逻辑的区别。

模糊性可能是由法律原则用语的抽象性带来的，但是，抽象与具体仅仅是相对的概念，原则被具体化可以成为规则，规则背后的抽象理念可以形成原则。有些规范可能属于中间层次，不是极端地抽象，也不是十分地具体。更可能的情况是从规则到原则形成了一个连续统，我们很难说从哪个点开始规则停止、原则启程。这恰好是程度之别，而不是逻辑差别。另外，即使确定性不是由用语的抽象性带来的，而是由个案的具体情形带来的。但是，在某些个案中，即使抽象的规范也能够产生确定的后果，有时针对具体的规范，照样可以争论不休。这种以个案为转移的确定性/模糊性的结果只能是某个规范可能是原则，也可能是规则，这全由其适用的对象而定。因此，规范种类并没有质的规定性，也没有逻辑上的差别。

在“一般模式”中，“逻辑的差别”这一观点被有选择地忽视了，因为它确实令人困惑，与既有的理解很难衔接；德沃金的其他观点被有想象力地与传统的观点相结合，成为支持既有常识的论据。这种重整的后果使我们失去了德沃金试图带给我们的东西。

二、德沃金法律原则理论中的疑点

（一）德沃金法律原则理论一览

德沃金关于法律原则的基本论述都记录在《规则模式 I》这篇论文之中。在《规则模式 I》之后，德沃金又对自己早期的理论给出了进一步的说明，澄清了不少可能的误解。但在此我仅限于勾勒早期的基本观点。

在《规则模式 I》中，德沃金明确指出，自己所要处理的问题是法律的概念问题，即“什么是法律”的问题。^⑧继而，他勾勒出法律实证主义对这

个问题的回答，包括“规则论”、“自由裁量权论”、“规则之外无义务论”。^⑨然后，德沃金才展开他关于法律规则/法律原则差异的阐述。最后，他又回到对法律实证主义的讨论，分别论证了法律原则对法律实证主义形成的挑战，以及法律实证主义的两种回应方式（“把法律原则看作法律外的规范”、“改造承认规则以包含法律原则”）的缺陷。^⑩我们可以看出，德沃金的法律原则理论主要针对的是法

⑧ See R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977, pp.14—16.

⑨ 同注⑧，第17页以下。

⑩ 同注⑧，第29、39页以下。

律实证主义，假如他的理论不能击败法律实证主义，或者不能与实证主义有所不同，他的理论从根本上说就是失败的。

德沃金认为，法律规则与法律原则的差异是一种逻辑的区别。^⑪ 逻辑的差别在这里的意思是质的差别，^⑫ 与它们相对的是程度的差别。^⑬ 换句话说，法律规则与法律原则具有不同的质的规定性，一种性质在量上的增加或者减少并不会导致另一种质的规定性；也不会因为外在环境的变化，一种质的规定性变成了另外一种质的规定性。例如，水和油之间就存在着质的差别，不通过特殊手段水是无法变

成油的；但“甜”与“微甜”之间只具有程度的差别，增加程度，后者可以转化为前者，或者与“苦”的东西相比（比较环境发生了变化），“微甜”也可以被称为甜。

那么，法律规则与法律原则具有什么不同质的规定性呢？德沃金认为有三方面差异：适用方式、例外可否被完全列举、是否具有重要性维度。德沃金认为这三方面可以相互地推论出来，^⑭ 因此三者表达的是同一事情的不同方面。我们通过下表可以一览德沃金法律原则理论的要点：

表 2 德沃金法律原则理论一览表

	法律规则	法律原则	备注
适用方式	要么适用，要么不适用	权衡	质的差别
例外	其例外可完全列举	其例外不可完全列举	
重要性维度	无重要性维度	具有重要性维度	
理论目标	反对法律实证主义的法律概念理论		

（二）疑点重重

这些观点虽然经常被人引用，但是存在着很多令人不解的地方。可以说，德沃金区分法律规则与法律原则提出的三个方面都是有问题的。

首先，什么是“要么适用，要么不适用”（all-or-nothing）？为什么它与权衡有着质的区别？德沃金认为，当规则规定的事实出现时，规则提供的答案就必须被接受或者被拒绝，没有其他的选择，这就是“要么适用，要么不适用”。^⑮ 仿佛这种适用方式是与规则的语言形式（“事实 + 结果”）联系在一起的。^⑯ 但是，德沃金列举的原则也可以被表现为规则这种“事实 + 结果”的语言结构，例如，“当某个错误的行为被实施后，通过该行为得到的利益应该被剥夺”（这是德沃金的“任何人不能从自己的错误行为中获益”原则的翻版）。法官面对这一“规范”（我们姑且不论称其为规则还是原则）

时，通过与其他规范的权衡，或者在该案中适用该规范，或者否定该规范在个案中的适用，没有其他的选择。这说明权衡根本不是与“要么适用，要么不适用”对立的；确切地说，权衡是过程，“要么适用，要么不适用”是结果。

第二，规则的例外为什么可以完全列举出来？一个原则在个案中可能受到另一个原则的限制，进而导致该原则不能适用，后一个原则可以作为前一个原则在该案件中的例外。而且这一例外很难被事先预测到，因为该例外可能是由法官根据多变的案情确定的，我们很难以例外的形式事先做出无遗漏的安排。按照“一般模式”的理解，规则更为具体，通常比原则更详细地规定了自己的例外情况，但是，这并不意味着规则在适用的过程中不会出现冲突，导致其中一个规则被作为另一个规则的例

⑪ 同注⑧，第 24 页。

⑫ 德沃金把“质”与“逻辑”等同使用是有理由的。因为，逻辑与本体论有着紧密的联系，逻辑在运用的同时预设了本体论上的判断，虽然这些判断不是唯一的。而在本体论层面上不同的事物之所以不同，恰恰对应着它们质的不同。See “Logic and Ontology”, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. 感谢熊明辉教授提醒我关注这一联系。

⑬ 与德沃金针锋相对，拉兹提出法律原则与法律规则之间的差异是程度之别。See J. Raz, “Legal Principles and the Limits of Law”, 81 *The Yale Law Journal* (1972), pp.838—842; See also H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, (2nd edition), Oxford: Oxford University Press, 1961, pp.260—262.

⑭ 同注⑧，第 26 页。

⑮ 同注⑧，第 24 页。

⑯ 同注②，陈林林文，第 3 页。

外。与原则相比,规则的例外更不容易出现,但“不容易”仅仅是程度之别,而不是德沃金所说的质的差别。

第三,法律规则真的没有重要性维度吗?德沃金认为,法律原则具有重要性维度,在个案的适用中,某一法律原则通过与另一法律原则较量重要性,胜出或者败北;相反,法律规则不具有重要性维度。真的是这样吗?两个法律规则在个案中也会存在冲突,这样的冲突怎么解决?当然,在法律体系内存在着制度化的方法,包括效力等级、新法优先于旧法、分则优先于总则等等。但是,这些方法并不能解决所有的问题,例如,效力等级等方面完全相同的两个规则在个案中还是会产生冲突。这些“剩余”冲突不也是依靠规则各自的重要性来决定的吗?除此之外还有别的办法吗?所以,我们只能说,法律规则重要性维度在法律适用中起作用的机会没有法律原则多,但这并不构成质的差别。

有人可能会对我上面的分析提出质疑:规则例外不能被完全列举的原因在于,列举该例外时要借助法律原则,因此,其实是法律原则的例外不能被完全列举,而不是法律规则;法律规则因其重要性在个案中发生的冲突其实是它们背后的法律原则在冲突,而不是法律规则本身的冲突。但是,这种质

疑只能说明,在法律规则冲突的解决过程中,法律原则间的冲突会被牵涉进来,但不能否认作为“开端”的法律规则之间根本没有关于重要性的冲突存在。为什么法律原则的冲突的出现就“取替”了法律规则的冲突?在个案中,两种冲突为什么不能都存在呢?所以,这种质疑不尽合理。

质的差别不能确立对德沃金法律原则理论的目标(挑战法律实证主义的法律概念理论)具有很大的影响。因为,德沃金的论证似乎是:用来说明法律规则,哈特的理论是没有问题的;但是,对另外一种规范类型——法律原则的说明却是不成功的。但是,我们看到,这种“新型”规范与哈特能够成功说明的法律规则并没有质的差别,所以,哈特的理论并不排除一部分法律原则属于法律,例如,立法确立的原则(如我国《民法通则》中的“公序良俗”原则)、司法先例曾经引用过的原则等等。至于其他的原则,哈特认为其属于法律外规范,否定其具有法律资格。假如德沃金试图挑战哈特的理论,区分法律原则和法律规则是没有用处的,更重要的是提出标准区分不同的原则,以对抗哈特对法律内原则/法律外原则。我们可以将此成为“原则再分类问题”。^⑩但德沃金对此没有答案。

三、“质的差别”:几种补救方案

通过前面两节的讨论,我们可以看到,法律原则研究的“一般模式”忽视德沃金理论中的一些重要结论,其中具有代表性的就是法律规则与法律原则之间具有逻辑的/质的差异。在德沃金的理论中,这一观点颇为难解。这可能是其被忽视的重要原因。但“质的差别”这一点并不是无人关心,国内外很多学者提出了各种方案,试图对其进行解释,驱散覆盖在上面的重重疑云。我将讨论四种观点。这四种方案在问题意识、精致程度、合理程度等方面各不相同,有的被特定学者明确表达,有的是从相关的论述中总结出来的。我将逐一对它们做出评价,评价遵循两个标准:(1)该标准是不是能够符

合德沃金的大多数表述,或者主要表述(不然,就谈不上是对德沃金观点的阐释与补救);(2)该标准是不是能够有力地挑战法律实证主义的法律概念理论(不然,则不能实现德沃金的理论目标)。

(一)抽象程度之别

所谓抽象程度之别,即法律原则比法律规则具有更高的抽象程度,这种程度主要体现在词语的使用上。法律原则一般使用更为抽象的词语,该词语具有更广泛的适用范围,即它并不指向具体的时间、地点、人和事件;而法律规则用语更为具体,指向很具体的情境。可以用德沃金的一个例子来说明:^⑪中士应该挑选五名合适的士兵去巡逻。这里

^⑩ 我们后面将看到,德沃金对抗法律实证主义的策略不是“原则再分类”,或者说这根本不是他所关心的问题。而拉兹和哈特在各自的论文中将这种思路“强化”给德沃金。同注⑬,拉兹文,第848—851页;同注⑬,哈特书,第264页。

^⑪ 同注⑧,第31—32页。

使用了“合适”这样一个较为抽象的标准；该标准完全可以更为具体，例如，“五名训练成绩最好”的士兵去巡逻。法律规则与法律原则差别就是建立在这样的基础上。

这里应当注意的是，虽然抽象程度之别与一般模式所主张的确定性之别有着紧密的联系，但是还是有着根本的不同。哈佛大学的弗里德里克·绍尔（Frederick Schauer）教授精致地阐述了其中的差别。^{①⑨}他认为，抽象的用语确实容易导致难以指向确定的结果，造成了适用上的模糊性；但是，这种联系仅仅是实践上的联系，而不是必然的、概念上的联系。也就是说，具体性与确定性、抽象性与模糊性在概念上并不等同。例如，一般认为，美国宪法中禁止“残酷而非常的刑罚”条款是很抽象的，但是，在判断鞭刑是不是这样的刑罚，法官们几乎无异议地做出肯定的回答，可见，抽象也可以对应着确定性。相反，具体的规定也可能出现多个答案让人举棋不定的情形。

试图用抽象性/具体性来区分法律规则和法律原则是不是成功呢？并不成功。原因不难找到。首先，与确定性/模糊性一样，抽象性/具体性是程度之别，并不是德沃金所谓的质的区别。拉兹在一篇批评性文章中对法律原则和法律规则做出了“抽象性/具体性”的理解，^{②⑩}德沃金在回应文章中坚决予以拒绝。^{③⑪}其次，假如法律原则的独特属性是抽象性的话，这种原则理论对哈特版的法律实证主义毫发无损，因为，上面列举的禁止“残酷而非常的刑罚”，其来源就是“美国宪法”这一渊源，而法律实证主义完全可以成功地包含它。

（二）实定性之别

这是表面上很有说服力的一个区分，它似乎能够对法律实证主义构成致命的威胁。具体内容如

下：法律规则是具有正式形式的规范，^{④⑫}或者反过来讲，具有法定形式的规范才是法律规范。当然何谓“正式”的形式，这种理论说得并不是十分清楚。但是，持有这种观点的学者都隐含地承认了实证主义提出的“渊源”就是正式形式，例如，宪法、制定法、判例、司法习惯等等。而没有被这些正式形式“识别”或者“认可”的规范就是（法律）原则。

这里的“法律”之所以加括号，原因在于并不是所有赞同这一分类标准的人都将不能被正式形式认可的规范视作法律。有些学者阐述了这一标准，同时不认为这些规范是法律，而认为它们是道德原则，例如，美国学者拉里·亚历山大和肯尼斯·克莱斯、绍尔。^{⑤⑬}而我国的一些学者在坚持同样的区分标准的前提下，认为这些规范也属于法律的一部分。这可以从他们区分“实定法律原则”和“非实定法律原则”中可以看出：^{⑥⑭}两者虽然在有无法定形式这一点上不同，但都属于法律。

假如存在这些非法定形式的法律，法律实证主义命题确实遭遇了挑战。也就是说，实证主义提供的渊源标准不尽全面，并不能识别出所有法律，至少它遗漏了“非实定法律原则”这一重要的法律规范类型。而且这种理论似乎与德沃金提出的建构性解释的观点有着暗合之处，因此似乎可以看作是对德沃金的正确解释。德沃金在《法律帝国》中提出，^{⑦⑮}对法律进行建构性解释的时候，要满足两个要点：符合性（fit）与合理性（justification）。这很容易让人觉得德沃金确立了两个判断“何为法律”的标准：“符合性”对应的是法律实证主义的渊源标准，即满足既有的法律渊源；合理性提出的是道德标准，该标准识别的规范不是依靠制度渊源识别的，而是由规范本身的道德性决定的。^{⑧⑯}

①⑨ See Schauer, “Prescriptions in Three Dimensions”, 82 *Iowa Law Review* (1997), pp.912—913.

② 同注①③，第838页。

③ 同注①③，第78页。

④ 同注①③，第916页。See also Larry Alexander & Ken Kress, “Against Legal Principles”, in (ed.) *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1995, pp.280—281.

⑤ 同注②③；同注①④。

⑥ 例如，同注①④，舒国滢文，第28页。

⑦ See Dworkin, *Law's Empire*, Oxford: Hart Publishing, 1986, pp.254—258.

⑧ 德沃金的另一理论观点也会被拿来支持这种解读，即建构性解释分为前解释阶段、解释阶段、后解释阶段。其中前解释阶段要确定建构性解释的对象，确定的标准是对“什么是法律原材料”达成的“很高程度的共识”，这仿佛是承认法律实证主义标准在前解释阶段的正确性；而解释阶段与后解释阶段提出的标准是对法律实证主义标准的补充。同注②⑤，第65—68页。

但我认为,这种区分标准的正确性仅仅是表面的,经不住进一步质疑。首先,这种解释将“法律与道德之间不存在界限”这样一个不合理观点强加给德沃金。根据这种区分标准,除了具有正式渊源的规范是法律外,还有一部分规范因其自身的道德性而拥有法律身份,这将导致划分法律与道德的界限是不可能的。另外,这两个识别法律的标准(渊源和道德性)是可能存在着冲突的,在确定什么是法律时如何解决这种冲突,德沃金也未予以明确解说。他似乎留下了一大块理论空白等待我们的批评。最为关键的是德沃金本人并不接受这种解说,他认为法律与道德之间的界限是存在的;^②而且他也承认恶法同样可以是法律,即使这种法律没有满足合理性的条件。^③德沃金这些相反的观点不能不让我们对上述区分标准持保留态度。

第二,这一宽泛法律概念没有为司法实践增添价值。即使我们接受了“渊源+道德性”标准,但是,接受这一奇怪的法律概念有什么好处呢?有人可能认为,把法律原则(道德)包含进法律体系可以使法官运用它们缓解规则的僵硬,使法律体系更具灵活性,更符合道德准则,有时还可以填补法律漏洞。但是,即使我们持有通常的法律概念,道德对法律的这些助益同样可以得到。一个持守法律实证主义信念的法官也同样可以到“法外”寻找道德标准,弥补法律体系的各种缺陷。当然他们时刻警告自己不可随意,要自我约束,但不意味着他们不可以这么做,或者他们做得会比赫尔克勒斯(Hercules)差。^④总之,不认可这些道德规范的法律地位仍然可以运用它们,用拉兹的话说,法官运用的不全是法律,他们可以援引外国法甚至道德。^⑤

第三,这一宽泛的概念不能带来明显的理论价值。德沃金认为,法律实证主义的法律概念不能很好地说明法律实践的真实处境,特别是不能很好地说明法官的义务。^⑥这就是说,与法律实证主义的

法律概念相比,德沃金的宽泛法律概念虽然不能带来实践价值,但是能够更好地“说明”实践,即具有更高的理论价值。但是简单地引用德沃金的这一观点来支持“实定/非实定”标准是草率的。有如下的难题将等待回答:为什么法律实证主义的法律概念就不能成功地说明司法义务?如果“法官有义务依据渊源识别并适用法律,并在特定情况下可以寻找法律外规范弥补法律漏洞,纠正极端的不正义,或者用来解释法律”——这是标准的实证主义法官义务观,这种解释似乎更为普及,为什么它就是不成功的呢?为什么只有把道德原则视作“法律”才能够成功地说明法官的义务?不视作“法律”就说明不了吗?不回答这些问题,仅仅引用德沃金的观点是无济于事的。而我认为,对德沃金“司法义务说”的正确解读恰恰不支持“实定/非实定”的划分标准,我们在第四部分将讨论这一问题。

(三) 形式原则之别

这一区分标准主要来自于阿列克西。他认为,^⑦法律规则与法律原则具有不同的特征:法律原则只具有初步性(prima facie)特征,即法律原则只能为行动指出方向,但不能决定结果,因为它可能被其他更有力的原则击败;法律规则一般都具有确定性特征,即一般都能够决定一个确定的结果。但是,法律规则也有例外,出现例外之时,法律规则的确定性特征就丧失了。但是,这种失去了确定性特征的法律规则与法律原则还存在着不同:法律规则不仅仅凭借自身的“份量”与其他法律原则进行较量,它背后还有“形式原则”的支持。所谓的形式原则就是,法律规则是由权威机构通过或者采用的,所以也构成一种支持法律规则理由。换句话说,法律规则既有自身理由的支持,也有形式原则提供的理由支持,当一个法律原则与法律规则发生冲突的时候,法律原则将面临两个对手。

② 同注③,第59—61页。

③ 参见德沃金对纳粹有无法律的探讨,他并没有斩钉截铁地否定纳粹法律的法律属性。同注③,第101—104页。

④ See H.L.A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1983, pp.68—70; See Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford: Clarendon Press, 1979, p.199, p.206.

⑤ 同注③,拉兹文,第844页。

⑥ 同注③,第30—31页。

⑦ See Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp.57—58.

国内很多学者都引用了阿列克西的观点。^③但是，这种区分标准是成功的吗？我认为，它至少面临着如下的困难：

首先，法律规则和法律原则在这里并没有质的差异。根据阿列克西的理论，法律规则虽然在通常情况下能够确定一个正确的法律答案，但是，这种确定性不是必然如此的，仅仅是由于特定的实践环境造成的。在某些情况下，法律规则与法律原则没有区别，都要凭借自身的重要性或者份量去参与较量。尽管法律规则有形式原则的支持，但这只意味着法律规则是两个原则的结合（法律规则自身的重要性+形式原则）。任何一个法律规则都可以分解为两个法律原则，这根本没有改变它的法律原则属性。

其次，形式原则论对法律实证主义没有太大的挑战。该理论中的法律规则与法律实证主义的渊源标准下的规范没有差别。渊源本身就是权威机构颁布的结果，而形式原则的说服力正是由权威性提供的，即因权威的重要性，所以赋予相关标准形式原则的支持。但是，没有形式原则支持的法律原则为什么是“法律”，而不是“道德”呢？把它看作法律有什么实践上价值或者理论上的价值呢？在这里，形式原则之别遇到与“实定/非实定”标准同样的困难（参见3.2），我们无法在德沃金那里找到答案。

（四）理由类型之别

把法律规则和法律原则看作是两种不同类型的理由，进而因其理由类型上的不同确定质的差别，这种思路基本上是受到约瑟夫·拉兹关于行动理由理论和规则理论^④启发而出现的。这种思路认为，法律原则是拉兹所说的一阶行动理由（first-order reasons），而法律规则是二阶行动理由（second-order reasons）。在使用时，一阶理由与其他理由相衡量而确定结果，二阶理由不与其他理由相衡量，而是排除对其他理由的考量，即这些被排除的理由没有

进入衡量的过程，尽管它们可能非常地重要。二阶理由之所以能够具有如此的功能，是因为二阶理由一般都是由权威颁布的理由，而权威代替他人做出的决定要比他人自己的决定更佳，所以权威的决定就代替了（或者“排除了”）自己的衡量。^⑤

在我国明确表达了这种思路的学者有陈景辉、范立波和王鹏翔。范立波的观点与其他两人有着一处明显的不同：他前后一致地坚持了法律规则是二阶理由的观点，而这一观点在其他两人那里都没有被彻底地贯彻。王鹏翔认为，由权威颁布的法律规则是排他性理由，它排除了当事人对相关理由的考量，但是这种排除不是全面的，还存在着重新进行考量的可能性，原因在于权威没有全面考量所有理由，或者忽视了个案中的特殊情况。^⑥陈景辉认为，权威作为规则正当化的依据，使得规则能够作为二阶理由来发挥作用。但是，法律规则可能存在正当化缺陷，这个时候法律规则变得和法律原则一样，作为一阶理由与其他理由进行较量。^⑦

我认为，如此看待二阶理由是有问题的。因为二阶理由能够排除对其他理由的考量是源于“权威对理由的考量更为正确”，即二阶理由恰恰是建立在“正当权威”的基础上。所以，我们无法说二阶理由存在着“正当化的缺陷”，该缺陷使得二阶理由重新变为一阶理由。假如这种缺陷存在，恰恰说明该理由根本不是二阶理由。具有缺陷并开启了重新衡量的可能性根本就不是二阶理由发挥作用的方式，我们再把这样的东西称为二阶理由犯了概念上的错误。所以，我觉得这种看待二阶理由的方法是前后不一致的。

与此对照，在《原则、规则与法律推理》一文中，范立波始终如一地坚持了拉兹关于权威、二阶理由的观点，并把这种观点与规则/原则的质的差别联系起来。他认为，^⑧规则分为概要性规则和自治性规则。前者涉及的事务较为简单，众人可以分别依据自己的判断而达成一致性的规则；而关于后

③ 同注①，王夏昊文，第108页；同注⑤，第19页；同注①，陈景辉文，第123—125页；参见王鹏翔：《规则、原则与法律说理》，载《月旦法学教室》第53期；参见王鹏翔：《论基本权的规范结构》，载《国立台湾大学法学论业》2005年3月，第20—22页。

④ See Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, New Jersey: Princeton University Press, 1990, pp.35—48.

⑤ See Joseph Raz, "Authority, Law and Morality", 68 *Monist* (1985), pp.296—300.

⑥ 参见王鹏翔：《规则、原则与法律说理》，载《月旦法学教室》第53期。

⑦ 参见陈景辉：《规则、道德衡量与法律推理》，载《中国法学》2008年第5期。

⑧ 参见范立波：《原则、规则与法律推理》，载《法制与社会发展》2008年第4期。

者很难形成一致的判断,或者个人根本没有充足的能力对其做出判断,所以,众人将判断的权力交给了权威机构,权威机构做出的判断即为自治性规则。概要性规则与原则较为接近,都是行动的一阶理由,它们在与其他的一阶理由的较量中依自己的“重要性”而胜出,即按照德沃金所谓的“衡量”的方式发挥作用;而自治性规则是具有排他性的二阶理由,只要在其排除的范围之内,任何强度的理由都被排除在考量的范围之外。

应该承认,范立波的讨论很重视理论内部的一致与融贯,其发展出的解决法律规则与法律原则冲突的技术方法既遵照了二阶理由发挥作用的方式,又能够成功地说明了法治实践中的一些通行的做法,例如法官造法、纠正某些规范使法律体系更加融贯。应该说,这是国内迄今为止对相关问题最为精到的讨论。但是,这种解读具有如下的缺陷:

(1) 把法律规则看作二阶理由与拉兹的某些观点存在冲突。

把法律规则看作二阶理由意味着法律规则不依自身的价值与道德规则进行衡量,而是将相关的规则排除到考量的范围之外。这将意味着(a)法官没有权力依据道德对法律规则做出修正,因为道德已经被作为一阶理由排除在考量的范围之外。另外,法律规则是权威颁布的规则,其之所以具有“排他性”功能,原因在于权威的決定要优于个人的決定。这将意味着(b)法律规则都具有道德上的正当性,至少法律体系整体上具有道德正当性。但是(a)、(b)这两个结论与拉兹的理论都是有矛盾的。首先,拉兹在讨论司法方法时,承认法官在特定的情形下,是可以不适用某一法律规范,到法

律外寻求裁判依据,^③这一结论与(a)结论形成了对立。其次,拉兹认为,识别法律规范无需求助于道德标准,法律规范与道德价值之间存在着规范性空隙,这意味着法律规范可以是不符合道德的,法律规范未必比个人的决策更具有理性,^④这一结论与(b)结论形成了对立。这些不一致的地方促使我们反思“法律规则是二阶理由”这一前提是否合理。^⑤

(2) 理由类型之别不能有效挑战法律实证主义。

德沃金的法律原则理论的攻击目标是以哈特为代表的法律实证主义,假如把理由类型作为法律规则与法律原则区别的标准,将不能有效地完成这一理论使命。因为,一阶理由/二阶理由这一区分是从哈特的“两种规则”理论中发展出来的,虽然有所不同,但是并无明显的矛盾之处。哈特认为,在前法律社会中只存在“基础规则”(primary rules),该种规则具有不确定性、静态性、缺乏有效执行等缺陷。“二级规则”的引入克服了这些缺陷,因为二级规则实质上带来了识别(recognize)、改变(change)、实施(enforce)“基础规则”的权威标准。^⑥“二级规则”的出现意味着法律的诞生。在《论边沁》中,哈特对早期的这一思想又有了进一步的发展,他认为,“二级规则”实质上给人们带来的是独断性理由(peremptory reasons)。^⑦虽然拉兹的理论 with 哈特有着重要的差别,但都认为法律具有“权威性”,这给人们带来特殊的行动理由。总之,经过理由类型改造的法律原则理论与哈特的理论冲突不大,无法达到德沃金的理论目标。

四、两种规则理论

在这一部分,笔者将推荐一种对法律规则和法律原则差异的解读,并尽力提供理由支持它。笔者的理由具有两个方面:(1)这一解读符合德沃金的

基本论述;(2)这一解读能够有效地挑战法律实证主义的法律概念理论,实现德沃金的理论目标。

(一) 法律原则理论实质上是另一种规则理论

③ 同注②,拉兹书。

④ Raz, "About Morality and the Nature of Law", 48 *The American Journal of Jurisprudence* (2003), pp.12—13.

⑤ 我认为,拉兹的观点是:道德规则是二阶理由,法律规则“主张”自身是二阶理由。

⑥ See H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, (1st edition), Oxford: Clarendon Press, 1961, pp.89—96.

⑦ See H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1982, p.254.

我的基本观点^④由两部分组成：（1）德沃金的法律原则理论不应被看作在法律实证主义意义上的规则之外，又向法律概念中增加了另外一种规范——法律原则；（2）他的法律原则理论应该被看作对“什么是规则”这个问题给出了与哈特完全不同的哲学回答，换句话说，他提供了另外一种规则理论来替代哈特的“规则实践理论”。

我们在 1.1 中讨论过，法律原则研究的“一般模式”认为，法律原则是不同于法律规则的另一种类规范，即这是关于规范分类的研究，其中包括分类标准、差异的程度等等问题。我们可以将其统称为“分类学问题”。但德沃金的法律原则理论并不

是要解决“分类学问题”，他也并不试图提供一个外延更广的法律概念（“法律规则 + 法律原则”），借此来否定哈特更窄的法律概念（只包括“法律规则”）。换句话说，他并不是要提供一个更复杂的法律效力标准（“法律实证主义标准 + 道德标准”），借此来否定法律实证主义的单一标准。德沃金攻击法律实证主义的法律概念理论的方法是在同意后者的效力标准和概念外延的前提下，对这一效力标准给出完全不同的哲学说明，即对法律的效力标准的说明无法离开“道德”这个概念，进而否定法律实证主义坚持的“法律与道德没有必然联系”结论。

表 3 其他解读与本文推荐的解读比较

	试图解决的问题	效力标准	法律概念外延
其他对德沃金的解读	分类学问题	比法律实证主义更复杂	比法律实证主义更广
本文推荐的解读	哲学说明问题	与法律实证主义相同	与法律实证主义相同

既然德沃金的目标是要为法律规则提供一种不同于哈特的哲学说明，那么，这种说明是什么呢？答案是德沃金针对哈特的“规则实践理论”提出了一种“规范性规则理论”。这种理论认为，像哈特那样，将规则看作包含人们主观态度、行动的一致性实践是错误的，根本上误解了规则的本质；由于规则是法律得以成立的基本要素，这一误解进一步造成了对法律的效力标准（承认规则）本质的误解，“法律与道德没有必然的联系”这一错误的结论就源于这一系列误解。

德沃金认为，对规则进行正确的理解必然离不开“客观价值”这一概念。^⑤“客观价值”是对价值本质的一种说明，即价值既不是人的主观偏好，也不是某一具体社会环境的产物，而是人类共享的、任何人都无法否认的、与人类共生的东西。我们的任何具体的价值，如善良、勇敢、效率，都内在地、隐含地预设了“客观价值”。规范（规则）是具有规范性的实在，离开了“客观价值”，其规范性本性就难以得到合理的说明。将价值理解为个

人偏好，或者人类一致性实践都对价值本质的误解，进而也无法说明“规范性”这一概念以及其衍生出的权力、义务、责任等概念。因此，假如我们把规则看作是一个“规范性概念”，那么，对规则的说明必然要牵涉客观价值，必然要否定哈特的“规则实践理论”。我们将在 4.3 中具体说明为什么借助“客观价值”对规则的理解要优于哈特的“规则实践理论”，这里仅仅概括地说明。

（二）此种解读符合德沃金的基本论述

1. 符合德沃金对法律原则理论的最新诠释。德沃金在新著《法袍下的正义》中明确讲到，他所关心的理论问题并不是分类学问题。他并不主张，在法律规则之外，法律还应该包含其他种类的道德规范。所以，德沃金说，“追问某些道德原则是不是法律”本身就是问了一个错误的问题。^⑥而且德沃金认为，很多的学者（如 Scott Shapiro，哈特，Jules Coleman）都把自己的理论看作是解决“分类学问题”的，并依据这一点展开对自己的批评，他

^④ 还可参见两种虽然不同、但很有启发性的观点。See Timothy Endicott, “Are There Any Rules?”, 5 *The Journal of Ethics*, 2001, pp.201—203; See Michael Moore, “Legal Principles Revisited”, in *Educating Oneself in Public: Critical Essays in Jurisprudence*, Oxford: Oxford University Press, 2000, pp.227—229.

^⑤ 对这一概念最为详尽的讨论，see Dworkin, “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It”, 25 *Philosophy & Public Affairs* (1996) .

^⑥ See Dworkin, *Justice in Robes*, Massachusetts: Harvard University Press, 2007, pp.4—5.

们一开始就误入了歧途。^⑦

当然,产生这些广泛的误解责任并不全在于批评者,德沃金的法律原则理论在论述上存在着模棱两可之处,容易让人误以为他要处理“分类学问题”。例如,在《规则模式 I》(1967年)中,德沃金有如下的表述:

“我认为,实证主义是一种规则的模式或者规则体系的模式,它认为存在着单一的识别法律的基本检验标准,这使我们忽视了那些不是规则的标准所具有的重要地位。”^⑧

“与规则相同,(他们都)把原则和政策集合体看作同样意义上的法律;把它们看作约束社会中官员的标准,控制他们做出的关于法律权利和法律义务的判决。”^⑨

相同的表述在《规则模式 I》中还可以找出很多。这些表述似乎表明德沃金对法律实证主义的法律规则没有异议,但其忽视法律原则是法律实证主义的错误所在。德沃金在《法袍下的正义》中承认自己早期的表述容易带来这些误解,也使得近40年的法哲学浪费了太多的笔墨。^⑩但德沃金认为,相隔5年后(1972年)发表的《规则模式 II》就已经消除了这种误解。

2. 符合《规则模式 II》中的相关论述。在《规则模式 II》中,德沃金认为,对《规则模式 I》的批评都是建立在一个错误的基础上,即这些批评者没有看到社会规则(social rules)与规范性规则(normative rules)这一重要区分。

“社会规则”实际上是哈特所持有的规则理论的代名词,该理论认为,规则与习惯的区别在于,人们对规则持有一种一致的“内在观点”,它包括两方面内容:(a)人们把规则作为行动的理由;(b)对偏离规则的行为提出批评。^⑪“内在观点”

实际上是规则下的行动者主观态度。此外,再加上外在行为上的一致就构成了规则得以成立的“实践条件”,因此拉兹称哈特的规则理论为“规则的实践理论”。^⑫也就是说,这种理论认为,规则可以化约为人的态度和行为组成的社会事实。^⑬

德沃金认为,哈特的规则理论根本上是错误的,他提出了另外一种规则理论(参见4.1),其代名词是“规范性规则”。^⑭针对哈特的理论,这种规则理论强调,说明规则必须借助“客观道德”,而且“客观道德”是不能被化约为事实的,即使“社会实践”这种事实也不可以。

当我们确立了这一区分,而不是眼睛盯着“分类学问题”,才会发现很多针对《规则模式 I》的批评都是不准确的、无力量的。我们讨论其中两个。^⑮

第一,萨特若斯(Sartorius)的批评:^⑯法律与道德之间是存在界限的,这一点应该不会引起质疑,即使哈特的承认规则有缺陷,但是经过些微的改造还是可以包含德沃金提出的原则的。德沃金的回应直截了当:我并不是说法律与道德之间不存在界限,但是我不同意这一界限是由社会规则确定的;相反,我认为这一界限是由特定的或者某些规范性规则确定的。^⑰借助我们前面确立的关键区分(“社会规则”指代规则实践理论;“规范性规则”指代客观道德观照下的规则理论),我们可以看到,德沃金反对的不是法律的界限,而是法律实证主义对这一界限的本质的解读(“实践”),他主张对借助“价值”对这一界限进行哲学上的说明。

第二,同样源于萨特若斯的批评:用制度性支持不是可以很好的说明法律原则吗?并非所有的原则都是法律,只有那些得到制度支持的原则才能够

⑦ 同注④,第232—235页。

⑧ 同注⑧,第22页。

⑨ 同注⑧,第38页。

⑩ 同注④,第246页注释6。

⑪ 同注④,第86—88页。

⑫ 同注④,第49—53页。

⑬ “实践”一词在这里被当作一种事实看待,这与传统哲学对“实践”的理解是有差异的。See J. Finnis, *Fundamentals of Ethics*, Oxford: Clarendon Press, 1983, ch.1.

⑭ 同注⑧,第51页。

⑮ 另外两个是源于自由裁量权、规则原则的区分的,限于篇幅,不做讨论。

⑯ 同注⑧,第59页。

⑰ 同注⑧,第59—61页。

被称为法律，^⑧ 这难道不对吗？德沃金认为，制度性是法律的重要属性，这不假；但是，用本质上是社会规则的承认规则来说明制度是不成功的。因为，当某人援引某一制度来支持自己的论点时，仅仅说该制度代表着“很多人的一致态度”这一事实是不够的，他还要引用政治理论，来说明为什么这一制度具有合理性，应该被服从。这不可避免要从社会事实转向政治价值。^⑨

3. 符合《规则模式 I》中的相关论述。用上述证据来说明，我的解读符合德沃金的基本论述可能并不能使所有人信服。因为，比较集中代表德沃金法律原则理论的文章是《规则模式 I》，《规则模式 II》毕竟事隔 5 年，他可能暗中改变了早年的观点。因此，仅凭其符合后期观点就断然认为这一解读符合《规则模式 I》是武断的。这里我要说明，尽管德沃金早期观点较为模糊，但是社会规则/规范性规则这一区分在《规则模式 I》中已经可以推断出来，用德沃金的话说，“我不认为我后期的论证与早期的论证存在重要的差别”。^⑩ 我们通过德沃金早期对规则与原则的三个区分标准（参见 2.1）来展示这一点。

（1）适用方式的差别。

规则的适用方式是“要么适用，要么不适用”，原则的适用方式是“权衡”。这意味着规则之间不可能发生冲突，不可能因冲突而需要“权衡”。这一点经常遭人诟病。但是，我们只要牢记德沃金这里讲的并不是两种类型的规范，而是两种规范（规则）理论，德沃金的理论就不是荒诞不经的，反而显示了他对法律实证主义精确的概括力。

按照哈特的“规则实践理论”，两个规则仅仅是两个社会事实，即两个不同的一致性实践。两个既存事实之间是不可能存在矛盾的。要理解这一点我们可以设想，我在 t 时间说“张三很善良”，又在 t' 时间说“张三不善良”，假如把这两个说话行为看作纯粹事实，它们并没有什么矛盾的，即一个人说了自相矛盾的话并不是不可能的，也不违背物理学上的任何定律。^⑪ 但是，当我们把它们看作规

范性判断，那么，矛盾就出现了，我们必须做出“权衡”以判断那个言说更正确。也就是说，按照哈特的规则理论，规则不可能发生冲突，这明显违背常识；只有按照“规范性规则理论”，规则冲突才可能发生，才能很好地说明常识。德沃金对这一点的观察非常敏锐。

（2）列举例外的差别。

规则是可以完整地列举出它的例外的，而原则没有办法做到这一点。这一点本来也是疑点重重。我们再试图用社会规则/规范性规则区分来理解它。按照哈特的理论，规则是由实践（一致性态度与行为）构成的，这些实践可以相当复杂，例如，划定哪些规则具有优先权，哪些规则只具有“替补”作用，这就确定了前一规则作为后一规则的例外。尽管实践可以如此复杂——甚至延续几百年，但终究是有限的，因此，这些“例外”也是有限的，所以，德沃金说，（哈特所说的）规则的例外是可以完整地列举出来。

而按照“规范性规则理论”，规则（即德沃金所说的“原则”）并不等同于人的实践，它是一种客观的价值，与有限的实践有着重要的差别，它在适用于将来的案件时，可能会产生与过去不完全相同的优先排序，因此德沃金意义上的规则（即“原则”）的例外是不能被完全列举出来的。

（3）重要性维度差别。

规则不具有重要性维度，原则具有重要性维度。为什么会这样呢？有些规则不是在个案中比另一规则更重要而被适用吗？按照哈特的规则理论，两个规则即两组实践，或者说两个社会事实，事实之间是无所谓价值重要性的。就像我们无法说作为事实的“士兵的队伍前进”与“士兵的队伍后退”那个更有价值，我们只有结合具体情景和价值才能够做出判断（追击/溃败）。也就是说，哈特的规则理论根本无法说明规则的指引是价值指引，也无法说明不同的指引在个案中要凭借各自的“重要性”予以选择、判断。这一司空见惯的性质只有借助“规范性规则理论”（即“原则”）才能够得到说明。

⑧ 同注③，第 65 页。

⑨ 同注③，第 67—68 页。

⑩ 同注④，第 233 页。

⑪ 与此相对照，“我在 t 时间说了张三是善良的”与“我在 t 时间没说张三是善良的”作为纯粹事实是矛盾的。

(4) 质的差别。

法律规则与法律原则之间存在着质的差别,这是德沃金对上述三个标准的定性。我们曾经寻找过各种各样的标准来确立质的差别,似乎都不成功。借助社会规则/规范性规则的区分,我们认识到,德沃金所要确立的差别并不是两种类型的规范之间的差别,而是两种性质截然相反的规则理论,这两种理论相互排斥,无法相互化约。哈特的理论认为,规则是由一致性实践组成的,实质上是一种社会事实,这也是“法律与道德没有必然联系”命题的根源所在。而德沃金针锋相对地认为,不借助道德,规则将无法得到准确的理解,特别是将误解规则所具有的规范性以及产生权利、义务的能力,因此,法律与道德有着必然的联系。这两种理论得出的结论相互否定。在这个意义上,它们之间存在着质的差别。

(三) 规范性规则理论优于规则实践理论

对这个问题的回答直接关系到德沃金的理论是否能够形成对法律实证主义的挑战。我们可以从以下三个方面看到规则实践理论的缺陷。

1. 不存在一致性实践,仍然可以存在规则。德沃金举了一个素食主义者的例子:^②素食主义者主张,“每个人都不应该杀生取食”。尽管在他所在的社会中并没有形成一致性的实践,即只有很少人才认同这一规则,但我们不能否认该规则是存在的。有人可能会反驳说,这里根本不存在所谓的规则,存在的仅仅是个人的信念。但是,这是对该素食主义者的主张的误解,他并不认为自己的主张只对自己适用,他认为,该主张应该适用于社会中的所有人,其他人并不认同这一规则是因为他们没有认识到该规则所体现的价值;假如认识到该价值后,自然会形成对该规则的普遍认知。

2. 即使存在一致性实践,规则也不以之为存在条件。规则一般都伴有一致性实践,即社会中很多人都会对该规则表示主观赞同的态度。这给人留

下了一种错误的印象,似乎规则是离不开一致性实践。但德沃金认为,这种“伴生”虽然较为普遍,但并不意味着一致性实践就是规则存在的条件。他认为,只要区分惯习性规则(conventional rules)和偶合性规则(concurrent rules)就可以清楚地看到这一点。^③

惯习性规则之所以可以作为人们的行动理由部分原因^④在于一致性实践的存在,例如,为什么“右侧行驶”会成为规则,部分的原因在于所有人都右侧行驶导致某人的左侧行驶会给交通带来很大的麻烦;假如所有人都左侧行驶,那么右侧行驶就是就会被认为是错误的。可见惯习性规则的作用主要在于协调人们的行为,使各种行为不至于相互冲突。只要两种协调方式可以达到同样的协调效果,到底应该选择哪种,惯习性规则再所不问,我们称惯习性规则的这一特点为“任意性”。^⑤

偶合性规则作为人们的行动理由是源于该规则所追求的价值,而不是人们的一致性实践。例如,“不得杀人”这条规则之所以成为行动理由,不是因为很多人都认可这条规则,而是由于人的生命作为重要的价值不容无正当理由地剥夺。尽管很多人认可这一点更增加了我们做出这种价值判断的信心,但是,共识的存在并不是我们认可这条规则的理由。

现在我们的问题是法律仅仅是惯习性规则吗?法律仅仅是协调人们的行为,使彼此不相冲突吗?看来答案是否定的。^⑥我们不会说,因为都可以实现行为的协调,法律“禁止盗窃”与法律“允许盗窃”是完全一样的。我们知道两者存在很大的差别:前者体现了个人财产自主的价值,后者违背了该价值。法律恰恰是追求各种价值的,而非仅仅是协调行为,这从“大多数的法律规则并非是可以随意做相反的规定”就可以看出来。法律之所以经常伴随的一致性实践,源于众人价值判断上的偶然相合,这并不意味着“一致性”是规则存在的条件。

^② 同注⑧,第52—53页。

^③ 同注⑧,第53—54页。

^④ 惯习性规则也要依赖于价值,例如在右侧行驶的例子中该规则就保障了“交通便利”这一价值。所以,我们只能说惯习性规则作为行动理由“部分原因”在于一致性实践。

^⑤ Andrei Marmor, “Legal Conventionalism,” in (ed.) Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law, Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 203—204.

^⑥ 哈特对这一问题的回答是肯定的,同注⑬,哈特书,第256页。

3. 即使实践发生分歧时，规则也可以存在。通过前面的分析，我们看到，一致性的实践并不是规则存在条件，而客观价值对于规则的存在是最为关键的。那么，在价值观点出现分歧的时候，规则是不是还存在呢？

按照哈特的社会规则理论，人们之间没有形成一致性实践，规则就是不存在的。但是，按照德沃金的观点，^⑦ 价值观点上的分歧并不意味着客观价值不存在。确实，在分歧的情况下，人们各自持有不同的价值观点，相互矛盾，相互争论，没有办法确定一个最终的答案。但这种分歧只是关于“客观价值在个案中如何实现”的分歧，并不否认客观价值的存在；相反它反而预设了客观价值的存在。

有人可能会问：分歧时强调客观价值的存在，或者否认客观价值的存在，这里有什么差别吗？关键的差别是否否认客观价值就误解了道德争论的本质。之所以不同的道德观点会被称之为“分歧”，而不仅仅是“差异”，根本原因在于双方都要为自己的道德观点提供理由支持，并且尽力提供更有力度的论据，以否定对立的观点。这一过程完全是诉诸理由、符合理性的。但与此相对照，在有些不同于道德的领域中，人们仅仅将“不同”看作是“差异”而不是“分歧”，并不认为需要彼此进行争论，也无需诉诸进一步的理由。例如，有人认为苹

果好吃，枣不好吃；另一人认为对两者的看法恰好相反。一般情况下，我们并不会认为两人需要提供太多的理由来支持各自的观点，并反驳对方的观点。我们会觉得，这仅仅是口味而已，并不存在一个客观的标准来衡量这一领域。假如认为在道德观点出现分歧时，客观道德存在与否无关重要，就将错误地将道德实践看成了像口味那样的差异，根本地误解了人类的这一重要的生活领域。

只要当人们认为该种客观价值需要在全社会的范围内普遍推行时，分歧中预设的这种客观价值就可能给我们带来规则。因此，在这个意义上，实践上的分歧态度并不能否认规则的存在。

4. 小结：只有客观价值才能说明规则的规范性特征。规则具有规范性特征，这一点法律实证主义者与德沃金都举双手赞成。哈特在反对奥斯丁的法律概念理论时强调的也是后者的观点不能妥当地说明法律的规范性。^⑧ 对这一特征的哲学说明催生了他的“规则实践理论”。但是，我们看到人们遵守规则并不是因为他人一致性的实践（“别人这样做，我也这样做”），也不是因为自己的主观态度（“我想怎样做，就怎样做”），根本上，规范性是来源于客观价值这一道德行动的最终标准。因此，哈特的规则理论是有缺陷的，德沃金也正是针对这一缺点展开了对法律实证主义法律概念理论的挑战。

五、结 论

总之，国内关于法律原则的讨论已形成一种模式，讨论者都是从法律规则与法律原则分类的角度去研究两者在法律推理中的不同角色。这种理论模式一方面无一例外地引用德沃金的相关论述，一方面忽视德沃金的一些重要观点。这种悖反都是源于我们不理解德沃金的理论对手是法律实证主义法律概念理论，把自己的问题意识塞给了阅读对象。

我们主张，准确解读德沃金的思想要满足以下两个条件：（1）符合德沃金的基本表述；（2）较好地实现挑战法律实证主义法律概念理论的目标。在这两个条件约束下，我们认为不能从分类学的角度去理解法律规则和法律原则，而应当将它理解为提

出一种不同于哈特的规则实践理论的规则理论，即规范性规则理论。这番探究告诉我们，在研习西方法哲学理论时，应该不仅仅从自己原有的问题、角度出发，实现相同概念的“简单对接”，还要反思阅读对象针对的理论问题，依据问题脉络，对阅读对象进行“建构性解释”，澄清其模糊之处，提炼其正确观点。如此才能够进入“语境”，实现同情地理解，法哲学研究才能够既不脱离传统理论脉络，又不沦为“法哲学史研究”；假以时日，或许能够对法哲学的研究做出自己的贡献。

（责任编辑：杨知文）

^⑦ 同注②，第78—85页。

^⑧ 同注②，第二章。