

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

更多▲

使用大字体察看本文

阅读次数: 1208

解构与批判: 分析实证主义法学的社会事实

贺林波

特聘专家

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

【摘要】 分析实证主义法学的基本观点和方法中预设了若干社会性事实作为其论证的前提和基础。本文通过解构分析实证主义法学的内在理路, 提炼出分析实证主义法学预设的社会性事实, 运用自由主义社会理论对这些社会事实进行了批判, 提出了分析实证主义法学更具真实社会基础的可能发展方向。

【关键词】 分析实证主义法学 社会事实

一、引论: 分析实证主义法学有待解决的问题

分析实证主义法学期以来因未说明其预设的社会事实而倍受责难和困扰。分析实证主义法学的研究对象是实在法律制度, 即一个国家中的统治者或主权者所制定或者授权制定的法律制度; 而分析实证主义法学的研究方法与自然科学的经验性研究方法相类似, 并借助了语言分析哲学的基本方法。分析法学家将这两种方法运用到法学领域时并没有对实在法律制度这一社会存在事实进行仔细地分析, 也即是说, 分析法学家在没有将方法所运用的不同领域中的研究对象的性质进行比较的情况下就直接将方法运用到该领域, 进而就得出所谓的结论。而事实上不同领域的研究对象的性质有着根本的区别, 分析实证主义法学的研究对象至少是社会性的, 而自然科学的研究对象不具有这一性质。研究对象性质上的差别使分析实证主义法学的结论不仅是不可靠的, 而且还让人怀疑分析实证主义法学的研究是否还有任何的价值。而另一个社会经验性事实也提出了相同的问题, 即人们在行动时不明确知道相应的实在法律制度是什么, 能够给人们行动以有效指导的规则也肯定不是实在法律制度, 而毋宁说是文化传统前定的规则。这一经验性事实说明, 分析实证主义法学研究的实在法律制度缺乏真实的社会基础, 分析法学家仅从逻辑上来发展规则, 结果是立法者和法学家每天谈论的实在法律制度与人们在实际生活中遵循的规则很少或者根本没有任何的相关性。因此, 我们认为分析实证主义法学的面临着—个必须解决的问题, 也即是分析实证主义法学的社会事实的性质问题, 不解决此问题, 分析实证主义法学将缺乏—个真实的社会基础。

基于这一认识, 本文将避开分析实证主义法学与自然法学传统争议的范围, 直接针对分析实证主义法学的理论进路与预设进行批判。因此, 本文除引论的简短论述之外, 第二部分将对分析实证主义法学的内在理路进行解构, 以厘清其论证进路, 第三部分将对分析实证主义法学的社会事实进行自由主义社会理论的批判, 论文的最后将提出分析实证主义法学的可能发展方向。

二、分析实证主义法学的内在理路

(一) 分析实证主义法学的基本观点

分析实证主义法学肇始于19世纪英国功利主义哲学家边沁, 由边沁的信徒约翰·奥斯丁发展成完善的体系, 20世纪初, 汉斯·凯尔森提出—种比较极端的分析实证主义法学—纯粹法学, 分析实证主义法学的最新的代表人物是H·L·A哈特以及约瑟夫·拉兹等。分析实证主义法学家虽然观点各异, 但是—些基本

观点却没有实质性的差异，概括而言主要是：

1、分析实证主义法学的研究对象是实在法或者严格法的一般理论

所谓实在法是指某一共同体的法律，所谓一般理论是指研究法律规范及其要素，法律规范的整体—法律体系和法律秩序，以及法律秩序的同—性问题等等。实在法的一般理论中不包含法的意识形态和价值问题，分析实证主义法学认为这些问题不是法学的研究对象，而是政治学和伦理学研究的对象。约翰·奥斯丁就宣称“法理学科学所关注的及是实在法，或者是严格意义上的法律，而不考虑法律的善或者恶。”

[1]另一方面，他却认为“立法科学是伦理学的一个分支，其作用在于确定衡量实在法的标准以及实在法为得到认可而必须依赖于其上的原则。”[2]奥斯丁所主张的这种法学与伦理学相区分的观点，是分析实证主义法学最为重要的观点之一，后继的分析法学家都在此基础上进行研究。

凯尔森不仅认为法学与伦理学无关，而且也与法律的社会因素没有关系。他声称法学“旨在结构上分析实在法，而不是从心理上或经济上解释它的条件或从道德上或政治上对它的目的进行评价。”[3]法学所研究的对象是“实际上是这样的法律”，而不是“应当是这样的法律”，后者属于形而上学，而法学是一门科学。“科学必须陈述的对象是实际上是这样的，而不是从某种特定的价值判断的观点出发来规定它应当或不当这样。”[4]法学是以法律现实即实在法作为研究对象，它规定人们“应当如何行为”，而不是以社会现实作为研究对象，社会现实所描述的是人们“实际上如何行为”。因此，法学与社会学也应当有所区别。

哈特对奥斯丁的学说作了重大的修改和发展，在研究对象上也有些许差别，但是在法学的研究对象是实在法这一点上却没有改变。哈特认为，法学主要是研究实在法，但也考虑最低限度的自然法因素，实在法的主要规则要从社会生活中人们的共同意见中发展。哈特在一本《国际社会科学全书》中关于《约翰·奥斯丁》的评论中认为在奥斯丁的三个观点中，他反对奥斯丁的法律命令说，支持实在法与理想法或道德法的区分，而尊重法学的研究范围是分析实在法共同概念的观点。[5]

2、分析实证主义法学一般都以一种形式化的单一因素确定法律的概念

法律的概念的另一种表述方式是“什么是法律”（这里的法律是指分析实证主义法学所称谓的实在法或严格法）。对此分析法学家虽然观点各异，但是却都有一个共同的特点，即用一种单一的形式化的因素来确定法律是什么或法律的范围。

奥斯丁认为，法律是主权者的一种命令。“任何一种实在法都是由特定的主权者对其统治下的某个人或某些人制定的。”[6]但是，并非每一种命令都是法律，只有一般性的命令—强制某个或某些人必须为某类行为或不为某类行为—才具有法律的性质。[7]法律的命令不一定由国家立法机关直接颁布，也可以由得到主权者授权的其它机关颁布，如法院，主权者可以以明示或默示的方式授予其权力。[8]

凯尔森认为，所有法律规范都能从所谓的“基本规范”中推导出来。一项法律规范如果已得到另一项更高层次的法律规范的认可，那么这项法律规范就是有效的。只有规范才能使某种法律渊源合法化，而诸如普遍接受或实际运用等社会事实却不能使它合法化。[9]据此类推，最终会有一项无法找到更高规范的宪法的效力确认，出现这种情况时，凯尔森便诉诸“基本规范”的概念，“基本规范”是法律思想中的一项假设，不是实际规范，其含义是，“人对人的强制，应当根据历史上第一部宪法确定的方式与条件来执行。”[10]基本规范实际上就成为了同一法律体系中所有规范有效的终极渊源。

哈特认为，法律由主要规则和次要规则构成，其中主要规则规定义务，也就是人们的行为模式，而次要规则是发现和改变主要规则的规则，一项规则要成为有效力的主要规则，需要次要规则的认可，其中关键是“承认”规则。哈特认为“承认”规则是法律制度的基础，它提供了用以评价这一制度其他规则的效力的准则，在一个“承认”规则体系中，其中有一个是最高的、最终的。因此，哈特所谓最高最终的“承认”规则其实与凯尔森的“基本规范”是一致的，但是凯尔森认为“基本规范”是一项假定，哈特却认为它的存在是一项事实。[11]

3、分析实证主义法学都以分析法律的一些基本概念为其理论核心

奥斯丁认为，一些较为成熟的法律制度会因它们的概念结构具有许多相同和相似之处而联系在一起，法学的目的就是阐明这些相同或相似之处，唯有如此我们才能获得这样的认识，即那些较为成熟的制度，由于具有完善性和成熟性，从而具有卓越的指导意义。这项工作要求对法律中的一些基本术语如权利、义务、伤害、制裁、惩罚和赔偿等进行分析，并对权利和义务分别进行分类，详尽阐释各个法律制度所固有

的特点。[12]凯尔森通过区分法律规范的伦理性与社会性，认为法学只研究法律规范的规范性，主要是法律规范的性质，如强制性，以及法律规范的效力与实效的区别等等。而哈特却认为主要规则与次要规则及其相互联系是法律科学的关键，他根据语义分析哲学的方法对法律的一些基本概念进行了有成效的分析。

分析实证主义法学还有一些基本观点，如法律与道德之间无必然联系，法律与国家的一般关系以及国际法是不是法等等。由于本文所侧重讨论的是分析实证主义法学的社会事实，因此只选取了于本文有批判价值的一些基本观点，但是这并不意味着分析实证主义法学的其它观点就根本不重要。

(二) 分析实证主义法学的基本方法

分析实证主义法学并非由于观点上的相似性而被归为同类，而是由于方法上的共通性而被归为同一类的。分析实证主义法学共通性的研究方法主要是自然科学经验性的研究方法和语言哲学的语义分析方法。

1、自然科学经验性的研究方法

自然科学的研究对象是人类可以观察到的事实或者是经验性材料。这些事实或者材料通常是可以测度的，也就是说，可以利用人类现有的工具对这些事实或者材料进行观察、测量、区分和归类。测度通常是利用事实或者材料的一些基本特性而进行的，如观察对象的外形特征(长、宽和高等)、热学特征和光学特征等等，这也就必须采用一些标准化的测度指标，如米、摄氏度和亮度等等。通过对可观察的事实或者材料进行标准化的测度，可以得到一些可区分的数据，对这些数据按照一定的假设进行归纳概括，人类就可以得出一些具有必然性或者盖然性的结论。这些结论具有理论的意义，可以对自然现象进行非常有效的，符合人类经验的解释。但是，这些结论却并不一定正确，它还得接受未观察到事实或者材料的检测，也要接受科学家设计的精巧实验的检测，如未能证否，也并不说明结论是正确的，而只能说，人类的认识能力或者知识范围还达不到证否的程度，在此情况下，人类可以假设结论是正确的，而后通过不断的实践或者实验去检验。这就是自然科学的基本方法，为绝大多数的自然科学学科所采用。

人文学科从自然科学的方法中获得了研究的灵感，人文学科现在被称为人文社会“科学”要归功于法国数学家、哲学家奥古斯特·孔德，他把之前的一切基于假设性建构的人文学科称之为形而上学，要求人文学科在自然科学的指导下，否弃无法经验到的事实，仅关注可观察的事实或者材料。他把所有的基于这种方法而形成的学科称之为“实证”的人文学科，或者是社会科学。

分析实证主义法学明显地受到了这种方法的影响。分析学家认为，法学的研究对象是实在法或者严格法，这其实是因为他们认为只有实在法或者严格法是可以观察并且可以精确测度的，而法律的价值和意识形态却不可以用标准化的指标表现，而只能是主观上的感觉，因而法律的价值与意识形态必须从法学中分离出去。分析学家采用某种形式化的单一因素确定法律的概念或范围，这与自然科学中用某种定理解释所观察到的现象是一致的。形式化的单一因素这一认识是通过观察、比较许多不同的实在法律制度的共同因素，采用归纳的方法而获得的，与自然科学中定理的获得是相似的。分析学家分析实在法律制度的一些基本概念的目的就是要确定实在法律制度的可以测度的标准指标，使不同的实在法律制度具有可比性，这一点同样是从自然科学的方法中获取的。

2、语言哲学的语义分析方法

哲学史上有“唯名论”与“唯实论”的争论。一般而言，“唯名论”认为，人类获得理解的存在是名义上的、语言上的，离开了名或语言，世界对于人类而言就是不存在的；而“唯实论”却认为，名或者语言是对实在世界的描述，没有这种描述，或者用另一种描述并不会对世界的存在产生任何的影响，世界不因人类给它的名或语言而变得不存在。“唯名论”的现代表现形式是哲学上的语言学派，分为早期的“人工语言学派”和晚期的“日常语言学派”两个阶段。

“人工语言学派”认为，人们日常使用的语言由于语义不清楚，时常产生误解，是一切哲学争论的根源，因此哲学的任务就是对语言进行分析以确定其明确的意义。哲学家们从数理逻辑中的使用的人工语言(符号语言)找到了灵感，这种人工语言非常精确，逻辑严密，不会使人产生误解。哲学家的任务就是用人工语言替代日常语言。而“日常语言学派”却认为，哲学争论的产生与人们误解的根源并不在于语言本身，而是由于人们不清楚语言的确切涵义误用而引起的，哲学的任务就在于对日常语言进行语义分析，指出其正确用法。

分析学家中奥斯丁和凯尔森都受到了语言分析哲学的影响，而哈特本身就是日常语言学派“牛津学派”的核心成员之一。奥斯丁在他的著作中仔细分析了一些法律术语所应当具有的精确含义，如主权者、义务、制裁、权利和赔偿等等，以此达到对法律的统一认识和理解。凯尔森通过对法律规范与道德、宗教

规范的含义进行具体的界分，确定了法律规范精确的基本要素是外在的制裁或强制；通过对法律的效力与法律的实效之间所作出的区分，确定了法律效力的实际内涵；为了使立法机关制定的规则与法院的判决确定的规则以及当事人之间的合意而形成的规则都能统一到法律规范的范畴中，他创造了基本规范、一般规范与个别规范的分，以达到逻辑上的完满。而哈特认为，法律的词语、概念没有确定的一成不变的意义，而是依其被使用的环境、条件和方式，有着多种的意义。只有弄清这些词语、概念被使用的环境和具体条件，方能确定它们意义。他指出，法律定义不能仅仅盯住词，也要看到这些词所言及的实际对象，法学家应当对正在使用的词来加深对现象的理解。[13]事实上哈特在其名著《法律的概念》中对主要规则与次要规则以及对法律规则的内在观点与外在观点等概念，都运用了具体情境对其进行了严密的分析，并对广义的法律概念与狭义的法律概念进行了有成效的分类。

(三)分析实证主义法学预设的社会事实

分析实证主义法学所采用的研究方法，不管分析法学家有没有意识到，都必定要预设一些基本社会事实的存在，否则方法的使用是完全无效的或者是没有解释力的。这些基本社会事实主要有：

1、实在法律制度可以与人的意识和行动完全区分

分析法学家在运用自然科学的方法时，要预设实在法律制度是可以观察到的，而且可以用标准化的指标对其进行精确测度。为了进行有效的测度，就要认定实在法律制度是一项纯物理性事实，与人的意识和行动没有任何相关性，而该物理性事实就正如自然科学中研究的物理性事实一样可以用物理特性指标进行标记。唯有如此，实在法律制度的归纳过程才有实施的可能，因为包含了人的主观意识和实际行动的实在法律制度是无法进行归纳的。奥斯丁通过区分法学与立法科学的任务认为，立法科学是包含了价值判断和意识形态的制定实在法律制度的科学，而法学却可以完全排除这些主观因素的影响而对实在法律制度进行独立的研究。凯尔森声称法学是一门科学，科学的任务只陈述它的对象实际上是这样的，而不从某种特定的价值判断的观点出发来规定它应当或不当是如此的，所谓“纯粹法学”就是对不包含任何主观因素的实在法律制度进行研究的科学。哈特虽然认为实在法律制度是一种社会结构，如果不从它们的社会目的、作用和基础来理解，它们是不可能得到适当解释的；他也认为实在法律制度当中应当包含最低限度的伦理因素，否则人类的生存无法继续；但是，他却坚持认为实在法律制度与这些主观因素是可以得到分离的，是可以独立地对其进行研究的。

2、语言可以精确地传递其应当具有的含义

分析法学家运用语言分析哲学的基本方法建构理论的过程表明，他们认为，法学领域的争论、问题与错误的根源在于法律术语的含糊不清或对其误用、滥用，分析法学的任务就是对法律术语进行语义分析，指明法律术语的正确用法与规则，消除法律上的混乱。为达此任务，分析法学家们就得仔细分析法律术语所具有的含义，或者是法律术语在具体情境中所具有的含义，并确定这些法律术语的精确含义，并通过这些法律术语传播其所应当具有的精确含义，最终形成对法律统一的认识与理解。这项任务的实现有赖于语言能够精确地传递其应当具有的含义，就如同自然科学中对物理性事实进行测度时所使用的标准指标能够精确地传递其含义一样，只有如此，分析法学家才能建构起让所有的人都不会产生歧义的标准法律理论。因此，分析法学家对语言的重视也就不足为怪了，而新一代的分析法学家在分析其理论的过程中大量采用逻辑科学的尖端工具，运用数学符号来表示其法律的逻辑体系，也印证了这一预设的社会事实。[14]因为，这可以被视为是分析法学家寻求精确传递其所应当具有的含义的一种语言的努力。

三、对分析实证主义法学社会事实的批判

(一)对实在法律制度与人的意识和行动可以完全区分的社会事实的批判

分析法学家关于实在法律制度与人的意识和行动可以完全区分的认识来源于与自然科学研究对象的类推与比较。他们认为，实在法律制度与自然科学的研究对象具有相类似的可以概括的特性。其实，这是一种误解，是对社会生活缺乏深刻认识的结果。我们认为，在这两者之间至少应当区分三个不同的要点：

1、仅仅根据实在法律制度的物理特性无法认识和理解实在法律制度

自然科学的研究对象一般通过其物理特性来描述。根据研究的需要人们可以选取不同的物理特性，如研究物体的光学特征，就用色度、亮度等指标来描述，被描述的对象本身没有内含人的意识在其中。因此仅仅根据描述，我们可以获得对被描述对象物理特性的一致认识。但是，实在法律制度却不具有可以观察并被描述的物理特性，我们不能根据实在法律制度的外在表现形式——文字——的物理特性来理解实在法律制

度，如仅仅根据描述实在法律制度的文字的大小、形态、句子的长短等物理特性，我们是无法理解实在法律制度的。因此，任何科学的都无力根据实在法律制度的物理特性告诉我们实在法律制度是什么，如果我们想知道实在法律制度是什么，我们就必须根据一些不太确定的主观因素来获得，这些主观因素内含于实在法律制度之中。这一点可以用日常生活中的例子加以说明，在此征引哈耶克的观点是比较合适的。“只要我的活动是在与我自己同样的人当中展开的，那么我就极可能根据银行支票或左轮手枪所具有的物理特性得出结论说，对于持有者来说，它们是货币或是武器。当我看到一个拿着一个贝壳或一根细长管子的土著人的时候，这件东西的物理特性很可能无法告诉我任何东西。但是，当有关的观察告诉我贝壳之于他是货币、而细长管子之于他则是武器的时候，这就会使这个客体明确地显现出来——如果我对这些货币观念或武器观念不熟悉的话，那么对于我来讲，类似的观察很难使这些客体较为明确地表现出来。” [15]

2、认识和理解实在法律制度关键在于人的意识的内在关联

认识和理解实在法律制度时，关键在于认识者与制定实在法律制度者所具有的意识具有一定的内在关联性，认识者不能仅仅关注实在法律制度本身或者实在法律制度的物理特性。具体而言，认识者试图认识 and 理解的实在法律制度不是根据它们所具有的实在性或物理特性而确定的，而是根据制定者的主观意识来确定的，换句话说，实在法律制度为什么是这样的，不是根据实在法律制度的外在性界定的，而是由于制定者认为它们是这样的。而另一方面，认识者认识和理解实在法律制度时，必须运用自己的意识对实在法律制度进行适当的分类和解释，而不是仅仅根据实在法律制度表现出来的物理特性进行认识和理解，唯有如此，认识者才有可能真正知道实在法律制度到底是什么。因此，认识和理解实在法律制度的过程其实是不同意识或者心智之间进行互动的过程，这与认识和理解自然科学的研究对象仅仅是单向的意识或者心智活动完全不同。只有当认识者与制定者具有内在关联性的意识或心智时，实在法律制度才有可能获得比较一致的认识与理解；如果这种内在关联性非常少或者根本就不存在，实在法律制度是无法获得认识与理解的。但是，实在法律制度根本就无法获得完全一致的认识与理解，因为人的意识或者心智之间在事实上是无法完全一致的。

3、认识和理解实在法律制度的过程是意识或心智之间类推的过程

事实上制定实在法律制度者的意识或者心智只属于自己，不借助于外在的实体，是无法与认识者的意识或心智相通的。外在的实体或者是语言，或者是行动。通过语言或行动制定者可以表达一定的意识或者心智，而通过观察一定的语言或行动，认识者可以认识和理解制定者的意识或心智。那么，认识者是如何认识与理解的制定者的意识或心智的呢？只能类推的方式才能实现有效的认识与理解。具体而言，当认识者认识和理解实在法律制度时，一般会根据自己的理解去解释实在法律制度，也就是说，把实在法律制度归入只有根据我们自己的知识能够理解的范畴当中，认识者才能真正地认识与理解。而制定者制定实在法律制度时，也是根据自己可以理解的知识范畴认识和理解需要被规范的人的行为。因此，认识者和制定者都是根据自己的知识“偏见”来理解实在法律制度的。所以，所谓实在法律制度与人的意识可以完全区分不仅与事实不符，而且可以肯定地说，离开了人的意识，实在法律制度实是一项不具任何意义的符号。

(二) 对语言可以精确传递其所应当具有的含意的社会事实的批判

对语言这一功能的迷信源于语义分析哲学对语言的重视，语义分析哲学把语言问题视为哲学的根本问题或元问题，如维特根斯坦说：“不弄清语言的意义，就没有资格讨论哲学”。对语言的重视无疑具有非常重要的意义，许多问题的争论其实就是语言使用的混乱造成的，对语言精确分析有利于界定许多问题的实质。但是语言本身是有局限性的，语言传递其精确含义的过程受许多无法克服的客观条件的限制。主要有两个方面：

1、语言的精确含义与具体的语境和使用的社会条件有极大的相关性

语言不是孤立地传递其含义的，语言传递其含义的过程还伴随着使用语言的人的个人气质的表达，在何种情况下使用语言等等之类的问题，也就是所谓的语境问题。只有在具体的语境下，语言才有可能获得最为精确的传递其所应当具有的含意的可能。因此，分析法学家希望通过语言来统一对实在法律制度的理解，只有在这种情况下才有可能，即所有的认识者都会在这样的相同的语境下理解法律，而这在事实上是不可能的，只有在假设的情境中才是可能的。

语言传递其含意的的是否精确还受社会条件的约束。在一个非常小而且人们相互非常熟悉的社会条件下，语言传递的含意是比较精确的，因为使用语言的人之间都熟悉语言所代表的通常含义，其实在这种情况下，语言有时还是多余的，人们可以根本无须语言而直接通过行为来交流，这叫“此时无声胜有声”。但是，在一个大而且人们相互之间非常陌生的社会条件下，语言的这一功能就让人怀疑了，因为人们对相互之间习惯使用语言的具体条件无法了解，而语言所传递的含意只有在使用语言的人习惯使用语言的具体

条件下才能最为精确地为接受者所理解,所以由陌生人变为熟人的过程一般都伴随着所谓的“磨合期”,这其实就是习惯语言所使用的具体条件的过程。分析法学家借助语言所传递的含义是针对普遍性的接受者的,接受者习惯于不同的语言所使用的具体条件是客观存在的任何个人都无法消除的社会性事实,分析法学家如果坚持自己的观点,就必须先解决这一社会条件。

2、语言是自发形成的文化传统的产物

语言是在人类的自生自发社会秩序经由人之行动而非人之刻意设计的经验性累积的结果。[16]具体而言,语言是在文化传统中形成的,在形成的过程中经历了无数偶然出现的社会事实,经由对偶然出现的社会事实的经验性总结和概括而具有了现在可以传递的含义。因此,语言其实蕴涵了在文化共同体内一般的历史性的经验知识,只有在这一文化共同体内生活成长的并接受其知识传统的人,才有可能对语言所传递的精确含义有深刻地认识与理解。语言的这种效果对于同一文化共同体内不同的人也是适用的,只要使用语言的人有不同的生活经验,只是这种效果不如不同文化共同体之间表现得如此强烈。语言的这个过程被迦达默尔称之为“效果历史”,那意味着语言就是一个民族生存的历史,或者是一个人生活经验的历史,所以迦达默尔认为不同文化共同体的语言具有不可精确翻译性,但是可以进行具有知识“偏见”地理解。[17]分析法学家所使用的语言如果局限在其文化共同体内来精确传递内含,那是有可能实现的,但是还是可能遭遇有不同文化经历的人的误解;如果将分析法学家运用其文化共同体的语言对法律分析所形成的概念传递到不同文化共同体内的接受者,那么语言是否还能够精确地传递其所应当具有的含义,就是一件令人怀疑的事情了。

(三) 对分析实证主义法学“预设社会事实”思维方式的批判

分析实证主义法学不仅预设的社会事实是不真实的,而且其预设社会事实的思维方式本身也是值得批判的。分析法学家这种思维方式是哈耶克所谓的唯理性主义的思维方式,即分析法学家从“给定的事实”出发来论证自己的观点,将所有可以通过在“给定的事实”下由理性论证而得出的结论认为是正确的,而其它的结论,包括无法在“给定的事实”下进行论证的结论以及在“给定的事实”之外的结论认为是不正确的或不具有理性的。因此分析法学家认为,实在法律制度的产生与发展都是人之理性刻意设计的结果,人之理性可以发现一种单一的因素来形式化的确定法律的范围;更可以通过对实在法律制度进行“科学”地归纳概括找到法律的共同因素,也就是所谓的一些基本的法律概念,这些基本概念不仅穷尽了实在法律制度的共同因素,而且还可以通过对语言的分析来达成人们的一致认识;通过这些基本概念进行三段论式的法律推理,可以解决任何极其复杂的具体的社会争议。

然而,分析法学家预设社会事实的思维方式在社会实践生活中是无法做到的,它只在纯思维的条件下才能存在,它由此而得出的结论也是极其有害的。在社会实践生活中,人之理性是极其有限的,我们即无法脱离自身来检视自己,我们也无法完全离开我们所生存的社会来观察社会;即使我们能够超脱自身和社会来观察世界,还有两方面的社会事实是人之理性所不及的,一是分析法学家不可能观察到与之有关的所有社会事实,也无法掌握对所观察到的社会事实的所有具体信息;二是分析法学家无法确定在如此之多的社会事实中哪一些社会事实是对其他论证最为有用的,也无法说明没有选定的社会事实与选定的事实之间的联系。因此,分析法学家预设社会事实的思维方式是另一种形式的形而上学,是不可能得出真实结论的。我们认为实在法律制度的产生与发展的真实的社会事实更可能是从社会秩序过程中发现的,而非分析法学家刻意选择出来的,因为分析法学家不可能具有各种类型的社会秩序所需要的各种具体信息,只有生活于这一特定社会秩序中的人才对约束其行动的各种社会事实有深刻的认识,而且也只有他们才知道什么样的社会事实是最重要的。分析法学家所得出的结论如果为立法者所信奉,并以强制的方式推行,那么这是极其有害的。因为分析法学家所研究的法律只是立法者或他们自己的法律,与共同体内生存的其他人对其生活进行指导的规则没有关联,如果以强制的方式强迫共同体内的人服从“法律”,那将是社会专制的开始。

四、结语:分析实证主义法学发展的可能方向

分析实证主义法学在某些方面是非常成功的,首先它至少让实在法律制度的表述越来越严密;其次它也澄清了不少法律术语的真正含义,有利于使用的它的人达成一致理解;最后它确实可以对受其约束的人们有一定的指导作用。正因为如此,分析实证主义法学并没有消失,反而向更加精密化的方向发展。但是,我却认为,分析实证主义法学的方法与观点中预设的社会事实不是真实的,如果不对其加以修正,它就只能是虚假的基础上继续发展。

本文并没有涉及分析实证主义法学的传统争议领域,即与自然法学的争议。之所以如此,实是因为这样的争议无益于分析实证主义法学的发展,分析实证主义法学要有真正地发展,就必须有真实的社会基

础,如果脱离了这种社会基础,分析实证主义法学只能越来越形而上学,不切实际。

通过本文的分析,我们认为,只有消除分析实证主义法学对人之理性的盲目崇拜,在社会实践生活中寻找其思想资源才是真正的发展之途。因此,分析实证主义法学与一定的社会实践机制相结合为我们提示了一个分析实证主义法学可能的发展方向。

[1] 约翰·奥斯丁著,《法理学范围》,刘星译,中国法制出版社2002年版,第126页。

[2] 同上,第127页。

[3] 汉斯·凯尔森著,《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1999年版,绪言第14页。

[4] 同上,绪言第14页。

[5] 转引自沈宗灵著,《现代西方法理学》,北京大学出版社2002年版,第165页。

[6] 约翰·奥斯丁著,《法理学范围》,刘星译,中国法制出版社2002年版,第201页。

[7] 同上,第22-24页。

[8] 同上,第31-32页。

[9] 转引自E·博登海默著,《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第123页。

[10] 同上。

[11] 转引自沈宗灵著,《现代西方法理学》,北京大学出版社2002年版,第170页。

[12] 转引自E·博登海默著,《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第119页。

[13] 转引自张文显著,《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1998年版,第96页。

[14] 具体可以参见如罗伯特·阿列克西所著的《法律论证理论》,卡尔·恩吉施所著《法学方法论》等德国新一代的分析法学家的著作。

[15] 哈耶克,《个人主义与经济秩序》,邓正来译,生活读书新知三联书店2002年版,第81页。

[16] 哈耶克著,《法律、立法与自由》,邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版第一卷,61-65页。

[17] 迦达默尔著,《真理与方法》,洪汉鼎译,上海译文出版社2002版,译者序言第7-13页。

相关文章:

[司法证明过程的性质——司法证明标准的制度性替代](#)

