

Press, 1997.

- [3] [英] 马丁·洛克林. 公法与政治理论 [M]. 郑戈译. 北京: 商务印书馆, 2002.
- [4] 汪庆华. 宪法与人民——布鲁斯·阿克曼的多元主义宪政理论 [J]. 政法论坛, 2005, (6).
- [5] [德] 哈贝马斯. 在事实与规范之间 [M]. 董世骏

译. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 2003.

- [6] 韩大元. 宪法学的专业化 [J]. 中国法学, 2007, (1).
- [7] 秦前红, 涂四益. “物权法之争”与宪法解释——兼与童之伟教授商榷 [J]. 法学评论, 2007, (2).

责任编辑 晨 晓

## 价值与规范纠葛的展开图景 ——以分析实证主义法学家对美国宪法的批评为例

刘连泰

(厦门大学法学院副教授, 法学博士)

分析实证主义法学理论总是以极其友善的态度对待法律文本。在分析实证主义法学家看来, 法律文本的正当性是法律人不能讨论的问题: 法律是什么是一回事, 法律应该是什么是另一回事——价值与规范是分离的。分析实证主义法学家总是板着一副价值中立的面孔叙事。但分析实证主义法学家在分析美国宪法时, 却俨然换了一副面孔, 边沁、凯尔森、哈特, 一直到拉兹, 个个都批评美国宪法, 甚至不惜裁剪事实, 也不怕游离其一贯学术立场。为什么分析实证主义法学家要批评美国宪法呢? 分析其中的原因, 对理解规范和价值之间的复杂纠葛会有裨益。

—

边沁出版《政府片论》后三个月, 美国《独立宣言》签署。边沁对这一轰动世界的经典文本竟然颇为不悦, 立即修书一封, 对《独立宣言》进行尖锐的批评, 极尽挖苦之能事: “如果追求幸福的权利是一项不可剥夺的权利, 那为什么要禁止盗贼通过盗窃来实现这种权利呢? 为什么要禁止谋杀者通过谋杀、叛逆者通过叛逆来实现这种权利呢?”<sup>[1] (P196)</sup> 后来, 边沁将美国宪法和法国《人权宣言》一道称为“站在高跷上的胡言乱语”<sup>[2] (P491)</sup>。并进一步宣称: “权利

是法律之子, 自然权利是无父之子。”<sup>[2] (P585)</sup>

纯粹法学的领军人物凯尔森也曾经对美国宪法文本发难, 指出其序言部分根本就不能称为法律。宪法序言“表达了该宪法意图促进的政治的、道德的和宗教的各种观念。这一序言通常并不规定对人的行为的任何固定规范, 因而也就缺乏法律上有关内容。它具有一种与其说法学的性质不如说是意识形态的性质。如果将它去掉的话, 宪法的真正意义通常不会起丝毫变化。序言用来给宪法一种更大的尊严并因而也就给予一种加强的实效。……只是在政治意义上, 而不是法学意义上, 人民才是宪法的来源。”<sup>[3] (P290)</sup>。在《纯粹法理论》中, 凯尔森干脆将这一结论普适化: “一部严格按照宪法创造的法律, 也可能具有非规范的内容, 它们仅仅是宗教和政治理论的表达——如宣称法律来源于上帝, 法律是正义的或者法律能够认识到全体人民的利益。”<sup>[4] (P52)</sup>

哈特对边沁和奥斯丁的“命令说”颇有微词, 但对美国宪法的不屑态度与其前辈相比, 毫不逊色。哈特 1977 年在美国演讲时, 对美国宪法中的“实体性正当程序”大加鞭挞。哈特认为, 联邦最高法院宣布国会制定的“清晰而完善, 并且以绝大多数通过同时又能满足宪法的所有明确规定的程序性要求”的立法违宪, 从而导致该立法事实上无效, “此信条一旦被采

信,就保证了美国法院大范围的审查权,并且使得它们在一个有争议的价值判断上漂泊。而且日益明显的是,在运用这些权力不仅监控立法的形式与程序,也监控其内容时,法院的所作所为将与传统法律思想所认为的、在所有国家中所认为的标准的司法功能大不相同:将确定的既存法律规则公正无偏地适用于争诉的解决上。而且,对英国法律人而言,乍看之下,无论如何法院的所作所为在民主社会中都说都是正当的”。哈特还不无揶揄地将美国宪法中的这一规定称为“高贵之梦”。

作为哈特的得意门生,拉兹在许多方面不同意哈特的主张,但对美国宪法的态度,拉兹的观点却与哈特的观点如出一辙。拉兹将美国宪法中的违宪审查制度视为没有普适意义的“异类”。“在某些法律体系内,有这样一些法律,它们的存在有助于阻碍某些机关把适合于某些条件的规范普遍适用,而且,还可能是这样,即使这些法律事实上是完整意义上的法律。不过,即使这样的法律存在,这也不是通例,法律体系属于一个特定的体系不是因为它的承认规则,而是因为它们都被主要机关承认为法律。”<sup>[5] (P238)</sup>

## 二

美国宪法的域外影响巨大,为什么分析实证主义法学家偏偏责难美国宪法呢?其中的因缘其实很简单——美国宪法动了他们的“奶酪”:美国宪法承载了太多的道德价值,而且美国宪法的确是法律,但分析实证主义法学的基本命题是规范和价值的分离,于是,美国宪法构成分析实证主义法学基本命题的反例,分析实证主义法学家使出浑身解数,也堵不住这个豁口。

如果将价值和规范分离的法学称为规范法学,那么,规范法学在任何部门法的意义上都可以成立。宪法为部门法承载了价值,合宪的法律就是正当的法律。在合宪前提下的选择超越

对错,因此,部门法可以是价值无涉的。但宪法却不可能(凯尔森明确将自己的理论称为规范法学,但没有规范宪法的说法<sup>[3] (P183)</sup>)。整个法律体系不可能是价值无涉的空壳,而是我们建构的意义世界。宪法就是向整个法律体系输送价值的管道。美国宪法的道德价值就蕴涵在规范的字里行间,规范在价值的背景中行走。

分析实证主义法学理论主张规范和价值分离,得出这一结论的分析样本是义务规则和制裁规则,以义务规则和制裁规则为核心才可能构造规范法学。但美国宪法文本则包含许多的权利规范,以义务规则和制裁规则为分析样本建立起来的法律理论当然解释不了以权利规范为主体构造起来的美国宪法。

为什么以义务规则和制裁规则为核心才能构造规范法学呢?规范法学是以规范为核心的,而义务和制裁必须以规范为依据:法律没有规定我们的义务,我们就无义务可言;法律没有规定对我们的制裁,我们就应该受到制裁。如果以权利为核心,就不可能构造出规范法学。权利不依赖于规范,法律不规定我们有某项权利,不意味着我们没有这项权利。因此,如果一个文本以权利为核心,规范法学的进路就如堂吉诃德的大斗风车。美国宪法正好符合了这样一个特征,而且还破天荒地弄出了一个“剩余权利理论(宪法文本对公民权利的列举是不完全的,没有规定给国家的权利都属于人民;没有规定给联邦的权利都属于各州)。剩余权利理论将美国宪法文本放逐在分析实证主义法学理论的视域之外,越来越成为规范法学的理论盲点,从而使分析实证主义法学理论的解释力受到挑战。

分析实证主义法学家认为,在理性和意志之间,法律是意志而不是理性——“法律是主权者的命令”,“法律是主要机关适用的规则”。但美国违宪审查制度存在的哲学根基是:一定有存在于意志之外的理性,理性高于意志。因

哈特:《英国人眼中的美国法理学:噩梦与高贵之梦》,载[英]哈特:《法理学与哲学论文集》,支振锋译,法律出版社2005年版,第132页。该文最早发表在 Georgia Law Review, 1977年9月第11卷,第969页以下。

与之相应,哈特将霍姆斯的学说称为“噩梦”,因为按照霍姆斯的观点,“法律的生命不在逻辑,而在经验”,这事实上是允许法官立法。在哈特看来,法官根据公民的财产权和自由权之宪法规定宣布议会立法无效,或者根据经验立法都是“梦”,不应该成为现实世界的法理学。参见[英]哈特:《英国人眼中的美国法理学:噩梦与高贵之梦》,载[英]哈特:《法理学与哲学论文集》,支振锋译,法律出版社2005年版,第133页。

此,国会按照民主程序通过的法律可以因为违反理性(实体性正当程序中的实体性内容也许并没有明确的宪法依据)而被联邦最高法院宣布违宪,从而事实上无效。什么是意志之外的理性?它不过是共同体生活的基本价值规范。

从分析实证主义法学的理论进路来看,分析实证主义法学家和美国宪法之间的紧张关系是宿命的。

### 三

分析实证主义法学家运用价值与规范分离的命题,力图对美国宪法作出令人信服的解释,但总会遭遇诸多逻辑悖论。这是否意味着分析实证主义法学命题在美国宪法的解释进程中毫无用武之地呢?

即便主张对美国宪法做道德解读的德沃金,也并不绝对排斥对美国宪法的分析实证主义解释进路。“法律中的大多数案件,甚至大多数宪法案件都不是疑难案件。一个法官凭借其专业技能就可以作出裁决,而没有余地运用他个人的道德信仰。”<sup>[61] (P14)</sup> 德沃金甚至将“民主”比喻“船”,将道德称为“定泊之锚”,对宪法的道德解释就可以防止多数至上主义的恣意。当然,德沃金认为:“我们不应该过分夸大那个锚的牵制力”<sup>[61] (P14)</sup>。因此,对美国宪法的分析实证主义解释进路依然是理解美国宪法的一条路径,但不可能是唯一的路径。哪些条款可以按照价值和规范分离的进路解释呢?按照德沃金的理解:“美国宪法包括了很大一部分既不是特别抽象

的、也不是以道德原则语言来起草的条款,……如第二条修正案规定:总统必须年满35周岁。”<sup>[61] (P9)</sup> 由此,可以推出分析实证主义法学家运用“价值和规范分离”的命题无法解释美国宪法中的权利条款,因为这些条款涉及抽象道德原则。使用“价值和规范分离”的进路也无法解释美国的违宪审查制度,因为联邦最高法院在违宪审查过程中最常使用的武器就是权利条款。

因此,对部门法的解释也许可以彻底贯彻“价值和规范分离”的进路,但对宪法的解释,我们却只能使用综合的方法,包括分析实证主义法学、甚至社会法学的方法。从分析实证主义法学家对美国宪法的批评中,可以窥其端倪。

### 参考文献:

- [1] [英] H. L. A. 哈特. 法理学与哲学论文集 [C]. 支振锋译. 北京:法律出版社,2005.
- [2] Jeremy Bentham. The Works of Jeremy Bentham (2) [C]. Edited by John Bowring. Thoemmes Press, 1995.
- [3] [奥] 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.
- [4] Hans Kelsen. Pure theory of law [M]. 北京:中国社会科学出版社,1999.
- [5] [英] 约瑟夫·拉兹. 法律体系的概念 [M]. 吴玉章译. 北京:中国法制出版社,2003年版. 根据原文对译文作了适当修改.
- [6] [美] 罗纳德·德沃金. 自由的法——对美国宪法的道德解读 [M]. 刘丽君译. 上海:上海人民出版社,2001.

责任编辑 晨 晓

## 价值是如何进入规范的:宪法学的基本立场

郑 磊

(中国人民大学法学院博士后研究人员)

### 一、法学思考的三个关键词

宪法学的思考,以“围绕规范形成思想”为

主业,也面临着需躬身自问“围绕什么样的规范”这样一个超法教义学之终极问题的场景,<sup>[1]</sup>于是,“价值是如何进入规范的”这个问题,便横亘在宪法规范那若隐若现的边界上。

国家发展的方向<sup>[5] (PP8-9)</sup>。

(2) 重视对宪法释义学方法的研究。如何使法学知识更加具有客观性或者说如何使法学具有科学性,是当今法学理论的核心话题。<sup>[6] (P2)</sup>笔者认为,这一问题投射在宪法释义学上,就是:如何保证对宪法文本的解释的统一性或者如何避免将解释者的主观价值恣意地灌输进宪法文本的解释中?在这一方面,各种成熟的宪法释义学在方法论上都做了探讨,比如美国宪法解释学对原意主义的研究,德国宪法释义学对规范逻辑的引入,都可以为我们所借鉴,这样可以避免我们少走弯路,早日建立成熟的宪法释义学。

(3) 通过宪法释义学的建立来推动宪法的司法适用性。宪法的生命在于适用,宪法释义学与宪法的司法适用性是相辅相成、相互推动的关系。我国当前宪法的司法适用性的不足,一方面有政治体制的原因,另一方面更深层次的原因是,没有把宪法当作法来看或者至少不认为宪法能够像民法、刑法一样可以在审判中适用。但是,内心的否认并不代表现实的不存在,现实中宪法性案件或者宪法性事件层出不穷,出现了这些案件和事件之后,如果缺乏成熟的、可供操作的宪法释义学理论来解决,更会加深人们对“宪法不是法”的认识,如此一来就

会进入一个恶性循环。而要打破这个恶性循环,就是要双管齐下,在政治体制上寻求突破的同时,在理论上做好铺垫,从而使法院敢于并且愿意在审判中适用宪法,这也可以看作是宪法释义学的实践品格。

#### 参考文献:

- [1] Robert Alexy. A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification [M]. translated by Ruth Adler and Neil MacCormick, Clarendon Press 1989.
- [2] Aulis Aamin. Reason and Authority: A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics [M]. Ashgate 1997.
- [3] G·拉德布鲁赫. 法哲学 [M]. 王朴译. 北京:法律出版社, 2005.
- [4] Robert Alexy. The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism [M]. translated by Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L·Paulson, Clarendon Press, Oxford 2002.
- [5] 苏永钦. 部门宪法——宪法释义学的新路径? [A]. 苏永钦. 部门宪法 [C]. 台北:元照出版公司, 2005.
- [6] See Sean Coyle and George Pavlakos ed. Jurisprudence or Legal Science? [A]. A Debate about the Nature of Legal Theory [C]. Hart Publishing 2005.

责任编辑 晨 晓

## Forum on Methodology of Constitutional Jurisprudence

**Editor's Notes:** How to study constitutional jurisprudence? In recent years, there has been more and more studies of legal methodology. Good application of methodology means a mature subject. The study methods should be focused on in order to show the academic character of constitutional jurisprudence. Therefore, six papers of young scholars are chosen in this issue to help understand their thinking of methodology. The first one puts forward and sets a question about the "dilemma of Munchhausen" in China's constitutional jurisprudence and offers an answer; the second one analyses the similarity and difference of legal explanation and constitutional explanation; the third one clears the complicated relationship between law and politics; the fourth and fifth ones expound the relationship between value and standard from different angles. The last one puts forward the problem and prospect of constitutional hermeneutics. We hope this can carry forward the study of methods of constitutional jurisprudence and promote the multiple development of constitutional jurisprudence.

胡锦涛:《能够适用的宪法才是具有生命力的宪法》,载拙著《财产权保障与宪法变迁》(代序),海南出版社 2006年版。

这种互动关系已经被我国台湾地区的经验所证明,参见张嘉尹:《宪法、宪法变迁与宪法释义学——对“部门宪法论述”的方法论考察》,载苏永钦主编《部门宪法》,元照出版公司 2005年版,第 33-34页。