Globethics Repository



为了合法性的乌托邦——《法律的道德性》及其他
[For the legitimacy of Utopia-The Morality of Law]

This page was generated automatically upon download from the Globethics Repository. More information on Globethics see https://www.globethics.net. Data and content policy of Globethics Repository see https://repository.globethics.net/pages/policy.

Item Type	Preprint
Authors	云, 也退
Publisher	天涯社区
Rights	With permission of the license/copyright holder
Download date	2026-11-07 21:39:24
Link to Item	http://hdl.handle.net/20.500.12424/187402

云也退：为了合法性的乌托邦　《法律的道德性》及其他

云也退

我们在法理学中的出发点和旨趣是如此不同，以至于我们永远无法理解对方的作品。　经过了时间跨度逾10年的两轮辩论之后，1969年，名重一时的美国法学家朗　富勒在自己的代表作《法律的道德性》的修订版中，增添了题为　对批评者的回应　的长长一章，向他的对手，分析实证主义法学家H.L.A.哈特发动了第三波反击。不过，他引的哈特的这句原文却是十足的实话：由于从两个立场、甚至可以说是成见出发，富勒和哈特之间的笔战宣告无果，长寿的哈特后来在法学史上赢得了一席尊贵之地，但对富勒而言，这场论战更像是一场意义有限的　零和博弈　。

自然法复兴的急先锋

从《法律的道德性》一书中，我们可以看到富勒和其本派前辈们的共同点。从格劳秀斯、普芬道夫、霍布斯、斯宾诺莎到洛克、孟德斯鸠和卢梭，　自然法　始终葆有一个鲜明的、而且愈益坚固的理性内核，认为人类可以获致一种自然能力，不但能正当行为，还能够以理性的标准评判行为的正当与否　　一切都必须在理性的法庭面前为自己的存在作辩护或放弃存在的权利　（恩格斯）。这样的理念指向一种　应然　的法律思维，法学家首先必须研究的是法律　应该　是什么样的，立法必须诉诸理性的指引，才可能取得正义的　良法　。

富勒这本书的核心，也就是著名的法律的八项　内在道德　，便是这一思路指导下的产物。他把追求良法的境界看作一条通往　合法性的乌托邦　的道路（这一点被不少学者病为堂吉诃德式的天真烂漫），在那里，　所有的规则都是绝对清晰明了的，它们彼此协调，为每一位公民所知，并且从不溯及既往。　为此，富勒煞费心思地拟定了良法应予遵循的八项准则，也即　内在道德　：法律的一般性、法律必须颁布、法律不得溯及既往、法律必须清晰、法律不可前后矛盾、法律不能要求不可能之事、法律必须有连续性、官方行动必须与法律保持一致。在提出这些原则的时候，富勒其实是给出了一个预设，那就是一定有一种完美法律的境界存在；纵使不能达到，也可以无限地去接近。

认识到理性之有限后，悬置起真理的确凿面目，遵循既有的原则去向着真理的方向不断迈进，这一颇有康德主义色彩的思维进路固然雄心勃勃，但法律这种经营俗世的东西而言是否适用？富勒自己也提到，有不少批评者认为，他这八项原则充其量只是支撑一部法律的骨架、维持其起码的运转所必需的条件罢了，犹如在敲钉子之前必须先把钉子扶正那样，富勒对此冠以　内在道德　的名义，其实是一种　为赋新词强说愁　式的无意义拔高。正是在此，富勒和哈特的论争约略呈现出　概念之争　乃至　意气之争　的一面：哈特对富勒学说攻击得最系统，质疑得最深：难道给　道德　这么虚浮的东西硬套上一个立法原则的外壳，就可以证明法律内含着道德性，法律与道德有着密不可分的联系了？

恶法是不是法

自然法学派在50年代的复兴捧出了富勒这位满怀道德热情的急先锋。富勒的思想得益于当时的氛围，得益于举世瞩目的纽伦堡和东京大审判，以及关于战犯艾希曼等人的一系列重大历史事件的发生。正如人们所熟知的，这些审判提出了一个如何处置　合法作恶者　的问题，那些甘当纳粹党刽子手的人　　如艾希曼这样双手血腥的屠夫　　是否可以以　奉命而行　或　行当时的法律允许或鼓励的行为　为自己辩解？在本哈德　施林克的畅销小说《朗读者》里，我们看到即便是在德国国内，这样的做法也没有得到任何宽宥和通融：女主人公汉娜仅仅是在犹太难民被火灾困住的时候，在党卫队上级默认的情况下不作为，都被提起了严厉的战犯级别的诉讼。

还有一个例子就更有名了：一名妻子向纳粹当局检举揭发其夫曾发表反对希特勒和纳粹当局的言论，从而导致其夫被按纳粹的法律处以死刑。尽管这位妇女申说自己是依法行事，

仍于1949年被联邦德国法院处以徒刑。富勒对这一个案格外重视，在《法律的道德性》的附录中，他施展其寓言写作的天才，把此事改写成一个“怨毒告密者难题”：他按照纳粹党的特征虚拟了一个“紫衫党”，该党上台以后没有废除原先的宪法，也没有对《民法典》、《刑法典》和诉讼法动任何手脚（这都是给对分析实证主义进行批判铺路，他认为哈特等人只讲立法的形式合法，而忽略其实质正义），却大兴告密之风，导致许多人挟私报复，借助紫衫党保障的合法性陷害私敌。在紫衫党倒台，民主宪政秩序恢复之后，人们就如何惩罚告密者的问题展开了辩论，富勒列举了五种观点，其中，极端的实证主义论者坚持“恶法亦法”，认为人们没有理由去追究当时合法的行为，而那些比较温和的实证主义者也对是否可以溯及既往地审判怨毒告密者举棋不定，态度暧昧。

富勒所持的态度不难理解：他坚决认为“应然”应当指导“实然”，只有充分遵循“内在道德”的要求，制定出来的才是正义的法律，哪怕这种“道德”已经细化为八项相当中性的原则。所以，被告密者利用来报私仇的法律不是法律；在“恶法非法”这一点上，他似乎怀有一种不假思索的、近乎意识形态的确信（自然法学派正义凛然的学术魅力很大程度上导源于这种确信）。与他相反，哈特的观点却是“恶法亦法”：纳粹党的立法也是经过正当程序的有“合法性”的法，“只是这种法律是如此邪恶，以至于我们不得不去违反它。

恶法是不是法？白马是不是马？听起来这好像是诡辩论者操弄的文字游戏，不同学派互相怄气的战场。但富勒紧咬不放，在《法律的道德性》中频频明示或暗示：实证主义法学不管如何自圆其说，总是要露出“法律乃权力的单向投射”这一观念的马脚。他质问道：

那么，我的批评者们为什么如此着意地要维护这种观点，即：合法性原则只不过表述了为达致政府目标而设的效率准则呢？答案其实很简单。他们的分析要素根本不是取自于法律，而是取自于我在这里一直称为管理性指令的那种东西。我们在他们的作品中找不到任何对法治之基本原则——一个法律权力部门队公民作出的行为必须通过被带入到一套事先公布的一般性规则的约束范围之内而获得正当性。

换句话说，违背了“一般性”原则的法律，就有可能朝令夕改，进而可能任由权力者玩弄于股掌，可能襄助权力者建立一个“管理型模式”的法治体系——富勒坚信这一点，他写下这些话的时候，一定踌躇满志地认为自己点到了要害，何况其背后还有纽伦堡审判作坚固后盾。我们看到，当富勒声称要揭橥他的对手的立论立场，要描述一种为约翰·奥斯丁、汉斯·凯尔森和H.L.A.哈特三代实证主义代表人物所“共享”的思想结构的时候，他的矛头首先就指向了这一点：“分析实证主义讲法律看成是一种单向度的权威投射，发端于一个权威源泉而强加到公民身上。”“管理型模式”的法治是自上而下的，缺少为他反复强调的政府和公民间的互动性，从而，“良法”的产生也易于缺少程序上的保障。

然而，哈特的分析实证主义法学真的如此缺少道义硬度吗？富勒自己又是从一个什么样的观念立场出发的呢？在《法律的道德性》的第四章里，朗·富勒对哈特拒不承认他的八项原则是“法律的内在道德”表现出全面的迷惑不解：“哈特的意思难道仅仅是说：通过尽情发挥想象力，我们可能设想出这样一种情形——一个邪恶的王国追求最为不公的目标，但却总是能够保持对合法性原则的真正尊重？”或者哈特的意思是说，历史实际上已经提供了足够的例证，来说明忠实地坚守法律的内在道德的确可以同残酷地无视正义和人类福祉结合起来？”富勒始终不明白，哈特既然谈到德国在清理希特勒统治时期留下的道德和法律残迹时所面临的困境（即后人何以追究过去的“合法行为”），又怎能把到嘴边的话咽回去，就是不说出“法律道德”（legal morality）这四个字呢？在他看来，若是不诉诸自然法的基本观点，不讲“法律的道德性”，就根本无法对纳粹时代的法治进行道义上的全盘否定。

引入道德，还是借助功利主义？

富勒—哈特之争陷入僵局是必然的。正如雷蒙·阿隆在一次法兰西学院演讲中清醒地揭示到的：“逻辑技术上的讨论永远是有局限的，它多少掩盖了一些观念的或实践中的对立”，从本身势不两立的立场出发，严密的逻辑推进至多只能落实成大眼瞪小眼的一对理论双子楼，各自挣着各自的一片天空。在对待纳粹罪责问题上，富勒实在把哈特想得过于幼稚了，堂堂的语义分析大师怎么会落下一个“单向权威主义”的话柄呢？与其说哈特对道德问题麻木不仁，毋宁说他更加现实地认识到，道德在确定“用来控制社会的规则”的问题上是一种不那么可靠的东西。如果我们现实一点，坦率一点，就不必诉诸道德、良心这些东西，我们完全可以像功利主义者那样，对纳粹的威权立法作出一个简练的消极评价：它们引导战争经济，导致社会混乱——它们是恶法。

哈特指责富勒过于迷恋法的　目的　（自然是富勒的道德情结在作祟），让后者不胜厌烦。但由于出发点不同，他终究没能理解对手的确切意思。哈特是要提醒他，如果不能把法律和道德明确区分，让它们在各自的领域发挥功用，那么立法的稳定性将得不到保证。哈特强调恶法仍是法，仍然具有法的效力，是因为诚如很多学者指出的那样，它们得到了国会授权法案的确认，是具有合法性的。但是，我们仍可以借助道德批判的力量去质疑这种法的实效的是非善恶，进而形成矫正、补充之的外部力量　　在这种情况下，法与道德各司其职而互有作用。倘若像道德论者那样动辄拍案而起，否定一种实在法的切实存在，我们很难想象有哪一套法律的制定和运行能成为富勒理想中的　让社会合乎规则控制的事业　。

哈特借助功利主义理论资源排除道德对法律领域的入侵，富勒对此感到十分难受。他坚持认为法与道德是一体的，　道德让法律成为可能　：　如果有人企图通过法律规则来发泄盲目的仇恨，这种道德本身便遭到了违背　。到这里，终于该提提富勒对两种道德的区分了　　我以为这是他最有现实意义的理论贡献　　义务的道德和愿望的道德：愿望的道德是值得人们追求的美德（例如乐善好施、见义勇为），如果我们的行为没有达到愿望的道德标准，我们只会因此使人感到惋惜；义务的道德则是人必须遵守的道德（例如不得攫夺他人财产、不得杀人伤人），违反了它，我们将因此而受到指责。富勒指出，义务的道德最接近法律，因此，这一区分可帮助我们辨别某些道德要求的不合宜（例如要求遭强暴的妇女宁折不弯），以及对背德行为的某些法律惩治的不适当（例如闯私宅拘捕看黄碟的夫妇）。

但是，问题在于，富勒企图用两种道德来类比法律；作为自然法学派，他心中惦记着一个颇为浪漫的理想：法律不应安于维持现状稳定，法律（义务的道德）理应用来敷设引导人们走向愿望的道德的道路。富勒的要害就在此处，他没有看到，这种类比本身就是有风险的。道德是一种相对的东西，是历史进步的产物：古希腊人、古罗马人觉得奴隶制度并没有什么不道德的（塞涅卡这种思想超前的斯多噶派哲学家是绝无仅有的例外），但到了今天，所有人都会认为奴隶制度是不道德的，从而任何反映奴隶社会关系的法律也都是不道德、不公正的。纳粹法律也是如此。它不道德，是因为其严重违背了人类文明进步的程度。

再进一步地问：何谓　自然法　？奴隶社会认为奴隶制是自然法，封建社会认为农奴制和贵族特权是自然法，工业社会则认为一般的平等是自然法。富勒坚持法应该包含　最低限度的道德要素　，这又会让我们陷于困境：最低限度何在？不同的人会有不同的看法，不同的时代也有不同时代的标准。富勒提出了八个原则，作为对 19世纪实证主义的一种缓和，哈特自己在《法律的概念》中也提出了五个自然事实　　可以说，对法律所需的道德内因进行胪列的结果，与每个人的话语习惯、思维方式、前定立场都有关系，最终仍不免要停留在概括　良法　拥有的诸多特征的水平上。

如果说实证主义只重　实然　不重　应然　，含有为恶法张目的危险的话，那么正如哈特指出的那样，把法与道德混淆一处，僵化地认为法只有符合某些道德原则才是法，也同样不能避免盲目服从或盲目反对法律秩序。富勒担心，如果仍把纳粹法当作法来看待的话，那些作恶者就能轻易逃脱惩罚。和这位严肃的道德家相比，曾常年治边沁哲学的哈特显得从容许多，他说：我们可以颁布溯及既往的法律去追究他们的责任，只要把这种法律严格限定在二战罪责问题上就可以。哈特断言，虽然溯及既往的法律原则上是有害的，但在这一特殊情况下，却是一种　两害相权取其轻　的功利主义做法。正是在这个意义上，由哈特阐扬的新一代实证主义法学在把法律和道德做严格区分的情况下，仍能保证不违拗　天理人心　。

注定无果的论战

科特雷尔在他的著作《法学政治学》中，对法理学界的这场著名辩论有一番精彩评价：　我总感到，这场争论的哪一方都不可能获胜，且也没有可以判断获胜与否的可靠标准。争论看起来无休无止，问题永远不会解决。实证主义者和自然法的律师几十年如一日地对峙着。胜利的天平时而倾向于这一方，时而倾向于那一方。两位法理学家只能时而欢呼，时而冷嘲，给自己的对手扣上道德麻木的人或虚妄的浪漫主义者的大帽子。　在读过这部期待已久的富勒名著后，我想用个显失全面的比喻给这场论战作结：同一具丑陋的尸身，在一位判官手里被吊起来鞭笞示众，在另一位手里则化作木乃伊封入历史陈列馆，只留给世人一个狰狞的形容。

来源：http://www.tianya.cn/publicforum/Content/books/1/78280.shtml

/