

法律与道德:分离后的结合

——重温哈特与富勒的论战对我国法治的启示

孙笑侠, 麻 鸣

(浙江大学 法律系, 浙江 杭州 310028)

[摘 要] 在 20 世纪所发生的哈特与富勒之间的一场论战中, 哈特为实证主义的分离主张辩护, 并将“分离说”的内涵作了更为具体的表述, 而富勒则从法律秩序的道德基础和法律自身的道德性出发强调法律与道德的不可分。从表面上看, 其论争的焦点在于法律与道德是分离还是结合, 而实质上他们是从各自的问题意识出发, 强调了对于实现“忠于法律”这一法治目标来说至关重要的不同的方面。这场论战对于我国法治建设的最大启示是: 当我们强调法律的实质正义目标时, 我们不应简单地用道德的逻辑和标准去替代法律的逻辑及标准; 而当我们强调法律相对于道德、正义的独立性时, 我们不应忽视对法律自身道德性的培育。

[关键词] 法治; 法律的道德性; 哈富论战; 自然法学; 实证主义

[中图分类号] D90-053 **[文献标志码]** A **[文章编号]** 1008-942X(2007)01-0144-09

Law and Morality: Connection after Being Separated

SUN Xiao-xia, MA Ming

(Department of Law, Zhejiang University, Hangzhou 310028, China)

Abstract: In the last century there occurred a famous debate between H. L. A. Hart and Lon L. Fuller over the relationship of law and morality, which has been seen as the historic confrontation between legal positivists and natural law thinkers. As the debate ended, it is usually delineated that the legal positivists insist on the separation of law and morality and the natural law thinkers insist on the un-separation of law and morality. This is almost the settled conclusion about the debate. Such a blanket conclusion, however, should have concealed the debaters' deep awareness of jurisprudential problems and its profound significance in legal practice.

In the debate, Hart definitely defended the legal positivism against criticisms which appeared at his time and reiterated a strict separation of law and morality. The separation thesis which is typically formulated in terms of "the separation of law as it is and law as it ought to be", according to Hart's explication, means two simple things: first, in the absence of an expressed constitutional or legal provision, it could not follow from the mere fact that a rule violated standards of morality that it was not a rule; second, it could not follow from the mere fact that a

[收稿日期] 2006-09-30

[本刊网址·在线杂志] <http://www.journals.zju.edu.cn/soc>

[基金项目] 国家社会科学基金资助项目(413203101S10401)

[作者简介] 1. 孙笑侠(1963-), 男, 浙江温州人, 浙江大学法学院法律系教授, 博士生导师, 主要从事法理学、宪法学和比较法学研究; 2. 麻鸣(1965-), 女, 浙江大学法学院法律系博士研究生, 浙江大学人文学院社会学系教师, 主要从事法律社会学、法理学及法哲学研究。

rule was morally desirable that it was a rule of law. Here actually exist two kinds of "morality" - one refers to "all notions of 'what law ought to be' " in the conceptually general sense and the other refers to "extra-legal notions of 'what law ought to be' " in the practically applied sense. Correspondingly, there also exist two kinds of "separation": one means the exclusion of all values, including internal legal value, from law as facts and the other only means the exclusion of extra-legal value from law. Usually Hart and his predecessor held the separation thesis in the second meaning in order to define the range of law accurately and make fidelity to law possible. But sometimes they, especially Hart, tended to extend the separation-proposition to the more general level to such an extent of eliminating internal legal value from law and this to some degree directly led to Fuller's counterthrust at positivist separation-advocacy.

In Fuller's opinion, the positivist position of separating morality from law is theoretically inadequate, if fidelity to law is the common-shared goal. Once the law was stripped of its own value, there would be no way to guarantee that law possesses the qualities of deserving loyalty. Moreover, separating morality from law would in practice lead to the dilemma of "evil law is the law", which would make the obligation of fidelity to law meaningless and even have to scarify the ideal of fidelity to law at last in order to fulfill the basic demand for justice. It would also make for the impossibility of realizing the ideal of fidelity to law because of the fact that there is no legal criterion for judges of what they should do in order to discharge their duty of fidelity to law when they are involved in difficult situations in that some choices have to be made during the every-day's operation of law. So only when the moral ingredients of what law ought to be have been incorporated into the concept of law could the quality of deserving man's respects for law be assured and would the realization of the ideal of fidelity to law become possible and necessary. According to Fuller's perspective, law as a human enterprise, has its own purpose and this very intrinsic purpose generates the law's internal morality of which Fuller had discerned eight desiderata. This morality constitutes the conditions for the existence of a legal system and guides and constrains the official behaviors during the process of creation and implementation of legal rules so that the evil law could be effectively avoided and the legitimacy of legal system could be ensured. Meanwhile, the internal morality could supply to judges some criterion which is no longer the substantial criterion provided by traditional natural law but the procedural one of what law ought to be and make it possible for judges to apply and interpret the law on the secure footing even in the disputable situation. Therefore, law and morality have necessary connection, Fuller argued.

At first appearance, this debate focused on whether or not law and morality are or ought to be separated and Hart and Fuller proposed the completely opposite viewpoints. But after a close analysis of what the separation-thesis and connection-thesis really mean, it shows that both Hart's position of separation and Fuller's position of connection had stressed the essential yet different aspects under their distinctive question awareness for maintaining the rule of law. When Hart insisted on the separation of law and morality, he was mainly stressing the independence of law on morality and justice in the judicial process and to this somewhat "qualified separation" Fuller had no intention to object. When Fuller insisted on the connection of law and morality, he was stressing the urgent need for internal legal morality in order to keep the integrity of law itself

after being stripped of all kinds of the extra-legal morality and with this "connection after being separated" Hart also expressed his limited agreement. So the significance of the debate lies in the better understanding of what sense of separation or connection between law and morality we ought to insist on if rule of law is our common goal. The most enlightening revelation this debate has provided for our country's legal construction is that: when we place emphasis on the substantial justice as our legal end, we could not simply substitute moral logic and standards for legal ones; and when we emphasize independence of law on morality and justice, we should not neglect the cultivation of the morality of law itself.

Key words: rule of law; the morality of law; Hart-Fuller debate; natural law theory; positivism

法律与道德的关系问题是一个古老的法哲学问题,但却不是一个尘封于法哲学历史中的过时的了的问题。每当法学的理论面临新的挑战,或是法律的实践遭遇新的问题时,人们都不得不重新思考、讨论这个古老的问题,尽管每一次思考的内容与讨论结果都各不相同。20世纪法学界对这个古老问题所作的最为引人注目的讨论,莫过于哈特与富勒之间的论战。当这场论战的硝烟慢慢退去,它留给了后人这样一个印象:实证主义法学派坚持法律与道德之间的分离(即关于法律与道德的分离学说或者分离命题,以下简称“分离说”),而自然法学派则主张法律与道德的不可分(即关于法律与道德的不可分离的学说或结合命题,以下简称“结合说”)。这几乎已成了法学史认识上的一个定论。但这样一个概括性的结论远远没有反映出这场论战所具有的深刻的问题意识,以及它对法治实践的深远意义。本文试图通过解析这场论战所包含的实质内容以及它对法治实践的意义,为我国的法治建设提供一些理论参考。

一、哈特:法律与道德的分离

哈特在《实证主义及其法律与道德的分离》一文中,以重述法学史上被他归入实证主义阵营的一系列法学家,特别是边沁与奥斯丁对于法律与道德关系问题的立场和态度的方式,进一步重申了实证主义的分离主张,即“实际上是这样的法与应该是这样的法的分离”(the separation of law as it is and law as it ought to be)^{[1]596}。从这个分离命题的语言表述来看,哈特所代言的实证主义所主张的法律与道德的分离,其实是指实在法与应然法之间的分离。“分离说”的这种特定表述直接沿用了奥斯丁对“分离说”的原初表述——即“法律的存在是一回事,法律的好坏是另一回事。它是否存在是一种研究,它是否符合假定的标准是另一种研究”^{[2]157}。因此,分离说中的“法律”是指 law as it is,即“事实上存在的法律”,包括制定法和先例在内的既存法律;而分离说中的“道德”则是指 law as it ought to be,即“规范意义上的法律”,包括所有关于“法律应该是什么”的具有规范性质的各种观念。

实证主义者提出并极力坚持“分离说”,其最直接、也最明显的目的或动机在于法律理论研究的科学性。他们通过“分离说”所追求的正是作为社会科学理论之基础的客观性。只有把带有主观价值因素的应然法从法律现象中分离出去,才能为法学提供一种以事实形态出现的具有客观性的研究对象,也才能以科学的方式对法律进行研究。法律的理论研究能否具有客观性和科学性,这既是一个关系到法学能否具有作为一门独立学科的资格的问题,同时也关系到法学理论家职业正当性的问题。正是带着这样的问题意识,奥斯丁首次提出了分离命题。他通过把“事实上存在的法律”与“规范意义上的法律”分离开,使法学拥有了一个确定的、以事实形式存在的研究对象——即实在

法,从而使法学研究建立于科学的基础之上,也使法学理论与其他科学理论一样清晰明白,以此解决了法学的独立性和科学性。哈特直接继承了这样一种理论传统,他把自己的理论定位在“提供一个一般性及描述性的关于法是什么(what law is)的理论”^{[3]220},以使自己的理论具有某种普遍性和科学性。这样一种问题意识与其他社会科学理论研究者为使自己的理论研究具有科学的地位而强调事实与价值的分离,并在研究过程中自觉保持价值中立的态度并没有什么两样。

然而,法学作为一门具有很强实践性的学科,它的理论和学说如果不是面向法律实践中的现实问题,那么即使是科学的理论也将是没有价值或是价值甚微的。实证主义这种毫无疑问有意义的法学理论也必然指向法律实践,尽管这种指向可能不是以一种明显的方式表现出来。因此,实证主义者极力坚持和捍卫的“分离说”,其目的不会仅在于使法学研究获得一份理论上必需的清晰。作为实证主义法学基础和核心的“分离说”,它的提出除了受上述理论上的问题意识的推动外,还必然隐藏着更深的法律实践上的问题意识。

确实,实践方面的问题意识在实证主义的代表人物奥斯丁和凯尔森那里都只有非常间接、甚至是含糊的表达。当奥斯丁主张“事实上存在的法律是法律,尽管我们恰好不喜欢它或者它偏离了我们用以作出满意或不满意评价的标准”^{[2]157},显然,他想通过法律与道德的分离来达到维护实在法效力的目的,但他没有进一步言明维护实在法效力的实践意义。凯尔森也只是偶尔提到自己的整个理论体系是基于对秩序理想的偏爱。直到哈特,实证主义者才以一种明朗的态度表明了坚持“分离说”的最终目的——为了在法律实践中实现“忠于法律”的理想。哈特认为:“当边沁与奥斯丁在坚持法律与道德的分离时,他们头脑中的法律应该是其含义清晰无争议的具体的法律,并且他们想要主张的是:这些法律即使在道德上是野蛮的也仍然是法律。”^{[1]600}而且,这种分离的坚持是为了避免法律实践中存在的两种危险:一是法律及其权威可能在人们关于“法律应该是什么”的观念中被瓦解;二是实在法可能取代道德成为行为的终极标准而逃避批评^{[1]598}。由此可见,实证主义者在坚决捍卫“分离说”的基础上所热切追求的法律的明晰,并非只是概念上的明晰;分离的目的也不只是通过明晰的法律概念去解决法学作为一门科学的合法性问题。他们所追求的法律的明晰还应包括法律规则上的明晰;他们希望通过将 what law is 与 what law ought to be 加以严格区分来明确法律规则的范围,从而使“忠于法律”及法律权威的维护成为可能。哈特在《实证主义及其法律与道德的分离》一文的第三部分结尾处,以一种非常沉重的语气呼吁:在我们没有决定要放弃法律权威的概念之前,我们不应取消法律与道德之间的区别^{[1]615}。至此,实证主义所主张的“分离说”与法律实践直接结合在了一起,他们极力主张“分离说”正是为了在法律实践中实现“忠于法律”(fidelity to law)的理想。

正是在这样的背景下,哈特把“分离说”的内涵更进一步明确表述为以下两方面的具体主张:(1)“在没有宪法与法律明确规定的情况下,我们不能仅仅因为一个法律规则违背了道德性标准而断定它不是一个法律规则”;(2)“也不能因为一个规则在道德上是可欲的就认为它是一个法律规则”^{[1]599}。第一方面的主张主要强调法律的效力不能因非法律原因而被取消,其实质是强调法效力的内在标准;第二方面的主张强调非法律标准(即广义上的道德标准)不具有法律的地位,其实质是强调司法过程应排除非法律标准的适用。这两个方面的主张都与法律实践密切相关,希望通过排除非法律因素对司法实践的影响来达到“忠于法律”的目的。

“分离说”在内涵上的这一具体化,使得“分离说”的主张从强调一般意义上的事实与价值的区分进一步发展成为强调在司法过程中法律与非法律之间的区分,由此产生了两个外延不尽相同的道德概念:“概念表达中的道德”与“实际使用中的道德”。前者是指所有关于“法律应该是什么”的规范意义上的各种标准,除了人们从法律外的社会道德或正义的角度所形成的对“法律应该是什么”的看法(即关于“法律应该是什么”的外在标准)外,还包括在长期的法律实践的基础上逐渐产生

的、从法律内部的视角所形成的并为法律共同体成员普遍共享的关于“法律应该是什么”的观念(即关于“法律应该是什么”的内在标准);而后者仅指法律外的关于“法律应该是什么”的标准。如果“分离说”中的“道德”是指前者,那将意味着把所有“法律应该是什么”的观念都排除在司法过程之外,从而否定在司法过程中存在着任何意义的“应然法”;如果“分离说”中的“道德”是指后者,那么,被排除在司法过程之外的只有外在于法律的、非法律的“法律应该是什么”的评判标准。无论是奥斯丁还是哈特,在阐述“分离说”时,都没有特别说明他们所指的“道德”(morality)或“应然法”(what law ought to be)是前者还是后者。但从他们实际使用“道德”或“应然法”的语境来看,他们所指的更多的是后者——即关于“法律应该是什么”的外在标准。富勒在论战中也肯定了这一点,并将实证主义传统所使用的“道德”概念概括为“所有可想象的、非法律的、用以评判人类行为的标准,包括个人内在良知、基于宗教信仰的是非观、正当与公平的一般观念、由文化因素决定的各种偏见”^{[4]635}。

然而,哈特在文章临近结尾时,为使自己对“分离说”的捍卫、对“结合说”的反对更加有力,竟有意无意将所讨论的“道德”概念外扩到一般意义上的应然标准(即包括法律内和法律外的关于“法律应该是什么”的所有标准)。他说,如果法官在适用法律时必须受“法律应该是什么”的观念的指导,那么法官就可能在一个致力于邪恶目的的法律体系中发现法律规则所隐含的不正义要求,并把它适用于他认为合适的场合,从而使得法律与道德的结合不仅没有产生出更多的正义,使法律更符合道德的要求,相反却产生了更多的不道德和不正义。由于存在着一种不道德的道德,所以将道德融进法律的结果并不一定能使法律的运行更符合人们的道德要求^{[1]629}。很明显,这里哈特主张从司法过程中排除出去的不只是“法律应该是什么”的非法律的外在标准,而且还包括从法律的内在目的中推导出来的关于“法律应该是什么”的法律内在标准。这更激起了富勒对哈特所维护的实证主义“分离说”的不满^①,由此便引发了这场旷日持久、影响深远的论战。值得一提的是,富勒在与哈特展开论战时一直是在实证主义传统意义上讨论法律与道德之间的关系的(即 the relation between law as it is and law as it ought to be),因而他所使用的道德概念是“概念表达中的道德”,它包括所有“法律应该是什么”的外在及内在标准。

二、富勒:法律与道德的结合

富勒认为,哈特教授对“分离说”的重新阐述把争论带到了“忠于法律”这个现实问题上,从而为在“法律与道德关系问题”上持相反意见的人们开展真正有益的对话打开了通道,但他没有认识到论争范围的扩大所必然蕴含的意义^{[4]631-632}。当哈特表明实证主义坚持“分离说”是为了实现“忠于法律”这一理想时,在他自己所表明立场中已隐含了一种价值取向或道德目标,那就是:“忠于法律”是对人类有利的事。同样,当凯尔森表白自己的整个理论体系是基于对秩序理想的偏爱时,他也无意识地在自己的理论中隐含了一个道德目标,那就是:法律秩序的建立是对人类有利的事。如果说“忠于法律”、建立法律秩序或简单地说实现法治是人类追求的一个理想,那么,在这个理想的背后必定有一个被人们普遍接受的价值支撑着。正是这个价值引导着法律的整个运行过程,并使法律具有了某种让人服从的正当性。因此,如果问题的讨论进入到“忠于法律”这一实践的层面上,“法律应该是什么”这一道德问题就无法回避。哈特希望通过坚持实证主义的“分离说”去实现“忠于法律”的目标,在理论上是够充分的^{[4]634}。当实证主义的分离立场将“法律应该是什么”的内涵

^① 富勒对前一意义上的分离主张的不满只是因为它的不充分(这一点在本文后面的论述中还将有更详尽的讨论),而对后一意义上的分离主张的不满则是因为它本身是错误的。

完全从法律的概念中剥离出去后,对于“为什么要服从法律”、“为什么要尊重法律”这样一些问题就根本无法作出合理的解释。因此,如果要实现哈特所表明“忠于法律”的目标,就必须使法律具有某种价值,以使“忠于法律的义务变得有意义”^{[4]633}。

富勒认为,人们尊重法律与尊重万有引力定理是不同的。对于后者,只要被证明是真的,是对客观事实的真实反映,就可以赢得人们的尊重;而对于前者——人类的法律,它要赢得人们的尊重必须具备某些值得人们尊重的东西。用富勒的话来说,“它必须体现人类取得的成就;而不能只是一个权力的简单的法令,或是一个关于国家官员行为的可辨认的重复的行为模式”。“如果法律,即使是坏的法律,有权要求我们的尊重,那么法律必须体现我们能够理解和描述的某些人类努力的一般方向,并因此即使它看起来偏离了它的界限,我们仍能原则上接受它。”^{[4]632}因此,富勒认为,法律内在包含了人类的某种价值追求,它是人类有目的的事业或活动^①。法律的这个内在目的或内在价值就是为人们之间的积极互动提供一个健康而稳固的制度框架,以使人们所追求的各种实体目标能得到充分的实现。因为人类要“过美好生活需要比良好的愿望更多的东西……它需要某种只有健全的法律制度才能提供的东西——至少在现代社会——为人类的互动提供一个牢固的底线支持”^{②[5]205}。正是这种“为公民相互间的互动提供健康而稳定的框架”的内在目的或功能,使法律自身拥有了某种道德性^{[5]208}。这里,富勒只是将实证主义者悄悄隐藏在自己理论背后的价值取向公开表达出来。富勒进而从这个法律的道德目标出发推演出法律的内在道德要求,并以此来规范和指导整个法律的运行过程。他认为,任何法律制度的建造者如果要想实现其建立秩序的目的(哪怕只是出于自私的考虑),那么他就必须“接受最低限度的自我约束”^{[4]644}。譬如,他应清楚地发布自己的法律命令,他还应依据已经颁布的法律去处罚那些需要服从法律的人们的行为,等等。这些用以约束法律创造者的规范就构成了法律所具有的内在道德。富勒从中识别出了八个方面的道德要求,即:法律的一般性,法律的公布,适用于将来的而非溯及既往的,法律的明确性,避免法律中的矛盾,法律不应要求不可能实现的事情,法律的稳定性,官方行动与法律的一致性^{[5]33-79}。正是因为法律内在包含了人类的道德目标,具有内在的道德性,法律才具有值得人们尊重的正当性。

实证主义的分离主张对于哈特所宣称的“忠于法律”的目标不仅在理论上是不充分的,而且在实践上还将因“恶法亦法”的困境而不得不放弃“忠于法律”的目标。由于实证主义的分离主张将所有“法律应该是什么”的观念都从法律的概念中分离出去,法律的创造便成了没有任何规范约束的统治者权力意志的体现,由此产生的必然结果是“恶法亦法”的现实困境。“最恶劣的、因而也是完全违背上帝意志的法律,一直作为法律被法院所实施并将继续作为法律被实施。”^{[2]158}面对要求人们服从的“恶法”,人们是选择服从还是抵抗?这是摆在实证主义者面前的一个道德难题——服从意味着放纵罪恶,而抵抗意味着破坏法律的权威。面对这样的难题,哈特只能建议以一个较小的恶(通过一个溯及既往的法律)来避免更大的恶(让罪恶逍遥法外)^{[1]619-620},从而实际上已不得不放弃“忠于法律”这一理想(因为通过一个溯及既往的法律其最终的目的就是为了取消某一既有的法律的效力)。即使没有“恶法亦法”的困境,实证主义的“分离说”也将因无法解决日常法律运行中所产生的一些实际困难,而使“忠于法律”理想的实现变得不可能。由于实证主义的法律概念中没有任何“法律应该是什么”的观念或标准,被赋予了“忠于法律”义务的法官在他们遭遇存在着明显错误

① 人类在法律事务中的“有目的性”突出地体现在成文宪法中。在现代法治国家,成文宪法为政府颁布和管理法律的行为规定了基本的程序要求以及最低限度的实体内容方面的限制,从而确保法律制度的运行不偏离人类努力的方向。

② 本文引用富勒《法律的道德性》一书原著的字句,在译法上均参考了郑戈译的《法律的道德性》(商务印书馆2005年版),特此说明并致谢。

的成文法或先例时,他们将因缺乏某种公认的应然标准而不能确定如何做——是主动纠正既有法律的错误,还是继续适用错误的法律?——才算是履行了“忠于法律”的义务,从而使“忠于法律”目标的实现变得困难^{[4]646-648}。

因此,富勒认为,实证主义的分离主张根本不能有效地促进“忠于法律”理想的实现^{[4]642}。正是因为哈特为之辩护的“分离说”在实现他所表明的“忠于法律”的理想上的无能,富勒提出了自己的“结合说”。富勒通过重新将“法律应该是什么”的内涵注入法律的概念,使法律的运行具有某种内在的规范约束,从而使“恶法”的产生得到了有效的遏制。“法律,单纯被看作秩序,它包含着自己的隐含道德。如果我们想要去创建能被称之为法的任何东西,即使是坏的法,秩序的道德必须得到尊重。”^{[4]645}尽管法律的内在道德只是规定了创建和管理法律规则的方式,而并没有对法律规则的实体内容作限定^{[5]97},但富勒坚信,“如果人们被迫以正当的方式行事,那么,他们将总是做正当的事”^{[4]643}。也就是说,法律在形式上的正当性能在一定程度上确保法律在实体上的正当性。由于任何法律都必须具备起码的“内在道德”(因为“对法律道德性的最低限度的遵守是有效的法律实践所必不可少的”^{[5]156}),而这个道德又能在一定程度上确保法律在实体上的正当性,因此,法律作为法律只可能是一个坏的法律(因为自身的不完善),但不会是一个恶的法律。富勒在文章的开头就以请问的方式表明了这一态度:“如果我们感到法律自身是最安全的庇护所,那么难道不是因为即使是最邪恶的政府也会对把残酷、不仁、不人道写进法律犹豫吗?而且这种犹豫不是来自法律与道德的分离,而正是来自于法律与那些最为必需的和明显正当的、没有人需要羞于表白的道德要求的同一。这一点难道不清楚吗?”^{[4]637}

而那些坏的、不完善的法律在按照其“内在逻辑”^①运行时,会得到不断纠正和完善,从而使得实现“忠于法律”的理想变得必要且有可能。所以,富勒认为,如果“忠于法律”是大家共同追求的目标,那么,法律与道德是根本无法分离的。只有将“法律应该是什么”的道德内涵包括在法律这一概念中,法律才具有值得人们尊重的品质,“忠于法律”的义务才有意义;只有将“使法律成为其应该是什么”(making law what it ought to be)的职责包括在“忠于法律”的义务中^{[4]647},“忠于法律”的目标才有可能得到真正的实现。

三、“哈富论战”的实质:分离后的结合

通过上述对哈特为什么坚持法律与道德的分离以及富勒为什么坚持法律与道德的结合的分析,我们发现,哈特与富勒为了一个共同的目标——忠于法律——提出了截然相反的主张。哈特认为,只有将法律与道德严格分离才能明确法律的界线,才能避免非法律因素对法律的侵蚀,也才能在司法实践中实现“忠于法律”的目标,并使法律的权威得到维护。而富勒认为,法律与道德的分离将使“忠于法律”的义务因缺少价值依据而失去意义,而且在实践中也很难得到真正的坚持,只有将“法律应该是什么”的道德内涵注入法律,才能使“忠于法律”的理想变得有意义,也才能真正地实现“忠于法律”的理想。从表面上看,“结合说”与“分离说”是两种水火不容、完全对立的理论主张,但如果仔细分析哈特所坚持的“分离”与富勒所坚持的“结合”究竟意味着什么,我们就会发现他们不仅有共同的目标,而且在“如何实现目标”的具体认识上存在着基本的一致性。

在前面的分析中我们曾提到,实证主义在主张“分离说”时所使用的道德概念存在着相当的模糊性和不确定性。他们在坚持“分离说”时所使用的道德概念通常是指外在于法律的关于“法律应该是什么”的观念,旨在排除非法律因素对司法实践的干扰。然而,他们在反对“结合说”时却往往

① “法律道德性”的另一表述。

只是笼统地反对将“法律应该是什么”的观念融进法律^①,结果把所有关于“法律应该是什么”的观念和标准都排除在法律的制度或实践之外。如果实证主义所主张的“分离”只是前一意义上的“分离”——即一种“有限定的分离”,那么富勒对它的态度只是批评其理论对于实现“忠于法律”这一目标的不充分。因为仅将法律与道德(morals)严格分开,并不能在法律适用及法律解释出现疑难时为如何才能履行“忠于法律”的义务提供任何有意义的指导,因为它无法就“忠于法律”这一道德要求给出任何明确的标准。为此,富勒希望通过自己的“结合说”来补充“分离说”的不足,即通过找出一个“法律应该是什么”的可靠标准为“忠于法律”这一道德要求提供明确的规范。不过,富勒这里提出的已不再是传统自然法意义上的超法律的实质标准,而是一个方法意义(或程序自然法意义)上的内在于法律的形式标准^②。它是从法律自身的功能或内在目的推演出来的作为法律有效运行基础的一些自然规则^③,具有中立足于法律实体目标的客观性和确定性,因而对它的适用也不会破坏既存法律的权威或损害法律的确定性。如果实证主义所主张的“分离”是后一意义上的“分离”——即一种“无限制的分离”,那么,富勒对它的态度是坚决予以反对。因为在富勒看来,如果没有一个“法律应该是什么”的内在标准,不仅法律自身的正当性及其权威会因此失去价值依据,而且在法律适用和解释遭遇疑难时,也会因没有一个可依据的合理标准而使司法裁判变成一个由法官的个人意志所主宰的主观、任意的过程。当哈特因担心法律及其权威可能在人们关于“法律应该是什么”的观念中被瓦解而极力维护“分离说”时,富勒则看到,如果没有某种关于“法律应该是什么”的内部标准,那么,法官个人的信念、情感等主观因素就会替代法律,成为司法判断的标准,从而使得法律的运行缺乏应有的确定性和可预期性,并最终使公众失去对法律的信念,由此,他极力主张“结合说”。

如果哈特所坚持和维护的“分离说”是有限定的分离主张,那么,富勒并没有否定其基本主张。对于这一点,富勒在《法律的道德性》一书中讨论自己所提出的程序自然法与传统的实体自然法之间的关系,以及法律的内在道德与外在道德之间的关系时,已作了较为明确的表示^{[5]102-132}。他只是认为,实证主义试图用这样一种“分离”去实现“忠于法律”的目标是把问题简单化了。因此,当富勒希望以自己的“结合说”去纠正过于简单化的“分离说”时,他是在“分离”的前提下提出结合主张,是“分离后的结合”。富勒之所以批评实证主义所主张的“分离说”,不是因为他们强调法律相对于道德、正义的独立性^④,而是因为在反对传统自然法将超法律的“高级法”作为评判法律效力的标准时,将关于“法律应该是什么”的内部标准也一并抛弃了。由此可见,当富勒在反对哈特所代言的“分离说”时,并没有否定其基本的主张——实在法与实质意义上的道德的分离,而只是通过进一步挖掘出“法律应该是什么”这一概念的形式内涵,把法律与道德的关系进一步分解为“实在法和实质意义上的道德”以及“实在法与形式意义上的道德”两个不同层次的关系,从而形成了“实在法与实质意义上的道德之间的分离”以及“实在法与形式意义上的道德之间的结合”这两个主张。对于

① 这一点在哈特与富勒的论战中表现得十分明显,特别是他在《实证主义及法律与道德的分离》一文中最后讨论“不道德的道德”(immoral morality)时。

② 这里的“程序自然法”主要是指确保法律有效运行所必须遵循的一些方法,它是法律赖以存在的基础,因而不是在法律之上的较高的法,而是作为法律基础的较低的法。

③ 富勒认为,他所提出的“法律的内在目的”是一个能被普遍接受的“适度或节制”(modest or restricted)的目的,而不是那种具有明显个人主观意志色彩的可争议的目的。

④ 当富勒谈到法律与道德的不同在于前者是有目的的事业(需要计划的),以及当法律的内容基本符合人们日常的道德观念时对法律公开性的要求就可以有所降低时,都间接地表明了他并没有以法律的实体内容是否符合道德要求来作为判断法效力的标准。

富勒所提出的实在法与“形式意义上的道德”的结合,哈特也表示了有条件的赞同^①[3]191。这便是隐藏在他们的“分离说”与“结合说”背后的在法律与道德关系问题上所持有的共识。

从上述的分析中,我们可以得出的一个结论是:哈特所维护的“分离说”与富勒所主张的“结合说”是从不同的角度强调了对于维护法治而言至关重要的一面^②。通过这场论战,我们更清晰地看到了什么是实现法治最为重要的因素。因此,这场论战的意义并不在于帮助我们澄清在实现法治的过程中,是应该坚持法律与道德的分离还是结合,而在于让我们更清楚地认识到我们应在什么意义上坚持法律与道德的分离,在什么意义上坚持法律与道德的结合,如果实现法治是我们所追求的目标的话。在追求实现法治的努力中存在着两种危险:一是在强调法治的道德和正义目标时简单地用社会的道德观和正义观代替法律的内在目标,从而在法律实践中简单地将道德的逻辑代替法律的逻辑,用道德的标准代替法律的标准,最终致使法治秩序根本无法建立或使已建立的法治秩序遭到破坏^③;二是在强调法律相对于道德、正义的独立性时放弃了对法律自身道德目标的追求,从而忽视法律自身内在道德的培育,并使法律无力抵抗以法律名义实施的种种邪恶^④。前种危险是哈特所特别担忧的,而后种危险是富勒认为更应该警觉的。法治的实现意味着成功地避免这两种可能出现的危险。我国在迈向法治的征途中同样存在着这两种危险,而且有理由相信我们比其他国家更有可能遭遇这两种危险。当我们注重借鉴西方成功的法治经验,并明显意识到我国传统法律思维对实现法治所形成的障碍而强调法律相对于道德的独立性时,可能会出现后一种危险;而当我们强调承继我国法律传统中对实质正义的重视以顺应当今国际社会对法律实质正义的高度关注的趋势时,就有可能出现前一种危险。尽管对这两种危险我们都应加以高度警惕,但鉴于我国特有的历史文化背景和社会制度现实,以及我国目前所处的法治发展阶段的特殊性,我们有更大的可能遭遇前一种危险,因而需要给予更多的警惕。这应是这场论战对我国法治建设的最大启示。

(本文曾在浙江大学法学院为宪法与行政法专业博士研究生开设的“法理专题”课堂上宣读和讨论,参与讨论的研究生对此文提出了许多有益的意见,在此谨表谢意!)

[参 考 文 献]

- [1] Hart, H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals[J]. Harvard Law Review, 1958, 71: 593—629.
- [2] Austin, J. The Province of Jurisprudence Determined[M]. Beijing: China University of Political Science and Law Press, 2003.
- [3] 哈特. 法律的概念[M]. 许家馨, 李冠宜, 译. 北京: 法律出版社, 2006. [Hart, H. L. A. The Concept of Law [M]. Trans. Xu Jiabin, Li Guanyi. Beijing: Law Press, 2006.]
- [4] Fuller, Lon. L. Positivism and Fidelity To Law—A Reply To Professor Hart[J]. Harvard Law Review, 1958, 71: 630—672.
- [5] Fuller, L. L. The Morality of Law[M]. New Haven: Yale University, 1969.

① 之所以说哈特是有条件地赞同,是因为哈特在明确承认实在法与“法律道德性”诸要求之间存在某种必然联系时,对“法律道德性”诸要求是否构成了法律的道德,能否确保法律的正当性仍然持怀疑态度。

② 这里所指的“法治”并不包含任何政治意识形态的内容,而只是指“受法律规则的治理”(rule of law)。

③ 当美国政府为更好地实现反对恐怖活动的正义目标而宣布对恐怖嫌犯不能使用正常的审判程序时,这种危险已隐约出现。

④ 在纳粹德国时期为什么整个法律职业界都几乎成了希特勒极权统治的帮凶,一个主要的原因是德国的法制在长期的“法律就是法律”的思维中忽视了对法律自身内在道德的建设。