

· 法律哲学研究 ·

法律道德性^①：法律，抑或道德？孙笑侠¹ 麻鸣²

(1. 浙江大学法学院, 浙江 杭州 310028; 2. 浙江大学社会学系, 浙江 杭州 310028)

摘要：富勒在批评哈特的承认规则不足以作为法律权威基础时提出了“法律道德性”这一概念。法律道德性内含于法律的内在目的。法律的内在目的决定了一个法律制度存续的基本条件，因而这方面要求实际上构成了法律之所以是法律的基本要素。法律道德性在实践运用中有“义务德”和“愿望德”两种形式，前者以法律的形式规范法律的创造和管理过程，后者则作为法律创制者和管理者的角色道德发挥作用。法律道德性在性质上既是法律，又是道德，在法律实践中它同样既以法律又以道德的形式规范着法律的创造和管理过程。

关键词：法律道德性；承认规则；法律的内在道德；合法性原则

中图分类号：DF0-059

文献标识码：A

文章编号：1006-6128(2008)03-0003-09

“法律道德性”这一概念是富勒整个法学思想的核心概念。无论是他所提出的与传统自然法不同的程序自然法，还是他所提出关于良好社会秩序的学问（或称“优序学”），都与“法律道德性”这一概念密切相关。因此，澄清这一概念的内涵对于理解富勒独特的新自然法立场以及体现在“优序学”建构中的价值追求都具有十分重要的意义。

一、“法律道德性”的提出

“法律道德性”这一概念最早是富勒为回应哈特在哈佛大学所作的霍姆斯讲座中所提出的某些观点而写的批评性评论——《实证主义与忠于法律——对哈特教授的回应》中提出的^②。哈特在讲座中为维护法律实证主义的传统立场——法律与道德的分离，对经常遭受反对立场者攻击的奥斯丁的“命令说”进行了深刻的批评，并在此基础上提出了“具体规定了基本立法程序的被接受的基本规

收稿日期：2007-12-28

作者简介：孙笑侠（1963-），男，浙江温州人，浙江大学光华法学院院长，教授、博士生导师；麻鸣（1965-），女，浙江嵊州人，浙江大学社会学系教师，浙江大学2004级博士研究生。

①“法律道德性”这一术语的英文表述是 the morality of law，这个词最早由沈宗灵先生在他著述的《现代西方法理学》一书中介绍富勒思想时将它译成“法律的道德性”，后来郑戈教授在翻译富勒的代表作 *The Morality of Law* 时继续沿用沈先生的译法，但在个别地方郑教授将其译为“法律道德”。Morality 这个词在英文语境里有“道德”、“道德性”、“道德品质”等多重含义，因此，the morality of law 这个词也可译成“法律的道德”、“法律的品质”，而且我个人认为，如果译成“法律的品质”更能以直观的形式传递富勒提出这个词的本意。但为了学术用语上的统一，本文仍将沿用“法律的道德性”这一通行的译法，只是为了方便表述起见，本文以“法律道德性”这一更为简略的表述替代“法律的道德性”。

②哈特讲座的题目是《实证主义及法律与道德的分离》，后来被刊登在《哈佛法律评论》上，相关内容参见 H. L. A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, *Harvard Law Review* 71 (1958), pp. 593-629。在同期里还刊登了富勒的批评性文章，参见 Lon. L. Fuller, *Positivism and Fidelity To Law - A Reply To Professor Hart*, *Harvard Law* 71 (1958), pp. 630-672。

则” (the fundamental accepted rules specifying the essential lawmaking procedures) 这一新的概念,¹ 以替代奥斯丁用“主权者命令”这一强调法律强制性特征的概念对法律基础作出新的解释, 希望以此克服奥斯丁理论将法律等同于强制的缺陷。他认为, “法律秩序不能简单等同于强迫” “除非立法者遵守具体规定了基本立法程序的基本承认规则, 否则他们所做的并不产生任何法律” [1] (P630) “对法律体系的基础以及法律效力的观念需要从被接受的承认规则这个概念来加以阐明” [2] (P198) 哈特通过“承认规则”这一概念使得对“法律创制过程”的解释从“不受约束的主权者对其臣民发布命令”复杂化为“立法者在承认规则约束下设立将决定每一个公民法律义务的规则”这样, 哈特不仅使得对法律性质的理解从“命令”深化为“规则”, 而且还对法律的正当性 (legitimacy of law) 问题作出了某种解释——即符合了由承认规则规定的法律制定程序要求的法律就具有要求人们服从的正当性, 从而在形式的程序中为法律权威找到了基础。

然而, 哈特的解释存在一些问题: 承认规则与依据它而被赋予法律效力的第一性义务规则一样也是法律规则 (是法律规则体系的一部分), 而只要是法律规则, 它就必然是由人所设定的, 那么, 承认规则自身的正当性又如何证明?

哈特似乎想用人们在使用承认规则时事实上存在的两个预设来证明: (一) 使用者将用以确认法律的承认规则接受为是合适的; (二) 在制度的实际运行中承认规则得到了普遍的接受和运用 [2] (P105) 但是, 根据哈特的说法, 这一共同接受的事实并不表明存在着某种共同的基础。他认为, 人们在接受承认规则时可以出于各种各样的动机——“长期的利益计算; 对他人无私的关怀; 不经反思的习惯或传统的态度; 或者只是单纯地跟着别人走” [2] (P198) 这就是说, 承认规则只是某种惯例性的社会实践规则, 它被普遍接受的事实与接受这一规则的群体是否拥有共同的价值无关。这与他实证主义的基本立场——法律与道德的分离——是一致的, 但却使他苦心构建的承认规则在履行其作为一个法律体系基础的功能时面临两个现实的难题。首先, 由于承认规则只是社会实践规则, 它“极少被明确地表述为一个规则的” [2] (P98), 那么对于这个未被明确表述的规则的具体内容在一群受各种动机支配的人员中间如何达成一致认识? 或者说如何避免出现承认规则内容不确定或是官员们在实践中对于承认规则的核心内容是什么存在着争执的情形呢? 其次, 即使存在着内容明确的承认规则, 又如何在实践中确保受不同动机驱使的人们能遵循承认规则 (至少是在掌握着立法和司法权的官员们中间)? 正如 Bayles 所言, “尽管 (我们) 可以设想一个法律制度在人们没有在道德上接受承认规则时存在一些时候, 然而分裂迟早将在社会压力体系中产生, 这使得当偏离行为出现时 (社会) 将不会采取任何 (制止偏离的) 行动。如果官员可以从他的不遵从行为中获益, 那么这种仅出于审慎考虑而接受承认规则就不再有动力” [3] (P30) 当规则的不确定以及对规则的偏离变得日益严重时, 只有出现某个具有足够社会权力的个人或团体来消除不确定和偏离行为, 承认规则方能正常运行, 否则, 就只能放弃实证主义的基本前提而求助于某种存在于被普遍接受的事实背后的共有价值。但对于作为实证主义捍卫者的哈特来说是不可能接受的。这样, 哈特最终还是不得不回归到霍布斯和奥斯丁他们将社会权力或权威作为法律权威基础的旧模式中去。

在富勒看来, 哈特提出的“只是作为事实存在而其自身没有效力问题的承认规则”并没有离“不受约束的主权者”太远。³ 他仍与奥斯丁一样将法律视为“社会权威或权力的表现事实”, [1] (P646) [4] (P145)。他与霍布斯和奥斯丁他们一样, 未能认识到: “在一个法律体系的运作中存在

1 哈特后来在《法律的概念》一书中将它进一步表述为“被接受的用以确认初级义务规则的承认规则” (the accepted rule of recognition for the identification of primary rules of obligation) 详细内容参见 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 中国社会科学出版社 1999 年版, 第 97 页。

2 Legitimacy 这个词在国内学界经常被译为广义上的“合法性”, 但本文为了与狭义上的“合法性” (legality) 相区分, 将 Legitimacy 译为“正当性”。

3 富勒对哈特的承认规则及法律概念的批评请参阅《法律道德性》的相关章节, 请参见 [美] 富勒: 《法律的道德性》, 郑戈译, 商务印书馆 2005 年版, 第 155 - 168 页。

着某种可以被真正称为‘社会维度’的东西”，因而也不可能认识到立法者与公民之间真正有效的互动以及某种默认的合作是创建一个法律体系的关键因素。[4]（P192-193）正因为存在上述认识上的缺陷，哈特及其他实证主义者只能将法律视为“简单地作用于公民”的“单方面的权威投射”，不论它碰巧是道德还是不道德，公正还是不公正；他们所关心只是法律“从何而来”、“谁能创造法律”，并因此将对法律的尊重直接等同于对既有权威的尊重。[4]（P192、P156）总之，哈特的承认规则并没有真正拒斥奥斯丁的“命令说”，因而也并没有在理性基础上解决法律的正当性问题。也就是说，哈特所描述的法律仍然缺少一种可以被人们自愿服从的理性的权威基础。从这样一个法律概念所演绎出的必然是屈从于权力意志的有限的（limited）法治概念，而不是可以限制权力恣意的限制性（limiting）法治。[3]（P29）

富勒希望确立的正是—一个具有理性基础的、能限制权力恣意的限制性法治概念。在他看来，法律的正当性不能仅来自于某些形式的程序规则，还需基于某些更为深层、也更具实质的东西，这个基础就是被哈特他们所忽视却被富勒特别予以强调的体现于法律制度中的立法者与公民之间的互惠性。“按照富勒，并非合法性的单纯形式（the mere formalities of legality）形成了限制权力的约束。相反，是这些形式性所反映的并有助于其建立和促进的互惠关系网络限制了权力。”[3]（P10）正是这种互惠性形塑了法律的内在目的以及法律内在具有的道德和理性。¹富勒认为，一个被承认规则赋予了立法权的专制君主，如果他不接受最低限度的自我约束——使自己发布的命令让他的臣民听得清、听得明白以便让他的臣民知道他要求他们做什么，能记住自己曾发布的命令并按照命令所承诺的奖励和责罚来对待那些服从或不服从的臣民。——那么他将无法实现意欲的目的，哪怕只是某个自私的目的，他的命令最终也将只能是无效的命令。[2]（P644-645）如果法律要正常运行，实现其建立社会秩序的目的，那么法律的制定和管理必须满足法律得以存在的最低条件，否则法律将不可能在社会生活中发挥作用。“仅被视为秩序的法律，其自身包含有隐含道德（implicit morality）如我们想要去创建任何能被称之为法律的东西，即使是坏的法律，这个秩序道德必须被尊重。”[2]（P645）这里所谓的“秩序道德”即是富勒后来在《法律道德性》一书中作深入细致讨论的“法律道德性”（morality of law）或“法律道德”。

二、法律道德性的具体要求

富勒在与哈特的首次论战后，²在其论战文章——《实证主义与忠于法律——对哈特教授的回应》的基础上出版了后来成为其代表作的《法律的道德性》一书。在书中，他在“使法律成为可能的道德”的标题下对“法律道德性”这一概念作了全面、具体的阐述。富勒从一个怀着改革家热情去创造法律的国王雷克斯的失败经历中概括出使法律成为可能的八个基本要求或必要条件（eight desiderata），包括：必须存在某种类型的规则，不管它们是公平的还是不公平的（即法律的一般性要求）；将规则公之于众，或者至少令受影响的当事人知道他们所应当遵循的规则（即法律的公布）；不能滥用溯及既往性立法，至少不能将溯及既往的立法作为正常的、普遍使用的方法去创建法律，特别是不能用溯及既往的法律去创设新的罪行（即法律应适用于将来的而非溯及既往的）；法律应清晰地加以表述以便让人能理解其要求，至少不应是模糊的、混乱的、因而是完全无法理解的（法律的

¹请参阅 James Ketchen 的相关论述。James Ketchen 认为，哈富论战所关注就是合法性的正当性问题（the question about the legitimacy of legality），对富勒而言，法律的规范性并非只基于对形式程序的技术上的遵从，而是基于一种意义更为丰富的正当性，他的“法律内在道德”的观念正是为了解决法律的正当性及法律事业的规范性问题。参见 James C. Ketchen, *Revisiting Fuller's Critique of Hart: Managerial Control and the Pathology of Legal Systems: The Hart - Weber Nexus*, *The University of Toronto Law Journal*, 53 (2003), pp. 1-35. 转引自：D. M. Bayles, *Hart's Legal Philosophy: An Examination*, Kluwer, 1992, pp. 8-10.

²关于哈特与富勒之间所发生的几次论战的情况，可参阅沈宗灵：《现代西方法理学》，北京大学出版社1992年版，第182-183页；[美]富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆2005年版，第217页。

清晰性)；不能制定自相矛盾的行为规则以免让人们在不相容的规则之间无所适从(避免法律中的矛盾)；不能制定要求明显不可能之事的规则(法律不应要求不可能之事)；法律不能频繁变动，至少应留有足够的时间让人们去适应新的法律(法律的连续性或稳定性)；官方实际执行法律的行为应与已颁布的法律相一致从而使得公民的守法行为具有意义(官方行动与公布的规则之间的一致性) [4] (P39-91) 这八个“使法律成为可能”的基本要求便构成了“法律道德性”的基本要素

需要注意的是，富勒所理解的“法律”并不仅指实证主义意义上的由有权机构按照法定程序制定的法律。因为，对他来说，这样的法律概念因忽视了作为法律基础的立法者与公民之间的互惠性而只将法律视为“一个自然事实”，而非“人类有目的努力的成果” [4] (P148, P192-193, P207) 富勒将被实证主义从社会中剥离出来的、因而缺少社会之维的抽象的法律重新放回社会中加以理解，因而他所理解的“法律”是一个包含了法律的社会维度，基于立法者与公民之间的互惠性的法律，是能让法官在纠纷解决中一致适用、百姓在社会生活中能够服从的具备实施可能性的法律——“一个使人类行为服从于规则之治的系统” [4] (P46)

确保法律能在现实中得到切实实施的基本条件就是使法律得以存在的基本条件。法律要成为法律必须具备最低限度的“法律道德性”，正如要使社会生活成为可能人们必须具备最低限度的道德一样。在这个意义上，法律道德性是一种“义务的道德”(以下简称为“义务德”)。然而，法律道德性与规定了社会生活必需条件的基本道德又有所不同，后者对人们行为的要求通常只是否定性的(如“不得杀人”、“不得伤人”等)，而前者的要求则不仅有否定性的规定(如“不能溯及既往”、“不能要求不可能之事”、“不能频繁变动”等)，还有(而且更多的是)肯定性的规定，如“法律要清晰明了”、“法律要为众人所知”、“法律要具有稳定性”等。法律道德性的这一“肯定性和创造性的品质”使得其要求很难简单地通过设定义务来实现。 [4] (P42) 因为，我们往往无法将这些肯定性的要求转化为可以用来判定“义务是否得到履行”的明确的行为标准。譬如，我们无法为法律的道德性所要求的“清晰明了”找到一个确切的、可量化的标准去判定立法者是否尽到了“使法律清晰明了”的义务。为此，法律的道德性同时又表现为“愿望的道德”(以下简称“愿望德”)，而且主要表现为一种愿望德 [4] (P42-43) 这样，与整个人类道德一样，法律的道德性“也包含着义务德和愿望德。” [4] (P42) 义务德构成了“法律存在不可缺少的条件”，而愿望德则是法律在不断完善过程中趋于实现的法律理想。义务德的要求被违背将导致整个法律制度的崩溃(即法律制度实际上不存在)，而愿望德的要求没有得到满足只是导致了一个坏的法律，但在总体上仍是一个法律制度。

然而，无论是义务德，还是愿望德都是法律内在目的的体现。富勒认为，法律作为一种社会秩序，它是人类有目的选择的结果，是立法者与公民共同致力于追求实现一种称之为“法律”的社会治理模式的结果。而法律之所以能够成为立法者与公民的共同选择是因为：它能“为人们自我指导的行动提供一个基准”、“为公民之间的彼此的交往提供一个健全而稳定的框架” [4] (P210) 由此，富勒将法律的内在目的归结为“使人类行为服从于一般性规则的指导和控制” [4] (P146) 这个内在目的(它在国家的社会生活中实际表现为法律所具有的特定的社会功能)决定了法律的根本性质——法律道德性的八个基本要求就是从这一内在目的中推演出来的关于法律的本质要求。^①

由于法律的道德性要求体现了法律的内在目的以及与此相关的法律的本性，因此富勒将其称为“法律的内在道德”，以区别于从法律所要实现的实质目标来规定法律实质要求的“法律外在道德”。^② 富勒并没有花笔墨去界定这两个概念，但从他对这两个概念的使用中还是可以获取两者明确不同的含义以及两者在其法律思想表达中所具有的不同地位。前者与法律在社会生活管理中的功能

^①尽管富勒在《法律的道德性》一书对法律八要素的阐述是从一个怀着改革家热情去创造法律的国王雷克斯的失败经历中概括出的，但这八要素的真正基础是法律的内在目的。参见 [美] 富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆 2005 年版，第 169-175 页。

^②在这个意义上，法律道德性中的“道德”有“法律本性、本质”的意思。

（最终表现为法律的内在目的）以及此功能得以实现的必要条件相关联，后者与人类在特定社会条件下所表达出的某些基于人性的共同需求以及共享目的相关联。基于前者的要求是相对确定的，而后者的要求却随社会生活条件的变化以及人类对自身认识的深化而不同。尽管富勒意识到，要使法律这项人类有目的的事业成功，需要以外在道德和内在道德共同作为法律的基础，而且他还意识到“法律的内在道德与外在道德是互相影响，一方的败坏将几乎不可避免地导致另一方的败坏”，〔2〕（P645），但他更多关注的是法律的内在道德。这可能基于以下两个方面的原因：（一）以往的思想家和法学家很少专门讨论法律的内在道德（他们讨论更多的是法律的外在道德），而理论上对法律内在道德的忽视在很大程度上影响了在法律实践中对法律内在道德的自觉追求，并最终影响了人类法律事业的成功；（二）法律内在道德作为法律所应具有的特殊品质是可以通过法律人的努力得以实现的，或者说提高法律内在道德的水平是法律人的职责所在，而法律外在道德水平的提高则有赖于全社会的共同努力。

三、法律道德性的实践应用

富勒对法律内在道德的关注以及对它各项具体要求的详尽阐述，就是为了给人类法律事业中的权力运行提供一种切实可行的约束力，以避免使法律事业蜕变为权力恣意的产物。这种约束力面对的是所有参与法律这一“使人类行为服从于规则之治的事业”的人员，包括法律的制定者和管理者。富勒认为，法律的内在道德作为决定了法律合法性或法律性程度的一系列原则，即合法性原则（principles of legality），对于从事法律工作的人具有自然法的意义〔4〕（P96）它们是一些不证自明的原则〔4〕（P98，P146），是被参与法律事业的人们所共同接受的默认前提〔5〕（P63）。

合法性原则在实践中的运用需要解决两个问题：一是如何使各项合法性原则具有现实的约束力？二是如何避免合法性原则自身在适用上所可能具有的恣意性？

对人类行为具有规范作用的规则和原则通常以两种不同的方式发挥自身的约束力：一是使规范要求具有某种强制力量而使行为者不得不遵守；二是通过将规范要求为行为者内化而使行为者自觉遵循。合法性原则的实践作用亦以这两种方式表现出来。首先，作为义务德的合法性原则对于法律实践者而言具有某种强制力。这种强制力来自于这样一个事实：义务德是一个法律制度存在所必不可少的条件。如果一个法律制度不具备作为义务德内容的最低限度的合法性，那么它根本就不是一个法律制度，或者说它根本不能作为一个有效的法律制度而存在。〔4〕（P39，P156-57）因此，尽管合法性原则的要求通常并没有被明确规定在宪法或其他法律中，但它的最低限度的要求在法律实践中仍然具有法律的效力。譬如，尽管宪法没有明确规定禁止模糊的立法，但司法仍然可以将一部未能对它所禁止的行为作出适度描述的刑法宣布为无效。〔4〕（P102-103）

然而，具有某种强制力的义务德在法律实践中的作用是有限的。因为，义务德所能约束的法律行为只限于那些没有达到合法性原则最低要求的行为，也即那些完全违背了合法性原则的某一方面或几方面要求的行为。尽管在实践中我们可以辨别出一些明显违背合法性原则的行为并按义务德的要求更正它〔4〕（P93），但它的作用只限于“使我们（的法律）免于坠入深渊”，而不能为我们完成法律制度的建设明确列出很多强制性步骤。〔4〕（P44）所以，合法性原则在实践中的作用更多的是以愿望德的形式表现出来。

作为愿望德的合法性原则在实践并不是刚性的、绝对的原则。这表现在愿望德意义上的法律道德性，其各项要求在实践中往往无法以绝对的形式得到完美实现，或者说，法律的道德性要求在离开义务德层次而向较高的愿望德迈进时，它的各项要求需要在某些时候进行平衡。〔4〕（P41，P45）首先，当法律的内在道德与外在道德发生冲突时，法律的内在道德的某些方面就需要作出某种妥协，如法律稳定性的要求往往需要在变化了的社会环境对法律提出了新的实质目标时作出妥协。其次，法律

的内在道德的各方面之间也可能发生冲突。如，对法律清晰易懂的极端的追求会导致法律规则缺乏系统性和融贯性，从而使得法律的一致适用变得困难。〔4〕（P44-45）法律在面对上述两种类型的冲突情形时就需要通过某种折中来实现不同道德性要求之间的协调。合法性原则不是绝对的原则，意味着每个原则在实践中的运用需要在原则的要求与法律所追求的实体目标以及各原则的不同要求之间进行权衡。而这种权衡所依据的标准主要是如何使合法性目标得到最大限度的实现。这就决定了合法性原则在实践运用中必然是作为一个整体发挥规范作用，而非相互分离的、独立的原则。一方面，合法性原则其中一项要求的完美实现往往以牺牲另一项要求的实现程度为代价；另一方面，对合法性原则的违背会产生累加效应，即对某一方面的无意疏忽会导致对其他方面要求的被迫的背离。〔4〕（P92）

合法性原则的整体性和权衡性特点决定了它在实践应用中的复杂性和灵活性。这首先表现在：合法性原则的实践要求并非总是可以明确为具有普遍意义的一般性规则。每一项法律道德性的要么要求在适用过程中存在着一些例外情况，而且这种例外情况又是很难通过概括性语言来加以排除的；要么其要求本身是特定的，因而很难以一般性要求的形式加以规定，而需要根据特定的情形确定其要求的具体内容。溯及既往的法律在原则上是要禁止的，但当法律自身的运行发生错误时却又往往需要运用溯及既往性立法去加以矫正以提高法律的整体合法性程度；但到底什么时候有必要使用溯及既往性立法则需要视具体情况而定。法律规定应清晰、明确，但有时却往往因为规范对象的特殊性而不得不使用像“诚信”、“公平”、“合理”这样一些具有明显不确定性的标准。法律不应要求不可能之事，但有时又必须让某些行为者为其某些特殊行为所引起的但却是其个人能力所无法控制的后果承担责任。法律应具有稳定性，但随着社会情形的变化或人们观念的变化法律不得不作出相应的调整去适应变化了的社会需求。法律规定不应互相矛盾，但两个法律规定的行为要求之间到底是冲突还是相容最终还得考虑各种社会因素来判定；官方适用法律的行为应与已公布的规则保持一致，但对于何种法律解释才能确保这种一致性又没有一个统一的标准。其次还表现在：尽管合法性原则在实践运用所追求的目标是通过“折中”和“权衡”使合法性得到最大限度的实现，但如何“折中”和“权衡”才能实现这一目标又无法形成一个统一的、不变的可循标准。“无论是这八项基本要求作为整体必须被适用的严格程度以及在它们之间排序的优先性都将受有关法律所属的部门以及法律规则的类型的影响。”〔4〕（P93）在各种变化了的环境下，我们“必须依据类似经济计算的东西（对合性诸要素）进行组合和重新组合，以使它们适合当下的情形。”〔4〕（P104）这就是说，愿望德意义上的合法性原则在适用上是具体的、特定的，因而很难通过赋予其法律的形式使之具有强制的约束力，而只能以某种道德的形式发挥约束作用，即只能通过将其要求内化为法律行动者的自觉行为要求，从而依靠他们个人的“能力、洞见、智慧和良知”去最大限度地满足合法性原则的要求。〔4〕（P145）因此，愿望德范围的合法性原则其约束力的产生需要法律行动者将法律活动视为对人类有益的事业去积极地参与；他们“迫切地想要理解自己的职责的性质并愿意面对其困难”，并以一种“托管人的责任心和法律技艺人的自豪感”约束自己的行为。〔4〕（P93、P43）在这个意义上，富勒将它视为一种属于法律制定者和管理者职位的特殊的角色道德。〔4〕（P206）角色道德是一种互动道德。〔4〕（P239）如果国家法律的制定者和管理理想让遵循法律成为公民的道德义务，那么，他们就有责任使合法性原则在法律实践中得到真正的贯彻。

那么，现在的问题是：旨在对法律过程中的权力恣意产生某种约束、而其实践运用又是如此灵活和有弹性的合法性原则，如何避免自身在适用上所可能具有的恣意性？

富勒认为，尽管在不同的情形下，为最大限度地实现合法性，对其各项要求的“最佳配置方式会有所不同”（在有些场合，对一项要求的疏忽大意的偏离可能要求以对另一要求的有意偏离作弥

补；^①而在另外的场合，对一项要求的忽视可能使得必须对另一要求更为严格^②），但由于合法性诸要求都是“指向一个单一目的的手段”，[4]（P104）因而它们之间的最优配置仍然可以基于某种客观的基础。也就是说，法律制度的内在目的——“使人类行为服从于一般性的规则的指导和控制”——可以作为判断合法性水平的最终标准。[4]（P147）这就使得对合法性诸要求所作的权衡具有某种客观的依据，或者说使得适用合法性原则后所产生的裁决结果具有可审查的性质。对此，富勒用实例作了进一步说明，并通过实例表明：那些本来可能因在实质性道德问题上的分歧而陷于无谓争论的问题，或因不自觉地诉诸于裁判者个人的价值判断而使结果失去可靠依据的情形，可以通过适用合法性原则而获得某种令人信服的客观结果或依据。[6]（P123，P155）正因为合法性原则在适用上所具有的客观性，富勒认为基于合法性原则而作出的司法解释可以在很大程度上偏离字面上的含义而仍然不失其应有的客观性，并认为“每当法院有机会作出选择时，就应尽力保持在（法律内在道德）这一领域内”。[4]（P102 - 105）事实上，富勒将他提出的法律内在道德或合法性原则视为特殊的宪法领域。在这个领域里，司法审查的制度是最为必需也最为有效。[4]（P104）

四、是法律，还是道德？

在富勒提出法律的道德性或合法性原则后，没有人怀疑它对于人类法治事业的重要性，即使他的批评者也认同法律的创设确实需要遵从合法性原则的要求。事实上，它们就是一些在普通法历史上被自觉不自觉地运用的法律原则。^③在这个意义上，它们是法律。但它们与由权威按正当程序颁布而具有效力的法律又是不同的。后者的效力来自于授权立法的权威，人们普遍认为它们即使是坏的或愚蠢的也仍然是有效的（或者如哈特所言“即使它们被普遍抛弃仍然是存在的”。[2]（P107）；而前者的效力源自于法律本身的性质，它们是作为“法律之所以是法律的构成要素”而具有法律效力。或者说，普通法律的效力源自于合法权威（legitimate power）的宣布，而合法性原则的效力基于人们的共识（这种共识包括：法律对于人类实现其道德目标的重要性、法律在人类追求实现的理想社会生活中所具有的特定社会功能以及履行这一功能所需的必要条件）。^④首先，只有当立法者与公民都认识到法律对于双方的有益性，选择立法这一社会治理模式才得以可能。其次，只有当立法者因充分认识到法律所具有的社会功能而将自己遵循合法性原则作为公民遵守法律的必要前提时，通过法律的治理模式才得以建立。这就是说，合法性原则对于立法者和司法者所具有的约束力主要来自法律事业所内含的互惠性以及由此产生的责任，而不是来自某个权威命令以及由此派生的某种不得不服从的义务。[7]（P1213 - 1214）从这个角度讲，合法性原则是道德的。就“这些原则在它们描述了立法者在行使权威时应负责任的意义上构成了一种道德”。[8]（P175 - 176）富勒在这里将合法性原则称为“道德”应包含两层含义：首先，表示它们即是法律的本质要求或本性所在，也即法律品质（或品性），而这种品质本身就具有道德的意味，因为它们是法律履行其在人类道德追求中所具有的特定功能的必需条件；^⑤其次，表示它们是法律的道德基础，或者说它们可以在一定程度上确保法律在实体目标上的正义性。法律的内在目的决定了法律具有内在道德，而这又进一步限制了通过法律去实现

①如，未能对一项法律上新的形式要求给予充分的公布就需要通过一个溯及既往的法律去弥补。参见[美]富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆2005年版，第104页。

②如，“当法律变化过于频繁时候，公开性要求就会变得越发严格。”参见[美]富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆2005年版，第104页。

③富勒的贡献不仅在于完成了对它们的提炼和概括，而且还在于详尽地阐述了其要求的复杂和微妙，并使之处于突出的位置。

④对于这两类规则的不同性质可参阅富勒在《实证主义与忠于法律——对哈特教授的回应》一文中的相关论述。参见H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 中国社会科学出版社1999年版，第639、641页。

⑤这里，富勒对法律的认识是基于一项与实证主义不同的预设。对富勒而言，法律是人类道德追求的一部分，它为人类道德目标的实现提供了一个稳固的框架；而对实证主义者来说，法律的存在与否是对于人类的道德追求是无关紧要的（实证主义者否认合法性原则的道德性质也是基于这一不同的预设）。参见[美]富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆2005年版，第236 - 376页。

的外在目的。^①富勒坚信，“对法律内在道德的忠实坚守不可能与对正义和人类福祉的粗暴无视相结合。”[4]（P154）“政府对法律的内在道德的尊重从总体上看有益于对法律的实体道德或外在道德的尊重。”[4]（P223-224）^②

合法性原则不仅在效力来源上不同于普通的法律规则，而且其在法律实践中的运行方式也与普通法律有所不同。合法性原则在实践运用中有义务德和愿望德两种形式。义务德在实践中的运行方式与普通的法律规则类似。因为，在法律实践中可以明确判断出违背义务德的情形——即合法性原则的一个或多个方面的要求完全没有得到满足，因此对于义务德的要求通常可以以强制的方式加以实现——法院可以裁定违背了义务德要求的特定法律为无效。而愿望德的实践运用则相当复杂。它需要考虑特定情形中的各种具体因素，这就决定了它的具体要求很难以一般的形式被明确规定在宪法中，即使有所规定也往往流于简单和粗糙，需要在具体适用时通过创造性解释来加以补充。^③因此，合法性原则在实践中通常以作为具有宪法地位的默认法或隐含法（implicit law）的方式起作用的。正是其隐含法的特点使“合法性原则”在现实形态上总是呈现为一种道德——一种为承担了复杂而艰巨的法律创制任务的人们所应具有的角色道德。这种角色道德在法律实践中往往转化为一种为法律共同体所特有的“法律精神”去规范和激励法律人不断创建更加完善的法律制度——通过不断探求各种能使法律制度更加完善的法律技术和策略使法律的内在道德和外在道德都得到最好的实现。由于义务德的作用是有限的，合法性原则主要地以愿望德的方式发挥作用，也就是说，它主要是以道德的方式发挥作用。在这个意义上，它是道德的。然而，合法性原则又是完整法律（the integrity of law）所不可缺少的部分，任何对它们的忽视或背离都会严重破坏法律的完整性。这就是说，它作为“道德”，是内在（而不是外在）于法律的，是与严格意义上的法律规则体系融为一体的“道德”，是法律体系的不可分割的一部分。而且，法律的内在道德作为一种法律创制者和管理者的角色道德是法律事业本身所特有的，它对人类的其他活动（如政治、经济）并不产生约束作用，这也使它有别于为人类所有活动所共有的严格意义上的道德——它“既不是个人道德，也不是一般性地约束人类行为的道德原则”[4]（P193）[7]（P1227）在这个意义上，它又是法律的。

事实上，对富勒而言，作为法律基础的“法律道德性”既是法律的、又是道德的。富勒认同实证主义的观点，法律的权威源自法律本身，而不是源自法律外的道德。或者说，他认同哈特将“具体规定了基本立法程序”的承认规则作为确定法律效力的基本法律规则。但他不同意哈特的是：这些基本规则只是单纯地授予权力，而不是同时也确立义务。富勒认为，当承认规则在赋予某些人或机构以立法权时，同时也意味着要求他们的立法行为符合合法性原则的基本要求，也就是说，立法者在获得授权立法的同时也被赋以“应制定可遵循、可实施法律”的道德义务或责任。这种义务或责任实际上构成了承认规则作为法律基本规则的权威基础。在富勒看来，“法律不可能建立在法律以上”，[1]（P645）“一个法律体系的最终支持来自于它是‘正确’的这样一种判断或理解”，而这种判断又来自于从“创制和维持法律规则体系的有目的活动中”所产生的“默认的期待和承认”。[4]（P138）他所阐述的法律道德性就是作为“这一有目的活动”的一方的公民对于作为另一方的立法者的期待，对立法权威的承认是以尊重这种期待为前提的。这样，法律道德性实际上就成为建构法律体系的道德基础。在这一点上，法律与道德的区分已不再有意义（法律与道德在此交叉），也就是说，

①因为，合法性原则中的一般性原则、可遵循原则以及一致性原则可以将某些缺乏理性的实体目标排除在法律之外，从而避免使法律沦为统治者个人意志的工具；而合法性原则中对公开性、清晰性和融贯性的要求将法律的公正性置于公众的审视之下；另外，合法性原则对“负责的理性行动主体”的确认使得对人的尊重成为法律当然之内容。

②富勒的批评者反对将合法性原则称为法律的道德，主要也基于两方面的理由：首先，法律与人类的道德追求无关，所以，合法性原则只能是确保法律实效的良好法律技艺，而不是实现道德的保障；其次，即使法律是人类所追求的某种善，那么也不能因此认为合法性原则本身就是道德，因为，它们只是实现善的工具，而且并不必然是道德的。参见 Peter P. Nicholson, *The Internal Morality of Law: Fuller and His Critics*, *Ethics*, Vol. 84 (1974), pp. 312-314.

③譬如，美国宪法第九节第3条的规定：“不得通过有溯及既往效力的法律”，在实践中没有也不可能得到严格的执行。

此时我们已经“离开法与非法之分在其中具有意义的那个引力场”[4]（P117）

富勒通过“法律的道德性”这一概念不仅对法律的权威基础提供了更为全面的解释，而且还实际上提出了一种“替代法律实证主义的可行视角”，这种视角不仅“可能更好地反映了社会生活的复杂性”，[9]（P326）而且更为重要的是还更多地面对法律实践中的现实问题。由于实证主义将对法律的理解和分析从“创制和维持一套法律规则体系的有目的活动中”抽取出来，使“大量的争议缺乏可理解的原则来加以解决”。实证主义通过将法律体系建构为“（由不同等级的权威所发出的）命令的等级系统”，使法律实践存在的种种矛盾和冲突以一种理论的方式在抽象的层次得以解决。但实际上，这只是回避了或掩盖了真正的现实问题。[4]（P110 - 111）富勒提出法律道德性的概念正是试图重新回到实践中去解决法律现实问题的努力——通过将合法性原则作为解决法律内部争议可资参照的基本依据以及法律的发展的基本出发点，使法律疑难的解决和法律的发展能在理性的基础上进行。也正是这个意义，他提出的合法性原则具有自然法的意义，一种在法律发展过程中确保其具有正当性和合理性的自然法，即程序自然法。对富勒而言，法律道德性究竟是法律、还是道德，并不重要，重要的是：它能确保法律所建立的是“一个公正、平等、可运行的、有效的以及尊重人类尊严”的“良好秩序和可运行的社会安排”[8]（P61 - 62）也正因为如此，他把自己的研究定位为“优序学”（economics）

参考文献：

- [1] Lon. L. Fuller. Positivism and Fidelity To Law: A Reply To Professor Hart [J]. Harvard Law Review, 1958, (71).
- [2] H. L. A. Hart. The Concept of Law [M]. 北京：中国社会科学出版社，1999.
- [3] James C. Ketchen. Revisiting Fuller's Critique of Hart: Managerial Control and the Pathology of Legal Systems: The Hart - Weber Nexus [J]. The University of Toronto Law Journal, 2003, (53).
- [4] Lon. L. Fuller. The Morality of Law [M]. New Haven: Yale University, 1969.
- [5] [美] 富勒. 法律的道德性 [M]. 郑戈译. 北京：商务印书馆，2005.
- [6] Lon. L. Fuller. Anatomy of the law [M]. New York: Frederick A. Praeger, 1968.
- [7] Daniel E. Wueste. Fuller's Processual Philosophy of Law [J]. Cornell Law Review, 1986, (71).
- [8] Lon L. Fuller. The Principles of Social Order [M]. Oxford: Hart Publishing, 2001.
- [9] Peter P. Nicholson. The Internal Morality of Law: Fuller and His Critics [J]. Ethics, 1974, (84).

[责任编辑：沈映涵]

The Morality of Law: Law, or Morality?

SUN Xiao-xia¹, MA Min²

(1. Law School, Zhejiang University, Hangzhou, Zhejiang, 310028;

2. Department of Sociology, Zhejiang University Hangzhou, Zhejiang, 310028)

Abstract: The morality of law, expounded by Lon Fuller in criticizing H. L. A. Hart's rule of recognition, is a inner factor of the aim of law which constitute the fundamental condition of legal system and the eight requirements of which form basic element of law. The morality of law could be divided into "morality of obligation" which regulates the creation and regulation of law in the form of law, and "morality of desire" which functions as the morality of role of the creator and regulator of law. In nature, the morality of law is both law and morality, and it regulates the process of creation and regulation of law in the two forms. Therefore, it provides rational basis of authority of law, founds a principle to solve realistic problems and security for the perfection of law.

Key words: the morality of law; rule of recognition; inner morality of law; principle of legality