

POINT

一类观点
一些要点
一路指点



[美] 罗伯特·萨默斯 著

Robert S. Summers

马驰 译

大师学述：富勒

Lon L. Fuller

法律出版社
LAW PRESS · CHINA



大师学述：富勒

Lon L. Fuller

[美] 罗伯特·萨默斯 著

Robert S. Summers

马 驰 译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

大师学述:富勒/(美)萨默斯(Summers, Robert. S.)著;
马驰译. —北京:法律出版社, 2010. 8

书名原文:Lon L. Fuller

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0949 - 0

I. ①大… II. ①萨…②马… III. ①富勒,
L. L. (1902 ~ 1978)—法理学—研究 IV. ①D909. 712

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第126612号

大师学述:富勒

[美]罗伯特·萨默斯/著
马驰/译

编辑统筹 大众出版分社

策划编辑 柯恒

责任编辑 林喆

装帧设计 贾丹丹

©法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 世纪千禧印刷(北京)有限公司

责任印制 沙磊

开本 880 × 1230 毫米 1/32

印张 9.25

字数 195千

版本 2010年8月第1版

印次 2010年8月第1次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里7号)

网址 / www.lawpress.com.cn

电子邮件 / info@lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 63939792/9779

咨询电话 / 010 - 63939796

中国法律图书有限公司(100073 北京市丰台区莲花池西里7号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司 / 010 - 62534456

上海公司 / 021 - 62071010/1636

深圳公司 / 0755 - 83072995

西安分公司 / 029 - 85388843

重庆公司 / 023 - 65382816/2908

第一法律书店 / 010 - 63939781/9782

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0949 - 0

定价:28.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

这是一本讨论朗·L. 富勒法律理论的导论式著作,如果本书有致谢有扉页的话,一定会写上如下文字:“献给哈佛的朗·L. 富勒和牛津的 H. L. A. 哈特(H. L. A. Hart),他们分别且共同地让我们这个时代的法律理论焕发青春。”在英语世界中,法律理论这一学科的大多数分支研究早在 1940 年就陷入停滞。通过这两位学人的专著与文章,尤其是他们公开的思想交锋,富勒与哈特不仅促进了该学科的发展,而且激发了成千上万人的研究兴趣。我能在学生时代聆听两位的教诲确是我的幸运。在本套丛书中,关于哈特的著作已经由爱丁堡大学的尼尔·麦考密克(Neil MacCormick)圆满完成;需要与之匹配的是出版一本关于富勒的著作,我很荣幸自己能够承担这项工作。

本书的内容或许会让一些人感到惊愕,因为它对富勒的观点阐释采取了一边倒式的认同,这与我早年那些论述富勒的著作有所偏

离。70 年代*末,我重读了富勒的著述,并得出了两个结论。其实我们当中的很多人很早就读过他的著作,却由于种种原因,匆匆而过,不求甚解。在一定程度上因为这个原因,直至 1978 年富勒去世,他也未获得应有的评价。在其去世前不久,我开始试图改变这一状况,这对他一定也是一种慰藉。

富勒绝对是本世纪最重要的法律理论家之一,我力争将本书作为献给他的礼物。在某种意义上,完成这个任务并不难,因为一本针对重要法律理论家的导论性著作无论如何都应该强调其积极的一面。由此说来,我便在本书中对富勒的观点采取了一种认同式的概括阐释,而鲜有批评。在某些论题上,我认为有必要对他的观点进行我自己的重构。富勒并没有完全系统地发展自己的观点,也未必总能明确地意识到如何将自己的洞见做最大限度的理论化。在某种程度上,正是因为这个原因,他的著作中的全部精华至今也没有得到应有的肯认。

我要感谢康奈尔法学院的秘书德布拉·基尔·明诺克(Debra viii Kearn Minnock)为原稿的最后一版所做的杰出工作,还要感谢俄勒冈大学法学院 1982 班的布伦特·戈登·萨默斯(Brent Gordon Summers),康奈尔法学院 1983 班的彼得·格罗斯曼(Peter J. Grossman)和史蒂文·克莱默(Steven Clymer),以及康奈尔法学院 1979 班的埃里克·詹森(Erik Jensen),他们为我提供了各式各样的帮助。康奈尔法学院的艾伦·冈恩(Alan Gunn)教授、戴尔·奥斯

* 由于本书所涉时间全部发生在 20 世纪,故译者将原文中类似 1970s 的表述一律译为“70 年代”,不再赘以“20 世纪”。——译者注(下文如未说明,星号注释部分均为译者注)

特利(Dale R. Oesterle)教授和拉塞尔·奥斯古德(Russell K. Osgood)教授热心地评论了某些章节。我还要感谢哥伦比亚大学的(R. Kent Greenawalt)教授,他评论了早先的草稿。

我还要诚挚地感谢富勒教授的遗著管理人**肯内斯·温顿(Kenneth I. Winton),他也是威顿学院(Wheaton College)的哲学教授,他详细评论了整个原稿,还提供了很多其他有价值的帮助。谢谢戴维·卡弗斯(David Cavers)教授和埃文·格瑞斯沃德(Erwin Griswold)院长,他们审查了第一章中富勒大致生平方面的内容,并提出了很多有价值的建议。

我于1982—1983年期间在牛津大学皇后学院休整,在此期间,该院的研究员兼讲师杰弗里·马歇尔(Geoffrey Marshall)提供了大量有益的评论。华盛顿大学(Washington University in St. Louis)的斯坦利·保尔森(Stanley Paulson)细致地评论了整个原稿;他还于1982年春在牛津和柏林与我充分地讨论了富勒的思想,使我深受其惠。牛津大学的英国法教授帕特里克·阿蒂亚(Patrick Atiyah)也提供了很多细致的评论,对他的帮助和道义上的支持,我深表谢意。爱丁堡大学的尼尔·麦考密克热心地阅读了第二、三、四、五章,并提出了许多有益的建议,我亦表示感谢。1981—1982年在默顿学院(Merton College)期间,我与该院的研究员兼讲师约翰·卢卡(John Luca)常在青草地*** (The Meadow)散步,他给了我很多启发,尤其是有关审判的问题,我也要谢谢他。

** 依死者遗嘱而管理、处分死者作品的人,包括已发表作品和未发表作品。

*** 青草地(The Meadow),全称 The Christ Church Meadow,是牛津大学城中心的一片广阔空地,紧邻默顿学院。

在本书完成的最后阶段,麦基尔大学(McGill University)的罗德·麦克唐纳(Rod Macdonald)通读了整个原稿,并提出了一些有益的意见。加利福尼亚大学伯克利分校的马文·艾森伯格(Melvin Eisenberg)也阅读了第三章,提供了很多有用的评论。非常感谢他们两位。

我还要感谢牛津法学院图书馆的埃丽卡·查德伯恩(Erika Chadbourn),她热心地协助我寻找有关富勒的馆藏。

本套丛书的主编威廉·特温宁(William Twining)阅读了本书的前两稿,也提出了富有价值的意见。感谢他的意见,也感谢他在我写作过程中的不断鼓励。

我曾在1982年2月16日于牛津大学万灵学院召开的一次社会哲学讨论会上宣读过本书第三章和第四章的一部分,这让我从多位参与者(包括H. L. A. 哈特)那里获益匪浅,感谢他们的回应,很多回应影响了本书最后一稿中的好几页内容。

ix 感谢康奈尔法学院院长彼得·马丁(Peter Martin)所提供的科研支持,康奈尔大学的图书馆馆长路易斯·马丁(Louis E. Martin)也提供了各种帮助,包括位于中心图书馆的教师研究室。还要感谢我的助教帕特里夏·切鲁兹(Patricia Ceruzzi)和迈克尔·辛格提(Michael Hingerty),他们是康奈尔大学1984班的学生,他们协助我整理了材料和索引。

我们在牛津休整期间,我的妻子多萝西·科普·萨默斯(Dorothy Kopp Summers)完成了倒数第二稿的打字工作,她对我的帮助,和其他平常事情一样,早已超出了语言所及。

最后,本书的大部分内容是我在1981—1982年作为牛津大学

默顿学院访问研究员期间完成的。我愿意记录下我对默顿学校的院长和诸位研究员无尽的感激之情,感谢他们选我获得这笔奖学金和对我的热心帮助。

罗伯特·S. 萨默斯
1983年5月于纽约州伊萨卡

目 录

序 言 / 1

第一章 导 论 / 1

第二章 法律的本质:目的性与价值负担性 / 29

第三章 法律的道德性与不道德性 / 59

第四章 法律与非法律的区隔 / 74

第五章 自然法与理性的职能 / 108

第六章 法律的手段与目的:一种“程序性”理论 / 129

第七章 法律的手段与目的:民事审判 / 156

第八章 法律的手段与目的:一般性评价 / 175

第九章 法律方法 / 190

第十章 合同法学 / 213

第十一章 律师、法律教育与法律理论 / 237

第十二章 结 论 / 261

索 引 / 270

朗·卢沃斯·富勒是过去一百年来美国最重要的四位法律理论家之一。其他三位是：小奥利弗·温德尔·霍姆斯（Oliver Wendell Holmes Jr.）、罗斯科·庞德（Roscoe Pound）、卡尔·卢埃林（Karl N. Llewellyn）。其中只有卢埃林真正与富勒同处一个时代，他长富勒十岁。讨论其他三位的论著早已问世，本书却是第一部研究富勒的专著（用英语写作的）。本书是对富勒思想认同式的一般性介绍，而非确定的评价。（试图作出此种评价无论如何都为时尚早。）

1926—1939 年期间，富勒分别担任过俄勒冈大学、伊利诺伊大

* 本章主要结合富勒的思想来介绍富勒的生平，其中出现了大量名词术语，这些名词术语涉及对富勒思想更为系统细致的理解，读者可参考后面各章的内容来确定它们的含义。

学和杜克大学的法学教授。从 1939 年直至 1972 年退休,他一直是哈佛大学法学院教授。1948 年,他接过了庞德在该院的教席;卡特法理学讲座教授。

富勒的重要性

富勒阐述了法律的道德维度和价值、理性在法律中的职能。他比他之前的任何一位学者都强调法律本质上的目的性与特定形式之法律目的所必然具有的“施加指示的特征”(direction-giving quality)。他表明了价值的观念(notion)——“应该”是什么(what ought to be)——在规则和其他法律规定(legal precepts)中无处不在。他说明在法律与道德之间无法划出一条泾渭分明的界限。他还提出一个如今十分著名的观点:并不存在一个一般性的“帝王标准”(master test),以至于法官能够以该标准断定一项既定的规则是否属于某个法律体系中有效的规则。法律就是官员发布的任何东西,此种说法未免过于简单了。法律的效力受制于它的内容,而不仅仅在于其来源的权威性。内容式的准则是无法被一个帝王标准所囊括的。

富勒是他那个时代英语世界世俗“自然法”理论的旗手。他强调法律中的理性、法律的目的、法律的内容,而不仅仅是法律的来源;他还强调某些法律程序中的内在道德性,这造就了他在世俗自然法传统的坚实地位,同时又使其显得非同寻常。

- 2 富勒还发展出一个具有原创性的法律观(the law of conception),这个扩大化法律概念将法律程序也纳入其中,包括习惯性社会交往、合同归序、调解、审判、立法与管理指令。富勒是第

一个将“法律程序”的观念而非“法律规则”或“法律体系”作为法律分析更为基本的单位的主流学者。他对各类法律程序“内在要求”的探析比他的任何一位前辈都要充分,并且表明法律中的很多内容本质上都来自于各种互动的私人程序,其中未见官方的干预。富勒在法律程序方面的论著,连同他对法治程序层面的贡献,使得他成为法律理论史上最伟大的程序主义者。

我们还可以将富勒描述为现代社会思想中重要的“手段一目的”理论家。他别出心裁地将法律程序与实施模式的强调与程序的内在、外在目的结合起来。针对法律的手段与目的之间的互动,他也发展出了一套重要且全新的整体思路。

富勒在法律教育者称之为法律方法的问题上有很多真知灼见,这个松散而杂糅的主题包含了制定法的解释和先例的理论。在其职业生涯的早年,讲授合同法让富勒获益匪浅,这是美国法学院一年级的课程。虽然他的这门课大部分是在讲授法律方法,但在40岁之前,他对合同法本质的研究作出了重要的贡献。

富勒还是一个犀利的批评家,在这方面他特别的严肃。他的三大批驳对象是:(1)本世纪在英国和欧洲大陆占统治地位的法律实证主义;(2)形式主义的法律方法,这是一种用于法律的解释和适用的一般方法,本世纪初的几十年间在美国风靡一时,但还谈不上是一种一般法律理论;(3)我称之为实用工具主义的理论,该理论综合了实用主义、社会法学与某些法律现实主义的观点,在本世纪中叶的美国占据了统治地位。

因其思想的深远影响,富勒在今天仍占有重要地位。在介绍完富勒的生平之后,我再返回来讨论富勒思想的影响问题。我有关富

勒生平的考察主要来自于我对哈佛法学院图书馆所藏的富勒文献的研究。^{〔1〕}虽然这份对富勒的“生活与时代”所做的简明扼要的考察展示了他的许多思想,然而如果不去阅读后面的章节,恐怕难得富勒思想的全貌。在这次考察中,我会介绍和追溯富勒所有的学术关注。该考察将按照时间的顺序展开,然而它所介绍的实际上是富勒的“生活”而非“时代”。一项系统的研究应该将富勒生活中的重大事件以及他不断发展的观点和其所处的社会背景联系起来(包括20世纪美国的学术氛围),然而,这无疑超出了一本导论性著作的范围。

早年生活与最初的学术职位

朗·卢沃斯·富勒1902年6月15日出生于得克萨斯州赫里福的一个中产阶级家庭。他的父亲弗朗西斯·巴图·富勒(Francis Bartoe Fuller)是一位农场主,同时也在银行任职。他的母亲玛丽·萨洛米·摩尔·富勒(Mary Salome Moore Fuller)文学兴趣浓厚,对法国小说情有独钟。然而确切地说,富勒应该算作加利福尼亚人。因为在1906年,当富勒还是一个蹒跚学步的孩童时,他们家就搬到了加利福尼亚州南部的帝王谷(Imperial Valley)。在那里他父亲后来成为了埃尔森楚(El Centro)国家银行的行长。

富勒夫人在他们搬至加利福尼亚州不久就去世了,小富勒是由他的父亲和继母带大的。1919—1920年,富勒在加利福尼亚大学伯

〔1〕 我要尤其感激 Kenneth I. Winston 和 David F. Cavers 两位教授对这份生平简述所提供的帮助。

克利分校的大学学习,之后他又转到斯坦福大学主修经济学。1924年毕业之后,他留在斯坦福,并于1926年获得法律博士学位。他的父亲曾鼓励他学习法律,并希望他能成为一个职业律师。虽然富勒深爱法律且成绩名列第一,他还是让他父亲失望了。他义无反顾地走上了学术研究的道路。

在从法学院毕业那年,他与弗洛伦斯·盖尔·汤普森(Florence Gail Thompson)结婚,后者也是斯坦福的毕业生(1926年文学学士)。她作为妻子、两个孩子^[2]的母亲及知识伴侣与富勒相伴多年。[在多年的住院治疗,她于1960年病逝。富勒后来又与玛乔丽·查普尔(Marjorie D. Chapple)再婚。]

从法学院毕业后没几个月,24岁的富勒在位于尤金的俄勒冈大学法学院开始了他的学术生涯。[有许多著名的法律学者早年都曾在该院呆过,富勒是其中最早的一批,包括印第安纳大学的伯纳德·盖维特院长(Bernard Gavit);天主教大学(Catholic University)的弗农·米勒(Vernon X. Miller),他也曾担任美国法学院协会的主席;耶鲁大学的福洛·哈勃(Fowler Harper);哈佛大学的萨姆·贝斯·华纳(Sam Bass Warner);韦恩·莫尔斯(Wayne L. Morse)参议员,他后来成为该法学院的院长;以及俄勒冈州高等法院的肯尼思·奥康奈尔(Kenneth L. O'Connell)与汉斯·林德(Hans A. Linde)两位法官。]富勒最早的教学任务在一定程度上属于财产法领域。他以俄勒冈法学院教师的身份发表了自己的第一篇著作,这

[2] Brock Fuller 是加州理工大学数学教授,另一位是 Cornelia Fuller Hopfield。

是一篇针对时效占有法(the law of adverse possession)的简评。^[3]

在伊利诺伊与杜克的时光

从俄勒冈大学出来后,1928—1931年富勒先到了伊利诺伊大学
4 任教。后来他又到了杜克大学,在那里一直呆到1939年。早在这
一时期,富勒就因为作品的发表而引起了广泛的注意,1930—1931
年间,他在《伊利诺伊法律评论》^[4](*Illinois Law Review*)上发表了
三篇有关法律拟制的文章。这令法学界有些惊奇。一个28岁的年
轻人对哲学和语言学居然有如此广泛的涉猎,而且对法国和德国的
法律著作很是精通,他究竟是谁?因为这些文章,他收到了来自路
易斯·布兰代斯(Louis D. Brandeis)法官与小奥利弗·温德尔·
霍姆斯法官(通过其秘书)的褒扬信。

正当富勒开始崭露头角之时,一种崭新的法律一般理论及其应
用正在革命性地改变着美国的法律思想,这便是实用工具主义。这
种理论彻底地反对形式主义,认为法律本质上是人们用来实现现实
目的的工具,而非“公理的演绎”或“天空弥漫的无所不知”
(brooding omnipresence in the sky)。预先存在的法律概念并不能在
逻辑上必然推导出司法判决,这一见解与许多形式主义者的预设大
相径庭。不仅如此,法官(立法者亦然)可以自由地造法,事实上他
们也是这么做的。^[5] 小奥利弗·温德尔·霍姆斯、罗斯科·庞德、

[3] Note, "Adverse Possession", 7 *Or. L. Rev.* 329 (1928).

[4] 这些文章收录于 *Legal Fictions* 一书,收录时并未作实质修改。

[5] 主要参见 Summers, *Instrumentalism And American Legal Theory* (1982)。

约翰·杜威(John Dewey)与约翰·奇普曼·格雷(John Chippman Gray)是这一有关法律与司法判决方法的工具主义新思潮的先锋,而到了30年代,这一思潮被以卡尔·卢埃林·约瑟夫·沃特·宾汉姆(Joseph Walter Bingham)、杰罗姆·弗兰克(Jerome Frank)与沃特·维勒·库克(Walter Wheeler Cook)为首的所谓现实主义者所大力推动。

尽管如此,仍然有许多人坚决反对工具主义者的革新。许多法律教育者将哈佛法学院视为形式主义法律思想的大本营。[虽然该院也出现了罗斯科·庞德、费利克斯·弗兰克福特(Felix Frankfurter)与托马斯·里德·鲍威尔(Thomas Reed Powell)]。从历史上看,这种观点有一定的依据,因为诸如克里斯托弗·哥伦布·兰德尔(Christopher Columbus Landell)院长、赛缪尔·威尔斯通(Samuel Williston)与约翰·亨利·比尔(John Henry Beale)等几位有影响力的教师长期以来一直教导说法官能够预先存在的法律概念中“逻辑”地推导出判决,法官自己很少造法。另外,耶鲁法学院与哥伦比亚大学法学院则被认为是反形式主义的中心。

有关形式主义的争论占据了30年代的美国法律理论界。^[6]富勒的立场毫无疑问:他站在工具主义者的一边。然而,他虽和大多数现实主义者一样同属反形式主义者,却并不属于美国实用工具主义中的现实主义派别。在富勒看来,自己的法律方法更接近法国

[6] 确定和区别所有涉及的议题并不是一件简单的事情,这方面的工作可参见上注Summers书,136-38。

学者罗伯特·波蒂埃(Robert Pothier)而非卢埃林或库克。^[7]他反对法律现实主义者视法律为法官的行为模式,也不赞成法律理论化约为经验科学的观点。与法律中科学主义的斗争贯穿了他的一生。富勒还抵制现实主义者的一些极端的观点,诸如他们忽视法官实际给出的理由,他们秉持概念虚无主义及道德怀疑论。在杜克大学任教期间,他写了一篇令人印象深刻的针对这些现实主义者的批评文章,他也因此获得了美国哲学学会(American Philosophical Society) 1935 年的菲利浦奖。^[8]

在这项工作完成后的几年中,他在合同法研究方面作出了不寻常的贡献,这就是发表在《耶鲁法律期刊》(Yale Law Journal)上的《合同损害赔偿中信赖利益》(The Reliance Interest in Contract Damages),该文是富勒与威廉·珀杜(William R. Perdue)的合著作品,后者是杜克大学法学院的学生。^[9]该文发表时富勒年仅 35 岁,他作为法律理论家的名望在一定程度上发源于此。

1938 年,富勒在欧洲呆了六个月,主要是在巴黎学习法律理论和比较合同法。在离开欧洲之前,他写信给罗斯科·庞德这位全美最负盛名的法律理论家,请求他向欧洲学者引见自己,包括汉斯·凯尔森(Hans Kelsen)这位伟大的奥地利法学家。庞德非常乐意地帮助了这位同僚,他把富勒称为“这个国家法律理论领域大有前途

[7] L. Fuller, *The Principles of Social Order* 297 (Winston ed. 1981).

[8] Fuller, "American Legal Realism", 82 *U. Pa. L. Rev.* 429 (1934).

[9] Fuller (with Perdue), "The Reliance Interest in Contract Damages", 46 *Yale L. J.* 52, 373 (1936 - 37).