

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

朱迪丝·N·施克莱 著

Judith N. Shklar

守法主义

法、道德和政治审判

Legalism

Law, Morals, and Political Trials

彭亚楠 译

THE AMERICAN

LAW LIBRARY

中国政法大学出版社

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

守法主义

法、道德和政治审判

Legalism

Law, Morals, and Political Trials

朱迪丝·N·施克莱 著

Judith N. Shklar

彭亚楠 译

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

守法主义:法、道德和政治审判/(美)施克莱著;彭亚楠译. —北京:
中国政法大学出版社, 2005.7

(美国法律文库)

ISBN 7-5620-2882-6

I.守... II.①施...②彭... III.法律-伦理学-研究

IV.D90-053

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第032299号

书 名 守法主义:法、道德和政治审判

出 版 人 李传敢

经 销 全国各地新华书店

出版发行 中国政法大学出版社

承 印 固安华明印刷厂

开 本 880×1230 1/32

印 张 7.625

字 数 190千字

印 数 0 001-5 000

版 本 2005年8月第1版 2005年8月第1次印刷

书 号 ISBN 7-5620-2882-6/D·2842

定 价 18.00元

社 址 北京市海淀区西土城路25号 邮政编码 100088

电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)

58908285(总编室) 58908334(邮购部)

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

译者前言

朱迪丝·N·施克莱 (Judith N. Shklar) 是美国 20 世纪著名政治学家、自由主义者。1928 年, 她出生于拉脱维亚的一个犹太人家庭, 1939 年随父母辗转逃亡到了加拿大, 在蒙特利尔度过了她的青少年时代。施克莱在麦吉尔大学 (McGill University) 获得了学士和硕士学位, 并于 1955 年在哈佛大学获得了博士学位。后来施克莱在哈佛大学任教, 担任政治学教授, 直至 1992 年逝世, 终年 64 岁。

施克莱一生著述颇丰, 除了本书之外, 她生前还发表了《乌托邦之后——政治信仰的衰落》 (*After Utopia: The Decline of Political Faith*, 1957)、《人与公民——对卢梭社会理论的研究》 (*Men and Citizens: A Study of Rousseau's Social Theory*, 1969)、《自由和独立——对黑格尔精神现象学的政治思想的研究》 (*Freedom and Independence: A Study of the Political Ideas of Hegel's Phenomenology of Mind*, 1976)、《普通之恶》 (*Ordinary Vices*, 1984)、《不公之面》 (*The Faces of Injustice*, 1990)、《美国公民权——追求加入》 (*American Citizenship: The Quest for Inclusion*, 1991) 等书。施克莱逝世后, 她的两本论文集还在 1998 年得以出版, 分别是《兑现美国政治思想》 (*Redeeming American Political Thought*) 以及《政治思想和政治思想家》 (*Political Thought and Political Thinkers*)。《守法主义》 (*Legalism*) 一书初版于 1964 年, 再版于 1986 年。在本书中, 施克莱提出法律职业者 (包括法官、律师、法律学者) 具有共同的意识形态, 即守法主义, 并系

2 译者前言

统阐述了守法主义的概念、特征、价值和弱点。

本书的上篇，评析了法与道德的关系。这一领域在传统上是实证法学派和自然法学派进行激烈对抗的战场。在 20 世纪 50 年代末，本书写作前夕，两大法学派的代表人物哈特（H. L. A. Hart）和富勒（Lon L. Fuller）还就法与道德的关系问题展开了一场著名的辩论。^①而施克莱则指出，两派实际上具有深刻的相似性，都是守法主义的表现。她揭示了两大法学派各自的意识形态根源和局限性，主张不能割裂法与道德的关系，而要把它们看作是一个连续体（continuum）。

本书的下篇，对法与政治的关系进行了探讨。各种传统法律思想，无论是实证法学还是自然法学，都一致认为法应当脱离于政治，并且认为法优越于政治。施克莱对此进行了批判。围绕着政治审判，尤其是第二次世界大战后的纽伦堡审判和东京审判，施克莱展示了守法主义立场的偏狭，指出这些审判无法基于守法主义获得正当性，而只能从自由主义政治的角度加以论证才站得住脚。因此，法“不是凌驾于政治世界之上，而是恰在其中”。

在对本书的翻译过程中遇到了很多难点，这里需要特别说明的是对本书的核心词汇“legalism”的译法。对该词，法律界多译为“法律主义”（也有译为“惟法律主义”、“法条主义”、“法治主义”的），基督教界则多译为“律法主义”（这主要是因为《圣经》的新教汉译本多把“法律”译为“律法”的缘故）。但在汉语语境下，“法律主义”等类似译名无法清楚地区分“立法”和“司法”，易于让人从“完善法律制度”、“以法律为治国手段”、“使法律全方位地介入社会生活”等立法者角度加以理解。而“le-

^① 参见 H. L. A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, Vol. 71, pp. 593–629 (1958); 以及 Lon L. Fuller, “Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, Vol. 71, pp. 630–672 (1958)。

galism”侧重的则是司法性，它作为法律职业者的意识形态，主要是发自法官和律师的视角，要求“释法，而非变法”、“找法，而非造法”、“认同法律，而非颁布法律”，其首要关注的是“效力确认（validation）”问题。而作为“legalism”核心价值的“justice”一词，本身就有“司法”的意思。基于这种“司法”视角，“legalism”强调法律是“在那儿”的客观现成之物，所要做的只是去“发现、建构（construct）、遵从”法律。即使运用到立法中，“legalism”也主要是要求制定法符合上位法，甚至把立法过程看成是发现“在那儿”的客观规则的过程。将该词翻译成“守法主义”，更能清楚地体现出这种司法性，也能反映出“法律是既定存在物”这层意思。

“Legalism”的语源出自基督教，说的也只是守法，而不包括立法，但因为《圣经》中的“法律”或“律法”多指上帝所定之法，因此在基督教语境下，翻译成“法律主义”或“律法主义”，并不会造成太大的混淆，更容易让人理解为这是在主张“遵守”法律，而非“制定”法律。但在涉及世俗法律时，“法律主义”一词就易于引起混淆了。

翻译为“守法主义”，使用的措辞为“法”，而非“法律”或“法条”，这有利于人们超越“官方法律法规”的狭窄眼界，想到“自然法”、“道德律”、“风俗习惯”等泛化规则，从而得以囊括所有把“遵循规则（rule following）”奉为圭臬的道德观。而汉语“守法”中的“守”，虽然其意思是“遵守”，但也可引申为“守护”、“固守”之意，并可用于“守常”、“守成”等词，能够表达出“legalism”一词的所具有的拘泥于固有规则的“保守”价值。本书也曾把“legalism”当作“法治（rule of law）”的同义语来使用，但鉴于“法治”一词还包含了太多的其他内涵，例如民主、良政、人权等，其外延小于只要求守法的“legalism”，因此“法治主义”的译名也不甚妥当。基于以上这些理由，译者将“legalism”

4 译者前言

译为“守法主义”。

值得说明的是，“守法主义”一词，容易使中国读者理解为只是涉及普通公民的守法，而难以想到政府的守法，而 legalism 却主要针对的是法律职业者和公共当局，这恐怕是东西方文化语境的差异所致。因此，使用“守法主义”的译名，也会有在望文生义时产生误解的风险。不过，考虑到“合法”及“合法性”的概念在中文语境中也有逐渐从“针对普通公众”到“针对政府公权力”的词意变迁，译者也期望随着对本书的阅读，能使读者对“守法”一词产生不同的认识，从而推进“政府守法”理念的深入人心。

2003 年秋，受赵晓力博士的推荐，我开始着手翻译本书，后来时断时续，翻译工作竟拖了两年之久。其间我获得了很多人的帮助，其中我要特别感谢汪建成教授（耶鲁大学福布莱特访问学者）、葛云松副教授（耶鲁大学法学院 2005 届 LLM）和汪汀同学（耶鲁大学法学院 2005 届 JD），他们是我在 2004 年到 2005 年期间的室友，经常不厌其烦地忍受我的追问和打扰。当时我们在纽黑文（New Haven）合租了一栋两层小楼，并取了各自名字中的最后一字，组成了“城南听松”，作为我们寓所的名号，那一年仍是我在耶鲁十分难忘的一段时光。我还要感谢我的父母，他们来美国探望我，却承担了全部家务，还为我做了细心的校对工作，对此我深为感激。另外，我要尤其感谢匿名的评阅老师对译稿的审核，他对本书的译法提出了很多宝贵意见，虽然不能知道他的姓名，但我还是要对他认真的工作表示敬意。此外还有许多同仁和朋友，都为译作的最终成型做出了或多或少的贡献，恕不能一一列举，谨在此一并致谢。当然，本书翻译中所出现的疏漏和错误，还要由我承担，希望诸位读者不吝赐教。

彭亚楠（耶鲁大学法学院法学博士（JSD）候选人）

2005 年 8 月

原作者 1986 年再版序言

我写这本书是在 20 多年前，当时我可是绝无恶意，并没有想诋毁美国法官和律师的清誉或社会职能，但我很惊讶地发现，我得罪了几乎所有读过本书的法律人。除了少数几个引人注目的例外之外，他们都感到我不公正地抨击了法律界。长期以来，人种学者们（ethnographers）都很难过他们的观点和土著居民观点之间差异很大，我现在开始理解他们了。虽然当时我也知道，法律界内部的凝聚力很强，我只是个圈外人，但我还是没有意识到，圈内人的看法和我的观点竟是如此不同。似乎没有什么明显的方法，来跨越自我感受和外界观察之间的鸿沟，而对相互理解之间的障碍，我也无法克服。我所能做的，就是努力回过头来，重申我的要点和大意，以期至少可以减轻一些误解。

我认为，造成这种误解的罪魁祸首，就是一向意义含混的“意识形态”一词。社会学的词汇中少不了它，但是无论人们说什么，也无法拔掉它身上的刺。另外，我在两层不同的意义上使用“守法主义”一词，这可能也引起了不必要的混淆。第一层意思，是指法律业界作为一个社会整体，其内部的意识形态。有些群体历史悠久，履行着一套职能，也可以看出其成员具有身份认同，这种群体大多都有自己的信仰体系，以传授行业实践经验，并作为行内人士的指针（guideposts），教育他们对其做出反应并将其维持下去。一个信仰体系，就是该群体成员内部的图谱（map），并制约了他们如何对外人加以回应。最重要的是，就法律共同体而言，守法主义让其成员感到，作为一名法律人究竟意味着什么。军人和医

生，也有其各自的内部意识形态，这些意识形态彼此不同，也不同于法律人的风气。尽管在各个行业内部还有大量的个人和群体差异，但这些行业信仰体系的确存在。在美国，法律人大多是单独开业的律师（solo practitioners），少数在大城市里大律师行工作，这两类人就有很多不同之处，而法律学者（academic lawyer）也有着自己的特点。然而，他们之间的共同点也很醒目。把守法主义说成是在法律人中有有效运作的意识形态，也没什么可大惊小怪的。当然，我可能在一些细节问题上写的有些错误，但我认为我那样表述并没什么恶意，就像规则导向型的思考方式（rule-oriented thinking）总会有所偏颇一样。

ix 我所说的“意识形态”的第二层意义，原本应更明确地标明是政治性的。此处，守法主义被放置在了更大的政治环境之中，这一环境下，有着多种意识形态，彼此互相竞争，而守法主义也呈现出了不同的特征。从这个意义上讲，尽管法院仍肯定是所有公共机构中守法主义最强的，但守法主义不再局限于法律人（lawyer）。依照规则，秉公裁断，这些价值观乃是法院得以存在的显而易见的理由。然而，若将法院置于一个意识形态连续体（continuum）的一端，那么我们会明显地看到，法院并不垄断守法主义的价值。裁断性（tribunality）是很多活动的内在特点，例如立法、行政、各种调停，乃至父母要公平奖惩孩子的时候，都是如此。在该连续体的这一端，其它的价值明显更重要；比如，就儿童的健康和教育而言，对质量的要求就远胜于对公平的要求。另外，从历史上看，还有很多其他的伦理观和政治主张，与守法主义心智架构（frame of mind）相抗衡。纯粹的反守法主义者（antinomian^①）或许就是

① 译者注——守法主义（Legalism）和反守法主义（Antinomianism）的概念都源于基督教。其中守法主义认为，要得到救赎，就必须谨守上帝所订立的法（如“摩西十诫”等）；反守法主义则主张，救赎靠的是对上帝的信仰，以及上帝的恩典，而不必遵守宗教法典。

一个极端，他们的数量之多，远远超出守法主义者愿意承认的范围。有些基督徒追寻内心之光（Inner-light^①），柏拉图鼓吹理性精神秩序至上（primacy of rational psychic order），共产主义奉行各尽所能、按需分配，将士崇忠勇，君子尚仁义，等等。所有这些目标，都迥异于成熟法律体系所追求的价值，也不同于该体系运作者的意识形态。而在连续体的另一端，人们应该看到《圣经·旧约》，看到亚里士多德和三段论（syllogistic logic），看到各种自然法学派，这些是最明显用公平分配权利义务的方式进行思考的人。简而言之，在思想家之中，无论是守法主义的信徒还是其反对者，都比大多数法律理论家乐于承认的还要多。

但是，守法主义的支持者并不承认守法主义是一个连续体的一部分，他们公然认为：法律制度和法律思想乃是高度分立（discrete）的实践，在社会中茕茕孑立，其正确性，很大程度上在于其独立于政治活动的日常过程，既不受其影响，也不参与其中。法律理论的一个仍然非常共同的倾向，就是对一般法律实践（尤其是司法判决）的影响以及政治根源，都不予考虑。这就是我为什么要说：守法主义倾向于把法当作就是“在那儿（there）”的，而法律形式主义（legal formalism）则一直最为明确地捍卫这一立场。 x

不过，我非常清楚：和英国法律思想相比，美国法学家们并未忽视法的政治功能。是啊，美国有如此众多的法律辖区，各州和联邦都存在着司法审查，先是地方议会，再至国会，最后到法院，每家都要筛来选去，挑拣中意的法，美国人又怎能不重视法的政治功能呢？然而，就连他们也执著地追求完美、非政治、超然中立的法及裁决之圣杯（holy grail），仍然把这当作是检验可接受性的标尺。

① 译者注——贵格会（Quaker），又名公谊会或教友派（Religious Society of Friends），是基督教的一个教派。内心之光（Inner-light）是该教派的重要神学概念，指上帝在人心中的显现，以及个人对上帝的直接体验，亦被称为上帝之光、基督之光。

人们也依然常说，倘若法律体系以政治为导向，就将意味着司法正统性（judicial legitimacy）的终结。然而，人类制度之所以能存续下来，是因为我们大都能心怀各种矛盾的信念而泰然处之，这虽在哲学上令人烦恼，但却是事实。大多数细心人都知道，法院行为果断，通过创立规则来推动政治目标，——仅以民权（civil rights）为例，——对这些目标他们也可能表示支持；但他们也坚持，若要法官不偏不倚、整个程序公平公道，那就必须不徇私情、逐字逐句地贯彻铭刻在精神之岩（spiritual marble）上的规则。要改变这些规则，就应通过立法机关，而绝不是法院。对司法表现褒也好，贬也好，其表达的措辞都来自这一信念，这虽看起来可能有些莫名其妙，但在社会或心理学上却并非完全站不住脚。的确，如果我们崇尚灵活性并接受一定程度的矛盾，那么这种看似矛盾的说法甚至还似乎很实用和恰当。

xi 这些反思并不新鲜，也不会伤及守法主义观。似乎令许多读者烦恼的，是我把守法主义放到对抗意识形态的有争议的环境中，以及我用政治学的词汇来讨论这种对立，既不抽象也不专门化。从这个角度说，政治理论和很多当代法律理论所诉诸的道德哲学的风格一贯不同。不可否认，在这两种高度组织化的社会理论化模式之间，有自然的亲缘关系（affinity），但我认为，法的道德哲学并不是完全有益的，因为它只是听任守法主义把自己看作一个外在于政治的、孤立的思想模式。必须重申，虽说近些年来英美学术界法律理论的标志就是极端的演绎、抽象、脱离于历史，但好在美国的法学不可避免历史性地以法院为中心（court-centeredness），因此总是至少有一个替代的表达模式。

我并不讳言，我对守法主义的看法是自由主义的，但这并不是哈耶克（Friedrich von Hayek）及其追随者所鼓吹的“法治”理想的自由主义，因为我并不认为法律体系的唯一功能就是为自由市场的自发秩序（spontaneous order）提供安全框架。对于这方面我原

先的观点，我仍然没有什么补充的。然而，把自由主义限定为这种“法治”的，并非只是传统的保守主义者。他们的一些批评者，自称激进，并鼓吹平等主义（egalitarian）和社群主义，现在也采纳这种解释。和哈耶克一样，“批判法学派（critical legal studies）”也相信，自由秩序渴望实现一种中性，若想实现，国家就必须消极无为，或装作消极无为，而福利国家则已经摧毁了自由秩序。这种国家以前实行自由主义，现在却沦为了开放的战场，各个没有资格获得正统性（legitimacy）的压力集团之间你争我夺。激进分子主张，“法治”不能再作为当代多元主义的架构，也不能继续作为掩盖统治等级制的面具。法自身的存在，在于加强并掩盖实质上罪恶的政治秩序现实，并作为其首要的代理人。合同法经常被用来例证这种断言，以揭露形式主义的真实意识形态，并随之揭开自由国家的虚伪面纱。不用说，路的尽头，就是公有制的、铁板一块的（unatomized）、大一统的社会。据称这一天即将到来，而到来之时，正是自由秩序不堪重负，在各种利益相互争斗中崩溃之日，这在积极福利国家中已经变得更为明显了。如此承认法的政治作用，实在是反攻倒算，很明显这不是我要表达的意思。我要说的是，在 20 世纪的历史上，自由主义崩溃，无一例外地招致了人类的深重苦难。我们没有理由指望会有什么其他结果。

xii

对自由派守法主义（liberal legalism）进行激进的政治批评，在思想史上并没有什么独创性，因为这些批评对“法治”的看法如此派生（derivative），而又和在自然法名下运作的传统的“求同的意识形态（ideology of agreement）”非常亲近。为此，人们可能不得不等待富勒（Lon Fuller）继任者的作品。他本人认为法具有内在之德（inner morality of the law），这种观点即便是扩宽到包括符合全体公民的期望，也仍然是有缺陷的。任何刚性的官僚政权，只要其镇压不是完全肆意胡为，而且其不幸公民的期望值很小，都可以满足富勒法律之德的标准。然而，如果这些公民的期望首先包

括承认平等权利，正如德沃金（Ronald Dworkin）宣称这是必需的，那么法律之德就是开放的。它进入了政治及其论争的现实世界。然而，守法主义思想家的自我理解，总是把法的正确关系转向道德，而非转向政治，这一倾向再次导致把平等权利说成是从某种意义上“在那儿”的道德规则。既然道德规则盛行于社会之中，那么法官就可能在疑难案件中作出道德裁断。这种主张即使是种极度传统的守法主义的观点，也并不完全令人信服。这一主张假设，法官如果适用道德规则，就可以避免多元社会正常的政治冲突。我认为，事实上，这场论争从一开始就会是政治的，而且，正如在所有意识形态政治中一样，政治力量的组织和方向，以及观点的动员，都是这一过程的内容之一。对美国的守法性政治（legal politics），这样的冲突可能会有所贡献，也可能不会，但我们并不能将其刻画成无非是通过纯粹实践理性（pure practical reason）的行为，把道德整合到法之中。

在最近把道德和法联系起来的努力中，强调疑难案件，有其智识上的好处。守法主义，如同所有政治意识形态一样，主要在常态的边缘上表现出来，例如开创性的最高法院判决，以及第二次世界大战后对首要战犯的国际审判。本书花相当大的篇幅来探讨这些审判，而大部分的观点都是在为这些做准备。本书的真正要义就在此处。我觉得，成书之后的事件并未证明我是错的。从那时起，战争此起彼伏，而危害人类的罪行也无休无止，但二次大战之后的那些审判却再未重现。然而，这并不意味着这些审判在政治上毫无用处，相反，它们不仅对德国人有很大影响，而且对欧洲和美国政治思想和行动也很有影响。这仍足以证明这些审判的价值所在。也不能说，复兴和强化妥当法律体系与合法性风气（ethos of legality）的各项原则是徒劳无益的。的确，如果在最为棘手的疑难案件中，法官要在各种原则中加以选择，那么他完全可以问，在其时其地的政治秩序中，怎样的政治结果可以最好地维持司法体系的清誉

(integrity)。这样的问题虽然会要求在思想上避免守法主义，但也将为政治社会整体上保留守法主义的价值。

xiv

我要向所有对本书提供帮助的人致以真诚谢意。非常感谢约翰·西蒙·古根海姆纪念基金会 (John Simon Guggenheim Memorial Foundation) 在 1960 年资助我研究现代法律理论。我还要特别感谢那些鼓励我写作本书，以及阅读、批评、指正本书的朋友。斯坦利·霍夫曼 (Stanley Hoffmann)、依萨·克拉姆尼克 (Isaak Kramnick)、罗伯特·麦克劳斯基 (Robert McCloskey)、马丁·夏皮罗 (Martin Shapiro)，以及保罗·西格蒙德 (Paul Sigmund) 都对我帮助甚大，我对他们的感激之情难以言表，谨在此一并致谢。同时我也要感谢保罗·舒派克 (Paul Shupack) 帮助我进行校对工作。

朱迪丝·N·施克莱

《美国法律文库》编委会

编委会主任 江 平

编委会成员 (按姓氏笔画排列)

方流芳 邓正来 江 平 朱苏力

吴志攀 何家弘 张志铭 杨志渊

李传敢 贺卫方 梁治平

执行编委

张 越 余 娟

出版说明

“美国法律文库”系根据中华人民共和国主席江泽民在 1997 年 10 月访美期间与美国总统克林顿达成的“中美元首法治计划”(Presidential Rule of Law Initiative), 由美国新闻署策划主办、中国政法大学出版社翻译出版的一大型法律图书翻译项目。“文库”所选书目均以能够体现美国法律教育的基本模式以及法学理论研究的最高水平为标准, 计划书目约上百种, 既包括经典法学教科书, 也包括经典法学专著。他山之石, 可以攻玉, 相信“文库”的出版不仅有助于促进中美文化交流, 亦将为建立和完善中国的法治体系提供重要的理论借鉴。

美国法律文库编委会

2001 年 3 月

守法主义
法、道德和政治审判

Legalism
Law, Morals, and Political Trials
by Judith N. Shklar

Copyright © 1986 Published by arrangement with
Harvard University Press
All Rights Reserved

本书的翻译出版由美国驻华大使馆新闻文化处资助
中文版版权属中国政法大学出版社，2003 年
版权登记号：图字：01-2003-7050 号