



南京大學

法律评论

Nanjing University Law Review

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊

2010年秋季卷(总第34期)



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

南京大學

法律评论

Nanjing University Law Review

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊

2010年秋季卷(总第34期)



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

南京大学法律评论. 2010年秋季卷 / 张仁善主编.
—北京: 法律出版社, 2010. 8
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1098 - 4

I. ①南… II. ①张… III. ①法律—文集
IV. ①D9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 156991 号

南京大学法律评论 2010 年秋季卷

张仁善 主编

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787 × 1092 毫米 1/16

版本 2010 年 9 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 23.5 字数 490 千

印次 2010 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.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/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

重庆公司/023 - 65382816/2908

北京分公司/010 - 62534456

西安分公司/029 - 85388843

上海公司/021 - 62071010/1636

深圳公司/0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 1098 - 4

定价: 46.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

编辑委员会

(以汉语拼音为序)

主 任 李友根

委 员

狄小华	范 健	胡晓红	金 俭
李友根	邵建东	孙国祥	王太高
吴建斌	肖 冰	杨春福	叶金强
张 淳	张仁善	周安平	

编辑部

主 编 张仁善

编 辑

胡晓红	秦宗文	税 兵	吴卫星
咸鸿昌	熊静波	徐棣枫	杨辉忠

英文校审

咸鸿昌

南京大学法学院主办

· 法学专论 ·

判例法中的理性与命令	[美] 朗·L. 富勒(3)
可登记财产利益的交易自由	
——从两岸民事法制的观点看物权法定原则松绑的界线	苏永钦(16)
法治国作为和谐社会的理论基础	许育典(45)
实质自由与文明相容人权观	郭春镇(60)
董康与近代中国立法	华友根(73)
高丽律辑佚与复原及其所反映之时代	张春海(88)
论明清时期徽州地区司法官的思维特点及其影响	丁国锋(106)
社会公权力的司法救济与民间化	
——以公私法域交融背景下的足球协会为研究个案	冯之东(124)
环境纠纷行政解决机制的实证研究	
——以 S 县环境监察大队为主要考察对象	冯 露(139)
高校学生处分中的参与研究	王建富(159)
股东代表诉讼的规则架构	张国平(171)
我国知识产权保险制度之构建	李 华(179)
媒体视角下的黑社会组织六十年	邱格屏(188)
侦查到案制度之理论建构	
——从阶段论角度的展开	马静华(200)
程序利益保障论	翁晓斌(218)
程序与实体关系的话语变迁	
——以中国“民事法”为中心	霍海红(235)
自主合并抑或强制合并?	
——追问强制追加当事人之正当性	严仁群(250)

· 域外法论 ·

试述早期英格兰国王司法管辖权的扩张	曹恒民(263)
宪政民主制:支撑英国市场经济生成的制度根基	
——以产权、市场、公共财政的发展为考察线索	魏建国(276)

浅析美国最高法院宪法裁决中的平衡解释模式

- 由“赫勒案”谈起 江振春 任东来(289)
- 美国最高法院判决中的异议 胡晓进(307)

· 比较法评 ·

- 国外流域管理法律制度对我国的启示 俞树毅(321)
- 契据交付:英美法中的“物权行为”
- 历史的巧合还是生活的必然? 吴一鸣(335)
- 晚清在华美国传教士与近代西方国际法的传入
- 以伯驾为中心的考察 谭树林(352)

法学专论

判例法中的理性与命令*

[美]朗·L.富勒 著** 张平 陈晨 译***

尽管本杰明·卡多佐(Benjamin Cardozo)是我国涌现出来的三四个伟大法哲学家之一,但他很少,精确地说是从来没有被人们称为任何具体“法学理论”的创立者。于他而言,各种流派的法哲学代表了人类事务中的重要力量,他花费了很多时间致力于其研究。同时,他自己那并非中庸的法哲学却始终远离了理论争锋的角斗场。于他而言,这不是故作姿态,而是必需的。他的洞察力如此深厚和广泛,他的方法又是如此灵活而优雅地与他自身的任务结合在一起,这一切使他能在任何哲学流派的旗帜下游刃有余。

如果说他的作品缺乏标语式的、能使其归于某种熟悉的和包容于其中的主题下的统一性,那么这并不意味着它没有渗透着一种更深刻的一致性。我们不仅可以从他的理论或学说中找到一致的法哲学脉络,他对解决某些基本的且经久不衰的法律问题而作出的不懈探索也能证明这一点。我斗胆认为,这其中的一个问题便是,我在这篇文章的标题中所揭示的。

卡多佐认为法律中包含了很多悖论(antinomies),但最严重且最广泛存在的悖论之一,便是法律中的理性与命令。普通法是“完美的理性”——这一观点当然和他的思想大相径庭。他的作品中充斥着这样一个观念:“法官造的法”在某种程度上是一种专断——

* 这篇论文的主要论点最初于1942年10月27日,在纽约市律师协会之前为它的入学法律教育委员会所资助的第二届本杰明·N.卡多佐年会上以演讲稿形式发布。此演讲稿于1943年由该委员会出版并小范围发行。(1944) 60 L. Q. Rev. 395上对其作出了评论。出于当下出版的目的,此讲稿作了略微改动。(本文英文名为 *Reason and Fiat in Case Law*,作者于1946年2月发表于 *Harvard Law Review* (Vol. 59, No. 3) 上。本文的中文翻译已经富勒教授的继承人 Ms Lynn D. Fuller 女士的合法授权,在此表示感谢!——译者注)

** 朗·L.富勒(Lon L. Fuller, 1902~1978年)是著名的法哲学家,写了名著《法律的道德性》(*The Morality of Law*, 1964),探讨了法与道德的关系。富勒长期是哈佛大学法学教授。他和H. L. A. 哈特曾对法与道德的关系展开过一场著名的辩论,对自然法学派和法律实证主义之间的对抗意义深远。

*** 张平,南京大学法学院硕士研究生;陈晨,南京大学法学院硕士研究生。南京:210093

这个通俗观点可以简单地理解为是用命令来填补不全面的理性所留下的空白。但是,卡多佐并没有盲从那些把相对主义绝对化的人。如果普通法没有达到完美的理性,那它就只能理解为一种对完美的不懈追求。他拒绝把法律划为理性与命令悖论中的任意一方。他认为,法律是其局限性的命令(by its limitations fiat)与目的性的理性(by its aspiration reason)之统一。这种整体性观点(whole view)包括了对法律自身局限性和目的性的认识。

本文的目的是讨论理性和命令的悖论,因为其影响着判例法。我首先尝试论证这个悖论在事实上是难以避免的。然后,将简短地分析人们企图避开这个悖论的动机及其用来掩盖该悖论的全部力度和深度所采取的手段。最后,我将论证这样的观点,即我们最好坦然地接受法律推理中存在不可调和的冲突或紧张这样的状态,而不要为了追求一致性而牺牲理论所必需的前提。因为,如果法哲学通过抹杀那些可能导致其内部逻辑混乱的、重要而丰富的观点之间的边界来实现自身的协调一致,那么这毕竟对其自身也是不利的。

二

为了清楚地了解司法过程,我认为须从临时消除它周围的某些遮蔽其本性的复杂因素,还原它在我们社会中的实际功能来入手。我们必须想象司法在一个新建立的,也即一个没有先例、法令或习惯的社会中是如何发挥其功用的,从而发现司法最简单的形式。具体而言,我们暂且假设自己进入了另一个文明的时代,想象有一群遭遇海难的人隔绝在这个地球的某个角落。所以,这个遗世独立的社区事实上造成我们当前研究所需要的“心灵白板”(tabula rasa)。假定它的成员们罹患健忘症而被洗脑,大脑记忆中的社会事实、法律和他们以前在家乡所遵守的习俗统统一扫而光。

这个社区的成员之间产生了纷争,显而易见,必须有方法来解决。为此,队伍中有一个人被任命为裁判者或法官。由于我们的研究指向的是普遍性问题,而非个体异常的调查,我们设定这个被选定从事该职务的人精神正常且具有理性智慧,他还有责任感去促进集体的繁荣、维持集体的精神面貌。

倘若我们假设这个法官或裁判者仅仅表达他个人偏好的话,那就太愚蠢了。从其司法职责伊始,我们就可以很明显地发现他工作的性质本身给他设定了某些条条框框。如果他知道一点人类的本性,那么他就会明白:至少当一个重复的模式能够从决定中区别出来之时,如果不是第一次被宣布的话,则他的判决将被尊为先例。他会预见到,其所判决的个案中会涌现出一套规则,而这个社区的人们也将在某些程度上以之为准绳来规范自己。他将认识到他的责任是保障判决的正确——这种正确是基于集体的目标和成员们所共同努力追求的东西。如此,法官会发现其处于探索集体生活下的自然原则的努力之中,因而其决定能遵守这些原则。他实际上会感觉到自己正如集体中的那些工程师、木匠和厨师一样,面临着管理现实生活的某些方面、发现和利用集体生活的规律性来造福集体之工作。

尽管我们的法官会发现他的工作需要研究和反思,但是同时他会意识到不管他的研究如何广泛,还是不能解决他所面临的全部问题。例如,他对人们集体生活方式的洞察将会使他明白,为了保证集体的道德,某些行为必须受到惩罚。但是,如果问题是关于监禁的,那这个处罚究竟是该设定为7天、8天,或者两周,甚至1个月?显然,这是一个广泛而重要的领域,即法律不能被发现,必须由适用它的法官决定。法官在这个领域中所扮演的功能不仅仅是使其意志符合外在秩序,而且还在于以其本身的意志创造人们必须服从的秩序。

在我对司法过程的描述中,我认为迄今还没有碰到引起挑战的事情。实际上我已经说过,在这个被遗弃的岛屿上,法官所发布的法律代表了理性和命令的结合。换言之,一部分是秩序的发现,另一部分是秩序的强加。在法哲学的语言中,我们会将之描述为模糊地接近于“自然法”的“实证法”系统。然而,这是一种危险的表述方式。因为很多人认为“自然法”这个词仍旧饱含着女巫大锅中的浓重气味(*deep odor of the witches' caldron*),仅仅提到这个字眼就足以引起情绪和恐惧的大规模爆发。但是,我们对该词的反感不应构成我们漠视它曾被用来描述的事实的理由。这个案例的事实仅仅是,我们的法官会主动相信或者被说服去相信,成功的集体生活所需要的条件中存在客观标准;若违反这些标准,则法官判决意见的正确与否应加以衡量。他感到奇怪的是,这样一个纯洁的信念会导致恐惧或招致非难。当然,他永远不需要描述他努力探寻的自然法,也不需要尊敬这个“普天之下无处不在的真理”(*brooding omnipresence in the skies*)。相反,它(自然法)还可能是一个棘手的且实实在在的现实,挑战着法官试图获取它的最富有智慧的努力。法官们从事工作时的感性态度,更类似于一名厨师努力去发现片状脆皮馅饼(*a flaky pie crust*)的秘方,抑或一名工程师探求跨越鸿沟方法之态度,而绝非信徒们面对神坛祭祀时的顺从心理。

如果继续说明下去,把我们的法官从被遗弃的岛屿转移至一个现实的、活生生的社会当中,他的职责起先看去复杂得面目全非。现在,他的活动被限制在一些由法令、先例、公认的价值内涵、职业传统以及习惯方式构成的条条框框之中,他身上所背负的影响大大增加了。但我们必须重视的是,实质上仅有一个因素被引入判决过程之中。这个因素存在于这样的语境之中,即已存制度之强制力目前已经成为法官裁判时必须予以注重的现实。如果成功的集体生活的条件决定了我们应当适用于集体的规则,那么已经适用的规则本身部分地决定了前述的依赖条件为何。人的自然本性部分地构成了人自身,因此自然法也要求我们在一定的限度内遵从已经存在的实在法。

正如我在第一个说明中想显示的那样,即使我们想象在某个历史真空中存在这样的司法职权,它本身仍会包含在理性与命令的悖论中。当下的社会背负着历史的错综复杂与尾大不掉(*joined fore and aft with history*),这个悖论与以前相比愈发严重和复杂,因为已存的命令是人们进行思考时理性驱使其必须考虑的现实。不容否认的是,这个难题已经充斥在我们整个法律体系之中了,并且其导致的困惑混乱已经显露在甚至最边缘化的法律之中。但是,我们最好去发现这些困难的共同来源,否则我们会轻易遗忘司法过程的基本问题:我们要去发现并适用这样的原则,它们能最好地促进人们戮力同心所追求

的目标。这个问题在当下社会越来越模糊了,因为法官们在其据以判决或可能据以判决时所援引的“实在法渊源”相互冲突。例如,一个法院裁定某个先例存在有害影响,基于此判断而否决该先例。人们描述这样一个事件的通常方法是,这个先例之所以被否决,缘于其已悖于“普世的道德观念”(prevailing conceptions of morality)。法院因而面临两个公认法律渊源的选择,一个是既存的司法先例,另一个是普世的道德观念,而它偏向于后者。这个描述有很大的虚构成分,因为这里讨论的“普世的道德观念”往往仅存在于评论者们的头脑中。经常,或者通常而言,这里的问题是我们社会作为整体所不熟悉的。无论如何,对于这个一般性的问题,如果社会对其中涉及的利益缺乏认识的话,那么就无法形成意见。

我想起了戴维·凯弗斯(David Cavers)对司法程序在法律冲突中的功能所作的评论与此处的关联性。^① 当法院似乎在根据法律冲突的原则决定A州和B州的法律中何者管辖一个交易时,这个选择的背后通常存在一个未受重视的但更具有决定性意义的选择:哪个规则能提供最可取且最可行的决定标准? 如果选择了A州的规则,那么真实的理由可能是该规则被认为比B州的更好,而非因为它是“合同订约地法”,也非与公认的教条学说相一致的其他正式理由。从更广泛的意义上来说,当法院似乎是在各种认可的“法律渊源”——先例、商业习惯、学术专著和公认的道德观念——中选择时,真正有决定性意义的选择可能简单至:哪条规则最好? 哪条规则最注重人类社会生活的实际,并且最能促进实现有效且令人满意的人类共同生活? 尽管这个问题的存在正逐渐被现代社会中汇聚成流的命令所模糊,但它在司法程序之中仍然是一个持久的现实。

三

人们从不愿承认这样的事实:他们的思维中存在无法调和的张力,他们也不乐意接受莫里斯·科恩(Morris Cohen)所称的“截然对立原则”(the principle of polarity)。这个原则认为,明显自相矛盾的概念彼此为另一方必不可少的构成部分。面对理性与命令之间的悖论,各种法哲学流派作出的主要努力就是剔除两者中的一个。

“自然法学派”的极端主义者试图从法律中剔除命令,主张整个法律是,或者至少可以是理性的表达。这个学派总是主张多于实证,它必须让自己克服因依赖自由主义的修辞而存在的困境,而这足以构成对其缺陷的警示。与之相对的学派,即极端的实证主义者,则致力于在命令分支中去除理性的影响。尽管近年以来,这个学派的追随者们宣称这种分离只是“暂时的”,是出于某种不特定的“方法论意义上的目的”。为了把整个法律转变为命令,当然有必要将其看成某人或某物的命令。例如,该学派坚持认为习惯不

^① 《法律选择问题的批判》(A Critique of the Choice - of - Law Problem) (1933) 47 HARV. L. Rev. 173。

是“法律”,而不论其如何广泛存在、合理和明显有利于社会福利。只有当其被诸如法官、^①国家、^②主权、^③法权、^④基本规范或其他该学派某分支所偶然倡导的权威性标准所认可后,^⑤方可谓法律。卡多佐对这个学派作出了评判,关于道德准则在被法院适用以前是否是“法律”这一争议,他说道:“对这样的遣词之争我无多大兴趣。”^⑥

若我们从问题和功能而非定义及权威渊源的视角来对待法律,那么我们就必然会发现法律是理性和命令、发现的秩序和强加的秩序的综合体。因此,试图从法律中清除两种因素之任何一个的尝试,都是对法律的变性和篡改。

理性与命令的悖论深深地嵌入了法律推理的骨髓之中。关于其重要程度的一个杰出阐释,可以在丹麦法哲学家阿尔夫·罗斯(Alf Ross)一本未出版的著作中找到。在该书中,罗斯就法律悖论描绘出了一个形式化的表格,类似于著名的康德批判表格(the famous tables of Kant's Critique)。这些悖论或矛盾源自于人们试图把一个片面的视角当做全面的来看待法律。大量的悖论或矛盾贯穿了法律,从此端的诉讼和救济延伸到彼端的主权理论。

当人们研究像“权利”、“权益”及“所有权”这样的概念时,往往会被下面的事实所困扰:在法律推理中,这些概念究竟有多大内涵?比如,当 Blackacre 的所有者从土地侵入者那里获得补偿时,我们会说在这个侵权诉讼中他的“所有权”受到了保护,他的“所有权”“引发”了诉讼的理由。若问他的“所有权”由什么构成,那么我们的回答是,它由包括起诉侵权者的权利在内的某些法律权利构成。简言之,他能起诉是因为他是所有权人,他是所有权人因为他能起诉。这两种陈述似乎都在一定程度上正确,但很难理解两者何以同时正确。这个矛盾可以这么解释:在一些案件中,我们从理性的角度去看待法律,因此“所有权”概念是一种政策考量的简略表达,用以论证法院在侵权诉讼中给予补偿的正当性。在另一些案件中,我们从命令的视角看待法律,“所有权”便是对既存规则中所产生的权力关系的隐晦描述。换言之,“所有权”的概念本身便包含理性与命令这一存在于整个法律秩序核心的悖论。

如果我们从两种意义上更详细地去钻研“所有权”的内涵,那么问题就会更加明朗一些。倘若将其看做是“产生”补偿的东西,那么正如我在前文所言,它是一种政策考量的简略表达,用以论证法院对所有权者给予补偿的正当性。如果我们要给此简略表达查漏补缺,那我们将被迫进入整个私人财产哲学体系中去思考。在这样的追问中,我们会遭遇到很多基于理性的东西,但同样可以发现私人财产制度类似于其他人类创造一样拥有

① Gray:《法律的本质和渊源》(*Nature and Sources of the Law*) (1909)。

② Hearn:《法律责任和权利理论》(*The Theory of Legal Duties and Rights*) (1883)。

③ Austin:《法学讲演录》(*Lectures on Jurisprudence*) (4th ed. 1879)。

④ Somlo:《法学基础》(*Juristische Grundlehre*) (2d ed. 1927)。

⑤ Kelsen:《纯粹法律学说》(*Reine Rechtslehre*) (1934)。

⑥ 《司法过程的本质》(*The Nature of the Judicial Process*) (1921) 133。

很多专断性特征,其尖锐突兀与自然的优雅流畅相悖。换言之,“所有权”是补偿被侵权人之理由的简略陈述。如果对此进行分析,我们将不可避免地穿越前述悖论的分界线,而进入命令分支。

如果从另一个角度来探寻所有权的概念,我们会有相似的经历。霍姆斯(Holmes)使这样的观念广为人知,即法律权利和义务都可以作为描述某些法律补偿是可能的这一事实的方法。“……所谓法律责任只不过是对于下述事实的预测,即如果人们做或未做某些事,他将被法院的判决以这样或那样的方式惩罚;法律权利的情形也是一样”。^① 根据这种观点,“所有权”仅仅是表达一个预测——法院在一定环境下将作出有利于所有权人的行为——的方式而已。这个理论宣称其目的是使法律去除构成它本身的伦理考量的影响。换言之,使法律摆脱其背后的理性的影响。

尽管霍姆斯的这个理论很流行,但值得注意的是,极少有人试图去检验该理论真正的内涵。当然,霍姆斯的意思并不是说,某人有一个权利等同于他可以得到补偿。如果真是这样的话,那么“权利”这个概念就彻底沦为同义反复,而不复拥有卡多佐赋予它的描述性价值。“权利”这个词的导入必须添加一些它平时不被运用时所缺少的东西,我们不难发现霍姆斯的用意所在。“权利”是这样的一般性陈述,即在某些情境下补偿是可能的。当我们说 Blackacre 的所有者有“权利”去起诉时,我们的意思是他——别人在相似的情形下也一样——将获得法院支持而得到补偿。但是,什么时候可视为别人“在相似的情形下”? 如果一个持有 Blackacre 土地契约的人可以起诉侵权人,那他是恶意占有人时是否是同样的情形? 如果没有占有土地的话,那他应根据何种契约主张权利? 通过对这类问题的回答,我们发现自己不可避免地退回到悖论的分界线上,并且再次陷入私有财产制度背后的理性之中。要使我们对于司法行为的预测有意义,除非我们去探究预测司法行为时所依赖的理性,惟其如此,我们才能预测预期行为的范围。

“权利”、“责任”及“所有权”等概念中体现的相同悖论,同样存在于所有为人熟知的法律技术概念中:“合同”、“民事侵权行为”、“权益”、“无效责任”、“既得利益”——这样的概念可以无限制地列举。下述说法是不正确的:这些概念有歧义,也就是说它们有两种截然不同的意思。相反,它们每个概念都代表了一种关系,而我们可以从两个角度去理解。当我们从“内在的”角度去看待法律时,我们是试图去探寻驱使法院运用这些概念从事司法行为时的令人信服的理由;当我们从“外在的”角度去看待法律时,我们只不过是试图将法院司法行为冷冰冰地呈现出来,而与该行为所产生的理由相分离。这两种尝试都没有,也不可能成功。若以物理学的比喻来说明,这两种路径就类似于试图仅以一个磁极来制造磁场,或者仅以产生正极电的电池去发电。

当谈及像“权利”和“所有权”这类概念时,人们也许会认为它们只不过是描述一般性法律规则对特定事实情况之影响的方式而已。相应地,我刚才对这些概念所说的一切,

^① 《法律之道》(*The Path of the Law*) (1897), 载《法学论文选集》(*Collected Legal Papers*) (1920) 167, 169。

对我们从规则的角度,而非权利和补偿的角度去看待法律也同样适用。

人们喜欢以这样的方式来反驳自然法学派,他们要求这个学派找出仅仅依赖于理性的规则出来,哪怕仅有一条也罢。此检验标准,注定了自然法学派的失败。例如,自然法学派的倡导者们为了证明而给出了这样一种符合其理论的规则,即“人应履行契约”。他的对话者,即怀疑自然法理论的人,便会指出:有很多法律不予强制执行的契约;并且,在一个法律体系中被认为最重要的契约经常在其他体系中得不到法律认可。自然法学派要求强制执行契约时所宣称的原则,经过适当限定,将被解读如下:“如果一个社会想实现基于职能分工或者劳动分工的繁荣和效率,并且如果找不到其他实现该分工的手段(如社会等级制度)时,那么至少某些契约必须为法律所强制。当然这里还要假定下述情况能够被证实,即那些支持信守合同的、不系统的道德压力能够促使法律的强制执行,以保证该道德的效力。”此观点并不令人信服,更遑论在一定的社会环境中,所有这些假设和附加条件可能会推导出一个单纯的结论,而不给别人留下批判的空间。当然,要求合同必须信守的原则曾被成千上万的法官所援引,他们相信对人类需要的尊重超越任何具体的法律体系。^① 事实依然是,尽管某些人类需要相对固定,但这些需要的具体表达总是要受制于其实现的社会环境,所以自然法学派永远不能实现其理想,即一种自然秩序所当然要求且适用于所有类型的社会的法律规则体系。

但是,如果自然法学派不能提出一条纯粹理性的规则,那么对立的学派也同样不能提出一条纯粹命令的规则。霍姆斯的著名格言“并非我自以为是,我所认为的法律就是对法院实际上将做什么的预测”。^② 提出已近半个世纪了。自该观点问世以来,它已被数十名学者所采用,它已为整个法学流派所认同,并有大量文章进行讨论。但是,当下没有谁能够陈述一条仅仅是预测司法行为的法律规则,而完全放弃对引起该司法行为的理性考量。我敢预言,永远也不会有人这么做。这种做法不可能成功,因为司法行为既不可能被预测,也不可能被有意义地讨论,除非我们在产生该行为的理性这一语境下进行。当然,人们可以预测,A州最高法院在面对布朗诉史密斯(Brown v. Smith)这一案件时会判决支持布朗,这正如人们可以不借助理性去预测一座桥梁会在1年内坍塌一样。但是,如此预测的价值将完全取决于该预测表达者的判断力和洞察力。为了使司法行为的预测有更确定的意义,我们必须用概括性词汇对其进行表达,以使其不仅能包括布朗诉史密斯案,还能包括其他“类似的”案件。上述观点同样可以表述为:我们在预测时,必须伴随着对其设想的法院行为所依赖之理性的陈述。但一旦我们按照前述两种路径去尝试,我们就会发觉自己再次进入了对规则背后伦理基础的探索当中,并且已经偏离了“预测”理论的基本目的。该理论纯粹根据权力关系来定义法律,而对法律背后的伦理基础

^① 比较霍尔(Hall)在刑法上对相似问题的平衡处理,见《作为社会现实的犯罪》,载《美国政治和社会科学研究院年鉴》1941年9月刊;以及该作者的《刑法科学绪论》(1941) 89 U. of PA. Rev. 549。

^② 《法律之道》(The Path of the Law)(1897),载《法学论文选集》(Collected Legal Papers)(1920) 167, 173。

则不予考量。

任何一条有益于律师和法官们的其本身有充足内涵的法律规则,必然包括了理性与命令这一充斥于整个法律的悖论。当然,有些规则被当做是不证自明的道德命题的表达。如“任何人不得从其错误行为中获利”、“当两个善意人之一必须遭受损失时,必须由那个可能的肇事者承担”等。即使我们假定这些规则所体现的道德原则是不证自明的,但在实际运用中,这些规则也只有在包含了很多显然专断因素的现实财产和责任关系体系中才有具体的内涵。从另一个极端来说,即使是最专断的法律规则,只要它基于如正式成立的立法机关等合理的权威而产生,其背后就会存在最低限度的理性,而此理性使得人们对既存的、权威的法律渊源的尊重得以解释。

最后的评论自然要转移到那些被认为是构成整个法律秩序的基本原则上来,这其中包括主权论。任何把法律整体转变为国家命令的尝试必须莫基于至高无上的立法者的概念,或者如凯尔森(Kelsen)一样,建立在非人格化的某种概念之上。霍布斯(Hobbes)、奥斯丁(Austin)以及几个世纪以来追随他们的所有实证主义者都认为,法律是主权者的命令。但什么是主权者?主权者是人们承认的具有立法权的权威。这种承认的基础是什么?它基于一个社会秩序的自然法的法律观念,此观念认为,倘若缺乏核心权威去規制人们之间关系的话,那么社会生活就不复存在。主权者决定了何为法律,但他本身也被法律所决定。

整个主权论的观点——其既不主张悖论中的理性,也不主张命令——能够在消除神秘或困惑的情形下表达,这已经在古列尔莫·费雷罗(Guglielmo Ferrero)的著作《权力原则》中得到了有力的证明。^①在费雷罗那里,权力或者主权应该具有决定性的力量,因为没有哪个意识形态或者自然法制度能够替代对权威的需要。但是,权力反过来必须是“合法的”。因为,脱去任何合法原则的外衣,权力本身归于无效,并最终会使那些服从于它的人和试图实践它的人感到无能为力。政府权力体现了理性的缺陷,但它的强大反过来需要某些理性原则的支持。那些声称检验主权利力的“试金石”是功效的实证主义者没有看到,“功效”是一种抽象概念,不能脱离其在道德里的根去理解它。

需要注意的是,前面刚刚结束的简略梳理涉及了法律秩序中的大部分因素,从此端的权利和救济到彼端的主权理论。当引人关注的自然法学派从作用角度看待法律时,它在权利和救济的领域中遭遇了最大的困难,因为此领域中存在一个明显而难以否认的专断性因素。另一方面,实证主义学派的主要尴尬出现在处理那些诸如主权等构成整个法律体系的一般概念时。如果法律被定义为主权者的命令,那么就不可能忽视一个问题,即如何解释为什么这个立法权力应该只给某人,而不是别人?霍布斯对此可谓洞若观火,他花费了大量篇幅去论证人类相互关系的裁判者的社会必要性,以及主权者的权力源于与其臣民的契约。自霍布斯时代以来,法实证主义者一直在探寻使法律制度与其道德基础更彻底地分离的方法。其中,最成功者莫过于凯尔森了。然而即使是凯尔森,也

^① (1942)。

承认他的基本规范理论依赖于自然法,即对和平与秩序的社会需求。但是,他声称其理论体系的价值在于,仅仅承认最低限度、不可克减的自然法,缺少它则任何法律秩序的概念都不复存在。正如我在他处所言,^①这类似于帕斯卡(Pascal)对笛卡儿(Descartes)所作的下述评论:他喜欢把上帝一股脑儿地从其体系中清除出去,但却需要上帝赐给他的世界一点动力以开始运转,此后上帝对其就毫无用处了。

四

当检视促使人们拒绝接受理性与命令悖论双方的动机时,我们发现了想象所及的最广的多样性。下列这种说法也当然不正确,即在悖论中作出的选择与“保守”或“革命”的观点存在内在的联系。革命者可能会尝试破坏已有的秩序,而方法就是论证已有的秩序不过是统治阶级意志的体现。革命者持法律就是命令的观点,他会说:“我们务必使法律成为我们的命令,而非统治者的命令。”或者他可能会同意法律是理性的观点,认为现存的秩序违背了所有人类法律必须且最终将服从的自然法原则。大部分革命运动,包括共产主义运动,都包含了上述两方面的因素。而另一方面,保守者会寻求支持现存的秩序,他们论证现有的秩序符合自然法,因而那些反抗现存秩序的人所抵制的不仅仅是国家权力,而且还包括普世的价值。或者保守者可能会如是说:“规制人际关系的自然法不存在。现存的社会秩序是人类自创的、易碎的产品。因为它所依赖的最坚固的基础不过是传统与普遍接受,故而如果此基础被破坏,秩序就会坍塌,混乱便随之而来。”^②自然法学派或者保守或者激进,而声称所有法律仅仅是人类命令的理论流派也是如此。

18世纪以把“自然法”的观念与乐观的理性主义哲学(optimistic and rationalistic philosophy)相结合为特征,它的持续影响使得现今我们大多数人依然具有这种倾向。其结果就是,如果托马斯主义学派(Thomist school)之外的任何人宣称其主张人类法律应当遵从的、社会秩序中隐含的自然原则,则无须进一步追问就可以推定他一定是同时信仰社会契约、权力分离、内省心理、自由放任和天赋权利。

这些观点的结合是多么偶然啊!这可以在让·埃斯卡拉(Jean Escarra)的著作《中国法律》中得到体现——通过对中国的两个主要法哲学学派的比较。^③这两个中国的学派

^① 《找寻自身的法律》(*The Law in Quest of Itself*) (1940) 85, n. 35.

^② 写出上文之后,我再次读到下述章节:“我认为,法官承担修复法律的责任是不可取的。那并非他们的职责范围。实际上,准确的原因是我坚信,即便在与我们的法律在多方面存在差异的法律统治之下,世界仍将一样美好;我还坚信,我们对特殊代码的尊重的主张仅仅因为它存在,即因为我们对其已经习惯,而非因其代表一项永恒原则。我对允许否决一项先例持懈怠态度……”霍姆斯:《科学中的法律与法律中的科学》(*Law in Science and Science in Law*),载《法学论文选集》(*Collected Legal Papers*) (1920) 210, 239.

^③ (1936) 第一章和第二章,以及各处。