



上海三联法学文库

文库主编

贺卫方

自然法的观念史 和哲学

[德] 海因里希·罗门 著
姚中秋 译

THE NATURAL LAW:
A STUDY IN LEGAL AND SOCIAL
HISTORY AND PHILOSOPHY

by Heinrich A. Rommen



上海三联书店

自然法的观念史 和哲学

THE NATURAL LAW:
A STUDY IN LEGAL AND SOCIAL HISTORY
AND PHILOSOPHY
by Heinrich A. Rommen

[德] 海因里希·罗门 著
姚中秋 译



上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

自然法的观念史和哲学 / (德)海因里希·罗门著;姚中秋译.

—上海:上海三联书店,2007.5

(上海三联法学文库)

ISBN 978-7-5426-2546-5

I. 自… II. ①罗…②姚… III. 自然法学派—研究

IV. D909.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 053018 号

自然法的观念史和哲学

著 者/[德]海因里希·罗门

译 者/姚中秋

责任编辑/王笑红

装帧设计/贺维彤 鲁继德

监 制/李 敏

责任校对/张大伟

出版发行/上海三联书店

(200031) 中国上海市乌鲁木齐南路 396 弄 10 号

<http://www.sanlian.com>

E-mail: shsanlian@yahoo.com.cn

印 刷/上海市印刷四厂有限公司

版 次/2007 年 5 月第 1 版

印 次/2007 年 5 月第 1 次印刷

开 本/640×960 1/16

字 数/400 千字

印 张/20

ISBN 978-7-5426-2546-5

D·108 定价 32.00 元

上海三联法学文库序

这是一套以翻译作品为主的法学丛书。关注法律出版的人们都知道,在过去的十多年间,法律翻译作品的出版差不多达到了百年来的一个高潮。无论是综合性的如“外国法律文库”(中国大百科全书出版社)、“当代法学名著译丛”(中国政法大学出版社)、“世界法学译丛”(北京大学出版社)、“世界法学名著译丛”(上海人民出版社),还是专题化的如“宪政译丛”(北京三联书店)、“宪政经典”(北京大学出版社)、“公法名著译丛”(商务印书馆),以及以国别为依据者如“美国法律文库”(中国政法大学出版社)、“当代德国法学名著”、“法国现代法学名著译丛”(均为法律

出版社),甚至某个学者自成系统者如朱苏力教授主持的“波斯纳文丛”……林林总总,蔚为大观。这种法学的大规模“进口”对于开阔学界视野、深化法律教育和学术研究以及推进法治建设的意义是不言而喻的。

不过,仔细观察,尽管数量不少,但是法律译著的选题品种却仍有其缺陷。最突出的一点是,大多是一些理论和学术色彩较重的作品。由于致力于经典、名著的引进,选材不免惟学理高深者是取,这样,那些贴近社会生活的、具有相当人文色彩的作品就不多见了。偶尔有几本也由于选目不当或翻译粗劣而不能形成气候甚至败了读者的胃口。这种情况不仅导致法学译著的读者面的狭窄,而且也会带来相当的误导,人们会以为这就是外国的法学和法律的全貌。甚至对于那些试图打探门径、有所取益的行外学者读到这样的书也往往望而生畏、如坠五里雾中。法治建设应该是一项全社会的事业,如果没有其他领域的人士和国民的广泛参与,靠法律界孤军奋战,难有成效也是必然的。

或许,这种情况与人们过多看重法学本身的科学性或专业化有关。实际上,作为一门与社会生活联系紧密的学科,法学在其演进过程中一直是与人心和人生息息相关的,而且也一直在各种不同学科的知识和方法里得到必要的滋养。虽然自古罗马开始,就出现了专门的法学家阶层,法学的专业化也意味着它与其他学科的分离,但是,斯多葛哲学在罗马人的法律思考里留下了深深的印记。按照伯尔曼的见解,基督教为西方的法律传统奠定了神学基础。作为一门以解决纠纷、塑造良好社会秩序为目标的学问,法学一直与修辞学有着紧密的关联,甚至晚近的法律与文学运动还力倡法律就是一种文学(law as literature),因此要研究法律和法学中的叙事和修辞(narrative and rhetoric in the law),看看那些法律人是如何打着法律解释或法律推理的旗号说故事的。尽管这样的主张推到极致不免会伤害法律以及法学所追求的确定性,不过,它们还是提醒我们更全面地看待法学,不要忽略这门学科浓厚的人文色彩。

幸赖上海三联书店支持,我们能够组织这样一套富于人文色彩的法学丛书,力求在推进法学的多视角观察上有所贡献。我们会注重对于一些古典著作的挖掘,以全面地展现不同历史时期法学发展的重要篇章。为了便利当代读者理解这些经典著作之于今天的意义,当代学者对于古典著作所作的研究也是丛书选题的重点。我们将着重挑选一些有助于读者理解法治得以孕育和成长的社会文化环境的作品,例如研究最早将法学作为大学教授对象的博洛尼亚大学、英国律师会馆(Inns of Court)这样独具特色的法律教育机构的著作等。另外,著名法学家的传记最能够帮助我们理解那些法律人的心灵、情感和周遭环境,及其与特定学说和思想之间的关联,自然也是我们选题的侧重点。总之,一方面注重过去相对边缘化的人文取向的作品,追求丛书的独特性,另一方面,也保持相当的开放性,兼容并包,让丛书成为一个持续生长的百花园。开放性也意味着尽管在起始阶段以译著为主,不过在风格旨趣上相近的自家学人著作也是我们所乐于收入的。

上海三联书店一贯注重出版物的品质,包括翻译作品的质量。近年来法律译著行情看好,不少出版社竞相出版,一些不具翻译能力的人士也率尔操觚,个别译著甚至误译连篇,可以不夸张地说构成了对原著的践踏。令人欣慰的是,这套丛书筹划之初便得到了法学界一些翻译高手的支持,尤其是几位虽然年轻却有着翻译上喜人成就的学者,他们的加盟为这套丛书的品质提供了坚实的保证。

自己虽然有过一些翻译的经验,也曾参与过一些丛书的组织,不过由于能力和视野上的局限,主持这样一套丛书还是有些诚惶诚恐。很希望学界先进能够不吝赐教,提供选题建议,对于已经出版的作品提出批评,从而让这样的文化事业获得光大的动力。

贺卫方

2005年12月10日

翻译说明

人类要享有秩序，进而享有一种自由的秩序，必须接受法律的管束；但是，法律何以对人具有约束力，这是一个永恒的问题。人类始终在追寻法律之上、之外给予法律以效力的那种力量。自然法传统就是这种努力的一种思想成果，在西方，自然法形成了一个非常丰厚的传统，影响了历史上一切重要任务对于政治与法律的思考，而国内对此紹介不多，遑论精深研究。本书之翻译，或可有助于从事法律、政治研究的学生、学者初步了解西方自然法思想的传统。

该书英文本出版，正逢自然法在美国复兴之时，作者罗门（1897—1967）作为新托马

2 自然法的观念史和哲学

斯主义者,当时相当活跃。本书因其内容系统而简明扼要,十分适合于作为了解自然法、尤其是新托马斯主义自然法传统的门径。美国乔治敦大学政府系教授 James V. Schall, S. J. 开列的论述自然法的11本最重要著作(见 <http://www.georgetown.edu/faculty/schallj/7.htm>), 第一本就是本书。

为便于读者进一步了解自然法,这里也列出其余10本著作的名字:

2) 伊夫·西蒙,《自然法的传统: 哲学家的思考》Yves Simon, *The Tradition of Natural Law: A Philosopher's Reflections* (New York: Fordham, 1965)

3) 约翰·菲尼斯,《自然法与自然权利》John Finnis, *Natural Law and Natural Right* (New York: Oxford, 1980)

4) 亨利·维亚奇,人权:《事实还是幻想?》Henry Veatch, *Human Rights: Fact or Fancy?* (Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1985)

5) 拉塞尔希·丁格尔,《对新自然法理论的批评》Russell Hittinger, *A Critique of the New Natural Law Theory* (Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1987)

6) 巴奇祖斯基,《铭刻在心: 为自然法辩护》J. Budziszewski, *Written on the Heart: The Case for Natural Law* (Downer's Grove, IL.: Inter Varsity Press, 1997)

7) 艾利斯·桑多斯,《法治的治理: 政治理论、宗教和美国建国》Ellis Sandoz, *A Government of Laws: Political Theory, Religion, and the American Founding* (Baton Rouge: Louisiana State, 1990)

8) 哈德利·阿克斯,《超越宪法》Hadley Arkes, *Beyond the Constitution* (Princeton: Princeton University Press, 1990)

9) 雅克·马里坦,《人的权利与自然法》Jacques Maritain, *The Rights of Man and the Natural Law* (San Francisco: Ignatius Press, 1986)

10) 爱德华·考文,《美国宪法的“高级法”背景》Edward S. Corwin, *The 'Higher Law' Background of American Constitutional Law* (Ithaca: Cornell, 1961)

11) 查尔斯·赖斯,《自然法十五问:它是什么及我们为什么需要它》Charles Rice, *Fifty Questions on the Natural Law: What It Is and Why We Need It* (San Francisco: Ignatius Press, 1993)

书末收入一个更全面而权威的文献书目,对于进一步研究自然法思想十分有益。

本书1936年在德国以德文出版 *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts* (Leipzig: Verlag Jakob Hegner, 1936); 1946年出版英文本 Heinrich Rommen, *The Natural Law: A Study in Legal and Social History and Philosophy* (St. Louis: B. Herder, 1946)。但译者所依据的则是自由基金会的重印本: 本书译自 Heinrich A. Rommen, *The Natural Law: A Study in Legal and Social History and Philosophy* (1936), trans. Thomas R. Hanley, ed. Russell Hittinger (Indianapolis: Liberty Fund, 1998)。

感谢何安耐 (Rainer Heufers) 先生热情地联络版权, 也感谢 Liberty Fund 慷慨地免费授予中文翻译版权。感谢贺维彤先生、毕竞悦女士安排本书的出版事务。

本书的英文原文可在 Liberty Fund 维护的自由在线图书馆网站 (<http://oll.libertyfund.org>) 上免费阅读。引用本书时请查阅原文。如果您发现本书翻译存在任何错误、疏漏、疑问, 欢迎与译者联络 (qiufeng@sinoliberal.com)。

姚中秋

2006年11月底

导 论

海因里希·罗门在美国的名声来自于他的两本被人广泛阅读的政治哲学著作：《基督教思想中的国家：论政治哲学》(*The State in Catholic Thought: A Treatise in Political Philosophy*, 1945) 和《自然法》(*The Natural Law*, 1947)；人们也知道，他是乔治敦大学教授（1953-1967年）。然而，罗门在1938年逃出第三帝国到达美国之前，既不是学者，也不是大学教授，而是一位接受过民法与教会法训练的执业律师，在魏玛共和国瓦解和纳粹党崛起期间，投入其相当大的精力从事基督教社会活动。那两本让他在美国获得学术荣誉的著作，是在德国，在从事法律与政

2 自然法的观念史和哲学

治工作之余写作的，也因为那两本书，他被纳粹监禁。^{〔1〕}

尽管《自然法》这本书在好几个学术专业领域（法律、哲学、历史和神学）显示出了作者的博学，但这本创作于这位律师之手的作品，旨在对一场政治和法律危机做出回应。^{〔2〕} 作为一位从事实务的律师，罗门警惕地看着纳粹党娴熟地运用德国的立法、行政和司法机构实施其极权主义统治。他评论说，“我们现代的独裁者是合法化的大师。”^{〔3〕} 得出结论，“希特勒的目标不是革命，而是按民主的形式程序合法地攫取权力。”

据说，每一代人都会找到研究自然法的新理由。在罗门和他的很多同代人看来，极权主义就是一个很好的理由。^{〔4〕} 他曾在其论述国家的那本书中说，“如果某种相对主义（relativist）理论成为一个极权主义国家的基础，那就会激发人们把自己从悲观主义的顺服——这是这些相对主义理论的必然特征——中释放出来，并回归他的原则。”^{〔5〕} 罗门的著作是激于德国法律专业人士的景象而写作的，这些人士接受的是实证法的细枝末节的训练，而根本无力对他所说的“阿道夫法学”（Adolf Légalité）^{〔6〕} 做出回应。

什么导致了勇气的丧失，甚至导致了道德视角的丧失？罗门指出，这些人有下面的一种幻想：法律机构就足以充当抵制粗陋的权

〔1〕 *Der Staat in der katholischen Gedankenwelt* (1935) and *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts* (1936).

〔2〕 尽管广泛地参考了众多伟大的哲学家和法学家的著作，但罗门的原文并不包括注释。现在的注释是后来由英文本译者加上去的。

〔3〕 *The State in Catholic Thought: A Treatise in Political Philosophy* (St. Louis: B. Herder, 1945), p. 212 (后面简称 SCT).

〔4〕 《自然法》的德文原书名 *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts* 可直译为“自然法永恒的回归”（*The Eternal Return of the Natural Right*）。

〔5〕 SCT, p. 48.

〔6〕 SCT, p. 212. 关于纳粹法律体系的最新研究，参看 Ingo Müller, *Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich*, trans. D. L. Schneider (Cambridge: Harvard University Press, 1991)。

力之治的防波堤,仿佛一个实证法体制可以自己照料自己,只需要合格的专业人员监督即可。“他们忘记了一个事实:法律机构本身可以成为法律之外权力斗争的目标。谁不知道,在一个国家中,法院或法官本身要受制于权力的斗争,要在互相矛盾的社会理想的公众宣传中展示自己?”〔7〕

读者将会发现,罗门是法律实证主义无情的批评者。他区分了两种不同的实证主义。〔8〕第一种他称为世界观的实证主义(world view positivism)。世界观的实证主义者主张,人定法只是暴力的一种投射——这接近于说,法律的力量是一位主权者的命令;但是,归根到底,主权者的指令体现的是自然、历史或阶级的力量。如果说世界观的实证主义者是从形而上的、科学的或意识形态的角度谈论法律,那么,第二种实证主义则是方法论的,其追随者致力于表面上看起来更为中庸的研究纲领,他们把法律描述为其实际状态,而不诉诸形而上学甚至道德的分析。

重要的是注意到,罗门并不全然地批评方法论的实证主义。他也承认,所谓的分析法学可能是精细的、细致的。〔9〕不管怎样,律师得研究法律之实然——包括制成法汇编,司法指令集和国家的政策。但是,把法律的道德断定(好、坏、公道、不公道)从实证法的法学中打发走,而完全归之于伦理学——尽管两者只是分立的而不存在绝对的区别,这样的方法论的实证主义者一不小心就可能变成世界观的实证主义者。在德国,法律专业界对于实证法的道德基础和目标的“陈腐的不可知论”,就让他们面对国家社会主义时,在知识上没有一点防备。〔10〕

在《自然法》中,罗门追溯了这种“陈腐的不可知论”的历史

〔7〕 SCT, p. 718.

〔8〕 本书p. 115.

〔9〕 本书p. 141.

〔10〕 本书p. 118.

4 自然法的观念史和哲学

与哲学源头。他希望揭示，宪法民主制度之塌毁就是怀疑论与不可知论的后果，而它们本身又是混乱哲学的文化产物。宪政民主的事业遭受了哲学过失之害，这种想法不仅是罗门给我们的一个教训，也见之于别的由欧洲流亡到美国的有影响人士的思想中。就在罗门达到美国那一年（1938年），另外三位重要人士也流亡到美国：法国政治理论家伊夫·西蒙（Yves R. Simon），奥地利法律哲学家埃里克·沃格林（Eric Voeglin）和德国哲学家列奥·斯特劳斯（Leo Strauss）。本世纪最著名的基督教思想家雅克·马里坦（Jacques Maritain）也于1940年到达纽约，一年后汉娜·阿伦特（Hannah Arendt）也到美国。这些流亡知识分子向美国人解释了欧洲的问题，也提议美国人自己解释自己的问题。

从1930年代后期始，一直到1950年代，对自然法的兴趣出现了复兴，这种复兴几乎完全对应于那些逃离混乱欧洲的知识分子在美国的学术事业。这些流亡者超乎寻常的才能几乎立刻被人们认识到。因而，他们能够引领美国人接触一种更多地以经典为导向的哲学，并教授出新一代的法律与政治哲学研习者，在美国学派长期遗忘的领域中提出问题并寻找答案。可以说，他们把美国各大学的政治科学系从实证主义和行为主义中救了出来。

海因里希·罗门先在一家基督教小学院任教，随后成为乔治敦大学的系教员。欧洲其他流亡者大多数集聚在三所大学。纽约市社会研究新校（New School for Social Research）校长阿尔文·约翰逊（Alvin Johnson）博士聘请了列奥·斯特劳斯、汉娜·阿伦特等在欧洲接受训练的社会理论家。在芝加哥大学，社会思想委员会（Committee on Social Thought）的罗伯特·哈钦斯、摩蒂默·阿德勒和约翰·内夫（Robert Hutchins, Mortimer Adler, and John Nef）也聘请了欧洲人，其中包括西蒙，他是从圣母大学转道而来的，还有斯特劳斯和阿伦特。就在90英里以外，印第安纳州的南本德圣母大学校长约翰·奥哈拉（John F. O'Hara）开始打造被称为“外

籍军团”的教职工队伍。流亡者的大多数不是天主教徒就是犹太教徒。奥哈拉神父充分利用天主教的关系，在圣母学院建立了那个系。瓦尔德玛·居里安和F.A.赫尔曼（Waldemar Gurian and F. A. Hermans）于1937年到达圣母大学。尽管与马里坦和斯特劳斯相比，他们在流亡学者的群星中不是那么灿烂，但居里安和赫尔曼创建了《政治学评论》（*Review of Politics*），由此导致了《自然法论坛》（*Natural Law Forum*）（今天的《美国法理学学报》*American Journal of Jurisprudence*）之创建。^{〔11〕}这两份学报迅速成为天主教和犹太教流亡者的重要媒体。

因而，在短暂的5年时间，新校、芝加哥大学和圣母大学很怪异地成为姐妹机构。政治哲学被置于古代与中世纪的传统中、并以欧洲大陆特有的那种跨学科方法来研究。将这群思想家称为“保守主义者”，实属时代误置（anachronistic）。在其各自的欧洲背景中，他们拒绝了形形色色的19世纪浪漫主义，这些浪漫主义在19世纪末的欧洲构成了欧洲保守主义的主要成分。事后我们可以看到，如果没有这些欧洲人，美国保守主义思想运动的出现简直是不可设想的。他们的贡献当然很多，其中对于我们来说重要的是，他们唤起了关于自然法的持久辩论。

关于自然法问题，这些欧洲人到来时看到的是什么情形？答案是，在20世纪的头二三十年，美国思想家相对来说很少关注自然法。即便提到自然法，通常也是在法学理论背景下（而不是在哲学或政治哲学的背景下），即使这样，也是带着一种嘲笑或轻蔑的口吻。在其1918年发表的简短但却影响巨大的论文《自然法》中，小奥利弗·温德尔·霍姆斯称，“在我看来，那些相信自然法的法学家处于一种天真的精神状态，他们把他们自己和邻居所熟悉并接

〔11〕 居里安仍然留在德国，据说，他曾有一次哲学辩论过程中把法西斯法律哲学家卡尔·施密特推下几个台阶。

6 自然法的观念史和哲学

受的东西当作所有地方的所有人都会接受的东西”。^[12]

自然法和自然权利的观念影响了美国之立国，在1860年代也塑造了其重建，这是一个历史事实。尽管如此，美国学院学者和法学家 (jurisprudent) 通常都把自然法视为一种古老的形而上学幽灵——一种从关于自然和人心灵在其中位置的无聊哲学概念中推导出来的抽象物。在19和20世纪之交，受过教育的阶层思考“自然”时，不是按照古典概念，把自然视为各种目的的一种井然有序的宇宙，甚至也不是按照启蒙运动的理解，把自然视为确定的物理学的“自然规律”；相反，他们是按照这样那样的革命性方案设想自然的，人的心灵在其中实施创造性的、实用主义的调整。

与此同时，美国法律理论家和法学家也拒绝那种在英格兰和欧洲大陆的一些法律文化中形成的纯粹实证主义。^[13]这种实证主义承认，不论是单部法律还是作为一个整体的法律体系，可以简单地依据主权者的意志予以解释。因此，美国人对于法律规则的某种形式主义研究也不满意。但由于已经抛弃了古典的和近代的自然法理论，于是，美国法律大家在描述法律在法律之外的基础时，就被迫转向别的地方。像路易斯·布兰代斯 (Louis Brandeis) 那样鼓吹“社会学法学” (sociological jurisprudence) 的人士就要求法官不管“法律”的机械的和形式化的逻辑，而是参考经济与社会状况来阐释法律。尽管并未完全把法律降格为社会政策，但社会学法学已经在这个方向上迈出了第一步。包括卡尔·卢埃林、本杰明·卡多佐 (Karl Llewellyn and Benjamin Cardozo) 在内的法律现实主义者 (Legal realists) 则把这一看法推进一步，他们主张，法官造法 (ius

[12] Oliver W. Holmes, “The Natural Law” (1918), in *Collected Legal Papers* (New York: Harcourt, Brace and Howe, 1920), p. 312.

[13] P. S. Atiyah and R. S. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law* (Oxford: Oxford University Press, Clarendon Press, 1987). 该书比较了英国法与美国法，并强调美国人对形式主义不满。

facere) 而不只是发现法律 (ius dicere)。在他们看来, 在考虑了各种社会、经济与政治的事实后, 法官就可造出法律。因而, “法律现实主义” 这个标签传递了这样的一种认识: 正确地描述法律, 与其说是阐明法律学说的事情, 不如说是观察法官们在阐释和适用法律时、也在致力于形成社会政策时实际上在干什么的事情。

尽管人们可以怀疑这些法学学派把美国法律从实证主义的纠缠中拯救了出来, 但他们确实把法律描述为某种更复杂的、动态的东西, 而不只是主权者的命令; 至少这些法学学派暂时满足于尽力让实证法立足于某些别的东西之上而不是自身之中。这些理论是为那些对于形而上学真理持不可知论立场、但又情不自禁地热心于承担进步与社会改良之使命的人士量身定做的。

当然, 有一些引人注目的例外。爱德华·考文于 1928-29 年在《哈佛法律评论》上发表一系列文章, 最终结集为《美国宪法的“高级法” 背景》, 它们把美国宪法的理论和实践既追溯到英国普通法传统所蕴涵的自然正义观念, 更追溯到古代的自然法 (ius naturale) 概念中。但值得注意的是, 考文的著作在其于 1955 年结集为一本专著前, 影响不大, 而此时, 自然法已经呈现出复兴势头了。在 1930 年代初期, 查尔斯·海因斯的《自然法概念的复兴》(Charles Haines, *The Revival of Natural Law Concepts*, 1930) 和本杰明·莱特的《美国人对自然法的解释》(Benjamin Wright, *American Interpretations of Natural Law*, 1931) 也考察了自然法在美国法律中的角色。

不过, 考文、海因斯和莱特对于自然法的哲学背景都没有特别大的兴趣。与社会法学的鼓吹者和法律现实主义者一样, 他们所感兴趣的也主要是法官所做的事情。确实, 直到 1890 年代之前, 司法审查都没有多少理由启动关于自然法的辩论。举例来说, 在共和国初年所裁判的联邦案件中, 自然法的主题偶然曾经浮现, 即使当时只是间接出现。无可否认, 19 世纪的联邦法院确实面临着与奴隶制相关的自然正义问题。即便如此, 大多数联邦法官执行的是逃亡

奴隶条款的书面字句。^[14] 1857年裁决的德雷德·斯科特 (Dred Scott) 案也许是法官在裁决宪法案件时应当运用道德理论的辩论前兆,但这个问题由内战后的国会解决了。废奴主义者对自然法的热情在立法而非司法领域中找到了表达渠道。

考文、海因斯和莱特对自然法的兴趣是内战结束三十多年后发生的司法事件引起的。在1890年代,最高法院对于宪法第十四修正案的正当程序条款作出了一种新解释。正当程序这一保障性制度被赋予了“实体性”含义与目的,尤其是涉及财产与契约权利时。在接下来的二十多年中,联邦法院以这一“实体性正当程序”(substantive due process)为由撤销了数以百计的州法律。这一新法学的热心支持者与批评者都明白,联邦法院正在运用某种类类似于自然法推理的东西。^[15]

考文、海因斯和莱特程度不等地认可这一看起来像自然法初步“复兴”(这里借用海因斯的话)的现象,尤其是为了政府个人自由不受政府侵害。^[16] 但持有这一态度的人并不多,它当然也不算大学或法学院里的一场重要思想运动,更不要说在更广泛的公众中了。这一点不难解释。在那个时代,由司法机构发现自然权利,不仅被视为是反大众的,也被认为有悖于社会的改良。按其鼓吹者的看法,这些新发现的权利被看作个人经济自由的防波堤,可以抵御

[14] 关于内战前共和国法官的行为,参见Robert M. Cover, *Justice Accused: Antislavery and the Judicial Process* (New Haven: Yale University Press, 1975)。

[15] 即使到了今天,“自然法”通常也是指上诉法官在解释和适用法律时所使用的某种道德理论,比如,可参见John Hart Ely, *Democracy and Distrust* (Cambridge: Harvard University Press, 1980)。

[16] 考文写道,“被赋予制成法的形态,并通过司法审查予以实施,高级法带着一种重新焕发出来的青春活力,又进入了其历史上又一个伟大时期,自优士丁尼时代以来法律事业最富有成果的时代。”见The “Higher Law” Background of American Constitutional Law (Ithaca: Cornell University Press, 1955), p. 89。