

[英]雷蒙德·瓦克斯 著
(Raymond Wacks)

杨天江 译

法读
理懂
学

Understanding
Jurisprudence

读懂 法理学

Dudong Falixue

[英]雷蒙德·瓦克斯 著
(Raymond Wacks)

杨天江 译

© Raymond Wacks 2012

"UNDERSTANDING JURISPRUDENCE: AN INTRODUCTION TO LEGAL THEORY, THIRD EDITION" was originally published in English in 2012.

This translation is published by arrangement with Oxford University Press."

著作权合同登记号桂图登字：20-2014-145 号

西南政法大学法理学国家精品资源课共享平台

图书在版编目（CIP）数据

读懂法理学 / （美）瓦克斯著；杨天江译．—桂林：
广西师范大学出版社，2016.7

（读懂法理学）

书名原文：Understanding Jurisprudence:An Introduction to Legal Theory,3ed
ISBN 978-7-5495-8106-1

I. ①读… II. ①瓦…②杨… III. ①法理学
IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2016）第 090965 号

广西师范大学出版社出版发行

（广西桂林市中华路 22 号 邮政编码：541001）
网址：<http://www.bbtpress.com>

出版人：张艺兵

全国新华书店经销

长沙鸿发印务实业有限公司印刷

（湖南省长沙县黄花镇黄垅村黄花工业园 3 号 邮政编码：410137）

开本：720 mm × 960 mm 1/16

印张：38 字数：600 千字

2016 年 7 月第 1 版 2016 年 7 月第 1 次印刷

印数：0 001~7 440 册 定价：78.00 元

如发现印装质量问题，影响阅读，请与印刷厂联系调换。

iHuman

新民說

— 成为更好的人 —

序 言

掩卷思之,自本书雏形初具业已二十五载有余,这着实令人难以置信。尽管篇幅陡增一倍,但目标依旧:为一门经常给学生带来困惑甚至焦虑的学科提供清晰的向导。遥想当年,该学科迫切需要某种“急救”,当前状况依然如故。时光荏苒,作为法理学教师,我从业已有三十载之久,其间辗转于三个不同的法域任教。有鉴于此,遂生自信:可以抚平这一重要学科所带来的某些痛苦。于是,我在书中特别挑出了那些似乎最令人痛苦的理论或其构成要素,并尽可能用最容易理解的方式澄清它们。这是本书矢志不渝的目标。因此,我将根据具体问题的难易程度,或者它在其他文献中得到研究的充分程度,为其分配相应的篇幅。

这是一个关键点。大家手中的这部作品并不是传统意义上的教科书。我也不打算用它取代它的脚注和章后扩展阅读部分所频繁援引的那些原始材料。正如我在本书第一版中所宣布的:把学生引到正确的方向,避免不必要的模糊、困惑和弯路,这是高于一切的目标。而且,书中选取的论题通常反映着各所法学院和大学所开设的课程,主要涉及普通法法域,当然还有某些民法法系的国家。

令我倍感荣幸的是,来自众多法学院的杰出法理学教师群体为本书提出了周详的意见和建议。他们精细的评论之于本书新版的准备极具价值。我认真地思考了他们的所有建议,并且采纳了其中的大部分内容。可以肯定地说,这极大地提升了这部作品的质量。我希望记录下对他们的感谢之情,另外,还需

要向罗纳德·德沃金(Ronald Dworkin)、斯蒂芬·盖斯特(Stephen Guest)和斯科特·夏皮罗(Scott Shapiro)致以特别的谢意!最后,文责自负,自不待言。

许多读者都对本书不吝溢美之词,唯愿这份过誉能顺理成章地延续到那些对本版投注精力的学生和老师身上。

最后,我要深深地感谢牛津大学出版社的艾比·奈尔姆斯(Abbey Nelms)和基兹·泰勒-黎塞留(Kizzy Taylor-Richelieu),还有乔伊·拉斯金-汤普金斯(Joy Ruskin-Tompkins)和林恩·艾奇逊(Lynn Aitchison),正是他们的娴熟工作帮助并促进了本项事业的成就!

雷蒙德·瓦克斯

第一版序言

本书的写作过程不乏生趣,莉莉和威利常常透过书房的窗户朝我张望。这些鸽子充满灵性,它们极为好奇地盯着电脑屏幕上闪过的字符。而在花园深处,每当我坐下来进行校对时,那些大胆的母鸡就会对已经修正的页码表现出同样明显的关注。一天下午,鲁比跳上书桌,在“德沃金”上留下了一个吻痕,而“科尔曼”却得到了两个。虽不知道她这是在告诉我什么,但我敢说这种鸟类的热情远远超出了许多抱持实用主义态度的法学院学生,当然这些学生也许是对的,因为严格来说,法理学是为鸟类准备的。

然而,我并不希望如此。法律的概念位于我们社会和政治生活的核心。法理学阐明这一概念以及它与正义、权利和道德等普遍问题之间的关系,并且分析我们法律体系的目的和性质,以及法庭、律师和法官所作的实践。我也是这么告诉学生的。然而,通常只有当他们已经学完了法理学,甚至连那些最为倒霉的学生都开始意识到的时候才会知道它的回报是多么的丰厚!他们就是这么告诉我的。显然,毫不夸张地说,在拥挤的课程设置当中,法理学是难得的能够对法律和法律体系进行系统思考和批判分析的科目。如果得到恰当的引导和鼓励,即使是最顽劣、最关注职业问题的学生也会培养起对法理学的真正兴趣,甚至爱上法理学!

但是,这却诱发了一个值得注意的难题。除了职业的法学家,或者某些天赋异禀又心无旁骛的学生,法理学的很多文献对大多数人来说还是过于厚重和晦涩。因此,既要提供这种引导和鼓励,同时又不失法律理论的隐微和精妙,将

是本书的主要目标。在写作这些内容的时候,那些常年累月饱受折磨的学生的一张张充满疑惑的,甚至间或流露出迷茫的面孔,在我的脑海中不时浮现。

法理学的教师们对于这门学科在学生心目中的地位,或者它在法学院课程当中的等级,已经不抱什么希望了!它在许多普通法法域曾经一度位居必修课的序列,然而在我们这个反权威的时代它已经沦为寒碜的选修课了。但令人费解的是,美国的许多大学生并未从他们的教授所擅长的学科中受益。这是对哲学犯下的罪过!如果本书所采取的方法能够为扭转这种恶性趋势略尽绵薄之力,吾愿足矣!

毋庸置疑,法理学是一门要求很高的学科。要是坐等那些庸人去竭力提炼或者阐明它的主要问题,可能潜藏着若干危险。其实一开始从事这项不那么明智的工作,我就对这些危险有所觉察。但是,同事和朋友们热切的鼓励和指导让我变得异常坚定。他们都足够宽容,尽力克制着对我本项工作的疑虑,期待我识别并解开那些被我挑选出来进行分析的神秘之物。当我害怕自己所承担的工作难以应付从而变得毫无希望时,正是这点一直支撑着我继续前行。

在创作过程中,我不可避免地会借用这项研究的早期作品以及其他已经出版的作品(在后面“致谢”部分列举)。就前者而言,我很荣幸地得到了罗杰·科特瑞尔(Roger Cotterrell)、德沃金、约翰·菲尼斯(John Finnis)、尤金·卡门卡(Eugene Kamenka)、凯瑟琳·奥多诺万(Katerine O'Donovan)、约瑟夫·拉兹(Joseph Raz)和已故的爱丽丝·泰伊(Alice Tay)不辞辛劳的宝贵意见。就后者而言,我也因此正当地欠下了其他的债。我的朋友和同事们一直以来都如此宽容,纵容我利用那些关于法律理论和隐私的作品,以试图讲清我在本书之中所思考的问题。他们经年如此,不断地提供着慷慨的鼓励和帮助,或者暗示出我犯下的许多错误(大多数都是合理的)。对此我受惠颇深,这里最应该感谢米克·贝尔森(Mick Belson)、柯林·班尼特(Colin Bennett)、皮特·博克斯(Peter Birks)、迈克尔·布莱恩(Michael Bryan)、汤姆·坎贝尔(Tom Campbell)、

安·卡沃基安(Ann Cavoukian)、陈弘毅(Albert Chen)、约翰·杜加特(John Dugard)、大卫·戴岑豪斯(David Dyzenhaus)、约翰·伊科拉尔(John Eekelaar)、大卫·弗莱厄蒂(David Flaherty)、迈克尔·弗里曼(Michael Freeman)、吉姆·哈里斯(Jim Harris)、迈克尔·海耶斯(Michael Hayes)、阿兰·亨特(Alan Hunt)、埃里森·卡恩(Ellison Kahn)、迈克尔·柯尔比(Michael Kirby)、李莫尼(Monnie Lee)、埃迪·莱翁(Eddie Leung)、尼尔·麦考密克(Neil McCormick)、阿利斯泰·麦奎因(Alistair MacQueen)、大卫·麦阔伊德-梅森(David McQuoid-Mason)、罗达·莫什卡特(Roda Mushkat)、斯蒂夫·内桑森(Steve Nathanson)、查尔斯·拉布(Charles Raab)、梅根·理查德森(Megan Richardson)、迈克尔·罗伯逊(Michael Robertson)、沃伊切赫·萨德斯基(Wojciech Sadurski)、希瑟·萨沃德(Heather Saward)、斯科特·夏皮罗、杰米·史密斯(Jamie Smith)、尼科·斯泰特勒(Nico Steytler)、皮特·韦斯利-史密斯(Peter Wesley-Smith)、大卫·伍德(David Wood)。如果我有所过犯,他们都不构成共犯,这自不待言。

出版社负责召集了一个独立小组审阅我的书稿,其成员都是来自大西洋两岸著名的法律学者。不用说,我当然迅速采纳了他们的许多宝贵建议。而且,由于并不知晓他们的具体身份,我完全可以毫无顾虑地让这些匿名的个人单独或者共同为后文承担责任。

在每个章节的结尾处我都提出了一些问题,这么做主要是想达到三个目标:第一,归纳出前面所分析的每个领域的核心难题;第二,为研讨会或学习小组的讨论和思考提供素材;第三,希望能够帮助学生提升考试成绩或者其他形式的评估成绩。其中大多数问题都是从我在香港大学的学生所必须忍受的课堂材料、问答题和考试卷中“借”来的。感谢香港大学法学院授权我在此处使用它们。

感谢牛津大学出版社的工作人员,是他们帮助我把这项工程从我的头脑中通过电脑屏幕转移到纸面上。在此也需要特别感谢安吉拉·格里芬(Angela

Griffin)、萨拉·海兰(Sarah Hyland)、梅兰妮·杰克逊(Melanie Jackson)、凯瑟琳·科诺特(Catherine Kernot)、萨拉·纳特拉斯(Sarah Nattrass)、尼古拉·雷恩博(Nicola Rainbow)和佩内洛普·沃尔夫(Penelope Woolf)(他们向我施压承担这项工程)。

如果没有我的夫人佩内洛普·瓦克斯(Penelope Wacks)的爱护、耐心和支持,我是无法完成它的(她曾劝我不要承担这项工程)。我对她万分感激,因为她的付出无以言表。

这是一部无愧于学生的作品。然而,它并不是一部教科书。在选择主题时,我的考虑非常简单,它需要反映出普通法世界大多数法理学课程可能教授的内容。毫无疑问,很多主题都不得不予以省略,因此,本书既不可能全面也不可能详尽无遗。我从未打算用它取代书中通篇援引的那些著作和文章,那是所有认真的同学都愿意翻阅的对象。我的主要原则是把学习法理学的同学引到正确的方向上,避开不必要的弯路、困惑和阻碍——这与我的那些目光敏锐的鸽子并无二致。

雷蒙德·瓦克斯

2004年10月

统计表

2.1 阿奎那关于四类法的划分	022
4.1 基础规范与承认规则之对比	161
7.1 庞德与埃利希之比较	282
7.2 韦伯的内在法律类型学	289
7.3 韦伯的法律演进类型学	290
7.4 韦伯对法律和正当性的分析	293
7.5 资本主义和社会主义之权利对比	312
7.6 哈贝马斯:现代主权形式	320
9.1 罗尔斯的损益表	376
10.1 霍菲尔德的“法律关系”图式	395
14.1 男女二元论	511
14.2 黑人与白人之形象对比	526

图形表

3.1 奥斯丁的法理学之范围	110
----------------	-----

致谢

承蒙惠准使用以下材料,在此深表感谢:

牛津大学出版社

雷蒙德·瓦克斯:《隐私权与出版自由》(*Privacy and Press Freedom* [London:Blackstone Press,1993]),第21—34页。

理查德·诺布尔斯(Richard Nobles)、大卫·席夫(David Schiff):《关于自然法的辩论:法律实证主义的出现》(*Debating with Natural Law: The Emergence of Legal Positivism*),载詹姆斯·彭纳(James Penner)、大卫·席夫和理查德·诺布尔斯主编,《法理学与法律理论导论:材料与评论》(*Introduction to Jurisprudence and Legal Theory: Commentary and Materials* [Oxford:Oxford University Press,2002])。本书第110页的表3.1改编自该书第106页的图表。

香港大学出版社

雷蒙德·瓦克斯:《法官有道德责任吗?》(*Are Judges Morally Accountable?*),收录于雷蒙德·瓦克斯《法律、道德与隐私领域》(*Law, Morality, and the Private Domain* [Hong Kong:Hong Kong University Press,2000]),第99—111页。

雷蒙德·瓦克斯:《动物有道德权利吗?》(*Do Animals Have Moral Rights?*),收录于雷蒙德·瓦克斯《法律、道德与隐私领域》(Hong Kong:Hong Kong University Press,2000),第153—157页。

雷蒙德·瓦克斯:《“人权”能够延续吗?》(*Can “Human Rights” Survive?*), 收录于雷蒙德·瓦克斯《法律、道德与隐私领域》(Hong Kong: Hong Kong University Press, 2000), 第179—209页。

雷蒙德·瓦克斯:《为科学而牺牲:能为动物实验进行道德辩护吗?》(*Sacrificed for Science: Are Animal Experiments Morally Defensible*), 收录于戈霍尔德·贝克尔(Gerhold K. Becker)主编、詹姆斯·布坎南(James P. Buchanan)副主编《改变自然进程:生物科技的伦理挑战》(*Changing Nature's Course: The Ethical Challenge of Biotechnology* [Hong Kong: Hong Kong University Press, 1996]), 第37—57页。

雷蒙德·瓦克斯:《一个国家两项基础规范? 基本法与基础规范》(*One Country, Two Grundnormen? The Basic Law and the Basic Norm*), 收录于《香港、内地与1997:法律理论论文集》(*Hong Kong, China and 1997: Essays in Legal Theory* [Hong Kong: Hong Kong University Press, 1996]), 第151—183页。

Sweet & Maxwell Asia 与《香港法学杂志》

雷蒙德·瓦克斯:《评迈克尔·摩尔的〈伦理与法律之中的客观性〉》(Review of Michael Moore, *Objectivity in Ethics and Law* [Aldershot: Dartmouth, and Burlington, VT: Ashgate, 2004]), 载(2004) 34 *Hongkong Law Journal*, 第429—432页。

Editions Rodopi BV

雷蒙德·瓦克斯:《法官与道德责任》(*Judges and Moral Responsibility*), 收录于萨德斯基(Sadurski)主编《法律理论的伦理维度》(*Ethical Dimensions of Legal Theory*), “波兹南人文社科研究系列”(Poznan Studies in the Philosophy of the Sciences and Humanities) (Amsterdam: Rodopi, 1991), 第111—129页。

Franz Steiner Verlag

雷蒙德·瓦克斯:《法律帝国:法官、真理和道德责任》(*Law's Umpire: Judges, Truth, and Moral Accountability*),收录于皮特·科勒(Peter Koller)和安德烈-让·阿诺德(André-Jean Arnaud)主编《法律、正义与文化》(*Law, Justice, and Culture* [Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1998]),第75—83页。

Palgrave Macmillan

阿兰·亨特:《法律的社会学运动》(*The Sociological Movement in Law* [London: Macmillan, 1978])。本书第290页表7.3和第293页表7.4改编自该书第107、109页图表。

要 目

序言	001
第一版序言	001
图表说明	001
致谢	001
1 导论	001
2 自然法与道德	016
3 传统法律实证主义	095
4 现代法律实证主义	128
5 德沃金与法律的道德整全性	197
6 法律现实主义	243
7 法律与社会理论	273
8 历史法学与法人人类学	330
9 正义理论	357
10 权利	393
11 为什么要守法?	447
12 为什么要惩罚?	457
13 批判法律理论	473
14 女性主义与批判种族理论	503
15 被理解的法理学?	533
词汇表	537
索引	543
《读懂法理学》译后记	585

目 录

序言	
第一版序言	
图表说明	
致谢	
1 导论	
1.1 一剂止痛药? 002	
1.2 阅读文献 004	
1.3 为什么研究法理学? 007	
1.4 描述的、规范的和批判的法律理论 009	
1.5 吃人有错吗? 011	
1.6 法律理论的意义 014	
2 自然法与道德	
2.1 经典自然法理论 018	
2.1.1 柏拉图与亚里士多德 018	
2.1.2 阿奎那 020	
2.2 现代自然法理论 026	
2.3 政治哲学中的自然法理论 028	
2.3.1 霍布斯 029	
2.3.2 洛克 032	
2.3.3 卢梭 034	
2.4 自然法理论的式微 035	
2.5 自然法理论的复苏 037	
2.6 菲尼斯 039	
2.7 强硬的与温和的自然法理论? 045	
2.8 道德实在论 047	
2.9 批判 050	
2.10 法律与道德 052	
2.10.1 自然法理论与法律实证主义 053	
2.10.2 哈特与富勒 056	
2.10.3 哈特与德富林 059	
2.11 司法的道德性:个案研究 067	
2.11.1 道德问题 068	
2.11.2 语义问题 069	
2.11.3 公共抑或私人道德? 074	
2.11.4 法官的职责 076	

2.11.5 法官的选择	078	4.2 哈特	131
2.11.6 法官的屈服	082	4.2.1 作为法律实证主义者的哈特	131
2.11.7 法官与律师	085	4.2.2 法律与语言	133
3 传统法律实证主义		4.2.3 作为规则体系的法律	134
3.1 什么是法律实证主义?	096	4.2.4 社会规则	135
3.1.1 法律实证主义不是什么	098	4.2.5 次级规则	136
3.2 边沁:法理学的路德?	100	4.2.6 承认规则	138
3.2.1 寻找确定性	103	4.2.7 法律体系的存在	143
3.2.2 法官行当	105	4.2.8 “内在观点”	144
3.2.3 法典编纂	105	4.2.9 司法功能	145
3.3 奥斯丁:轻率的经验论者?	108	4.2.10 “描述性社会学?”	145
3.3.1 令式	109	4.2.11 批判	148
3.3.2 准确意义上的法	109	4.3 凯尔森	148
3.3.3 法律与权力	111	4.3.1 纯粹的法律	150
3.4 边沁与奥斯丁之比较	112	4.3.2 规范等级	154
3.4.1 他们的总体思路	112	4.3.3 基础规范	155
3.4.2 法之定义	114	4.3.4 效力、实效与革命	162
3.4.3 命令	115	4.3.5 国际法	166
3.4.4 主权	119	4.3.6 凯尔森与康德	171
3.4.5 制裁	123	4.3.7 民主与法治	174
4 当代法律实证主义		4.3.8 批判	176
4.1 奠基	129	4.4 拉兹	178
		4.4.1 “渊源命题”	178

- 4.4.2 实践理性 180
- 4.4.3 信守与超然的陈述 181
- 4.4.4 批判 182
- 4.5 强硬的与温和的实证主义 185
- 5 德沃金与法律的道德整全性**
 - 5.1 概述 199
 - 5.2 攻击法律实证主义 201
 - 5.2.1 原则与政策 203
 - 5.2.2 赫拉克勒斯与疑难案件 205
 - 5.2.3 唯一正确的答案 207
 - 5.2.4 语义学之刺 208
 - 5.2.5 权利命题 212
 - 5.2.6 作为文学的法律 214
 - 5.2.7 作为整全的法律 216
 - 5.2.8 共同体 219
 - 5.3 平等 220
 - 5.4 好生活与活得好 223
 - 5.5 攻击德沃金 225
- 6 法律现实主义**
 - 6.1 法律现实主义者对什么持现实态度? 243
 - 6.2 美国法律现实主义 245
 - 6.2.1 霍姆斯法官 250
 - 6.2.2 卢埃林 251
 - 6.2.3 弗兰克 254
 - 6.2.4 美国法律现实主义者的方法 255
 - 6.3 斯堪的纳维亚的法律现实主义者 258
 - 6.3.1 罗斯 260
 - 6.3.2 乌利维克罗纳 264
 - 6.3.3 批判 266
 - 6.4 现实主义与心理学 267
- 7 法律与社会理论**
 - 7.1 何谓社会学视角? 275
 - 7.2 庞德 276
 - 7.2.1 社会利益与“法学公设” 277
 - 7.2.2 批判庞德 278
 - 7.3 埃利希 280
 - 7.4 涂尔干 282
 - 7.4.1 法律与社会团结 283
 - 7.4.2 惩罚的功能 284
 - 7.4.3 批判涂尔干 285
 - 7.5 韦伯 287
 - 7.5.1 韦伯的法律类型学 288

7.5.2 韦伯的正当支配理论	291
7.5.3 资本主义与法律	294
7.5.4 批判韦伯	297
7.6 马克思	299
7.6.1 历史主义	300
7.6.2 基础与上层建筑	302
7.6.3 意识形态	303
7.6.4 送别法律?	305
7.6.5 法律拜物教	306
7.6.6 冲突抑或共识?	307
7.7 福柯	315
7.7.1 权力	316
7.7.2 法律	318
7.7.3 批判	318
7.8 哈贝马斯	319
7.8.1 现代国家	320
7.8.2 法律	320
7.8.3 批判	321
7.9 自创生系统论	322
7.10 法律社会学向何处去?	323
8 历史法学与法人人类学	
8.1 法律制度为何与众不同?	330
8.2 历史法学派	333

8.2.1 萨维尼	333
8.3 梅因	337
8.3.1 法律的进化	338
8.3.2 自然法	339
8.3.3 拟制	340
8.3.4 批判	341
8.4 人类学法理学	342
8.4.1 部落社会的“法律”	342
8.4.2 马林诺夫斯基	343
8.4.3 霍贝尔	345
8.4.4 格拉克曼	346
8.4.5 博安南	347
8.4.6 波斯皮希尔	347
8.4.7 其他理论家	348
8.5 法律多元主义	348

9 正义理论

9.1 功利主义	359
9.1.1 结果	361
9.1.2 偏爱	362
9.1.3 批判功利主义	363
9.2 法律的经济分析	365
9.2.1 批判	370
9.3 罗尔斯	372

- 9.3.1 拒斥功利主义 373
- 9.3.2 社会契约论 374
- 9.3.3 原初状态 375
- 9.3.4 两项正义原则 376
- 9.3.5 重新考虑 378
- 9.3.6 批判罗尔斯 381
- 9.4 诺齐克 384

10 权利

- 10.1 权利是什么? 393
- 10.2 权利理论 399
 - 10.2.1 以权利为基础的理论 400
- 10.3 人权 403
 - 10.3.1 社群主义 406
 - 10.3.2 相对主义 410
 - 10.3.3 功利主义 411
 - 10.3.4 社会主义 412
 - 10.3.5 法律实证主义 412
 - 10.3.6 批判理论 413
- 10.4 人权的未来 414
- 10.5 动物权 415
 - 10.5.1 伦理主观主义与直觉主义 416
 - 10.5.2 功利主义 417

- 10.5.3 动物能够具有权利吗? 418
- 10.5.4 社会契约论 424
- 10.5.5 固有价值 425
- 10.5.6 动物的权利 426
- 10.6 言论自由:个案研究 429
 - 10.6.1 个体或者共同体? 430
 - 10.6.2 言者抑或听众? 431
 - 10.6.3 求真的论证 432
 - 10.6.4 自治 434
 - 10.6.5 出版自由 434
 - 10.6.6 第一修正案 436
 - 10.6.7 言与行 437
 - 10.6.8 权衡 438

11 为什么要守法?

- 11.1 争论的关键词 448
 - 11.1.1 一项当然义务? 449
 - 11.1.2 对义务的证成 450

12 为什么要惩罚?

- 12.1 对惩罚的证成 458
- 12.2 报应论 461
 - 12.2.1 强弱报应论者 463

12.2.2 批判 463

12.3 结果论 465

12.4 批判 466

12.5 恢复性司法 467

12.6 批判 467

12.7 社会化 468

12.8 批判 468

13 批判法律理论

13.1 批判法律研究 474

13.1.1 丢弃批判法律研究? 481

13.2 后现代法律理论 484

13.2.1 它是什么? 485

13.2.2 主体的死亡 488

13.2.3 拉康 488

13.2.4 德里达 489

13.2.5 福柯与哈贝马斯 491

13.2.6 后现代议题 492

13.2.7 语言 493

13.2.8 批判理论与个体权利 494

13.2.9 批判 496

14 女性主义与批判种族理论

14.1 女性主义法律理论 503

14.2 女性主义的起源 505

14.3 法律女性主义 507

14.3.1 自由女性主义 508

14.3.2 激进女性主义 510

14.3.3 后现代女性主义 513

14.3.4 差别女性主义 515

14.3.5 其他女性主义 518

14.4 批判 518

14.5 批判种族理论 520

14.5.1 批判种族理论与女性主义理论 525

14.5.2 批判种族理论与后现代主义 527

15 被理解的法理学?

词汇表

索引

导 论

法律是什么？它的目标又是什么？它仅仅由规则构成吗？法律可以具有任何内容吗？法律与正义，与道德，与民主，有何关系？是什么使得一项法律有效？我们有守法的义务吗？这些问题，还有其他的一些类似问题，都是“理论的”问题，它们填充着法理学或者说法律理论的基本架构。¹当然，它们也并不局限于爱好思辨的法理学家的哲学反思。任何实质性的或者“重要的”法律分支都会对它自身的意义和目的进行探究。如果离开对权利义务概念的评判，该如何对契约法进行恰当的理解？如果没有关于赔偿的经济理论，又该如何解释侵权法？财产法难道不是建立在理论色彩浓厚的私有财产的特定观念之上吗？刑法怎么能摆脱刑罚哲学？这样的例子举不胜举。我希望大家对这些问题的回答不仅要毫不含糊，而且还要振聋发聩。

如此看来，法理学是无处不在的。它所关注的都是法律和法律体系无法逃

1 我在整本书中交替使用“法理学”(jurisprudence)、“法律理论”(legal theory)和“法律哲学”(legal philosophy)这些术语。但是严格来说，“法理学”涉及对法律进行最高抽象层面的理论分析(例如关于权利或义务的本质问题、司法推理的本质问题等等)，而且它往往就包含在实体性的法律学科之中。“法律理论”则经常被用来意指关于“这种”法律的调查，它们超出了职业法学家所理解的法律的边界(例如对法律的经济分析、马克思主义的法律支配理论等等)。“法律哲学”或者“法哲学”，正如其名称所暗示的，通常是从哲学学科的立场出发的(例如，它试图解决那些困扰着道德或政治哲学家的难题，诸如自由或权威的概念问题)。对法律的本质及其历史、现状和未来的初步阐述，请参见拙著《法律简论》(*Law: A very Short Introduction*[Oxford:Oxford University Press,2008])。

避的特征。但是,它远不止于此。我们很快就会发现,法理学不仅贯穿着经济、政治和社会理论,而且对于它们也具有重要的意义。为这个广泛的领域划定边界是一项极具挑战性的工作。大多数的大学课程都是这样设计的,它们认为法理学的目标既在于要深入研究那些重要的法律理论和精心挑选出来的法律概念,也包括尽量尝试把它们置于特定法律体系背景之下。这必然涉及思维技巧的开发,它们是判断法律、正义和法律体系这些概念可否被接受的必备条件。它们要求分析一般的理论问题,诸如现代社会之中的法律和法律体系的本质,以及法律与正义和道德之间的关系。许多课程还试图研究法律在社会中的功能,尤其是法律与权力之间的关系,以及那些发达的法律体系在运作时所特有的概念和技术。而且,还有些人正努力把哲学和社会学的理论与方法论适用到法律问题以及与法律相关的问题之上。

1.1 一剂止痛药?

法理学令人头痛,很多同学都有同感。如果有选择的余地,他们根本不愿学习这门课程。而且即便告诉他们,若是有一天回首往事,他们定会承认接触法律理论的好处,也都无济于事。与大多数“重要的”法律课程不同,这个学科需要去思考、去阅读丰富的文献。这些文献往往都是索然无味甚至无法理解的著作,从表面上看它们甚至与“法律”毫无关联,而且通常以对哲学、社会学、经济学甚至人类学的理解为基础。你所渴望的是一部制定法所带来的安心,或者一份法院判决所产生的单纯快乐,而在法理学这里,几乎没有任何保障可言。你会发现自己突然堕入了宏大理论的危险深渊,那是认识论、目的论和形而上学栖居的世界,而且,与你的理解交相辉映的其实只是小伙伴们佯装理解的现实!

高度技术化的文献数不胜数,有些简直难以理解。它们的潜在读者大多都

是专业化的群体；是其他的法学学者而不是备受煎熬的学生。实际上，有位杰出的哲学家自己也慨叹这些分析性辩论所呈现的令人沮丧的苗头：

它们既枯燥无味又老生常谈……在一个日渐狭小的信徒小圈子里传诵。更为糟糕的是，它们正面临着变成哲学上不受待见的狭隘知识的危险，因为我们正在远离着那些思想资源——它们能够帮助我们理解法律的概念和法律上的争议，而不是我们自己的概念和争议。而且，法律本身就具有一种超越于我们特定的问题和忧虑的历史。¹

在写作过程中，我会尽量避免文辞的艰深晦涩，远离这些不可原谅的失误。（我将在文末提供一个哲学词汇表，其中的那些词是大家在法理学之旅当中很可能会遇到的。我提供这些简略的定义既是为了唤起大家的记忆，也是为了在恰当的章节进行更为详细的讨论之前帮助大家理解它们。）

然而，本书并不打算取代本门课程要求大家阅读的原始材料。实际上，没有哪一本书能够实现这一乌托邦式的理想，也不应当去实现它。法理学是一个丰富而又多变的科目，且一直处于持续生长的状态；除了对它的广泛内容进行一种折中的略读，大多数的教科书（以及课程）都无法渴求太多。大家手中所拿的这本书并非一本教科书。然而，尽管它的目标是谦逊的，但我相信本书接下来的内容足够翔实，能够成为一个可资信赖、颇有助益且志趣相投的向导，带领大家完成对这一领域主要问题的学习和研究。鉴于篇幅的限制，我不得不作出艰难的取舍，对内容的删减、简化甚至省略都不可避免。我的编辑之斧必须砍在某处，斧刃避开之处也就是其材料不可或缺、难以处理抑或二者兼具之处，因此要求更多的篇幅和阐释。

¹ Jeremy Waldron, "Legal and Political Philosophy", 收录于科尔曼和夏皮罗主编 *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2002), 第 352, 381 页。

其次,几乎可以肯定的是,不可能有两门完全一样的法理学课程。这里所论及的很多理论和理论家是大多数大学课程大纲所共有的内容——这些也是本书的核心所在——但是,除此之外,每位教师都有自己的偏爱,这要视情况而定,而且,老师们会要求大家去查阅与这些主题相关的著作、论文和笔记。本书旨在锻炼大家接近问题本质的技能,尽管它所处理的只是法律理论的主干,其目标却在于武装大家并使大家能将相似的技能运用于某些特定课程所涉及的更为奇特的论题之上。

再次,大家往往容易失去信心,这是学习法理学最为常见的苦恼。庞大的主题、汗牛充栋的阅读文献,这些都会让同学们置身于沮丧与绝望之中。一旦被那些杰出法律哲学家的深奥著作所淹没,他们往往会选择放弃,甚至对它们的复杂、厚重或者费解表示愤怒。我希望后面的内容在避免过分简化的同时能够让大家更好地理解这些观点,从而在阅读和写作这两个方面都增强大家的自信心。

最后,我相信本书将会帮助大家更为清晰地思考法理学,并且鼓励大家以更高的眼界和更强的悟性去处理文献。正因如此,大家的诸多痛苦或许可以减轻,而后面的内容甚至可以帮助大家享受这个重要而有趣的学科。

1.2 阅读文献

法理学文献可谓浩如烟海。许多法理学教师,特别是美国的法理学教师,通常都刻意回避标准的教科书,然后根据他们自己的课程要求准备综合性的阅读材料。尽管如此,美国法学院的教师们仍然会推荐一些有帮助的读本,包括乔治·克里斯蒂(George C. Christie)和帕特里克·马丁(Patrick H. Martin)主编的《法理学:法哲学阅读文本》(*Jurisprudence: Texts and Readings on the*

Philosophy of Law)¹,海曼(Hayman)、莱维特(Levitt)和德尔加多(Delgado)主编的《法理学的古今之变:从自然法到后现代主义》(*Jurisprudence, Classical and Contemporary: From Natural Law to Postmodernism*)²,本科生的法哲学课程通常使用乔尔·范伯格(Joel Feinberg)和朱尔斯·科尔曼(Jules Coleman)主编的《法哲学》(*Philosophy of Law*)³。

在普通法世界的其他地方,教科书的举要更为统一,这些教科书都包含着一些摘录和评论。其中广为使用的有弗里曼(MDA Freeman)主编的《劳埃德法理学》(*Lloyd's Introduction to Jurisprudence*)⁴,彭纳(James Penner)、希夫(David Schiff)和诺布尔斯(Richard Nobles)主编的《法理学和法律理论导论:材料与评论》(*Introduction to Jurisprudence and Legal Theory: Commentary and Materials*)⁵。另一部颇有助益的文集是戴维斯(Davies)和霍尔德克罗夫特(Holdcroft)编写的《法理学:文本和评论》(*Jurisprudence: Texts and Commentary*)⁶。也有很多学生喜欢哈里斯(JW Harris)的《法律哲学》(*Legal Philosophy*)⁷,麦库布里(McCoubrey)和怀特(White)的《法理学教科书》(*Textbook on Jurisprudence*)⁸,西蒙兹(NE Simmonds)的《法理学核心问题:正义、法律和权利》(*Central Issue in Jurisprudence: Justice, Law and Rights*)⁹。比克斯(Brian Bix)的《法理学:理论和语境》(*Jurisprudence: Theory and Context*)¹⁰同样十分流行。以上都是极为出色的作品。关于这一学科的主题性研究可以参考丹尼斯·梅耶松(Denise

1 3rd edn (St Paul, Minn: West Publishing, 2008).

2 2nd edn (St Paul, Minn: West Publishing, 2002).

3 7th edn (Belmont, Calif: Wadsworth/Thomson Learning, 2003).

4 8th edn (London: Sweet&Maxwell, 2008).

5 (London: Butterworths, 2002).

6 (London: Butterworths, 1991).

7 2nd edn (London: Butterworths, 1997).

8 4th edn (Oxford: Oxford University Press, 2009).

9 3rd edn (London: Sweet&Maxwell, 2008).

10 3rd edn (London: Sweet&Maxwell, 2003).

Meyerson)的著作《法理学》¹,这对大家是有帮助的。还有一部从明确的哲学视角探讨这一主题的导读,流畅而又睿智,那就是马克·泰比特(Mark Tebbit)的《法哲学导论》(*Philosophy of Law: An Introduction*)²。

达特茅斯出版社已经出版了一系列读者手册——《法学和法律理论国际图书》(*International Library of Essays in Law and Legal Theory*),其内容涉及广泛的理论主题,共分为三个部分:学校、学人和法律文化,其中每一卷都包含20篇左右的文章。这套图书相当昂贵,不过说不定可以在图书馆中看到副本。新书不断地出版,为已经出版的庞大书目补充着新的血液。当然,还有许多其他更为专业的著作(我们后面将会提到)。如果你是一个有学术热情或者一个经济宽裕的学生,那么拥有一套这样的书籍将非常有益。我们可以在每章后面的“扩展阅读”中看到完整的著作信息。希望大家能读完它们,或者至少通读其中的一部分。当然,这还要看你们的课程目标究竟是什么。根据我的经验,在法律理论的课程之中没有比这更为艰巨的任务了,因为永远没有充裕的时间耗在这一宏大而又持续膨胀的对象之上。

另外,还有些杂志文章和论文集,它们的重要性一点也不比专著逊色。除了顶尖的法学评论和法学杂志,还有大量的专业期刊,都是大家可能需要参考的。其中包括《美国法理学杂志》(*American Journal of Jurisprudence*)、《法律理论》(*Legal Theory*)、《法学评论》(*Juridical Review*)、《哲学与公共事务》(*Philosophy and Public Affairs*)、《哲学季刊》(*Philosophical Quarterly*)、《法律与社会杂志》(*Journal of Law and Society*)、《法律和社会评论》(*Law and Society Review*)、《政治学研究》(*Political Studies*)、《法学原理》(*Ratio Juris*)和《亚里士多德协会会刊》(*Proceedings of the Aristotelian Society*)。《牛津法律研究杂志》(*Oxford Journal of Legal Studies*)把大量的版面都给了法哲学和法理学的论文。

1 (Melbourne: Oxford University Press, 2011).

2 2nd edn (London: Routledge, 2005).

此外,不用说,对于时下的读者而言,网络上还有着丰富的可资利用的资源。

1.3 为什么研究法理学?

正如前面所提到的,法理学涉及丰富的知识领域,包含着大量的思想研究主题。而这一学科仍在不断扩展,所以我在前文申明要有所取舍。本书试图确立并阐明法律理论的若干紧要的问题。在此,我不厌其烦地再次声明,它们并不能取代对原始文献的阅读。而本书最重要的目标是,通过提炼法律理论的本质问题,鼓励大家阅读和思考它们的原初状态及其造成的争议。

如果没有一个关于法律和法律原理的条理分明的概念,任何社会都得不到恰当的理解或解释。法律的社会、道德和文化基础,以及贯穿和解释它的理论,与它的“条文”相比,毫不逊色:

法律和政治理论并非只是对无理性事实的描述,它们也不是纯然假定的理想或者愿景。理论反映着我们的社会关系,也被这些社会关系所反映。而且,我们社会生活的历史发展本身就是我们观念的思想演变的一个部分……如果对一个道德或政治概念的理解关系到对它所属的“生活方式”的理解,那么对这个或那个概念构成的阐发很可能需要关注它的历史。道德和政治价值因此就不能也不应独立于塑造它们的制度和社会史来加以讨论。¹

我希望,随着大家对本书阅读的深入,这一断言的力度和效力会变得愈发明显。

许多主题都包含在法律理论的实质界限之内,法律定义和法律概念概莫能

1 N.E. Simmonds, *The Decline of Juridical Reason* (Manchester: Manchester University Press, 1984), p13.

外。在开始探讨法律的本质之前,显然需要澄清这个让人难以捉摸的概念到底指代什么。如果没有对我们所说的内容形成某种共同的理解,我们几乎无法展开对法律和法律体系的分析。但我们真的能够做到吗?理查德·波斯纳(Richard Posner)这位杰出的法官和理论家(他的经济分析理论将在后文9.2进行描述)对这个简单的目标嗤之以鼻:

如果有人对你说“时间是宇宙和人类生活的一个极端重要和根本的特征,因此我们给它下个定义就显得非常重要”,那么你就会感到不知所措……我对那些试图定义“法律”的努力会作出同样的反应。¹

然而,关于定义的诸多问题一直困扰着法理学,甚至法律本身。叙述这个难题要比解决它容易得多。尽管如此,对于展开对这个重要问题的阐述,还是可以找到一個相对容易的手段:阅读哈特教授《法理学中的定义与理论》(*Definition and Theory in Jurisprudence*)一文。²哈特的这份就职演讲(发表于1953年被选为牛津大学法理学教席教授之后)就是致力回答这个问题,这也表明了他对这一问题的重视。在这篇文章当中,哈特告诫大家注意“定义背后的理论”的危险。他想以此表明,我们不应将试图定义一个法律概念的行为,与一个对可称之为意识形态功能的解释相混淆,因为这么做其实是把逻辑标准和政治标准混为一谈了。

宽泛地讲,对于一般的定义问题有三种主要的解决路径。第一种路径赞成“意思即指示”。³换言之,一切重要的符号都是恰当的名称——它们是什么名

1 Richard Posner, *Law and Legal Theory in UK and the USA* (Oxford: Clarendon Press, 1996), p1.

2 哈特:《法理学中的定义和理论》, (1954) 70 *Law Quarterly Review* 37, 重印于他的《法理学与哲学论文集》之中。

3 G. Rely, “The Theory of Meaning”, 收录于梅斯(C. A. Mace)主编 *British Philosophy in Mid-Century* (London: George Allen & Unwin, 1957)。

称就是什么内容。但是,当遇到虚构的或者不存在的事物时(例如米老鼠或者独角兽),就会带来直接的难题。毋庸置疑,这不可能是正确的(正如赖尔[Ryle]所说的):“对于每个重要的语法上的主语,都必然有一个恰当的所指对象与之搭配,搭配的方式就像以菲多(狗)回答名称‘Fido’。”

第二种路径也就应运而生了,它拒绝这种“符号主义”的观念。这使人想起了剑桥哲学家路德维希·维特根斯坦(Ludwig Wittgenstein),他说:“不要关心含义,要关心使用。”符号的作用在于用它去发挥它的功能,而不是它所要指示的任何东西、人或者事件。因此,拿维特根斯坦所使用的例子来说:“马”只有在我們知道了象棋规则之后才有含义;除非我们知道了这些规则,否则它只是一块形状为马的木头。这种路径的主要魅力在于,它使得我们能够无须使用某些切合含义的虚构就确定这些法律概念的含义。¹

第三种路径也称为本质论(essentialism)。它主张事物具有特定的本质,这些本质有助于把这些特定的事物确定为它们本身。因此,奥斯丁(Austin)和凯尔森(Kelsen)试图通过法律的基本性质来定义法律(分别表现为主权者的命令或者一个规范体系)。

当然,大家会发现在追求法律或者法律概念的“定义”时,多个难题都早已埋伏以待。我们的政治或者意识形态的偏好不可避免地介入进来,此外,还有历史、社会和道德的因素。如果对这些主题保持敏感,就不应回避对那些概念的阐释,从而使它们融合在法律体系之中。实际上,我们需要这么做,否则概念上的模糊就会实实在在地制约我们改进法律的努力。

1.4 描述的、规范的和批判的法律理论

描述性法律理论试图解释的是法律是什么、为什么以及它的效果;规范性

¹ 参见哈特在《法理学中的定义和理论》这篇文章中对“法人”的讨论。

法律理论却关注法律应当是什么。换一种说法,描述性法律理论关心事实,而规范性法律理论关心价值;批判性法律理论(第13章的主题)则在于质疑法理学的基础。

描述性法律理论,第一种形式是“教义的”(doctrinal),它提出一种解释特定法律学说的理论,例如,言论自由或许可以通过法院关于自由言论限制的裁决证成。而且,教义性的法律理论试图回答这样的问题:“这些判例可以通过某些深层的理论阐明吗?”第二种形式是“解释性的”,它试图解释法律为什么是现在这个样子。例如,马克思主义法律理论是“解释性的”,因为它提供的是一种法律作为统治阶级利益表达的描述。第三种形式的描述性法律理论关心法律的效果,这些效果是特定的法律规则可能产生的。例如,法律的经济分析(参见9.2)用他们的分析工具评估生产者严格责任制度所可能导致的行为效果。

另一方面,规范性法律理论却关心价值。比如说,这种理论会设法确定是否应当采用严格责任以保护消费者。因此,规范性法律理论不可避免地要与道德或者政治理论联系在一起。在追求一种法律的评价时,规范性法律理论要么是“理想的”,要么是“非理想的”。前者关系到当某种法律体系能在政治上实现时,什么样的法律规则能够创设最好的法律体系;后者意味着在法律规则的选择上存在着种种限制,例如执行这些规则非常困难。

但是,这两种法律理论并非泾渭分明。一方面,规范性理论需要依赖描述性理论获得其市场。因此,如果没有对适用具体规则的效果进行描述性说明,就很难维持规范性功利主义理论(参见9.1)。如果没有对这些效果的描述,一个功利主义者又如何知道规则X是否会带来最大幸福(结果Y)?相似地,一种描述性法律理论可以基于对诸如法律改革成功率的预设,从而抑制造成这种改革的规范性法律理论。

大家会在后文(特别是第5章)发现,规范性理论与描述性理论是如何对接从而产生一种混合型法律理论的。例如,在德沃金“整全的法律”的理论当中,

描述性教义论与规范性理论各自的目标被合并到了一起。通过宣称一种法律理论应当既“适合”又“证成”其法律材料,他的这一理论似乎允许描述性教义论与规范性理论相互结合。

批判性法律理论对法律的普遍基础基于理性这一概念有着深刻的误解。它主张,法理学为法律和法律体系披上了伪正当性的外衣。法学是一个独特且独立的学科这一观点受到了质疑,因为它忽视了以下事实:法学远非一个自治的学科,它无法独立于政治学。实际上,在批判法律理论家的心目中,法律可以是任何东西,但绝不是内容确定的、内在一致的规则和学说体;它是含糊的、不确定的。法律也不是毋庸置疑地理性、中立和客观:它是政治和经济权力的一种表现。

1.5 吃人有错吗?

对法律观念的理解存在着一个很受欢迎的起点,那就是朗·富勒(Lon Fuller)所提出的有趣的虚构案例——“洞穴疑案”(Case of the Speluncean Explorers)¹。它包含了公元4300年纽卡斯国最高法院的五位法官的判决意见。有四位洞穴探险协会的成员被困在一个地下洞穴之中,为了营救他们已经做了各种努力,不仅花费了大量钱财,也耗费了巨大的人力(已有十人为此丧生)。在他们被困的第二十天,这些突遭厄运的探险者们发现,只有杀死并吃掉他们中的一个同伴,才可能在被救之前免遭饿死。其中一名探险者罗杰·维特莫尔(Roger Whetmore)提出,他们应当以掷骰子的方式决定谁应当被吃掉。几经犹豫,这个方案最终被接受了,而此时维特莫尔却宣布他要退出这个协定。

1 Lon L. Fuller, "The Case of the Speluncean Explorers", (1949)62 *Harvard Law Review* 616.案件的事实基于两个著名的普通法判决,涉及刑法中的食人和紧急避难的辩护:R v. Dudley & Stephens [1884] 14 QBD 273, affirmed [1885] 14 QBD 560, and US v. Holmes 26 Fed Cas 360 (1842)。

尽管如此,其他人却执意继续进行,并且其中的一个人代替维特莫尔掷了骰子。对于维特莫尔来说,结果无疑是毁灭性的,他将被杀死和吃掉。幸存者们最终被救了出来,但却被控谋杀罪。

审理该案的五位法官各自采取了不同的论证方法,对该案提出了不同的裁决意见。他们与现实世界的法官没有什么两样,每位法官都展示出截然不同的人格特征。首席法官特鲁派尼(Truempenny)是一位妄自尊大的形式主义者。基恩(Keen)法官是一位顽固的实证主义者。塔丁(Tatting)法官优柔寡断,而且备受煎熬。汉迪(Handy)法官是一位老派的现实主义者。福斯特(Foster)法官采取一种法律的目的性视角——富勒立场的一种几乎不加掩饰的版本。¹一旦大家研究了这些司法立场所体现的各种不同的理论,就会发现这些立场的意义变得更加清楚。因此,当大家学完本书以下章节中的自然法、实证主义和现实主义之后再回顾“洞穴疑案”,就会恍然大悟。

本案的核心问题在于,相互冲突的、受到法律保护的价值(人的生命)在何种程度上是可以和谐共处的。这个困境为富勒的关于法律理论本质更为深层的信念提供了一个解释工具。正如他所指出的:“构思这个案例的目标只有一个,那就是把某些有分歧的法哲学和政治哲学置于大家共同的关注焦点之下……它们为人们呈现了柏拉图和亚里士多德时代的鲜活的选择问题,而且是人类永恒的难题之一。”²因此,正如特文宁(Twining)教授所表明的,该案揭示了富勒法理学研究的视角。他把它归结为以下若干问题:³

(1) 杀死并吃掉一个人,这在道德上

(a) 有理由吗?

1 “我这么说可能会让我的听众诧异,但是,我感到我自己在很多方面都比较接近福斯特法官而不是这个法庭上的其他人。如果他能够脱掉自己身上的形而上学的夹克,表现出更多一点的行为自由,我想我们会彼此融洽。” Lon L. Fuller, “The Case of the Speluncean Explorers”, (1949) 62 *Harvard Law Review* 616。

2 Lon L. Fuller, “The Case of the Speluncean Explorers”, (1949) 62 *Harvard Law Review*, p645。

3 William Twining, *Law in Context: Enlarging a Discipline* (Oxford: Clarendon Press, 1997), p217. 我稍微修改了他的表述。

(b)可原谅吗?

(2)不论在道德上是否有理由或者可原谅,为了挽救一个人的生命而杀死并吃掉另一个人这在法律上有理由吗?换言之,紧急避险是谋杀罪指控的一个抗辩事由吗?

(3)在(1)和(2)之间有什么联系吗?如果有,那联系是什么呢?

(4)在审理一起法律问题的疑难案件中,上诉法院的法官的恰当角色是什么?与其他官员的角色有何不同?

(5)在

(a)作出

(b)证成

一起疑难案件的司法裁决中,何种理由是可接受的、有效的和无法反驳的?

(a)和(b)之间的关系是什么?尤其是作出和证成这些裁决中的公众意见,应当纳入考虑范围吗?(a)公民(b)法官负有忠于法律的不能取消的义务吗?

在案件的审理过程中,有三位法官认为,杀害维特莫尔的行为在某种意义上是可以抗辩的,其中基恩法官似乎认为它是完全正当的。不太圆滑的塔丁法官不确定被告行为的道德性质。特鲁派尼首席法官和基恩法官的结论是,尽管受限于当时的环境,被告仍然犯下了谋杀罪。汉迪法官和福斯特法官则试图推翻原有裁决,但由于塔丁法官发现案件过于复杂撤回意见,结果合议庭分裂了,对被告的原判决得到了维持。

特鲁派尼首席法官和基恩法官关注他们所认为的立法者的明确言语,据此证成自己的裁判意见。塔丁法官则更信赖先例的类比。福斯特自然地诉诸法律的目的,他认为这是与制定法相异的。汉迪法官把自己的裁决意见置于“常识”的基础之上,因为它是明确表达出来的公众意见所支持的。我个人认为,最为重要也最富教益的对比,发生在汉迪法官和福斯特法官之间;前者是一位现实主义者,把法律视为现实的政治问题,他热衷于贬低福斯特法官在政治和形

式主义之间持一种中间立场的努力。¹

汉迪与福斯特之间的辩论暴露了富勒本人对现实主义模棱两可的态度(参见第6章)。这揭示了他的信条:无法以要么“实然”要么“应然”(描述性或者规范性)的方式思考法律。因此,汉迪认为治理是一桩人间事务,并且抱怨人们的习性——“直到生命和精力都已消失殆尽,两手空空”,才去思考某个情形。他敦促人们去认识实质、民意和现实政治。尽管如此,他也承认实质是不充分的,还经常需要形式。

希望大家尽可能地去阅读“洞穴疑案”的全文。对于许多法理学教师来说,它提供了一个有趣而又珍贵的手段,引导他们的学生关注这一学科的众多基本问题,其中包括:法律与道德的关系,法律实证主义与自然法理论,司法职能的本质,制定法的解释,裁判与立法的关系,法律、民主与公众意见的联系,法律是否有目标,正义与非正义的概念,法律推理的过程诸如此类的问题。在过去的半个世纪中,这个案例一直充满乐趣、备受关注,我相信对未来很多代学生来说仍然如此。

1.6 法律理论的意义

从各方面的情况来看,世界仍不幸福。不公、战争、饥饿、剥削、腐败、种族主义、性别歧视、疾病和贫困仍然是我们这个星球无法褪去的标记。其中,40%的人口——大约30亿人——仍然生活在贫困线以下,每天挣不到2美元。²而且,南北贫富差距持续拉大,北半球的平均GDP几乎是南半球的20倍。在世界

1 “形式主义”强调法律的形式属性,而非其内容。对这一路径的更深层的思考请参见 Frederick Schauer《形式主义》,(1998)97 *Yale Law Journal* 509。还有一个非常有益的专题研讨,参见《再论形式主义》,(1999)66 *University of Chicago Law Review* 934。

2 《人类发展报告》,联合国发展项目,2007年11月27日,第25页。根据联合国发展项目,“仍然有大约10亿人生活在每天收入不到1美元的边缘,26亿人——世界人口的40%——每天收入不到2美元”。

上,四分之一的人口享受着财富和消费主义的果实,占有着整个星球 80% 的资源。在发展中国家,五分之一的人口每天都在忍饥挨饿,三分之二的人口缺乏安全的饮用水,而且文盲和失业十分普遍。在南半球,四分之一的成年男性和半数的成年女性目不识丁,六分之一的儿童出生时体重不足,而且每年都有十分之一的孩子死于介水传染病或者营养不良。¹ 在世界的贫困人口中,女性占据着 70% 的比重,而且在南半球大部分地区,她们更加辛苦地工作,收入却少于男性;由于食物分配上的歧视,她们更有可能营养不良。

尚无迹象表明这种状况正得到改善。饥荒、环境退化、疾病(包括艾滋病造成的毁灭)、森林滥伐、自然灾害和战争几乎成了第三世界的地方病。面对诸多令人痛苦的不幸和灾难,学术讨论往往隔靴搔痒,甚至更糟。诺姆·乔姆斯基(Noam Chomsky)或许是对的:

置身于论证与反驳的竞技场,处理着技术可行性与策略,把玩着脚注与引证,只接受某些议题辩论的正当性,有人已经失掉了人道。

我们一定希望乔姆斯基是错的,我们也一定希望道德情操和理性论证可以真正地兼容。但在罪恶面前,当我们思考法律的恰当本质和功能时,太容易堕入脆弱的简化与浮华的文饰了。在动荡的年代,当煽动者大声喧嚣之际,太需要明断的分析了。因此,对法律、正义和法律概念之内涵的最根本问题进行严谨的法理思考尤为必要。法律理论发挥着极其重要的作用,它定义、塑造并捍卫着那些巩固我们社会的价值。这里的赌注也并不低。

1 联合国儿童基金会公布,每天大约有 30000 儿童死于贫穷。在发展中国家,大约有 28% 的儿童体重不足或者发育不良。传染病在贫困人群之中肆虐,据估计有 4000 万人携带艾滋病毒。每年有 3.5 亿到 5 亿人感染疟疾,其中有 100 万人因此丧命。国际上 90% 的疟疾死亡发生在非洲,80% 的受害者是非洲儿童。参见 <http://www.globalissues.org/TradeRelated/Facts.asp>。

自然法与道德

同性婚姻不道德吗？种族主义为何是错误的？法律应当许可堕胎吗？我们正在正确履行环境管理职责吗？道德问题经常制约着我们的政治和法律实践。它们反复不断地出现，在很大程度上已经成为一个民主社会，或者至少可以说是一个开放社会的标志性特征之一。这些研究并不迷恋哲学的安乐椅：伦理学的词汇渐渐融入国际关系的语言之内。“邪恶轴心”的提出，预设了一个规范性的检验标准，据此可以判断国家的行为。自联合国成立以来，这在国际条约和惯例的日渐累积当中已经得到了部分体现。伦理问题是普遍存在的，从“我应当告诉他真相吗？”这样的日常问题到根据表面的道德理由宣战这样的重大问题，吸引着亚里士多德以降的道德哲学家。实际上，自然法理论的近期复兴也代表着某种默认——若干世纪以来我们并没有离解决这些棘手问题更近一步。

大体上来说，存在两种相对立场。第一种称之为“道德实在论”（moral realism）。它提出，某些特定的道德德性独立地存在于我们的思维或习惯之外。自然法学者和康德哲学信徒通常处于这一旗帜之下——这种路径将在本章得

到研究。¹ 第二种是怀疑论的路径,他们大多与功利主义者如边沁,以及凯尔森这样的法律实证主义者紧密相连。他们否认任何道义论的、独立于心智的道德价值的存在。这种立场将是 3.2 和 4.3 讨论的对象。

道德在法律中的地位与功能一直都是政治和法律哲学家所关注的焦点问题,而且可以毫不夸张地说,它已经成为最为重要的问题之一,无疑也是激发目前法理学争论的根本性问题之一。法律实证主义者试图在法律和道德之间维持某种概念上的分离,但还有些论者,其中包括自然法学者,拒绝法律与道德相互分离的观念。这些分歧的完整视域将在第 4 章得到更为充分的揭示。目前只须提示大家,这个极为重要的争议已经开始主导现代法律理论。当然话又说回来,这种现象并非总是有益。

大家在阅读后面内容时一定要谨记:包括自然法理论在内(我将首先探讨的理论),那种把法律视为一种根本的道德概念的理论家,他们的观点近年来已经逐渐沦为了少数派。你可能想知道为什么会这样,而且为什么法律实证主义曾经受到轻视²,现在却变得欣欣向荣。³

我在剑桥大学的两位同事的理论进路风格迥异,为当代法学家之间的分歧提供了一个绝好的范例。奈杰尔·西蒙兹(Nigel Simmonds)提出了一个严谨且

1 德沃金完美地表达了他所说的“康德原则”：“如果你在自己的生活中所发现的价值是真正客观的,那么它一定是人性本身的价值。你必须会在所有其他人的生活中发现同样的客观价值。你一定把自己作为目的,从而,出于自爱,你必须把所有其他人视为他们自身的目的。”德沃金: *Justice for Hedgehogs* (Cambridge, Mass and London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011), 第 265 页。德沃金的主张是“法律与道德有效地结合在一起”。德沃金: *Justice for Hedgehogs*, 第 414 页。这个主张本可以在本章得到充分的思考,但是由于其论证的延伸范围和重要意义,以及它构成一种详尽的法律和道德理论的程度,我必须单独以第 5 章对它进行探讨。但是,请记住尽管德沃金不是一位严格意义上的自然法学者,但他的道德命题常常类似于一种自然法的世俗形态。

2 20 世纪 80 年代早期,有一位教授在国外一个法学院获得了教职。在他准备讲授自己的第一节法理学时,迎接他的却是一大群不让他说话的吵闹学生。这种喧哗持续了好几分钟,最终这位教授争取到了一点点秩序,问学生们为何如此敌视自己。那些学生解释,因为他们的一位老师说他是一位法律实证主义者。“但为何有人会这么认为?”他看着一张张疑惑的面孔询问。他们也不知道原因。当这位教授解释说,据他所知,自己并非法律实证主义者时,整个教室迅速安静了下来。这位教授就是我。

3 该问题将在第 4 章进行明确分析。

有力的理由支持以下观点：“法律”本质上是一个道德的观念，而且对法律本质的研究最终是某种形式的道德研究……对法律内容系统而具体的争论绝对无法完全与对法律本质的哲学探讨分开。¹ 相对而言，他的同事马修·克莱默（Matthew Kramer）尽管承认法律与道德规范偶尔交叉，却坚定地保护着法律实证主义免遭其诋毁者的攻击。² 我们不禁要问，这种分歧是良性的吗？

2.1 经典自然法理论

在一位自然法学者看来：“对自然法的最佳描述是，它为法律与道德之间的交叉点提供了一个名称。”³ 在何谓“实然”与何谓“应然”之间存在着无可争辩的张力，各种自然法理论都在试图解决这一问题。简单来说，它的主要观点是，自然的即应当的。但是，这个表面上看起来并不复杂的命题却广遭误解和曲解。正因如此，对自然法理论要点的理解显得非常重要。⁴

2.1.1 柏拉图与亚里士多德

在众多的古希腊哲学家当中，特别需要提到的是柏拉图和亚里士多德的观

1 Nigel Simmonds, *Law as a Moral Idea* (Oxford: Oxford University Press, 2007), p6.

2 特别参见 Matthew H. Kramer, *Where Law and Morality Meet* (Oxford: Oxford University Press, 2004), 以及他的 *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings* (Oxford: Clarendon Press, 1999)。

3 登特列夫 (Alexander Passerin D'Entrèves), 《自然法》(London: Hutchinson, 1970), 第 116 页。

4 对此有一份有益的阅读材料，即由菲尼斯主编的两卷本论文集《自然法》，收录于《法律和法学理论国际丛书》(*International Library of Essays in Law and Legal Theory*)，达特茅斯出版社，1991 年。大家在自己的课程中所参考的大多数自然法论述通常都勾勒出了自然法思想的“发展阶段”：它肇始于古希腊和古罗马，之后历经圣托马斯·阿奎那的宗教教义以及格劳秀斯、霍布斯、洛克、卢梭和布莱克斯通等人对它进行世俗的（和政治的）改造。然后，通过描述自然法理论在 19 世纪的衰落（在休谟的批判之后法律实证主义的兴起），从而证明自然法学者和法律实证主义者之间的“争论”，这虽然重要但不是决定性的。接着大家会学习到自然法理论在 20 世纪的“复兴”。正常情况下，我们会期待大家能够展现出对这些发展阶段的某种知识，但是大部分学生只会一口气背出这些历史的“发展阶段”（这是他们已经费尽心力记忆的结果），而不能表明对自然法学者试图回答和阐释的问题的真正把握。

点,他们的伦理学分析尤为重要。在柏拉图看来,伦理学的基本原理存在于绝对价值之中,这些价值是事物可以争取的。例如,一件美的东西,它的美不是来自它本身,而是来自我们在它本身所发现的美的因素。我们是凭直觉认识到美(一种价值),但它的确切内容却可以通过理性的运用得到进一步的延伸。柏拉图哲学所涉及的另一绝对价值是正义,它与法律具有内在的联系:只有追求正义理想的诸项法律才能被视为正当的。实际上,按照柏拉图的理解,正义是一种超越地方风俗或者习惯的普遍价值。

亚里士多德同样试图通过理性的运用发现各种价值。然而与柏拉图不同,亚里士多德认为,这些理想的源头不是在外在的或超越的价值之中,而是在我们的人性里被发现的。他提出,自然界既包括动的因素,也包括静的因素。这些相互冲突的力量被“目的”(telos)的概念所整合:那是事物不可阻挡的发展目标或趋向。人类仍然无法免于这种目的论的进程。我们是社会的动物,为了繁荣我们需要家庭和社会组织。但是,我们同样也是政治的动物,且城邦(polis)或者国家也存在于自然之中。生活在城邦之中是我们的天性:它是我们人类的繁荣昌盛所不可或缺的。而且,这对于法律而言有着特定的影响,因为除了别的事情,法律还应促进那些有利于社会生活的因素。

在《尼各马可伦理学》(Nicomachean Ethics)之中,亚里士多德指出,“正义”描述了两种不同但却相关的理念:“一般正义”和“特殊正义”。当我们在一切与他人相关的事项上完全有德性时,我们的行为就是一般正义的;而特殊正义强调的是公平或公正地对待他人。

在此基础上,亚里士多德发展出了“政治正义”的概念,它部分源于自然,部分是约定的问题。自然正义因此是政治正义的一个类型;换言之,它是在最好的政治共同体之中建立起来的分配正义和矫正正义的体系(参见第9章)。

2.1.2 阿奎那

亚里士多德的伦理学理论直接影响了多米尼克修士圣托马斯·阿奎那(1225—1274)的教义。阿奎那的主要作品《神学大全》(*Summa Theologiae*)包含着最为完整的基督教道德学说。13世纪见证了欧洲城市国家的发展。教皇在这些国家当中的权威因为当时缺少一种运用世俗权力的神学观点而受到阻碍。此前最为著名的基督教思想家圣奥古斯丁(St. Augustine)只采纳了《圣经》的劝诫“恺撒的归恺撒”。而阿奎那虽努力协调世俗的和基督教的权威,但其采用的却是亚里士多德的哲学。他指出,基督教国度是人性发展之中的一个阶段,且古希腊人并没有实现它。所以,我们注定要生活于其中的城邦是基督教的。

在阿奎那看来,首先,自然法仅仅是上帝智慧统治(*divine providence*)的一个元素:它是对永恒法的一种“分有”(participation),永恒法是安排一切创造活动的理性计划。换言之,自然法是理性存在者分有永恒法的手段。其次,当人类“收到”自然法时,它的内容包括了实践理性的诸项原则,正是通过这些原则人类行为被判定为理性的或者不理性的。实际上,对于阿奎那来说,正因为自然法具有这种特征,它才会被正当地称为“法律”。他认为,法律由保护共同体利益的人所宣布的行为规则构成:因为上帝守护着世间万物,他决定创造出具备依据理性自由行动能力的理性存在者,正是这一决定使得我们认为这些原则构成了“法律”。

阿奎那声称,自然法的信条约束着我们,因为作为理性存在者,我们被本性引向它们;它们把我们指向善,也指向具体的诸善。而且,这些原则通过我们自身的本性被认识:我们在自己实现诸善的内心愿望之中证实着这种知识,而那些善是自然法劝诫我们去追求的。我们能够发现实践知识的本质,尽管那种理

解的准确实践后果可能常常难以确定。而且,阿奎那也承认,我们的激情或恶意会阻碍它们的适用。

自然法的托马斯主义解释有一个核心,那就是“善要被实行,恶要被避免”(good is done and evil avoided)的基本观念。在实践中,这意味着我们应当追求某种具体的善。而且,我们通过行为倾向可以知道这些善是什么:它们包括生命、知识、生育、社会和理性行为。在阿奎那看来,善先于权利。一个行为正当与否,与它是某种善或者实现了某种善相比并非那么重要。他指出,我们能够从这些关于善的原则之中推出实现这些善的实践手段。

但是,我们怎样才能知道一个行为何时是有根本缺陷的呢?这没有简单的标准,我们必须仔细审查所涉行为本身的特征,比如它们的对象、目的,以及实施它们的条件。例如,阿奎那主张,有些行为因其意图而被视为错误:当一个人犯了谋杀罪,说了谎,或者亵渎了神灵时,这就会违背一种善。尽管他拒绝陈述正当行为所具有的普遍的、绝对的和永恒的原则,但他确实声明了自然法将杀死无辜者、说谎、亵渎神或者通奸和鸡奸这些行为认定是错误的。而且,它们总是错误的,这也是自然法所关心的问题。

当代杰出的(也是大家最容易接触到的)自然法理论的支持者是菲尼斯(将在下文 2.6 进行讨论),他在《自然法与自然权利》(*Natural Law and Natural Rights*)一书中这样表述它:任何试图解释法律的人都要对什么是“善”作出预设,不管他们愿不愿意——

人们经常假定,将法律作为一种社会制度加以评价,若要彻底完成,就必须先对这一制度进行如其所是的价值中立的描述和分析。但是,现代法理学的发展表明,而且对任何社会科学的方法论的反思也证实:理论家无法针对那些社会事实给出一个理论的描述和分析,除非他也参与了评价活

动,参与了理解对于人类何谓真正的善以及什么才是实践理性化所需的活动。¹

这构成了对法律实证主义所谓“客观性”或者科学方法的一个重要挑战。但是,它同时也代表着自然法方法论的一个深刻的哲学起点。它指出,当我们辨明什么是善的时候,我们对智力的使用与我们在辨明什么存在时是不同的。换言之,如果我们想要理解自然法工程的本质和影响,我们就必须承认它生产着“一套不同的逻辑”²。

阿奎那区分出了四种类型的法律,具体名称如图表 2.1 所示。

图表 2.1 阿奎那关于四类法的划分

1.永恒法(Lex aeterna)

上帝的理性——只有上帝知道。上帝为世界作出的计划。人类需要这种法律,没有它人类将完全失去方向。

2.自然法(Lex naturalis)

理性造物对永恒法的分有。

可以通过理性发现。

3.神法(Lex divina)

由圣书所启示(上帝为人类制定的实在法)。

4.人法(Lex humana)

为理性所支持。为了共同善而颁行。

它之所以必要,是因为自然法无法解决许多日常的难题。同时,也是因为人们是自私的,必须通过强制迫使他们理性地行动。

1 菲尼斯:《自然法与自然权利》,第2版(Oxford: Oxford University Press, 2011),第3页。

2 菲尼斯:《自然法与自然权利》,第34页。

他主张,人类设定的法律从自然法那里获得其约束力。他对自然法的“定义”(上文所示)提到“理性造物对永恒法的分有”(*participatio legis aeternae in rationali creatura*)。这个命题在菲尼斯那里得到了很好的阐释。阿奎那没有在通常的意义上使用“分有”这一概念,正如菲尼斯所解释的:

对阿奎那来说,“分有”一词在核心含义上表示两个相连的概念,因果性和类似性(或者说模仿)。按照阿奎那的用法,一个实体或者状态所具有或者包含的性质是被分有的,前提是该性质是由一种相似的性质导致的,而这种相似的性质是其他实体或状态以一种更为本质或者更少依赖的方式所具有或者包含的。阿奎那的自然法是对永恒法的一种分有观念只是对他的一般理论的直接适用,这种理论涉及人类知性在任何领域或者探究之中的原因和活动。¹

我们可以把阿奎那的知性理论非常简要地总结如下:阿奎那(追随柏拉图和亚里士多德)预设了一个“独立理智”(*separate intellect*),是它给我们带来自身的领悟能力。与动物不同,人类在以下意义上“分有”自然法:我们能够理解自然法的根本原则,即人性的创造者为人类繁荣所制定的既睿智又易于理解的计划。但是,我们对它的理解不是通过对上帝思维的任何直接认识,而是通过“那些人类对其具有自然倾向的事物,人类理性自然地把它理解为善(并且因此去追求),把它们的反面理解为恶(并且去避免)”²。

阿奎那在分析自然法时把它分为首要原则和次级原则:前者可以被新的原则补充,却不会从中减损;后者则在特殊的情况下会遭到改变。但是,他没有告诉我们这一划分的基础何在:哪些原则是首要的?他也没有解释次级原则是如

1 菲尼斯:《自然法与自然权利》,第399页。

2 *Summa Theologiae*, II/I, 94, 2.

何派生于首要原则的。

人们往往把一个重要的主张与阿奎那的理论联系在一起(菲尼斯认为它被广泛曲解了),该主张就是,一项未能符合自然法或者神法的“法律”根本就不是法律。这通常在“不正义的法律不是法律”(Lex iniusta non est lex)这一格言之中表达出来。阿奎那本人似乎从未提出过这一论点,他只是在援引圣奥古斯丁的说法。当然,柏拉图、西塞罗和亚里士多德都表达过相似的观点,但这个命题却被牢牢地扣在了阿奎那头上。¹ 阿奎那似乎说的是,与自然法的要求相冲突的那些法律失去了它们的道德约束力。换言之,一个通过颁布不正义(非理性或者违反共同善)的法律而滥用权威的政权就会丧失要求服从的权利——因为它缺乏道德权威。阿奎那称任何这样的法律都是一种“法律的败坏”。但是,他并未表明违背它总是正当的,尽管他说如果统治者颁布了不正义的法律,“他们的臣民不用必须服从”,但他也补充说,“或许也有例外,在某些特殊的情况下,这是一个避免‘公愤’”(对其他人是一个败坏的例子)或者避免动乱的问题。² 这与我们有时以阿奎那的名义作出的试图证成法律不服从的激进主张有着天壤之别。我将会在 2.11 处尽力说明在这种不公正的社会援引自然法的困难及限制。

菲尼斯在其 2011 年出版的《自然法与自然权利》的后记当中,把自然法“赋予不公正规则以法律效力”这一命题描述为“宽松的”(loose)。他肯定,自然法理论“接受不公正的规则可以满足法律体系的法律效力的标准,而且,当它们满足时,它并不会否认这一事实,除非法律体系本身提供一个裁决根据,把这些有效的规则由于它们的不公正而在法律上(直接或间接)视为无效”³。

自然法的“定义”,无论是对它的尝试还是寻找都可能是虚无缥缈的。但

1 请参见菲尼斯《自然法与自然权利》,第 363—366 页。他提出了一个强劲的反驳,不仅针对这种观点本身,也针对那种认为阿奎那在肤浅的意义上坚持它的建议,那是许多法理学教科书的惯常做法。

2 Summa Theologiae, II / I, 96, 4.

3 菲尼斯:《自然法与自然权利》,第 476 页。

是,西塞罗在《国家篇》(*De Re Publica*)中的斯多葛式的宣告¹,包含着任何自然法哲学都具有的三个主要部分:

真正的法律是与本性相合的正确的理性;它是普遍适用的、不变的和永恒的……试图改变这种法律是一种罪孽,也不允许试图废除它的任何部分,并且也不可能完全废除它。……(上帝)是这种法律的创造者、宣告者和执行法官。

这种表述强调了自然法的:

- 普遍性和不变性;
- “高级”法的地位;
- 通过理性的可发现性(在这个意义上它是“自然的”)。

对自然法的任何叙述应当至少涵盖这三项因素。但是,请注意布莱恩·比克斯的重要评论:

与一般人的期望背道而驰,自然法通常与“法律”这个词的习惯用法所表示的内容关系不大。在自然法理论中,“法律”经常是指由更高的权力所规定的那些我们应当遵守的秩序或者原则。²

然而,这并没有阻止自然法这个概念在当代政治和道德论争之中的使用,

¹ Book 3, Ch 22, sect 33.

² 布莱恩·比克斯:《自然法:现代传统》(*Natural Law: The Modern Tradition*),收录于科尔曼和夏皮罗主编《牛津法理学和法哲学指南》(*The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* [Oxford: Oxford University Press, 2002]),第70—71页。

它触及广泛的争议,包括世界政府,乃至口交等一系列问题。¹

正如大家所预料到的,关于自然法的基本原则存在着种种异议和分歧。经典的自然法传统突出理性的重要性。因此,菲尼斯强调理性在回答“我应当做什么?”(它由一个有良知的个人、组织或者官员提出)这样的问题当中的核心地位。按照菲尼斯的说法,这一传统:

具有一种清晰的理解,一个人无法合乎理性地肯定人类的平等,或者人权的普适性和约束力,除非他承认人们有一些东西,把他们与低于理性的造物彻底区分开来,而且在对“地位”(status)的任何承认之前,这些东西内在于每个人的真实现实,不论他们成年或者未成年,健康或者残疾。²

2.2 现代自然法理论

阿尔夫·罗斯(Alf Ross)(斯堪的纳维亚的现实主义者,参见6.3)的评论有些道理:“自然法理论就像一个人皆可夫的女人,谁都可以尽情摆布她。”³这个理论既被用来证明革命的正当性,也被用于为反动辩护。公元前6世纪,古希腊人这样描述人为法:它们在事物结构之中的重要性归因于控制一切事物这种命运的力量。这种保守的观点可以(而且可能已经)被用于证明(无论多么邪恶的)现状的正当性。然而,公元前5世纪,在自然的法则与人为的法律之间可能存在某种冲突,这一点得到了承认。

-
- 1 请参见罗伯特·乔治从自然法理论立场针对“非婚姻性行为”、色情、堕胎和同性恋所作出的严谨论证,收录于罗伯特·乔治的《为自然法理论辩护》(*In Defense of Natural Law*[Oxford: Oxford University Press, 1999])第2部分和第3部分。
 - 2 约翰·菲尼斯:《自然法:经典传统》(*Natural Law: The Classical Tradition*),收录于科尔曼和夏皮罗主编《牛津法理学和法哲学指南》(Oxford: Oxford University Press, 2002),第4页。
 - 3 阿尔夫·罗斯:《法律与正义》(*On Law and Justice*[London: Stevens & Sons, 1958]),玛格丽特·达特(Margaret Dutton)英译,第261页。

在亚里士多德的作品中,提到的更多是自然的正义与习俗的正义之间的区分,而不是自然法。最受自然法概念吸引的是斯多葛学派,那里“自然的”意味着与理性相符。斯多葛学派的观念贯穿着罗马人所采纳的路径(由西塞罗表达出来),他们承认与“理性”不符的那些法律或许会被视为无效。¹

然而,将我们今天所理解的成熟的自然法哲学完整地表达出来的却是天主教会。早在公元5世纪,圣奥古斯丁就问道:“失去正义的国家是什么,不过是扩大的匪帮?”²1140年左右,格兰西出版了他的《教会法汇要》(*Decretum*),这是一部包含着4000多个主题的文集,处理的对象涉及他试图调和的教会戒律的各个方面。他在作品中遵循着中世纪的自然法概念,开端即宣称:“人类受到双重律法的统治:自然的律法和习俗的律法。自然的律法包含在圣书和福音之中。”但是,他接着说:“自然法优先于习俗和成例。即使是约定俗成或者记录在案的东西,一旦违逆自然法也是无效的。”

正如上文讨论过的,阿奎那对自然法原则的完整阐释在当时是最有影响力的。

17世纪的欧洲,对法学全部分支的阐述(尤其是国际公法)都意图建立在自然法的基础之上。胡果·德·格罗特(Hugo de Groot, 1583—1645),也就是我们通常所称的格劳秀斯(Grotius),常常与自然法的世俗化紧密地联系在一起。在他的巨著《论战争与和平法》(*De Jure Belli ac Pacis*)中,他声称“即使上帝不存在”(*etiamsi daremus non esse Deum*),自然法仍然具有相同的内容。这被证明是国际公法学科发展的重要基础,但当格劳秀斯提出他的假定命题时他的意思究竟是什么,这并非完全清楚。³ 我自己的观点是,格劳秀斯认为某些事情

1 哈德利·阿克斯(Hadley Arkes)有一个有趣的尝试,他试图把西塞罗的自然法概念运用到当代正义和权利的问题之上,收录于罗伯特·乔治主编 *Natural Law Theory: Contemporary of Essays* (Oxford: Oxford University Press, 1992),第245页。

2 《上帝之城》,第4书,iv。

3 对此登特列夫和菲尼斯有着不同的解释,参见登特列夫《自然法》,第53—56页;菲尼斯《自然法与自然权利》,第43—44页。

“从本质上讲”是错误的——不论它们是否被上帝所裁决；因为用格劳秀斯自己的比拟来说，即使是上帝也不能让 2 乘以 2 不等于 4。然而，他这么说并不是在否认上帝的存在（像有时人们所表明的那样），他所强调的是对与错是自然属性的问题，而不是上帝武断的神圣法令。

在英国，随着布莱克斯通爵士（Sir William Blackstone）的《英国法释义》（*Commentaries on the Laws of England*）在 18 世纪出版，自然法理论达到了高峰。正如有些学者所证明的那样¹，布莱克斯通（1723—1780）以对经典自然法学说的勾勒开启了他的宏论，以便通过诉诸上帝赐予的原则使英国法神圣化。但是，尽管他提出了各种关于实在法的主张，而实在法的权威其实派生于自然法，一旦与自然法冲突它就是无效的，因此这些主张并没有实际地贯彻到他对法律本身的分析之中。当然，正是试图为实在法披上一层派生于自然法的正当性外衣的这种做法遭到了边沁的批判（甚至可以用愤怒来形容），后者把自然法描述为“纯属无稽之谈”。参见 3.2。

2.3 政治哲学中的自然法理论

阿奎那与一种相当保守的自然法观念相连（正如上文所指出的）。但是，自然法原则却被用于证明革命的正当性——特别是美国革命和法国革命——原因在于，法律违反了个人的自然权利。因此，在针对英国殖民政策的美国革命中，人们诉诸全体美洲人的自然权利，1776 年《独立宣言》以崇高的字眼宣布了“生命权、自由权和追求幸福的权利”。正如《独立宣言》所写的：“我们认为下面这些真理是不言而喻的：人人生而平等，造物者赋予他们若干不可剥夺的权利。”同样激动人心的观点也出现在 1789 年 8 月 26 日的法国《人权宣言》之中，它论及人类所享有的某些“自然权利”。

1 参见 D. Kennedy, “The Structure of Blackstone’s Commentaries”, (1979) 28 *Buffalo Law Review* 205。

自然法理论的政治运用与各式各样的“契约”理论密切联系在了一起,它们以社会契约的方式思考政治权利和义务。这种“契约”不是严格的法律意义上的协议,而是包含着以下观念:一个人只有在他自己同意的情况下,才受另一个人的政治权力所支配。契约论对当代自由主义思潮还存在着影响力,尤其是在约翰·罗尔斯的作品之中(参见 9.3)。

有些法理学课程只是顺带提及那些杰出的社会契约论者(霍布斯、洛克和卢梭)的思想,而且要么是在当前的语境之下,要么是在讨论这些理论在罗尔斯的作品中的复活之时。当然,严格来说,这些理论家并非法学家,但是他们对社会政治和法律理论的影响至为重要,大家至少应当熟悉他们各自观点的基本要素。对于当前的目标来说,给出这些理论家们分析自然法和社会契约时最为简明的提纲已经足矣,但是,我仍然建议大家花点时间去了解这些重要的理论家,最好直接翻阅他们的原著。

2.3.1 霍布斯

对于许多学生来说,托马斯·霍布斯(Thomas Hobbes, 1588—1679)可以约等于他的警句:生命是“孤独、贫困、肮脏、野蛮(*brutish*)和短暂的”,尽管不止一个考生把它写成了“肮脏、英国(*British*)和短暂的”。(他实际上极为高寿,而且是一个健身狂!)在他的名著《利维坦》当中,他实际上说的是,这是人在缔结社会契约之前的状态,即人的自然状态。自然法教导我们需要自我保存:如果我们想要维护秩序和安全,法律和政府就是必需的。因此,我们需要通过社会契约把我们自然的自由交出去,从而创造一个有序的社会。现在人们广泛认为,霍布斯采取了一种相当集权的哲学,把秩序置于正义之上。尤其突出的是,他的理论(也是他自认的目标)是要毁掉对政府发动(甚至残暴的)革命的正当性。