



首页 → 学术文章 → 法律伦理

H·L·A 哈特：实证主义和法律与道德的分离

实证主义和法律与道德的分离

作者：H·L·A 哈特著/翟小波译/强世功校

法律实证主义认为应当在“实际是之法”和“应该是之法”间作出区分，该主张招致了许多批评。哈特教授在此为法律实证主义进行辩护。他认为，诚然，法律实证主义理论的其他部分应该受到批评，但是，这与它所主张的“实际是之法”和“应该是之法”的区分是两个不同的问题，而批评者则把两者给混淆了。进而，哈特教授论述了这一区分的优点。

在本文中，我将讨论一种观点并试图为它辩护。霍姆斯（Holmes）法官等曾持有此种观点，他们也因此遭到了很多的批评。首先，我将说明，为什么对于英国人来说，霍姆斯（Holmes）仍将是法理学中的一个伟大的人物，无论他在美国的名声怎样变动沉浮。之所以如此，是因为他拥有两种神奇的能力：一是想象力，这是英国法律思维（thinking）中常经缺乏的；二是清晰性，这是英国法律思维中通常具备的。通过阅读霍姆斯，英国的法律人意识到：他们以前认为是固定不变事情其实总是处于运动变化之中。在这一过程中，霍姆斯就象一位向导，他的话可能不会令你信服，有时甚至令你讨厌，但从来不会使你迷惑不解。象我们的奥斯丁一样（他们二人有许多共同的理想和主张），有时，霍姆斯明显是错误的；同样和Austin一样的是，当他错误时，他总是错得清晰明白。这确是法理学一个最重要的美德。不错，单单谈论清晰性是不够的。但是，正是因为我们采用了（为霍姆斯所唾弃的）极含混的研究方法，结果，法理学中的许多问题被搞的混乱不堪。也许，法理学注定要在许多学科的边际间极不确性地摆动，因而总需要有人来“剥去其神秘的面具”（边沁语）¹，这正是本文最主要的目的。当下的各种观点表明，我们必须承认，法律实证主义者（他们的时代今天已经终结）将某些事情弄得含混不清：在法律和道德之间有某种交叉²，或者“实际是”和“应该是”在某种程度上是不可分解的融合在一起的、是不可分离的³（尽管实证主义者否认这种说法），这些表述意味着什么？或者说，在许多可能情形中，它能够意味着什么，实际上意味着什么？哪些是实证主义者所否认的？为什么这样否认是错误的？

本文中，我将对研究对象作观念史上的考察。在18世纪以末、19世纪初的英国，对法律和社会问题热切关注的思想家和波澜壮阔的社会变革的设计师就是伟大的功利主义者。其中有两个人即边沁和奥斯丁，一贯地主张要坚决地、尽可能清晰地区分“实际是之法”（law as it is）和“应该是之法”（law as it ought to be），这一主张贯穿他们所有的工作。他们谴责自然法思想家，就是因为他们混淆了这一简单明了但又极为重要的区分。相反，在这个国家（美国），法律和道德之间的区分被视为浅薄的和错误的。这种现象在英国也存在，尽管程度不及美国。一些批评者认为，这一区分妨碍了人们对法律的真正本质及其社会生活根源的认识⁴。还有一些人认为，这种区分不仅在理论上具有误导性，而且在实践中亦非常有害，最糟糕的是，它削弱对专制和独裁的抵抗⁵，至少，它可能使得人们不尊重法律。“法律实证主义”这一毫无贬意的名称，象大多数在知识论战中被用做炮弹的其它术语一样，已渐渐地成了形形色色的多种不同罪恶的代名词。其中真实的或被宣称的罪恶之一是：像边沁和奥斯丁所做的那样，主张“实际是之法”与“应该是之法”的分离。

然而，这种倒退是怎样产生的？这一区分的理论上的错误是什么？象边沁和奥斯丁那样，强调这种区分，其实践后果真是有害吗？对这种区分，我们现在是应该抛弃抑或继续坚持？在思考这些问题时，我们应当考查与功利主义相伴随的社会哲学。功利主义者将关于法律和政府的自由主义原则牢固地但也仅仅是建筑于功利主义基础之上。从来没有

人如同功利主义者那样，拥有这样的平静心态，将改革的热情与对法律的尊重和控制权力（即使权力在改革者手中）滥用之必要性的正确认识结合起来。但是，在边沁的表述中，你会逐步发现法治国（Rechtstaat）的要素和自然法术语在现时代复兴后所捍卫的全部原则。这些原则是：言论出版自由，结社权利⁶，法律在执行前应当公布和广泛被人知晓的原则⁷，控制行政机构的原则⁸，无过错即无责任的原则⁹，法制(legality)原则的重要性，法无明文规定不受罚（nulla poena sine lege）¹⁰。我知道，一些人认为，功利主义者的政治及道德识见非常简单，但是，我们不应该将这种简单误认为是浅薄；也不该忘记，与其它思想家的深奥相比，他们的这种“简单”是多么有益。这仅通过一个例子，即边沁对奴隶制的论述便可得到说明：边沁说，问题的关键不在于那些被视为奴隶的人是否能够理性地思维，而在于他们是否遭受痛苦¹¹。有些人认为，奴隶制问题实际上是，上帝是否让某些人仅仅作为其他人有生命的工具的问题。难道前者的论述不比后者要高明吗？今天，我们不再对该问题进行讨论，不在依该方式去分析类似的社会政策，这主要归功于边沁，而不是别人。

所以，边沁和奥斯丁不是无聊地玩弄语词区别的枯燥的分析家--面对正被大火毁掉的城市作壁上观。相反，他们是社会运动的先驱者，他们热情地争取理想的社会和完美的法律，并且取得了巨大的成功。那么，他们为什么主张“实际是之法”和“应该是之法”的分离呢？他们想说明什么？首先，让我们看看他们说了些什么？奥斯丁这样说道：

法律的存在是一回事，它的优缺点是另一回事，法律是否存在与它是否符合某假定的标准是两个不同的范畴。一个法律，我们可能恰巧不喜欢它，或者它可能不符合我们用以认可法律的标准，但只要它确实地存在，它便是法律，这是一个事实。在此事实作为抽象命题被正式提出后，人们觉得这是显而易见且过分简单的说法，坚持该观点没有太大意义。不错，这种观点确实显而易见且过于简单。这一观点的太多内容被人们遗忘和忽略了，要从理论上对这些内容做抽象地论述恐怕要用一大部书才能说清楚

例如，在一篇评论(《英国法释义》)中，布莱克斯通爵士曾讲道，在义务的履行上，上帝法（the law of god）优于所有其他法律；任何人法（human law）都不得与他们相冲突；否则，人法是无效的；所有法律的效力都来自某种神圣的起源。

这里，布莱克斯通的意思可能是：所有的人法都应符合神法（divine laws）。如果确实如此，我欣然接受这种说法。或许他的意思是说：立法者在制定法律时（法律的执行要诉诸于某种终极原则）必须自觉受到神法的约束，否则将会受到上帝的惩罚。对此，我也完全同意……然而，上节所述并不是布莱克斯通这段话的意思。他真正要说的是：所有与神法冲突的人法不具有法律的强制力和约束力，换句话说，与神法相冲突的人法不是法律……¹²

奥斯丁只是笼统地反对混淆“实然法”（what law is）和“应然法”（what it ought to be）的区分，他认为，不论我们的应然标准是什么，也不论我们用以认可法律的依据是什么，混淆二者界限的做法都是错误的。然而，他的论述却经常混淆“实际是之法”（law as it is）和“道德原则所要求之法”（law as morality would require it to be）。对他来说，有一点是必须注意的，即基本的道德原则是上帝的命令，“功利”原则只是通往道德境界的指南(index)，即在“功利”之外还存在着某社会团体事实上接受的道德或“实证”（positive）的道德。

边沁也主张在“实然法”和“应然法”之间做出区分，但与奥斯丁不同，他没有借助于上帝，而是当然地纯粹用功利原则来定义道德。两位思想家坚持该区分的理由是：让人们能够冷静地对待“道德上恶的法律”存在的事实所明确提出的问题，理解法律秩序之权威的具体特性。人们在“法律政府”之下该如何生活呢？边沁的答案很简单：“严格地遵守，自由地批评”（to obey punctually, to censure freely）¹³。然而，基于对法国大革命的忧虑，边沁很清醒地意识到，仅仅这样做是不够的，我们进入这样一个时代，即任何一个社会，只要其法律的命令极为可恶，它都不得面临这样的可能：其法律将会遭到的抵抗。这是一个关乎全局的重要问题，对此我们既不可作过于简单化的理解，也不可故意含混其辞¹⁴。然而，混淆法律与道德的做法却恰恰犯了这样的错误。边沁发现，这种混淆的后果体现在两个截然相反的两个方面。无政府主义者主张：“这不应当是法律，因此，它不是法律，我不仅可以批评它，而且可以违反它。”与此不同，反对者主张：“这是法律，因此，它是应该的。”于是，便在法律产生时就抑止了法律批评。边沁认为，这两种错误都可在布莱克斯通的著述中发现。后者武断地宣称，与上帝法冲突的人法是无效的¹⁵。我们的法学家好象是忠诚的“寂静教”（quietism）信徒，由于受无为、顺从精神的影响，几乎意识不到“是”和“应该是”之间有什么区分¹⁶。“在法律人眼中，‘是’和‘应该是’是不可分割的一个整体，更不要说一直被他们蒙骗的老百姓了……”¹⁷。边沁看来，这确是法律人的职业毛病，它导致了两个危险：其一是，人们关于“法律应该是什么”的观念可能会消解法律的权威，甚至对法律存在本身提出挑战；其二是，法律可能会取代道德作为人类行为的最终评价标准，从而逃避了法律批评。只有经常是与应该是的区分才能帮助我们度过此一危险。

在主张法律与道德分离的过程中，一些内容功利主义者并没有明确谈道，考虑到下面的批评，非常必要对此予以澄清。毫无疑问，功利主义者承认有许多事物属于“法律与道德的交叉领域”。首先，一方面，法律体系的发展受到道德观念强有力的影响，这是历史事实，他们从未否认过；另一方面，法律也深刻影响了道德标准，所以许多法律规则的内容反映了道德规则或原则。虽然，要在事实上探寻这种历史上的因果关系非常困难，但是，边沁肯定乐于承认它的存在。在奥斯丁讲到实在法和道德间“频繁的巧合”¹⁸而且在他将“实际是之法”和“应该是之法”的混淆归咎于这种巧合时，和边沁一样，他也承认法律与道德间历史因果关系的存在。

其次，边沁和他的追随者们也不否认下述事实，即通过明确的法律规定，道德原则可在不同程度上被引入法律体系，进而构成法律规则的一部分；法院也可能负有依（其所认为的）正义或善的标准做出判决的法律义务。与奥斯丁不同，边沁确实认识到，即使是最高的立法权也可能受到宪法的法律约束¹⁹，我们不应该否认，道德原则（如第五修正案）有可能构成宪法性的法律限制。与边沁不同，奥斯丁认为，对最高立法权的限制不能有法律效力，它只能是政治的或道德的制约²⁰。当然，他本应认识到：一个法律可能授予立法权，同时又可参照道德原则对该立法权行使的范围进行限制。

边沁和奥斯丁急于要说明两个简单的道理：其一，在缺乏宪法和法律明确规定的情况下，我们不能仅仅因为一个规则违背了道德标准而否认它是一个法律规则；相反，也不应因为一个规则在道德上是令人向往的，便认为它是一个法律规则。

这一简单学说在19世纪的历史太遥远、太复杂，今天已无法对它进行细致追踪。我可以对它作如下概括：在奥斯丁向世人提出该学说后，它主导着英国法理学；在对整个英国法理学的整体评述中，它构成了不可缺少的一部分，尽管它可能被认为是不受欢迎的。在奥斯丁的讲演稿于1863年出版之后，关于此学说一系列论著陆续出版。每一本书都阐述了这样的观点，即功利主义法律与道德的区分能够使法律家对法律获得新的明晰的认识。阿莫（Amos）--英国的一位奥斯丁的继承者--说，“奥斯丁将法律从仍旧纠缠于法律的道德僵尸中解放出来”²¹。在这一点上，就是那对奥斯丁百般挑剔的梅因也不曾有过质疑。在美国，诸如格林（N·St·John Green）²²、格雷（Gray）和霍姆斯等人认为，该学说有助于人们更好的理解作为社会控制手段的法律，从而在法律研究中促成一个富有成效的新开端。他们认为该学说是不言而喻的，且富有启发性--如同一揭示了真理的同义反复。当然，该区分也是霍姆斯的一篇著名论文“法律之路”²³的主题。该学说在学者心目中的地位，格雷在世纪之交所写的《法律的性质和渊源》一书中，给予了最好的说明。他说：“上个世纪，法理学在基本概念方面的重要成就是认识到了这样的真理，即国家的法律不是一个理想，而是实际的存在，不是‘应该是’，而是‘实际是’。该观念明确地在普通法的法理学中得以确立，是奥斯丁的功绩。”²⁴

二

以上说的是这一学说全盛时期的情形。现在我们来转向它所遭受的批评。当边沁和奥斯丁主张“实际是之法”和“应该是之法”的区分时，毫无疑问，他们所考虑的特定法律是意义明晰，且不存在争议的。他们认为，这种法律，即使是不道德的，仍然是法律。然而，在考虑后来所遭受的批评时，如果要认识此种不满的根源，我们就不该仅仅考虑针对法律与道德的分离这一特定问题的那些批评；而必须进一步考虑下述反对意见：即使功利主义在此具体问题上是对的，但是，他们用以阐述其主张的术语，表明了“法律是”和“法律应该是”间存在着大致的鸿沟，从而掩盖了二者在其它方面存在着的实质联系的这一事实。因此，接下来，我们不仅要分析功利主义者已经考虑过的那些批评。而且要考虑下述主张：即如果我们考虑一个含义上有纷争的法律是怎样在具体案件中被解释和适用时，我们便会发现，法律和道德之间存在着重要的联系；而且如果我们拓宽自己的视野，不是问，一个特定的法律规则是否为成为法律是否必须符合一最低限度的道德，而是问，一个不符合此要求的规则体系能否称为一法律体系时，便会再次发现法律与道德间的重要联系。

然而，这些批评根本没有弄清楚：功利主义对法律和道德的区分有一重要理论前提，正是它使该问题变得极其复杂。我们必须牢记，功利主义坚持法律与道德的区分是同其他两个同等重要且独立的学说相联系的：一是，法律概念的纯粹分析研究，即对法律中的各不相同的词汇的意义进行研究，对于我们理解法律的性质而言，这一研究与历史学和社会学的研究同等重要，尽管它无法取代后者；另一学说即著名的法律强制理论，它认为法律主要是一种命令。

这三种学说构成了法理学的功利主义传统。然而，它们是相互独立的。我们可以一方面赞颂法律与道德之间的区分，尊重对法律概念的意义作分析研究，而同时反对将法律看作命令。在对法律和道德区分学说的批评中，混乱之一是，错误地认为，在功利主义传统的三个学说中，一个错误即表明了其他两个也是错误的；更糟糕的是，它没有看到

这一传统中存在三个相互独立的学说。在所有混淆该问题的各因素中，为害最大的是无差别地使用“实证主义”的标签含糊地指代三个独立的学说（甚至指代功利主义从未阐述过的其它观点）25。然而，在美国，一些早期对奥斯丁学说进行批评的学者，在该问题上却是非常明白的。例如，格雷在对奥斯丁表示自己的敬意后，补充到（我们已经引述过）：“在将国家的法律当作主权者的命令这一点上，他可能是错误的。”26他很敏锐地触及了法律命令说在许多问题上的缺陷，但是，其他的批评者就有点糊涂了，他们认为，法律“命令理论”逐步暴露的缺陷足以证明法律和道德的区分学说的错误。

这样做是错误的，同时又是正常的。为什么说它是正常的呢？欲回答此问题，我们必须对命令说作更详尽的分析。“法律是命令”的著名理论是更为宏大且更有雄心的宣言的一部分。奥斯丁认为，“命令观念”是“法律和道德科学的关键”27。当今人们用“强制性”及“规定性”的措辞去阐明道德判断的努力，正是对该雄心勃勃的主张的回应。但是，命令理论，作为说明法律本质的一种努力，在法律解释的过程中不够简明而且很不充分，更不要说对道德本质的说明了。如果将法律看作命令，将会有很多现象被歪曲，即使我们面对的是最简单的法律体系。然而，功利主义者认为，如果用“习惯服从说”去补充命令说，我们便能够掌握法律体系的实质。这里有一个简单的问题，即什么是命令？命令只是一个人强制或禁止他人做某种行为的愿望的表达，与该愿望表达所伴随的是威胁，即不服从者将受到惩罚。命令只有在符合下面两个条件下才是法律：其一，它们必须是一般的；其二，命令必须出自某个人或某集团，--他/她们接受社会上大多数人之习惯服从，自己却不服从他人。（正如边沁和奥斯丁所说）这些个人或集团存在于任何政治社会之中（不论其政治体系如何不同），它们即主权者。因而，法律是任何社会中命令者的命令，是完全处于法律之外的主权者不受法律限制的意志的创制。

对法律体系的这种描述显然没什么意义。人们也可看出：其缺陷在于，它忽略了法律和道德之间的某些实质的联系。如果你完全准确理解了命令、制裁和主权之简单的三部曲所隐含的意义，便会发现，它们描述的很像是一个强盗情境。强盗说：“把钱交出来，否则，老子杀了你。”唯一的差别是，在法律体系中，“强盗”的对象是大量的习惯于被勒索和服从的民众。当然，很明显，法律并不是强盗的命令，法律秩序也不可能简单地认为是强迫。

尽管成文法律和单个命令有很多相似之处，但是，法律命令说忽略了法律作为法律所具备的一些重要特征。例如，它将一个工作成员经常变动的民选立法机关看成是被习惯服从的一群人，这是错误的。这个想法只适用于长命君主以致“服从习惯”能够养成的情形。退一步讲，即使我们承认此想法成立，但是，如果立法者不遵守公认的立法程序的基本规则，他们所制定的仍不能叫做法律。即使在某拥有单一宪法的体制下，比如英国，道理也是一样。公认的基本规则规定了什么是立法机关必须做的，它们既不是被习惯服从的命令，也不可看成是对他人服从的习惯。它们是法律体系的根基。对于一个社会团体或官员而言，接受这些规则意味着什么呢？功利主义完全忽略了对此问题的分析。然而，正是此问题本身以及对它的回答而不是奥斯丁所声称的命令，才是法理科学的关键，或者说，至少是关键之一。

再者，在民主制下，奥斯丁将立法者背后的选民看作是主权者（在英国，他们是主权的一部分）。他认为，在美国，州及联邦立法机关的选民是主权者，他们的命令经由立法机关中的“代理人”宣布，构成了法律。然而，如果真的如此，那么，在法律之外存在被人民习惯服从的主权者的整套观念必须抛弃：因为如果这样，便是人民服从人民，即自己服从自己。很明显，如果将大众对在法律之外的某些人的习惯服从作为分析的根据，那么，人们不顾操纵立法的如走马灯般变换的具体个人而只是普遍地接受立法程序本身的权威的这种事实必将受到歪曲。这种说法与一更为简单的现象类似，即，社会普遍地接受了进教堂要脱帽的规则，但是，如果说这是大众对某具体个人的习惯服从，无疑是对这种现象的歪曲。

另外一些批评者隐约觉察到了命令理论更深刻更重要的缺陷，但是，由于他们将它归咎于功利主义者没能坚持法律与道德间存在重要联系，从而使得自己的批评软弱无力。该缺陷是，在“命令理论”者看来，人们在法律之下的生活被描绘成命令者与服从者、上级与下级、高层与低层间的一种简单的关系；这种关系是垂直的，它存在于高于法律的立法者、命令者和接受命令、遵守法律的服从者之间。这里人们对事实上极为不同的法律规则的区分视而不见，或者认为它们仅仅是偶然的或次要的。一些法律要求人们以某种方式去行为或禁止某人行为而不考虑人们愿意与否。刑法中包含了大量的规则：它们只能是要么“遵守”，要么“违反”，除此之外，再无第三种选择。但是，社会上其他法律规则却表现为完全不同的形式，具有完全不同的功能。它们为个人提供某种程度的便利，从而便利人们能够在法律的强制结构内为自己的行为创制“某权利义务”关系（structure）。人们依据这些规则订立合同、遗嘱和信托，与他人形成法律关系。与刑法不同，这些规则不是用来阻止人们“反社会”（antisocial）的愿望及选择的。相反，它们为愿望及选择的实现提供便利，它们不是象命令那样，说：“无论你愿意与否，你都必须这样做”，而是说：“如果你想做，你可以这样做”。依照这些规则，我们行使权力，提出请求，主张权利，这些词汇体现了授予权利和权力

的法律的重要特点。可以这样讲：它们是由个人以某种不同于刑法的方式予以运用的法律。有许多天才的学者曾努力将第二种法律化约为第一种法律的复杂变体（variant）。有人极力主张，授予权力和权利的法律，实际上只是负有最终法律义务之人所作出的制裁的条件性规定。这颇类似于凯尔森所做的大量工作²⁸。然而，这是种极为教条的做法，为了维护“制裁之条件带表了法律的本质”的理论（比如奥斯丁的理论），它压制了法律体系的其它方面。法律与棒球（游戏）规则不同。人们可以认为，棒球规则“事实上”只是得分手复杂的条件性指引，它表明了规则真正的或“根本的”性质。

英国的一位背弃奥斯丁法学传统的法学家萨尔蒙（Salmond）批评说，命令说的分析无视法学中的权利观念²⁹。但是，他混淆了问题的关键。他第一次认为，如果法律只是命令，“依法律授权的或产生的权利和权力”这种常见的说法便无法得到解释。这一观点是正确的，但是，接着他却得出错误的结论，认为法律体系的规则必然与道德规则和正义原则相联系，只有如此，法律权利的现象才能够得到解释。他认为，我们必须承认纯粹“语词的巧合”与法律和道德的权利概念是有关联的。与此相同，功利主义在欧洲大陆的批评者对主观权利观念的复杂性总很敏感，认为命令说无视它的存在。哈日斯通（Hagerstrom）认为，如果法律仅仅是命令，个人权利的观念无法得到真正的解释，因为命令是某种要么遵守要么违反的东西，它们并不授予权利³⁰。但是，他也总结道，分析授予权利的复杂的法律结构的必定涉及到道德或他所谓的“常识（commonsense）”和正义观念³¹。

然而，这些争论确实混淆了问题。授予权利的规则虽然区别于命令，但也不必然就是道德规则或符合道德规则。毕竟，权利同样存在于如仪式、游戏等诸多与正义或“应该是之法”等毫不相关的规则所控制的领域。授予权利的规则未必是善的或是正义的，奴隶主对奴隶的权利便是最好的说明。它们的善与恶（如奥斯丁所说）取决于权利在社会中怎样进行分配、分配给谁和它们具有什么内容。这些批评确实揭示出简单的命令说和习惯说在对法律进行分析时暴露的缺陷。很明显社会对权威规则或标准的接受（即使是出于恐惧、迷信或基于惯性）不可以笼统地归结为这两个简单的术语，这里有许多问题值得分析。但是，这丝毫不能说明功利主义者区分法律“存在”与法律“价值”（merits）的做法是错误的。

三

现在我来分析美国学者对“实际是之法”与“应该是之法”之区分所提出的独特批评。在美国，对司法程序的批判研究从整体上支配并有力地促进了法理学的发展。对“实际是之法”与“应该是之法”之区分的批评正产生于此批判研究的过程之中。这些批评者中，最富有怀疑精神的人（即笼统称为20世纪30年代的“现实主义”）极为天真地用自然科学的概念结构去分析法律的特征以及受规则指引的人类行为（这类行为至少部分地属于现存法律体系调整）。不过，它让人们看清了法院事实上是怎样裁决案件的，而且它在个案的裁决的具体事实和将此事描述成纯粹逻辑过程的传统术语间所做的区分也常具有启发意义；尽管其有点夸张，但是，它让我们明确意识到了人类语言和思维的一个基本特征，为我们提供了不仅对理解法律而且对理解法律学之外的哲学都至关重要的基本思路。我可以用下面的例子来说明这一学派的识见。有一个法律规则禁止将车辆开进公园。很显然，它禁止机动车辆，但是，它禁止自行车、带轮溜冰鞋和玩具汽车吗？还有，如果是飞机，又该怎么办呢？依据规则的目的，这些可不可以被称作“车辆”？如果纯粹是彼此间的交流，或者我们是在表达某种类型的行为应受规则约束的意图（就象在法律最基本的形式中一样），那么，针对我们通常用的词汇（就象上例中的车辆），必须存在某种该用语之适用不应导致怀疑的标准情形（standard instance）。它必须有一个确定的意义中心，同时它又有可争议的阴影地带（penumbra），在这里，词语既不是确定无疑地适用，也不是绝对地不予适用，这些情形与标准情形都有某种相同点；但同时它们又缺乏标准情形所具备的某些特征，或者它们具备某些标准情形所不具备的特征。这种变种（variants）随着人类之发明和自然之演化将会越来越多。如果我们试图说，某些事实符合或不符合既定的规则，那么我们所做的决定会背叛我们的目的，因为，我们词语和规则所要描述和适用的事实和现象是不会说话的哑巴。玩具汽车不会为自己提供证明，说“根据这个法律规则的目的，我是一个机动车辆”；带轮溜冰鞋也不会齐声喊道“不，我们不是车辆”。现实的具体情境不会等待我们去进行有条理的标签、裁剪和折叠；关于它们的法律分类，法官也不可能简单地辩明识别。因此，在适用法律规则时，我们必须为自己做出的“某词语是否适用于手边的案件”的决定以及决定可能产生的实际后果负责。

我们可以将产生于标准情形或确定意义（settled meanings）以外的问题称作“阴影问题”。这个问题总伴随着我们，无论是在处理公园运用管理的琐碎小事，抑或是面对有多种意义可能的宪法规则的等一般抽象问题。如果所有的法律规则都存在不确定的阴影地带，那么，在此阴影地带的具体案件中，规则的适用就不是一个逻辑过程，因而不再是演绎推理。多少年来，演绎推理一直被视为人类理性最完美的体现，然而，当法官或普通百姓将一般的规则适用于具体案件时，它却是不可取的。这里，人们不能仅仅依靠推理。这意味着，如果关于“阴影问题”的法律辩论及法

律判决是理性的，那么，它的理性一定不是仅仅源自它与法律前提的逻辑关系。因此，如果“根据规则之目的，飞机不是车辆”这一主张或决定是理性的或正当的，那么，其之所以是理性和正当决不是因为其符合逻辑规则。那么，究竟什么使得这些决定是正当的，或说至少是优于其它决定呢？或许我们要再次说，使此种决定正当的标准是“法律应当是什么”的法律概念；由此，人们很容易滑向这样一种认识，即关于“法律应当是什么”一定是道德判断，于是，我们再次触及到了“法律和道德必然存在交叉”的话题，这证明了功利主义着重强调法律和道德的分离是错误的或者至少是具有误导性。确实，边沁和奥斯丁之所以犯这样的错误，是因为他们误解或忽略了司法程序的方面，因为他们没有意识到“阴影地带”的存在及它所而带来的问题。

对司法程序的误解常被诬蔑为“形式主义”或“本本主义”（literalism）的谬误，它无视阴影问题的存在，将程序看作是绝对一致的演绎推理。我的问题是：这种错误是怎样而且在多大程度上证明了功利主义的区分是不正确的或是误导的？这里，有许多问题被混淆了，但我只能就一些方面略做分析。形式主义的指责既针对“实证主义”的法学家，也针对法院。当然：两者是互不相同的指责。就法学家而言，这意味着它在法律判决的性质上犯了理论错误。他认为推理存在于由前提出发的演绎之中，而法官的实际选择及决定在此不起任何作用。显而易见，这表明奥斯丁并没有犯这个错误。人们之所以认为他以及其他的分析法学家主张法律是法官由前提推导结论的封闭的逻辑体系，只是因为人们完全误解了分析法学，误解了奥斯丁认为分析法学之所以重要的原因³²。相反，奥斯丁极为敏锐地意识到语言的特征，意识到了它的模糊性及开放性³³。他认为，在阴影情境下，法官造法是不可避免的³⁴，而且，他严厉批评普通法法官在立法上软弱无力和胆小如鼠的表现，批评他们判案过程中对和过去案件的某种真实的或想象的类同的盲目依赖，批评他们不是使其决定适应功利道德标准所揭示的持续变动的社会需要³⁵。当他批评时，其语调常会让人回想起Jerome Frank法官。谁是应当为“法官是机器”的概念负责的坏蛋呢？不是功利主义的思想家！真正应为此承担责任的是，象布莱克斯通一类的思想家，更早一些的话，这笔帐可以算到孟德斯鸠的头上。这种谬误的根源是，对孟德斯鸠权力分立思想的偏信，对布莱克斯通的法官只能够“发现”、而绝不能制定法律的“幼稚幻想”（奥斯丁语）的盲从。

但是，我们在此之所以关注“形式主义”，不是因为其是法学家学说上的谬误，而是因为其构成了法官行为的缺陷。法官成为形式主义者、机械装置或自动售货机，对法官自身而言，这种角色的错误究竟意味着什么？奇怪的是，对此种缺陷进行大规模的集中批评的著作从未具体讲清楚这个问题；相反，我们所做的仅是一些不能说明任何问题的描述：什么法官犯了形式主义者的错误、过分地依赖于逻辑、从而走了极端³⁶；或者什么法官过分地依赖于分析方法等等诸如此类的无聊话语。但是，法官是怎样作为一个形式主义者，又是怎样的过分依赖于逻辑呢？显然，错误的实质在于法官对于一般条款所做的解释无视社会价值及实践效果（或者在某种程度上是愚蠢的，或者可能只是让某些批评者感到讨厌的）。但是，逻辑本身并不对条文规定解释：它不对任何措辞做出或是愚蠢或是机智的说明。逻辑只是告诉你：在给定的前提下，如果你对某条款做出某种解释，那么将会得到某种结论。至于如何对具体情形进行分类，逻辑则保持沉默。然而这正是司法裁决的核心。因此，所谓的依照逻辑或逻辑的极端情形只是一个不当的措辞，它掩盖了事情的真正本质。法官必须将规则适用于具体案件（案件中，一方面，规则是：不得跨州转移盗窃的车辆的。而另一方面，事实却是：该案中转移的是“飞机”）³⁷。规则的一般条款允许有多种不同的解释，并且依据语言惯例，法官对此拥有自主的选择权。对该事实（即法官依语言惯例对条款所具有的各种不同的解释可能的选择权），他要么看不到，要么装作看不到。法官也会忽略或无视下述事实：他处理的案子不是标准情形，而是面临着意义上的阴影地带。而且法官在确定规则的含义时，并不是依据社会目的，而是采取了另外一种不同的方式；他或者采取词语在非法律语境中对普通老百姓而言的含义，或者采取词语在其他法律语境中被赋予的含义；比较糟糕的是，他会想出一个标准情形，然后随意地确定标准情形的某些特征，例如，车辆是（1）一般在陆地上使用（2）能够载人（3）能自我推动的，他们只是将这三个特征看作使用“车辆”这个词的充分必要条件，而根本不考虑该解释的社会效果。法官依据该选择（不是逻辑的），可能会把玩具汽车（如果是电力推动的）看作是车辆，而将自行车和飞机排除在外。这可能是一种极奇愚蠢的作法，而且，它和从某确定的社会目的出发去决定一般法律条款的解释及普遍规则在个案中的适用的做法一样地不合逻辑。

以如此盲目的方式做出的判决实际不配享有判决之名。与其如此，倒不如用掷钱币来决定规则的使用。但是，司法判决（甚至在英国）是否曾经如此机械呢？答案是否定的，至少是可以怀疑的。恰恰相反：一方面，这种解释虽被诬蔑为“机械呆板”，它实际上来自人们的一种确信，在刑事法律中，采用一种普通人所理解的意义是种较为公正的做法，即使这样的可能是以忽略其他价值为代价，这本身就是社会政策（尽管可能是坏的政策）；另一方面，这种已决的选择确实是依据社会目的做出的，只不过其作为依据的是一个保守的社会目的。确实，最高法院在世纪之交的许多横遭诬蔑的裁决³⁸对阴影地带的意义的明晰选择都产生了强化保守政策的社会效果。此点在Peckham法官关于警察权的界限和正当程序的论述中表达得最为明确³⁹。

但是，机械呆板案件之错误和参照社会目标判决案件之正确这两者又怎样表明了功利主义对“法律是”与“法律应该是”的区分是错误的呢？有些人可能会用形式主义的错误来证明这种区分是不正确的，但是，我想，他们不会否认，被诬蔑为机械的判决仍然是法律；他们也不会否认，此机械判决得以做出之体系是一个法律体系。确实，他会说，它们是法律，但它们是坏法律，它们不应该是法律。但是，这种说法正是对功利主义区分的应用，而不是否定；当然，边沁和奥斯丁也用这种区分去批评一些法官，批评他们不能根据痴心不断的社会变化的需要来裁决阴影案件（penumbral cases）。

很显然，如果要通过形式主义的错误证明功利主义区分是不正确，有一点必须得到高度重视，一个理性的司法裁决之为理性不仅必须依据“应该是什么”之类的概念，而且还必须诉诸于本身应该视作法律之一部分的社会政策和目的--这里的“法律”在适当的广义上使用，而且比功利主义使用的法律概念更有启发性。强调这一点会导致下述结果：阴影问题频繁出现并不表明法律规则在实质上是不完整的；法官无法裁决案件并不意味着他们必须立法或做出创造性选择；相反，我们应该说，引导法官做出选择的社会政策在某种意义上等待着法官去发现；法官只是在发挥潜在于规则（如果其被恰当地理解的话）之中的意义。将这种现象称之为法官造法将遮蔽个案审理中规则被明确适用的事实和阴影裁决之间的实质上的连贯性。我会在后面讨论这种说法的正当性。现在我将对另外的方面略作阐述--它虽然显而易见，但不说明可能导致混乱。形式主义或本本主义的裁决是盲目的，与此相反，通过参考“应该是”的概念而得出的裁决是明智的，但是，我们不能由此便认为法律和道德间有结合点。我认为，我们切不可对“应该”这个词汇做过于简单化的理解，这不是因为在“实际是”和“应该是”之间没有区别的。相反，正是因为，在“实际是什么”和“应当是什么”（从普遍的意义上来讲）之间存在区别。“应当”这个词语仅仅反映了某种批评标准的存在，这些标准中的某一个可能是道德标准，但并不都是道德标准。我们对自己的邻居说“你不该死”，这当然是个道德判断；但是，我们应该明白，一个追悔莫及的投毒者会说“我本该让他多敷一剂”。这里，问题的关键是，我们用以反对机械或形式主义裁决的明智判决并非必然等同于以道德为基础的判决。对于许多裁决，我们都可以这样说“是，这是对的，应该是这样”，这仅仅意味着，我们提出了为大家所共同接受的目标和政策；它并不意味着，我们赞同，此政策或裁决在道德上是可以接受的。因此，在一个以追求罪恶为目的的法律体系中，机械愚蠢的裁决和灵活明智的裁决间的差别是能被不断地再生产的，这种差别只有在能充分地认识到正义原则及个人的道德要求的法律体系中（比如我们的法律体系）才是不存在的。

为更清楚地说明这一点，我们试举一例。在我们看来，在刑事案件中，判决的作出要求法官进行道德判断，这是显而易见的。这里，人们所考虑的因素似乎明显是道德因素：社会不应该受到非理性的攻击，受害人或被告都不应该遭受太多的痛苦；尽管其违反了社会的法律，但是，我们仍应努力使他过上较好的生活，重新获得适当的社会地位。法官有充分的自由裁量权，应全面考虑案件的复杂性从而谋求这些价值主张间的平衡。显而易见，他们任务似乎就是尽可能地进行道德判断；这与无视（我们法律体系中必须权衡的）道德要求而机械地根据判决适用刑罚等的做法截然背道而驰。因此，在这里，明智的理性的判决受道德目的不确定性的支配。但是，我们只要改变这个例子，就可发现，这种需要并不是必然如此。如果它不必然如此，功利主义的观点确实仍未动摇。在纳粹体制下，人们因为批评政体而被宣判有罪。这种判决完全是基于如何才能更有效的维持独裁统治的考虑。他们考虑的是，什么样的判决能够既威慑全体公众，又使罪犯的家人及朋友有所挂念，从而在希望和恐惧的共同作用中谋求对独裁者的服从。在这样的体制下，罪犯只是它追求自己目标的工具。然而，与机械的决定相比，这一决定是明智的，合乎目的的。从某种意义上来说，这一决定符合“应该是”的标准。当然，我们不是没有觉察到：整个的哲学传统都试图表明这样的一个事实，即如果一裁决或行为不符合道德目的和原则，我们就不能称其真正地合乎理性。但是，在我看来，上面的例子至少是一个警告：我们不能够用形式主义的错误来证明功利主义对“法律是什么”和“法律在道德上应该是什么”的区分是不正确的。

现在我们可以回到主要问题上来了。在阴影问题中，一个明智裁决不应是机械地做出的，而必须是依据目的、效果和政策，尽管其并不必然依据任何我们所谓的道德原则。如果这一陈述是真实的，那么，为表达此重要事实而主张抛弃功利主义“实际是之法”和“应该是之法”之区分，这样做明智吗？也许这种主张是难以在理论上驳斥的，因为它诱使（invitation）我们修改关于法律规则的概念，我们会将各种不同的目的和政策也视作规则，并依据这些目标和政策裁决阴影案件，因为这些目的所具有重要性，它们和有确定的意义中心的法律规则一样，有资格被称作法律。然而，尽管这种诱使是无法驳斥的，但基于两个理由，我们可以拒绝它：其一，我们所获知的司法过程的一切知识都能以其它不太神秘的方式表达。我们可以说，法律注定是不健全的，我们必须参照社会目标理性地解决阴影问题。我想，霍姆斯也会有这样的看法，他对这些事实有生动的描绘，他曾说“一般命题不解决具体个案”。其二，如果主张功利主义之区分，便必然要强调确定的意义中心的规则在某种极为关键的意义上讲是法律，即使其意义是有边界的，那也必须首先有分界线。如果不如此，那么，存在支配法院裁决的规则--此种观念将毫无意义，就象极端的现实主义

者40所主张的那样（我认为该主张是缺乏正当理由的）。

相反，弱化“实际是之法”与“应该是之法”间的区分，故弄玄虚地断言他们之间有融通之处则表明，所有的法律问题基本上都类似于阴影问题。这就是说，在规则所具有的基本意义中心，并看不到实在法的核心要素，法律规则的本质和需要重新依据社会政策进行思考的所有问题完全一致。当然，从事于解决阴影问题是件好事，它提出的难题正构成了法学院的“饭碗”。但是，忙于解决阴影问题是一回事，整天纠缠于阴影问题是另一回事。我们可以这样说，正如英国人为形式主义所困扰一样，在美国法律传统中，一心贯注于阴影问题则成了混乱的源头。当然，我们可以抛弃“规则拥有权威”的观念；我们也可以不承认“某案件符合规则或先例”之主张的效力，甚至认为该说法没有意义，我们还可以（像习惯上对法院的抨击那样）将这种推理称作是“机械的”或“自动的”。但是，如果我们认为这（阴影问题）不是我们所需要的，我便不应该为了支持它而否定功利主义的区分。

四

法律与道德的区分遭受的第三个批评与前述二者截然不同。它不是以细致推理为基础对功利主义之区分作知识上的反对，相反，它是人们基于刻骨铭心的惨痛经历而产生的情感诉求。它由地狱生还的人们（如乌利西斯或但丁）的控诉构成，他们为人类带来了警告。这里，地狱不在黄泉之下，不在九霄之外，它在我们日夜生活于斯的可爱的土地之上。它是人类用自己的双手制造的，目的是：将自己的同类投入地狱！

这种诉求源自德国思想家，他们经历了残酷的纳粹体制，并且对该法律体制下的罪恶行径进行了深刻的反省。拉德布鲁赫是其中之一。在纳粹独裁统治之前，他一直是实证主义理论的忠诚信徒。然而，纳粹下的体验，使他放弃了自己本来的信仰。所以，就他而言，要求别人抛弃法律道德分离之学说的呼吁，体现了公开忏悔的特殊辛酸。他们的批评闪光之处在于：它勇敢地面对边沁和奥斯丁在主张“实际是”和“应该是”之区分时曾考虑到的特殊难题。这些思想家主张应当将功利主义分离的事物重新结合起来。尽管在功利主义看来，这种区分恰恰是最重要的。因为，他们关心的对象是：道德上恶的法律所导致的一系列困境。

在转变信仰之前，拉德布鲁赫认为：对法律的抵抗是个人的良心问题，是个人提出的道德难题。法律的效力并不因下述两个理由而遭到否定：①法律的要求在道德上是恶的；②服从法律比起不服从法律将会导致更恶的后果。这里我们要重提奥斯丁，他极强烈地谴责那些认为与道德基本原则冲突的法律不再是法律的学说，称之为“一派糊言”（stark nonsense）。

最恶劣的法律因而全然违背上帝意志的法律，它们曾经而且将继续被法院作为法律予以实施。假设主权者用死刑去禁止一个无害的或有益的行为。如果我做了此行为，我将会受到审判并宣判有罪；如果我反对此判决，说它违背神法，法院将依据效力被我抨击的法律把我绞死，以此证明我的推理是无效的。抗辩、异议、申诉，这些以神法为依据的权利在现实的法院中从未有过，从未有过--自太初创世至此此时此刻41。

这里的措辞激烈有力，而且，例子也确实有点残酷。但是，不要忘了，这种论述在奥斯丁（当然还有边沁）这里相伴随的是这样一种信念，即如果法律极不公正，那么抵抗与不服从便显然成为一种道德义务。当我们权衡服从和抵抗以作出自己的选择时，我们便发现，由此而生的人类困境绝非三言两语可以道清。

纳粹体制轻松地利用了人类对于纯粹法律（表述为实证主义的术语即“法律就是法律”）卑屈的服从而达到了自己罪恶的目的，德国的法律职业竟然无能力去抗拒以法律之名义犯下的种种滔天罪行，因此，拉德布鲁赫得出结论，实证主义（这里指区分“实际是之法”与“应该是之法”的主张）助纣为虐，有力推进了纳粹恐怖统治。由此，他认为，人道主义道德（humanitarian morality）的基本原则是法律或法制(legality)概念不可或缺的部分，任何违背道德基本原则的实证法令或成文法都将是无效的--不管它表达得多么明白，多么清晰地符合特定的法律体系所规定的法律效力的形式标准。只有把握了德语词汇“Recht”包含的精妙涵义，才能充分理解拉氏的学说。但是，很明显，这一学说意味着：每一个法官或律师都应当强烈谴责那些践踏基本道德原则的法律--它不仅仅是道德的或错误的，而且根本不具有法律特征；在决定特定情形下具体个人的权利义务时，这种缺乏法律性质的立法是不应该予以适用的。不幸的是，拉德布鲁赫学说前后的剧烈转变在翻译其作品时被忽略了，所有愿意重新思考法律和道德关联的人都应当阅读这一内容42。

德国的法律良心必须向道德要求开放，然而在我们的传统中，情形却根本相反。读着拉德布鲁赫充满激情的呼吁和恨铁不成钢的抱怨，我们又怎能不落下同情的热泪！然而，认为德国人之所以对道德要求的麻木不仁和对国家权力的

阿谀卑屈是因为对“法律(尽管其不符合最低限度之道德要求)是法律”的信仰,这是极为天真的想法。相反,这段惨痛的历史促使人们探究:为什么强调“法律就是法律”及法律与道德之区分在德国是邪恶的,而在其他地方却与极开明的自由主义相伴而随(如功利主义者)。然而,在拉氏对道德上邪恶的法律存在本身所产生的问题的整个论述中,潜在着某些比天真更易导致混乱的思想。在他的论述中,我们可以发现,对于自己试图在法律职业中输入的自由主义的精神,他只是一知半解,这样说并非苛责。因为,他所说的一切都过分夸大下述事实,该事实即:一个规则可能被说成是一个有效的法律规则,该命题一旦宣布,便决定了对“这个法律规则应该被服从吗?”这一道德问题的终极性的回答。事实上,对任何恶意地运用“法律就是法律”的术语及法律和道德区分的做法,一个真正的自由主义者必然会说:“很好,但这并没有解决问题,法律不是道德,不要让它取代道德”。

然而,为评价拉氏修正法律与道德关系的主张,我们不应局限于纯粹的学术争论。战后,拉氏的法律概念自身包含了人道主义的基本道德原则。它在德国法院的实际操作中曾被用来裁决案件,惩罚纳粹统治下的当地战争罪犯、间谍及告密者。此类案件之所以重要是因为,被指控者认为,他们的所做所为,在行为实行之时,并不违反当时制度下生效的法律。这类主张遭到的反驳是:他们(主张)所依据的法律是无效的,因为违反了道德的基本原则。我在此引用一个简单的案例⁴⁵。

1944年,一个女子想除掉她的丈夫,便向当局告发他,说他离开军队休假在家时,曾有过侮辱希特勒的言论。依当时的德国法律,所有不利于第三帝国统治的言论及任何损害德国人民军事防御的行为都是违法的;尽管丈夫的言论违反了此种法律,但妻子并不负有揭发丈夫的法律义务。结果,依此种法律,丈夫被逮捕并被判除死刑,虽然事实上丈夫并没有被执行死刑,而是送到了前线。1949年,妻子在西德某法院受到追诉,理由是妻子剥夺了丈夫的自由(rechtswidrige Freiheitsbe-raubung)--依据自制定之时至今仍然有效的1871的刑法典,这是应当受到惩罚的犯罪。妻子主张说,丈夫是依据纳粹法律判处监禁的,因而她自己是无辜的。案件最后到了上诉法院,该院认为,妻子向德国法院告发丈夫导致丈夫的自由被剥夺,虽然丈夫是被法院以违法的理由被宣判的,但是,这种法律“违背所有正常人的健全良知和正义观念”。后来的许多案件都采用了这种推理方式,人们欢呼雀跃,赞颂这是自然法学说的胜利,标志着实证主义被彻底地打翻在地。对这种结果毫不保留地高唱赞歌,在我看来不过是歇斯底里。我们很多人可能会为此鼓掌叫好,因为,他实现了使做出极不道德行为的女子受到惩罚的目的。但是,此目的只是靠宣布1934年制定的法律无效而达致的,--至少,这样做是否明智还值得疑问。当然,还有两个其他的选择:其一是免除对该女子的惩罚,人们可能认为这样做是件坏事。其二是惩罚该女子,这时,人们必须面对适用溯及既往的法律的事实。我们必须充分意识到,在以这种方式实现惩罚的过程中,我们所付出的代价。尽管溯及既往的刑事立法或惩罚是邪恶的,但将其公开适用于案件中,至少体现了坦率的美德。我们必须明白,当惩罚该女子时,我们只是在两个邪恶中选择其一:要么使该女子免受惩罚,要么放弃法不溯及既往这一大多法律体系都接受的珍贵道德原则。我们从伦理史上学到的唯一的知识是:解决道德难题的办法便是不要隐藏它。当生活迫使我们两害之中取其轻者时,我们必须明确:难题究竟是什么?不道德的东西在某有限程度上不可能是法律或不可能合法,运用这一原则之弊害在于:它将会掩盖我们所面对的问题的真正本质,从而鼓励浪漫的乐观主义,认为所有为我们所珍视的价值最终将在单一的体系中融洽相处,而另外的价值不会因一种价值考虑被而牺牲或损伤。

“一切不协,是你不理解的和谐
一切局部的祸,乃是全体的福。”

当我们以对待普通案件的方式来错误地处理我们面临的难题时,这肯定是不真实的,也是不坦率的。

或许我们过分地强调了形式甚至是词语,与另外的可能对此女子产生相同结果的方法相比,我们竟不能着重说明一种处理该疑难案件的方法。为什么我们不能描绘出其中的差异呢?我们可以依据溯及既往的法律惩罚该女子,并且公开宣布,我们在两害之中做出了与现行原则不一致的较轻的选择;或者我们可以不必准确指明我们在此案件中的哪些环节上牺牲了该原则而将该案子敷衍过去。但是,坦率,正如它并不简单是一个次要的道德品质,它也不仅仅是法律实施过程的众多次要美德之一。因为,如果我们接受拉德布鲁赫的观点,主张某些规则因为道德上的邪恶而不能成为法律,于是,他和德国法院便以此来反对邪恶的法律,我们便混淆了一个最简单因而也最有力的道德批评形式。对我们容易了解的功利主义,我们可以说,这些法律是法律,但是它太邪恶了以致于不能被遵守。这是一个人人都能理解的道德谴责,它直接而明显地唤起了人们道德敏感。相反,如果我们将反对的理由表述为,这些邪恶的东西不是法律。这种主张是许多人无法相信的;如果他们迫不得已而对此事作认真的思考,那么,在接受这一观点之前,便会为一大堆的抽象哲学问题所困扰。因此,否定功利主义所主张的那种区分所获得的唯一且极为重要的教训是:在表述对法律制度的道德批评时,如果我们有丰富的明白易懂的语言,一定不要用争议性的哲学命题,这一点正是功利主义者极为关注并力图说明的。

自功利主义之后，法学理论上又有许多流派产生和发展。固然，功利主义学说的其它部分存在着各种各样的缺陷，但是，他们对混淆“是”和“应该是”的做法的批评具有不仅是知识上而且是道德上的价值。这正是我曾试图表明的。我们完全有理由这样说：虽然，就一个法律体系中的任何特定法律而言，这种区分（“实际是之法”和“应该是之法”之区分）是有效且重要的；但是，如果将其适用于“法律”即法律体系的概念，它至少具有误导性；如果我们主张（正如我们已做的那样）狭义的真理（或自明之理），我们便掩盖了一更广泛的（或更深刻的）真理。毕竟，有一点是需强调指出的，即我们都知道：对于孤立地予以考虑的法律而言，有许多东西是不真实的，但就作为整体的法律体系而言，它们却是真实和重要的。例如，法律和制裁、法律存在与法律实效间的联系只有在较为普遍的意义之上才能被正确理解。一国法律体系之中的每一个法律都必须有一个制裁，这是明确无疑的（在没有对“制裁”之义作过分扩展及对“法律”之义有意限制的情况下），然而，主张一个法律体系如果要成一个法律体系，必须为其中的某些规则规定制裁，这种说法至多也只具有形式上的合理性。同样，一个法律规则，即使其只在极少数的案件中得到执行和遵守，也可以说它是存在的；但是，如果作为一个整体的法律体系仅仅在极少数的案件中得到遵守和执行，我们便不能说这个法律体系是存在的。或许被孤立考虑的法律与作为整体的法律体系之中的差异同样适用于“法律应该是什么”之道德（或其它）概念与这种广义的法律概念之间的联系。

在奥斯丁的著作中，可以发现这种观点（至少是其萌芽形式）。他让人们注意这一基本事实：即每一个发达的法律体系都包含着某些“必然的”和“人类共同本质之基础的”44基本概念。这些概念在某种程度上是值得追求的，我将简要地说明为什么而且在多大程度上它值得我们为之奋斗！

法律体系的概念包括很多方面，而且极不清晰，对于法律体系之整体和单个具体要素而言，什么是“实质”的特征或说是必要的呢？此问题上的争吵和没有“卒子”的象棋是否为象棋之争吵不相伯仲。因此，我们必须（如果能够）避免对法律体系做不合适的定义，这只能是枯燥的无用功。人们总是喜欢直截了当地追问，一个法律体系要成为法律体系是否必须使单纯的事实陈述符合某种道德或其他的标准呢？这种想法是可以理解的。例如，完全无视这一标准的法律体系从未曾存在过，即使曾经存在，也未能持久过；一个法律体系应追求某种形式的正义，这种假定在正常情况下是可以实现的，它影响了我们在特定案件中解释具体规则的整个方式，如果正常情况下可以实现的假定没有实现，规则将无法使人们服从（除非是恐惧），更不要说具有服从的道德义务了。因此，法律、道德标准和正义原则之间的联系是必然的而非随意的，正如法律和制裁之间的联系一样。至于这种必然性是逻辑的（即法律“意义”的一部分）抑或只是事实的或因果的，我们尽可将该问题放心地留给闲情雅致的哲学家去玩味！

法律体系中某些规则是“必然的”。这种主张意味着什么呢？对此，我将在两个方面做进一步的分析（即使这种分析可能会运用到哲学的想象）和说明。我们所居住的世界，我们这些居住在这个世界上的人类，终有一天会在各方面都发生变化，如果这种变化过于剧烈，那么，真理将在转眼之间成为谬误，不仅如此，我们整套的思维及对话方式亦会在一夜之间成为不合时宜的古董。这些思维和对话方式构成了我们当下的概念工具，借助它，我们能够彼此相互观察，而且观察我们自己所处的世界。然而，有一件事是我们不得不考虑的：正如我们目前所理解的那样，我们整个的社会道德和法律生活依赖于一个不确定的事实，即，虽然我们的身体在形状、大小及其他物理属性上确实改变了，但它们的变化并不过分地剧烈，也不象水银一样变得迅速且无规则可循，以至于在较长的一段时间后，我们彼此熟知的人竟无法再认得出来。虽然这是一个不确定的事实，或许有一天情形有所不同。但是，正是它，构成了我们思想、行动的原则和社会生活的宏大结构的基础。同样，让我们来思考下述的可能性（不是因为它不只是一种可能性，而是因为它揭示了：其一，为什么我们在一个法律体系中将某些事情视作必然；其二，我们这样做又意味着什么）：假设人们变得刀枪不入从而相互攻击，那么，身无分文的穷光蛋就像是一个螃蟹般的巨人，他有一个无法穿透的硬壳，能够通过某种内在的化学作用，从空气中摄取它们需要的食物。在这种情形下（具体细节是科学幻想的事），禁止滥用暴力和构成财产权最小形式(minimum form)的规则（即有权利和义务使食物的增长成为可能，并且将其保留到食用之时）将不会拥有必然地并非随随便便的地位。这些规则构造了我们生活于其中的世界。当前，而且直到这种急剧的变化意外发生之前，这些规则对一个法律体系而言是最基本的，如果没有它们，其它规则的存在便无任何意义。这些规则包含了反对谋杀、暴力、盗窃等基本的道德原则。因此，对于事实陈述，我们可以补充到：事实上，所有的法律体系在这些关键问题上和道德都是一致的。在此意义上，这是必然的。但是，为什么不能将它称作是“自然”的必然性(natural necessity)呢？

当然，之所以提出这样的问题，在很大程度上是基于下述原因：即我们会问，一个法律体系必须有什么内容呢？该问题只有在我们和同伴们珍视生存这一卑谦的目标时，才是有价值的。虽然，自然法理论以其变化多端的形式试图进一步推进其主张，而且宣称：人类平等地追求它们的“理想”概念，并在此概念上团结起来，这理想是追求知识和实

现正义，而不是生存。这表明：一个法律体系必然要具备更深刻的内容（比我主张的卑谦的最低内容更高尚更伟大），否则，它便毫无意义。当然，我们必须谨慎以免夸大人人类间的差异。但是，在我看来，在最低目的之上，人们社会生存的目标有太多的冲突差异。法律规则和道德标准在这种“必然”意义上会有更多的重合，该命题的解释能力不可以过分地夸大。

该问题还有另外的一面值得注意。如果我们赋予法律体系最低限度的意义，即它必须包含普遍规则（普遍性体现在两种意义上：一，它们指的是一系列行为，而不是单个行为；二，它们指的是多种多样的人，而不是单个的人），相同情形相同对待的原则便是该意义的应有内容。尽管判断“什么情况下案件相似”的标准目前只是具体地体现在规则之中的普遍要素。然而，正义概念的一个实质要素是相同情形相同对待，这是毋庸置疑的。这是法律执行的正义而不是法律的正义。因此，在由一般性规则构成法律这样的观念中，存在着某种东西，它防止我们将规则看作是道德上完全中立的，看作是和道德原则无任何必然的联系。自然程序正义因此包含了执法中的客观性和公正性两个原则，它们刚好贯彻了“法律的公正性和客观性”这一主张，这些原则的设置是为了确保规则适用于纯粹属于该规则调整的案件，至少，它将不平等的危险降到最低限度。

法律和道德是有区别的，有不少人被功利主义或“实证主义者”这种主张搞得心神不安。对于他们而言，要说法律和道德的标准间的某种程度的重合是自然且必然的，仅这两个理由（或说是借口）当然无法令人满意。之所以如此，是因为，一个满足这些最低要求的法律体系可能会实行暴虐不公的法律，尽管在当事人之间实现了最为严格的学术上的公正，可能剥夺大量无权的奴隶免受暴力和盗窃的最小利益的保护。毕竟，这类丑恶在今天的世界上依然存在，主张其没有（或从来没有）法律体系只是旧有观点的重复而已。只有在这些规则不能为所有的人（甚至是某拥有奴隶的集团）提供基本的利益和保护时，这种最小限度的要求才可说是未被满足，这时，法律体系也就沦为了一套毫无意义的禁令。当然，此种利益未受保护之人有理由不服从它，除非是出于恐惧，他们也完全有道德的理由去抵抗。

六

我猜想，有种东西深深地困惑着那些强烈的反对“法律实证主义”的人们。最后，我将对这些东西进行分析。否则，我也不够率直了。可以这样说，强调“实际是之法”和“应该是之法”的区分是以某种理论为基础的，并且也必然地要求该理论，即我们所谓的“主观主义”和“相对主义”或“非认知主义”，它与道德判断、道德区分或“价值”的本质相关。当然，功利主义者自己（区别于象凯尔森等后来的实证主义者）不赞成上述理论任何一种，尽管在我们看来，他们自己的道德哲学是根本不能令人满意的。奥斯丁认为，终极道德原则是上帝的命令，对此，我们只能通过神明的启示或功利的“指引”知晓。边沁认为，它们是关于功利的可证实的命题。然而，我认为（尽管我不能证明），在一般的“实证主义”的名目下，主张“实际是之法”与“应该是之法”的区分，混淆了一种道德理论，根据该道德理论，“事实是什么”的陈述（即事实陈述）和“应该是什么”的陈述（价值陈述）是截然不同的范畴和类型。因而，有必要消除混淆的根源。

该种道德理论在今天有许多变种。一些人认为，“什么应该是或应该被做”的判断是“感觉”、“情绪”、“态度”或“主观偏好”的实质要素的表达，或者是后者的一部分；另一些人认为，该判断既表达了感觉、情绪或态度，同时它又要求他人分享这些东西；还有一些人认为，该判断表明一个特定的案件属于一个普遍的行为原则或政策调整，此原则或政策是公布者已经“选择的”，而且他自己也“受到它的制约”，该原则及政策本身并不是对“案件是什么”的认知，而只是类似于向所有人（包括公布者自己在内的）发布的“命令”和指示。所有的这些变种的共同特点是：主张“什么应该被做”的判断因为包含“非认知”要素从而不能够象事实陈述那样，通过理性的方式予以证实或确立。它不能够从任何事实陈述中、而只能从与事实陈述中关联的其他“应该做什么”的判断中推导得出。依据这种理论，我们便不能作以下证明：之所以该行为是错误的、本不该做的，仅仅是因为该行为专门为了使行动者感到满足而故意地使另外的人遭受痛苦。相反我们可以采用下述证明方法：在可证实或可认知的事实陈述上补充一个本身不是可证实或可认知的普遍原则，从而据此证明，该让某人承受痛苦的做法是错误的、不应该做的。与“什么是”和“什么应该是”之间的一般区别相伴随的是一极为类似的区分，即手段陈述和道德目的的陈述。我们可以理性的发现和论证为达致给定的目的而需的合适的手段，但是，目的本身决不可以理性地发现和争论。它们是“命令”，“情感”、“偏好”或“态度”的表达。

与此类观点（这里只是对它们作了粗略的描绘，很难触及到其更微妙更深奥的思想）相反，其他人主张：在“是”和“应该”、事实和价值、手段和目的、认知性和非认知性之间，所有的明确的区分都是错误的。在承认终极目标和道德价值的过程中，我们也认识到，有某种东西是我们生活于其中的世界强加的，就象关于“是什么”的事实判断的真理那样，它们并不是选择、态度、感觉和情绪之类的东西。典型的道德论证不是这样的判断：人们只可在其中彼此

表达和激起感觉和情绪，被迫作出劝诫和命令；而是这样的判断：通过它，人们在审查反思之后渐渐承认：一个最初的争议案件可以适用意义模糊的原则（这一原则和其他所有的分类原则一样，不是主观的，不是意志的命令）。和最初对具体情形做的其他有争议的分类一样，我们可以称其为认知的、理性的。

假设我们拒绝道德的非认知理论，否认“什么是”和“应该是”两种类型的陈述间的严格的区别，而且认定道德判断和其他判断一样的正当且合乎理性，这对于“什么是之法”和“应该是之法”之间的关联的本质而言，又意味着什么呢？确实，单从这一点出发，我们一无所获。就这一点而言，法律--尽管在道德上是邪恶的--仍将是法律。接受关于道德判断的本质的这一观点所导致的唯一差异是：这种法律在道德上的邪恶将是某种能被证实的东西；仅从“规则要求做什么”这一陈述中，我们确实可以得出，此规则在道德上是错误的，因此，不应该成为法律，或者是相反，即它的道德上是令人向往的，因而应该是法律。然而，这一切并不能表明：规则将不是法律（或将是法律）。我们用以评价或批评法律的原则是可通理性发现的，它们不仅仅是“意志的命令”，但是，使该命题得以成立的论证丝毫未触及下属事实，即许多不同程度的上是邪恶或愚蠢的法律实际的存在着，而且将继续是法律。相反，具有道德品质的规则应当是法律，然而，它们却不是法律。

如果用来反驳伦理学上非认知主义或类似理论的证据与“什么是之法”和“应该是之法”之间的区分有重大关联，而且将在一定程度上导致人们放弃或弱化该区分，那么，确实有必要进行一些更为深刻更为具体的分析。对此，哈佛大学法学院的富勒教授在他的各种著述中曾作了无与伦比地清晰地阐述。下面，我将对该主张之核心观点（我所认为的）进行批评，并以此结束本文。当我们考虑的不是意义清晰、不引起争议的法律规则或规则的某一部分，而是在本来就存在疑问、其含义有争论的具体案件中对规则的解释时，在这里我们便会再次发现伦理学的非认知主义对“实然法”和“应然法”之区分的影响。在所有法律体系中，法律规则的适用范围都不会仅仅限制在立法者心目中曾考虑过的或被认为曾考虑过的具体个案--这确实是法律规则和命令的一个重要差异。然而，当人们认为规则适用于立法者曾考虑或本来能够考虑的范围之外的个案时，这种扩张的适用通常并不是以规则解释者的故意选择或命令的面目出现的，它看起来好象既不是通过赋予规则新的、扩张的含义而得出的判决，也不是对立法者（或许他们在18世纪已经死掉）如果活到现在本该说什么的猜测。相反，将规则适用于新的案件只是规则的自然发挥，就仿佛是在实现自然的可归于（在某种意义上）规则自身而不是任何特定的活人或死人的“目的”。功利主义者将此旧规则的命令扩张适用于新案件的过程描述为法官造法，没能正确地认识此种现象；它没有注意到经过仔细思考的命令或判决和认知间存在着的差异。所谓命令或判决就是在依对待旧案件的相同方式来处理新案件；而认知（其间无丝毫的仔细思考甚至是没有自由意志）是规则涵纳了新案件，它将实现或表达一个连贯的、相同的然而迄今为止很少被具体理解的目的。

也许，在此分析过程中，许多律师和法官会发现一些极其符合其经验的事情，其他的人可能认为这只是一种对事实的浪漫的解释，而该事实被更好地表述为功利主义的术语“司法造法”和现代美国的术语“创造性选择”。

为了清楚地说明这一点，富勒教授从哲学家维特根斯坦那儿借用了—一个与法律无关的例子，我认为这个例子很有启发性：

有人对我说：“给孩子们做一个游戏看看。”我就教他们做掷骰子的游戏，可是这个人说：“我不是指那种游戏。”那么，在他给我下那个命令时，他心里就一定得先已产生了排除掷骰子的游戏的想法吗？45

在我看来，该例子确实触及到了一些极为重要的东西。也许，有以下几点（能够辩明的）值得注意。首先，在解释人们试图要做的事情及他们所说的话语时，正常情况下，我们的确依据假定的人类共同目的。因而，除非有明确相反表示，我们不会将教孩子玩游戏的建议解释成是引导孩子赌博的命令，即使在其他的语境下，这样解释“游戏”这个词可能是很自然的；其二，通常情况下，其语言被如此解释的讲话者可能会说：“这是我的意思（或我有这个意思），虽然在你给我指出这个具体情形之前，我从未想到过它。”其三，虽然，一特定情形在先并没有被具体地预想到，但是，或许在和别人争论和商榷后，我们认定这一特定情形属于被模糊表达的建议所指的范围内，这时，我们可能发现：如果将其描述为我们自己认为须如此处理此特定情形的一个单纯的决定，实际上歪曲了上述经验，当我们逐渐认识到并且表达出我们“真正”想要什么及我们的“真正目的”（富勒教授在同一篇文章中后来用到的说法）46时，我们只能忠实地描述它。

我确信，许多关于道德判断的性质的哲学争论将在对富勒教授引用的此类例子的关注中受到有益的启发。此种关注将对下面的观点起着矫正作用。该观点认为，在手段和目的间存在着明确的区分，在讨论目的时，我们彼此只能非理性地进行，只有手段的讨论才可理性地展开。但是，我认为，对于区分“实际是之法”和“应该是之法”之做法是否正确和明智的问题，富勒教授的主张的影响确实是微不足道的。唯一的影响是：在解释法律规则的过程中，经过反复

思考，我们会发现，有些情形是规则很自然的延伸和表达，因而，将此情形认为或当作我们自己的“立法”、“造法”或“命令”是一种误导。因此，必然的结论是，在此类案件中，区分“规则是什么”及“规则应该是什么”也将是误导--至少在某种应然的意义上是如此。我想，规则应该适用于新案件。在反复思考后，发现它确实如此。然而，即使我们承认此种提供可认知的经验的方式可以作为“是”和“应该是”之间熔合的例证，有两个问题必须高度注意：其一，这里的“应该”无须与道德有任何关系，第三部分对此已有详细的解释。不论我们是在解释游戏规则，还是在解释一个道德上极其邪恶而其不道德性又为解释者所欣赏的规则，情形都是一样的，新的案件都会实现或表达规则的目的。在预先没有料到的案件中，他们也能看到他们正在玩的游戏的精神所要求的某种东西；其二，更为重要的是，在所有的都已经做完或说尽之后，我们必须铭记，在法律中用以证明这种讨论方式正当的现象是何其稀少，一种决定案件的方式被施加于我们--仅仅是作为某规则的自然理性的延伸，这种感觉又是何其罕见。确实，在很多的解释情形下，法官造法或甚至是命令（虽然不是专断的命令）说的是在可替代选择方案之间的选择，它们更好地说明了情形的实质，这点是不容怀疑的。

在一个相对完备的法律框架内，当我们意识到，自己不是在作出一个精心的选择，而是在认知某种等待我们认知的东西时，我们会发现，这里存在着太多的选择，它们几乎具备着同等的吸引力。法官和律师必须在并不十分确信的情形下做出自己的选择，以使法官造法这种说法在这里显得合适，这种说法很好地描绘了我们在解释自己或其他人的行为、意图和愿望的原则时的某种体验。在对法律解释的描述中，运用表明“实际是之法”和“应该是之法”之间有熔合和不能分离的术语只会有助于掩盖（象早期的故事中所说的那样，法官只能发现法律而不能制定法律）下面的事实：无论在何处，我们都生活在不确定性之中，我们必须在这种不确定性之间作出选择；现存的法律只对我们的选择施加限制，其本身并不是选择。

*牛津大学法理学系教授，研究员，哈佛大学访问学者（1956-1957）。该文初稿是作者1957年4月在哈佛大学奥利弗·温德尔·霍姆斯讲座的讲演稿。原载Harvard Law Review, Vol. 71, No. 4, PP593-629.

北京大学法学院99级硕士。译者从强世功老师的“西方法哲学”课堂讨论中获益良多，但本译文的一切责任由译者自己承担。

法学博士，北京大学法学院讲师。

1 BENTHAM ,Afragment on Government ,in Works 221,235(Bowring ed.1859) (preface,4ist para.)

2 D'ENTREVES,NATURAL LAW 116(2d.ed.1952).

3 FULLER,THE LAW IN QUEST OF ITSELF 12(1940);Brecht,The Myth of Is and Ought,54 HARV.L. REv.811(1941);Fuller,Human Purpose and Natural Law,53J.PHILOS697(1953). 4 See FRIEDMANN,LEGAL THEORY 154,294-295(3d.ed.1953). FRIEDMANN 也认为，“通过对立法科学和法律科学的明确区分，奥斯丁开创了一个法律实证主义和法律自足的时代，崛起中的民族国家可以主张绝对的不为法律家的批评所动摇的主权。” Id.at 416.然而，主张“主权至上”和“臣民无条件服从”的高度组织化国家据说又是分析实证主义得以生成的政治条件。Id.at163.在该论述中，我们很难确定何者为因、何者为果。再者，我们似乎很难证明，那些在1832年（《法理学的范围》初版时）或此后崛起的民族国家之所以主张它的主权，是因为受了奥斯丁著作或他开创的“法律实证主义时代”的影响。

5 See Radbruch ,Die Erneuerung des Rechts,2 DIE WANDLUNG 8(Germany 1947);Radbruch,Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht,I SUDDEUTSCHE JURISTEN-ZEITUNG 105(Germany 1946)(reprinted in Radbruch, RECHTSPHILOSOPHIE 347(4th ed,1950)). Radbruch's views are discusse

6 BENTHAM, A fragment on Government , in Works 221, 235 (Bowring ed. 1859)

(preface, 16th para.) . BENTHAM, Principles of Penal Law, in I works 365, 574—75, 576-78 (Bowring ed. 1859) (pt. III, c. X XI, 8th para, 12th para).

7 BENTHAM, Of Promulgation of the Law , in I works 155 (Bowring ed. 1859); BENTHAM, Principles of Civil Code, in I works 297, 323 (Bowring ed. 1859) (pt. I, c. X VII, 2d para); BENTHAM , A fragment on Government , in Works 221, 233 n[.m]. (Bowring ed. 1859) (preface, 35th para.).

8 BENTHAM, Principles of Penal Law, in I works 365, 576 (Bowring ed. 1859) (pt. III, c. X XI, 10th para, 11th para).

9 BENTHAM, Principles of Moral and Legislation , in I works I, 84 (Bowring ed. 1859) (c. X III).

10 BENTHAM, Anarchical Fallacies, in 2 Works 489, 511-12 (Bowring ed. 1895) (art. VIII);

BENTHAM, Principles of Moral and Legislation , in I works I, 144 (Bowring ed. 1859) (c. X I X, 11th para.).

11 Id. at 142 n. ξ (c. X I X, 4th para. n. ξ).

12 AUSTIN, THE PROVINCE OF JURISPRUDENCE DETERMINED 184-85 (Library of Ideas ed. 1954).

13 BENTHAM , A fragment on Government , in Works 221, 230 (Bowring ed. 1859) (preface, 16th para.).

14 BENTHAM , Principles of Legislation , in THE THEORY OF LEGISLATION I, 65n. (Ogden ed 1931) (c. X II, 2d para. n). 这里我们触及到了问题的焦点，如果法律不是它应该是的，如果它公开地与功利原则相抵触，我们是应该服从它，或是违反它呢？还是说我们应在邪恶的法律和禁止邪恶的道德间保持中立呢？ See also BENTHAM , A fragment on Government , in Works 221, 287-88 (Bowring ed. 1859) (c. IV, 20th-25th para.).

15 BLACKSTONE, COMMENTARIES 41. Bentham 批评说：“这是很危险的说法，该学说必然要借良心的强制力逼迫人们用武力去反对任何不为他们所喜欢的法律。” BENTHAM , A fragment on Government , in Works 221, 287 (Bowring ed. 1859) (c. IV, 19th para.). See also BENTHAM , A COMMENT ON THE COMMENTARIES 49 (1928) (c. III). 关于对此学说可能导致的无政府状态的担忧，以及对抵抗可能由功利原则而取得合法性的情况的认识， see AUSTIN. op.cit. supra note 12, at 186.

16 BENTHAM ,A fragment on Government ,in I Works 221,294(Bowring ed.1859) (c,V,10th par a.)

17 BENTHAM ,A Commentary on Humphreys' real property Code, in 5 WORKS 389(Bowring ed.1843).

18 AUSTIN,op.cit.supra note 12,at 162.

19 BENTHAM ,A fragment on Government ,in I Works 221,289(Bowring ed.1859)(c,IV,33d-34th paras.)

20 AUSTIN,op.cit.supra note 12,at 231

21 AMOS,THE SCIENCE OF LAW 4(5th ed.188). See also MARKBY,ELEMENTS OF LAW4-5(5th 1896):通过区分实在法与道德,奥斯丁不仅奠定了法律科学的基础,而且清除了设想中的法律概念所可能导致的有害结果。正如奥斯丁所说,实在法必须具有法律的约束力,然而,一个法律可能是不公正的,……他承认法律可能是不道德的,这时,不遵守它便是我们的道德义务……Cf.HOLLAND,JURIPRUDENCE 1-20(1880).

22 See Green,Book Review,6AM.L.REV.57,61(1871)(reprinted in GREEN,ESSAYS AND NOTES ON THE LAW OF TORT AND CRIME 31,35(1933))

23 10 HARV.L.REV.475(1897).

24 GRAY,THE NATURE AND SOURCES OF THE LAW 94(1st ed.1909)(§213).

25 在此,有必要对当代法理学中“实证主义”的被频繁争论的五种意义(或许还有更多)予以说明,这可能有助于理解本文:

(1)主张法律是人类的命令, see pp.602-96infra,

(2)主张法律和道德间(“实际是”和“应该是”)无必然联系, see pp.594-600 supra,

(3)主张法律概念分析(意义研究)是值得从事的有意义的工作,它区别于对法律的原因和起源所作的历史学研究;区别于对法律和其他社会现象的关系所作的社会学研究;区别于依据道德、社会目的、功能及其他标准对法律所作的批判和评价, see pp.608-10 infra,

(4)主张法律体系是一个封闭的逻辑体系,人们无须参照社会目标、政策和道德标准,而只须从作为前提的法律规则出发,借助逻辑推理便可获得正确的结论, see pp.608-10 infra,

(5)主张道德判断与事实陈述不同，它不能靠理性推理、证据和证明等手段获得，或借此为自己辩护（伦理学上的“非认知主义”）， see pp.624-26 *infra*.边沁和奥斯丁所坚持的是(1)(2)(3)而非(4)(5)中所描述的实证主义。(4)通常被认为是分析法学家所持的观点， see pages pp.608-10 *infra*,但是，我尚不知道是哪位“分析家”持此观点。

26 GRAY,THE NATURE AND SOURCES OF THE LAW 94-95(2d ed.1921)

27 AUSTIN,op.cit.supra note 12,at 13.

28 See e.g.,KELSEN,GENERAL THEORY OF LAW AND STATE 58-61,143-44(1945).凯尔森认为，所有法律（不仅是授予权利和权力）都可视为规定了附条件制裁的这类“基本规范”。

29 SALMOMD, THE PRINCIPLES OF JURISPRUDENCE 97-98(1893).他反对“被称作英国学派的法理学的信条”，因为“它试图剥夺构成法律概念重要部分的伦理意义。” *Id.*at 9,10.

30 HAGERSTROM,INQUIRIES INTO THE NATURE OF LAW AND MORAL 217(Olivecrona ed.1953):“私的个人的主观权利的整个理论是与命令说相矛盾的。” See also *id.*at 221:请求法律保护是种权利——该叙述完全源于这样的观念，即如果用流行的正义观去理解法律，那么，与此相关的法律便是权利与义务的真实表达。

31 *Id.*at 218.

32 这种对分析法学的误解可在其他的著述中发现，如STONE,THE PROVINCE AND FUNCTION OF LAW 141(1950):总之，他（Cardozo,J）拒绝接受这样的潜在假定，即法律的所有命题必须在逻辑上相互一致，且在唯一的定义结构内展开……，他否认分析法学家（为其特定的有限目的）所持的“法律在事实上是什么的法律观。 See also *id.*at 49,52,138,140;FRIEDMANN,LEGAL THEORY 209(3d ed.1953).这种误解似乎是由未经反思的错误信念造成的，它认为，为在特定案件中形成一正当的判决，如果我们需要的不仅是由明确清晰的预设前提出发的形式逻辑推理能力，而且还包括其他的要求，那么，法律语言意义的分析研究便是不可能的或说是荒谬的。

33 参见对法律的不确定性和模糊性的讨论，AUSTIN,op.cit,supra note 12,at 202-05,207, AUSTIN意识到，模糊性的结果是：在确定某普遍论述是否适用于特定案件时，我们经常会出错。

34See AUSTIN,op,cit,supra note 12,at 191:“我无法理解，那些曾思考过此问题的人竟会认为，社会能够在法官不立法的情形下正常发展……。”分析法学家必然将司法过程看作是自动售货机。作为对此信念的矫正，有必要提醒大家注意奥斯丁的下述观点：

(1)法律必须被适用，在此过程中，“‘对立相似之竞争’（competition of opposite analogies）便可能出现，因为该案件可能在某些方面与那些某规则曾适用过的案件相似，而在其他方面与那些规则所不能适用的案件相似。” 2 AUSTIN,LECTURES ON JURISPRUDENCE 633(5th ed.1885).

(2)法官通常“依据”各种理由、有时包括（奥斯丁很少这样认为）他们的法律应该是什么的观点来裁决案件和形成新规则。最常见的情形是，他们“靠类比”从既存的法律中推演新规则，例如，他们已经依“适用于类似案件的相

同规则的存在的事实”制定了一个新规则……。2id.at 662-81.

(3)“如果一个法律体系中的每一个规则都明白或精确地近乎完美”，这些因法律适用所导致的困难便无从产生。“但是，我现在所想象的理想中的完美和正确事实上是无法实现的，尽管该法律体系的建设凝聚了无比的爱心和高超的技术。” 2id.at 997-98.当然，他认为，为消除不确定性，我们能够而且也应该在法典编纂方面做更多的工作。See 2 id.at 662-81.35 2 id ,at 641:立法者应尽可能完全地或批判地依赖先例。没有什么比这更自然了。See also 2 id.at 647:然而，极为遗憾的是，那些有能力、经验丰富且有影响的法官未能充分的利用机会以引进新规则（有利于将来的规则）……我应该这样去批评Eldon爵士……普通法院的法官不愿去做他们本该做的，即依据社会日益增长的急迫要求去制定他们的法律和程序规则，而只是蠢笨且郁闷的陈旧而野蛮的惯例。

36 Hynes v. New York Cent.R.R.,231N.Y.229,235,131 N.E.898,900(1921);see POUND,INTERPRETATIONS OF LEGAL HISTORY 123(2d ed.1930);STONE,op.cit.suprqa note 32,at 140-41.

37 See McBoyle v. United States,283 U.S.25(1931).

38 See,e.g.,Pound,Mechanical Jrisprudence,8 COLUM.L.REV.605,615-16(1908).

39 See,eg.,Lochner v.New York,198 U.S.45(1905).Peckham法官认为，没有正当理由不得规定面包工人的工作时间以干预契约自由，这确实是犯了保守主义的错误，但是，它丝毫没有半点的机械与呆板。

40在此，有必要提及一放弃该极端主张的事例。在The Bramble Bush 的初版中，Llewellyn 教授极度虔诚地认为：“在我看来，法官针对案件纠纷的所作所为本身就是法律”，“规则之所以重要，只在于其能帮助我们预测法官的行为。这便是它全部的重要性，除非其作为纯粹的玩具。” Llewellyn, The Bramble Bush 3, 5 (1st ed.1930).在第二版中，他说，这些观点“需作更详细的阐述，否则便显得令人困惑，最多也只能是对整个真理的很片面的陈述。法律的职能之一是，在某领域控制官员；在彻底的控制不可能或不必要时，它便引导官员行为。这些措辞不能够正确描述法律制度所具备的有意识的形成（shaping）功能。” Llewellyn, The Bramble Bush 9 (2d ed.1951).

41 AUSTIN,THE PROVINCE OF JURISPRUDENCE DETERMIND 185(Library of Ideas ed.1954).

42 See Radbruch,Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht,I SUDDEUTSCHE JURISTENZEITUNG 105(Germany 1946)(reprinted in Radbruch, RECHTSPHILOSOPHIE

347(4th ed,1950))我所用的此文和 Radbruch ,Die Erneuerung des Rechts,2 DIE WANDLUNG 8(Germany 1947)是由哈佛大学的富勒教授提供的，是法理学的补充阅读资料的油印本。

45 Judgment of July 27,1949,Oberlandesgericht,Bamberg,5 SUDDEUTSCHE JURISTENZEITUNG 207(Germany 1950),64HARV.L.REV.1005(1951)see FRIEDMANN,LEGAL THEORY 457(3d ed.1953).

44 AUSTIN,Uses of the Study of Jurisprudence,in THE PROVINCE OF JURISPRUDENCE

DETERMIND 365,373,367-69(Library of Ideas ed.1954)

45Fuller,Human Purpose and Natural Law,53 J.PHILOS.697,700(1956).

46Id.at 701,701.

来源：北大法律信息网

中国社会科学院应用伦理研究中心
北京建国门内大街5号 邮政编码：100732 电话与传真：0086-10-85195511
电子信箱：cassethics@yahoo.com.cn