

合法性判准的道德性： 重访哈特富勒之争

吴 然*

目次

- 一、关于合法性判准的核心争论
 - (一) 富勒的合法性判准
 - (二) 哈特的三重挑战
- 二、服从理由作为合法性判准的必要内容
 - (一) 哈特：承认规则而非服从理由
 - (二) 富勒：互动式法律观与服从理由
- 三、服从理由的道德性
 - (一) 服从理由应该是道德理由
 - (二) 八项原则与道德性服从理由
 - (三) 八项原则作为合法性判准的充分性？
- 结论

摘要 哈特与富勒之争是 20 世纪重要的法哲学争论，前后持续十余年，并引起众多学者的参与。他们讨论的核心主题之一是合法性判准问题，对这个问题的回答集中反映了二者的法律观。二者对于法律性质的不同理解决定了他们对合法性判准的不同看法。本文重访哈特富勒关于合法性判准的争论，从中提炼出四个具体争论，并赞成富勒的基本立场，认为法律的内在道德是合法性判准的必要内容。

关键词 合法性判准 程序性原则 内在道德 服从理由

纽伦堡审判中，为了恢复被纳粹法律破坏的正义，人们绞尽脑汁处理纳粹时期被判为犯罪的那些案件。有学者指出，由于纳粹的法律极大地背离正义，因此它们是无效的法律。也有学者说，即便那些法律违背了正义，但是法律和道德本来就是分离的，所以那些法律仍是法律，并且应该得到遵守。还有学者采取了相对缓和的立场，认为那些法律是法律，但是因为极端邪恶，所以我们不

* 中国政法大学法学院法学理论专业 2015 级博士研究生。

应该遵守它。讨论远比我们想象得复杂，而且影响深远。参与这场讨论的学者也不计其数。其中，哈特与富勒的争论最为引人关注，并且前后持续十余年。他们的讨论也极为复杂，从法律与道德的区分开始，绵延到法律的合法性判准、法律的解释、国际法问题等。在这个过程中，也有更多的学者参与进来，分别为哈特或富勒辩护或发展他们的立场。本文将主要围绕富勒和哈特各自的讨论展开。我认为，先弄清楚哈特与富勒各自的讨论，有助于我们精确地把握问题的难点，也有助于我们把握后来学者的讨论思路，以期形成自己的观点。同时，本文将把注意力集中在合法性判准这个具体问题上，并为富勒的立场辩护，即我认为只有在符合内在道德的基础上，需要我们判断的那套规则体系，才可能是法律。我将指出，若将法律视为一项“使人类行为服从于规则之治的事业”，那么关于合法性判准主要存在三个核心争论。在这三个争论上，富勒的立场和观点更具可靠性，因此，法律的内在道德是合法性判准的必要内容。在这三个争论之后，我还将指出第四个争论，它揭示出富勒提出的合法性判准不具有充分性。不过，这种不充分性并不影响富勒在前三个争论中立场的可靠性，而且也提示我们更重要的任务是发现合法性判准的必要内容。

一、关于合法性判准的核心争论

如果我们认同法律体系是由规则构成的体系，合法性就是指该规则体系具有法律效力。这不是法律的实效，而是指一种法律资格，不同于道德规则以及其他社会规则的资格。那么，合法性判准，就是指用以判断某套规则体系是否具有法律效力的标准和条件。

（一）富勒的合法性判准

在富勒看来，法律是“使人类行为服从于规则之治的事业”。〔1〕“服从”这个概念至少包含了三个前提条件：第一，人们具有服从的能力和意识，能为自己不服从的行为负责任。第二，规则具有可服从性。第三，规则能够唤起人们服从的热情，比如若法律能够帮助人们实现某种道德目标，那么它更易获得公民的服从。富勒主张我们在检验规则体系 R 是否具有法律效力时要去检讨 R 能否满足这三个条件。

对于第一个条件，由于人们的确有服从规则的能力和意识，所以我们在判断某套规则体系是不是法律体系时，不用对该条件本身进行反思。而是要看后两个条件能否包含这个条件，即能否尊重人的服从能力，尊重人作为“理性的且能够负责任的主体”这个特性。

至于后两个条件，由于它们关注的都是法律如何让人们服从的问题，我们可以将它们合称为“服从理由”。第二个条件是指在制定法律的过程中，法律为具有可服从性而必须遵守的程序性条件。富勒对此进行了细致的分析。他认为使规则具有可服从性的条件包括以下八项程序性原则：（1）具有一般性；（2）公布法律，至少使受其影响的当事人知道他们应当遵循的规则；（3）禁止溯及既往；（4）清晰并易于理解；（5）法律体系内部不自相矛盾；（6）不要求公民做不可能之事；（7）法律在时间之流中保持连续性，不频繁修改；（8）官方行动与公布的规则之间具有一致性。〔2〕富勒认为，这八项原则，尤其是第八项原则，在统治者和公民之间建起了一种互惠预期关系。〔3〕更重要的是，这八项原则对“人是或者能够变成一个负责的理性行动主体，能够理解和遵循规则，并且

〔1〕 [美] 富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆 2005 年版，第 113 页。

〔2〕 参见前注〔1〕，富勒书，第二章。

〔3〕 参见前注〔1〕，富勒书，第 242 页。

能够对自己的过错负责”保持了尊重。相反,“每一个偏离法律的内在道德之原则的事件都是对作为负责的理性行动主体的人之尊严的一次冒犯”,〔4〕所以,对于唤起人们服从法律的热情和动机而言,这八项原则也是必要的。简言之,富勒认为这八项程序性原则,是合法性判准的必要内容,被富勒称作“法律的内在道德”。

(二) 哈特的三重挑战

法律追求人们的服从,这个说法本身没有什么问题,无论是自然法还是实证主义,都主张法律拥有权威,法律能为人们提供行为指引。服从预设了上述三个前提性条件,这三个前提性条件也不会被法实证主义者反对。问题在于,哈特不认为这三个前提性条件与合法性判准有关系。哈特认为,合法性判准不用关注人们为什么服从法律、法律能否唤起人们服从的热情,只要关注人们事实上服从于什么即可。服从理由不是合法性判准需要关心的。用他的概念说,只要看人们对什么持有内在观点就好,而不用关心人们为什么持有内在观点。所以,在他看来,一种叫作“承认规则”的规则就可以作为合法性判准,八项原则或者内在道德不是合法性判准的必要内容。这里涉及哈特对富勒合法性判准理论提出的第一个挑战:合法性判准问题不需要包含对服从理由的讨论。

第二个挑战直接涉及法律与道德在合法性判准方面的关系。在富勒看来,八项原则具有道德性,所以它们为人们服从法律提供了具有道德性的理由。但是依据哈特对道德的认识,我们可以得出结论说即便合法性判准需要考虑服从理由,该理由也不应该是道德理由,否则法律将与道德错误地联系起来。在他看来,尽管法律与道德有重合的部分,法律与道德是截然不同的两种规则。道德具有如下四种特征,(1)“它被视为必须努力维系的重要事物”,对其重要性的认识对道德的地位而言不可或缺;(2)“道德豁免于有目的的故意改变”;(3)“道德违犯具有任意性”,只有在个人能够对他的行为采取某种形式的控制时,他才需要为自己违犯道德的行为承担责任;(4)道德压力的形式主要诉诸良知,依赖罪恶感和懊悔的作用。〔5〕这四个特征使得道德与其他社会规则,尤其是法律规则,区别开来。其一,无论人们是否认为法律所规定的内容重要,只要已经是法律,就必须遵守法律规定,法律规则的重要地位不依赖于人们对其重要性的认识。其二,法律的效力完全取决于人们有目的的故意改变。为了改变某种社会状态,立法者通过修改旧法和制定新法,就可以使一条今天还有法律效力的规则明天就失去法律效力。再者,法律中包含严格责任的规定,主要诉诸可能的不利后果来威慑人们不违法。所以不能够将法律是什么与法律应该是什么混同起来。如果法律给人们提供的是道德理由,那无异于说这个理由具有上述道德具有的四特征,这就使得服从法律的问题变成了类似服从道德要求的问题,与法律本身的特征矛盾。能够唤起人们服从法律的意识理由不应该是道德理由。在《命令与权威性理由》一文中,哈特则明确表示官员接受法律的理由是一种断然性的、独立于内容的理由,〔6〕意欲将法律的接受和服从问题与官员的道德判断区分开来。我们可以将这第二个挑战概括为:服从理由不应该是道德理由。

第三个挑战还是围绕法律与道德的关系展开。在有些时候,哈特承认富勒提出的八项原则是保证法律具有可服从性的必要条件。但是,哈特坚持认为这八项原则不具有道德性,不能提供道德理由。相反,他认为这八项原则更类似于为实现某种目的采取的技术手段或功效原则。后文会详细论述这个挑战,这里我们可以将它概括为:八项原则不能提供道德性的服从理由。基于上述三个挑战,哈特反对八项程序性原则是合法性判准的必要内容。

〔4〕 参见前注〔1〕,富勒书,第188页。

〔5〕 参见[英] H. L. A. 哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第164~170页。

〔6〕 参见[英] 哈特:《命令与权威性法律理由》,晨航译,载《法哲学与法社会学论丛》2007年第2期。

由哈特的这三个挑战我们概括出哈特与富勒在合法性判准上的三个争论：

- (1) 服从理由是不是合法性判准问题的必要内容？
- (2) 在合法性判准问题的范畴内，服从理由是否应该是道德理由？
- (3) 富勒提出的合法性判准能否提供道德性的服从理由？

在这三个争论中，争论(1)是最基础的争论，如果服从理由(法律的可服从性和法律能够唤起人们服从的动机和热情)不是合法性判准的必然内容，那么，后两个争论就失去了意义。争论(2)又是争论(3)的基础，如果服从理由与道德无必然联系，那么富勒提出的八项原则是否具有道德性也就不重要了。所以，要想重建在合法性判准的问题上富勒的立场，我们必须依照顺序对上述三个争论做出讨论。

二、服从理由作为合法性判准的必要内容

(一) 哈特：承认规则而非服从理由

1. 承认规则作为合法性判准

在哈特看来，法律体系是由两种规则构成的规则体系。这个结论来自哈特对没有法律的原初社会的设想。他认为，在这样的原初社会中，社会控制的唯一手段是科予义务的规则。然而，这样的社会结构，面临如下三个问题：(1) 没有权威来确定规则是什么以及某个规则的精确范围与含义，即“不确定性”；(2) 除了经过漫长的社会变迁，该社会不能取消旧规则或引进新规则，公民也不能创造私人之间的法律权利义务关系，即“静态性”；(3) 用以维持规则的社会压力分散而无效率，没有权威机构惩罚违规行为。

为了弥补原初社会的这些缺陷，哈特主张引入三种授权性规则：承认规则、变更规则和裁判规则。原先那些科予义务的规则被称为初级规则，而这三种授权性规则是次级规则，其意义就在于弥补初级规则的缺陷，使原初社会进入成熟的法律社会。承认规则，指出具有什么样特征的规则是法律，它明确地指出什么样的规则具有立法权威性。变更规则，是指授权某个机构变更法律的权利以及授权公民自由创设私人领域的权利义务结构。裁判规则指定某些人或某些机构对争议做出权威性决定以及做出决定必须遵循的程序。因而，哈特认为法律的关键特征，就在于初级规则和次级规则这两种规则。^{〔7〕}

哈特进一步指出，在这些规则中，承认规则具有基础性的地位。这种基础性地位是指被用来识别其他规则的法律效力。承认规则，如“凡女王议会通过的即是法律”，“凡全国人民代表大会通过的即是法律”，其实是授予特定机构立法的权威，进而赋予它们制定出的规则以法律的效力。当然，我们的法律有位阶之分，然而无论是下级立法机关制定的法律还是最高立法机关制定的法律，它们的效力最终来自具有终极效力判准力的“承认规则”。由其他立法机关制定出或识别出的法律，如果违背承认规则确认出的法律，就不具有法律的效力。

2. 承认规则的事实性

承认规则作为合法性判准的最大特点是，它的存在是事实问题。这是什么意思呢？一般来说，要说明一项规律性行为是规则，必须要说明大多数人对该行为持有内在观点。即要说明他们不仅仅认为这是大家共同遵守的规律性行为，更重要的是，他们将这种规律性行为作为评价和批评他人的正当基础。这不同于我们观察美国人的交通行为，得出结论说在美国车辆靠左行驶。对

〔7〕 参见前注〔5〕，哈特书，第86~93页。

于美国人来说,这不仅仅是大家的规律性行为。对他们而言,如果有人违反这个做法,会被认为是错误的且应受到惩罚,而且批评和惩罚他们的正当理由就是它不仅仅是大家的一致性和规律性的行为,更是一项规则。所以,无论是初级规则还是变更规则和裁判规则,都要求人们以内在观点对待,否则它们就不可能是规则。同样,承认规则也要求内在观点作为支持。

内在地对待规则包含了两个预设,其中一个预设是该承认规则“被社会普遍地接受,并且在该法体系的一般运作中被采用”。〔8〕这个预设具有事实性,一旦预设的内容在事实上成立,我们就无须再讨论承认规则的效力问题。相反,它为其他众多规则提供效力来源。换言之,一旦事实上大多数人内在地相信谁可以赋予规则以法律效力,谁就是立法权威,相应的承认规则也就出现了,进而对其他规则的法律效力进行识别和确认。〔9〕因而,“大多数人内在地相信”是社会事实,承认规则是个纯粹事实问题。

承认规则的事实性还表现在,它们不必被明文规定出来。当人们实际运用它确认的法律时,就包含了对承认规则的接受。就像在乒乓球比赛中,人们不需要先宣称“国际乒联制定的规则是国际通用的乒乓球规则”这条承认规则,当人们在各大国际赛事中适用诸如40mm球、11分制和七局四胜等规则时,就表明他们已经接受了上述承认规则。在法律的情形中,我们不用事先说明全国人大制定的规则是法律,所以由全国人大制定的《中华人民共和国民法通则》是法律。只要我们大多数人尤其是法院的法官适用民法通则处理民事案件,就表明人们事实上接受了承认规则。所以,哈特认为“承认规则既非有效也非无效,它就是很单纯地因为妥当而被采用”。〔10〕它的存在问题就是个事实问题,因而合法性判准也就是事实问题。

作为合法性判准的承认规则是事实,意味着合法性判准与服从理由无关。因为按照哈特的理解,我们判断一条规则是不是法律,就要看它是否能够得到承认规则的肯定,看它的效力能否得到承认规则确立的最高立法权威的认可(或是该立法权威直接制定的,或是该最高立法权威授权的立法机关制定的并且与最高立法权威制定的法律不矛盾)。而承认规则的事实性排除了进行理由衡量的必要,大多数公民尤其是官员的接受事实决定了什么规则体系具有法律的效力。所以,根据哈特的观点,在判断规则体系R是否具有法律效力时,我们无须考虑R是否具有可服从性,也无须考虑R是否能够唤起人们接受和服从它的动机与热情。

(二) 富勒: 互动式法律观与服从理由

然而,富勒认为承认规则不足以作为合法性判准,因为这种判断方式忽视了法律事业的目的以及实现该目的的必要内容。法律不仅仅是规则体系,更是“使人类行为服从于规则之治的事业”,它所追求的目的——“使人类行为服从于一般性规则的指导和控制”——是“一种很有分寸的、理智的目的”,法律拥有这样的目的是“一种无害的自明之理”。〔11〕这种目的的实现仅仅依靠公民事实上服从统治者的权威或统治者单向地对公民主张权威是不够的,而依赖于在公民和统治者之间建立一种互动的关系。这种互动关系的内容包括:统治者使法律具有可服从性,并且统治者自己也会执行其制定出的法律,尤其是法律能够为公民服从它提供理由。

根据这种包含目的的互动式法律观,在判断规则体系R是否具有法律效力时,就要检讨R能否在统治者和公民之间建立这种互动关系,R能否提供服从理由。在不考察互动关系的基础上判

〔8〕 参见前注〔5〕,哈特书,第103页。

〔9〕 参见前注〔5〕,哈特书,第94~104页。

〔10〕 参见前注〔5〕,哈特书,第103页。

〔11〕 参见前注〔1〕,富勒书,第170~171页。

断 R 有无法律效力,是对法律上述目的的忽视。由此判断得出的法律体系不能向我们解释它为何能要求我们服从,也就使得目的的实现经不起反思检验。将法律视为两种规则构成之规则体系的哈特恰恰错误地坚持这种合法性判准,不关心“法律是什么或做什么用,而仅仅关心它从何而来”,“将法律看成是一种单向度的权威投射”,^[12]不关心统治者与公民之间的互动关系,忽视服从理由在合法性判准中的必要地位。相反,在承认法律具有目的的互动式法律观下,服从理由是合法性判准的必要内容。

或许有人会说,承认规则及其事实性,其实也是在为建立这种互动关系提供理由。只是它提供的是较弱的理由,即公民事实上的自愿服从。然而,事实上的自愿并不可靠,更可靠的服从理由是由统治者提供的,既包括程序性理由也包括实质理由。程序性理由,是指法律要有可服从性,也就是富勒所提出的八项原则;实质性理由,是指法律能够唤起人们服从的热情,其中最重要的理由,富勒认为是法律体现对人的理解,尊重人是负责的理性行动主体。承认规则既无法提供程序性的服从理由,也无法提供实质性的服从理由。但是如果规则体系 R 能够基本符合八项原则的要求,R 就能在一定程度上同时提供实质性的服从理由。所以,八项原则才是法律提供服从理由的关键,也是合法性判准的关键。

三、服从理由的道德性

富勒主张的服从理由,不是法律符合如公平、正义这样的实体道德目标,而是程序性目标。这些目标是围绕“建构和管理规范人类行为的规则系统的方式”展开的,以“使得这种规则系统不仅有效,而且保持着作为规则所应具备的品质”,属于程序性品质。^[13]又因为这些品质内在于法律制定过程中,法律从一出生就带着这些品质,所以这些品质具有内在性。与外在于法律体系的实体道德目标区别开来,富勒将八项原则称为“法律的内在道德”。内在道德是合法性判准的关键内容。用富勒的原话说,“道德使法律成为可能”。^[14]前文概括出的争论(2)和争论(3)正是围绕法律的内在道德展开的。下文将重建富勒在这两个争论中的立场。

(一) 服从理由应该是道德理由

服从理由应否是道德理由,这个争论关系到法律与道德的关系,更确切地说,关系到道德在我们社会生活中的作用。哈特反对在法律与道德之间建立逻辑上的必然联系。因为这种做法很有可能导致法律规则难以与其他社会规则区分开来,也使得政府有可能以道德的名义通过法律强制贯彻某种道德而形成暴虐。^[15]不过,在富勒看来,这种判断有讳疾忌医之嫌。承认法律与道德在合法性判准意义上的必然联系不会削弱法律规则的独特性,相反,是在正视道德于社会生活和法律的重要意义。

为说明法律与道德在合法性判准意义上的必然联系,富勒对道德做出区分——愿望的道德与义务的道德。道德指引着我们的生活,我们信守和实践什么样的道德决定着我们的生活。古希腊哲学家告诉我们,最良善的生活应是充分实现人的德性的生活。但是我们的能力是有限的,我们努力追求最良善的生活,但未必能够实现。我们能够保证的只是最基本的良善生活,使生

[12] 参见前注[1],富勒书,第 222 页。

[13] 参见前注[1],富勒书,第 114 页。

[14] 参见前注[1],富勒书,该书第二章的标题即为“道德使法律成为可能”。

[15] 参见强世功:《法律的现代性剧场:哈特与富勒论战》,法律出版社 2006 年版,第 73 页。

活和有序社会成为可能。义务的道德,正是引领我们实现最基本良善生活的道德。而最高境界的良善生活对应的道德是愿望的道德。愿望的道德指示人类所能达致的最高境界,而义务的道德则指示道德的最低点。

区分愿望的道德与义务的道德的现实意义在于,二者为我们的实践提供了不同的评价标准。实现愿望的道德,会得到赞扬,违反它不会遭到谴责。相反,实现义务的道德是我们的义务,若违反义务的道德,我们会遭到谴责,因为若违反义务的道德,我们连基本的有序社会都无法实现。

当然,在道德的标尺上明确找到区分愿望的道德与义务的道德之间的指针,不是一件容易的事情。不过,它值得我们讨论和重视。因为指针过高,会给人们增添很多负担;而指针过低,我们的基本生活得不到保障。我们需要某些基本框架来大致地区分义务的道德与愿望的道德。法律是其中最为重要的一种基本框架。

法律可以说是对义务的道德的集中体现,法律是将这些道德义务上升为法律义务,确保得到人们的遵守。愿望的道德很难实现,但是却间接影响着法律,因为通过愿望的道德我们能够反向判断出什么是不好的,然后在义务的道德范畴内禁止我们做这些不好的事情。这是愿望的道德对于我们提出的基本道德要求。这不是在抬高标尺中指针的位置,而是为我们明确义务的道德的内容。在富勒看来,是义务的道德构成我们建立制度和惯例的基础,它们“确立了使有序社会成为可能或者使有序社会得以达致其特定目标的那些基本规则”。^[16]由此可见,道德并不是与法律截然分离的。如果法律想要得到人们的服从,就要说明它自身反映了一种义务的道德,以及服从法律的理由是道德理由。

(二) 八项原则与道德性服从理由

然而,哈特指出即使服从理由应该是道德理由,富勒提出的合法性判准——八项原则——不能提供具有道德性质的理由。在哈特看来,八项原则只是在追求某种目的的活动中应该遵循的功效率原则。

功效原则不能对我们主张一种道德约束力,不能在道德上获得辩护。哈特举了一个投毒者的例子。投毒者为了实现自己的目标,会注意很多细节。包括毒药的颜色、形状或大小不能引人注目,毒药不能引起受害人呕吐。哈特将这些细节称为“目的性行为”,即为了实现某种目的采取的工具性手段,我们也可将之称为功效原则。显然,这些手段和技巧不能被称为“投毒的道德”。哈特同样认为,所谓的法律的内在道德其实不过是为了实现制定法律这个目的所要遵循的技巧和功效原则,不是什么道德。^[17]

问题的严肃性在于,这意味着,八项原则不是道德原则,不能对我们提出道德意义上的约束力,而只有类似于自然规律一般的约束力,即只是事实上的要求,若真如此,八项原则有可能被法律的事实命题和承认规则包容,而无关道德意义上的忠诚,也无法提供具有道德性的服从理由。这是一个很尖锐的批评。如果富勒不能很好地回应,“对法律道德上的忠诚”概念会陷于瘫痪。

富勒说,欲澄清这个批评的错误,有必要对两组概念进行辨析,功效原则与内在道德、管理性指令与法律。^[18]内在道德,是指为使我们的行为能称为“该行为”,我们必须遵守的内在规则。功效原则,是指我们的行为若想达到某种外在于行为的目的,必须遵守的技巧或者手段。比如,我们要制作一把斧子。关于这个行为,有两种可能的目的。一是内在目的,指行为成为“此行为”而非

[16] 参见前注[1],富勒书,第8页。

[17] 参见 H. L. A. 哈特:《朗·L. 富勒:〈法律的道德之维〉》,载《法理学与哲学论文集》,支振锋译,法律出版社2005年版,第364~366页。

[18] 参见前注[1],富勒书,第240~253页。

“彼行为”,即我们是在制作斧子,而不是制作剪刀。满足内在目的的构成性要素是内在道德,如制作物具有斧子的外形,能够用来砍断一定硬度的木材。无法达成内在道德,将意味着内在目的无法实现。如果制作物不具有斧子的一般外形,不能用来砍断一定硬度的木材,它就不再是斧子,而是诸如剪刀之类的物品。二是外在目的,指行为想要实现的外在目标。如制作斧子使它能够快速砍倒一棵大树,即成为一把极其锋利的斧子。满足外在目的的要素不是内在道德,因为不具有这些要素并不意味着内在目的无法实现。我们不能说如果斧子不能比一个电锯更快地砍倒大树,不是极其锋利,就是不再是斧子,只能说如果它极其锋利,可以成为一把好斧子。^[19] 满足外在目的的要素是功效原则,是为了实现外在目的我们要采取的技巧和手段,就像投毒者将毒药用于追求毒死某个对象,他会注意毒药的颜色不能醒目。

回到法律领域。法律的内在目的是主张人们的服从。如果 R 不能获得人们的服从, R 就不是法律。八项原则服务于这一内在目的。如果不能基本做到八项原则, R 就不能得到人们的服从。这就意味着, R 若无法基本达到八项原则,就不是法律。在这个意义上说,八项原则不是实现法律外在目的的功效原则,而是实现法律内在目的的内在道德。

富勒进一步指出,如果只是将八项原则视为功效原则,我们获得的就只是管理性指令而不是法律。对于管理性指令来说,即便发出指令者随时改变他的指令内容,他所发出的指令仍然是指令,下属仍要服从遵守。而满足这八项原则促使指令前后一致,能更好地得到下属的遵守。法律不是管理性指令,只有满足八项原则,才可能是法律,之后才谈得上什么样的法律是好法律。

在富勒看来,哈特将八项原则对于法律的作用看成是功效原则是必然的,因为哈特只关注事实上人们接受什么为法律,是一种单向的权威投射,就会将法律等同于管理性指令,不考虑人们为什么要接受某些规则为法律。但是,富勒却强调,人们为什么接受某些规则为法律应该得到考虑,而且立法权威和执法者承诺它们也会遵守这些法律,才会激励人们接受这些规则为法律。八项原则是建立立法权威与公民之间承诺互动关系的重要要素,所以是内在道德而不是功效原则。

更重要的是,富勒指出,法律的“内在道德”不是只有“道德”这个名称,而确实有道德性。因为这八项原则包含了对人的理解。正是因为把人视为“负责任的理性行动主体,能够理解和遵循规则,并且能够对自己的过错负责”,我们为制定法律的过程设定约束。如果法律不被公布、不能前后一致、不清晰或要求人们做不可能之事,会消除人们理性服从与承担责任的前提。所以这八项原则是制定法律的程序中必须要被满足的,以对人的上述理解为基础发展出来,^[20] 具有道德性。当然,我们承认这八项原则能起到功效原则一样的作用,即促进相应目的的实现。但是,因为这八项原则包含对人的理解,它们能够经得起道德的检验。与此不同,普通的功效原则,如制作毒药的技艺,不包含对人的理解,不具有道德性。^[21]

(三) 八项原则作为合法性判准的充分性?

以上,我们对富勒关于三个争论的回答进行了重述。但是,在哈特与富勒关于合法性判准的争论中,还有一个次要的争论值得我们注意。它没有前三个争论那么重要,是因为它不会对富勒的合法性判准问题造成太大的冲击。但是它又值得一提,因为它涉及富勒提出的合法性判准在判断法律效力问题上是否具有充分性。这个争论就是,八项原则或者说法律的内在道德是否能够提

[19] See Jeremy Waldron, “Why Law: Efficacy, Freedom or Fidelity?” 13 Law and Philosophy 261, 262 (1994).

[20] 参见前注[1],富勒书,第188~194页。

[21] 参见[美]埃尼尔·希曼:《当代美国自然法理论走势》,徐爽译,载《现代法学》2002年第1期,第143页。

供充分的服从理由?

哈特认为不能。内在道德解决只解决了形式合法性的问题,但是,“很不幸地,符合于这些标准的法律体系仍然可能十分邪恶”。〔22〕而按照哈特的观点,不正义的法律不能主张人们的遵守。法律的效力是一回事,法律的实效(法律事实上得到人们的服从和遵守)是另一回事,后者还需要法律内容本身在道德上是正当的。因此,内在道德不必然要求能得到人们的服从。

对此,富勒的回应是,对内在道德的符合,能够保证我们的法律不至于太过邪恶。因为内在道德与外在的实体道德之间存在某种互动关系。这种互动关系是指一方面,内在道德同样有效地服务于任何一种法律可能追求的实体道德目标,另一方面,内在道德对法律能够实现的实体目标做出了限制。内在道德能够对实体目标做出限制,是因为某些实体目标的实现会损害内在道德。如果法律不顾一切地追求这样的实体目标,反而会使自己不再是“法律”。比如,在某一次排除异己势力的屠杀运动中,希特勒为了实现这种邪恶的目标,颁布溯及既往的法律。这本身就是对内在道德的损害,我们因此可以说希特勒颁布的这项规则不是法律。通过这种方式,内在道德可以确保自己不与极大的不公正相容。〔23〕

但是,无论富勒的这一回应是否可靠,富勒并不否认哈特这个不成熟的论证指向的最终批评,内在道德不能提供充分的服从理由。富勒强调内在道德是法律有效性的必要条件,其在提供服从理由方面不可或缺。请注意,富勒使用的表达方式是,没有对内在道德的基本遵守,规则体系 R 就没有法律效力;而不是遵守了内在道德,就一定有法律效力。富勒想要提醒我们,内在道德不能提供绝对充分的理由,内在道德作为合法性判准不具有充分性。但是,想要找到充分的合法性判准就像要找到完整的法律概念一样,是非常困难的任务。我们能努力做到的是,找到那些对于判断法律效力来说至关重要的因素。

结 论

内在道德作为合法性判准虽然不具有充分性,但是它却至少呈现了三个重要的主题和一个可能更有竞争力的法律观。一、在判断规则体系 R 是否具有法律效力时,规则体系 R 是否具有可服从性以及能否唤起人们服从的动机和热情这两个问题是必须要考虑的内容。换言之,回答合法性判准问题必须考虑法律能否为公民提供服从理由。二、使规则体系 R 具有可服从性和唤起人们服从动机与热情的条件应该具有道德性,也就是说法律应该能为公民的行动提供道德理由。三、法律的内在道德具有道德性,能够提供道德理由。支持这三个立场的是包含目的的互动式法律观,该法律观强调法律要在统治者和公民之间建构起互动关系,法律权威既不能依赖于统治者的单向投射,也不能依赖于公民一厢情愿的自觉遵守。这些论证能够基本说明法律的内在道德是合法性判准的必要内容。还很重要,富勒的论证所依托的道德不是实体道德,而是程序性道德。从立法过程中应遵循的程序入手讨论法律如何为公民提供道德理由,可以避免关于实体道德目标的分歧,更易于建构一个有效的社会合作框架。本文认为,这些既是富勒与哈特在合法性判准问题上争论的重心,也可以作为我们今后讨论的出发点。

(责任编辑:宾凯)

〔22〕 参见前注〔1〕,富勒书,第 191 页。

〔23〕 参见前注〔1〕,富勒书,第 177~180 页。