

西方著名法哲学家丛书（第三辑）

吕世伦 徐爱国 主编



富勒： 法律与道德的追问者

李任◇著



黑龙江大学出版社

HEILONGJIANG UNIVERSITY PRESS

丛书策划：李宏弢

责任编辑：李宏弢 曲丹丹

封面设计：张广东

ISBN 978-7-81129-550



9 787811 295504 >

定价：19.00元

西方著名法哲学家丛书（第三辑）

吕世伦 徐爱国 主编

K837.125.19
22



富勒：
法律与道德的追问者

李任◇著

图书在版编目(CIP)数据

富勒：法律与道德的追问者 / 李任著. -- 哈
尔滨 : 黑龙江大学出版社, 2013.3
(西方著名法哲学家丛书/吕世伦, 徐爱国主编.
第3辑)

ISBN 978 - 7 - 81129 - 550 - 4

I. ①富… II. ①李… III. ①富勒,
L. L. (1902 ~ 1978) - 传记 IV. ①K837.125.19

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 230804 号

富勒：法律与道德的追问者
FULE: FALÜ YU DAODE DE ZHUIWENZHE
李 任 著

责任编辑 李宏弢 曲丹丹
出版发行 黑龙江大学出版社
地 址 哈尔滨市南岗区学府路 74 号
印 刷 哈尔滨市石桥印务有限公司
开 本 880 × 1230 1/32
印 张 7.25
字 数 162 千
版 次 2013 年 3 月第 1 版
印 次 2013 年 3 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 81129 - 550 - 4
定 价 19.00 元

本书如有印装错误请与本社联系更换。

版权所有 侵权必究

总 序

人类的法律文化或法律文明,可以区分为法律制度和法律思想两大载体。法律是硬结构,法律思想是软结构。历史地看,它们共生并相互渗透和依存。比较而言,法律制度通常趋向于稳定和迟滞,而法律思想则显得敏锐和活泼。由于此缘故,一个时代的法律文化变迁,总不免表现为法律思想为先导,法律制度随之产生或变革。

中国为古老文明的大国,原本有自己独到的法律传统,也有自己的法律思维范式。临到清末,在西方列强的入侵和文化的冲击下,中国法律文化传统出现断裂,开始发生历史性的转型。早些时候,中国人学习日本,而日本的法律又来自于西方的德国。晚些时候又学习苏联的法律,中国法律传统又增添了社会主义法律的色彩。这样一来,我们现今的法律同时是中国传统法律、西方自由主义法律和社会主义法律的混合体。反过来也可以说,我们的法律既欠缺中国传统,也欠缺东洋(日本)和西洋(欧美)的法律传统。法律职业者们所学和所用的是西方的法典,而要解决的则是中国社会本身的问题。

不可否认,近代以来的西方法律是摆脱人身依附关系及倡导民主与法治的先行者。因此,对它不应当亦不可能漠然对待,更不能简单地予以排斥。不过,在东西方有重大差异的法域,法律职业者生搬硬套西方的法律理念处理中国的问题,就

意味着粗暴地对待了中国的社会。另一方面，当法律职业者们这样做的时候，又没有真正弄懂西方法律制度得以建立的法律理论，这又粗暴地对待了西方法律。中国学习西方法律已是历经百余年的不争事实。现今，法律制度的趋同化与各民族法律个性的减弱，是法律发展的一般模式。面对此种时代的大趋势，我们要做的不仅仅是要建立现代的法律体系，更重要和更深层次的在于弄清作为西方法律制度底蕴的法律思想。换言之，法律的研究和运用，只停留在法律制度的建立及相关资料的整理和解释上是远远不够的，而应该是法律规范与法律精神的统一。善于从法律制度中寻找法律的精神，从法哲学的抽象中探取法律实践所隐含的意义，才是中国法律职业者的共同任务。

从中西法律制度借鉴的角度看，我们更多地移植了西方的法律制度，而对西方法律精神则关注不足，主要表现在没有把握到西方法律的精髓。只有法律制度的引进，没有法律思想的参详，如同只有计算机的硬壳而无计算机的软件；没有法律的思想而实施法律的制度，那么法治的运行便成为无从谈起的问题。理解、消化和应用西方法律制度中所包含的法律理论，是我们继续和深化法律现代制度的紧迫任务。正是基于这样的考虑，我们决定编写一套西方法哲学家的学术传记丛书。

西方法律思想存在于西方法哲学家的脑子里，表现在他们各具特色的个人生活之中，物化于他们的法律著作之内。每个法哲学家的思想各不相同，但是同一时代的一批法学家则代表了那个时代的法律思想文明。同样，每个时代法学家的思想也各不相同，存在着主流与非主流甚至逆流的思想观点的交叉与对立。几千年西方法律思想家的理论传承，构成了西方法律思想史的全景。基于这样的认识，本套丛书的着眼点是法学家个体。通过每个法学家独特的经历、独特的思考和独特的理论，我们能够把握西方法律传统的精神和品质。

今天，我们正在建立和完善中国特色社会主义的法律体

系。这首先就要求有充实而有效的中国特色社会主义法律理念。中国特色社会主义法律理念要在马克思主义法律观的指导下,广泛借鉴古今中外的法律精神遗产,尤其要“立足中国,借鉴西方”才能达成。

是为序。

吕世伦 徐爱国
2008年12月

谨以此书

献给我的父亲、母亲

To Chinese Readers

Professor Fuller was a remarkably profound theorist of the law. He took a “processual” approach to the law and cast much distinctive light in this way. It is not possible to capture his insights in a short sentence or two.

Robert S. Summers

目 录

导论：谁是富勒	1
第一章 早年岁月——扬起学术之帆	9
一、启航与故乡	9
二、幼年的回忆	13
三、未来的航向	19
第二章 崭露头角——法哲学观的确立	30
一、从俄勒冈到伊利诺伊	30
二、形式主义与现实主义	40
三、合同法中的法哲学	54
第三章 初到哈佛——向实证主义宣战	60
一、对纳粹法律的批判	60
二、论法律的自我探寻	64
三、战争中的富勒	87
第四章 重返哈佛——法律教育改革	90
一、法学院里的交锋	90

二、新的法学教学方式	101
三、关于法理学	109
第五章 论战论战——法律的道德性之争	113
一、法理学思想的复兴	113
二、哈特的宣战	119
三、富勒的反击	130
四、一个“告密者”的难题	138
第六章 走得更远——对良好秩序的思考	147
一、灌溉背后的法哲学	147
二、变革时代的社会秩序	152
三、司法过程理论	157
四、学术常新	164
第七章 璀璨星空——富勒的影响	171
一、生前身后	171
二、富勒的几点思想渊源	174
三、富勒的贡献	177
四、富勒的个性	183
五、富勒的遗产	190
终章：富勒是谁	198
附录：年谱略编	210
参考文献	214
后记	216

导论：谁是富勒

1949 年 2 月，《哈佛法律评论》第 62 卷刊登了一篇名为 *The Case of the Speluncean Explorers*^① 的文章。作者在文章中虚构了这样一样案件：

公元 4299 年 5 月，五名 Newcarth 国洞穴探险协会会员在探险时，因山崩被困在山洞之中。探险者通过无线电得知短时间内无法获得营救，而他们所带之食物即将消耗殆尽，且山洞内再无其他可维生之物。在食物已尽之后，为了继续活下去以待救援，一名成员 Whetmore 提议通过抽签选出一名牺牲者，由其他四人杀死被抽中者吃其血肉。其他四人同意了这个提议。然而，提议者 Whetmore 在抽签之前反悔要撤出约定，但另四人不同意其撤出，并在其没有反对的情况下替其抽签。结果，Whetmore 本人不幸被抽中成为牺牲者，因而被同伴杀死吃掉。几天后，幸存的四位探险者被营救，不久他们被指控谋杀。初审法院判决四人谋杀罪名成立，应依法处以

^① Lon L. Fuller, *The Case of the Speluncean Explorers*, *Harvard Law Review*, Vol. 62, No. 4 (1949), pp. 661 - 645.

绞刑。四名被告遂向最高法院提起上诉。

在上诉中,最高法院的五位大法官意见不一。首席大法官 Truepenny 认为,尽管同情心会促使他体谅这些被告当时所处的悲惨境地,但法律条文不允许有任何例外。因此他认为被告有罪,但应获得行政长官的赦免。这样以来可以维护法律的尊严,二来也维持了正义的原则。Foster 法官认为案发时被告所处的生存状态使他们脱离了现行法律的管辖范围;即使法律有管辖权,也不能片面追求法律条文字面的含义,而应根据法律的目的来考虑案情,也就是根据立法中自我防卫免责的基本精神来判断本案,因此被告是无罪的。Keen 法官则认为应根据法律的平实含义来解释法律,不能随意掺入法官个人的意愿和道德观念来探求所谓的法律的目的,后一行为是危险的。严格依据法律条文规定来看,本案不属于自我防卫的范围,应维持被告之有罪判决。Tatting 法官认为,本案这种情况是法律与道德的一个两难选择,很难在不同的价值比较中作出判断,所以他弃权不参与本案审理。另一位法官 Handy 认为法律是为人而服务的,判案应依据人们的常识,大众显然认为被告是无辜的。按照这个思路,本案与抽象的理论无关,因此依据人们的常识,认定被告被控罪名不成立是合理的。

由于最高法院五位法官观点各不相同,最终在两位法官认定被告有罪、两位法官认定被告无罪的情况下,初

审法院的判决得以维持不变，被告被处以绞刑。^①

在这篇虚拟案例文章最后，作者提到，构思该案件的唯一目的，是使大家共同关注一些存在分歧的政治和法律哲学——这些哲学给人们提出了有关选择的问题。作者本人并未表示倾向于五位法官中哪位法官的观点，而是引导文章的读者去思考案件及判决意见中包含的朴素真理。这篇苏格拉底式寓言文章的作者，就是本书要向大家介绍的人——美国著名法哲学家朗·富勒。

提起朗·富勒，大多数中国人对他的名字并不熟悉，即便是法学院的学生，恐怕知道的也为数不多。只有在法学院四年中选修过西方法律思想史课程的学生，才可能知道富勒是 20 世纪美国的一个自然法学思想家。西方法律思想史从古希腊的智者讲起，讲到 20 世纪时已是期末，坚持到这个时候的选课生，方有机会了解富勒及与富勒同时代的那些智者。更何况，富勒的影响不如自然法学前辈孟德斯鸠、卢梭那样深远，名头也不及同时代美国法学家霍姆斯、庞德（Roscoe Pound）那样响亮。同样，与中国对富勒了解不多相比，也没有证据证明富勒本人对中国的了解有多深刻。我猜测，富勒可能仅仅在他幼年及青年居住求学的加利福尼亚州，以及他成年任教后在哈佛法学院讲堂上有机会接触中国人。富勒的母校斯坦福大学所在地靠近旧金山，那里有美国最大的唐人街，富勒有可能光顾过华人开的中国菜馆，以至于日后对中国菜很着迷，

^① 原文参见 Lon L. Fuller, *The Case of the Speluncan Explorers*, *Harvard Law Review*, Vol. 112, No. 8 (Jun. 1999), pp. 1851 – 1875, 该文为 1999 年《哈佛法律评论》对 50 年前富勒文章的再刊。

并且他的一大爱好就是烹饪中国菜。^① 另外，富勒在同时代学者庞德和弗兰克(Jerome Frank)的著作以及其他曾阅读过的文献中会对中国法律有所认识，因为庞德和弗兰克都曾推崇中国古代的法律制度。^② 或许，富勒人生中的一次机遇存在着中国因素：他接替庞德出任哈佛法学院卡特讲座教授一职，其原因是庞德被中华民国政府邀请来华担任法律顾问而离开哈佛。^③



庞德(前排右三)访华时在北平与中国教育界人士的合影

富勒 20 世纪 40 年代的一篇文章《判例法中的理性与命令》参

^① 参见[美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社 2010 年版，第 15 页；Robert S. Summers, *Lon L. Fuller*. Stanford University Press, 1984. p. 9。

^② 参见 Rosey Pound, *Development of Modern Law in China. Sino-American Relations Quarterly* (1976); [美]弗兰克：《初审法院——美国司法中的神话与现实》，赵承寿译，中国政法大学出版社 2007 年版。

^③ 详见后文第四章。

阅了法国著名汉学家让·埃斯卡拉(Jean Escarra)^①《中国法》中的有关内容，并进行了评价。他说：

这两个中国的学派(儒家和法家)^②都主张为人熟知的两条口号，但是这两条口号却代表了不为人们所熟悉的思想，更确切地说是不为人们所熟悉的思想结合。这两条口号就是：“人治”与“法治”。提倡人治的儒家学派将其全部理论建立在如下的观念上：人类社会中隐含了自然秩序。然而，根据儒家的观点，社会中规制人类生活的自然原则并不是通过纯粹演绎推理获得的，而根本上是通过一种直觉，此直觉源于学习和高尚的生活。因此，良治就是贤人之治，他坚持不懈地把社会引向与自然原则的统一，从而使社会能存在且繁荣。而另一方面，法家学派否认人类社会中隐含自然秩序。自然至多只是揭示了一个关于社会的确切事实，即，没有某种秩序，社会就不可能存续。但是，此秩序必须为人所创，且体现在由逻辑构筑、严格执行的制定法(man-made law)当中。提倡人治的学派指出法律是自然理性，提倡法治的学派认为法律是人类命令。我们熟知的思想结合的转换实在令人好奇。然而，即便在此如此混乱的语境下，寻求摆脱理性与命令悖论的努力也是昭然若揭，因此，整个真理的发现只

① 让·埃斯卡拉和庞德一样，也曾担任过国民政府的法律顾问。

② 富勒在这里将儒家和法家视为两个法哲学学派。

可能通过两个学派观点的结合而来。^①

上述这些中国人或与中国相关的因素影响了富勒，使富勒对中国或中国的法律有所了解。另外，富勒与中国之间还有一个不得不提的交集，那就是富勒在杜克大学法学院任教时所教的学生——尼克松，一个当初坚定的反共议员，后来成为推动中美建交的美国总统。尼克松在自传里提到富勒讲授的法律哲学课程对其有不小的影响。^② 富勒曾在俄勒冈、伊利诺伊、杜克及哈佛等大学的法学院任职，他的法理学课程使不少学生受益，他的法哲学思想也对美国法理学的发展有着不小的影响，不仅仅及于自然法学，还包括现实主义运动、实证主义法学以及程序法学等。富勒另一个在哈佛法学院的学生萨默斯（Robert S. Summers），如今是康奈尔大学法学院的教授，为其师写了一部思想总结式的评传^③，这也是一部学术导读式的研究富勒的专著。在该书中，作者萨默斯将富勒与霍姆斯、庞德、卢埃林并称为百年来美国最重要的四位法学理论家。^④ 这一评价作为学生对老师的认同，也许并不为过。萨默斯通过总结并重构富勒的主要学术思想，向世人介绍了他的老师；而我要向大家介绍的富勒，则是这位构思了前文洞穴奇案的作者，也

^① Lon L. Fuller, *Reason and Fiat in Case Law*, *Harvard Law Review*, Vol. 59, No. 3 (Feb. 1946), pp. 376 – 395; 中译文参照[美]朗·富勒：《判例法中的理性与命令》，张平、陈晨译，载《南京大学法律评论》，2010年第2期。

^② 详见后文第二章。

^③ Robert S. Summers, *Lon L. Fuller*. Stanford University Press, 1984; 中文版[美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社2010年版。本书多处参考上述两版著作，在此一并致谢。后文引用处为了方便读者查找，如无与原文翻译有重大出入，则仅注明中文书名及页码。如与中文版翻译有不一致之处，则仅注明英文版页码。

^④ [美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社2010年版，第1页。

就是提出了“法律与道德之间关系”这一人类永恒主题让人思索的富勒。

由于学识和材料所限，本书无法全面地展示富勒作为一名法学家的全部思想和生活。但我希望尽我所能，使原先并不熟悉富勒的读者在阅读此书后能对富勒的主要学术成就和生平略有所知。并且，我希望这一了解并不仅仅是通过他的文字与作品得来的，还通过对富勒时代的社会背景、法学思潮以及富勒和其他重要法学家的比较而得出。如同欣赏一尊佛像，比之在博物馆展厅里单独摆放，不如置之原来的寺庙大殿中看得更为真切。所以，全书以富勒的生平为主轴，共分八章，前六章的每一章，几乎是富勒生平的一个十年段，重点介绍富勒在此时期的主要学术成果，间或介绍同时代的其他学者的重要学术观点或法律事件；第七章我对富勒进行了一个总体的评述；最后一章是我对撰写富勒传记的一点结语式的感想。这样一来，读者可以对富勒思想的来龙去脉、发展过程有一个大致的把握，由此，读者可以看出富勒思想并非凭空产生，其思想带着深刻的时代烙印及他本人的现实关怀。萨默斯凭借其在富勒门下求学的经历，从法理学的角度为富勒作传展示富勒学术思想全貌；我作为一个法律史专业的研究者，更想通过本书为读者描述富勒作为一个法学家和思想家的个性以及其在法律史上的地位。

那么，法学家富勒为什么会虚构出洞穴奇案这样一个案件？或许，有人还会问，在洞穴奇案中，富勒根据自己的思想，会支持五位大法官中哪一位的观点？哪位大法官身上有富勒本人的影子？或者说，谁是富勒？不用急于寻找答案，随着对后文的阅读，答案自然水落石出。当你发现谁是富勒时，也就对富勒有了一个初步

8 富勒：法律与道德的追问者

的了解，说不定会对这个虚构案件所探讨的更深一层的法哲学问题产生思考的兴趣。

第一章 早年岁月

——扬起学术之帆

一、启航与故乡

人的一生如同一次航行，尽管每个人到达的终点不同，但大多数人的起锚情形相去不会太远。一个思想家并非生下来就注定要驶往思想家的航向，他一生中所经历的风浪也许会助其将云帆高张。不过，描述一次远航也好，漂流也好，总不能忘记启航时的情景，毕竟每个人的航行都是在这时出发的。

1902年7月15日，朗·富勒(Lon Luvois Fuller)出生在美国得克萨斯州赫尔福德(Hereford)的一个农场主家庭。如果按照中国的生肖来算，他出生于寅虎之岁；而按照西方的星历来算，他出生在巨蟹宫下。虽然本命和星象都含有神秘的非科学成分，但是用这种古老的东西方对新生儿的预言体系去观察这位日后著名法哲学家的性格，倒有几分巧合的地方。在中国人看来，属虎的人热情，对周围人的感染力与生俱来，是群体里引人注目的中心，同时属虎的人又具有叛逆好战的个性。感染力强恰恰是朋友们对富勒最普遍的印象之一，好战和不服输则可以解释为什么富勒一生都以一个批判者的形象出现。以星座而言，巨蟹宫下出生的人，拥有敏锐的洞察力，他既浪漫又实际。这也可能正是富勒后半生几乎

将全部精力都用来研究“良好的秩序”这一颇具远见问题的原因吧！

富勒的父亲弗朗西斯·富勒(Francis Fuller)是一个农场主兼银行职员；母亲玛丽·摩尔·富勒(Mary Moore Fuller)是一个热衷于法国小说的文学女青年。母亲对法语文学的热爱影响了日后的富勒，使他对阅读产生了浓厚的兴趣，善于使用修辞来表意并形成了抑扬有序的文风。富勒的出生地赫尔福德，是得州戴夫史密斯县(Deaf Smith County, Texas)的治所所在，其名称来源于有名的英国赫尔福德牛(Hereford Cattle)。得克萨斯州在1845年才加入联邦，它本身就是一个年轻的州，而赫尔福德又是得克萨斯州一个年轻的小城。赫尔福德以牛得名，说明这里是一个畜牧业发达的小镇，拥有水土丰美的土地，或者说这是形成于西进运动过程中一个典型的美国西部小镇。最早来到此地的是19世纪最后几年西进运动的移民。这些前往得克萨斯州的移民大部分具有日耳曼血统或斯堪的纳维亚血统，他们像其他西进的人一样，年轻大胆，富于冒险与开拓精神，是虔诚的理想主义者，喜欢追求新的与众不同的生活。富勒的父母就是这样的人。富勒继承了这种对新生活的追求精神，日后作为一个法哲学家，他毕生对法律一般意义和各种具体表现形式之目的性的强调，以及通过良好秩序来改善社会的学术进路，也许可以从这种先天精神上得到部分的解释。得克萨斯人开朗豪爽而又不拘小节，通常人们印象中的得州人，多是彪悍的牛仔形象。在富勒的大部分论著中，也可以看出这样一个特点：他的观点总是很吸引人，但是却在论证深度与系统性上略显不足，虽然这并未削减富勒作品的魅力。



赫尔福德牛

1899 年左右,赫尔福德的居民为了发展畜牧业引进了英国良种牛。同时,在该年前后,得克萨斯州的铁路修建到了赫尔福德。这个移民点随着铁路建设而逐渐兴盛起来,作为一个邻近铁路有几千人居住的小城市,赫尔福德有了一所学校、一家银行、一份报纸,以及几处教堂,而且修建了不少风车,并也因风车而在西部著称。20 世纪初的赫尔福德大概就是这样一个地方。今天的赫尔福德与百年前相比变化并不大。不过在 20 世纪初,原本是乐土的西部,由于农业大突破,过分使用土地对自然环境和地理状况造成严重破坏,特别是得克萨斯州作为畜牧业的主要基地,过度饲养放牧导致了草地情况不断恶化。许多人选择了进一步西进,翻越落基山脉去太平洋沿岸地区建立自己的新家园。于是,继“港口热”和“淘金热”之后,西海岸的加利福尼亚州迎来了第三次移民潮。富勒在赫尔福德成长到 4 岁,便跟随父母一起,穿越新墨西哥州与亚利桑那州,搬到了加利福尼亚州的帝王谷(Imperial Valley)。



20世纪早期的赫尔福德

加利福尼亚州加入联邦的时间比得克萨斯州还要晚，是一个更加年轻的州。帝王谷位于加州的南部，紧邻墨西哥。帝王谷由帝王土地公司(Imperial Land Company)命名，这里起初是一片荒地，早在19世纪中叶就有一位名叫沃曾克拉夫特(Wozencraft)的医生提出用科罗拉多河水灌溉峡谷的计划，不过直到43年后，方由工程师洛克伍德筹集了足够的资金实现了这个方案。洛克伍德在19世纪和20世纪之交，挖通了从科罗拉多河西岸到阿拉莫峡谷的运河，引来源源不断的河水进至帝王谷，形成有效灌溉，使之成为宜居的绿洲。^① 不过由于无力修筑可以控制流量的大坝，1905年的一次洪水，冲毁了前期建设的灌溉水渠，形成了现在的旅游区沙顿海(Salton Sea)。洪水过后，这里的居民不断重建灌区，形成了几

^① 参见张友伦：《美国西进运动探要》，人民出版社2005年版，第289页。

万人的定居点。富勒一家也于此时在这低于海平面 20 米的小城市里定居下来。由于当地农业和灌溉的合作劳动是一项全体居民利益共享的公共事业,需要大量的资金,不是个人小规模投入就可以解决的,所以银行业在这个新兴的灌溉垦区蓬勃发展。富勒的父亲因为曾经在赫尔福德银行工作的经历,来到这里以后,很快在居住的 El Centro 区的银行中找到一份不错的工作,并在不久后成为这家银行的行长。这份工作为富勒一家提供了较好的生活条件,但不幸的是,来到帝王谷不久,热爱法文小说的母亲就逝世了。父亲再婚,此后的日子里富勒由父亲和继母抚养长大。^①

二、幼年的回忆

帝王谷的生活对富勒影响很大,当地的农业与灌溉事业给他留下了深刻的印象。富勒在后来的文章中回忆道:



童年时的富勒

我在一片被开垦过的荒漠区度过了大部分青少年时光,这一地区的用水全部取自科罗拉多河。这个位于加州东南角名为帝王谷的地方,是整个美国最为丰饶的地区之一,尽管每年的降水量只有 2 英寸……许多童年时代鲜活的记忆都或多或少与当地的灌溉业和洪水有关。在我们生活的时期,时刻

^① 参见[美]罗伯特·萨默斯:《大师学述:富勒》,马驰译,法律出版社 2010 年版,第 26 页。

都处在科罗拉多河河水决堤倒灌进谷底的威胁之中，过去洪水泛滥后的疮痍于今举目可见。我记得给我印象颇深的是一个我早年听到的外来词“Zanjero”，这一词语用来称呼当地灌区的一位奇特而又重要的人物。^①



帝王谷的引水渠

这段早年经历，启发了富勒对一个法律问题的思考，从而形成了他 1965 年发表在《斯坦福法律评论》上的文章《灌溉与专制》。

帝王谷的支柱产业是农牧业，在 20 世纪初，不足 10 万人口的帝王谷就饲养了几十万头牛羊。富勒所说的“当地是美国最丰饶的地区”，还因为帝王谷同时盛产苜蓿、糖用甜菜、苏丹草以及小

^① Lon L. Fuller, Irrigation and Tyranny, Stanford Law Review, Vol. 17, No. 6 (Jul. 1965), p. 1022. 这段文字是研究富勒童年时期生活经历为数不多的材料之一，我将此段文字在写本书第一章时加以引用，后来写到第五章关于富勒与哈特的论战部分，查阅哈特传记作者妮古拉·莱西教授有关论战的文章时，发现莱西教授介绍富勒生平时也引用了这段文字。莱西教授认为这段童年的经历对富勒以后学术生涯产生了影响，莱西教授说：“可见他对于社会问题解决方案的有关决策或谈判过程有着持久浓厚的兴趣，这可能与此有关。”参见 Nicola Lacey, *Out of the Witches Cauldron: Reinterpreting the Context and Re-assessing the Significance of the Hart - Fuller Debate*, From: eprints. lse.ac.uk/23812/, p. 9。

麦,这四种农作物在当地的单位亩产量均居全美之首。帝王谷之所以能成为荒漠中的人造绿洲,有发达的农牧业,就是因为当地有一套有效的灌溉系统。这样一套复杂的灌溉系统的建设、分配和维护,是一项重大的公共事业,涉及法律、政治、经济、社会学的问题。1957年,卡尔·魏特夫(Karl August Wittfogel)出版了《东方专制主义》。^①他通过研究历史上的水利灌溉,提出了这样一个命题:通过回顾历史和考古发现,从远古时期起,大规模的灌溉系统总伴随着专制。如存在着堤坝、运河、水渠等灌溉设施的地方,政治上都采取专制主义。^②富勒根据自己早年在帝王谷的经历,针对魏特夫的观点进行了重新审视。他从帝王谷那位大人物“Zanjero”,也就是英文“watermaster”谈起,逐步分析魏特夫在解释史料时所运用的法学、社会学、政治学、经济学以及社会心理学等基本原则,进而揭示关于法律与社会秩序的一些一般性原则。^③



帝王谷今貌

^① Karl August Wittfogel, *Oriental Despotism: A Comparative Study of Total Power*, Yale University Press, 1957.

^② 参见 Lon L. Fuller, Irrigation and Tyranny, *Stanford Law Review*, Vol. 17, No. 6 (Jul. 1965), p. 1021。

^③ 关于这篇文章更详细的介绍,请见本书第六章。

从这里我们可以看出，富勒是一个善于联系实际去阐述理论的人。后来在斯坦福大学博士学习期间，他曾听过宾汉（Joseph W. Bingham）教授主讲的水资源法课程。选修这门课程的原因有可能就是基于儿时帝王谷的生活经历。^① 此后在读到魏特夫的《东方专制主义》一书后，以前的经历、听到的课程、读书的心得以及近年的思考汇集起来成了《灌溉与专制》这篇文章。同时，这篇文章于1965年紧随富勒代表作《法律的道德性》^②一书发表，从中还可以看出富勒在60年代中期学术思想的一个新发展：将研究的兴趣转移至法律社会学和法律人类学，进一步关注社会秩序，“广泛地利用社会理论、道德哲学和各种人文科学来阐释法律”^③。

早年在得克萨斯与加利福尼亚的生活经历对富勒的影响还能在其他文章中发现，比如富勒正式发表的第一篇论文《时效占有——基于边界位置错认形成的土地占用》^④。因为在那个时候，在美国，特别是在新开发的西部，土地所有权的问题一直是一个热门问题。“到西部去”是19世纪晚期美国的一个开拓性事件，也就是美国历史上有名的“西进运动”。翻越阿巴拉契亚山，翻越落基山，那里有肥沃广阔的土地，然而问题是那里许多土地属于印第安人或者无人占有。因此，不论从技术角度还是社会需求的角度，都要求与土地所有权有关的法令政策产生。1877年，美国国会通过

^① 参见 Lon L. Fuller, Irrigation and Tyranny, *Stanford Law Review*, Vol. 17, No. 6 (Jul. 1965), p. 1022。

^② Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, 1964; rev. ed., 1969. 中文版：[美]朗·富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆2005年版。

^③ [美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社2010年版，第26页。

^④ Lon L. Fuller, Adverse Possession – Occupancy of Another's Land Under Mistake as to Location of a Boundary, 7 *Oregon Law Review*, (1928), p. 329.

《荒芜土地法》，法令规定出售荒芜土地最高限额为 640 英亩，每英亩价格为 1.25 美元（先付 25 美分，3 年内付清），只需在 3 年内灌溉其中的部分土地即可拥有整个地段的所有权。1891 年，国会又通过了《干旱土地法》，把出售干旱土地的单位面积改为 320 英亩，只允许本州居民购地。法令还规定购地者必须连续 3 年按每英亩 1 美元投入改善费，用来配置水利设施，并要求把不少于 $1/8$ 的土地开拓为耕地，法令还鼓励相邻地段的农户合作兴修水利设施。1894 年国会通过了《凯里法令》，向各干旱州拨出每州不超过 100 万英亩公共土地，责成有关州吸引移民定居，兴修水利设施，并要求定居农户开垦一定数量的土地。1902 年出台了《垦荒法令》，法令规定，16 个经指定的西部干旱州出售国有土地的款项可以保留下来作为灌溉基金，由内政部部长审定各项水利工程合同，然后实施。在工程覆盖的土地上定居 5 年并开垦一定面积土地的农户可以获得 80 英亩土地，但必须每年向有关水利机构交付 20—30 美元的灌溉费，大体上在 10 年内把工程费用付清。^①

上述法令的相继出台，较好地解决了西进运动中土地所有权问题，能够使耕者有其田，刺激了一批又一批的移民去开垦荒地。伴随着这些法令的实施，富勒一家作为土地法令的受益人，先后在得克萨斯和加利福尼亚获得了土地并居住下来。然而，任何事情都具有两面性，政策的优惠必然带来需求的空前增加，在西部，最容易引起争执的也是土地问题。大量的土地交易造成了土地投机，也造成了土地产权的混乱。根据法律，原则上西部的公共土地都属于联邦所有，这些土地都需要经过丈量后才能分块出售。由

^① 参见张友伦：《美国西进运动探要》，人民出版社 2005 年版，第 286 ~ 291 页。

于丈量进度缓慢，造成许多私下的非法土地交易，移民到了新定居地很难获得合法的土地所有权，差不多都成为“占地者”而非“所有者”。许多情况下对于土地分配问题都是先到先得，同时先得者为了防止后到者侵占其土地，往往会自行采取一些措施来保护土地。政府虽然不承认这种私人保护土地的方式，但是也没有好办法，只好采取了部分默认的态度。一个常见的例子就是，投机者不顾法律规定，雇佣他人立界标围地，这些雇工欺骗说这符合法律规定的条件，以获得合法的土地所有权，然后再将土地转让给自己的雇主。^① 所以，“占有”就成了西部土地所有权广泛存在的一种半合法形式。优先选择、优先占领、优先拥有逐渐成为西部土地管理的原则。在西部到处可见铁丝网与栅栏，上面还贴有警告侵犯者的海报：“谁敢肆意破坏他人的圈地，小心脑袋。”诸如此类的标语是那个时代处世哲学的最好体现。^② 富勒一家也生活在这种环境中，周边也经常会发生由于占有土地所导致的纠纷。这就不足为奇，为什么善于观察生活的富勒会采用“土地的时效占有”这样一个主题，来作为第一篇论文的研究主题。

西部新开发的土地给移民们提供了新的居住用地，同时也促进了美国西部教育事业的发展。原本被认为是蛮荒之地的西部，由于土地开发，教育业迅速发展。根据土地法令，联邦政府用拨赠土地的办法来支持西部的教育事业，这也成为美国合理使用国有

^① 参见[美]马克·C.卡恩斯、约翰·A.加勒迪：《美国通史》，吴金平等译，山东画报出版社2008年版，第395页。

^② 参见[美]马克·C.卡恩斯、约翰·A.加勒迪：《美国通史》，吴金平等译，山东画报出版社2008年版，第402页。

土地的一个优良传统。^① 1912 年国会通过专项法令直接向公共学校赠与土地。随着学校的增加,从 20 世纪初,美国的入学率也逐步增长,比如 1900—1930 年,大专院校入学率翻了三番;1920 年高中入学率翻了一番。“大专院校为青年人提供了一种环境,使他们能够逐渐培养自己的社交能力、个人爱好、个人兴趣和行为方式。越来越多的学生不仅把学校看成是获取专业知识的课堂,而且看作参与组织性体育竞技、课外活动、学生俱乐部、宗教社团和各种协会的场所。也就是说,学校是一个让他们脱离家庭束缚而更多以同龄人标准确定自身价值的专门机构。”^②而且,各个大学都在努力创建一种以研究为重的文化。富勒居住的加利福尼亚州成为西部高等教育的中心,从 19 世纪后半期起,加州大学以旧金山附近的伯克利校区为中心不断扩建,形成了庞大的加州大学系统。西部移民的子弟构成了这一时期加州大学的主要生源。1919 年,17 岁的富勒被加州大学伯克利分校录取。

三、未来的航向

富勒进入大学的前两年,美国加入了在欧洲的第一次世界大战。战争的爆发对美国经济和社会都产生了重大的影响。在美国,因为战争原因,国内掀起了仇视德国的风暴,与德国相关的东西,成了好战分子的打击目标或者敌人的象征。“德国泡菜变成了自由白菜,汉堡包变成了自由香肠,演奏德国音乐通常遭到禁止,

^① 1785 年的土地法令明确规定,在测量过的土地上,每个城镇的第 16 地段是充作教育事业之用的,其销售收入必须用于支持教育。参见张友伦:《美国西进运动探要》,人民出版社 2005 年版,第 224 页。

^② [美]艾伦·布林克利:《美国史》,邵旭东译,海南出版社 2009 年版,第 687 页。

人们开始回避莫扎特和贝多芬，德国书籍全部从图书馆撤掉，德国语言课程不再是学校的授课内容，加州教育局甚至宣布德语是‘一种宣扬独裁、残暴和仇恨的语言’。许多岗位上的德裔工人丧失了工作，地方民警组织经常骚扰和殴打德国移民……反德情绪还引发了人们之间巨大的猜忌之心，社区邻里之间都开始互相监视，许多人开始认同著名心理学家霍尔的观点：‘日耳曼灵魂的某些因素很不正常。’”^①经济上，战争给美国带来了因需求增加出现的暂时繁荣，而战争结束后，美国又面临需求骤然消失后的经济萧条。1919年战后，通货膨胀开始威胁着消费市场，在1919—1920年大部分时间里，物价平均每年上涨15%以上，1920—1921年，美国国民生产总值下降近10%，10万家企业破产，500万人失去工作。^②可以说对于出生于世纪之交的富勒这一代人来说，第一次世界大战恰恰发生在他们刚刚步入大学或走进社会的时候，这场战争的影响，使他们从理想回到了现实，比如说繁荣经济的一夜消失。这被称为“迷惘的一代”(Lost Generation)^③的人不得不做好准备迎接战后社会和文化的改变与调整。

对社会的关心，以及受在银行工作的父亲的影响，富勒选择经济学作为大学期间的专业。1920年富勒从伯克利转到位于旧金山附近的斯坦福大学主修经济学。关于富勒经济学专业的学习背景，是值得介绍一下的，毕竟他用了四年时间学习经济学。经济学

① [美]艾伦·布林克利：《美国史》，邵旭东译，海南出版社2009年版，第661页。

② 参见[美]艾伦·布林克利：《美国史》，邵旭东译，海南出版社2009年版，第666页。

③ 语出格特鲁德·斯坦因(Gertrude Stein)。参加了一战的作家海明威(Ernest Hemingway)在1926年《太阳照常升起》中描写了一战后青年一代的幻灭感，他在该书的扉页引用了这句话。

在他的整个知识结构中占据了重要的一部分，同时也对他未来的学术研究产生了不小的影响，在富勒的许多文章中都可以看到经济学的方法和理论。萨默斯也在传记中写道：“他从古典和新古典经济学家那里获益匪浅。”^①

在富勒读大学那个时期，经济学经历了百年的发展后，已经成为各所大学纷纷开设的热门专业。当时世界主流的经济学思想是马歇尔（Alfred Marshall）的新古典经济学。这一源流又可以追溯到早期古典政治经济学创始人亚当·斯密（Adam Smith）那里。斯密的《国富论》与马歇尔的《经济学原理》是当时大学经济学专业的正统教科书，其中《经济学原理》自 1896 年第一版问世以来，在 1920 年富勒学习时已经出了第八版。古典政治经济学不用数学方法而是更倾向于用道德的、偏好于哲学层面的研究方法，因为经济学在早期并不是一门独立的学科，而是包含在道德哲学课程中予以讲授的。斯密的政治经济学观是和他的道德哲学观结合在一起的，他曾在格拉斯哥大学主讲法学和道德哲学。在斯密的时代，自然法思想盛行，自然法被认为是指导经济学研究的“先入之见”或者是“万物有灵”^②。自然法的思想反映在经济学上，就是经济与道德的一致，经济是为实现道德目标而服务的。斯密在《国富论》中建立了富国裕民的古典经济学体系，这一体系从根本上以道德目标为指引，如同他在另一部经典著作《道德情操论》^③中指出的，各种

^① [美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社 2010 年版，第 266 页。

^② 参见[美]凡勃伦：《科学在现代文明中的地位》，张林、张天龙译，商务印书馆 2008 年版，第 79 页。

^③ 参见[英]亚当·斯密：《道德情操论》，蒋自强等译，商务印书馆 2004 年版。

经济活动以及社会活动是为了实现促进人类福利这一更大的社会目的。也就是说，斯密认为经济要为最终的道德目的所支配。这一观点也影响了后来的许多古典经济学家。如马歇尔等人认为，他们因为相信经济学原理提供了改善社会的方法，才开始去研究经济学。^① 马歇尔一生致力于将经济学建设成为实用道德的一个分支，他认为经济学是促进道德进步的一个工具。马歇尔的学生凯恩斯也坚持认为：“经济发展只有在它能够使人们在道德上得到改善时，才算是正当的事业。”^②

作为一个经济学家同时也是伦理学家，斯密认为道德与法律是互相依存、互相支持的，从制度层面来看，若没有司法，天赋自由的制度也无法产生功效。他在《道德情操论》第六版开篇告读者言：

在本书第一版的最后一段中，我曾说过，我将在另一本论著中努力说明法律和政治的一般原理，以及它们在不同的社会时代和时期所经历过的不同革命；其中不仅涉及正义，而且涉及警察，国家岁入，军备，以及其它任何成为法律对象的东西。在《国民财富的性质和原因的研究》中，我已部分地履行了这一诺言……我长期以来所计划的关于法学理论的部分，迄今由于现在还在阻止我修订本书的同样工作而无法完成。^③

^① 参见[英]罗杰·E. 巴克豪斯：《西方经济学史》，莫竹苓等译，海南出版社2007年版，第191页。

^② [英]斯基德尔斯基：《凯恩斯传》，相蓝欣、储英译，三联书店2006年版，第2页。

^③ [英]亚当·斯密：《道德情操论》，蒋自强等译，商务印书馆2004年版，第1页。



亚当·斯密



阿尔弗雷德·马歇尔

关于道德和法律之间的关系，斯密的观点是：“道德准则为人类行为提供指导，这个道德准则，是根据我们的经验，对受赞同或不受赞同的行为类型作出的概括。但是，道德准则本身还不够，它还需要得到支持，有时候，就靠国家权力机关制定和认可的实在法。”^①对于法律，斯密认为“每个成文法体系都可以看作试图建立自然法学体系或试图列举各条正义准则的一种颇不完善的尝试……在所有治理良好的国家里，不仅指定法官来了结个人之间的争论，而且规定一些准则来调整那些法官的判决，并通常力图使这些准则同天然的正义准则相一致”^②。此外，斯密还强调了建立在分工基础上的交换，认为人类社会完全可以通过着眼于实利的互惠行为而被维持下去。斯密的上述思想，不论是对经济行为目的性的强调，还是对法律和道德之关系的论述，或是人与人之间的

^① 转引自[英]罗杰·E.巴克豪斯：《西方经济学史》，莫竹苓等译，海南出版社2007年版，第129页。

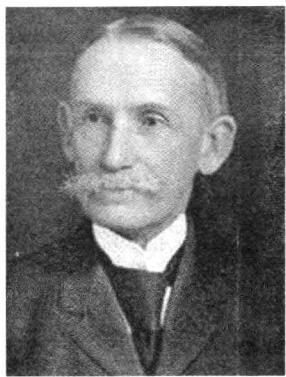
^② [英]亚当·斯密：《道德情操论》，蒋自强等译，商务印书馆2004年版，第451~452页。

互惠行为对社会秩序之作用的创见，甚至是“与天然的正义准则相一致的对调整法官判决的准则”中暗含的过程正当性的思路，都对富勒日后在法理学方面所持之观点具有启发性的意义。或者说，古典政治经济学所体现的哲学意向，给予了富勒指引，奠定了他日后学术思想的基本立场。

富勒上学期间，在美国本土，最著名的经济学家是克拉克（John Bates Clark），他也将道德因素考虑进经济学研究中。比如对竞争的态度，克拉克对保守的竞争和惨烈的竞争两种不同的竞争形式进行了区分，一个是竞争者努力提供更好更便宜的服务，一个是竞争者抛弃了行为上的道德约束。对于克拉克来说，没有道德约束的竞争是荒谬可笑的，在他看来，竞争这种经济行为是手段与目的的结合体。克拉克的研究方法也渗透了道德因素，比如他主张不应把经济学上的人看得太机械太自私，而应注意人们被各种高尚的精神力量团结在一起的作用。人与人之间互动时不仅仅存在着互相竞争使自己受益最大化的目的，还存在着为共同目的而从事一项事业的愿望。在这种观点下，克拉克主张开办合作企业，实现利润共享，实行仲裁调解，使企业广泛发展。富勒日后对社会秩序化类型的划分——基于共同目的的组织和基于交换的组织——或多或少可以看到克拉克的影子。

对富勒产生影响的不仅仅是古典政治经济学和新古典主义经济学，还包括 20 世纪以来开始与新古典主义叫板的制度经济学。制度经济学家们认为经济和社会是不可分的，经济活动要依靠活动背后的法制、制度上的支持，而这样的支持是随时间而发展的。制度经济学的代表人物康芒斯（John Rogers Commons）强调了财产权。在《资本主义的法律基础》中，他详尽解释了外部制裁是如何

作为法庭裁判的结果而发展变化的。比如他向人们展示了美国高等法院是如何在 19 世纪末戏剧性地扭转了人们的财产观——过去关于财产权的法律解释,仅限于有形的财产权利,后来演变成为有形财产的预期盈利能力。他认为法院做裁决的时候,一贯考虑经济后果。^① 康芒斯还把交易和谈判等发展成为人与人之间的关系,用哲学、法学及社会学的观点去关注交易和谈判,从中寻求人与人在组织结构内部的利益冲突,进一步研究制度作为协调秩序的一种体系所发挥的作用。富勒在早期的一些文章中引用过不少康芒斯的观点,在后期有关司法理论和良好秩序的研究中对康芒斯的观点也有所借鉴。



约翰·克拉克



约翰·康芒斯

1924 年富勒大学毕业后,继续留在斯坦福,不过从经济学转向了法学,攻读博士学位。没有资料说明为什么富勒会作出这样一个选择。如果说经济学是当时的热门专业,那么法学则是在美国具有深厚传统的学科。在美国历史上有多位总统或从事过法律实

^① 参见[英]罗杰·E. 巴克豪斯:《西方经济学史》,莫竹苓等译,海南出版社 2007 年版,第 213 页。

务工作，或精通法学理论。比如 1912 年当选总统的威尔逊(Thom-as Woodrow Wilson)曾经是普林斯顿大学的法学家，对宪政体制有深入的研究；另一位总统西奥多·罗斯福(Theodore Roosevelt)，在 1914 年穿越巴西热带雨林从事冒险之旅时，还不忘带着伊壁鸠鲁(Epicurus)和托马斯·莫尔(Thomas More)的著作随手阅读。^① 美国在 19 世纪末就已经拥有了庞大的司法机构以及数量众多的法官和律师。据统计，早在 1910 年，美国的人口总数是 91,972,266 人，其中律师人数不少于 122,149 名，占人口总数的 1.4%。^② 在这样一个国家里，学习法律被认为是走向成功的大路。就富勒的个性来看，很有可能是在学习经济学的过程中对哲学和法律著作的阅读使他对法律产生了兴趣，从而选择了攻读法律学位然后从事法学研究的工作。

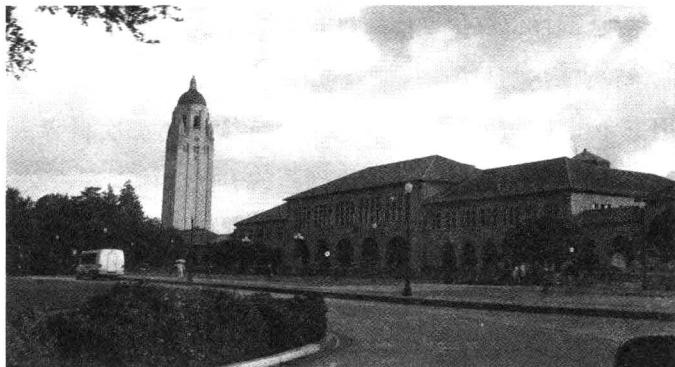
1924 年还发生了一起在美国历史上影响重大的案件——勒伯案。^③ 勒伯(Richard A. Loeb)是一个出生在富有家庭受过良好教育的青年，是密歇根大学最年轻的毕业生，在他即将进入芝加哥大学法学院时，却幻想施行一次完美犯罪。他与另一个年轻人一同将一个 14 岁的男孩杀死。两个被告的家庭聘请了当时美国最好的刑事辩护律师丹诺(Clarence Darrow)为其辩护。在法庭上，丹诺为二人进行了激情四溢的辩护，恳求法官饶两个凶手一命，这种表

^① 参见[美]威廉·J.本内特：《美国通史》(下)，刘军等译，江西人民出版社 2009 年版，第 20 页。

^② 参见[美]罗伯特·斯蒂文斯：《法学院：19 世纪 50 年代到 20 世纪 80 年代的美国法学教育》，阎亚林等译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 175 页。这一数字相当可观，截止到 2011 年，中国的律师总数才刚过 20 万，还不到人口总数的 0.01%。

^③ 参见[美]威廉·J.本内特：《美国通史》(下)，刘军等译，江西人民出版社 2009 年版，第 81 页。

现甚至将主审法官感动得落泪,从而使二人免于死刑,被判入狱99年。丹诺提出,并不是因为这两个孩子是恶魔才去施行犯罪,而是因为社会的原因导致了他们犯下错误。他在辩护词中说:



斯坦福大学法学院

法官先生,我们不要忘记了欧洲战争,我不知道我是否疯狂,有些时候,我想或许我是的。我加入这个疯狂与绝望的大众社会,我推动人们去战、战、战。反正我自己是安全的。因为我太老了,不至于去了。我们在干些什么?对,还是错?合理,还是不合理?我们今天不能讨论。但战争在改变这个世界却是事实。大家杀红眼了。

.....

如果这个孩子是罪魁祸首,那么谁给他的?这个大学应先获罪,这个世界的所有尼采主义者^①应先获罪,这个出版商应先获罪.....如果我所生活的国家还不比这两个少年疯狂的行为更仁慈、人道和体谅,很遗憾,我活的

^① 勒伯疯狂着迷于尼采的思想。

时间就太长了！

勒伯是一战结束后美国“迷惘的一代”年轻人的一个极端，他的行为引起了人们的反思。而这个被称为“世纪犯罪”案件的判决过程与结果，同样也深化了法学界对一个在20世纪初就被提出的问题的争论：“究竟是法律规则在起作用，还是法官的自由心判在起作用主导司法判决？”这个争论一直持续到第二次世界大战之后，围绕此问题还形成了一场轰轰烈烈的美国法律现实主义运动。后来，富勒也参与到这场争论中来。1912年，斯坦福大学的宾汉教授写过一篇文章《法律是什么》^①，在其中坚称应该观察的是法官们



青年时期的富勒

实际上是如何做的，而不是他们是如何说的。规则仅存在于个人的头脑中，并不存在于与“法律权利”这一类用语相对应的东西中，这些规则只是知识分类和交流的“思想工具”。简略地说，在法律领域，并无一般事实供其指称，存在的只是具体的现象。^② 因为持有这样的观点，宾汉教授被认为是法律现实主义运动的代表人物之一，甚至是美国第一个具体阐述现实主义

思想的法学家。^③ 但是富勒作为宾汉的学生，却并未继承老师的衣钵。虽然在早期文章中富勒曾倾向于与现实主义一致，甚至流露

^① Joseph W. Bingham, What is the Law, *II Michigan Law Review*, I, (1912), p. 109.

^② Joseph W. Bingham, What is the Law, *II Michigan Law Review*, I, (1912), p. 9.

^③ 参见 Lon L. Fuller, American Legal Realism, *University of Pennsylvania Law Review*, (Mar. 1934), p. 191。

出不少现实主义的观点,但是他最终没有走上这条路,而是与忽视理性作用的宾汉教授相反,更加注重理性在法律中的作用。在修读博士课程期间,富勒阅读了大量关于自然法的著作,并于此后的这一方向上继续前行,始终将自然法思想作为自己坚持的学术理念。

1926 年,富勒在斯坦福大学毕业,成绩名列全院第一,获得博士学位(JD)。^① 其间,富勒参加了加州的律师资格考试,获得了全州最高分的好成绩。^② 父亲希望富勒能够当一名律师,从事法律实务工作,而这时的富勒对法学理论是如此着迷,毅然选择了将学术研究作为此生航行的不变方向。

^① 1928 年,曾参加东京审判的法官,后任国际法院法官的倪征燠,也毕业于斯坦福大学法学院,并获得博士学位。

^② 值得一提的是,当时不少在法学院以第一名毕业的学生,在参加律师资格考试时也获得了高分,如大法官休斯及耶鲁大学的卢埃林、波斯纳,以及富勒的朋友兼对手哈特。

第二章 崭露头角

——法哲学观的确立

一、从俄勒冈到伊利诺伊

1926 年斯坦福大学毕业后,24 岁的富勒在俄勒冈大学正式开始了自己的法学教学与研究生涯。24 岁,正是一个年轻人意气风发之时,在法学院毕业那年,他与同年毕业的本科生弗洛伦斯·盖尔·汤普森(Florence Gail Thompson)结婚。婚后,年轻的富勒满怀壮志地来到了位于俄勒冈州尤金市这所新成立不久的法学院。壮丽的雪山风光、魅力十足的沙滩以及宜人的气候,拥有优美自然环境的尤金市对新婚不久刚开始从事工作的富勒夫妇来说是一个不错的选择。在俄勒冈法学院,富勒主要从事财产法的教学,并在《俄勒冈法律评论》上发表了自己的第一篇论文《时效占有——基于边界位置错认形成的土地占用》。^①

在俄勒冈工作了两年后,富勒离开了生活了二十余年的西海岸,向东转到伊利诺伊大学法学院任教。在这里,他创作了有关法律拟制问题的几篇文章,发表于《伊利诺伊法律评论》。后来这几

^① 参见[美]罗伯特·萨默斯:《大师学述:富勒》,马驰译,法律出版社 2010 年版,第 5~6 页。

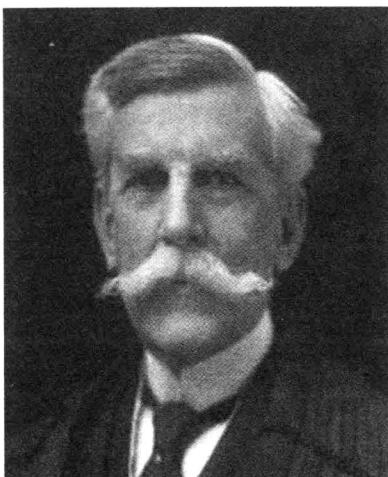
篇文章在 1967 年被斯坦福大学出版社出版成书。^① 富勒的文章选择了冷门的法律拟制问题作为研究对象，并肯定了法律拟制的价值。富勒在文章中提出，法律拟制是在法律规范未变的情况下，原本的法律实际上已经适用，而这时可能无法及时因事实情况变化而进行自身的调整。他举了一个例子来说明法律拟制：假设某人的土地上有一段已经废弃了的铁路转盘，一群不明就里的孩童觉得好玩便来到上面玩耍，其中一个男孩的脚被夹伤了，土地所有者因此被诉。法官认定受伤的孩子是受邀而来而非非法侵入他人土地，因为转盘是一个很具有吸引力的妨害物，这种妨害物的存在鼓励了原告进入被告的土地。这里，法官所表达的看起来是一个事实陈述，即原告是受被告之邀而进入被告土地的，而事实上被告从未发出过此等邀请，法官对此也非常清楚。对于法律拟制的作用，富勒认为法官打着原有的法律旗号，提出了一个新的法律，这样做的目的，并不是为了欺骗他人，而是这种叙述新法律的方式满足了法官自己对法律确定性的渴求。^② 富勒将法律拟制的法律方法与法律的目的联系起来，从而反对被狭窄地限制在法律条文本身之中的概念主义与形式主义。

这几篇文章发表后，引起了美国法学界不少人的兴趣，其中包括当时美国最高法院的大法官霍姆斯(Oliver Wendell Holmes)和布兰代斯(Louis D Brandeis)。两个人在看了富勒的文章后，分别向富勒致信表示赞赏与褒扬。一个 28 岁初出茅庐的年轻学者，能同时获得法律界最高权威的认可，特别是具有崇高地位、被称为“从

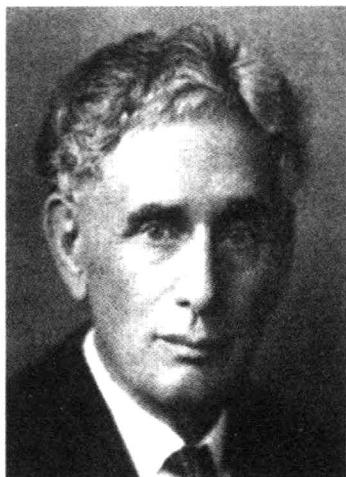
^① Lon L. Fuller, *Legal Fictions*, Stanford University Press, 1967.

^② 参见[美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社 2010 年版，第 202 页。

奥林匹斯山上的”^①霍姆斯的认可，这可以说是不小的殊荣。究其原因：一方面由于富勒在法律理论方面功底扎实，用萨默斯的话就是“这些文章显示出一种不凡的老练和洞察力，以及很早就精通哲学、语言学和欧洲法学的才智”^②；另一方面，该文发表于一个法学思想交锋的年代，富勒关于法律拟制的研究表现了这一交锋的一个方面。因此，不能不回顾一下当时美国的社会思潮。



霍姆斯



布兰代斯

19世纪末，影响美国社会最重要的思想是达尔文主义。达尔文的进化论认为人类的发展是自然选择的结果，“物竞天择、适者生存”是自然界的法则。英国的斯宾瑟(Herbert Spencer)将达尔文生物学说从自然界引入到人类社会，认为社会发展也是适者生存，

^① Catherine D. Bowen, *Yankee from Olympus: Justice Holmes and His Family*, Mcintosh Press, 1944.

^② [美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社2010年版，第202页。

从而形成了社会达尔文主义学说。社会达尔文主义主张用放任自由的观点来对待社会问题,强调社会中的一切应听其自然发展,不可横加干涉。这与古典政治经济学经济个人主义主张不谋而合,为经济的自由放任主义提供了科学基础。19世纪后期是美国经济自由放任的黄金时期,政府对经济不过多干预而是促进其自由竞争,这一时期经济的高速增长,正印证了达尔文主义的观点。同时,19世纪末20世纪初新的科学发现也进一步推动了达尔文主义的传播。一时间社会达尔文主义和斯宾瑟的学说被许多人奉为圭臬。

社会达尔文主义在内容上主张自由竞争,在方法上,由于来自达尔文对科学的探索,也要求将自然科学的方法引入社会科学中,这就促使人们向传统的社会科学学说进行挑战。法学也受到这种思潮的影响,法律研究上的科学主义,主要是以哈佛大学法学院院长兰代尔(Christopher Columbus Langdell)为代表的兰代尔主义,认为法律也是一门科学知识。“他们披着科学权威的外衣,他们搜寻有关现实的科学知识,并且他们用逻辑系统化了自己的发现。”^①兰代尔主义也被称为形式主义法学,兰代尔声称:“作为一门科学,法律由特定的原则或教义组成。”要解决法律问题,就要仔细地注意原则和规则的精确的分析性定义以及不可避免的从这些原则和规则中产生的逻辑后果。也就是说,法律形式主义者关注的是法律规则本身,然后从这些规则中进行逻辑推理来得出一个特定案件的判决结果。他们认为,“分析上的或者逻辑上的合理性是正确的

^① [美]斯蒂芬·M.菲尔德曼:《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想》,李国庆译,中国政法大学出版社2005年版,第169页。

法律推理的唯一标准，所以法官不得考虑可能产生自判决的正义或者不正义”^①。形式主义者将对法律的理解限定在狭窄的文字层面，像根据已知条件求解数学题一样，机械地去运用法律，认为这样就可以像对待科学一样去研究法律，而且只是法律。形式主义追求的是“法律确定性”和“科学秩序”，并凭借这种“确定性”和“科学秩序”向自然科学看齐。这种观点如果反映在财产与合同的普通法领域，就是独立的契约自由不会受到政府干涉，这又与社会达尔文主义的主张相契合。

因此，在20世纪初的司法领域，影响法官的主要就是社会达尔文主义的内容与法律形式主义的思维方式。这种法哲学观在司法判决中的贯彻，就是法院抵制政府对经济生活的干涉和管制，并且严格遵照法律条文去得出判决，这可以从1905年的“洛克纳案件”^②中看出。该案案情是这样的：纽约州对一位叫洛克纳的面包店老板判处罚金，认为他违反了州法律关于工人最高劳动时间的规定。洛克纳不服向最高法院上诉，他的律师认为，根据联邦宪法第14条修正案，纽约州限定最高工作时间的法律与联邦宪法规定的契约自由精神相违背。最高法院的判决最终支持了洛克纳一方，认为纽约州的法律干涉了公民的自由，并进一步指出：

当初费城制宪的先贤们心目中所希望的美国政府，
是个权力有限的政府，他们不希望政府去干涉私有财产。
各州有权制定法律的可能范围，不外乎公共卫生、公共安

^① [美]斯蒂芬·M. 菲尔德曼：《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想》，李国庆译，中国政法大学出版社2005年版，第173页。

^② Lochner v. New York, 198 U.S. 45, 74 (1905).

全和公共道德方面；私人在卖艺方面、经营工厂方面以及管理员工方面的自由，各州不得加以干涉。私人的商业，纯属个人的私事，属于自然权利的一种，不应受到政府无谓的干涉。^①

从这一案件中，明显可以看出社会达尔文主义与法律形式主义相呼应的现象，一方面判决结果体现了自由放任思想的影响，另一方面，从判决的推理过程来看，“多数派（大法官）假定存在着一个事先存在的私人活动的领域或空间，任何归于这一领域的行为都一概受到保护，政府不得干涉。换句话说，这个案子取决于最高法院对于这个问题的所谓逻辑演绎：被禁止的行为是否属于一个事先就定义好的概念类别，即受保护的私人行为”^②。洛克纳案的结果催生了一种斯宾瑟思想与兰代尔主义的混合产物，被称为洛克纳主义。发生于1908年的“野狗契约案”^③，法院也是基于此种观点，以违反契约自由为由，宣布保护劳工的契约无效。所以说，“在某种程度上，洛克纳案和相关的最高法院案例宪法化了自由放任经济学和现代的个人主义精神：为了所谓的促进个人自由或者选择自由，最高法院试图保护经济市场不受不正当的政府规制或干涉”^④。

相继产生影响的另一个重要思潮是进步主义。一方面，进步

^① 转引自朱瑞祥：《美国联邦最高法院判例史程》，黎明文化事业公司1984年版，第234页。

^② [美]斯蒂芬·M. 菲尔德曼：《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想》，李国庆译，中国政法大学出版社2005年版，第184页。

^③ *Adair v. United States*, 208 U. S. 161 (1908).

^④ [美]斯蒂芬·M. 菲尔德曼：《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想》，李国庆译，中国政法大学出版社2005年版，第184页。

主义的产生缘于现代工业经济发展带来的严重社会问题，要求对社会进行改革；另一方面这样的要求由于一战之后社会失落感倍增而加剧——人们认为现实社会完全缺乏理想和希望。针对社会问题采取何种解决办法，产生了提倡改革的进步主义。进步主义者认为改革是必要的，传统的放任自由的管理方式无法应对国家发展的需求，社会生活和经济生活需要一定的政治干预；仅靠“物竞天择、适者生存”的达尔文主义不足以带来社会发展所需的秩序、稳定和正义，人类有目的地直接干预社会经济发展才是形成健康良好社会的根本动力。因此，司法领域中的进步主义，倾向于支持政府对信托和童工的限制，并且坚持认为法律应该发生充分的变化，以适应变化的社会条件，法律思想应该跳出形式主义的限制，法官在司法过程中应发挥更大的能动性。

如果说社会达尔文主义在 19 世纪晚期适应了美国社会的需要，那么在 20 世纪初期则逐渐开始制约这一思想的进一步发展。持社会达尔文主义的被称为保守派，而进步主义者则被称为改革派或者自由派。在联邦最高法院，大法官的不同意见强烈地体现了这种保守思想与改革思想的交锋。其实这也是两种不同的法哲学观的交锋，一种代表了旧的 19 世纪法哲学观，另一种是即将到来的新的法律时代的法哲学观。^① 如果说在政治上，美国 19 世纪与 20 世纪的分野是第一次世界大战，那么在司法上，洛克纳案就可以被认为是 19 世纪与 20 世纪的分野。但是在早些时候，仍旧是保守思想占上风。如洛克纳案与野狗契约案，判决的结果反映了

^① 参见[美]伯纳德·施瓦茨：《美国最高法院史》，毕洪海、柯翀、石明磊译，中国政法大学出版社 2005 年版，第 213 页。

司法保护自由经济不受政府干预从而促进个人自由的倾向,以及从形式主义出发去理解宪法的推理方式。在最高法院九位大法官中,保守者占据多数,而当时屡屡投反对票的霍姆斯大法官则是一个进步主义的代言人。在洛克纳案中,针对法律是否干预了契约自由问题,霍姆斯认为,纽约州的法律应被视为大多数人的意志,并没有违反宪法,“除非被提议的法规侵害到人民权益和法律的主要原则,否则,如仅凭联邦宪法第十四条修正案一词去否定大多数人的意见,则自由一词,即已受到曲解与滥用”。在野狗契约案中,霍姆斯也投了反对票,因为他认为契约的内容应该受到法律的管制,他在反对意见中说:“工人相信只有参加工会始能得到公平契约之保障。本人认为为了建立契约双方之平等地位,公平契约之保障,应由法律严格监督。”^①洛克纳主义代表着放任自由的法律观,以及机械运用法律的形式主义;进步主义者认为洛克纳主义是在传播过时的偏见,这些偏见不关注社会实际的变化,阻碍了时代的进步,而法律学术因此变得“在性质上垂死了”^②。呼吁改革的声音也开始偶尔起作用,如1908年的“女工福利案”^③,性质与洛克纳案类似,但是结局却完全相反,进步主义取得了胜利。当时出任女工一方律师的正是进步主义的另一位著名代言人,日后成为最高法院大法官的布兰代斯。这场官司胜利的一个重大原因是由于布兰代斯个人精彩的表现,在一定程度上也被视为进步主义的胜利,

^① 以上参见朱瑞祥:《美国联邦最高法院判例史程》,黎明文化事业公司1984年版,第234~236页。

^② [美]斯蒂芬·M. 菲尔德曼:《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想》,李国庆译,中国政法大学出版社2005年版,第202页。

^③ Muller v. Oregon, 208 U. S. 412 (1908).

并揭开了进步主义进程中妇女权利运动的序幕。法庭上，布兰代斯的发言深深打动了霍姆斯大法官，二人也由于共同的观点一见如故。

最高法院给人以保守的形象，这种情况一直持续到 20 世纪 20 年代。最高法院对社会问题往往无动于衷，这已经引起普遍的不满。大家都希望大法官们能够放开心胸去看问题：一方面是改革放任自由的保守态度，另一方面是摆脱法律形式主义的束缚。1930 年，卸任总统后出任首席大法官的塔夫脱去世，休斯接任首席大法官一职，在这时法院中另外 8 位大法官分别是：赛特兰、巴特勒、麦克雷诺兹、迪文特、霍姆斯、布兰代斯、罗伯斯、斯通，其中前 4 位是著名的保守主义者，这 4 人曾被这样评价：“巴特勒大法官很了解他自己的使命，他常常以上帝或魔王的姿态来阻止这个世界变成他不喜欢的模样。赛特兰则是个天真的空论家，根本不知道这个世界是个什么样子……麦克雷诺兹大法官是个乡野粗人，迪文特大法官则是个老糊涂。”^①虽然特点不同，但这 4 位大法官都深受兰代尔主义影响，对法律特别是宪法的理解都死板地局限于条文的字面含义，而不是深入到宪法的精神之中，他们持宪法正宗主义观点，赛特兰曾说：“法官之职务，就是照着法律条文去宣告。法官的职责因此就是机械性的。”以霍姆斯和布兰代斯为代表的自由派，往往与前 4 人意见相左，他们反对兰代尔主义，反对将法律视为逻辑体系。霍姆斯提出，法律的生命在于经验，法律应该服务于

^① 美国宪法学史学家鲍威尔之评论。见朱瑞祥：《美国联邦最高法院判例史程》，黎明文化事业公司 1984 年版，第 354 ~ 355 页。

“被感觉到的时代的需要”^①。这代表着自由派的观点——认为大法官的职责是对宪法做必要而活泼的演绎，绝不可故步自封、死守条文。霍姆斯还反对“我们的法律制度可以像数学一样推导出来”的那种观念，相反，他宣称“法律体现于一个国家数个世纪的发展经历当中，不能以算术书中的公理和推论来处理法律”。因此，不同观点的交锋使最高法院的判决经常产生对立以致不能判决的意见，这是 20 世纪初最高法院的一个时代特点。

富勒认为：法律拟制“自有其功用，它可以使法官绕开那种表面上僵硬而牢不可破的规则，在案件中实现正义”^②。这正是形式主义法学缺乏的方法——对于法律条文抱残守缺，不去适应社会发展变化。法律拟制作为一种法律方法，可以跨越概念与现实之间的隔阂，尤其当“法官处在一个变革的时代里，对自己的所作所为极不确定时，此种作用更加明显”^③。富勒这些见解，都是当时自由派法官所欢迎的。因此，法律拟制的方法在当时确实是被一些倾向自由派的法官用来将司法判决与社会实际需求结合起来，摆脱本本主义的一个手段。于是，1930 年富勒《法律拟制》一文发表后，自然受到了当时自由派法官霍姆斯与布兰代斯的赞赏。两位重量级人物的来信，也激励了富勒进一步探索法学理论的决心。

① 出自霍姆斯《法律的道路》与《普通法》中的名言，转引自[美]伯纳德·施瓦茨：《美国最高法院史》，毕洪海、柯翀、石明磊译，中国政法大学出版社 2005 年版，第 208 页。

② [美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社 2010 年版，第 202 页。

③ [美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社 2010 年版，第 202 页。

二、形式主义与现实主义

关于最高法院保守思想与改革思想的交锋，另一位大法官斯通说：“我们的争论，与其说是保守主义与激进主义的争论，毋宁说是对法律认识之不同。保守派把法律视同数学，他们认为司法程序应与抽象的概念相吻合；而自由派则认为司法程序的精髓在于面对现实，宪法解释必须能够适应社会现实的需要。”^①司法界风云激荡，学术界此时也正经历着一场对形式主义法学的颠覆，一场名为法律现实主义的运动在美国逐渐达到高峰。

现实主义并不是一个学术派别，而是针对法律形式主义的一场运动。越来越多的学者开始反思，形式主义法学制约了美国法学思想的进步，建立在这种思想基础上的法律实务也越来越无法回应社会发展的需要。洛克纳案件后，批评形式主义法学思想的声音越来越响，霍姆斯在洛克纳案件和野狗契约案中的反对意见，此后被众多人所推崇，被视为是向法律形式主义抨击的号角。法律形式主义所支持的自由市场经济，已经远远与社会的实际情况不符，而法院的无所作为或者逆形势而动，引起了众多不满，全国各界都要求最高法院进行改革，包括管辖权、增加大法官名额、强制年老大法官退休等。最高法院的保守派法官们坚持的法律逻辑理念，被认为是恪守兰代尔主义的法哲学。许多法学家呼吁摆脱“规则”、“先例”、“逻辑”、“演绎”对法律的限制，更多地关注以“经验”和“生活”为主要内容的法律。

^① 转引自朱瑞祥：《美国联邦最高法院判例史程》，黎明文化事业公司1984年版，第355页。

洛克纳案在法理学上进一步推动了对法律形式主义的批判，但是法律形式主义者们并不甘于处在这种被动挨打的局面，亦在努力巩固自己的地位，这一方面表现在最高法院的判决上，另一方面表现在美国法学会开展的美国法律重述上。为了回应人们对概念主义和形式主义的批评，美国法律界一些人士以进行“法律重述”为初衷，在1923年建立了美国法学会(American Law Institute)。所谓“法律重述”，就是通过对现有法律条文的系统化和条理化，来进一步澄清和简化法律，使之更为确定。这些赞成对法律进行重述的学者，他们往往对法律的确定性具有信仰式的追求，认为法律是可知和可明确表述的，达致该要求的手段主要是类似法典化的重述，并且认为，对法律进行重述，更符合法律界的利益，因为它不是以制定法取代普通法，而是由法律界权威人士对普通法加以提炼、升华和解释。而这些作为法律重述主报告人的权威人士，又都是一些年老的经过兰代尔主义的熏陶，以抽象的、具有概念体系的、形式化的方式来呈现他们法律观点的学者。法律重述的很多部分，都可以看作是对蓬勃兴起的法律现实主义运动的一个反击。比如，《合同法重述》由曾做过最高院格雷大法官助手的哈佛大学法学院教授威利斯通(Samuel Williston)负责起草，这部《合同法重述》基本上是基于对法律确定性的相信以及对逻辑推理的推崇，体现着一种形式主义的合同观。

与法律重述迷恋确定性相比，法律现实主义更多地弥漫着一种“怀疑”的态度。现实主义者怀疑法律规则是否对判决产生影响，甚至怀疑事实是否对判决产生影响。在形式主义与现实主义激烈交锋的20世纪30年代，发生了美国历史上最为严重的经济萧条，这场大萧条使美国人开始动摇对伟大国家制度的信心，不论是

引以为豪的政治制度还是经济制度。为了摆脱经济萧条，罗斯福政权推出了“新政”，采用了新经济政策加强国家对经济的干预和调控，在许多领域内采取了管制性的经济措施。这一时期，经济学上的凯恩斯革命颠覆了自由主义的经济传统，罗斯福新政响应着这场革命，尝试着前所未有的强度的经济管制，否定了原本自由放任主义的政策，这看上去与资本主义制度背道而驰。法律上，新政也要求最高法院一改守旧的观念，更多地支持新的经济立法，罗斯福总统宣称：“作为一个民族我们已经……到了这样的地步，即必须采取措施把宪法从最高法院拯救出来。”^①这场变动是如此的深刻，一时间，许多原本稳稳扎根于美国人心底的法律观也被质疑着。反传统、用新的视角来看待法律、将法律与社会科学相结合的法律现实主义运动，在一定程度上呼应了政治上的罗斯福新政，以及经济上的凯恩斯革命。许多著名的现实主义学者亲身投入到新政中来，比如弗兰克(Jerome Frank)。弗兰克以拟人的手法展示出法律现实主义和新政的同源关系，现实主义者“之所以很容易成为新政的拥护者是因为他们的技巧很灵活，很少强求一致；也因为他们通过它们在人类社会的影响而不是它们阐发的柏拉图学派的理论精髓来评论法律机构。作为实验主义者，他们对自己的观念产生怀疑，但决不会因为自己的不作为而使实验陷于瘫痪”^②。在这种情况下，富勒的《美国法律现实主义》^③就应运而生。

① 转引自[美]伯纳德·施瓦茨：《美国最高法院史》，毕洪海、柯翀、石明磊译，中国政法大学出版社2005年版，第255页。

② 参见[美]罗伯特·斯蒂文斯：《法学院：19世纪50年代到20世纪80年代的美国法学教育》，阎亚林等译，中国政法大学出版社2003年版，第226页。

③ Lon L. Fuller, *American Legal Realism*, *University of Pennsylvania Law Review*, (Mar. 1934).

发表《美国法律现实主义》这篇文章之时,富勒已经离开了工作三年的伊利诺伊,来到了东海岸北卡罗来纳州 1930 年成立的杜克大学法学院。面对风头正劲的法律现实主义,富勒在文章中称赞了其积极作用:

今天,我们已经很少再看见流行于十年前的那类文章——起笔于追问一些法律概念的性质,结尾从“假定的这些概念的性质”中推理出各种重要的结论,在这一过程中却全然不顾推论的实际效果,然后还要摆出一副准备接受褒扬的姿态。^①

不过,富勒并没有一味地对这场运动持肯定态度,而是进行了较为全面的思考,最后暗示出自己的一个批判态度:法律现实主义在颠覆了形式主义的同时,也颠覆了原本的法律价值内涵。

富勒在文章中首先回顾了 20 世纪以来从反对法律形式主义开始的法律现实主义运动,然后针对 30 年代中期的一段以“行为科学”为主导的现实主义运动进行评论,并选择卢埃林和摩尔这两位在此时期卓有影响力,同时又被视为现实主义代表人物的法学家作为主要评论的对象,从他们身上考察现实主义运动的主要思想以及功与过。从另一个角度看,文章也可以视为针对卢埃林思想的一篇评论,因为卢埃林在现实主义运动中产生的影响最大,他在 30 年代出版了《现实主义法理学——下一步》、《关于现实主义的现实主义》、《法学的理性基础》等。而且,富勒认为现实主义运动中存在左派和右派两个不同群体,比如弗兰克是事实怀疑派的

^① Lon L. Fuller, American Legal Realism, *University of Pennsylvania Law Review*, (Mar. 1934), p. 191. 以下对该文的介绍,皆引用自此文。后面不再特别加注。

代表，而卢埃林属于中间路线者，观点不那么极端，比较典型地代表整个现实主义思想。卢埃林比富勒年长 10 岁，两人此时名气的差距可能要大过年龄的差距。卢埃林在耶鲁大学做学生时就已经在法学界小有名气，被认为拥有“早熟的思想”^①，他曾积极参与耶鲁大学法学院的法律教育改革，并和老师科宾（Arthur Corbin）一起最早地推动了现实主义运动。对于一个刚入学术界不久的年轻人来说，也许向大人物发炮总会引起人注目的，这可谓是一个成名的捷径，但是这同时也需要足够的勇气和见识。

在回顾了现实主义的发展过程之后，富勒继续从 7 个方面展开讨论，分别是法律的确定性、判例法与制定法、法律规则与法律概念的性质、现实主义者对手段的认识、法律与社会的关系、制度性方法以及现实主义的感情基础。



年轻时的卡尔·卢埃林

法律的确定性，是形式主义与现实主义争论的一个焦点。传统观点认为，法律就是法律条文本身，以及包括推理辩论过程在内的司法活动技术性因素。法律是明白规定的，不容许任意解释，因而具有确定性；如果考虑其他因素，就会有损法律的确定性。而以卢埃林为代表的现实主义者突破了这一认识的限制，将法律的范围加以扩大，包括了原本被认为是法外因素的行为、动机等等。现

^① [美]罗伯特·斯蒂文斯：《法学院：19世纪50年代到20世纪80年代的美国法学教育》，阎亚林等译，中国政法大学出版社2003年版，第170页。

实主义者认为法律是不确定的,霍姆斯称法律的确定性为“幻觉”,弗兰克更是将法律的确定性称为“神话”,以卢埃林为首的一批学者则对法律规则能否使人们有效地预测司法判决或引导法院作出判决表示怀疑。于是,这部分学者通过借鉴各种社会学方法,试图在法律规则中注入新的确定性。富勒认为,突破法律条文本身,去考量文本外的因素,从而取消限制法官思维的桎梏,这些是现实主义运动最重要的贡献,归结到司法实务之上就是给予法官更大的对法律的应用权。从法律确定性的角度来看,法律不仅仅只包含着法律规则本身,还有规则之外的其他因素,因此现实主义主张更符合法律的真实原貌,也就是具有更大的确定性,而传统的主张反而造成了法律的不确定性。

为了说明这一问题,富勒在文章中举了这样一个例子,此例以前曾用于课堂讨论。

两个人同时在一片树林里打猎,彼此都没有意识到对方的存在。A 开枪射中了一只鹿,这只鹿跑了一段路后在 B 眼前倒下。这种情况下这只鹿应该归属于谁?

针对这个问题,富勒课堂上的学生,形成了两种不同的观点,一种认为,应该归属于 A,因为他们怀疑 B 是否存在对这只鹿的占有的主张意图。另一种则认为应该归属于 B,他们完全是从法律的原则来理解的,B 独立地享有对这只鹿占有的必要请求权,也就是先占原则。富勒进一步让学生们假设,如果他们对法律一无所知,也从未学习过教科书上的案例,那认为鹿应该属于谁?这种情况下,学生们一致认为应该属于 A,因为是他射中了鹿。从这里可以看出,根据法律产生了两种相反的意见;不依据法律,仅仅凭借生

活的经验，反而意见很统一。法律本身也会产生对结果判断的不确定性。

其次，富勒认为，在判例法形成过程中，其主题是由诉讼当事人决定的，比如东家买菜产生的纠纷、西家借钱产生的纠纷，进入法庭诉讼的案件具有生活的随机性，而不是法官能预期和控制的。所以，判例法在早期形成时，必然是零星琐碎、不成体系且不够全面的。第一个案件往往决定了法律最初的样子，但是后来类似案件的逐步出现，不断融入了新的社会情况以及法官个人的见解，从而会改变法律原来的样貌，这就是“法官立法”的过程。社会的实际需要，特别是商业实践的发展，急需司法的指导和控制，于是乎造就了新的法律，从普通法的发展过程来看就是如此。但是法律与社会实践相比，总是具有一定的滞后性。富勒说，社会变化如此之快，进入诉讼的各类案件已经超出了法庭原本熟悉的那些情况（这显然是针对美国法院对社会发展的无所作为有感而发），法院在运用法律时没有一个连接新旧情况的纽带。在这个意义上，法律和现实之间需要建立起一座桥梁，而不是固守原有的条文不改变，现实主义者将社会科学的方法作为这个桥梁。因此，法律并不是固定不变的，司法活动实际上是创制法律的过程。

尽管现实主义者不同于形式主义者的畸恋规则与逻辑，但富勒认为他们过分偏爱那些具体的东西，以至于矫枉过正。用卢埃林的话说就是：

现实主义者“想将法律视为可以处理的对象，他们想去处理具体的事物，去应对具体的人，应对那些可以触摸到的东西，以及处理那些可以看到的具体事物之间的关系。相反，他们不想仅仅去应对文字，如果不得不应对文

字,他们宁愿应对这些文字之下那些可以触摸的事物和其间关系”^①。

这种对“实在”的过分关注,导致法律事实与法律价值的脱节,这正是富勒强烈反对的——现实主义者也是只注意手段与方式,忽视了目的所在。用富勒的话说就是,“现实主义者是色盲患者或戴着有色眼镜去看问题,看到了图像上的一部分颜色,忽视了另一部分颜色”^②。在处理社会与法律二者之间的关系上,形式主义偏向于法律,而现实主义偏向于社会,从而引发了实然与应然的分离,从一个极端走向了另一个极端。

继对卢埃林评论之后是对摩尔的评论。摩尔将心理学上的行为主义运用于法学,将自己的研究方法称为“制度性的研究方法”。他认为左右法官判决的因素不是知识方面或物质方面的,而是在社会实行着的“制度的行为类型”。制度是具有习惯性质的行为,行为依照一定的制度时,就成为可以预言的制度。富勒对于摩尔的观点,毫不客气地用“错误”(erroneous)和“荒谬”(preposterous)来加以否定,认为其观点是建立在一系列错误假定之基础上的,并且过分迷信心理学和统计学等社会学方法。摩尔曾把含有 27 个问题的调查问卷发给康涅狄格州的所有银行,根据答案来统计有关期票的实际银行惯例,并根据这项研究断定,影响司法判决的不是法律,而是行为或者习惯。在这点上,可以清晰地看出,与兰代尔主义者注重法律条文和案例的研究方法相反,摩尔将研究集中

① 转引自 Lon L. Fuller, American Legal Realism, *University of Pennsylvania Law Review*, (Mar. 1934), p. 216.

② Lon L. Fuller, American Legal Realism, *University of Pennsylvania Law Review*, (Mar. 1934), p. 219.

在经验性领域。其实，这种方法在当时的美国相当流行，布兰代斯在“女工案”的辩护中提交给法庭一份摘要，被后人称为“布兰代斯摘要”。为了说服最高法院维持俄勒冈州禁止妇女在工厂一天工作超过10小时的法律，布兰代斯整理了惊人的统计数据，以证明这样的裁定是具有合理基础的，即俄勒冈州妇女一天工作超过10小时会危害公共健康、安全、道德或福利。^① 霍姆斯也曾说过，白纸黑字式的法官^②将被具有统计学知识和经济学硕士学位的人取代。不过，仅仅凭借社会科学的手段就真能实现法律的正义吗？这种不关注法律本身的目的的研究方法，在富勒看来恰恰与兰代尔主义者异曲同工。富勒认为，在影响人的思维过程中，与惯例等行为模式相比，法律的作用更为关键，摩尔的研究方法恰恰颠倒了二者之间的因果关系。

文章的最后，富勒分析了现实主义的感情基础。这段文字可以视为其另一篇重要文章并成为富勒第一部专著——《法律的自我探寻》——的先声。他提到，通过对卢埃林和摩尔的分析，可以发现，现实主义者的共同之处就是持一种以实证主义和行为科学为基础的哲学观，也就是说法律现实主义是以实证主义和行为科学为基础的。从这个角度看，现实主义者和形式主义者在法律信仰上的区别不大，作为一个以改革者姿态出现的现实主义者，最终也成了反动的。对于概念主义者来说，他们并不是忽视应然和实然之间的不协调，他们只是简单地不为此烦恼。而现实主义者则

^① 参见[美]伯纳德·施瓦茨：《美国最高法院史》，毕洪海、柯翀、石明磊译，中国政法大学出版社2005年版，第236页。

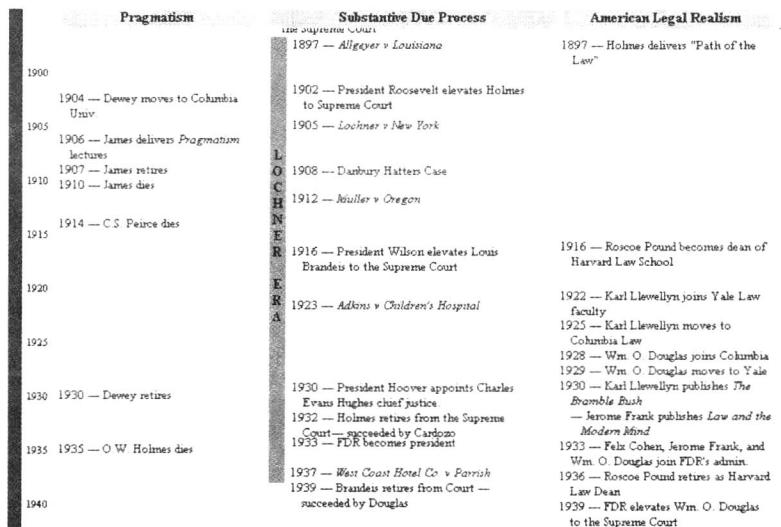
^② 白纸黑字式的法官应该意指那些形式主义者，具有统计学知识和经济学硕士学位的人则意味着更加注重法律中的经验因素。

显示了一边倒的趋势,偏向于实然方面,选择了让法律去屈尊于现实。将美国法律现实主义与实证主义联系在一起,并对其宣战,以这篇写于32岁的文章为标志,富勒形成了批判“区分法律实然与应然方面”这一二元论思想的基本立场,可以说,在而立之年,富勒铸就了他基本的法律价值观念。从此之后,富勒正式走上了与实证主义法学历经几十年兵戎相见的道路。

看过富勒的《美国法律现实主义》一文,再回头看一下现实主义与形式主义。形式主义不论是在富勒那里,还是在现实主义者那里,都是作为批判的对象,今天读到的许多文章都对此持否定的态度,还有最高法院那些坚持形式主义的大法官,总是一副保守者和老顽固的样子。但对历史进行分析,形式主义在美国法学思想史上曾经产生过积极的作用,推动了法学现代化的一个转变。形式主义被认为是从前现代主义到现代主义的第一个阶段,而这一过程的第二个阶段就是现实主义。^① 形式主义为法律注入更多的理性主义,帮助法学摆脱神学和宗教的影响成为一门独立的学科。与形式主义者相比,现实主义者是意识到历史前进发展的人,他们认为法律也应该与时俱进,适应社会发展的需要。现实主义者将经验主义引入法律,去发现社会对法律的影响,以使法律更加适应社会发展的需要。这是一个有意义的转变。所以说,无论是形式主义还是现实主义,在美国法律思想史上都是富有贡献和必要的。但是,现实主义者虽然看到了眼前的变化,目光却也仅仅注视着现在。现实主义明显受实用主义哲学的影响,是具有美国特色的法

^① 参见[美]斯蒂芬·M. 菲尔德曼:《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想》,李国庆译,中国政法大学出版社2005年版,第四章。

学，注重现实效果，通过实验来检验有用性。虽然在现实主义者眼里，形式主义是不可取的，然而在 19 世纪，形式主义确实代表了时代的进步，就像现实主义也代表了时代的进步一样。在 20 世纪下半叶，就像他们曾在几十年前批判过形式主义一样，法律现实主义也遭到后人的批判，因为法律思想是充满生机不断进步的。如今，我们看形式主义和现实主义，都持一种批判的态度，而对思想的评价更应该置于产生这种思想的环境中去，不能苛求古人像现代人一样去思考，也不能求全责备让 10 年前的人来为我们现在的社会考虑。这样看来，反思过去相对容易一些，为将来打算则显得有些困难。



20 世纪前半期美国法律现实主义运动时间表^①

于是，在这一点上，又凸显了富勒写这篇文章的难能可贵。之

^① 引自乔治城大学 Professor William Blattner, The Consequences of Pragmatism Law , Politics , Education (<http://www.georgetown.edu/faculty/blattnew/cons/timeline.html>)。

所以如是说,是因为富勒认识到了仅仅凭经验不能解决所有的问题,进而言之,针对法律“实然与应然”的问题,富勒的关注更为长远,表现出对法律之未来的一种终极性的关怀。美国法律思想的第三个阶段被认为是法律程序主义所主导的,而大家普遍肯定正是富勒四五十年代的学说为法律程序学派提供了智识及伦理学的基础。^① 所以,富勒在 1934 年现实主义运动鼎盛时期,针对现实主义提出了自己不同的观点,虽然他曾经在同一阵地里与现实主义者一起并肩反对形式主义,虽然他自己也有一些现实主义的观点,虽然这时他还很年轻,但从这时开始,他已经准备与现实主义分道扬镳,走向另一条道路。富勒后半生的重要对手哈特曾用“噩梦”来形容美国法律现实主义。他认为美国法律理论主要关注裁判活动,法理学要根据宪法来证明法官造法与国会立法的冲突的正当性。为了应付这种情形,一方面是主张法律规则完全的不确定性以及不受约束的司法自由裁量权的“噩梦”法理学,包括现实主义——哈特将这种法理学的“怀疑”态度与杜威的实用主义哲学和凡勃伦的经济学联系起来;与之相对的另一方面是承认法律规则确定性的“美梦”法理学,其中应该包含着今后在自己的路上发展出法律“内在道德性”理论的富勒。^② 充满浪漫主义色彩的巨蟹座的富勒,尔后也将继续着他的“美梦”,始终坚信法律的应然之善。

^① 参见[美]斯蒂芬·M. 菲尔德曼:《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想》,李国庆译,中国政法大学出版社 2005 年版,第 39~41 页,第 221 页。

^② 参见[英]妮古拉·莱西:《哈特的一生:噩梦与美梦》,谌洪果译,法律出版社 2006 年版,第 406 页。哈特在论文中提到“美梦”时,并没有将富勒包含其中,传记作者莱西教授认为这是哈特“奇怪的忽略”。本人也同意莱西的观点,认为如果以“法律确定性”进行区分的话,现实主义是持怀疑态度的法律“噩梦”论,那么富勒本人必定是对法律持美好愿望和强烈信仰的“美梦”派。

富勒这篇《美国法律现实主义》在学术界赢得较高的评价，并获得了1935年的菲利普斯奖(The Henry M. Phillips Prize)。除去获奖的因素，这篇文章仍然可以说是富勒早期最重要的一篇文章。首先，富勒凭借这篇文章向美国现实主义运动中旗手式人物卢埃林提出批评意见，引起不少学者对富勒本人的关注，开始在学术刊物上发表对富勒文章的评论。这是除了奖项以外对富勒见解的另一种肯定，否则，在当时现实主义大潮中，提出一个与众不同的意见而又没什么道理，那只能被视作是哗众取宠。通过这篇文章可以看出，富勒并不是一个哗众取宠的年轻学者，而是表现出了一般年轻学者所缺乏的深度思考以及对法律本身价值的信仰。这也就是这篇文章为什么重要的第二个原因——它不但使富勒作为一个学者崭露锋芒，而且表现出富勒一生主要学术思想的精要，那就是强调法律终极目的性价值(也是富勒的信仰)，这一点受耶林(Rudolph von Jhering)影响颇深。

富勒可能在杜克大学期间仔细阅读了耶林的著作，这从这一时期富勒文章中大量引用耶林的观点就可以看出。耶林非常强调法律的目的，这是他法律思想的核心内容。耶林主张，法律是受人类意识所支配，并达到人类目的的东西。在此后的一生中，富勒始终主张法律是一项有目的性的事业。对于现实主义所批判的概念法学，耶林也同样认为其远离了社会实际生活，把法学这门学科限制在狭窄而死板的范围内。在这个方面，富勒甚至认为现实主义者也借鉴了耶林的观点。^①出于这种对法律目的性价值的信仰，富

^① “There are a number of places in Llewellyn’s writings where Ihering’s views almost intrude themselves.”见 Lon L. Fuller, *American Legal Realism*, *University of Pennsylvania Law Review*, (Mar. 1934), p. 218 注2。

勒认为将关注点仅仅局限于法律条文上是不对的,但过分关注法律本身以外的行为等外部因素也是不可取的,从而引发这样一个话题:法律工作者应该将自己的精力投入到法律的哪个方面?这个问题在《美国法律现实主义》中,富勒间接地提出了,他本人也在不久后的一次讲座^①中给予了明确的建议。

此外,文章中还表现出富勒作为一名教师的才华——他是一个善于将研究与教学相结合的老师。文章中提到了在课堂上如何借用一个日常生活中的问题,启迪学生对法律问题的思考。学生喜欢这种思辨式的教学方式,因为从中学到的不仅仅是法学理论,还有对问题的思考方法。换句话说,富勒意图与学生一起探讨该如何进行思考。在杜克大学期间,富勒主讲的法律哲学课程给当时的学生留下了很深的印象。其中一位学生——日后成为美国总统的尼克松回忆道:

回顾我在法学院的岁月,从准备从政的观点看,我所学的最有价值的课程,是富勒博士所教授的法学方面的法律哲学。……这门课程不是考学位的必修课,但是在我看来,对于任何计划从事公职的人,却是一门必不可少的课程。因为担任公职的人不但必须知道法律是怎么回事,他还必



学生时期的尼克松

^① 1940年4月西北大学罗森斯讲座,详见下一章。

须知道法律是怎样的和为什么是那样运作的。^①

这段话反映出富勒是如何讲授课程的。法律是怎样的，法律为什么是那样运作的，富勒本人从那时已经开始在不断关注这个问题，在以后的日子里此问题也一直是他研究的重点。

三、合同法中的法哲学

除了法律哲学，富勒把另一研究兴趣放在了合同法方面。他对合同法的研究，仍然是基于“法律是怎样的，法律为什么这样运作”的深入思考。在杜克大学期间，富勒与他的学生帕杜（William R. Perdue）^②一起，在《耶鲁法律评论》上发表了一篇文章——《合同损害赔偿中的信赖利益》^③。就像前文所说的那样，当时合同法领域的权威是哈佛大学的威利斯通，也就是第一次讲述《合同法重述》的报告人，富勒在这篇文章中对《合同法重述》中的一些规定发表了自己的看法，再次向权威提出质疑。

富勒在全文开篇就定下了文章的基调，“法规则只有参照它们所服务的目的始能被理解，这一主张今天甚少被视为一动人的真理了。法是作为实现一定目的的手段而存在的，这一观念成为一种常识已至少半个世纪了”^④。富勒撰写本文旨在回答判定合同损

^① [美]理查德·尼克松：《六次危机》，黄兴等译，世界知识出版社1999年版，第414页。

^② 时为杜克大学三年级学生。

^③ Lon L. Fuller, William R. Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*, *Yale Law Journal*, 52 (1936—1937), p. 373, 中文版见L. L. 富勒、小威廉 R. 帕杜：《合同损害赔偿中的信赖利益》，韩世远译，中国法制出版社2004年版。

^④ [美]L. L. 富勒、小威廉 R. 帕杜：《合同损害赔偿中的信赖利益》，韩世远译，中国法制出版社2004年版，第2页。见译者注：自1877年耶林出版《法的目的》一书起算，至1936年已近60年。

害赔偿的目的以及信守允诺的本质问题。从这一前提出发,富勒认为信赖利益是基于法律之目的而确定存在的一种损害赔偿原则,这里法律的目的是一种应然的合同秩序,也就是说损害赔偿的确定原则与合同法的目的密不可分。“因而,当法律根据被许诺之履行的价值判定损害赔偿时,它并非单纯地计算一个总量,而是在寻求一种目的。”^①

在富勒眼中,以传统合同法观念为基础的《合同法重述》则相反,“在计算赔偿额上,法并非是被看作人类事务的有目的之安排的结果,而是被视为一种法律上的测量术”。富勒提出,在合同的损害赔偿中,存在着三种原则:1. 被告不履行合同时,不当得利的返还,这是返还利益,其目的是防止不当得利。2. 基于对合同允诺的信任而改变自己的处境从而受到损害,因此恢复原状的叫作信赖利益,其目的是使他回复到与做出允诺之前一样的处境。3. 促使原告处于假若被告履行了其允诺他所应处的处境,这种保护叫作期待利益。上述三者是基于对不同状态的假设所做出的赔偿标准,这三种情况下的利益,虽然不必需要法律同等地予以救济,但是应该根据不同的情形选择不同的损害赔偿标准,一种救济方式可以成为其他救济方式无法适用时的备选项。而威利斯通在其有关合同的著作及其为《合同法重述》所做的工作中一般认为,期待利益损失之外的其他任何计算方式都是某种异端。^②

^① [美]L. L. 富勒、小威廉 R. 帕杜:《合同损害赔偿中的信赖利益》,韩世远译,中国法制出版社2004年版,第4页。以下对该文的介绍的引用皆出自《合同损害赔偿中的信赖利益》一书,不再进行特别注释。同时,对该书的评论部分参考了北京大学法学院2009级博士研究生杨天江对该书的读书笔记,在此表示感谢。

^② 参见[美]罗伯特·萨默斯:《大师学述:富勒》,马驰译,法律出版社2010年版,第227页。

富勒批评了这种没有将基于信赖所损失的费用视为损害赔偿依据的观点。他认为，重述者们将合同法的概念完全建立在期待利益是真正的合同损害赔偿形式之上，其他的则予以忽视。在他看来，重述者的见解完全是一种基于有合同或无合同的二元论观点，从而带来了对损害赔偿认定的绝对化认识：要么你的损失大得足以证成我们执行整个允诺，要么得不到任何救济。这样的全有或者全无论，导致了要么给予你全部的损害赔偿，要么你一分钱都得不到，这使许多情况下合同无法成立时的信赖损失无法得到赔偿。富勒是二元论的坚决反对者，他认为在损害赔偿的问题上如果采取二元论立场，对问题进行这种简单化处理，如果运作良好，则值得称赞，遗憾的是事实并非如此。事实上，在合同的领域，并非仅仅存在要约、承诺、履行这样的标准形式，还有更多看不到的交易、谈判、磋商，甚至是肉眼看不到的共识，以及缺乏形式要件的合同行为，但是仍然要“以补偿某些实际费用的形式允许进行赔偿——这些费用因一方当事人信赖另一方当事人的某种承诺而发生”^①。在传统观点看来，这样的情形不存在合同，更不用说损害赔偿的发生；而在现实生活中，这样的情形是需要法律予以救济的。在实践中，案件的结果受一种变化着的折中界限的驱使，调和协约的神圣性。这时的目的，就是给予当事人最公平的救济。在这种情况下，信赖利益会扮演一个重要角色，补偿对方因信赖而产生的损失。

从合同法的领域再来看重述者的法哲学观。在他们看来，将

^① [美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社2010年版，第231~232页。

信赖利益纳入损害赔偿的范围,可能会混淆合同赔偿与侵权赔偿之间原本清楚的界限,从而危及法律的确定性。就《合同法重述》而言,更多的是法官根据计算赔偿数额的方便和可确定性来设计采用的原则,而非合同法所保护的利益与合同法之根本目的。这在富勒看来是陷入了概念主义和形式主义的泥潭。富勒认为,《合同法重述》附和了绝大多数教科书的分析,他们极力维护合同与侵权之间泾渭分明的界限,这无疑是为了教学上的方便。同时,普遍采纳信赖利益原则不利于限制法官的自由裁量权,从而可以扩大司法对经济行为的干预。富勒认为,这一假定建立在“人们忽视了司法裁判过程中的实际心理状态”的基础上,这种情况反而导致了更大的不确定性。现实中的真实情况则是,在理论上一直被忽视的信赖利益赔偿在现实的判例中发挥着相当大的作用。

富勒研究信赖利益的目光没有仅仅停留在单纯的合同法之上。他在 1938 年致卢埃林的一封信中写道:“我认为我那篇有关信赖利益的论文的贡献并不在于唤起人们对信赖利益本身的关注,而在于文中的分析破除了有合同—无合同的二元论。”^①由此看来,富勒对信赖利益的深层分析,并不仅仅在于对合同法领域损害赔偿原则技术层面上的认定,而是旨在寻求对合同法立法背景的整体理解,从目的的层面探讨法律在分配利益过程中应当介入的时机和程度。他在文章一开篇就将耶林这位目的论者推出,然后引用了尼采(Friedrich Wilhelm Nietzsche)的名言:最为常见的蠢行就是忘记一个人要干什么——这句话大概是富勒所有文章中引用

^① [美]罗伯特·萨默斯:《大师学述:富勒》,马驰译,法律出版社 2010 年版,第 231 页。

最频繁的一句话。富勒认为法律根据承诺履行价值判断损害赔偿时，不仅仅是衡量，更是在追寻一种目的。也就是说，在确定损害赔偿时，法律应该被视为一种人类事务的有目的的秩序，而不仅仅是一种测量的方法。

《合同损害赔偿中的信赖利益》一文发表后，不论是在学术界还是在实务界，都引起了人们强烈的共鸣。富勒曾给朋友写信提到他在图书馆翻看这篇文章时的情形：

你可以想象，当我发现每一本书里的《合同损害赔偿中的信赖利益》一文都被读过好多遍时，我有多么的惊奇和愉悦。无论图书管理员说什么，这些书页上指印、标记、行间的批语和破损的地方对我来说都是美好的。对于这些小事，我可能显得有些幼稚而自负，然而毕竟写作的目的就在于阅读。^①

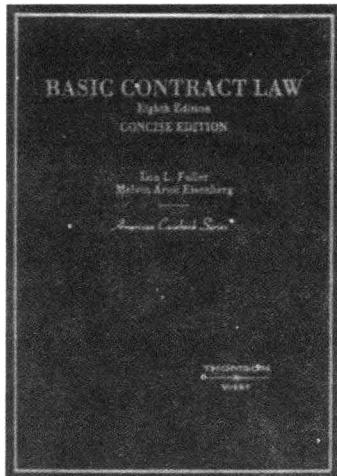
此文成为美国合同法领域引用最高的文献，其中的观点，影响了许多法官，也影响了1981年发布的第二次《合同法重述》。^②

这篇文章发表在耶鲁大学的刊物上，当时耶鲁大学法学院也有另外两位合同法领域的专家，那就是科宾和卢埃林，他们在合同法领域举着现实主义的旗帜，发起了向保守思想的冲击。但是，富勒有不同于科宾和卢埃林的主张，在向威利斯通发问的同时，也在向耶鲁的合同法学者发问。科宾打算与富勒共同编写一部合同法教科书，但是由于双方观点存在着差异，比如对法律之目的性的关

^① 富勒致霍拉克(H. C. Horack)信，1940年1月15日。转引自[美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社2010年版，第10页。

^② 参见[美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社2010年版，第215页。

注问题——这些为富勒所关心而科宾则不太感兴趣,最后还是没有合作成功。于是,富勒编写了自己的合同法教科书——《合同法基础》^①,其中许多内容都进一步阐述了在《合同损害赔偿中的信赖利益》一文中已经提出的那些主张,如反对合同二元论、灵活适当采用合同损害赔偿方式的主张等,还包括了他在1941年写的另一篇有关合同法的文章《对价与形式》^②的一些观点。这本教科书此后多次再版,现今在美国大学中还继续被采用。富勒后来在哈佛大学的同事对这本书有很高的评价,认为该书深入浅出地讨论了合同领域诸多的复杂问题。^③在中国大学的法学院中,对于研究合同法的学生来说,这也是必读的一部著作。



富勒《合同法基础》(第八版)

① Lon L. Fuller, *Basic Contract Law*, West Publishing Company, (1947).

② Lon L. Fuller, *Consideration and Form*, (1941) p. 799.

③ Erwin N. Griswold, Lon Luvois Fuller 1902—1978, *Harvard Law Review*, vol. 92 (1978), p. 351.

第三章 初到哈佛

——向实证主义宣战

一、对纳粹法律的批判

1939年4月在纽约世界博览会开幕式上，美国总统罗斯福在致辞中谈到了民主和民主制度的生命力。然而在无数美国人看来，欧洲此时的民主却是无比脆弱的，独裁统治的力量强大而危险。在战云密布的欧洲，纳粹德国不顾一战后的《凡尔赛条约》，不断扩张领土，已经吞并了奥地利和捷克斯洛伐克。同时，德国通过军事援助帮助西班牙的法西斯最高统帅佛朗哥赢得了西班牙内战的胜利。在这不久之前，富勒来到了欧洲做访问学者，尽管他主要是在巴黎学习法律理论和比较合同法^①，但他一直深切关注着欧洲的局势和纳粹德国的举动。

富勒在欧洲期间也前往了德国。在德国他看到，纳粹德国的独裁统治都是打着法律的旗号展开的，而这些被希特勒魔爪控制的法律又是以“人民的名义”制定的。纳粹党控制着国会，通过法律承认希特勒的统治合法化，并且认为任何反对希特勒的行为都

^① 参见[美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社2010年版，第8页。

是非法的。比如发生在 1934 年的“罗姆清洗”(Roehm Purge)，又称“长刀之夜”，希特勒屠杀了拥兵自重并多次违抗自己命令的冲锋队头目罗姆。富勒对这一事件后来评论道：

一个独裁者在面临这样一件事情时的惯常伎俩本来是命令展开一系列装模作样的审判，然后定罪、处决。但是，时间是如此的紧迫，因此，希特勒和他的随从匆忙巡行到南方，并且在其间枪毙了将近一百个人。返回柏林之后，希特勒立即安排通过了一部溯及既往的法律，将这些谋杀转变成合法的处决。随后，希特勒宣称在这起事件中“德国人民的最高法院由我本人组成”，并因此表明：在他看来，这些杀戮所代表的仅仅是一种形式上的不规则，这种不规则性在于事实上他手中握着手枪而不是司法人员。而且，就关于该事件的这一观点而言，他甚至可以援引我们的最高法院在支持一项法律时所说的话，它称这部法律是“妥帖地设计出来以补救……政府行政管理中的缺陷的一部矫治性法律”。^①

纳粹的所作所为深深触动了富勒，他在日后回忆时说：“我在德国待了好一段时间，我对德国的特点是有所了解的。”^②“如何看待独裁统治下的法律”成为他日后与实证主义进行论战的一个主要论题。从法律的角度对民主和极权问题的看法以及对希特勒和欧洲法西斯主义的直言批判，在不久之后的一次演讲中富勒一吐

① [美]富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆 2005 年版，第 66 页。

② 富勒致科勒尔(Abram T. Collier)信，1958 年 3 月 31 日。转引自 Nicola Lacey, *Out of the Witches Cauldron, Reinterpreting the Context and Re-assessing the Significance of the Hart - Fuller Debate*. From: eprints. lse. ac. uk/23812/, p. 20.

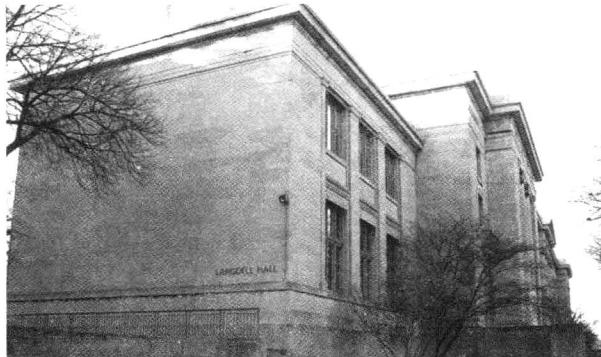
为快。他后来写的很多有关法治与社会秩序的文章，都受这个时期纳粹暴行实例的启示。

在欧洲期间，富勒拜访了不少欧洲著名学者，他在出发前曾邀请庞德帮他写推荐信，向时在瑞士的奥地利法学家汉斯·凯尔森（Hans Kelsen）介绍自己。时任哈佛大学法学院院长的庞德对富勒这位年轻人十分欣赏，曾经称赞他为“本国法理学的后起之星”（the coming man in jurisprudence in this country）^①。这位“法理学的后起之星”从欧洲回来不久，就来到马萨诸塞州的哈佛大学法学院做访问教授。来到哈佛，可以称得上是到了美国法学界的最高殿堂。哈佛大学法学院有世界上最好的法律图书馆，有高大威严的建筑，有令人敬畏的传统，它就像通往美国最高法院的前厅一样。^②法学院在哈佛大学是具有统治地位的一个学院，因为从这里走出来的学生，注定要进入美国法律职业的最顶端，富勒给朋友写信时说过：“这 250 位专注而聪颖的年轻人（哈佛法学院学生）可不是好糊弄的。”^③

^① 庞德致富勒信，1938 年 10 月。转引自 Robert S. Summers, *Lon L. Fuller*. Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1984, p. 5。

^② 参见哈特致妻子珍妮弗信。转引自[英] 妮古拉·莱西：《哈特的一生：噩梦与美梦》，谌洪果译，法律出版社 2006 年版，第 468 页。

^③ 富勒致霍拉克（H. C. Horack）信，1940 年 1 月 15 日。转引自[美] 罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社 2010 年版，第 10 页。



哈佛大学法学院兰代尔大楼

说来也巧,富勒在哈佛法学院的办公室,就在他曾撰文批评的那位合同法权威威利斯通教授的隔壁。^①除了《合同损害赔偿中的信赖利益》一文,富勒还专门写过另外一篇文章《威利斯通论合同法》^②,其中也不乏批评之言。令富勒感动的是,这位时年已经 79 岁的老先生并没有因为小字辈对自己不留情面的批评而生气,依旧十分热情地对待富勒,此举让富勒感动地称威利斯通是“最为和蔼的人”。与威利斯通相邻而居,使富勒在哈佛访学的日子里多了不少和他当面探讨合同法的机会,并因此收获颇多,以至于他对合同法问题更加着迷,甚至一度想专攻此领域。他在 1940 年初给卢埃林的一封信中写道:“我打算全力研究合同法,我的著作将表明我会与法理学说再见。”^③如果真是这样,法理学的历史可能因此而改写,不过,事实并非如此。

^① 参见[美]罗伯特·萨默斯:《大师学述:富勒》,马驰译,法律出版社 2010 年版,第 8 页。

^② Lon L. Fuller, Williston on Contract, 18 *North Carolina Law Review* 1, (1939).

^③ 富勒致卢埃林信,1940 年 5 月 13 日。转引自[美]罗伯特·萨默斯:《大师学述:富勒》,马驰译,法律出版社 2010 年版,第 11 页。



庞德



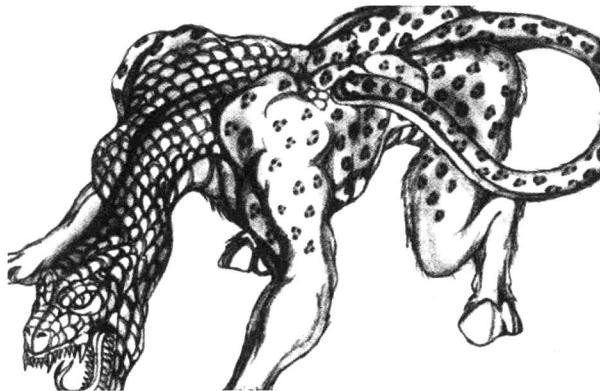
威利斯通

二、论法律的自我探寻

1940年4月2日，星期二的下午，富勒来到位于芝加哥的西北大学，为该校法学院罗森塔讲座 (Julius Rosenthal Lecture for General Law) 进行了一次发言。罗森塔讲座是西北大学法学院久负盛名的讲座，由罗森塔先生赞助，主要邀请法学界知名学者做关于法哲学方面的报告。富勒在杜克大学的时候就收到了该讲座的邀请，并为此做了精心的准备。这次讲座的题目是《法律的自我探寻》，不久后其主要内容经整理出版为同名专著^①，这也是富勒第一部公开出版的著作。讲座题目为《法律的自我探寻》，其中“quest”具有“探寻、探求”的含义，用这样一个题目，很容易让人联想起故事“石中剑”中的“Questing beast”，在德语里叫作“Beast glatisant”。这个传说中的怪兽具有蛇头、豹身、狮腰、鹿蹄，有点类似中国的麋鹿，

^① Lon L. Fuller, *The Law in Quest of Itself*, The Foundation Press, 1940.

也就是“四不像”。这个怪兽在追捕猎物时，腹部会发出如同许多猎狗一样的咆哮声，因此被称作“Questing beast”。在讲座不久前，美国著名作家怀特(Terence Hanbury White)曾重写了“石中剑”(The Sword in the Stone)的故事，成为家喻户晓的读物。因此，富勒有可能是借用“Quest”来形容法律这个巨兽，就像霍布斯用“利维坦”(Leviathan)形容主权一样。



“石中剑”中的“Quest”怪兽

究竟法律的自我探寻是什么意思？富勒认为，法律的自我探寻就是法律自我发展时经历的一条道路。他指出了法律自我探寻的两条不同道路，一条是自然法的道路，另一条是实证主义的道路，并认为两条道路的不同之处就是在如何看待法律的问题上，自然法将法律的“实然与应然”看作是一体的，而实证主义则认为法律的“实然与应然”是可以截然区分的。其实，法律的自我探寻同时也是法律人从事法律职业时的自我探寻和自我追问——如何看待法律，如何对待法律，如何运用法律，以及法律人应该将自己的精力投入到什么样的工作方式中。这是富勒做这个讲座的主旨所在。富勒一开始就严肃地提及法律职业者面临着这两条道路的

选择问题，他说：“在我的讲座中我将探讨如何将我们的精力应用到法律中去——这是一个至关重要的问题。如今，摆在我们面前的有两个不同的选择，或者说这是两种不同法律思想的竞争，一个被标以自然法，另一个被标以法律实证主义。”^①

富勒提出的两条道路——自然法与实证主义，它们之间有许多区别，富勒将对“实然与应然”的不同看法提了出来，作为二者最根本的区别，也就是如何定义法律、法律究竟是什么。富勒认为对法律进行定义不仅仅是一个语言学或者纯文字的活动，而且，对法律的认知实际上会指引着法律工作者一生的努力方向。

当时大部分法学院学生的梦想都是毕业后能够为一名知名法官做几年“书记员”，积累足够的经验之后再去当一名执业律师。富勒提出，法学院的学生在学习法律过程中如何看待法律，对今后的法律职业生涯至关重要。对待法律的态度不仅仅是一个法哲学的问题，而且具有重要的现实意义：律师是为了什么工作？该怎样工作？法官是为了什么工作？该怎样工作？法学院的学生又是为了什么来到法学院学习法律？因此，对待法律的态度，将通过法律职业者的所作所为表现出来，他们的这些表现又会对社会有着塑造的作用。

在这里，富勒给出的这个“自我探寻”的主题十分契合罗森塔讲座的主旨，这又与当时美国的情况分不开。当时的美国正处于

^① Lon L. Fuller, *The Law in Quest of Itself*, The Foundation Press, 1940, p. 4. 原文为：It is with one of these vital problems of choosing between alternative ways of applying our energies in the law that I shall attempt to deal in these lectures, specifically the problem is that of choosing between two competing directions of legal thought which may be labelled nature law and legal positivism.

罗斯福新政之后,通过新政对经济的调控,20世纪30年代的大萧条基本结束,来自欧洲战场的订单使经济再次走向繁荣。1937年,联邦最高法院经历了一场重大的“法哲学转变”^①——倾向于支持新政,这从一个侧面也反映了法律现实主义运动的功绩。纵观20世纪30年代,法律现实主义为美国社会走出经济大萧条起到了不小作用,现实主义者们更加关注社会现实性问题:公民自由、社会安全、社会服务、福利住房、资源的保护和合理利用、集团协商、农民权益、医疗社会化、消费者权益保护、投资者权益保护、性价比更高的司法管理等等。^②与此相对应,传统的自然法观念在人们那里越来越不受欢迎,自然法往往与保守、虚幻、道学、无政府主义甚至是形式主义联系起来。

美国早期的法律是以自然法为基础的,《独立宣言》提到了自然法和自然权利,自然法成为提供社会价值和法律体系特别是普通法的基础,那个时期布莱克斯通(William Blackstone)的自然法理论影响甚大。“上帝的法律在义务方面要高于所有其他的法律,人类的法律都不得违背它们;人类的法律如果违背了它们,就没有效力。”^③从南北战争时起,伴随着社会的巨变,法学思想也渐渐从自然法转向实证主义。特别是关于奴隶制度的争论,使人们更加关注自然法与实在法之间的关系。反对蓄奴者相信天生的自由权,就像在《独立宣言》中所记述的,而主张奴隶制的人认为奴隶制度

^① [美]伯纳德·施瓦茨:《美国最高法院史》,毕洪海、柯翀、石明磊译,中国政法大学出版社2005年版,第251页。

^② Myres S. McDougal, Fuller vs the American Legal Realists: An Intervention, *The Yale Law Journal*, vol 50, (Feb., 1946) p. 827.

^③ [美]斯蒂芬·M. 菲尔德曼:《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想》,李国庆译,中国政法大学出版社2005年版,第147~167页。

是自然法给社会施加的自然秩序的一种必然反映，奴隶们被固定在自己适当的角色之中，政府因此有理由通过法律来强制执行这种自然的或者内在的社会秩序。南北战争中南方的失败也导致了南方自然法观点的衰落，使人们越来越怀疑是否存在永恒不变的自然法则，伴随而来的就是实证主义地位的上升。与此同时，另一位英国人奥斯丁（John Austin）产生的影响越来越大。奥斯丁提出了法律实证主义的经典表述：法律命令说。如果不是自然法，那么实在法的基础是什么？立法是人民主权的体现，也就是主权者的命令；而普通法体系中法官造法的渊源来自法官的判决，从实证主义的角度来看，这就是普通法的渊源。^① 这种实证主义思想影响着法学家们从客观实在方面而不是自然法方面寻找法律的新渊源。南北战争之后，在美国法律思想大转变的这一过程中，早期的形式主义者专注于公理性的原则和逻辑自洽的体系，后期的现实主义者则注重借助科学的方法和经验研究，两者都忽视了伦理价值的存在。^②

相对于实证主义地位的上升，注重伦理价值的自然法在美国的境遇则每况愈下。经济萧条进一步加剧了法律中道德因素的衰退，政府在这个时候更多地采取一种强制命令的手段来推行各种政策，就像罗斯福总统宣称的：如果美国要继续发展，“我们就必须像一个甘愿为共同的纪律牺牲、训练有素而且忠诚的军队那样前

^① 富勒认为实证主义者不关注法律的内容，而是关注法律的形式与来源，就是针对奥斯丁而发的。

^② 参见[美]斯蒂芬·M. 菲尔德曼：《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想》，李国庆译，中国政法大学出版社2005年版，第147~167页。

进,因为没有这样的纪律就不可能前进,领导也不会有效”^①,而这些政策又涉及社会生活的各个方面。正如富勒说:“当今,政府法令的道德力也被漫长的经济萧条所抑制着。”^②因此,富勒站在自然法的角度,对新政的许多举措提出质疑,特别是对新政采取的经济管制手段。在他看来,也许使用“管理性指令”^③在一些领域是十分不合适的,过多干预了国民生活,这样的“极权”会对民主不利。新政是由民主党人总统罗斯福推行的,虽然富勒也是民主党人,但他对新政措施有着越来越清晰的认识。^④

在 20 世纪三四十年代,自然法被认为已经过时,“声名狼藉”、“令人唾弃”成了自然法的标志,用富勒的话说就是自然法散发着“女巫药锅般浓烈而持久的味道”^⑤。自然法之所以落得如此下场,很大程度上是因为经济萧条对人们观点的打击。由于自然法的终极价值观获取正义与正当性标准具有宗教性意味——从上帝那里获得,这是无法准确掌握的,因此被认为是不靠谱的。持实证主义观点的人,多少有一些道德怀疑论,往往抓住法律中那些具体实在的东西来解释法律,从而将现实的法律与应然的法律区分开来,以

^① 罗斯福第一次总统就职演说,转引自[美]伯纳德·施瓦茨:《美国最高法院史》,毕洪海、柯翀、石明磊译,中国政法大学出版社 2005 年版,第 254 页。

^② Lon L. Fuller, *The Law in Quest of Itself*, The Foundation Press, 1940, p. 135.

^③ 关于“管理性指令”,后文将有更详细的论述。富勒将“管理性指令”与实证主义联系起来,而且将其思想基础归结于“对权威命令的服从”这样一个实证主义的态度。他所举的例子,接近于罗斯福对国家采取军事化管理的情况。在后文中他所批评的霍布斯与奥斯丁这些实证主义者,都曾有过在部队服役的经历。富勒认为在军队中对命令的绝对服从,影响了他们实证主义思想的形成。

^④ 参见[美]罗伯特·萨默斯:《大师学述:富勒》,马驰译,法律出版社 2010 年版,第 9 页。

^⑤ Lon L. Fuller, Reason and Fiat in Case Law, *Harvard Law Review*, Vol. 59, No. 3 (Feb. 1946), p. 379.

加强法律的可研究性与确定性。这样让人看到一些实实在在的东西，反而会觉得实证主义的方法更有道理。因此，越来越多的学者在此时期从事法学研究时采取了偏向于实证主义的方法。对此，富勒认为，自然法和实证主义对待“法律是什么”的态度不同，影响了不同学者研究法律问题的方式。美国的现实主义者们认为法律是法官的行为模式，而自然法学者则认为法律是理性在人与人之间关系的运用。以律师为例，持实证主义立场的律师研究法律常用的一套方法就是采用数据分析的方法来研究官员的行为后果；而持自然法观点的律师则全部将自己的工作视为处理人与人之间的关系，以使之和谐相处。^① 现实中，越来越多的法学家去统计法官的行为模式，律师们则根据法官的行为去预测判决结果，这使富勒深感担忧，他认为不应因将精力放在这些法律的实在方面，而不顾法律的目的。在这里，他再次强调了目的的作用。

富勒认为，与自然法相反，实证主义者不怎么重视目的，他们更多在意的是手段。实证主义者认为法律的实然方面具有独立存在的价值，这种价值不依赖于应然方面，因此可以截然区分二者。而富勒认为法律的“实然与应然”是融合在一起的，法律的实然方面必然要以应然方面为终极服务目标。他同时认为，区分“实然与应然”就是区分“法律与道德”，于是只重视实然的法律便失去了道德目标的指引。富勒认为，脱离了道德目标的法律，也就是在法律中将“实然与应然”区分的二元论，终究是无花之木，这样失去目标

^① 参见 Lon L. Fuller, *The Law in Quest of Itself*, The Foundation Press, 1940, p. 3.

的法律的自我探寻,是毫无结果的,是一项不可能完成的任务。^①

为了证明法律的实然方面与应然方面的不可分性,富勒举了这样一个例子。一个人听到一个故事后,要向另外的人再讲述这个故事。“他所听到的”和“他认为故事应该是怎样的”这两者之间并不相同。如果在复述这个故事时,如果我认为原来的讲述不清楚,则会根据我的理解去复原故事的原意;如果我认为原讲就很好,则会重复所听到的一字一句,这时主观整理故事的念头自然也就消失了。所以,最终向别人转述这一故事成了什么样子,取决于这两种力量的共同作用,无法区分二者谁的作用更大一些。在故事不断被重述的过程中,原来故事的要点有可能已经被改变了,甚至成了一个新的故事。所以,在这里,故事并不是一成不变的,而是一个发展、流动的过程。这个例子让人联想起美国一个流传很广的笑话:

1910 年,美军部队在一次传递命令中情况是这样的:

营长对值班军官:明晚 8 点钟左右,哈雷彗星将可能在这一地区被看到,这种彗星每隔 76 年才能看见一次。命令所有士兵着野战服在操场上集合,我将向他们解释这一罕见的现象。如果下雨的话,就在礼堂集合,我将为他们放映一部有关彗星的影片。

值班军官对连长:根据营长命令,明晚 8 点哈雷彗星将在操场上空出现。如果下雨的话,就让士兵穿着野战

^① Lon L. Fuller, *The Law in Quest of Itself*, The Foundation Press, 1940, p. 99. 原文为:Our attention has been concentrated on the obstacles which beset the law's quest of itself. I have attempted to reveal the essentially sterile nature of any form of legal positivism which purports to divorce itself from a definite ethical or practical goal.

服前往礼堂，这个罕见的现象将在那里出现。

连长对排长：根据营长的命令，明晚 8 点，非凡的哈雷彗星将身穿野战服在礼堂中出现。如果操场上下雨的话，营长将下达另一个命令，这种命令每隔 76 年才会出现一次。

排长对班长：明晚 8 点，营长将带着哈雷彗星在礼堂中出现，这是每隔 76 年才会有有的事。如果下雨的话，营长将命令哈雷彗星穿上野战服到操场上去。

班长对士兵：明晚 8 点下雨的时候，著名的 76 岁的哈雷将军将在营长的陪同下身穿野战服开着那辆“彗星”牌汽车经过操场前往礼堂。

从上面的例子可以看出，一个命令在传达过程中，由于每个传达者的理解不同，最后到达最基层时，命令已经变得面目全非。每一层级的传达者都根据自己认为这个命令“应该是什么”，再向接受者进行转达；此时，听到命令的接受者接到了“是什么”的命令，然后他又根据自己认为“应该是什么”再次传达。所以，一个命令在一方那里认为“是什么”，在另外那里则被认为是“应该是什么”，也就是说，命令的“实然与应然”在整个过程中很难截然区分。

传达命令或者讲故事是这样，法规和判决也是如此，包含着事实与目标性探寻的共同作用，尽管目标并不明确显示在法律规则表面的词汇中。所以，法规和判决也不是一个固定的存在，而是一个发展的过程，是逐渐变成想要成为的样子，这在普通法体系形成过程中尤为明显。法官在处理案件时，往往会加入自己对法律“应该是什么”的一个观念，即“道德论证”。在此过程中，他常常混同对法律的“解释”与“改善”——“是”与“应当”，因此，想要在这种

混同中明确区分这两种因素是不可能的。类似的,律师与其他官员在必须处理与手头问题相关的制定法、判例等法律形式时,由于这些法律形式常常刚刚形成,含糊而又琐碎,因此肯定需要将之理性地精细化。这里所要求的精细化过程在实践中往往充斥着律师或官员本人的道德观念,也就是自己认为什么是正确的。人们无法明确地区分,这种精细化过程中充斥的道德观念究竟早已成为了法律的一部分还是尚未成为法律的一部分。通过不断变化的过程,可能会演变出不同于其原始状态的东西。所以,只有“实然与应然”的结合,法律才不是一个死物,而是具有生命力的东西。因此,价值和存在是同一事物不可区分的两个方面,比如一台蒸汽机和一台好的蒸汽机之间,虽然存在着明辨意义上的不同,但是实质上,一台蒸汽机必然是为了成为一台好的蒸汽机而存在的。所以,在富勒看来,实证主义截然区分法律的“实然与应然”是不可能有成果的(fruitless)。因而,现实主义者最大的失误,就是没有认识到,在不断变化的法律世界中,法律的应然也就是道德因素,不会存在于他们关注的行为模式中,而是存在于模糊的、潜在的社会关系中隐含的交互性之中。

在讲座开始时开门见山地提出自己的上述主张后,接下来,富勒回顾了法律实证主义的发展历史。他认为,实证主义的源头可以追溯到霍布斯那里。霍布斯首先对法律的实然与应然进行了区分。但是,霍布斯的区分理论的最终目的是为了实现和平与秩序,这依然是建立在自然法基础之上的,然后在此基础上以实证的立场去解释最高主权。后来的实证主义者如奥斯丁则放弃了霍布斯的自然法基础,直接假定最高主权的存在,因而法律的实然方面就可以脱离应然方面而独立存在。不过,奥斯丁并没有说明最高主

权到底是逻辑上的还是实际存在着的，因此，奥斯丁之后的实证主义者基于奥斯丁的模棱两可也就产生了不同的分支：一支走上了纯假设的道路，以凯尔森纯粹法学为代表的维也纳学派；另一支则关注法律的实际存在，就是美国的法律现实主义。在对维也纳学派和美国法律现实主义运动进行比较时，富勒认为，他们一方归根于观察，一方归根于假设；一方埋头于具体事务的细枝末节，一方埋头于不存在的幻想的重大意义；最后，一方只剩下实证主义的果核，另一方则只剩下实证主义的空壳。所以，尽管二者在方法和关注点上有所区别，但在实证主义的态度上却殊途同归。霍布斯对“实然与应然”进行区分是以自然法为基础的，霍布斯做这种区分是为了实现政治意义上的和平与安宁，而后继者则丧失了这一目的，纯粹是出于逻辑和分析的便利。他们认为法律的自我探寻之路是一条笔直且无障碍的康庄大道，不应该人为地添设障碍或者走弯路岔路。在富勒看来，以此为目的，毋宁说是没有目的，法律也就成了无本之木与无源之水。好比修一个水渠不是为了灌溉的方便，而是为了将水引出来更好地循环；修一条马路，不是为了顺利到达某个地方，而是为了好看美观。实证主义不关心法律的良善，这样纯逻辑地对待法律就丧失了法律本身的有用性，好比丧失了水渠的灌溉作用与马路的交通作用，在这种情况下，水渠和马路还有什么用呢？

讲完实证主义法学在欧洲的发展历程后，富勒再次将话题回归到美国本土的法律现实主义运动上，虽然他的讲座针对的是整个欧洲大陆与美国的法律实证主义，但是主要用意还是以美国自身法学为出发点。与富勒 1934 年那篇《美国法律现实主义》相比，《法律的自我探寻》一书可以视为姊妹篇，接续前文最后一部分“现

实主义的感情基础”，对现实主义运动中的实证主义进行深入剖析。在《美国法律现实主义》一文中，富勒选择了卢埃林和摩尔这两位作为评论对象，因为他觉得他们采取的研究方法和主要观点在现实主义学者中比较具有代表性——那时富勒的担忧还主要停留在学者们采用的方法层面；而《法律的自我探寻》一书则更进一步，矛头直指现实主义者们那种忽视法律应然方面的实证主义的态度。比起实证主义的方法，在富勒看来，这种态度更可怕，对法学思想发展的抑制作用更强烈。于是，富勒在这里选择了现实主义代表人物格雷(John Gray)，富勒认为格雷深受奥斯丁的影响，在奥斯丁的学说中获得启发，赞同将法律的“实然与应然”进行区分，并且格雷是第一个在《法律的性质与渊源》^①这本书中系统化地论述了现实主义方向的实证主义思想。富勒认为，从格雷开始，现实主义在美国的影响便不断增加。在这种影响下，法学家们都去关注官员们的行为模式，律师们都去研究法官的行为，就像物理学家研究原子的运动一样。有的人认为是因为行为科学的发达才导致了这种现象，富勒则认为更根本的还是骨子里的实证主义的影响。富勒再次强调，他重点批评的不是实证主义的方法——如何定义法律，对法律的定义只是病症的表面现象，病根还是在于实证主义的态度，或者说是对“实然与应然”截然区分的二元论观点。这点似乎是针对卢埃林曾经说的“我不想试着去定义法律，相反的，我

^① John C. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, The Columbia University Press, (1909).

将把关注点放在法律实在之上”^①而发表的批评。

富勒进一步讲道，现实主义将观点建立在三个“假设”基础之上。1. 将实然与应然进行区分是可能的，这样可以集中精力研究实然方面的东西；2. 这种区分是有必要的；3. 在完全弄清楚法律的实然方面之前，可以暂且将应然的东西搁置在一边不管。富勒说，如果这些“假设”在真实中完全实现，对美国法学思想将是一个严重的伤害。虽然这些假设并未完全实现，但是实证主义思想在美国也蔓延了近一个世纪，对美国的司法改革产生了束缚的作用，即使著名的大法官也受到影响。他以联邦最高法院大法官卡多佐（Benjamin Nathan Cardozo）为例，认为卡多佐的个人智慧本可以为司法改革带来更大的活力，但是由于其实证主义的思想，其影响力远没有达到预期的那样。所以，富勒认为，“区分”的思想将会影响人们在从事法律工作时将自己的精力放在什么地方，在他眼里，未来走向哪条路最为重要，其次才是在这条路上走多远。

其实，富勒也承认卢埃林不仅关注法律事实，也关注道德层面。同样，富勒本人也不会忽视法律的事实层面。虽然富勒并未全盘否定法律现实主义的积极作用，并且在《美国法律现实主义》一文中充分肯定了这些积极作用，但是在里不得不说，富勒在《法律的自我探寻》讲座中对现实主义的批评还是有些过于片面，或者说是服务于整个讲座的主题而只抓住了现实主义的一个方面。因为现实主义是以墨守成规的道德论为假想敌，许多时候

① “ I shall not going to attempt a definition of law, I shall instead devote my attention to the focus of matters legal. ”Llewellyn , A Realistic Jurisprudence , 30 *Columbia Legal Review* , p. 431. 参见 Lon L. Fuller, *The Law in Quest of Itself*, The Foundation Press, (1940) , p. 60.

会将自然法列为批判的对象，其中不乏偷梁换柱者或者有些思想偏激片面，所以以自然法捍卫者自居的富勒的反击也或多或少地有些武断色彩。其实，富勒本人主张的自然法，并非传统意义上的自然法。他自己说：

我并不倡导自然权利原则，并且我也许需要进一步表明，在我看来，用来反对自然权利理论的大部分意义也适用于推定权利的观念或是实证意义上的权利观念……我也并不打算使我自己成为过去被提出的任何体系的自然法的保护人，也不喜欢去维护过去曾以阿奎那(Saint Thomas Aquinas)之名所主张的那些事情。^①

富勒的观点深受美国实用主义哲学的影响，这种哲学观下的法哲学强调法律的功效，将法律的功效作为评价法律的标准，或称之为工具主义法学(instrumentalism)。如果说现实主义是具有美国特色的实证主义，那么富勒的自然法观点也是具有美国特色的自然法。其实，从被归为现实主义的法学家的作品中也可以看出，他们强调法律的实然方面，其实也是为了更好地解决应然问题，并不像富勒认为的那样完全无视应然问题。所以富勒在讲座中强调的是实证主义对“实然与应然”的截然区分，而不是他们对应然的无视。实际上，现实主义者们并未像富勒在讲座中再次引用尼采名言来形容的那样：“最愚蠢的就是忘记了自己在做什么(stupid as it is to forget what we are trying to do)。”应该注意的是，“忘记了自己在做什么”固然是愚蠢的，但是不知道“该如何去做”同样也是不明

^① Lon L. Fuller, *The Law in Quest of Itself*, The Foundation Press, (1940), pp. 100 - 101.

智的。尽管富勒在讲座中批评了美国法律现实主义，但事实上，并不是说现实主义就是像富勒所讲的那样愚蠢，他们也是为了法学的发展而开展的现实主义运动，从与形式主义斗争开始，反对不顾现实需要脱离实际的法律。现实主义者认为法律不是当权者想当然制定的，而是要反映社会的实际情况，他们希望将人们从对法律条文的关注中调转过来，让人们更加关注真实的社会实际需要。虽然富勒将现实主义学者归类为实证主义，但大多数现实主义者并不认为自己是实证主义者。更多的现实主义者接受的立场是法律工具论，将法律视为实现目的的手段，价值评判只能通过其取得的结果来评价。这也是深受美国实用主义哲学影响而形成的。他们对“实然与应然”的区分就是基于这样一种工具目的的区分，并且只是一种暂时的方法。与其说现实主义者是为了忽视“应然”而忽视应然，不如说他们是为了将未来的“应然”和现下的“实然”结合在一起。就如同杜威的主张：多研究些问题，少谈些主义。

我们可以看出，至少从现在开始，也就是富勒做《法律的自我探寻》这一讲座的时候，富勒树立了坚定的新自然法立场，“实证主义”这个词在富勒眼里成为“邪恶”的化身。只要与实证主义相关的学者，基本上都被他视为学术上的敌人。比如，尽管富勒后来与哈特相交良佳，但他仍然认为哈特是个浑身充满错误的实证主义分子。^① 不过，此时富勒还未将哈特纳入视线之中，他眼前尽是被自己归为“实证主义”的现实主义者。富勒认为，这些“实证主义者”的出发点是为了澄清法律，通过关注法律的形式渊源、权威名

^① 参见[英] 妮古拉·莱西：《哈特的一生：噩梦与美梦》，湛洪果译，法律出版社2006年版，第220页。

义、国家权力和法律结构等实在方面，认为法律是一门科学的事业。在实证主义者那里，法律在本质上成为由权威部门或人士发布的形式性的东西，而不是根据某种内容规定的东西。是否成为法律不在于其价值，而在于其是由谁来形成的。他们认为，由何种来源形成的准则比价值判断的准则更容易掌握，更容易进行判断。于是，在实证主义者眼里，自然法的存在好像就是为了搞乱法律，让法律变得模糊不可捉摸。原本可以清晰的法律，在自然法那儿也变得模糊起来。所以，富勒在说明实证主义者眼中的自然法时，用了“the black flag of natural law”^①来形容。富勒否认了这种说法，认为实证主义者攻击的自然法带来的“模糊”，是因为自然法学者出于对自然的不可完全掌握的一种敬畏。对于实证主义者认为自然法学者关注法律的应然方面会离真实的法律越来越远这一观点，富勒予以反击：只关注法律实在方面的实证主义者们也正从另一个方向离真实的法律越来越远。^②

实证主义者认为将精力放在不可知的应然方面是一种浪费，而富勒认为实证主义者将精力放在区分原本无法区分的“实然与应然”才是一种浪费。所以针对将精力放在哪一方面的问题，富勒说，这不是一个“现在和未来的矛盾”的选择，而是一个“未来不同方向”的选择。在这里可以进一步看出早在《美国法律现实主义》一文中展现出来的富勒的眼光：现实主义者们关注的是现实的问题，而富勒关注的比他们都要长远——他更加关注未来。因此，他会用一系列的反问句，不厌其烦地向法官、律师、法学家以及法学

^① Lon L. Fuller, *The Law in Quest of Itself*, The Foundation Press, (1940), p. 11.

^② Lon L. Fuller, *The Law in Quest of Itself*, The Foundation Press, (1940), p. 108.

院学生追问，问他们面临这样的问题时该如何选择。这些问题值得我们每一个学习法律的人思考，所以我不厌其烦地将这段文字摘出：

对律师而言，这一问题在于为自己经手的那些合同找一个落脚点。他是要在法律条文中寻找还是在条文包含的法律目的中寻找？他是为客户的利益去辩争还是为整个案件的对与错去辩争？他是要将诉求建立在判决的基本概念的基础上，将案件文书里的条文视为这些概念的次级旁证？还是要将这些法律条文视为他的法律观中的主要现实依据，并利用它们以形成对客户有利的判决？

对法学教授而言，这一问题不仅仅在于他将教些什么内容、怎么教，而在于那些教学之外的研究工作。他是将自己的学术兴奋点集中在解决那些所谓的“纯案例”之上？或者他深入探究法律条文的价值基础……学者们对待改革应持何种态度？他们是要帮助着手进行改革而又没有足够时间的法官们构建理论？或者他们发挥更为积极的作用？他们的职责是通过为新兴的伦理价值制定法律模式，以使人们可以预测未来的司法决策与进程？或者他仅仅充当一个清道夫，被前进的法律远远甩在身后，沉湎于清扫概念的纸堆而不能自拔？

对于法学院的学生而言，他认为自己理想的导师是什么样的？格雷式的还是埃姆斯式的？他喜欢哪种类型的教授，能精确解释实在法的教授还是拥有最新案例的教授？或者更青睐于那些仔细研究法律伦理背景的教授？这些选择将影响学生如何开展自己的学习，也将影

响他今后的职业生涯。因为,这些选择将直接反映在他的老师教授的被认为是正确的内容之上。所以说,学生也会对法律教育产生一种影响,并间接地影响到法律之上,这种影响远远超过他本人意识到的范围。^①

当许多学者认为在时下关注自然法是法学思想的一种倒退时,富勒却认为自然法的价值具有现实意义,如上面他追问的那样,自然法是对人们思维方式的一种指引;相反,实证主义是对人们的思维特别是看待法律的观点的一种制约。进一步而言,这种实证主义带来的制约会不可避免地妨碍人与人之间互相交往的关系,这种关系恰恰是实证主义者们忽视的。富勒指出,虽然霍布斯区分“实然与应然”是不正确的,但是霍布斯进行区分的目的是为了良好的秩序,这一点不容置疑。实证主义后继者之所以远离霍布斯之路,就是因为他们不是为了良好秩序而去专门地实证主义,而是为了实证主义而去实证主义。在以后的路上,实证主义者越来越为无法解决法律的功效这一目的性矛盾而困窘。有人反驳,实证主义的功效在于对法官行为的分析,从而可以对司法判决结果进行预测,这也是十分有用的。这一观点的依据就是霍姆斯的“坏人理论”^②。霍姆斯的“坏人理论”正是为了将法律和道德予以区分,他假设的“坏人”完全不考虑道德方面的对与错,也不考虑舆论,其关心的仅仅是他可以实际接受的刑罚是什么。因此,霍姆斯提出,在研究法律时,从一个坏人的角度出发,只考虑会产生什么

^① Lon L. Fuller, *The Law in Quest of Itself*, The Foundation Press, (1940), pp. 13 – 14.

^② 这是霍姆斯在《法律的道路》一文中提出的。

样的法律后果就足够了。“因为坏人只关心他掌握的法律知识能使他预见的实质性后果，而好人则总是在较为模糊的良知约束状态中去寻求其行为的理由，不论这种理由是在法律之内，还是在法律之外。”虽说法律是一种推理体系，但是如果从坏人的眼光分析，他根本不关心什么公理或者推论，而只想知道法官事实上将做出怎样的判决。因此，霍姆斯认为，对于法院实际上将要做什么的预测就是法律的含义。富勒则不认同这种观点。他认为，如果坏人要预测法院会做什么，就必须透过法官的视角去看法院会做什么，而这个法官尽管不是一个圣人，却是一个同坏人没有任何利害关系、有普通人的良知、受很强的职业伦理约束，还受过良好的职业训练、习惯用特定的职业思维去思考问题的第三人。这就是富勒提出的一个新理论：坏人将不得不透过一个好法官的视角去看法律，而这个与坏人没有任何利害关系的好法官，势必在对坏人进行法律上的处理时，加上了对坏人行为的道德评价。指导人的行为的不仅仅是法院会对此做出什么判决，而是人自身对正确与错误的一个判断，这种是非观念的判断需要法律秩序来加以调整。所以法官的任务也不仅仅是对他实施制裁，同时更重要的是他还要去塑造一个好人所必需的一般道德准则。从这个意义上讲，法官的工作是一项富有创造性的事业。所以，如此说来，法律与道德是不能截然区分的，法律的“实然与应然”同样是不能截然区分的。富勒根据实证主义者的观点，以子之矛，攻子之盾：既然一个坏人要首先试着掌握好人的观点才能对法律结果作出正确的判断，那

么要想成为一个好的实证主义者,必须先成为一个好的自然法学家。^①

《法律的自我探寻》这一讲座之所以重要,还在于富勒在讲座及其后形成的文章中初步详细地表现了自己对社会改革问题的关注,以及对社会中人与人之间的互动性的重视。富勒从此得出结论,认为良好的秩序是法律的最终目的。这在讲座的最后一部分对民主制度的谈论中可以看出。

对民主的谈论是富勒分析实证主义在美国流行的原因时引申而来的。富勒认为实证主义的流行有四个原因:第一是霍姆斯的影响力,霍姆斯的早期作品曾经对法律与道德进行区分,后世的追随者一直笃信其思想。第二是对科学方法的热情,对科学方法的痴迷使人们在解决问题时只关注技术层面的方法,而忽视伦理领域的方法。第三是最高法院滥用司法审查权来限制立法引起人们的反感,人们认为最高法院在运用自然法来编造自己认为是正确的法律。第四是现代民主的特殊形式。在这一点上,富勒指出,现代民主最常见的原则就是“多数人的统治”,但是多数人的统治并不是因为其是正确的,而是因为其最有可能被遵从。这种民主观是十分危险的,它以大多数人的意志取代社会上复杂的权力关系,一旦产生少数意见则被视作异端而加以攻击。这样的民主有可能阻碍自治式秩序的自发成长,从而具有走向暴政的危险。在这种情况下,政府和法律除了变成专制的工具外一无是处,从西班牙和德国的例子可以看出,那里所谓的“民主”实际上产生了恶法,并为

^① Lon L. Fuller, *The Law in Quest of Itself*, The Foundation Press, (1940), pp. 92 - 95.

极权提供了制度上的靠山。

在富勒做这个讲座的时候，极权主义特别是纳粹主义在国际上的影响力迅速上升，1939年，希特勒成为美国《时代》杂志评选出的1938年年度人物。纳粹主义的极权是建立在民主基础上的。在美国，有不少人推崇这种德国式的“民主”。在当时的哈佛法学院中，庞德就是一个希特勒的仰慕者，并将希特勒称为一个通过发动“运动”能给人们（中欧）带来自由的人、一个新政的批评家。这被出身哈佛的大法官法兰克福特（Flex Frankfurter）指责说：兰代尔大楼（哈佛法学院办公楼）正在变成一个纳粹度假的地方。在这种情况下，很多人反对美国介入欧洲事务。当时，一位被视为美国民族英雄式的人物——林白（Charles Augustus Lindbergh）^①，也是德国的拥护者，他认为德国是不可战胜的。在这种情况下，富勒利用罗森塔讲座这一机会，从民主的角度谈自己对纳粹危害性的看法。他说，纳粹就是打着拯救德国的旗号，点燃了大多数人的狂热，从而以一种民主方式排除异己，进行独裁统治。这样的畸形民主其实是对民主的一种践踏。因为在这个讲座上的此番言论，富勒被认为是第一个从法学角度对纳粹主义进行最彻底批评的人。^②除此之外，富勒后来出于对从纳粹统治下逃出的欧洲学者所处困境的同情，积极帮助其中很多人求职，包括他在这次讲座中批评的

^① 林白曾独自从纽约长岛的罗斯福机场驾驶一架单引擎飞机起飞，中途不停地穿越了北大西洋，抵达巴黎的勒布尔热机场，这一壮举使之被称作“孤独的雄鹰”。后来林白曾亲自去过德国，并受到纳粹高层的接见。

^② 参见[美]罗伯特·斯蒂文斯：《法学院：19世纪50年代到20世纪80年代的美国法学教育》，阎亚林等译，中国政法大学出版社2003年版，第383页。

“实证主义者”凯尔森。^① 对纳粹主义及纳粹德国法律的批评，在富勒以后的文章中还多次出现过。

之所以会在这场讲座中提出对纳粹的批评，是因为富勒认为正是欧洲盛行的那种不关注法律的应然方面的实证主义间接催生了纳粹主义。纳粹的实例使富勒对民主和社会秩序问题有了更深刻的认识。虽然，美国式的民主与法西斯统治不可同日而言，但是富勒在批判德国的同时，也指出了美国法学由于不关注法律应然问题所带来的负面影响，进而暗含批评罗斯福新政的意味。他在讲座中说道：

我所生活的时代，在经济领域和社会秩序方面的大
量调节是必然的，由于这些必要的变化是由立法和行政
命令所产生的，所以政府的作用和权力被推上了顶峰。
故而，霍布斯认为主权是和平与秩序的基石这一观念，在
当前可能并非如此，因为当前政府的主要职能重心放在
了重新分配财富之上。^②

新政采取恢复经济的手段，在富勒看来，这干涉了许多不该干涉的领域，破坏了人与人之间自治式的一种秩序——这种秩序在富勒看来是良好秩序的前提。他在 20 世纪 50 年代的一篇文章中曾指出：“有意义的经济活动不可能通过‘禁令’垄断性地组织起来，经济生产的性质要求一种相互合作的努力。”^③ 在推行新政的同

^① 参见[美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社 2010 年版，第 12 页。

^② Lon L. Fuller, *The Law in Quest of Itself*, The Foundation Press, (1940), p. 115.

^③ Lon L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart*, *Harvard Law Review* Vol. 71, No. 4 (Feb. 1958), p. 672.

时，政府的权力被空前加强，虽然仍然是在民主的范围内，但这种形式的民主和真正的民主是有所区别的。在民主制度下，每一个人都可以将自己的价值观投入一个环境中进行竞争；而在一个极权国家里，政府专制地选择和支持他们认同的特定的价值和目标。新政时期的美国，在富勒看来或多或少有这样的痕迹。所以，富勒认为新政与实证主义^①相互作用，实证主义为新政提供了智力支持，新政进一步促进了实证主义的发展。现实主义者们过于依赖法官和其他官员的可观察的行为，因此，现实主义的这种实证主义态度削弱了民主。因为他们假定，法律仅仅是法官所做的事，法律规则和理性都是毫无意义的，进而质疑了“实然与应然”之间的必然联系。

失去了理性的法律，还能称为善良的法律吗？在没有理性法律治理下的社会秩序，还能称为良好的秩序吗？社会中人与人的自治秩序依赖于人的理性，理性可以在法律和社会秩序的建构方面发挥作用。因此，富勒在这个题为《法律的自我探寻》的讲座的最后，疾声呼吁：要清理那些可能阻碍法律正常自我探寻的僵化了的思维模式——也就是实证主义的思维模式，从而解放人的理性，使之发挥更大的创造性作用。

富勒这个讲座极大地震撼了到场的听众，此后，各类期刊刊登的对《法律的自我探寻》这一讲座的评论不计其数。^② “他后来写信给卢埃林说，他的著作在这个讲座之前‘从未被引用和评论’，却

^① 在这里，富勒将现实主义归结为实证主义，他在该文中说的美国实证主义往往都指的是现实主义。

^② 参见[美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社2010年版，第11页。

在讲座之后获得了‘广泛的批评和赞誉’。”^①讲座后没多久，富勒收到哈佛大学法学院的正式邀请，从此成为哈佛法学院的一名法理学教授，并从此以此为家。

三、战争中的富勒

在富勒做《法律的自我探寻》讲座的那个时候，欧洲已经是战火纷飞，纳粹德国与其轴心国盟友开始了妄图争霸世界的战争。一时间，英法等欧洲国家纷纷向美国求助，希望美国也参与到战争中来。在美国国内，对于是否参战，民众形成了两派。许多人开始给爱因斯坦或林白这样的重要人物写信，想通过他们来影响总统的政策。不过，“孤独的雄鹰”林白因为曾亲自去过德国，所以主张美国不干涉欧洲的事务，并组织了一个优先保卫美国委员会（the committee to defend American first）。他说：一旦与德国开战，我们将失去最优秀的人，而将一无所得，一定不能让这些事情发生。^②由于林白有着强大的公众影响力，富勒也曾于1940年8月给林白写信，规劝他放弃对德国的辩护。与此同时，富勒在哈佛参加了美国防卫联盟（American defense league），强烈主张美国应该干涉欧洲事务。^③

一年多之后，1941年12月7日，尽管美国避免将自己卷入战争，但是战争的火焰还是主动烧到了家门口。“珍珠港事件”爆发，

^① [美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社2010年版，第11~12页。

^② 参见[美]威廉·J.本内特：《美国通史》（下），刘军等译，江西人民出版社2009年版，第369页。

^③ 参见[美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社2010年版，第12页。

美国全面介入了第二次世界大战。一时间，众多在校学生或者被征召入伍，或者主动参军。特别是美国常青藤学校的高才生，向来有投笔从戎的传统，从早期追随老罗斯福组成志愿者骑兵团狂野骑士(rough riuver)参加墨西哥战争，再到一战时满怀热情地远赴欧洲，从来未曾在战争时代后退胆怯过，几乎没有人想去躲避兵役。美国大学生积极参军的行为，使美国快速建立起一支庞大的军队，总共1 200万人，有数百万年轻人在征兵时落选。众多年轻人选择参战，一方面使各个大学在学学生的数量减少，另一方面也使许多高中毕业生(大学的主要生源)的数量减少。像哈佛的学生在战争期间总数也大幅减少，法学院当时只有百余。因此，各个大学不得不缩小规模，减少教师的岗位。富勒在这个时期，也就是1942年4月，暂时离开了哈佛大学的教师职位，参加了马萨诸塞州律师资格考试，并在波士顿的一家名为瑞普格雷(Ropes&Gray)的律师事务所里做起了执业律师。不过，他仍然一周中有两天回到学校讲授合同法课程^①，并在这门课程中尝试着将部门法的教学与法哲学的内容结合起来。

战争爆发后，除了大量的青年人走上战场外，还造成了国内的一个迁徙潮。原本居住在南方的黑人，一下子纷纷涌向北方，以便在战争企业里谋得一份职位。这次用工高潮，一时间造成了许多劳资纠纷，工会也在这时向国家争取给予工人更多的权益。罗斯福政府还特地成立了公平雇佣实施委员会(Fair Employment Practices Commission)。在这期间，富勒从事的主要是劳动关系方面的

^① 参见[美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社2010年版，第12页。

法律实务工作，并在相关领域积累了不少经验，比如参加劳资双方的集体协商谈判、参与劳动仲裁，还在战争劳方委员会出庭辩论。在律师事务所的日子里，他又为纽约市律师协会的卡多佐讲座（Cardozo Lecture）^①做了一次报告，后来这次讲座也在《哈佛法律评论》上发表，名为《判例法中的理性与命令》。^②这些劳动关系实务方面的工作，扩展了富勒的眼界，使其接触到了除审判之外的法律，包括方案规划、合同起草、劳资谈判、纠纷调解等。这些经历对富勒的后半生产生了重要影响，引发了他对社会秩序化过程的思索，激发了他“在生命中剩余的时间内最为深刻和持久的研究兴趣，这就是所谓‘良秩学’（eunomics）”^③。不久后，他在重返哈佛校园时，将他在实务工作中接触的法律实践融入法学院的教学改革与课程设置中来，从而对哈佛法学院的教学产生了数十年的影响。

① 卡多佐曾是纽约州的著名律师。

② Lon L. Fuller, Reason and Fiat in Case Law, *Harvard Law Review*, Vol. 59, No. 3 (Feb. 1946).

③ [美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社2010年版，第14页。

第四章 重返哈佛

——法律教育改革

一、法学院里的交锋

第二次世界大战的爆发,使各个大学的学生数量剧减,1943—1944年,全美国法学院的学生人数只有6 422人。不过就在这时,战争已经胜利在望,大量的青年将从战场上返回家乡。1944年,美国通过了法案《二战士兵权利法》,为退伍军人提供经济援助和助学资助。在这一法案的推动下,美国的大学再次迎来了一个入学高潮,许多从战场上放下枪的年轻军人,又回到教室拿起课本和笔。特别是在法学院,从1944年起,退伍军人的入学使正在逐渐衰落的学生队伍壮大起来,到1947年,全国法学院的人数已经达到51 015人,远远超过了以前的人数。《二战士兵权利法》使以前一直没有机会学习的人更可能地接受法律教育。^①

随着法学院的规模再度扩大,富勒也于1945年重新回到了阔别三年的兰代尔大楼。此时,在兰代尔大楼已经待了三十多年的

^① 参见[美]艾伦·布林克利:《美国史》,邵旭东译,海南出版社2009年版,第811页; [美]马克·C.卡恩斯、约翰·A.加勒迪:《美国通史》,吴金平等译,山东画报出版社2008年版,第644页; [美]罗伯特·斯蒂文斯:《法学院:19世纪50年代到20世纪80年代的美国法学教育》,阎亚林等译,中国政法大学出版社2003年版,第279页。

75岁的法学院院长庞德，正在接见一些远道而来的客人——从刚刚取得抗日战争胜利的中国来的几位政府官员，包括富勒在斯坦福的校友倪征燠。中国国民政府着眼于战后法制的建设，在曾经就读于哈佛法学院的吴经熊、杨兆龙以及时任司法行政部长的谢冠生等人的倡导下，邀请庞德来担任国民政府司法及教育方面的顾问。第二年，庞德亲赴中国进行考察，并发表了一系列演讲，在中国国内引起了极大的反响。^① 在庞德来华期间，法学院法理学教学的任务就落在了富勒的肩上。1947年，庞德再次赴华^②，这时，他辞去了哈佛法学院卡特法理学讲座教授一职，由富勒接任这一职务。从此，富勒在卡特法理学讲座教授这一职位上一直到退休。

1947年，哈佛校园还发生了另外一件大事，时任美国国务卿的马歇尔(George Marshall)在哈佛大学的毕业典礼上发表演讲，呼吁美国援助受战争创伤的欧洲。马歇尔说，只有美国帮助他们(欧洲)重建受到破坏的经济，民主才可能得到恢复。^③ 后来这样一个援欧方案，被称为“马歇尔计划”。战后的社会在重建，各项事务正逐步从战时体制恢复到正常秩序中来。这一年，富勒任哈佛法学院法律教育特别委员会主席(chairman of the special committee on

^① 《中央日报》1946年7月3日社论：“中国政府聘来了庞德教授，是中国法律界的光荣。我们不但感觉光荣，我们有绝对的必要，接受庞德教授的意见，作为我们改造中国的实体法和程序法的指针。……如若我们能够接受庞德教授的影响，则我国的法学与现行法必将开一新时代纪元！”

^② 关于庞德与中国的内容，参见刘正中：《庞德与中国之法制——1943年至1948年之中国法制历史》，载《法学》，2000年第12期；王婧：《庞德论中国法律：社会学法理学思想的一次应用》，载《华东政法大学学报》，2010年第4期；周雅菲：《西法何以未能东鉴——庞德与中国近代的法律改革浅析》，载《湖南科技大学学报》，2005年第2期。

^③ 参见[美]艾伦·布林克利：《美国史》，邵旭东译，海南出版社2009年版，第808页。

legal education)一职^①，主持发布了一份有关法律教育改革的报告，并从此开始了他的“富勒计划”——对法学院教学方面的改革。

1947 年的哈佛法学院面临着一种尴尬的境遇以及要求改革的巨大压力。富勒任主席的特别委员会在二战后就建立起来了，当时的主席是曾经批评过庞德的法兰克福特大法官。富勒与法兰克福特长期保持通信，相互交换意见，并成为 20 世纪 40 年代末法学院教育改革的积极倡导者和主要推动者。在 1947 年的那份报告中，以富勒为代表的特制委员会指出了当时法学院存在的不少问题。“批判意见主要针对教学大纲的结构和内容。报告认为在这种教学体制下学生承受太大的压力，苏格拉底教学法几乎成为唯一的教学方法，以成绩好坏对每个学生进行排序的教学实践导致学生过度紧张。报告还指责大纲设计过于狭窄，没有充分注意那些跨学科的、比较的和国际的问题。报告担心那些已经开始对课程进行改革的法学院将超过哈佛法学院。报告严厉批评法学院死水一潭，深度不够，而且教员配备不充足。”^②

哈佛大学法学院在美国首屈一指，它的一举一动影响着美国整个法律教育，曾经普遍推及的“案例教学法”就发端于哈佛。“案例教学法”在 19 世纪 70 年代由法学院院长兰代尔借鉴医学院的教学方法首先应用于法学教学，从此以之奠定了美国法律教育的基本模式、内容与风格。兰代尔就是那位在现实主义运动风潮中被广泛批评的“兰代尔主义”的“始作俑者”。兰代尔本人可以说在

^① 参见[美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社 2010 年版，第 27、239 页。

^② [英]妮古拉·莱西：《哈特的一生：噩梦与美梦》，谌洪果译，法律出版社 2006 年版，第 221 页。

美国的法律教育与法律思想方面居功至伟。他在 1870 年被哈佛大学校长、著名教育家艾略特 (Charles W. Eliot) 任命为法学院院长。艾略特曾阐释自己是如何认识兰代尔的：

我至今还记得，在 1851—1852 年，当我还是学院三年级的学生时，我常在傍晚去神学院一位朋友的宿舍，我在那儿听到给合同法做注释的一位年轻人正在谈论法律。他总是在这个时候吃晚饭，站在炉火旁，极有胃口地吃一个牛奶黄油面包。我是个 18 岁的孩子，但它使我认识到我正在听一位天才青年的讲座。在 1870 年时，我记起了这位青年显著的学术特征，并在纽约找到了他，把他介绍到戴恩学院当教授。^①

可以说，正是由于兰代尔的贡献，哈佛法学院才成为美国最著名的法学院，而且“建立起了作为法律职业界领导人所需要的制度化的法律培训”^②，至今法学院的大楼还以兰代尔命名。



兰代尔



以兰代尔命名的哈佛法学院大楼(早期)

^① Edgar Bodenheimer, *The Growth of American Law: The Law Makers*, by James W. Hurst *Indiana law Journal*, vol. 26, No. 1 (1950), pp. 261—262。

^② [美]罗伯特·斯蒂文斯：《法学院：19世纪50年代到20世纪80年代的美国法学教育》，阎亚林等译，中国政法大学出版社2003年版，第45页。

回顾美国的法律教育史，从中可以看出，法律教育与法律思想是密不可分的。在自然法盛行的早期，法律教学以布莱克斯通的思想为基础；到了兰代尔担任法学院院长推行案例教学法时，法律教学则更注重对学生逻辑推理和法律原则与概念方面的训练，这和这一时期形式主义法学的兴盛有关。兰代尔把法律理解为一门科学，他认为：“作为一门科学的法律包含了某些原则或学说。能够熟练掌握这些知识并把它运用到复杂的人际事务中的人，就是真正的律师。有效掌握这些法律学说的最好的和最简洁的方法就是研究包含这些原则或学说的案例。”^①所以，在培养学生成为一名合格律师的过程中，兰代尔将教学设计为一种科学传授式的培训，教授和学生一起在案例课上根据教义的逻辑来分析法院中的上诉判决。他还强调法律教育的中心是大学的图书馆，“我们也反复向人们灌输这样的观点，即法学教授和法学院的学生等人最适当的工作场所就是图书馆。对我们来说，这就好像实验室对于物理学家和化学家、自然历史博物馆对于博物学家、植物园对于植物学家的重要性一样”^②。这种专业的教学在早期为美国带来了大量精通案例的优秀律师，奠定了今天美国发达的律师行业的基础。在 19 世纪，想成为好律师的人，都希望能进到法学院去接受专业的教育。林肯（Abraham Lincoln）年轻时曾与埃默森有过这样一段对话：

Lincoln（林肯）：我想回家学习法律。

Emerson（埃默森）：你现在正处在伊利诺伊州律师

^① [美]罗伯特·斯蒂文斯：《法学院：19世纪50年代到20世纪80年代的美国法学教育》，阎亚林等译，中国政法大学出版社2003年版，第68页。

^② [美]罗伯特·斯蒂文斯：《法学院：19世纪50年代到20世纪80年代的美国法学教育》，阎亚林等译，中国政法大学出版社2003年版，第69页。

界的前列。

Lincoln (林肯)：是的，我占据了一个很好的位置，而我想我可以按照现在的做法一直做下去。但你是否明白，那些一生致力于法律学习且受过法学院培训的人正不断来到西部？他们所学到的那些案例我们从未碰到过。……我准备回家学习法律，我会和他们一样优秀。^①

在美国的社会生活与政治生活中，律师扮演着重要的角色，培养律师始终是法学院的一个教育目标。林肯生活时代的美国，不论是南方还是北方，人们都有这样一种认识：绅士学习法律是一种理想的培训。1858 年佐治亚大学法学院开学时曾宣言：“不仅是那些打算献身于法律事业的人才能来法学院。在我们国家，有许多年轻人愿意投身于从父辈那里延续至今、可以创造财富的这一光荣职业。一般法律原则的知识对于他们来说具有无法估量的价值。”^②因此，法学院的目标就是培养学生“像律师一样地思考”。案例教学法在那个时代对此目标的实现起了积极的作用。不过，案例教学法也一惯地与“兰代尔主义”或形式主义联系起来，因为形式主义者们多数认为案例教学法极具科学性。进入 20 世纪之后，随着“兰代尔主义”遭到批评，案例教学法也因欲把律师培养成客观的科学家这种观念而被许多学者质疑。在此后开展的现实主义运动中，其中很重要的一部分正是体现在法律教育方面，现实主

^① Nathaniel Stephenson, *An Autobiography of Abraham Lincoln*, p. 118. 转引自[美]罗伯特·斯蒂文斯：《法学院：19 世纪 50 年代到 20 世纪 80 年代的美国法学教育》，阎亚林等译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 23 页。

^② [美]罗伯特·斯蒂文斯：《法学院：19 世纪 50 年代到 20 世纪 80 年代的美国法学教育》，阎亚林等译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 25 页。

主义者否定了兰代尔把法律作为一门以法律原则和概念为基础的精确科学的观念，同时质疑法律教育中此前已被广泛接受的教条主义思维。比如，弗兰克认为法学院过于学术化，与实践过于脱节。弗兰克认为兰代尔培养学生的方法是一种填鸭式的教学，他还抱怨兰代尔过于痴迷图书馆有可能是因为兰代尔在哈佛法学院学习的同时还担任法学院图书馆的管理员。另一位现实主义代表人物卢埃林，和他的老师科宾一起，在耶鲁大学发起了更加注重实践方面的法律教育改革，并以此向具有形式主义传统的哈佛大学发起了挑战。



卢埃林



弗兰克

直到 20 世纪 30 年代，法律教育被认为主要由很少有实践经验或与法律实践没有任何联系的人所控制，课程设置方面也受到了这些人的影响。在 20 世纪 40 年代，美国法学会对几乎所有法学院考察后发布的一份《法律职业状况调查》表明：法学院的课程体系高度标准化，大部分学院开设的课程以毕业生为执业而参加考试

所需要的那些学科为主,科目按照律师资格考试的规定来分类。^①大家已经认识到,仅仅靠案例教学法在 20 世纪 40 年代培养一名优秀律师是不够的,律师事务中还有许多除了上诉案件以外的知识和实践技巧。比如除了案例法反复强调的那些技巧外,还有一些更重要的技巧,如协商、起草合同和辩护等技巧,所有这些在兰代尔的教学体系中根本没有位置。关于什么是法律技巧,以卢埃林观点为基础形成的 1944 年《美国法学院协会课程委员会年度报告》认为,像律师一样地思考可以分解为五种技巧:确定判例之判决理由的能力(法律分析),从不同案例的研究中发现法律原则的能力(法律综合),处理复杂事实背景问题的能力(法律诊断),解释法律和法规的能力(法律解读),以及运用法律原则解决问题的能力(法律解决)。^②

这个时候,由于现实主义运动的影响,一些社会学家进入了各所法学院。他们给法学院带来了许多新的社会学方法,比如行为学方法、心理学方法。在富勒《美国法律现实主义》一文中被批评的摩尔,就是这样一位学者。相对应的,许多法学院进行了新的课程设置。30 年代的罗斯福新政对法学课程也产生了深远影响,一些著名的法学院根据新政开设了相关的课程,包括劳动法、税法、贸易管制法等,增加了行政法课程,许多法学教授成为政府实施新政的智囊。课程设置问题是这一时期围绕法律教育改革的一个主要讨论点,富勒也参与到这个讨论中来。哈佛法学院 1947 年出台

^① 参见[美]罗伯特·斯蒂文斯:《法学院:19 世纪 50 年代到 20 世纪 80 年代的美国法学教育》,阎亚林等译,中国政法大学出版社 2003 年版,第 286 页。

^② Charles Bunn, The Place of Skills in Legal Education, *Columbia Law Review*, Vol. 45, No. 3, p. 345.

的法律教育委员会报告是由富勒起草的，萨默斯认为这个报告“要比那份《美国法学院协会课程委员会年度报告》（卢埃林主笔）在内容上丰富得多”^①。

富勒的这份报告重点关注了法律教育方式和课程设置两大问题。让我们先来看一下有关课程设置的内容。这份报告提出了：

开设两种并列平行课程体系的可能性，一种是传统的课程，另一种是围绕着法律政策问题的实验性课程。该课程方案将一些基本的公法课程——如宪法、税法和行政法——从三年级提前到一年级或二年级开设，并要求学生选修一门课程或全部选修；开设一门对法律职业进行调查了解的阅读课程；在课程体系之外开设一门私法方面的夏季阅读课程。

作为适当的法律文书起草培训的一个重要开端，它首先在财产法课程的起草工作方面得到实施。法学院的课程体系还包括一些非法律类的课程；开设了会计学课程，而且商务管理研究生院的部分课程也开始对法律专业的学生开放了。每位教师可以在自己所讲授的课程中将法律与非法律进一步整合起来。一门新课，例如国际组织，通过强调世界政府机构的经济功能而和经济学结合了起来。行政法和宪法课程被移到了第二年来开设，

^① [美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社2010年版，第249页。

而且要求学生必须选修。^①

这些内容一方面可以看出 20 世纪 40 年代以来,政府职能的加强所带来的公法课程重要性的提高,另一方面可以看出富勒以各种方式拓宽法律教育的决心,尤其强调法律与非法律之间的关联必须成为课程的核心部分。富勒认为:“只有将此种关联引入法律教育的范围中来,我们才能冲破原有的禁区,很多问题其实都来源于此种关联,却被认为仅仅是实务中的问题而与法学院无关,以至于在实务中也被认为与法律无关,这在一定程度上正是因为律师与法官在法学院学习时就被告知这些问题与法律无关。”^②在他看来,威斯康星大学麦迪逊分校法学院、西北大学法学院、芝加哥大学法学院那种宽口径的课程设计是教育改革进步的典范。^③

富勒的这次报告直接影响了接下来 50 年代法学院对课程的重新设置。新课程进一步加强了法学和其他学科之间的联系,为学生提供了一种更为宽泛的教育。此时哈佛法学院的课程除了必不可少的普通法课程及一些理论选修课之外,学生还有机会学习苏联法、反托拉斯法、犯罪学、社会主义经济理论、法律史、法律机构、立法程序、制定法、宪法各论等课程。哈佛还建立了“法律与社会关系学会”,其成员由法学家和社会学家共同组成,它主要负责提供法社会学和法人类学领域的夏季课程。此外,法学院的课外

① 参见 Sutherland, *The Law at Harvard*, 1967, p. 323,337. 转引自[美]罗伯特·斯蒂文斯:《法学院:19 世纪 50 年代到 20 世纪 80 年代的美国法学教育》,阎亚林等译,中国政法大学出版社 2003 年版,第 305 页。

② [美]罗伯特·萨默斯:《大师学述:富勒》,马驰译,法律出版社 2010 年版,第 245 页。

③ 参见[英]妮古拉·莱西:《哈特的一生:噩梦与美梦》,谌洪果译,法律出版社 2006 年版,第 221 页。

生活和它的课程安排一样丰富多彩。根据《哈佛通讯》的报告，这种课外生活既包括学生们对死刑和核武器的辩论，也包括教工夫人们组织的时装表演会；既包括有广泛影响的公众人物的演讲，也包括正式的宴会和舞会。^① 富勒担任委员会主席时主持的课程设置改革，被认为是一次很有成效的改革，至今对法学院影响很大。^②

除了课程设置问题，富勒在哈佛法学院推动的教育改革还主要体现在法律教育的教学方式方面，比如如何教授基础课程。富勒在报告中指出，以往的课程往往过多关注于上诉案件的判决方面，如法庭的审判、律师的出庭辩护。这些方面仅仅是在传授如何解决已经存在的纠纷；而对于如何避免这些纠纷的发生，如律师起草合同、主持谈判等方面则关注度不够。现在看来，这种观点确实具有一定的超前意义。这和富勒在 40 年代从事律师实务的工作经历是分不开的，他的这种境遇“使其以敏锐的方式反思法律教育中的问题，同时又能从法律实务中产生出大量律师工作的新想法以及成为一名合格律师所应受到的教育的新想法”^③。富勒根据自己律师工作的亲身体验，提出应该将多元化的内容纳入到法律教育的领域中来。原有的法律教育是以法院为导向的，而不是以律师为导向的，这就难以使学生形成像律师一样思考的思维模式。法学院经常讲授的案件说明主要依据上诉判决，这些案件说明将不可避免地专注纠纷发展的最后形态，学生们也就接受不到多少

^① 参见[英] 妮古拉·莱西：《哈特的一生：噩梦与美梦》，湛洪果译，法律出版社 2006 年版，第 222 页。

^② Albert M. Sacks, Lon Luvois Fuller, *Harvard Law Review*, Vol. 92 (1978), p. 349.

^③ Robert S. Summers, *Lon L. Fuller*. Stanford, Calif. : Stanford University Press, 1984, p. 138.

有关抉择方面的训练,而这些抉择需要在最后形态出现之前就必须作出。^① 在上诉法院讨论案件之前,大多数策划和策略都已经完成,律师的大部分退路也已经断了。因此,法律的功能在法学院的教学中被理解在很狭隘的范围内。针对传统的案例教学法,富勒认为,案例教学法在第一次成型以后,其日后的全面流行形成了这样一种趋势,使有关法律所研究范围的观点进一步定型,并推动其发展到一个新的阶段,逐渐主导了教学方法。如果说案例教学法发端于 1870 年,并且其最初的特征受制于当时的思想,那么也就可以说,20 世纪 40 年代的法律教育应该获得的范围要比其实际拥有的范围广阔得多。

二、新的法学教学方式

法律教育是一个总体的问题,因此也总被法理学家们所关注。美国著名的法理学家无不写文章谈论教育的问题,比如兰代尔、霍姆斯、庞德、卢埃林等等。相对其他法学家,富勒关于法律教育方面的文章尤其多,这些文章大多是在他担任哈佛法学院法律教育委员会主席之后,在 20 世纪 40 年代末 50 年代初创作的,主要有:《法律教育的目标》^②、《法学院对于法律之完善的作用》^③、《法理学

^① Lon L. Fuller, *Curriculum Committee Report 36*, 转引自[美]罗伯特·萨默斯:《大师学述:富勒》,马驰译,法律出版社 2010 年版,第 246 页。

^② Lon L. Fuller, Objectives of Legal Education, 2 *Records of New York City Bar Association* 120, (1947).

^③ Lon L. Fuller, What Law Schools Can Contribute to the Making of Laws, 1 *Journal of Legal Education* 189, (1948).

在法学院课程中的地位和作用》^①、《论法学教学》^②、《律师资格考试究竟在考什么》^③、《宾夕法尼亚州针对律师考试的法律教育和管理》^④等等。这说明，这一时期他的很多时间是用于思考教育问题的。其中，比较能代表富勒关于教育主要思想的文章是《论法学教学》一文。这篇文章回答了《法律的自我探寻》中富勒对法学教授、律师和法学院学生的那些问题，读者明显能从中觉察到富勒将自己的法哲学观点引入到法律教育改革中来。通过《论法学教学》一文，可以看出富勒推动法律教育改革的动因。

作为一个关注手段和目的的法学家，富勒总是在他的文章开头就提出对法律目的的强调，对于教育问题，他认为其目的性是第一位的，而方式或技术性问题比起目的则相对简单。也就是说，回答一个“为什么”的问题是困难的，回答“怎么样”的问题相对简单；描述一个过程是简单的，说明其目的则相对困难。因此，他批评以往的教学“没有去强调法律的目的和理性负担特征”^⑤，以上诉案件为主的教学内容也很少涉及“手段和目的式”的思维方式训练。富勒认为，学生们应该通过学习，知道自己在法学院学习法律的目的及其将来从事法律职业的目标，用他的话说就是：“构建出合理的

^① Lon L. Fuller, The Place of Uses of Jurisprudence in the Law School Curriculum, 1 *Journal of Legal Education* 495, (1948).

^② Lon L. Fuller, On Teaching Law, 3 *Stanford Law Review* 616, (1949).

^③ Lon L. Fuller, What Is the Bar Examination Intended to Test, 20 *Bar Examiner* 111, (1951).

^④ Lon L. Fuller, Legal Education and Admissions to the Bar in Pennsylvania, 25 *Temple Law Quarterly* 249, (1952).

^⑤ [美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社2010年版，第245页。

目标,然后相应地朝着这个目标努力,以实现这个目标。”^①其实,这样的观点在富勒《法律的自我探寻》一书中已经明确提出了。如果简单地将法律教育的目的认为是培训律师,学生自己也认为来法学院学习的目的就是以后当个律师,那么以此为目的必然会产生一系列的疑问。比如:为什么培训律师?律师为谁工作?他们的作用是什么?从而将引申出更深入的问题——法律的目的究竟是什么?目标总是先于方法和技术手段存在,法律教育的目的也必将决定法律教育的方式和手段,而指引法律教育目的的是法律之目的。如果说一个法律金字塔的地基是法律教育,那么其最顶端就是法律的终极意义,其顶端的高度决定了地基的大小和深浅,从地基发展到顶端的这一建设过程,也需要不断地进行探寻。^②所以谈论法律教育就必然要和法律之目的结合起来。

大多数人都认可这样一个观点,那就是法学院的教师不仅要传授技能,或者是讲授简单的法律规则,而且还要引导学生更深入地了解法律是什么?法律是怎样运作的?但是,多数人会认为实现这个目标的核心就是通过对案例及案件情况的分析,然后培养出一名合格的律师。诚然,律师是美国整个司法领域的核心,但这一职业不仅仅是简单地替人打官司,还要有责任去构建和维系特定的秩序。富勒常常引用密尔(John Mill)的评论:律师尤其善于自我治理,无论是私人的还是公共的,律师是此种治理的中坚力

① [美]罗伯特·萨默斯:《大师学述:富勒》,马驰译,法律出版社2010年版,第246页。

② 原文为:“quest for ultimates”。富勒曾多次使用“quest”一词来形容法律的发展。Lon L. Fuller, On Teaching Law, 3 *Stanford Law Review* 616, (1949), p. 36。以下对该文介绍如无必要,不再特别加注。

量。富勒甚至主张法律职业阶层也能成为现代社会中最具有创造性和指导性的力量之一，因为，无论如何正是律师设计谋划了福利国家和法治国家所要求的那些复杂的制度安排。同样重要的是，在私人活动中，律师构建了许多精密而多样的安排，促进了私人的秩序化活动。^①对于律师来说，最为重要的是，要将理性适用于他所处理的人际关系中。由此，富勒认为，一名合格的律师，应该将法律实践视为一项有目的的事业。

从以上观点出发，富勒主张培养律师式思维，不仅仅是简单地规定一个框架把学生圈在里面，而是应该让学生受到一个使自己的思想能够自由飞翔的训练。让学生对所学的感兴趣并且感到满意，这才是授课的目标。在这里，富勒所谈的思想自由，是指教师从传统死板的教学方式中解脱出来，采用启发式的教学方式；学生从常规思维中解放出来进行创造性的思维，在分析问题时不带着预先形成的偏见。富勒认为这种思维方式也许只有在法学院才能学得到。为什么说只有法学院可以培养这种思维能力？究其原因，这是由司法活动的特点所决定的。比如法官判案时要进行一个中立的判断，这就需要客观地、创造性地思考，并排除想当然地认为。对于其他活动而言，上述特点并非如在司法活动中那样不可或缺，因此也就缺乏产生这种思考方式的必然性。这种思考方式为司法所要求，又反作用于司法。只有这样的思考方式在法律职业中广泛形成，才是司法系统良好运作的一个前提条件。所以，法学院有培养这种思维的能力，对此有义不容辞的责任。

^① 参见[美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社2010年版，第238页。

富勒眼中的法学教学,就像他眼中的法律活动一样,不是一方对另一方的灌输或单方的投射,而是教与学双方的互动。将生动的教学方式引入课堂,对学生是一种启发,对教师也是一种启发。巧妙地主导课堂上的讨论,会使教师产生一种成就感。课堂上的讨论比简单的教师讲义更具有意义,一个学生的提问或发言,往往可以解决另一个学生心中存在的困惑。传统的案例教学法并不是不可取的,但是其教授方式需要改进。将案例教学的方式进一步扩展,不再是原来死记硬背案例内容,而是用讨论启发的方式,比如说引导学生去思考:在没有先例的情况下将会怎么样?这样的方式可以给传统的教学方法带来新的活力。用富勒自己的话说就是:“积极的良好的讨论氛围,会像电流一样激活每一个学生的思维,并在整个班上进行着传递。”^①

如果说课堂上的师生关系不是单向的,通过讨论可以带来教师和学生的互动,那么教师也要把讨论视为自己学习的一个机会。教师应该采取一种“关注法律是什么”的教学态度,从学生的回答中来完成二次学习。富勒引用边沁的话说:对一件事感兴趣的方法就是亲身实践来激发兴趣(the best way to appear to be interested in them is to be interested in them)。为了达成这样的目的,对现有教学方式的改革是必不可少的。富勒并不认为受到广泛批评的案例教学法就应该被彻底打死,如果对教学方式予以改善,案例教学法仍然可以发挥很好的作用。20世纪50年代早期,富勒在宾夕法尼亚州的大学中观摩了很多法律课堂。他发现,这些学校教学的重点是传达他人已经形成的权威解决方案并遵循下去,也就是吃

^① Lon L. Fuller, On Teaching Law , 3 *Stanford Law Review* 616, (1949), p. 41.

别人嚼剩下的馒头，而不是他所认为的应该将案例看成一个问题，并通过课堂进行探究和思考。对于在这些观摩中发现的问题，富勒后来专门写成一篇文章。^① 富勒认为将案例教学法与苏格拉底式的教学法结合在一起，将会让前者达到最优状态。案例教学法应该更加自由、活泼、客观、不带预设偏见地来讨论问题，从而培养学生构建争论要点的能力。“学生必须力图发现问题、解决问题，否则他就不会充分地理解问题”，而老师则应“培养学生发现区别的能力，激发学生思考何种正确性标准应该获得支配地位，并促进学生判断能力的成熟”^②。法律教育不是一边倒的填鸭式教学，而是教师与学生双方共同对问题进行研究，互相启发，互相受益的过程。但是，富勒自己也认为，达成这样的教学目标并不简单，起码存在着四个障碍。

第一个障碍就是学生自己的原因。许多很现实的学生总是不愿学习与律师考试无关的内容，特别是一说到法哲学问题就感到烦。也就是说，并不是所有的学生接收到“电流”后，都愿意迸发出活跃思维的火花追根问底。但是，学习法律之后的学生与没有专门学习过法律的学生存在明显的气质和能力差异。如果他能在日常生活中表现出这些不同之处，那就说明他在法学院的时光没有白费。积极的学生在学习法律的同时会思考得更远，他不仅仅在使用法律，还在塑造法律。这就是一种创造性的参与。

第二个障碍是学习法律所要经历的各种考试所带来的压力。

^① Lon L. Fuller, Legal Education and Admissions to the Bar in Pennsylvania, 25 *Temple Law Quarterly* 249, (1952).

^② [美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社2010年版，第251~252页。

比如,单科课程测验、学期综合考试、司法考试、公务员考试等等。这些现实性的压力会减少学生深入研究问题的兴趣。如果考试成为学生最大的梦魇,考试所带来的压力会对学习产生负面效应——面临考试,学生便无暇去创造性地思索。富勒提议,可以改革考试的方法,采用一种开放式的考试与启发式教学相结合的方法。为此,1961年,富勒给多家法学院写信,请求他们“必须很不幸地在一个阴影(律师资格考试)之下勇敢斗争”。富勒说这个阴影甚至已经影响到一年级的学生了。“律师资格考试通常强调的不过是‘法律的知识’以及将其使用的某种机械方法,而非富勒一直主张的广泛的能力与观念,这些东西并不能通过书面考试而轻易的被检验。”^①这些扭曲了法律教育的目的与方法。

第三个障碍是法律教育内容的不断更新。也就是说,社会不断变化,导致教学和课程内容的不断变化增加。法学院最早讲授私法,现在则包含如税法、公共管理法、统一的法案以及地方的规章,还有各科的法律报告文章、法律重述,案例的积累也越来越多。这些都需要老师和学生掌握。法律内容不断更新,使学习法律变得越来越吃力。仅仅埋头掌握这些变化着的法律内容,往往忘记了法律的目的是什么,就像尼采所说的“最愚蠢的事情就是忘了自己为什么而做”。

第四个障碍被富勒解释为是哲学的困惑。他提到了自己的一个同事在当学生时被老师提问回答某一案例的对错,他那时没有直接回答却反问“‘正确’的含义是什么”这样一个类似哲学的问

^① [美]罗伯特·萨默斯:《大师学述:富勒》,马驰译,法律出版社2010年版,第260页。

题。对于什么是“正确”，也许没有绝对标准的答案。怎么才能知道 A 是正确的，而 B 是不正确的？怎么知道 C 方法是对的，D 方法就是错的？富勒认为传统案例教学法是让学生牢记正确的行为方式，但是富勒却暗示，“这种行为为什么是正确的”也是值得探讨的问题。也就是说，探讨在案例里的特定情境下，为什么这样的方式就是合适的。通过这样的一个思考，对案例的理解就不仅仅停留在陈陈相因的层面上，而是以后遇到类似的情况可以触类旁通，或者在不同的情况下可以举一反三。富勒说，在兰代尔时期，他们仅仅将选取出来的案例作为法律教给学生来掌握，关于为什么这些案例是正确的，他们不太关心。这是因为，在兰代尔所生活的 19 世纪中期，对于哲学的思考并不充分，他们想当然地认为存在的就是正确的。因为其先辈已经对这些哲学层面的问题讨论过，无须再花费精神，仅仅对现有的加以使用就可以了。而现在的社会则不同，出现了许多与兰代尔时代不同的社会情况，许多价值上的问题值得重新进行讨论。这并不意味着社会的倒退，反而证明了社会是不断进步发展的。^①

兰代尔的法律教育思想过时了，富勒认为近年来现实主义者们推行的教育方法也有不可取之处。他说，法律教育不仅仅集中在现实层面，现在的情况却是只有行为主义的个人偏好与直觉的经验主义研究占据着这个地盘，不允许任何关于逻辑的和道德的内容进入。在他看来，注重逻辑也好，注重经验也好，这些元素都可以在法律教育中存在，但是不应该有一种绝对化的观念，也即非此即彼走极端的态度。富勒提出，重新对法律教育进行哲学意义

^① Lon L. Fuller, On Teaching Law , 3 *Stanford Law Review* 616, (1949), p. 46.

上的关注,什么样的法律教育是正确的,这样也许可以复兴法律教育。富勒在他的《论法学教学》一文中发出了进行教育改革的宣言,他说:“法律教育的大门曾经被牢牢锁住,而今这个大门又重新打开了。”^①

三、关于法理学

富勒对法学院改革的另一个大动作还表现在法理学课程上,他将法理学这门原本只对研究生开设的课程向低年级本科生开设,大大增加了法理学课程在法学院中的影响力。前任法理学教授庞德——可能由于自身植物学的学术背景——采用科学的分类方法研究植物学,将这种方法也带入了法学研究之中。特别是他的法理学课程,强调只对特定的研究生开设,而不面向本科生们。与其前任庞德不同,1948年富勒接任卡特法理学教授后,对该课程进行了改革,加强了法理学研究中对哲学的重视。他认为哲学的影响力尤其容易在法律教育中显现出来。这一变化间接促成了日后奥斯丁(J. L. Austin)、哈特等英国著名学者前来哈佛做访问。在一份向法学院申请支持哈特访问的报告中,富勒提出了如下理由:“有必要沟通美国法哲学和其他英语国家的法哲学之间的联系,要让法学院和哲学系的关系更加紧密。要促使大家关注语义学和逻辑学的重大发展及其在法律上的运用。”^②富勒认为,法理学的主要目的是促进学生对法律中深层次问题的理解,而非简单地灌输某个观点。富勒自己的课程常常以“正义及其与法律的关系”为起点

^① Lon L. Fuller, On Teaching Law , 3 *Stanford Law Review* 616, (1949), p. 47.

^② [英] 妮古拉·莱西:《哈特的一生:噩梦与美梦》,湛洪果译,法律出版社2006年版,第223页。

展开，他在这时自己动手编写了一部书——《法理学问题》^①，以此作为他课程上讨论的内容。

《法理学问题》集合了许多之前富勒对法哲学问题思考后而构思出来的寓言式的小例子。通过这些虚构的极具思辨性和趣味性的事例来让学生探讨抽象的法理问题，容易活跃课堂的气氛和展开讨论，实现富勒在教学方式改革中提出的那种目标。前文提到的“洞穴奇案”就是一个很好的例子，富勒就是在这一时期，将此“奇案”在课堂上提出讨论的。后来，经过进一步整理，这个虚构案例以《洞穴探险者之案》为名，于1949年在《哈佛法律评论》上发表。富勒虚构的这一案例其实也是以一些真实的案件为基础的，如1842年美国诉霍尔姆斯案^②。富勒自己设计的案件情况以及法官的观点，反映出法律思想的多样性，法官的五种观点集中在了不同的事实细节和司法判例上，并被置于不同的法律原则和政治背景中。通过这种方法，富勒把那些重要的原则冲突具体化，并展现在了他那个时代主要的法哲学流派中。如前文所述，案件中五大法官的观点，多多少少包含着当时美国法律思想史几个派别的影子，比如形式主义者、现实主义者、凯尔森的纯粹法学等。如果学生们在讨论这个虚构案例时，仅仅纠结于这个案件到底应该如何判决，则未能领会富勒的深意。他的用意是引发学生对不同观点进行比较，并分析案件的整个过程，而不是简单寻求一个结果。因此，这个案例在发表后受到很多人的称赞。善于利用寓言和虚

① Lon L. Fuller, *The Problem of Jurisprudence*, Temporary ed., Foundation Press, 1949.

② United States v. Holmes, Circuit Court, E. D. Pennsylvania. 26 F. Cas. 360, (1842).

构案例,成为富勒法理学教学以及其自身进行法理学研究的一大特点。

此外,在富勒任教的大部分时间里,哈佛的二年级学生必须选修一门远景课,无论是法理学、比较法、法律程序还是法律史。在富勒看来,这些课程的目标在于“将学生带离法律体系,使其将法律体系看作一个整体,以引导学生去反思法律与政府更为一般的目标以及有利于实现这些目标的条件”^①。对于这样一门课程,可以参考哈特传记的作者莱西的一段话:

在《哈佛法律通讯》的一次访谈中,富勒解释道:他的二年级课程将向学生介绍政府的目的,在考察法律制度的那些支撑条件的过程中,学生应当大体了解法律制度的目标及其与社会中整个人类生活的关系。这门课程涉及奥斯丁、霍姆斯、格雷、梅因、边沁、密尔、霍费尔德、亚里士多德的《正义论》、卡多佐的《司法过程的性质》、庞德的《法哲学导论》。富勒试图将课程与律师的实务工作联系起来,不过他的最基本的信念是:使整个法哲学具有生命的是这样的渴望:寻求那些可以使社会中的人类关系正确的和正当的建立起来的原则。他承认他自己的这一确信经常遭到学生的质疑。许多学生认为道德观念既可以使任何事正确,也可以使任何事错误。在当时那些具有社会科学倾向的课程都在指责学生的道德教条主义的情况下,富勒的法理学教学却反其道而行之,认为学生

^① [美]罗伯特·萨默斯:《大师学述:富勒》,马驰译,法律出版社2010年版,第256~257页。

缺乏的恰好是道德的维度。^①

在富勒的主导下，哈佛法学院其他方面的教育改革方案还包括：引入教师培训制度、实施多样化的教学方法、引入某种更具“批判性和经验性的教学模式”等。他还曾经提出，法学院招聘教师，不仅仅要看这个老师的科研能力有多强，还要看这个人在多大程度上能对同事产生积极影响。^② 这些方案不仅仅对当时的哈佛法学院产生影响，于今影响依然。可以说，富勒正是凭借着自己对未来的高瞻远瞩和对周围强烈的感染力，和同事一起努力使哈佛法学院的教学重新走在整个国家的前列。如果说 1940 年初到哈佛的富勒还只是个普通的法理学教授，那么在 1945 年富勒重返哈佛后，由于他个人在法理学课堂上的精彩表现、教工大会的激情辩论以及法律教育改革中的不懈努力，使他足以称得上一个伟大的哈佛法律教授，并将走进美国最伟大的法律教授的行列。

^① [英] 妮古拉·莱西：《哈特的一生：噩梦与美梦》，谌洪果译，法律出版社 2006 年版，第 223 ~ 224 页。

^② 参见 Albert M. Sacks, Lon L. Fuller, *Harvard Law Review*, vol. 72 (1978), p. 349。

第五章 论战论战

——法律的道德性之争

一、法理学思想的复兴

两次世界大战使人类社会饱受战争摧残,第二次世界大战引起了全世界对战争原因以及民主和自由问题的反思。曾经弥漫在很多地区的伦理相对主义与极权主义,在战后给民主与法治带来的危机并没有因为法西斯的失败而减退。在美国政治学学会的演讲上,克拉伦斯·迪克斯特拉(Clarence Dykstra)给政治和法律思想者提出了严峻的考验:“这个世界所面对的一个极为重要的问题就是,责任是否可以通过民主过程来获得和维持,纳粹、法西斯已经向我们提出了挑战,让我们在代议制的体系轨道内找到一个解决方案。”^①战后,西方国家普遍经历了巨大的社会变革,战争对社会的破坏也使一些旧的约束和禁忌被质疑、推翻,传统的伦理与价值观念受到前所未有的挑战。民众要求增加更多的个人权利,减少对个人行动自由的限制,禁止各种歧视行为。在美国,这一现象在种族问题和性别问题上表现得特别突出。从1954年起一直到

^① Clarence Dykstra, *The Quest Responsibility*, 33 Am. pd. Sci. Rev. 1, 11, 22 (1939) 转引自[美]斯蒂芬·M. 菲尔德曼:《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想》,李国庆译,中国政法大学出版社2005年版,第215页。

60年代风起云涌的民权运动，许多平等对待与禁止歧视的立法纷纷出台。比如美国最高法院在50年代通过了具有历史意义的布朗诉教育委员会案^①的裁决，取消了公共教育机构中的种族隔离制度，从而推动了民权运动广泛开展。

战争给社会带来巨变的同时，也深刻影响了法律思想的发展。二战之后的纽伦堡审判和东京审判，不仅仅具有政治意义，在法理学方面也具有深远意义，引发学者们从中思考：法西斯统治下的那些法律究竟算不算真正意义上的法律。在这一时期，对于法律中的价值与事实关系，许多学者开始重新思考自然法理论，由此引发了法理学各个学派之间连绵不断的论战。以此为标志，西方法理学界进入了一个前所未有的繁荣局面，此间的精彩论战，不但复兴了那个时代的法学理论，也影响了之后的几代人。在这些论战之中，最为精彩也最为重要的，当属富勒与哈特围绕自然法和实证主义问题所进行的那场旷日持久的交锋。

富勒与哈特这场超级对决源于哈特1957年在哈佛大学的一次讲座，二者之间的论战吸引了众多学者的关注与参与，并扩展到各自的拥护者们从而具有了国际影响力。这场对决成为英语世界法理学界在五六十年代最受瞩目的事件，一直持续到六十年代末才算在形式上告一段落。但是，论战的影响力至今都没有结束，其间的故事成为西方法律思想史上被津津乐道的传奇话题，许多那个时期的学子备受论战之感召或影响，从此投身法哲学的研究中来，并成为日后的名家。对论战主角富勒与哈特而言，二人可谓棋逢对手将遇良才，这场如同华山论剑一般的交锋，二人都使出绝

^① Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483, 1954.

技,从而在切磋中达到了各自的学术巅峰。我们的传主富勒,正是因为与哈特的这场论战,才真正达到声名卓著,在法律史上与霍姆斯、庞德、卢埃林相比肩,成为一代宗师。

在这场巅峰对决之前,富勒和哈特都曾与他人进行过论战,分别是哈特与博登海默(Edgar Bodenheimer),富勒与内格尔(Ernest Nagel)。这两场时间接近、主题相近的论战,更像是大战之前的前哨战或是大赛之前的热身赛。也许,了解一下这两场前哨战,对观看后来的重头戏来说,是一个不错的铺垫。

首先看一下哈特与博登海默的论战。英国人哈特毕业于牛津大学,后来在牛津讲授哲学,1952年接任吉德哈特(A. L. Goodhart)为牛津大学的法理学教授。哈特不但精研法律还精通哲学。在其题为“法理学的定义和理论”的就职演讲中,哈特宣称:新哲学与长久以来关于法律概念本质的争议有着极大的相关性。他认为,法律家必须分析法律实践中法律语言的使用,而不是依赖定义构建理论。^①对此,美国的博登海默在《宾夕法尼亚大学法律评论》上批评了他的就职演说^②,中心内容就是关于法律概念的本质。博登海默批评哈特把法理学降低到复述律师法律语言用法的水平,把法学的注意力从更为紧迫的法律社会学研究上转移开来,这一立场最终会颠覆法理学本身。哈特后来在其《二十世纪中叶的分析法学:答博登海默教授》^③一文反驳说,社会学家的研究也与更

^① 参见[英]尼尔·麦考密克:《大师学述:哈特》,刘叶深译,法律出版社2010年版,第10~11页。

^② Edgar Bodenheimer, Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of Its Usefulness, *University of Pennsylvania Law Review*, (1956) p. 1086.

^③ H. L. A. Hart, Analytical Jurisprudence in the Mid-twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer, *University of Pennsylvania Law Review*, (1957), p. 953.

为严格的概念分析有关，至少英国法律研究的起点是法律职业者或法学院学生对他们自己事业的细致研究。^① 哈特强调了法律理论和法律本身之间的差别：尽管法律事件的推进毫无疑问要对其他学科进行系统的正确评价，但法律理论需要一种自治自治的学术方法，其中哲学是最为适当的方法论源泉。哈特在这次论战中的观点也在他与富勒的论战中使用，并将其进一步系统化为他的巨著《法律的概念》。

再来看一下富勒与内格尔的前哨战。富勒一直坚持认为，实证主义的错误就在于质疑事实和价值之间的关系，也就是法律的“实然与应然”之间的关系。他在 1956 年美国哲学协会年会上提交了一篇名为《人类的目的与自然法》的文章，在这篇文章中，富勒谈论的重点仍然是法律的“实然与应然”方面。他说：“人们可以通过把所观察到的某种事情作为有目的——事实与价值融合——的解释而得到证明。在这样的情况下，价值是外在于某种事实的观点——建立在被观察事物基础上的由观察者投射的东西——根本不能经受详细的检验。”^② 富勒认为，当我们接受作为来自有直接目的的人类行为的全部结果，事实与价值的关系假定了一个完全不同于在所称的“真实性”中的含义，这种真实性无论如何也不能从“应然”中推出“实然”。富勒此篇文章发表后，内格尔很快就提出质疑，他在《论事实与价值的融合——回应富勒教授》^③一文中与富

^① 参见[英]尼尔·麦考密克：《大师学述：哈特》，刘叶深译，法律出版社 2010 年版，第 11 页。

^② Lon L. Fuller, Human Purpose and Natural Law, *The Journal of Philosophy*, Vol. 53, No. 22, p. 698.

^③ Ernest Nagel, On the Fusion of Fact and Value: A Reply to Professor Fuller, 3 *Natural Law Forum*, (1958). p. 77.

勒展开争论,其核心仍然是“实然与应然”的关系问题。在文章中,首先,内格尔试图表明对于“实然当中推不出应然”的断言,不同的人有不同的看法,内格尔认为,对于所谓的法律现实主义者和实证主义者而言,他们也认为一些中肯的有关应然的观点必须由一些必要的经验研究所支撑,由关于各种制度和规制的经验研究所支持。他指出,虽然大多数人确实是不区分他们的价值归责与他们所认定的事实,但是,这并不意味着人们不能作出这种区分。最后,内格尔认为目的的存在具有多样性和互不相容性。道德理论的任务就是提供诸多标准,在这些标准的帮助下,目的的冲突在某种意义上可以被调整。因此,当出现一个道德问题时应该做什么,单纯目的和目标的存在并不能解决与此相关的问题,故而对道德进行考量时,实然和应然的区分既是不可避免的,也是有用的。再次,内格尔认为,即使富勒有关“事实”与“价值”相融合的主张是合理的,他还是不完全清楚富勒的这一主张是如何与其关于法律的客观道德评价的可能性相关联的。因此,内格尔认为,似乎富勒在“事实与价值”的区分中,除了混乱之外几乎没发现别的什么。^①

面对这样严厉的质疑,一场论战自然开始了,其下一回合是富勒答复内格尔的文章——《对内格尔教授的再回应》^②。文中,富勒对内格尔的批判一一进行了反驳,并对他自己的论点给予了进一步的澄清。富勒认为,内格尔似乎设想存在着一个单一的可被称作“自然法学说”的信仰体系,而富勒认为事实上并不存在任何一

^① 富勒与内格尔的论战,参考了正来学堂在线论坛相关内容,在此表示感谢。详见 <http://dzh.ias.fudan.edu.cn>ShowTopic.aspx?topicid=11510>。

^② Lon L. Fuller, A Rejoinder to Professor Nagel, 3 *Natural Law Forum*, (1958). p. 83.

种这样的自然法学说，更不用说用这个不存在的东西作为道德评价的标准。他明确列出了自己不接受的几种自然法观念，包括：认为自然法的要求可以被权威性地加以宣布的那种观念；认为存在某种叫“自然法”的东西，而且认为这种法可以像一部成文法典那样被具体适用的那种观念；认为存在一种超越当下生活的具体关怀的“高级法”，而且这种高级法可以被用来衡量人定的法规，并且在发生冲突的情况下宣布后者无效的那种观念。富勒认为自然法学说的中心目的是一种对目的性的探求，也就是追寻会使人们共同获得令人满意的生活的那些社会秩序原则的目的，在这样一个框架内，“事实与价值”从来都是不可分的。因此，也就产生了对法律进行客观道德评价的可能。如果不考虑法律所追求的目标，那么法律是根本无法被理解的，法律探求的目的就是各种形式法律的价值。关于这一点，其实富勒早在《法律的自我探寻》的讲座中已经提出了，此种观点是富勒在十几年中一直孜孜不倦的奋力主张，并通过 20 世纪 50 年代的论战将其进一步系统化。

通过与博登海默和内格尔的论战，哈特和富勒分别对自己以前所主张的观点作了一个梳理。他们此时可能并没有意识到，这样的系统化梳理为二者的交锋作了智识能量的储备。富勒在 1956 年和内格尔展开唇枪舌剑的同时，也忙于迎接从英国来的哈特。前文已经提到，此次哈特赴美，富勒是主要邀请人之一，其目的就是“加强美国法哲学和其他英语国



欧内斯特·内格尔

家法哲学之间的联系,要让法学院和哲学系的关系更加紧密”。此时的哈特,也许在哈佛下车伊始就做好了与富勒一较高下的准备,他关注着富勒与内格尔之间的论战,并抓住富勒与内格尔论战中的一颗棋子——《人类的目的与自然法》,哈特将富勒在该文中引用英国哲学家维特根斯坦的一个例子作为自己向富勒挑战的一件趁手武器。

二、哈特的宣战

1956年,哈特来到哈佛大学,在法学院和哲学院做访问教授。此时富勒和哈特并非初次见面,1952年两人曾在美国法律与政治哲学大会的开幕式上会过面。^①除了作为邀请人,富勒还是哈特在哈佛期间的接待负责人,他像当年威利斯通对待同为访问学者的自己一样,热情地接待了哈特。这使哈特在哈佛感觉十分温暖,并在自己的日记中写道:

法学院的日子美妙无比:最初的忧虑一扫而空。每个人——甚至那些原以为会充满敌意或者轻蔑的人^②——在这里都显得特别友好和真诚。^③

为了欢迎哈特的到来,《哈佛法律通讯》专门宣布1956—1957

^① 参见 Nicola Lacey, *Out of the Witches Cauldron, Reinterpreting the Context and Re-assessing the Significance of the Hart – Fuller Debate*. From: eprints.lse.ac.uk/23812/, p. 22.

^② 哈特这里说的充满敌意,应该是指哈佛法学院以富勒为代表的实证主义批评者。尽管在对于法哲学的兴趣上面,富勒与哈特最为接近,但是哈特同样认为富勒是法学院最具影响的反实证主义者。

^③ 转引自[英]妮古拉·莱西:《哈特的一生:噩梦与美梦》,谌洪果译,法律出版社2006年版,第219页。

年为法理学年。在这里，哈特和富勒等几个学者一起，为二年级和三年级的学生们讲授法理学课程。在初步接触了美国学生后，不同于富勒抱怨美国学生们对法律实质的不加批判以及对伦理问题缺乏兴趣，哈特抱怨的是学生们缺乏“精确性”。这一方面反映出二人法哲学基本观点的差异，另一方面也为日后的一次“文章发表事件”埋下了伏笔。除了授课，哈特还参加了由富勒发起的，每三周一次在西格尼特俱乐部(signet club)举行的餐后法哲学研讨小组。^①

工作与生活中的和洽气氛并不能阻挡学术观点的碰撞。终于，哈特在1957年4月30日^②的霍姆斯讲座(Holmes Lecture)上拉开了与富勒惊心动魄的论战的序幕。霍姆斯讲座由霍姆斯大法官创建，意在延请哈佛法学院以外的大师学者，不规定举办日期，以有足够资格的学者演讲为条件举行。^③ 哈特这次讲座的题目是“实证主义和法律与道德的分离”，法学院的不少师生都前来做听众，包括富勒以及富勒传记作者萨默斯在内。可以说，哈特选择这样一个题目在哈佛做讲座，其目的就是要扩大英国实证主义在美国的影响。他知道，作为听众的富勒早在40年代就已经将锋锐的矛

^① 参见[英]妮古拉·莱西：《哈特的一生：噩梦与美梦》，谌洪果译，法律出版社2006年版，第223,228页。

^② 关于这次讲座的时间，目前看到的资料有一定的出入。萨默斯的富勒传记原文是“in the fall of 1956”，意为1956年的秋天，中文版也是如此翻译。但是富勒的《法律的道德性》第二版“对批评者的回应”中自述该讲座为1957年4月，莱西的哈特传记也记录为1957年4月，国内学者在转述这场论战时基本上引用了1957年4月的说法。由于无法取得第一手资料来证明这次讲座的具体时间，富勒和萨默斯本人亲自聆听了这场讲座，而莱西却通过整理哈特材料获取信息，所以姑且采用当事人富勒所记录的时间。

^③ 参见郭锐：《生生不息之宪法——记哈佛法学院霍姆斯讲座》，载《法律与生活》，2007年第1期。

头指向了英国实证主义,如霍布斯、奥斯丁^①等人,并认为是奥斯丁影响了美国本土法律思想中的实证主义。哈特作为奥斯丁传统的继承人,其讲座的初衷就是要与主张法律道德融合的富勒展开争论。他后来回忆这次讲座的目的,“was, and was intended to be provocation”^②(是,而且绝对是有意来挑起争端),用传记作者莱西的话说就是:“他制定出自己作为边沁和奥斯丁的法律实证主义的学术继承人所要完成的事项。”^③

如果将哈特在霍姆斯讲座上的演讲与富勒当年的罗森塔讲座对照来看,二者在演讲方法上有着异曲同工之妙。比如,讲座开始后,哈特采用了欲扬先抑的方法,首先承认在法律和道德之间有某种交叉,或者“实然与应然”在某种程度上是不可分解地融合在一起的,是不可分离的。然后如同富勒在罗森塔讲座上讲述自然法“受人唾弃”的不佳境遇一样,哈特也说到实证主义被许多人看成是罪恶的。他说:

人们认为“实证主义削弱了对专制和独裁的抵抗,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义的名称,像大多数在知识论战中被用作炮弹的其他术语一样,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‘实然之法’与‘应然之法’的分

① 此处的奥斯丁是约翰·奥斯丁,并非前来哈佛做访问学者的哈特的同事。

② http://www.law.nyu.edu/Hart_Fuller_Debate.

③ [英]妮古拉·莱西:《哈特的一生:噩梦与美梦》,谌洪果译,法律出版社2006年版,第239页。

离”。^①

但是，紧接着，哈特话锋一转，从法史上进行回顾，对边沁、奥斯丁、美国现实主义者、形式主义者一一进行评判，明确提出了自己的主张，那就是“实然与应然”的区分是必要的。然后他又说到德国法学家拉德布鲁赫（Gustav Radbruch）。拉德布鲁赫在二战前本来是德国实证主义法学的代表，在经历了纳粹灾难之后，他转向了自然法，并认为纳粹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”）卑屈地服从而达到了自己罪恶的目的，德国的法律界竟然对抗拒以法律之名义犯下的种种滔天罪行无能为力。因此，拉德布鲁赫得出结论：实证主义对法律“实然与应然”的区分实际上是助纣为虐，有力推进了纳粹的恐怖统治。^② 说拉德布鲁赫，其实已经隐约影射到了富勒。^③ 因为，富勒早在1940年就已经指出实证主义与极权主义的关系，而且从法哲学方面对纳粹主义进行最彻底批评的也首推富勒。为了说明德国的法律问题，哈特举了这样一个例子：

1944年，一个女子想除掉她的丈夫，便向当局告发她的丈夫，说她的丈夫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

^① H. L. A. Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, (Feb. 1958), p. 595.

^② H. L. A. Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, (Feb. 1958), p. 617.

^③ 根据哈特《实证主义和法律与道德的分离》一文注释，关于拉德布鲁赫的资料，是富勒向哈特提供的。

法的；尽管她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，丈夫被逮捕并被判处死刑，虽然事实上丈夫并没有被执行死刑，而是被送到了前线。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——依据自制定之时至今仍然有效的1871年《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，因而她是无罪的。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而宣判的，但是，这种法律“违背所有正常人的健全良知和正义观念”。因而该法律是无效的。^①

哈特说：

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，因为如此实现了使作出极不道德行为的女子受到惩罚的目的。但是，此目的是靠宣布1934年制定的法律无效而达到的，至少，这样做是否明智还是个疑问。当然，还有两个选择：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

^① H. L. A. Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, (Feb. 1958), pp. 618 - 619.

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。

对于此种情况，哈特认为：

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，坦率正如它并不是一个次要的道德品质，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也最有力的道德批评形式。对我们了解的功利主义，我们可以说，这些法律是法律，但是它太邪恶了以至于不能被遵守。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意识。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做认真的思考，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。^①

听到此处，富勒已经无法接受哈特的观点。看到哈特在讲坛上侃侃而谈，字字句句与自己的主张背道而驰，颇有前来“砸场子”的味道，富勒此时再也无法安坐。据当时还是学生后来成为著名法哲学家的范伯格（Joel Feinberg）回忆：“富勒教授像一头饥饿的雄狮一样，在演讲大厅的后面踱来踱去。”^②案例讲完后，离讲座结束为时不多，本来的尾声时间却成为整个讲座的高潮——哈特的杀手锏也终于在此时向在座的富勒掷出。哈特说：

如果用来反驳伦理学上非认知主义或类似理论的证据与“实然之法”和“应然之法”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的、清晰的阐述。下面，我将对该主张之核心观点进行批评。^③

就这样，哈特开始了对富勒不讲情面的当众直接质疑。对于“实然与应然”的问题，哈特说道：

^① H. L. A. Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, (Feb. 1958), p. 620.

^② [英]妮古拉·莱西：《哈特的一生：噩梦与美梦》，谌洪果译，法律出版社2006年版，第240页。

^③ H. L. A. Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, (Feb. 1958), p. 627.

我认为，对于区分“实然之法”和“应然之法”之做法是否正确和明智的问题，富勒教授的主张，其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。^①

当时的兰代尔大楼演讲厅里挤满了人，在富勒看来，这样当众的指责，不仅仅是哈特在故意引发争论，而且也是实证主义对自己的全面宣战，甚至有些挑战的味道！用富勒自己的话说就是：“在那场讲座中，他试图针对我和其他人提出的批评而为法律实证主义辩护。”^②在哈特宣布讲座结束之后的提问环节，富勒愤而离场。他这时想必已经对哈特的观点有了数条反驳意见，恨不得即刻动笔将其列出。在讲座结束不久后，富勒在哈佛校园广场的书店碰上正在那打工的萨默斯，富勒对萨默斯说：“嗯，我和英国人将在《哈佛法律评论》上有场战斗，我想他是荒谬的，而且荒谬之极！”^③

几天后，富勒在教工俱乐部里与哈特展开了辩论，然后，富勒宣布，他将在《哈佛法律评论》上作出正式的评论。这次私下的辩论可能相当激烈，富勒强硬的回应也让哈特感到了不小的压力。

^① H. L. A. Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, (Feb. 1958), p. 629.

^② [美]朗·富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆2005年版，第217页。

^③ 参见 Nicola Lacey, *Out of the Witches Cauldron, Reinterpreting the Context and Re-assessing the Significance of the Hart - Fuller Debate*. From: eprints.lse.ac.uk/23812/, p. 18。

哈特在日记里对此记载道：“我觉得我应该表现出（对富勒在教工俱乐部的辩论）感激和理解的姿态，但我没有做到。”^①其后，哈特又在给朋友的信中写道：“富勒写了一篇冗长的文章作回应，我觉得会遮蔽我在霍姆斯讲座上的演讲，我们的争执将很快出现在《哈佛法律评论》上。”^②富勒也在此后写信告诉同事，作为自然法的坚定拥护者，他必须与哈特教授就法律实证主义问题展开对决，双方的摊牌不可避免。^③于是 20 世纪法理学界持续十余年之久，同时也是最著名的一场论战就这样开始了。

面对这样一个重大事件，哈佛法学院的学生当然不会就此善罢甘休简单收场。《哈佛法律评论》的学生编辑们在讲座后便邀请哈特将讲座的内容发表在这份杂志上。不过，也许这些学生编辑希望将论战的火药味与戏剧性弄得更浓一些，因此对哈特的讲座内容进行了不少修改。萨默斯说他们“将哈特的文章改得面貌全非，当哈特看到这个被改动的版本后，便拒绝将这个版本发表”^④。哈特在 1957 年 12 月 13 日写信将此事告诉富勒：

亲爱的朗：
我很高兴收到你对鄙作的回应，并且我将继续进行
这方面的研究。

^① 转引自[英]妮古拉·莱西：《哈特的一生：噩梦与美梦》，谌洪果译，法律出版社 2006 年版，第 240 页。

^② [英]妮古拉·莱西：《哈特的一生：噩梦与美梦》，谌洪果译，法律出版社 2006 年版，第 240 页。

^③ 富勒致加尔文(C. Galvin)信，1957 年 11 月 29 日。参见 Roberts S. Summers, Lon L. Fuller. Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1984, p. 10。

^④ [美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社 2010 年版，第 18 页。

不过这中间有一点麻烦！《哈佛法律评论》的孩子们大刀阔斧地删去他们认为不相干的或者奇特的文字，把我的文章弄得面目全非。他们把文章及我对边沁的援引都弄得一团糟。我已经写信告诉他们，不要以我的名字发表这些七零八落的文字，因为他们的删减经常破坏那些精确的细微差别。对于他们残忍无情地删去的文字，我都是极度仔细并且花了大量时间才完成的。你能奉劝他们明智一点吗？在牛津，对于作者文稿的这种干预是不可想象的，但在哈佛居然有可能发生如此粗暴和麻木不仁的事情，真让我震惊。我已经告诉他们，如果他们同意恢复所列的这些删节，那么我愿意不辞辛劳地重新把他们全部补上，但同时我不会给他们退回校样。因此很抱歉，但对我来说，把我说过的话精确地转变为文字是一件重要的事情。对你表示诚挚的祝愿。无论如何对于你的回应我都会作出答复。

你的永远的赫伯特·哈特敬上

对于这件事情，富勒于4天后（12月17日）给哈特回信：

亲爱的赫伯特：

收到你的信后，我便赶往评论编辑部，发现主编正在忙于将你的文章恢复原样。我对他们所做的一切表示道歉，尽管我不得不承认，对于美国作者写的文章来说，这样的作法几乎是司空见惯的事情。由于离得很近，所以我能让我的“孩子”免遭伤害。要是我早知道他们会如此肆意地对待您的文章，我一定会对它们进行严格监管的。

最后请将我最美好的问候转致贵夫人，并允许我向您二位致以真挚的圣诞祝福。

朗·富勒敬上^①

其实在整个访问期间，尽管学术观点不同，但富勒和哈特始终保持着很好的学术上的联系，两人还互相去旁听对方的课程，并且一直维续着十分亲密的关系。哈特曾经写信给妻子这样介绍富勒：

他是一位友好的新英格兰人^②，而且他有许多非常新奇的想法。他特别性急，在辩论中他无法保持冷静，不过我喜欢他，他也喜欢我。但他认为我是一个浑身充满错误的实证主义者，实证主义这一词在他嘴里充满了邪恶的意味。我记得曾经听到有人说：你知道吗，他是一个实证主义者，不过他人很好。^③

作为在校期间的接待负责人与学术伙伴，哈特用到的许多材料都是富勒帮忙找到或者是借阅的，后来这些材料有不少都在论战中成为哈特向富勒宣战的武器。不过，发表事件所带来的小插曲，在一定程度上也缓和了由于哈特在霍姆斯讲座上忽然发难而使两个人之间稍显紧张的关系，并让两个人的私交更加温和融洽。

^① 两人的来往信件现保存于哈佛大学法学院图书馆特藏室，此处转引自 Nicola Lacey, *Out of the Witches Cauldron, Reinterpreting the Context and Reassessing the Significance of the Hart - Fuller Debate*. From: eprints.lse.ac.uk/23812/. p. 7。

^② 富勒是得克萨斯人，不过他展现的绅士风度，让哈特误以为是美国东部——也就是最早的殖民地区——的新英格兰人。参见[英]妮古拉·莱西：《哈特的一生：噩梦与美梦》，谌洪果译，法律出版社2006年版，第468~469页。

^③ 哈特致妻子珍妮弗信。转引自[英]妮古拉·莱西：《哈特的一生：噩梦与美梦》，谌洪果译，法律出版社2006年版，第220页。

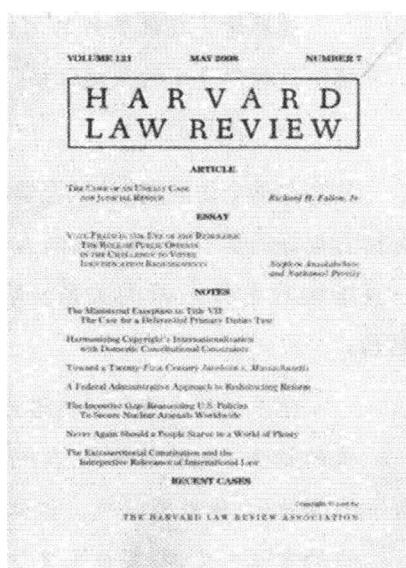
也就是从这一刻，他们开始了几十年持续不断的友好通信交流。

三、富勒的反击

虽然双方信件交往中的用词是如此客气，但是学术上的回应则一点不留情面。面对讲座上咄咄逼人的哈特，富勒立刻回以重拳。1958年《哈佛法律评论》第71卷上同时刊载了哈特的演讲修订稿及富勒的回应文章

《实证主义与忠实于法律——答哈特教授》。^① 学生编辑们在哈特文章前这样评论：

有许多针对实证主义法学派坚持对法律实然与应然的区分这一观点的批评，哈特教授则对此进行辩护。他首先辩称实际上是批评者们将这种必要的区分和实证主



《哈佛法律评论》封面

^① 两篇文章原文见 *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, (Feb. 1958), pp. 593 – 629, pp. 630 – 672。中文翻译分别见：[英]哈特：《实证主义和法律与道德的分离》，翟小波译，强世功校，载《环球法律评论》，2001年第2期、第4期；《实证主义与忠实于法律——答哈特教授》译文收录于强世功：《法律的现代性剧场：哈特与富勒论战》，法律出版社2006年版，第144 ~ 201页。本书写作参照上述中译本，并部分参考了 Nicola Lacey, *Out of the Witches Cauldron: Reinterpreting the Context and Reassessing the Significance of the Hart - Fuller Debate*; 谌洪果：《天人交战的审判：哈特与富勒之争再解读》，载《法律方法与法律思维》2007年第4辑。在此一并表示感谢。

义其他应得批评之处加以混淆，然后进一步讲述了这种区分的必要性和价值所在。^①

而在富勒的文章前，他们评论道：

通过以秩序和良好秩序的形式对法律和道德问题进行重新解读，富勒教授批评了哈特教授对法律创制内在良好秩序的忽视。富勒教授拒绝接受哈特教授关于法律解释的理论，他的观点认为我们应当追求的是法律整体的目的而不是个别词句的特定含义。^②

由于这两篇文章针对性如此之强、迸发出的火花如此之大，还有鲜明的观点对比以及突出的学派代表性，因此，日后迅速成为研究法律实证主义与自然法理论相互抗衡的必引文献和教学资源。

富勒在自己回应的论文中，首先认为哈特的观点存在着一定的内在矛盾，即哈特在主张对“实然与应然”进行区分的同时，又承认二者具有一定的交叉性。在这个矛盾的前提下，哈特所代表的实证主义对法律的忠诚，遇到的第一个难题就是他所忠诚的“法律”的本身意味着什么。富勒说：

法律作为值得人们忠诚的某种东西，它一定表达了某种人类的成就；它不可能是权力的简单命令，或者是在国家官员的行为中才能辨识出来可以重复的行为模式。^③

^① H. L. A. Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, (Feb. 1958), p. 593.

^② Lon L. Fuller, Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, (Feb. 1958), p. 630.

^③ 这里针对的是奥斯丁的分析法学实证主义以及美国现实主义运用的实证主义观点。

我们对人类法律的尊敬肯定会不同于我们对万有引力这一法则的尊敬。如果法律(即使是恶法)要求我们要予以尊敬,那么这种法律一定表达了某种人类努力的一般方向,这种方向是我们可以理解和描述的,并且是我们在原则上可以赞同的。^①

从这里开始,富勒描述了他自己所主张的法律和道德的含义,并越来越详细地阐述出自己的一个重要理论,那就是:事实与价值之间的必然联系,体现于法律的内在道德。

富勒认为,哈特在其文章中论及的绝大多数问题都可以复述为秩序与良好秩序的区别。法律可以说代表普遍秩序,而良好的秩序是指这样的法律——它必须回应正义、道德或者人们认为应当是什么的要求。富勒说:

我们所指的秩序必须是正在有效运行的秩序,它至少必须非常好,以至于不管以这样还是那样的标准来衡量都能认为它是有效运行的秩序。一个有效运行的秩序往往也需要一些连接处的缝隙,并因此不会达到绝对完善。这样一个提醒足以表明,任何试图明确区分秩序与良好秩序的努力必然会涉及一些复杂的问题。

富勒认为,法律即使仅仅被看作是一种秩序,也要包含它自身隐含的道德性。在这里,富勒为了说明“秩序的道德性”,假设了一个要进行立法的君主存在。这个君主口含天宪又极端自私专制,他不断地颁布命令,以使顺其者昌,逆其者亡。然而,由于自身的

^① Lon L. Fuller, Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, (Feb. 1958), p. 632.

昏庸与健忘,他从未明确地区分顺逆,以至于经常惩罚忠诚的人,而奖励悖逆的人。除非这个君主愿意接受一个能在他的言行之间建立有意义的联系的最低程度的自我约束,否则他永远不会达成他自私的目标。当某天君主不再昏庸,开始注意自己说过些什么,并不再试图反悔的时候,他所颁布的命令又变得非常含糊且疏于形式,以至于他的臣民从来不知道他到底要他们做些什么。在这样一种情况下,富勒说:“如果我们的君主是为了他自私的利益着想,要在他的国度内创建一个类似于法律体系的东西,他就必须振作起来承担起另一个责任。”^①富勒所指的责任,就是类似于使君主颁布的命令或法律能够产生效果,构建起他所希望的秩序的一种东西,也就是富勒提到的“秩序的道德性”,正是这种“道德性”的存在,才赋予了法律所宣称的那种能力。富勒将这种“道德性”命名为法律的“内在道德”,并认为这是法律之所以成为法律所必不可少的。法律的内在道德理论,在这次富勒回应哈特的反击中,作为一个重要武器被使用,此后,富勒将这一武器进一步发展成为他的代表性著作《法律的道德性》。那位在这里被假设将要立法的君主,也将在《法律的道德性》一书中改头换面地以“REX”的名义再次出现。

接下来,富勒认为,对于这种内在道德,哈特是完全忽视了。正是基于这样的忽视,哈特在“整篇文章中都将法律看作是事实在人类经历中的单方投射而非人类所奋斗的目标”^②。也正是由于这

^① Lon L. Fuller, Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, (Feb. 1958), p. 645.

^② Lon L. Fuller, Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, (Feb. 1958), p. 646.

个忽视导致哈特无法看清像纳粹法律那样的法律的实质，以至于认为“纳粹的法律也是法律，尽管是恶法”。同时，富勒还认为哈特并没有探究纳粹统治下保留下来的法律制度实际的运作情况，并认为哈特对拉德布鲁赫的思想存在一种重大的误解。在这里，富勒说拉德布鲁赫的观点，其实就是在说自己。因为哈特在讲座和文章中，正是通过批评拉德布鲁赫的观点进而开始批判富勒的观点。

富勒说，哈特在讲座中提到的告密者案件那样的事例所遇到的难题，是纳粹政权倒台后德国法院面临的一个可怕困境。对他们来说，如果宣布希特勒政府的每个决定和法律规定一律无效，那是不可能的，因为对 12 年间发生的所有事，任何一种方式的全盘否定都会带来难以容忍的骚乱。另一方面，如果承认纳粹政权以法律的名义做出的邪恶的行为是合法的，将会使纳粹余毒对未来造成不良影响。这一困境在一系列的告密者案件中显得极为突出，那些告密者利用纳粹恐怖去铲除私敌或不喜欢的配偶。如果对所有的纳粹统治下的法规及司法判决都不加区分地认为是“法”的话，那么，这些卑鄙的小人就无罪，因为他们只是把受害人交给只有纳粹自己知晓的法律去审判。如果告密者平安无事，因他们的恶意而受害的人死亡，或囚禁数年后被释放，或更惨痛的是仍无人问津，所有这些都是让人难以忍受的，尤其是对受害者幸存的亲戚和朋友来说。对于这样的困境，哈特仍然承认纳粹的法律是法律，他设想的解决这一困境的方法是“制定一个具有溯及力的刑法，这是能够解决这一问题并遭遇最少的反对的方法。这一法规

将惩罚告密者的行为，并判他有罪”^①。富勒认为，哈特因为没有意识到希特勒的法律摧残了法律中应有的内在道德，也没有意识到纳粹甚至完全可以忽视自己制定的法律，才会提出这样的主张。在此基础上，哈特对战后德国法院的批评，以及对拉德布鲁赫的批评是不公平的。在这里，富勒也间接地批评了哈特提出解决上述困境的方法，富勒说：“用法规来改变过去法律的无规律性，这一趋势的普遍增长反映了该规则中法律道德性的堕落，而没有了法律道德性，法律本身就不可能存在。”^②

哈特之所以会有这样的观点，富勒认为主要是因为哈特的那种实证主义立场，而正是实证主义造就了这种两难困境。一方面，在实证主义者看来，有一个纯客观性的与道德无关的法存在，并且能够产生让人服从它的道德义务；另一方面，人们又有做其认为是正确和恰当的事的道德义务。当面对一个被认为是彻头彻尾邪恶的法律时，人们必须在这两个义务之间作出选择。为了论证实证主义是“罪魁祸首”，富勒首先从历史中寻找证据，说明纳粹时期占统治地位的法哲学——实证主义促进了德国极权主义的发展。他说：

法律实证主义与希特勒取得政权是否具有或者可能具有因果关系？这里应该回想一下，纳粹统治前的 75 年里，实证主义哲学已在德国取得了在别的国家从未享有的地位……德国法学家们一般倾向于把英美的普通法看

^① Lon L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart*, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, (Feb. 1958), p. 646.

^② Lon L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart*, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, (Feb. 1958), p. 646.

作是一个凌乱而无原则的法律和道德的混合物。实证主义是唯一在科学时代能被称为“科学”的法律理论……所以，德国法律实证主义不仅仅禁止法律科学对法律的道德目标作任何考虑，而且它对我前面讲到的法律自身的内在道德也漠不关心。因此，德国法学家特别愿意把冠以“法律”之称的任何东西接受为法律。这些东西是政府出钱印刷的，而且看起来是“从上面下来的”。^①

富勒认为，这是冠冕堂皇地以法律形式违背法律的内在道德，实现纳粹法律的罪恶目的。所以，接下来富勒便提出了针对实证主义者的核心批判：一方面，对法律实证主义的强调会因为信奉“法律就是法律”而认可不道德的、邪恶的法律，从而为“旧秩序”辩护，成为邪恶的化身和帮衬，纳粹的统治就是明证；另一方面，正是实证主义造成了纳粹对法律的无视，因为在纳粹统治下，充斥的是溯及既往的法律、秘密的法律，这些行径又都是以法律形式伪装的，所以在事实上又造成了“无法”状态，这恰好是法律的堕落。富勒最终表达出他对实证主义的明确态度：实证主义法学的后果是要么维护旧的邪恶秩序，要么事实上造成无序的状态。

尽管在这次反击中，富勒几乎整段整段地不同意哈特在他的文章中所表达的观点，但是他仍然认为哈特在霍姆斯讲座上的意见以及提出的问题将对法律哲学作出持久的贡献。其实，这种贡献不仅仅对于外界非常重要，对于两个主角本人也是相当重要的。正是这次交战，引发了二人对其中所讨论问题的进一步思考，推动了后来以

^① Lon L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart*, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, (Feb. 1958), pp. 658 – 659.

《法律的概念》和《法律的道德性》为代表的对于法的概念以及法的本质的系统化的理论形成。^① 两个人同时刊登在《哈佛法律评论》上的文章,已经引发了众多学者的关注。此后,富勒不厌其烦地给几十位来信询问这次辩论的人回信,这可以在 1958 年 3—5 月富勒频繁的通信中看出来,几乎所有通信都是关于这场论战的。其中,有很多持自然法立场的学者表示支持富勒,这使得他非常高兴地认为自己在辩论中占据上风。比如,来自芝加哥大学的施特劳斯(Leo Strauss)在信中说道:“你的论证要比他高明(Your argument is superior to his.)。”^② 富勒对这样的来信感到很受鼓舞(I was greatly cheered by it)。^③ 富勒还告诉那些来信者就像他自己在《实证主义与忠实于法律——答哈特教授》这篇文章结尾所写的那样,他很满意哈特对哈佛的访问,并且觉得他们互相学到了不少东西。^④ 但是,也有不少哈特的支持者来信对富勒的观点表示质疑。许多人都认为富勒是那种忽视实在的法律条文而追求虚幻的“善”的学者,富勒对这样的批评声音表现得非常敏感,尽管他说“自己习惯

^① 国内不少教科书中的观点认为二人的思想是在论战过程中形成的,准确地说应该是二人的思想通过论战进一步系统化了。

^② 施特劳斯致富勒信,1958 年 3 月 19 日。转引自[美]罗伯特·萨默斯:《大师学述:富勒》,马驰译,法律出版社 2010 年版,第 17 页。

^③ 富勒致贝利(Frank S. Bayley)信,1958 年 3 月 8 日。转引自 Nicola Lacey, *Out of the Witches Cauldron, Reinterpreting the Context and Reassessing the Significance of the Hart – Fuller Debate*. From: eprints.lse.ac.uk/23812/. p. 19.

^④ 富勒致贝利信,转引自 Nicola Lacey, *Out of the Witches Cauldron, Reinterpreting the Context and Reassessing the Significance of the Hart – Fuller Debate*. From: eprints.lse.ac.uk/23812/. p. 19; 参见[英]妮古拉·莱西:《哈特的一生:噩梦与美梦》,谌洪果译,法律出版社 2006 年版,第 242 页。

了这种批评，以至于失去了生气的力气”^①，但是他仍然进行了犀利的反击，认为这些批评者并未真正了解自己的观点。他甚至对批评者说，“我不禁怀疑你有没有读过我的文章”^②，并认为批评者的断章取义会误导读者。轰轰烈烈的第一回合交锋，在哈特发动攻击，富勒予以反击的情况下暂时告一段落。

四、一个“告密者”的难题

第一回合的较量，双方可谓旗鼓相当，并未决出输赢。之后，哈特率先发动了下一轮的攻势，1961年出版了《法律的概念》一书。富勒不甘示弱，1964年出版了《法律的道德性》一书再次予以反击。《法律的道德性》的基本观点其实在《实证主义与忠实于法律——答哈特教授》一文中就已经提出，在此基础上，富勒将其进一步系统化，并于1963年4月在耶鲁大学法学院斯托尔斯讲座(Storrs Lecture)时介绍给大家。《法律的道德性》一书共四部分，分别是“两种道德”、“道德使法律成为可能”、“法律的概念”、“法律的实体目标”。此外，富勒还把在第一回合较量中与哈特反复讨论的那个法律困境，也就是告密者案例，以“怨毒告密者的难题”的形式附在全书的最后。富勒提道，“在阅读本书第二章之前，先阅读这篇文章并思考其中所提出的问题也许非常有用”^③。在经历了与哈特

^① 富勒致华尔(Jerome Hall)信，1958年4月28日。转引自 Nicola Lacey, *Out of the Witches Cauldron, Reinterpreting the Context and Reassessing the Significance of the Hart – Fuller Debate*. From: eprints.lse.ac.uk/23812/. p. 20.

^② 富勒致科勒尔(Abram T. Collier)信，1958年3月31日。转引自 Nicola Lacey, *Out of the Witches Cauldron, Reinterpreting the Context and Reassessing the Significance of the Hart – Fuller Debate*. From: eprints.lse.ac.uk/23812/. p. 21。

^③ [美]朗·富勒：《法律的道德性》“第一版序言”，郑戈译，商务印书馆2005年版，第3页。

的争论后,富勒对“告密者案例”重新加以构思,并将此问题拿到他的法理学课堂上进行讨论。在此之前的几年中,它也被当成通向法理学问题的引子,在哈佛大学法学院一年级必修的法理学课程上使用。

“怨毒告密者的难题”这个虚拟案例的模式与“洞穴探险者案件”颇为相似,都是针对一个难题,由五位负责的官员提出了五种截然不同的意见,而这五种意见看上去各自有各自的道理。此处的告密者难题是这样的:

一个邪恶的政党“紫衫党”掌握了国家大权,他们用恐怖手段统治国家,没有废除法律,却使法律在执行过程中受到扭曲,反对派被打入大牢、迫害、暗杀,反对党被解散,国家陷入黑暗之中。在当时的司法实践中,私下批评政府、收听外电广播、丢失身份文件五天不报等行为都可能导致被判死刑,于是一些人为泄私愤而向政府部门举报他们的仇人,使得很多人被杀害。紫衫党被推翻以后,新的民主政府的司法部长面临一个难题,即如何处理这些怨毒的告密者。五名代表提出了五种观点。第一位代表认为告密者无罪。因为他们的受害者是根据当时的有效法律被处罚的,恶法亦法。第二位代表认为,紫衫党政权不是一个合法的政府,紫衫党执政时期的法律也不能称其为法律,因为当时处于一个法律的空白期,是在无政府和恐怖的状态下,不能将现在的民主法律适用于那样的非常时期。因此,应当将这一页历史彻底抛弃,告密者也不应受到惩罚。第三位代表反对所有非此即彼的推理,认为既不能将紫衫党政权完全排除在法律之外,也不能认为它的所有行为都和合法政府一样有效力,而应该

对当时的法律行为进行区别对待：正常的民事行为如结婚、商品买卖等是合法有效的，而紫衫党党徒被授意的街头暗杀则是非法的。在被扭曲了司法正常目标的场合，必须加以干预。怨毒告密者纯粹为了实现一己私利而告发一名无辜者，使其被处决的行为事实上是利用法院实施了谋杀行为，对于这部分人，应当立即处理。而另一部分基于其他目的告发他人的人，该名代表则没有提出意见。第四位代表认为，不能仅凭个人好恶来决定适用哪部法律，废除哪部法律，而应当在研究怨毒的告密者这个问题之后，通过恰当的程序来制定一部具有针对性的特别法来处理它。这样就不会扭曲旧法来实现它们没有设想过的目的，还能为告密者的行为制定适当的惩罚措施。第五位代表反对第四种意见，认为这将导致事后追溯性刑法。他提出的解决方案是，社会有其自我纠偏的能力，怨毒告密者的问题将逐渐被解决，并不需要政府和法律的干涉。作为司法部长，你会采纳这些建议中的哪一项建议？^①

在《法律的道德性》这本书里，富勒以之前反驳哈特时提出的“法律的内在道德”为基础，提出了法律的“内在道德”和“外在道德”的区分。他将法律所体现的普遍意义上的那种实体性道德称为“外在道德”，将他所归纳的法律制度作为整体必须满足程序上的八项要求称为“内在道德”。这八项要求分别是：1. 法律的一般

^① 参见[美]朗·富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆2005年版，第282~291页。

性,有规则可依,并且同样情况同样对待;2. 法律必须公布;3. 法律不能够溯及既往;4. 法律必须明确;5. 避免法律中的矛盾;6. 法律不应要求不可能实现的事情;7. 法律要具有稳定性;8. 官方行动和法律的一致性。善于运用寓言的富勒,在此书中假想了一个叫作“雷克斯”的国王。雄心勃勃进行法律改革的雷克斯国王在经历了八个阶段改革后,最终立法计划也没有实现。究其原因,就是他在法律内在道德所要求的八项内容上遭遇了失败。通过雷克斯的不幸生涯,富勒指出:“这八个方向中任何一个方向上的全面失败都不仅仅会导致一套糟糕的法律体系,它所导致的是一种不能被恰当地称为一套法律体系的东西。”^①从这个意义上讲,富勒进一步论证了法律与道德的不可分性,如果说法律的外在道德是指法律的实体目标,比如诚实、守信、善良、和平等,这些体现在法律的内容上;法律的内在道德则是指法律之所以能成为法律所必须具备的程序目标。在这里,富勒为自然法理论注入了新的活力,是他第一个论述了程序自然法的观念。这是他对法学理论最有创见性的贡献之一。

除了法律外在道德和内在道德之外,富勒在书中还提出了另外一个关键的区分:“义务的道德”和“愿望的道德”。义务的道德是指体现社会生存最基本要求的那些必须履行的义务,如不可杀人;愿望的道德则指的是善行、美德那样使人类能力得到最充分实现的道德,比如助人为乐、见义勇为等。义务的道德一般是禁止性的,而愿望的道德则是肯定性的;义务的道德与法律最为类似,而愿望的道德则倾向于美学。这两种道德的区分,是富勒借鉴了经济学中的一些理论构想出来的,富勒将愿望的道德与边际效用经

^① [美]朗·富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第47页。

济学相比，二者都是如何最好地利用我们短暂的生命努力去追求“有限”与“至善”的和谐；而义务的道德可以与交换经济学相比，二者之间包含着一种互惠关系，法律作为一种制度可以形成一种秩序：通过交换使双方比交换前处于更好的状态。

接下来，富勒也讨论了法律概念的问题，这是针对哈特的那本著作的回应。富勒指出，哈特在著作中对法律概念的基本分析，他完全不同意。^① 富勒仍然认为，哈特对法律概念的分析，是建立在他对法律的内在道德性的忽略基础上的。通过对哈特的批评，富勒总结出了与哈特的根本分歧所在，他说：

我坚持认为法律应当被视为一项有目的的事业，其成功取决于那些从事这项事业的人们的能量、见识、智力和良知，也正是由于这种依赖性，它注定永远无法完全实现其目标。与此相反的观点认为，法律被视为社会权威或社会力量的表现事实，对它的研究应当关注于它是什么、已经做了些什么，而不应侧重于它试图做什么或正在变成什么。^②

富勒提出，法律是一项使人们服从规则之治的事业。使人们服从规则之治，就是法律自身的目的所在，这是富勒提出的一个著名的命题。忽视了法律目的性的任何对法律概念的分析，都无法接近法律的本质而只能游荡于其边缘。如果实证主义者们能够认识到这一点，“他们就不会再如此倾向于将自己想象成在无生命的

^① [美]朗·富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆 2005 年版，第 155 ~ 156 页。

^② 参见[美]朗·富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆 2005 年版，第 169 页。

自然界中发现规律的科学家”^①。最后富勒建议,研究法律的人在反思自己的研究对象的过程中会获得对法律的新的尊重,并且能够认识到,法律是一项有目的性的事业。

在《法律的概念》与《法律的道德性》相继问世后,关注哈特与富勒论战的学者们纷纷对这两本书进行了褒贬不一的评论,从而形成了与哈特立场相近的学者和与富勒立场相近的学者这两大阵营之间的论战。也就是说,本属于富勒与哈特两个人之间的较量,在第二回合开始逐渐演变成两个阵营之间的交锋,并且激发了更多的人关注法理学问题。1965 年哈特在《哈佛法律评论》第 78 卷上发表了关于富勒《法律的道德性》的书评^②,他认为富勒始终不渝地钟爱“目的”这一概念,而这一情愫像其他所有激情一样可能使其失去冷静而被蒙蔽双眼。哈特希望富勒能从这一“浪漫情缘”中走出来。^③ 富勒以信件的方式回应了哈特的书评。他在 2 月 3 日致哈特的信中写道:

我非常高兴地看到我们共同提出的这个如此尖锐的争论问题。……对于目标小姐,我只能说,这个老姑娘在我看来仍然是这么漂亮。她的一个永久魅力在于她是一个复杂的精灵。而且事实上,她一直处于那些不可预知的听任和退缩情绪当中。我深深地相信她,而不用假装说自己真正理解她。所以你所抱怨的浪漫情事或许还将

^① [美]朗·富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆 2005 年版,第 175 页。

^② H. L. A. Hart, Book Review of Lon Fuller's The Morality of Law, 78 *Harvard Law Review*, (1965). pp. 1281—1296.

^③ H. L. A. Hart, Book Review of Lon Fuller's The Morality of Law, 78 *Harvard Law Review*, (1965). pp. 1295—1296; 参见[美]朗·富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆 2005 年版,第 219 页。

继续下去，虽然你关切地警告我说，我和她之间的爱情许诺正遇到麻烦。^①

在这里，富勒用“目标小姐”来比喻他眼中法律之目的性，并将自己对“法律之目的性”的迷恋称为与“目标小姐”的爱情，虽然法律之目的性在众多人眼中已经过时，但这位“老姑娘”对富勒来说具有永久的魅力。富勒一生都在追寻着法律的目的，并且始终视法律为一项有目的性的事业。这也许可以反映出富勒性格里的那种浪漫主义，像恋爱一样去研究法律，像恋爱中的人一样保持着对学术孜孜以求的精神。在这封信中，富勒用两页纸的篇幅讨论了哈特在书评中的主张，还与哈特交流了参考文献和其他观点，并就他们关注的各种制度性问题进行了讨论，其中尤为重要的就是，他们共同努力促成法理学的经典文献以及高质量的现当代著作能以学生可承受的价格出版。^②

关于《法律的道德性》一书，不仅仅哈特予以评论，其他许多学者也纷纷撰以书评，并且为此在 1965 年 4 月 2 日专门组织了一次主题为“法律的道德性”的研讨会^③，前来参会的科恩、德沃金等学者都提交了与《法律的道德性》相关的论文。会后，富勒给远在英国的哈特专门寄去了这次会议的论文集。对于这些评论，富勒经过认真思考后，1969 年在《法律的道德性》一书再版时增加了“对批评者的回应”一章，算是给他与哈特之间的论战暂时点上一个休

^① 富勒致哈特信，1965 年 2 月 3 日。转引自[英] 妮古拉·莱西：《哈特的一生：噩梦与美梦》，湛洪果译，法律出版社 2006 年版，第 244 页。

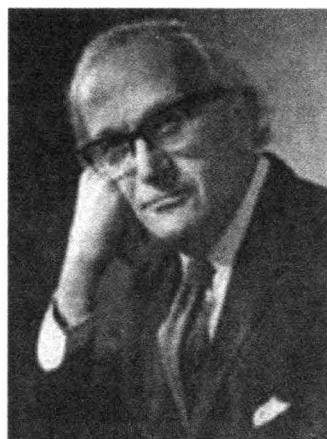
^② 参见[英] 妮古拉·莱西：《哈特的一生：噩梦与美梦》，湛洪果译，法律出版社 2006 年版，第 244 页。

^③ The Morality of Law – A Symposium. 会议论文收录于《维拉诺瓦法律评论》第 10 卷。

止符。按照富勒在该书中的总结,他与哈特之间共进行了六轮交锋:第一轮是哈特于1957年4月在哈佛法学院霍姆斯讲座上发表的“实证主义和法律与道德的分离”的演说;第二轮是富勒在1958年《哈佛法律评论》第71卷上发表的回应;第三轮以哈特的《法律的概念》一书在1961年出版为标志;第四轮是富勒于1964年出版了《法律的道德性》;第五轮是哈特对《法律的道德性》的书评;第六轮是富勒在《法律的道德性》的修订版中进行的回复。如果将论战视为富勒和哈特两个人的战争,这场持续了十几年的“战争”在第六轮也就是双方第三次战役结束后就停火了。但是,这场由两个人发起的战争对那个时代的法理学影响是如此强大,吸引了众多的学者参与进来,这些学者围绕他们二人的著作和争论,发表了大量的代表不同倾向的论文和专著,这已经发展成为一场名副其实的世界范围内的论战。这场论战进一步推动了西方法理学思想的发展,由此引发的热情和余波并未因富勒与哈特两个人的暂停而中止。



富勒



哈特

两人的战争之所以在 1969 年偃旗息鼓，是因为哈特与富勒在此时纷纷将目光投向了其他方面的研究。哈特于 1968 年在牛津大学提前退休，转向编辑杰里米·边沁 (Jeremy Bentham) 的论文，同时在垄断委员会任职。^① 富勒则在 20 世纪 60 年代中期开始将其主要兴趣与精力放在了良好秩序方面，研究人与人之间互动的“过程”。在 1969 年《法律的道德性》再版“对批评者的回应”一章中，富勒已经展现出他对互动过程研究的一些基本观点。富勒对实证主义批评者说，实证主义者看不到立法者与公民之间互动的过程，而且，由于这一疏忽，他也无法看到：在立法者与公民之间营造出有效的互动是法律本身的一项基本要素。^②

也许在富勒看来，他和哈特的论战，并不仅仅是一场论战，同时还可以视为二者在学术思想上的互动。通过这场互动，无论谁输谁赢，他们今后都比以前做得更好。正是在这一互动过程中，法学理论重新焕发出活力，追赶上时代前进的脚步。也正是这一互动的风云际会，造就了 20 世纪法理学界的两个不朽伟人。

^① 参见[英]尼尔·麦考密克：《大师学述：哈特》，刘叶深译，法律出版社 2010 年版，第 2 页。

^② 参见[美]朗·富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆 2005 年版，第 223 页。

第六章 走得更远

——对良好秩序的思考

一、灌溉背后的法哲学

1965年，富勒在《斯坦福法律评论》上发表了一篇名为《灌溉与专制》^①的文章。乍看这个题目，会有两个体会：一是觉得灌溉是个农业问题，与法学相去甚远，作为一个法学家怎么会关心起灌溉来？二是觉得这个题目和卡尔·魏特夫的名著《东方专制主义》研究的问题有些相似。没错，富勒就是在阅读了魏特夫的专著后，结合自己的亲身生活经历与对此问题的看法写下这篇文章，但是这篇文章并不仅仅讨论灌溉和专制的问题，而是试图解释灌溉与专制蕴含的社会秩序问题。^②

富勒记得自己儿时经常听到一个词，叫 zanjero，它表示的是一位非常重要的奇特人物——一位负责在帝王谷分配水资源并解决居民之间因用水问题而产生纠纷的奇特人物。在富勒幼年所居住

^① Lon L. Fuller, Irrigation and Tyranny, *Stanford Law Review*, Vol. 17, No. 6 (Jul. 1965).

^② 有意思的是，富勒写文章很喜欢用的一种行文风格就是将问题或现象的表面与本质进行对比。他经常使用某某问题第一眼看来是如何如何，而其实质又是相反的如何如何的反衬写法。

的干旱地区，掌握水资源好比掌握了最大的权力，富勒曾经将这样一个管理者想象为传说中的英雄人物。^① 按照魏特夫的理论，zanjero 也就是英文中的水官（watermaster），应当是一位大权独揽的专断者。但是，富勒却看到，在他生活的帝王谷，并不存在什么独裁政府或任何形式的专制，相反却存在一个社区共同体式的自治，如果说有唯一的政治要素，那就是对灌区的划分，每个人都参与到其中，并且有一种强烈的“共同体”归属感。^②

魏特夫认为，成功的灌溉需要大规模的工程，这样庞大的工程只有政府才能完成，在政府运作工程的过程中，政府形成了专制。而富勒认为，他所知道的水官的管理方式与政府官员截然不同，既不像立法者——只负责规则的制定，也不同于法官、仲裁员——对当事双方的利益关系进行判断。富勒指出，水官的职能更像是众多利益关系中的一位协调者，更为积极主动，包括向农民咨询、了解他的需要、计划和希望。这完全不是所谓的专制权力，而是一种人与人之间基于共同目的形成的一种互惠性协调关系。所以，魏特夫的论证并没有说明问题的究竟。富勒提出，为什么对运河的



卡尔·魏特夫

^① Lon L. Fuller, Irrigation and Tyranny, *Stanford Law Review*, Vol. 17, No. 6 (Jul. 1965), p. 1022.

^② Lon L. Fuller, Irrigation and Tyranny, *Stanford Law Review*, Vol. 17, No. 6 (Jul. 1965), p. 1022.

控制权力在专制政府那里转换成对人民的权力？如果说是因为政府制定了使用灌溉设施的法规，那么法规背后的强制约束力又是什么？^① 在这里，通过对魏特夫论证逻辑的怀疑，富勒将话题从治水与灌溉的农业问题引入对治水背后法律问题的探讨：是什么样的运行机制使灌溉这种公共事业得以良好地运作？如果不是专制的权力，究竟是哪一种权力在起作用？

富勒把权力分为两种：形式权力和实质权力。作为社会关系的方式，不论哪种权力，都不是单向的绝对控制，而是一种交互性的互相制约。他举了强盗和敲诈者这两个例子来说明此问题。如果强盗一上来就把人杀死然后劫走财物，这绝对不是一种权力的运用；如果强盗用枪顶着人的头要挟他交出钱袋否则就开枪，在这种强势一方控制弱势一方的情况下，可以片面地认为强盗拥有一种“权力”，但是这种权力仍然与被抢劫者自己的决定有关，而不仅仅取决于强盗一方。至于敲诈者，也是在制约对方时存在着优势，可以限定对方的行为方向，具有使对方受损或使己方获益的能力。但是，敲诈者本身也存在着被制约——何时何地去揭露对方的隐私，这不能绝对地由敲诈者本人所控制。^② 所以，富勒认为，权力要受内在结构的制约，不存在绝对的权力。法律也是如此。法律不是单向的投射，法律是由规范组成的，而规范又产生于人类群体，是人们互相制约产生的结果，如果没有这种内部制约存在，那么人类可以将任何自己觉得合适的事情都写进法律。因此，权力的交

^① Lon L. Fuller, *Irrigation and Tyranny*, *Stanford Law Review*, Vol. 17, No. 6 (Jul. 1965), p. 1023.

^② Lon L. Fuller, *Irrigation and Tyranny*, *Stanford Law Review*, Vol. 17, No. 6 (Jul. 1965), p. 1029.

互性关系是理解法律与规范的一种重要因素。富勒认为，在独裁者立法的过程中，需要针对大众的不满所隐含表达出来的一些要求作出某种调整。任何以宣传的或颁布的规则对人们关系进行的调整，都会有一种合意的因素进入，这是显而易见的。

进一步，从法律看整个社会秩序，富勒认为社会秩序存在两种形式，一种是射幸式的取决于各种几率与运气的秩序，另一种就是人们有意识地进行互惠式活动的秩序。他引用《圣经》里“摩西通过抽签来决定土地的归属”的一个例子，以此说明抽签是最古老的建立社会秩序的方式。解决争端时往往采取抽签的方式，对于抽签无法解决的那些问题只好采取专制。^① 至于契约这类明确的互惠性行为，则是另一种更为精细的交易形式，这种交易在历史上几经周折才发展起来。在这些社会形式中存在着一种道德的观念，体现在实现目的的手段上。比如游戏的乐趣就在于参与者对游戏规则的遵守，这种遵守就是游戏的道德。社会秩序的道德在于通过交互性活动使参与者实现利益均沾。试想一下，如果一个谈判失败了，当事双方都将无法实现预期的目的。所以，在这样互惠性的秩序关系中，不仅要为自己多打如意算盘，还要从对方的角度着想。这样才能实现双赢，也就是社会秩序的道德。如果法律制度被纳入这样的社会秩序中来，一旦良性运作，就可以建立起对人类的未来行为结果进行预期的体系。^②

^① Lon L. Fuller, *Irrigation and Tyranny*, *Stanford Law Review*, Vol. 17, No. 6 (Jul. 1965), pp. 1031 – 1032. 这种射幸式的社会秩序的构建，在上古时期普遍存在。在古代中国，依靠占卜来决定行为的吉凶，再比如让动物顶触来决定纠纷中双方的对与错或者犯罪的有无，从而体现出一种神明的判意。

^② Lon L. Fuller, *Irrigation and Tyranny*, *Stanford Law Review*, Vol. 17, No. 6 (Jul. 1965), p. 1036.

再回到治水的问题上,富勒认为,早期社会会出现治水专制,是因为对于任何时代来说,治水都是一个艰巨的社会任务,而早期社会又不得不在物质技术条件都相当薄弱的情况下过早地承担这一难题,因此只有采取专制主义才是一个有效的办法。资源的稀缺需要采取管理手段进行资源配置,各种各样的规范被应用于治水中,由此表现了各种各样形式的分配正义:先占先得、按劳分配、按需分配等。对管理技能的垄断,使得管理者在管理过程中学会管理,一揽子管理技能增加了政治统治者的权威。随着社会的进步,人与人之间的利益关系愈发错综复杂地交缠在一起,所以,并不能简简单单依靠专制解决问题,而是应发挥人与人之间的互惠性,这样才形成了共同体社会中水官这样的“治水专制”的替代物。

《灌溉与专制》这篇文章,在富勒的众多著作中并不起眼,也不为人所知,从而被众多法理学研究者所忽视。但是如果专门从事富勒个人思想发展的研究,从思想史的角度出发,经过对本文仔细研读,可以发现这篇文章在富勒思想发展过程中具有一个承上启下的作用,其中的闪光点可以说是富勒后期思想的一个全面且富有概括性的指路灯。这篇文章发表在《法律的道德性》首版的第二年,继续深入说明了在《法律的道德性》中已经提到的管理性指令和法律。虽然这两种社会秩序化形式都包括对人们行为的指导和控制,都有对权威服从的因素,但是存在着根本的差异。管理性指令的秩序观强调的是公民服从指令是为其上司所设置的目标服务,指令所调控的通常是下属与其上司之间的关系,极少涉及下属与第三方之间的关系。在法律的秩序化形式下,法律主要用来调

整民众之间的关系，民众更多的服从的是广义上的社会利益。^① 通过对二者进行比较，富勒再次将该问题的主旨引向了“良好秩序”的构建方面。这些观点在富勒 20 世纪 50 年代之后的文章中多次出现，《灌溉与专制》只是其中之一。借着这些指路灯可以看出，20 世纪 50 年代到 60 年代，对于富勒来说是一个转折期，他用了大量的时间阅读社会学、人类学和社会心理学的文献，魏特夫的《东方专制主义》大概就是其中的一本，《灌溉与专制》一文则是阅读后的所思之作。^② 富勒在这一时期开始汇总以前产生的那些零零星星的观点，然后集中在一个方向，那就是去思考如何改变社会。

二、变革时代的社会秩序

20 世纪 60 年代是美国持续繁荣富裕的年代。电话、电视机、电冰箱以及其他现代电器，已经成为生活的必需品走入寻常百姓家。对这个十年的评价是“20 世纪没有任何一个十年能像 1960 年代那样给人留下深刻持久的印象”^③。当时的总统约翰逊（Lyndon Baines Johnson）断言：“我们所处的时代是变革的时代，这种变革不仅速度极快，而且大得难以相信。”^④他在任期内开始了称为“伟大社会”的计划，扩大联邦政府的职权范围和职能，争取创造全民性

^① 邹立君：《良好秩序观的构建：朗·富勒法律理论的研究》，法律出版社 2007 年版，第 63 页。

^② 觉察到富勒学术兴趣的转移，哈特也许误认为此时的富勒已经过了论战时期的学术巅峰状态，或者单从法哲学方面看，富勒对社会学的关注离法哲学有些远了。所以哈特对此评价为“我的经历告诉我，岁月不饶人啊”。参见[英] 妮古拉·莱西：《哈特的一生：噩梦与美梦》，谌洪果译，法律出版社 2006 年版，第 322 页。

^③ [美] 艾伦·布林克利：《美国史》，邵旭东译，海南出版社 2009 年版，第 886 页。

^④ [美] 马克·C. 卡恩斯，约翰·A. 加勒迪：《美国通史》，吴金平等译，山东画报出版社 2008 年版，第 691 页。

的福利,包括 1964 年的《民权法案》、1965 年的《投票权法案》以及采取一系列措施以保障住房、教育与就业的平等权利。在司法方面,自从布朗案被判决以后,这一判决结果冲击了南方和北方传统的社会格局,而且由于这一结果坚定地捍卫了公民自由,因而(在许多人看来)助长了犯罪、无序和道德堕落。有色种族在布朗案的基础上,为取消各个公共场所种族隔离政策而努力,为争取公正待遇而斗争。1963 年的盛夏,马丁·路德·金(Martin Luther King)在华盛顿发表演讲,大声呐喊“我有一个梦想”,这成为那个时代的标志。民权运动结束了法定的种族隔离制度和被剥夺的选举权体制,也唤起了许多有关社会平等和经济平等的期待,而这些问题单靠法律本身无法满足,许多领域也无法完善。^①

这个时候,出生于二战后婴儿潮的那一代已经长大成人。到 1970 年,美国一半以上的人年龄在 30 岁以下,800 万以上的美国人在大专院校就读。这些年轻人在前所未有的财富、机遇和困惑中走向成熟。^② 在人们看来,像美国这样一个富裕的国家还存在贫穷与种族歧视,实在是一种悖论:一方面宪法规定的人人生而平等的思想,另一方面大城市里黑人事实上的不公平的生活;一方面政府声称其维护和平的意愿,另一方面又在越南战场上投入了大量的人力物力。随着难以解决的社会问题和不满的增多,年轻人最初的理想主义逐渐演化成对权威的反抗,以至于对美国文化、政治等各个领域产生了反叛情绪。他们抛弃旧的道德约束,吸食大麻,开

^① 参见[美]艾伦·布林克利:《美国史》,邵旭东译,海南出版社 2009 年版,第 887 页。

^② 参见[美]艾伦·布林克利:《美国史》,邵旭东译,海南出版社 2009 年版,第 890 页。

展所谓的“性革命”。喇叭裤、厚底鞋、披肩长发、蓄须、花衬衫，成为许多美国青年的典型装束，其中的激进主义者们叫嚣：“如果感觉不错，就做吧。”^①这个时期，许多城市出现了大规模的骚乱，骚乱者在表达他们的灰心和绝望。他们的怨恨更多地指向社会体制，而不是针对个人。校园也成为骚乱的场所，在富勒曾经就读的加州大学伯克利校区发生了美国高校中持续时间最长的暴乱冲突，政府出动了国民警卫队进行镇压。在哈佛也出现了类似的暴乱，尽管没有伯克利那样严重。

除了布朗案外，20世纪60年代最高法院在“恩格尔诉瓦伊塔尔案”^②中，裁决在公立学校进行祈祷活动不符合宪法规定，激怒了大批宗教本位主义者和其他宗教人士。在“罗斯诉美国案”^③中，法院严格限制地方政府干预色情活动的权力。“米兰达诉亚利桑那案”^④规定官方必须向犯罪嫌疑犯陈述其合法权利。“贝克诉卡尔案”^⑤要求州立宪必须合理划分选区，使所有公民的投票都具有同等分量。许多这一时期最高法院的判决^⑥被认为“重写了美国宪法主体部分的许多内容”。最高法院从自身的角度回应了约翰逊总统“变革时代”的宣言，大法官们也扮演“一种转化的角色”，以“跟

^① [美]马克·C.卡恩斯,约翰·A.加勒迪:《美国通史》,吴金平等译,山东画报出版社2008年版,第691页。

^② Engel v. Vitale, 370 U. S. 421 (1962).

^③ Roth v. U. S. 354 U. S. 476 (1957).

^④ Miranda v. Arizona, 384 U. S. 436 (1966).

^⑤ Baker v. Carr, 369 U. S. 186(1962).

^⑥ 以上司法判决参见[美]艾伦·布林克利:《美国史》,邵旭东译,海南出版社2009年版,第911~912页。朱瑞祥:《美国联邦最高法院判例史程》,黎明文化事业公司1984年版,第十四章。[美]伯纳德·施瓦茨:《美国最高法院史》,毕洪海、柯翀、石明磊译,中国政法大学出版社2005年版,第十三章。

上 20 世纪社会变革的疯狂速度”。^① 这一时期，社会变革与司法的作用摆在最高法院面前的问题是，究竟司法是维护了社会秩序的稳定还是起到了相反作用？许多人把民权运动中的暴乱归咎于最高法院关于种族隔离以及平等对待一系列案件的判决，把犯罪率的增高归咎于最高法院对刑事案件中人身权利的保护。司法权力是否被滥用或者误用？像布朗案和贝克案，连某些最高法院的大法官也认为司法不应该干涉这些政治领域的问题。^② 法律与秩序是个值得关注的问题。社会局势越发不稳定，激进活动愈多，从另一个意义上表明，民众愈加强烈地渴望寻常秩序与社会稳定。学者们纷纷开始从制度上对社会秩序问题进行反思。

于是，从这一时期开始，富勒几乎把全部的精力都投入到“良好秩序”这一问题的研究中来。他自创了“尤诺米克”(eunomics)^③一词来表示他所谓的“良秩学”，包括诸如自由、民主、政治体制与法律程序等问题，这使其理论和思想的境界更上一层。这一时期，从对“司法、选举和合同这些基本的社会秩序化形式”的持续关注来看，富勒考虑得更多的是对于使人们过上更好生活所需要的良好秩序的探讨。^④ 上述之转变，有心者可以从《灌溉与专制》这篇题目

^① [美]伯纳德·施瓦茨：《美国最高法院史》，毕洪海、柯翀、石明磊译，中国政法大学出版社 2005 年版，第 288 页。

^② 其中的名言就是“最高法院不应当进入这一政治丛林”。在布朗案的讨论会上，杰克逊大法官表明种族隔离问题主要是一个政治问题，“我们的问题是要用一个政治的决断做出一个司法判决。”参见[美]伯纳德·施瓦茨：《美国最高法院史》，毕洪海、柯翀、石明磊译，中国政法大学出版社 2005 年版，第 305 页，第 322 页。

^③ 这个词最早是富勒在 1954 年《20 世纪中叶的美国法哲学》一文中提出的，American Legal Philosophy at Mid-Century, 6 *Journal of Legal Education* 457。萨默斯称其为“社会归序的新科学”。

^④ 参见邹立君：《良好秩序观的构建：朗·富勒法律理论的研究》，法律出版社 2007 年版，第 7 页。

看上去不像法学论文的法学论文中一窥端倪——从灌溉到法律到社会秩序再回到灌溉。最终，有关良秩学的探讨在《社会秩序的原则》一书中集中体现出来，其中在《灌溉与专制》中被提到的社会秩序化形式——射幸式与互惠式，进一步被他细化为九项：习惯法、标准实践、合同、所有权与财产、国内立法、司法、管理性指令、选举、调解与随机决定。这个时候的富勒，其理论背景之后的思想动因来自他对社会的一种关怀，这一关怀不仅仅及于当前的社会，而且指向了未来的社会。

如同在《法律的道德性》和《灌溉与专制》中提到的法律与管理性指令的区别，富勒认为管理性指令模式下的社会秩序与通过法律获得的社会秩序也是有区别的。良秩学是指富勒所做的有关良好的秩序以及对可运行的社会诸安排的研究。^① 富勒关于良秩学的研究在其有生之年并没有完成，许多与此有关的写作在其去世时仍旧停留在计划的层面，没有形成系统的论述。究其原因，良秩学算得上是一个庞大的工程，涉及面广、难度大，这不是单靠法学理论就能独自支撑的大厦。不过富勒在规划这个大厦时，仍然以法学为地基。在这一基础上，最早成型的就是良好秩序背景下的司法理论，突出表现在司法过程和法律程序理论方面。富勒将良好秩序的视角集中于基本的社会 - 法律秩序化程序，从此角度出发，认为司法仅仅是基本程序中的一个部分。可以说，富勒构建出一个全新的框架，将司法问题放到这一框架中进行考量，不仅将司法看作是一种独立的程序机制，还将其看作是社会秩序化的一种

^① 参见[美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社2010年版，第130页。

形式。因此,研究富勒司法过程理论与法律程序理论,不能离开他对良好秩序思考的大框架。

三、司法过程理论

富勒基于社会秩序的角度对司法过程的思考,其实从 20 世纪 50 年代就开始了。对这一问题的思考伴随他走过那个论战时代。不过,关于司法理论集大成的文章——《司法的形式与界限》,直到富勒 1978 年去世后,才由《哈佛法律评论》作为纪念富勒主题的一部分公开发表。大概在 20 世纪 50 年代早期,富勒就在脑海中构造了这篇文章的雏形,并和同事们进行了交流。^① 初稿于 1957 年完成后,富勒将其在法哲学小组和法理学课堂上予以讨论,然后进行了进一步的修改,提交到美国法学会年会之法理学分会上进行宣读。第三稿完成于 1961 年,此稿再次被用到课堂教学中来。^② 这篇文章之所以几易其稿,又被搁置了如此之久迟迟没有公开发表,一定是富勒认为有关此方面的思考还不够完善,需要进一步修改。在这一完善的过程中,富勒将其中的部分思路糅进了 20 世纪 60 年代发表的其他文章中,像《司法与法治》^③、《灌溉与专制》、《劳资谈判与仲裁》^④等,写这些文章时的新想法又重新修正了他的原始观

^① 此文中的重要观点,在著名程序法学派代表人亨利·哈特和阿尔伯特·萨克斯的著作中也有类似的说法,足以证明富勒就这些观点与同事的交流以及他的思想对同事的影响。

^② Kenneth Winston, Editor's Notes of The Forms and Limits of Adjudication, *Harvard Law Review*, Vol. 92 (1978), p. 353.

^③ Lon L. Fuller, Adjudication and the Rule of Law, *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting* (1921–1969), Vol. 54 (1960), pp. 1–8.

^④ Lon L. Fuller, Collective Bargaining and the Arbitrator, *Wisconsin Law Review* 3 (1963).

点。从这些文章中可以看出富勒在晚年时期将自己的学术能量用在了哪些方面。^① 所以，对富勒 20 世纪 50 年代后的文章进行总体审视，特别是《司法的形式与界限》一文，可以总结出富勒有关良秩序学的总体构想，以及相对完整且具有重要基础性意义的司法理论。

富勒在其司法理论中，将司法的范围界定得很广，小到家长解决孩子们因争夺玩具引起的纠纷，大到国会弹劾总统。社会秩序化视角下的司法不仅仅指人们想象的中行使司法权的法院，还及于像劳资关系、国际法这样的“司法体”。这些“司法体”中的权力取决于他们内部以协议为中心的服从。所以，像纽伦堡审判与东京审判中的国际法庭也是这种司法体的形式。^② 于是，在这样一个司法的功能范围内，什么样的社会任务可以交由司法来承担？将这些任务与必须委托给计划部门或公共团体的任务区分开来的边界是什么？这就涉及了司法的界限问题。同样，在此范围内，司法该如何被组织和引导？这就涉及了司法的形式问题。

美国独立战争后，制宪立国，国家和人民的各项权利被认为是宪法所赋予的。三权分立中的司法权的本质是判定各项行为是否符合宪法的规定，司法审查被认为是宪法制度的核心原则。^③ 从这个意义上说，美国的法律制度整个都是以司法为核心的，这就可以解释为什么最高法院的判决具有这么重大的影响。富勒认为，司法又是以“参与”为核心的。从程序上看，作为社会秩序化形式的

^① Kenneth Winston, Editor's Notes of The Forms and Limits of Adjudication, *Harvard Law Review*, Vol. 92, (1978), p. 353.

^② Lon L. Fuller, The Forms and Limits of Adjudication, *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2 (1978), p. 354.

^③ 参见马布里诉麦迪逊案, *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137 (1803)。

司法与三权分立中的立法与行政不同,立法的秩序化形式表现为“制定法”,而行政更多是以“管理性指令”为基础。三种不同的秩序化形式共同运作时,如何确定司法与其他二者之关系?比如当司法的适当运作与立法权发生“碰撞”时,通常引起“司法造法”是否造成对立法权的侵犯以及“司法造法”有没有合法性的争议。富勒对这一问题的思考,最早可以追溯到30年代关于法律拟制与法律现实主义的那些文章。但是此时,在社会秩序的框架下,富勒给出了新的见解。

富勒进一步说明,司法应该从社会秩序化的角度加以看待——司法应该被看作是一种人与人之间的关系受到管理和调整的途径,并且要通过与其他秩序化形式的关联来比较来看待司法。^① 司法与一个或多个其他种类的秩序化过程发生关联时,其自身的运作状况关系到其他程序的良性运作。比如,通过比较“合同”与“民主选举”这两种社会秩序化形式,可以发现司法的独特特征以及其运行的基本原则。司法、合同和选举都是为了达成一定目的、解决争议和界定人与人之间关系的方式。合同代表一种典型的基于交换互惠的秩序化形式,当事方通过协商的方式参与其中;选举是一种基于共同目的的组织形式,当事方通过投票的方式参与其中;而司法作为一种社会秩序化形式则是提供给当事方提交证据及理智地为己方利益辩论的机会。^② 与合同过程及选举过程不同,司法过程的独特之处在于通过司法的形式提供给当事人

^① Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2 (1978), p. 357.

^② Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2 (1978), p. 363.

参与讨论他们之间利益的一种机会，从而使双方可以以此来了解对方究竟主张什么，并使双方有机会反驳对方的主张。离开了这样一个过程，司法就无法明显地区别于其他社会秩序。因此，真正的司法过程，也是一个“实然与应然”的集合体，包含了当事人应该如何公平参与的观念。这种特征还为司法过程提供了一个合法性的来源。

除此之外，司法还具有理性参与的特征，而其他形式则不必如此。以合同为例，当甲乙双方签订合同时，一方可能会提供证据并对之论辩，但这里没有正式的条款来确保甲方拥有此种机会或乙方一定要倾听他的论辩。同样，在选举中，甲也许会积极地参加竞选并且向选民陈述其认为理性的论辩，但是选民不必须倾听甲的论辩。这里，选民在辩论时睡大觉不受什么谴责，而法官在法庭辩论中打瞌睡则大不相同。相应地，在司法过程中，作为理性辩论产品的判决必须准备接受理性的检测。人们要求司法判决具备某种理性，而对于选举和合同的结果则没有同样的期待。司法保证作出理性决定在于提供给当事人参与的机会。

由此我们可以看出，富勒始终围绕着当事人参与的有效性来讨论司法。也就是说，司法的区别性特征在于，在判决中它未受影响或当事的一方提供了特定的参与形式这一事实，即参与方对有利于他的决定提供证据，并进行理性辩论。^① 增强这一参与的任何东西都将使司法趋于完善，破坏这一参与的任何东西都将损毁司法本身的完整性。从“参与的有效性”这一区别性特征出发，富勒

^① Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2 (1978), p. 364.

认为,在司法审判过程中,对抗制对于司法非常必要。律师一方面在法庭做辩护人——这里维护的是当事人的实体权利,另一方面作为正当程序的维护人来维护当事方的程序性权利。同时根据“参与的有效性”的基本原则,为了确保这一区别性特征,如裁判者不能按照自己的意愿启动案件的发生,裁判者不能依据双方未提出的理由作出判决等,从而产生了证据原则、不告不理原则等司法的次级原则。也就是说,参与的有效性决定了司法程序具有正当性和道德强制力。所以,在富勒看来,司法是一个过程,是手段与目的的结合,因此,这个过程具有连续性和发展性。他认为,手段与目的的不匹配不仅使得程序无法发挥作用,还会让真正的司法审判的道德强制力被不正当地利用,也就是说司法在超出其界限的地方被滥用。

在对司法的界限进行讨论时,富勒提出了多中心任务 (polycentric task) 不适合用司法来解决的观点。他举了这样一个例子:

纽约一名富人去世了,留下了一些名画给一家博物馆和一家美术馆,遗嘱中要求两家“平分”,但没有给出具体分配方案。对任意一幅名画的分配都将影响到对其他名画的分配,无法按照一个统一的标准来确定双方对名画的偏好,并且得到某一个画家的画,可能增加对另一个相关画家作品的需求。^①

上例就是一个多中心任务。法官遇到这种情况,只能担当调解者的角色,或者采用经典的办法:让一方按照他认为公平的方式

^① 参见 Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2 (1978), p. 394.

分配，另一方先选。随后，富勒提出两种方法来解决多中心任务，一是管理性指令，二是合同或者互惠。管理性指令好比棒球教练分配球员的位置和任务。影响管理者做决策的潜在因素，在实践中，直觉是必不可少的。合同或者互惠是指每个利益主体相互间的互惠调整。经济市场能解决极其复杂的问题，如资源分配、产品定价等。富勒还提出博弈论也可作为解决多中心任务的方法。另外，议会方法可以视为以政治交易形式作出的合同，用来解决多中心任务。也就是说，通过使利益相关方聚集在立法听证会上，或者在立法领袖的会议上，达成“利益的兼容”。

哪些问题不适合用司法的形式来解决？这是个与司法如影随形的质问。比如在中国，有句俗话“清官难断家务事”，就是因为家庭内部的事情涉及众多相关方的物质利益和情感关系，而不仅仅是双方的。这样的情况更适合用协商的方式来解决而不是司法的方式。富勒暗示，当一项主张包含了一个不确定的法律前提与能广于被双方所容纳的事实性参考框架时，这一主张就不适合于用司法解决。用专业性的术语来表达，这样的主张不是案件或争议，因此在法院的司法管辖范围之外。^①

富勒对司法过程的探讨，应该是希望司法等社会秩序化形式能够依其目的被适用于它所擅长的领域，在他看来，妄图用一种制度形式来解决所有的问题是不可能的。他在写给布坎南（James Buchanan）的信中说道：

许多年来我一直在研究一个课题，这个课题和您在

^① 参见邹立君：《良好秩序观的构建：朗·富勒法律理论的研究》，法律出版社2007年版，第109页。

《合意计算》一书中所讨论的近似。我有一篇未发表的文章,给它起了个不太令人满意的题目《司法的形式与界限》,我在这篇文章中所分析的是“哪些问题适用于以司法的形式来解决”。就像经济学家验证在自由交易和完全市场的状况下可以做些什么一样……作为法学家的我对司法也提出了类似问题。这一问题跨入劳动和商事仲裁、国际法庭以及行政管理领域。就我所知,我是唯一一个试图在如此宽的范围内解决这一问题的学者。^①

在富勒看来,司法在发挥着重要的作用,同时其他的秩序化形式也在起着作用。良好的秩序是建立在多种秩序化形式共同发挥作用的基础之上的。

当《司法的形式与界限》这篇文章在 1978 年发表时,人们也许会钦佩富勒对社会秩序问题的洞察以及对司法的深入思考。以 20 世纪五六十年代美国社会发生的许多问题为参考背景,有的学者认为富勒的这篇文章可能是对 20 世纪 50 年代布朗案的判决作的隐含的评论。诚然,富勒在文章中的若干观点呼应了 20 世纪五六十年代的一些社会问题,涉及司法在调整社会秩序上的作用和限度。另一方面,从程序主义维度来看,富勒关于“司法作为社会化形式的独特之处在于当事方的有效参与”这一观点,与联邦最高法院在 20 世纪 60 年代的许多判决^②中对当事人诉讼权利的支持不

^① 富勒致布坎南信,1964 年 1 月 8 日。转引自 Nicola Lacey, *Out of the Witches Cauldron, Reinterpreting the Context and Reassessing the Significance of the Hart - Fuller Debate*. From: eprints.lse.ac.uk/23812. p. 27。

^② 参见格里芬诉伊利诺伊州案 *Griffin v. Illinois*, 351 U. S. 12 (1956), 吉迪恩诉温莱特案 *Gideon v. Wainwright*, 372 U. S. 335(1963), 埃尔金斯诉美国案 *Elkins v. United States*, 364 U. S. 206 (1960) 等。

谋而合。最高法院强调的法律面前人人平等，在司法程序中即体现为“参与的有效性”。获得审判记录副本的权利，知道被指控的罪名的权利，获得律师辩护的权利，都可以看作是当事人更有效地参与到司法过程中来这一观点的表现。当人们开始在意司法行为的正当性时，富勒已经给出了自己的相关意见——从程序角度去阐明法治的道德内涵。但是，别忘了，富勒这篇回答了许多 20 世纪六七十年代问题的文章，最早是在 20 世纪 50 年代就开始构思的，初稿在 1957 年即已完成。这不禁令人感叹富勒的前瞻性以及问题意识的长远性。关注司法与时代共同前进的脚步，可以说在这一方面，他比大多数人看得都远，也走得都远。

四、学术常新

1967 年，富勒前往牛津大学访问了几个星期，作为哈特论战的对手，他在牛津尽人皆知。富勒在牛津大学也受到哈特的热情招待，这让他非常惬意。^① 此时的哈特，已经在法理学教授席位上萌生退意，准备将此位传于他和富勒共同的学生德沃金。也正是在此时，接受过富勒和哈特共同指导的学生萨默斯撰文^②宣布“新分析法学”的法哲学流派诞生，这一学派的不少人都因在批评富勒的《法律的道德性》时形成了较为接近的观点而被归为一派。对此，富勒为自己的观点进行了辩护，完成了《对批评者的回应》一

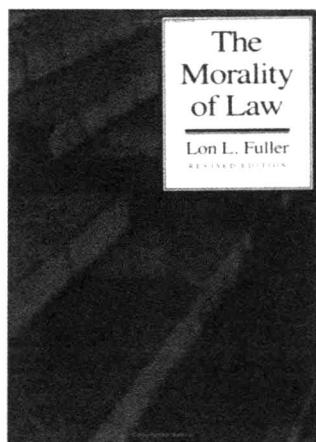
^① 参见[美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社 2010 年版，第 22 页。

^② Robert S. Summers, The New Analytical Jurists, *The New York University Law Review*, Vol. 41 (1966), pp. 861–896; 参见[美]朗·富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆 2005 年版，第 220 页。

文——回应了哈特、德沃金、科恩以及萨默斯，并据此对《法律的道德性》一书进行了修订以及再版。1971年，富勒回到自己曾经的母校加州大学伯克利分校，在那里与艾森伯格（Melvin Eisenberg）一起完成了《合同法》教科书的第三版，并将自己对社会秩序化程序的观点写进了这本教科书中。^①



富勒



《法律的道德性》(再版)封面

1968年，尼克松当选了美国第37任总统。他在担任了两届副总统并经历一次总统竞选失败后，再次冲击总统宝座并终于获得了成功。尼克松作为富勒在杜克大学法学院任教时的学生，在1960年第一次竞选总统时，曾邀请他的老师——富勒出任竞选学术委员会的主席。虽然富勒是一个民主党人，但是他仍然对自己的学生有机会担任美国总统而表现得十分热情，正如他在信中对

^① 参见[美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社2010年版，第23页。

友人讲述的那样，他在竞选活动中一直“竖着耳朵”。^① 尼克松以微弱的劣势败给日后成为总统的肯尼迪后，立刻写信给富勒：“如果有一天我没有机会告诉您我是多么感谢您对我们的事业所做的一切，我宁愿这一天不要到来。”^② 不过，在 1968 年的这次竞选中，富勒却不如前次那样热情了，也没有在尼克松当选总统后参与到政府事务中来。他在 3 年前曾写信给尼克松：

我已决定从此远离政治，作出这个决定主要是因为我目睹了那些去华盛顿参加肯尼迪政府的我的同事的所作所为。我这么说并不是对他们的责难，他们当中的大多数人都为自己将来的学术事业而自我妥协。这是因为他们已经有机会参与到一些事件中来，而事后他们又可以对此报以溢美之词。^③

此后的 1972 年，尼克松连任了美国总统。这年的 7 月 1 日，担任了哈佛大学法学院法理学教授 32 年之久的富勒，从哈佛大学退休，并告别了任期 24 年的卡特法理学讲座教授一职。同年，他应尼克松总统的邀请，随美国代表团访问了苏联，10 年前他也曾出访东欧的几个国家，并将《东欧闻见录》中的一些看法整理成自己对社会主义法律的评论。次年，“水门事件”被曝光，尼克松总统 6 月 22 日公开宣称：“我可以绝对地说，白宫没有工作人员、本届政府现

^① 富勒致罗斯托信，1960 年 9 月 29 日。转引自 [美] 罗伯特 · 萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社 2010 年版，第 20 页。

^② 尼克松致富勒信，1961 年 11 月 8 日。转引自 [美] 罗伯特 · 萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社 2010 年版，第 20 页。

^③ 富勒致尼克松信，1965 年 1 月 1 日。转引自 Robert S. Summers, *Lon L. Fuller*. Stanford University Press, 1984, p. 12。此处引用翻译与中文版翻译略有出入。

在雇佣的人中没有一位，介入这次非常古怪的事件。”^①后来的事实证明尼克松在撒谎。没几天之后的7月6日，白宫一位前任官员声称白宫内有秘密录音带，记录了总统对此事的所有谈话。1974年7月8日，美国诉尼克松案^②开庭。尼克松交出了秘密录音带，录音带证实了尼克松及白宫助理人员确实有涉嫌对水门事件进行掩饰的行为。没多久，尼克松宣布辞职。



“水门事件”后记者招待会上的尼克松

在这场诉讼中，尼克松的辩护人提出，司法系统不得审议总统就其特权所提出的任何要求，即便总统不能获得绝对特权，法院应该认定，根据宪法，总统有权不被传讯。最高法院的判词写道：

宪法起草者设计了三权鼎立的政体，力求建立一个完善的权力体系，但三个权力部门运行时并不绝对独立。
……司法程序的合法需要可以高于总统的特权……我们

^① 参见[美]马克·C.卡恩斯等：《美国通史》，吴金平等译，山东画报出版社2008年版，第685页。

^② United States v. Nixon, President of the United States, 418 U.S. 683.

有史以来便致力于法治。我们必须从历史角度来看待总统的假定特权。我们认为，就刑事案而言，伸张正义就是要对罪犯绳之以法，不能让无辜者蒙冤。从根本上说，这就是法治。我们在刑法上选择了对抗制度，允许当事各方在法庭上就所有问题提出异议。实行对抗性制度就必须弄清所有相关事实。不难理解，做到这一点是至关重要的。如果不弄清全部事实，或是凭主观意识推断事实，并依此作出判决，则刑法的目的就无法实现。司法制度的健全性以及公众对其的信心，取决于在举证规则允许的范围内充分披露所有事实。为确保伸张正义，强制性程序是必不可少的。只有这样，公诉方或是被告才能得到其所需要的证据，法院才能正常运作。^①

这个发生在富勒学生身上的案件，恰恰反映出富勒在《司法的形式与界限》一文中论及的几个问题。本案涉及了美国三权分立的政治体制：立法权、司法权以及行政权的互相制约。其中司法权能否约束行政权，国会中有议员提出对总统的弹劾不是司法审判而是政治事件^②，这就是一个司法限度问题。最高法院的判词中提到的强制性程序，也是富勒所关注的。不知富勒在得知“水门事件”后会作何感想，在看到最高法院的判词后是否对自己提出的司法理论有新的看法。退一步讲，即便不从法律程序角度来考虑，尼克松在这一事件中的表现，并未体现出他自己曾讲过的富勒课程给其最大的收益在于“法律是怎么回事”，以及“法律为什么是那样

^① 转引自朱伟一：《美国经典案例解析》，上海三联书店2007年版，第34~35页。

^② 参见朱伟一：《美国经典案例解析》，上海三联书店2007年版，第32~35页。

运作的”。^① 恐怕尼克松在杜克大学并没有认真领会富勒法律哲学课程的真正价值所在。假设富勒在尼克松 1968 年初次当选总统后进入了政府并成为白宫重要的一员，是否还会发生“水门事件”？或者说在事件发生后，尼克松能否正视错误并交出录音带？历史



晚年的富勒 进入 20 世纪 70 年代，富勒的身体每况愈下。在退休后的几年中，他几乎把所有的时间都用在阅读文献上面，想完成计划中的写作，但可能是由于身体原因，并没有完成关于“良好秩序”的写作。在这时，富勒的兴趣转移到了法律社会学和法律人类学上，他尤其关注结构功能主义、符号互动论、习惯法与一般社会生活的“隐性维度”。^② 他是一个热情的人，与众多——不仅与哈佛校内还包括全美国的许多友人保持着良好的友谊。^③ 书信是富勒与友人交流生活感受与学术观点的重要方式，但是他退休后，信件数量大为减少，包括他与哈特之间的通信。这种情况在富勒一生中只出现过两次，第一次是在二战时期，那时富勒在律师事务所从事实务工作；第二次就是富勒退休后，这次是由于身体原因。

^① 参见本书第二章。

^② 参见[美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社 2010 年版，第 24 页。

^③ Erwin N. Griswold, Lon L. Fuller. 1902 – 1978, *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2 (Dec. 1978), p. 352.

1971 年富勒致信哈特：

您能在百忙中参加在布鲁塞尔召开的世界法律与社会哲学大会吗？我希望能在那时见到您，我是如此地期盼与您的重逢。

富勒敬上

哈特在回信中写道：

很抱歉说不，9 月份我将无法出现在布鲁塞尔，因为我在那时要去旧金山参加另外一个会议。……如果您能抽时间在夏天时借路来伦敦或者牛津，请一定通知我。我很乐意与君再次长谈。

你的哈特上

这次通信成了两个人的最后一次通信。^①

^① 富勒致哈特信，1971 年 2 月 17 日；哈特致富勒信，1971 年 3 月 23 日。转引自 Nicola Lacey, *Out of the Witches Cauldron, Reinterpreting the Context and Reassessing the Significance of the Hart - Fuller Debate*. From: eprints.lse.ac.uk/23812/, p. 37。

第七章 璀璨星空

——富勒的影响

一、生前身后

1978年4月8日,76岁的富勒终于停止了探索学术的人生航行。这个生于世纪之交的孩子,从美国西部的得克萨斯州走出,途经西海岸的帝王谷、斯坦福,雪山下的尤金,大湖边的伊利诺伊州,东海岸的北卡州,最后归根于马萨诸塞州的哈佛大学。富勒去世后,《哈佛法律评论》刊登了一组专题文章纪念他,并发表了他20年前就完成初稿但一直在修改中的《司法的形式与界限》一文。1983年,富勒的遗著管理人温斯顿(Kenneth Winston)将富勒涉及程序问题已经发表和某些未发表的论文整理成集,以《社会秩序的原则》为名出版。^①

富勒有许多构想都未能在生前付诸纸上,也有许多理论仅仅只是铺开而未予以深入讨论。因此,萨默斯认为富勒并没有完全系统地发展自己的观点,也未必总能明确地意识到如何将自己的观点做最大限度的理论化。在某种程度上,正是因为这个原因,富

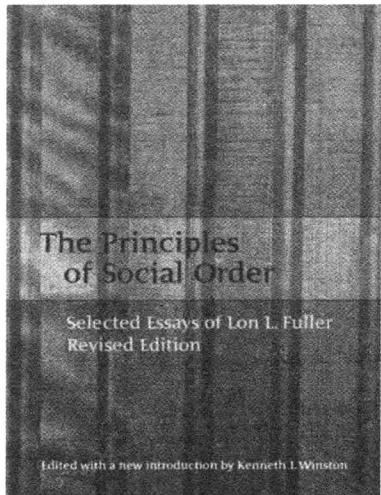
^① 参见[美]罗伯特·萨默斯:《大师学述:富勒》,马驰译,法律出版社2010年版,第24页。

勒著作中的全部精华至今没有得到应有的承认。所以，直到1978年富勒去世，他也未获得应有的评价。^①就连萨默斯本人也曾在20世纪60年代对富勒的某些观点，特别是《法律的道德性》中的一些观点持批评态度。当年富勒的《法律的道德性》一书出版时，出现了大量该书的负面评论，这使他很失望，有一种四面楚歌的感觉。^②

萨默斯记录了这样一则轶事：

富勒的一个学生奥斯本，有一天在兰代尔大楼前遇到提着一捆论文的富勒，于是奥斯本问他在忙些什么。富勒指着论文说：“他们攻击我的那本《法律的道德性》。”奥斯本问：“又有攻击？”富勒有些生气地回答：“又是一个，这个攻击可不会被忽视。”然后，富勒和奥斯本握了握手，大步流星地朝兰代尔大楼拾级而上。^③

由此可见，富勒的观点当年在许多人眼里并非真知灼见。不



《社会秩序的原则》英文版封面

^① 参见[美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社2010年版，序言第1—2页。

^② 参见[美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社2010年版，第21页。

^③ 参见[美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社2010年版，第21页。

过,若干年后,回头再想想他之前说的话,会发现很多一语中之处。萨默斯自己也说,在70年代末,自己重读富勒的著作后,对富勒有了新的认识,并且由此对富勒采取了一边倒的认同。^①如今,当我们再去看《法律的自我探寻》、《法律的道德性》、《司法的形式与界限》这些著作作为文章时,不得不佩服富勒那种过人的前瞻性。因此,富勒在身后反而得到了比生前更高的评价。

如果把人类的历史比作夜空,那么一些伟大人物的思想就像夜空中的繁星,没有这些闪烁的繁星,夜幕就会漆黑得让人备感畏惧。孟子曾经评价孔子的思想说:“天不生仲尼,万古如长夜。”正是这些伟大人物的思想,照亮了人类在漫长与无限的不可知中前行的道路。在这些人中,许多天才的思想如夺目的流星,刹那间惊人的闪耀将黑夜映如白昼;也有许多人的思想并未那般耀眼,但是在黑夜中,它总在星空中那个位置,能帮人立刻辨清方位。像富勒这样无时无刻不在思考的思想者,他的思想会成为璀璨星空中的哪一颗?

富勒的学生萨默斯在其师作传时曾说道,他所写的传记只是对富勒认同式的一般性介绍,而非确定的评价,并且他认为,试图作出这种确定性的评价无论如何都为时尚早。的确,像富勒这样具有长远眼光的思想者,他所关注的问题往往深邃而永恒,他的思想如醇酒般历久弥香,使我们这些试图把握他思想的人总是感到很迷茫。不过我还是想通过对富勒学术人生的一个总体回顾,感受一下富勒在思想史中的重要性。在这里,这种回顾也是必要

^① 参见[美]罗伯特·萨默斯:《大师学述:富勒》,马驰译,法律出版社2010年版,序言第1页。

的，因为前面按照生平介绍了富勒在每个时期的主要思想和成果，这样虽说可以纵观他思想发展的过程，但对一些理论或观点来说，分散于各个时期内进行介绍总是欠缺整体性。这种整体性对了解富勒又是如此的重要。

二、富勒的几点思想渊源

在富勒的早期求学经历中，对他产生重大影响的是他学习经济学的经历，这往往被许多研究富勒的人所忽视。如今，不少学者开始渐渐认识到这一点，如格鲁克曼（Max Gluckman）写过一篇文章《论富勒对经济学的借鉴》^①。经济学对富勒的影响主要有三个方面。

其一，古典政治经济学崇尚道德哲学，视经济与道德一体的思想启发了富勒关于法律与道德关系的思考。在古典主义经济学家中，大部分人认为经济活动是为终极的道德目的服务的。富勒在他的法学研究生涯中，始终坚信法律是有价值负担的，因此他一直主张法律与道德的不可分性，并与以各种形式对法律的“实然与应然”进行区分的观点做斗争。在这一方面，虽然可以将“法律与道德之间的关系”追溯到亚里士多德及阿奎那的自然法传统那里，但是，不能认为富勒在继承这一传统时，一点儿也不受经济学思想的影响。

其二，古典主义经济学分工与交换学说下的互惠主义，促使富勒关注社会关系中人与人交往的意义。亚当·斯密认为，交换行为可以促使个人增加财富，此等过程将扩大社会生产，促进社会繁

^① Max Gluckman, On Fuller's Use of Economics. 该文原文未查找到。

荣，并且达到私利与公益调和的目的。富勒在读斯密的著作时称这是“伟大的著作”^①，在富勒有关社会秩序化形式的论述中，可以看到很多他基于经济学交换作用而形成的观点，比如，他认为立法是立法者与人民之间的一项互惠活动，社会中其他秩序也都以互动的形式存在。富勒认为相互交往的人出于理性而行动，这种交往不仅仅是一种生存的手段，还是一种生活的方式。他说：“如果我们被迫选择一项支持并鼓舞着所有人类愿望的原则的话，我们会在保持与我们的同类的交流这一目标中找到答案。”^②在《灌溉与专制》一文中，富勒用实例论证了人们之间通过互惠而达成的那种良性运作。富勒还认为契约也是历史上几经周折形成的互惠形式之一，他对互惠的推崇可以很明显地从他的合同法中看出。因此，富勒主张通过保持人们交往渠道的畅通，来实现良好的社会秩序。

其三，经济学为富勒今后研究法学问题乃至社会学问题提供了另一种方法和角度。富勒的法学研究生涯是从与经济有关的问题着手的，如他的第一篇关于土地时效占有的文章，第一个财产法领域的教学岗位，等等。他从 20 世纪 30 年代起对合同的研究参考了大量经济学家的著作。富勒的代表作《法律的道德性》，采用了很多经济学的理论，如边际效用等。富勒的许多观点都可以从经济学方面来思考，如：保持交流渠道的畅通，可以理解为减少交易的成本；通过互动形成良好的秩序，相应地可以理解为卡尔多－希克斯改进（Kaldor－Hicks Improvement），即通过交易不但使交易双

① [美]L. L. 富勒、小威廉 R. 帕杜：《合同损害赔偿中的信赖利益》，韩世远译，中国法制出版社 2004 年版，第 22 页。

② [美]朗·富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆 2005 年版，第 214～215 页。

方获得了收益，同时也没有损害其他人的利益，使社会的总体福利增加。

在其法律过程理论中，富勒表达出这样一种思想：人们之间的互惠交往是法律的正当性之一，如合同这种法律形式。萨默斯也认为，在亚当·斯密式精神的启发下，富勒认定合同程序的某种正当性在于：它“使得互惠原则在人们脑中生动起来，而这一原则是社会中所有生命的基础。那些常常与他们进行交易的人是这样一个群体：他们认识到了人类活动的相互关系，并且知道为什么某种形式的给予和索取一般来说对于生存具有本质的意义”^①。因此，我认为，由于受古典经济学的影响，富勒思想总体上略倾向于自由主义，他眼中的良好社会秩序是以人与人之间交往的自发性为重心的。从而他对罗斯福新政的经济管制手段抱有微词，认为新政用法律的手段干涉了许多不该法律干涉的领域。

经济学的目的观也影响了富勒关于“手段—目的”关系的思考，但是，在这方面，最终的影响应该说不是来自英国，而是来自德国，特别是来自耶林那里。或许耶林是影响富勒最深的一位学者，萨默斯说富勒很早就阅读过耶林的著作，这在一定程度上解释了他为何对法律的目的情



耶林

^① Lon L. Fuller, *The Problem of Jurisprudence*, Temporary ed., Foundation Press, 1949, p. 732. 转引自[美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社2010年版，第144页。

有独钟。^① 富勒曾经批评过不注重法律之目的的形式主义法学、现实主义法学以及实证主义法学，并以法律的目的性为武器，批判德国纳粹的法律。他提出，在理解法律时，不能仅仅理解法律表面的意思，还要深入理解法律所包含的目的，“法规则只有参照它们所服务的目的始能被理解”^②。在他眼中，对目的的重视再怎么强调也不过分，不但合同法如此，包括判例在内的普通法和一般制定法都应该如此。因此，对法律的目的性解释是富勒所支持的主张，也是他认为的将法律“实然与应然”结合在一起的方式。他曾经给友人写信说：

当依据目的处理规则时，“是”与“应当”便不可避免地融为一体；相反，倘若竭力保留“是”与“应当”之间那种肤浅而僵硬的分离，将会使得我们把法律看作没有目的而徒有其表的实体。^③

也正是由于和“目的小姐”的情愫，富勒提出了“法律是一项使人们服从于规则之治的事业”这一贡献性主张。富勒在这一目的指引下，倾其一生致力于构建他所设想的使人们服从规则之治的秩序。

三、富勒的贡献

富勒在法理学方面的另一项重要贡献是在法律程序方面，萨

^① 参见[美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社2010年版，第262页。

^② [美]L. L. 富勒、小威廉 R. 帕杜：《合同损害赔偿中的信赖利益》，韩世远译，中国法制出版社2004年版，第1页。

^③ 富勒致帕特森(E. W. Patterson)信，1941年1月6日。转引自[美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社2010年版，第208页。

默斯称富勒为法律理论史中最伟大的程序主义者。^① 在美国，法律程序学被认为是法理学现代化的第三个阶段。尽管法律程序学派在 20 世纪 50 年代兴起，但从第二阶段的现实主义运动向法律程序学的演进则被认为始于二战之前，富勒最早在 40 年代初期为这一演进提供法理学根源，这体现在他的《法律的自我探寻》一书中。^② 法律程序学派的两位主要代表人物，哈佛法学院的亨利·哈特（Henry Hart）和阿尔伯特·萨克斯（Albert Sacks）是富勒的同事兼朋友，他们都说在与富勒的讨论中得到了不少的启发。作为美国经典的程序方面的教学材料，他们二人合著的《法律程序》一书有受富勒影响的痕迹，其中从不少章节都可以看出是追随了富勒界定司法界限的观点——决定在什么情况下优先选择司法的形式来解决问题。^③ 法律程序学在美国法理学发展进程上要回应的是如何解决法治和司法决策正当化的问题，特别是在冷战这个历史语境下，如何捍卫法治与法律的客观性。^④ 从这个角度来看，我认为富勒对法律程序学的最主要的两个理论贡献在于他提出的“法律的内在道德”与强调有效参与的“过程论”。法律的内在道德主要和立法方面有关，也就是法律之所以成为法律的前提。对于内在道德，富勒提出了法律制度作为整体必须满足的八项要求，此乃实现法治的理想前提，法律基于此而获得正当性。对于这一点，富勒

^① 参见[美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社 2010 年版，第 3 页。

^② 参见[美]斯蒂芬·M. 菲尔德曼：《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想》，李国庆译，中国政法大学出版社 2005 年版，第 221 页。

^③ 参见[美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社 2010 年版，第 25 页。

^④ 参见[美]斯蒂芬·M. 菲尔德曼：《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想》，李国庆译，中国政法大学出版社 2005 年版，第 6 页。

的对手也不得不承认其合理性。富勒提出的这种内在道德又被称为“程序自然法”，富勒是第一个将自然法从实体扩张到程序方面的学者，这一扩张代表了传统自然法向新自然法也就是世俗自然法的发展。同时，富勒与哈特的论战促使了自然法学说的复兴，富勒被认为是那个时代英语世界世俗自然法的旗手。^① 富勒为程序法学做的第二个重要贡献是对法律过程重要性的强调，主要和法律的运行方面有关。富勒将“当事人的有效参与”作为司法区别于其他社会秩序化形式的特征，这种有效参与也是司法活动获得正当性的渠道。现在我们所提到的“形式正义”或“程序正义”的理念都可以在富勒那里寻得源头。富勒还分析了司法活动发挥作用的区域，与之相对照，他将人与人之间的交往、调解、谈判等也纳入了法律运行阶段中的秩序化形式来考量，从而构建了他有关法律过程理论的基本框架。萨默斯认为富勒是第一个将“法律过程”而非“法律规则”或“法律体系”作为分析法律更为基本的单位的主流学者。^② 富勒对程序方面的这两个贡献，如果置于法治的总体框架下审视，那么也可以视为一体：二者的出发点都是寻求法律制定或是法律运行的正当性，而这种正当性的支撑点在富勒眼中就是“人与人之间的互动”。前者的正当性体现于立法者与普通民众之间的互动——构成了法律的内在道德，后者的正当性体现于法律运行中当事人之间的互动——构成了有效参与。于此，我们也可以察觉出富勒本人对法治问题的一个整体思考，以及发现他有关法治

^① 参见[美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社2010年版，第2页。

^② 参见[美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社2010年版，第2~3页。

思想的连贯脉络。

富勒在合同法方面的贡献也是有目共睹的。在这里，引用更为权威的萨默斯的原文：

富勒的独到贡献在于，增进了人们对以下主题的理解：“合同”责任的实质和形式根据、合同救济的范围，尤其是权利与救济之间的相互影响，合同法中信赖利益本身的重要意义，意思与默示推定在合同分析中的作用。富勒有关合同法的论著和教学活动虽不多，影响力却惊人。他的观点影响了法院，也影响了于1981年发布的《第二次合同法重述》。尽管合著者在目前的版本中不再开篇即讨论救济这个主题，但他的案例教科书至今仍在被广泛使用。《合同损害赔偿中的信赖利益》一文已经成为美国合同法领域引用频率最高的文献。富勒还影响了很多学者，包括当今该领域最重要的学者：牛津大学的帕特里克·阿蒂亚。无疑此种影响力部分源于富勒顶级法律理论家的地位。然而，一定还会有除此之外的其他原因。无论如何，合同与法律理论的联姻已经展现了非同寻常的发展前景，这早已屡见不鲜。^①

富勒在法律教育方面的贡献，前文第四章已述，此处不表。

尽管对法理学有上述贡献，但富勒在美国从来就不是一个主流法理学家。在富勒有生之年，美国的主流法理学被认为是由实用主义哲学、社会法学和法律现实主义所构成的实用主义工具论

^① 参见[美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社2010年版，第215页。

法学,这种主流法学代表人物是霍姆斯、格雷、杜威、庞德、宾汉、卢埃林、库克、摩尔、弗兰克等。^① 也就是说,在 20 世纪美国四大法学家中,霍姆斯、庞德、卢埃林都是美国主流法学的代表,只有富勒是一个非主流。有意思的是,在富勒的文章中,这些主流法学的代表人物都或多或少地被他批判过。萨默斯曾经在《富勒与美国主流法哲学》一文中总结了主流法哲学与富勒观点不同之处在于如下几方面认识上的差异:基本价值观,手段与目的,法律的有效性和法律创制,法律和社会科学的关系,法律秩序化的形式、强制、官员的作用以及良好法律的标准。^② 这样看来,富勒好像是与主流法学唱反调,正因为如此,他的许多观点在生前并未得到充分的肯定和认同。或许,人们看到的大部分都是主流法学的快速发展,以及这种法学如何推动着美国司法改革的进程,那些像富勒这样不在主流行列中的思想家往往就被遗忘了。但是,事实并非如此。否则富勒作为一个非主流法学家,又是如何能和其他三位主流学者相比肩的呢?

作为一个非主流法理学家,富勒注定要以一个批判者的姿态去面对主流法学,他的一生好像也总是在批判与被批判还有论战中度过。他最早曾经和现实主义者在同一战线上批评形式主义和概念主义,后来转而批评现实主义,从 20 世纪 40 年代起,他开始持续不断地批评实证主义并与之展开论战。值得注意的是,富勒对这几种法哲学观念的批评并不是各自独立而是相互联系着的,其

^① Robert S. Summers, Professor Fuller's Jurisprudence and America's Dominant Philosophy of Law, *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2 (Dec. 1978), p. 434.

^② Robert S. Summers, Professor Fuller's Jurisprudence and America's Dominant Philosophy of Law, *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2 (Dec. 1978), p. 434.

中的关联就是富勒始终认为法律的“实然与应然”不能截然区分，而以上几种法哲学观都以不同的方式区分二者。富勒的批评随着其学术功力的不断加深也愈发犀利。1940年，富勒发表了《法律的自我探寻》的讲座之后，耶鲁大学的麦克道格尔（Myres S. McDougal）评论这篇文章时用了这样一个题目：《富勒 VS 美国现实主义者：一次调和》^①。在该文中他认为一方面富勒对美国法律现实主义的批评虽然是一场交锋，但是从另一方面来看，富勒的批评也指出了现实主义的许多不足之处，其纠正作用可以帮助现实主义者不至于过于偏激，有着相反相成之功效。确实，富勒与现实主义者之间通过交锋产生了一种调和的趋势。将这种调和扩而论之，也适用于富勒一生与整个美国主流法学的相互作用，用《哈佛法律评论》编辑们的话说就是：“我们的主流法哲学应该吸纳富勒教授的思想，而且这种吸纳确实已经开始了。”^②正是因为有了富勒这样在道德怀疑论的嘘声中固守道德观念而毫无惧色的批评者，不断地对主流法学提出“必要的修正”^③的观点，美国主流法学才能持续地保持繁荣。也正是因为有了他的批评，人们才可以听到一种在嘈杂中却依然清晰的声音，提醒着人们在热情中保持冷静，在忠于法

^① Myres S. McDougal, *Fuller v. the American Legal Realists: An Intervention*, *The Yale Law Journal*, Vol. 50, No. 5 (Mar. 1941), pp. 827 – 840. 原文中的“intervention”既有调和的意思，又有交锋的意思，我在此也将题目中的“intervention”翻译为调和。

^② Robert S. Summers, Professor Fuller's Jurisprudence and America's Dominant Philosophy of Law, *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2 (Dec. 1978), p. 434, 见编者序。原文为：Our dominant philosophy of law should accommodate, and may indeed already be in the process of accommodating, the thought of Professor Fuller.

^③ Robert S. Summers, Professor Fuller's Jurisprudence and America's Dominant Philosophy of Law, *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2 (Dec. 1978), p. 433. 原文为：His writings, more than those of any other theorist of his day, provide pragmatic instrumentalism with needed correctives.

律规则时不忘对法律之善的目的性追求,在强调客观的事实时不
忘人自身的理性。由此看来,富勒虽然也接受了美国实用主义哲
学的某些观点,但他本质上仍然是一个理想主义的人,对理想与理
性无比执着。所以,萨默斯评价富勒说:“对法理学的理想,没有人
比他更为热心了!”^①

正因为如此,在纵观富勒整个学术生涯之后,我想将《美国法
律现实主义》、《法律的自我探寻》、《实证主义与忠实于法律——答
哈特教授》、《法律的道德性》、《司法的形式与界限》这些作品单独
列出,作为其路标式的著作。从这些作品中不但可以把握富勒的
主要思想是如何一步一步演进的,也可以从侧面看清美国的法哲
学是如何一步一步发展的。帕沃斯(William Powers)这样评价过富
勒:富勒凭借其令人信服的观点成为20世纪美国法理学的焦点人
物之一,对富勒的认知就是了解20世纪美国法哲学的一把钥匙。^②
所谓当局者迷,旁观者清。作为一个主流法学的批评者,富勒眼中
的美国法学思想发展史可能是更为客观的。在这个意义上,富勒
当之无愧地被称为20世纪美国最有影响力的法学家。

四、富勒的个性

像富勒这样总是以批评者面孔出现的人,在人们印象中应该
始终像斗士那样的横眉冷对或保持反对派那样的桀骜不羁。虽然

^① Robert S. Summers, Professor Fuller's Jurisprudence and America's Dominant Philosophy of Law, *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2 (Dec. 1978), p. 449. 原文为:For truth in jurisprudence was his ideal, and about this no one cared more passionately.

^② 参见 William Powers, Lon L. Fuller by Robert Summers, *Duke Law Journal*, Vol. 34, No. 1 (Feb. 1985), p. 221, p. 236。

在学术论争中，富勒对对手丝毫不留情面，但是现实中富勒却是一个热情和蔼、极具亲和力的人。热情，可能是得克萨斯人的天性，和蔼则应是他在新英格兰地区形成的那种气质。

作为同事，富勒给周围的人带来强大的感染力，两位曾任哈佛法学院院长的富勒的同事曾给予富勒很高的评价。埃尔文·格里斯沃尔德称赞富勒：

现代最伟大的法学教师和学者之一。比起美国任何一位法律教师，富勒在他的法理学课堂上影响了更多的美国法学院学生，激发了他们在法律方面更为深邃的思想。他天生是一位教师，富有活力又和蔼可亲。富勒的一项重要贡献就是使法理学这门课程在法学院变得重要起来。坚定同时谦逊，他不仅仅是那种让人尊敬的同事，而且是那种有强大感染力的同事，对同事的生活和思想都产生了影响。^①

萨克斯说：

他（富勒）给同事留下最深刻的印象就是他深邃的思想。他的感染力不仅表现在学术论坛上，还表现在办公室、午餐食堂、晚餐会、走廊以及教员会上。^②

富勒的这种感染力来自于与同事们对学术问题的讨论，甚至可以称为争论。只要是他认为不对的，他一定会争论不休。富勒

^① Erwin N. Griswold, Lon L. Fuller. 1902 – 1978, *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2 (Dec. 1978), pp. 351 – 352.

^② Albert M. Sacks and Eyuin N. Griswold, Lon L. Fuller, *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2 (Dec. 1978), p. 349.

的一生有不少时间是在论战中度过的,作为一个批判者,他勇于和对手进行争论,绝不轻易妥协,在这方面甚至可以用“好战”一词来形容他。这也许和他的性格有关,在中国人看来,属虎的人总是不愿服输。莱西曾说富勒对别人对他观点的看法很敏感,对那些赞同者,富勒会愉悦地报以温词,而对那些反对的观点,则会想尽各种理由予以反驳。^① 对那些没有理解自己观点的人,富勒还会发些牢骚进行抱怨。麦考密克在他的著作《大师学述:哈特》里曾说:

一旦我们通盘考虑,对哈特的整个法哲学持有一种全局性观点,我们就不得不拒绝(甚至是带着气愤地拒绝)朗·富勒对作为法哲学家的哈特的某些中伤。在《法



富勒和同事在一起

^① 参见 Nicola Lacey, *Out of the Witches Cauldron, Reinterpreting the Context and Reassessing the Significance of the Hart - Fuller Debate*. From: eprints. lse. ac. uk/23812/, pp. 15 – 22。

律的道德性》的修订版中，富勒主张^①，哈特的法律理论（或出于无意，或出于有意）本质上是管制主义的法律理论。^②

麦考密克此处用“中伤”一词来形容富勒对哈特的批评，我想，恐怕他本人并没有深入地了解富勒。富勒在这里只是对哈特学术观点的评论，并未带有任何人身方面的攻击。可以说，在学术观点上，足够用“憎恨”一词来形容富勒对实证主义的态度，这完全出于他认为实证主义制约了法哲学思想的发展，而不是认为实证主义法学家本人是个无可救药的人。他曾经给《法律的道德性》一书的批评者科恩写信说：

我不认为我像您所描述的那样是个被困扰的角色，
相反我认为您所批评的正是我所认为正确的地方。……
不过，我希望您对我的回应不会生气，因为我未曾因您的
批评而产生些许恨意（rancor）。^③

在给另一批评者霍尔的信中说：

直率地讲，我认为您的观点是对读者的一种误导，我
的这一想法丝毫不含对您的恨意（rancor）。……请不要

^① 麦考密克认为富勒抓住了哈特的如下评论：“在极端的情况下，内在观点……可能局限在官员的世界中……只有官员可能去接受并使用法律效力的体系性标准。生活在这样的社会中可能像可悲的羔羊一样；羔羊的重点可能是屠宰场。但是没有任何的理由认为这里并不存在法律体系，或者不称其为法律体系。”

^② [英]尼尔·麦考密克：《大师学述：哈特》，刘叶深译，法律出版社2010年版，第286~287页。

^③ 富勒致科恩（Marshall Cohen）信，1965年6月28日。转引自 Nicola Lacey, *Out of the Witches Cauldron, Reinterpreting the Context and Reassessing the Significance of the Hart - Fuller Debate*. From: eprints.lse.ac.uk/23812/, p. 18。

认为我在生气,我是如此地喜欢并尊敬您及您的著作。^①

从这些书信中可以看出,富勒并未因遭到批评而愤恨批评者,相反地,他和批评者们有着不错的关系。至于他对别人的批评,也纯粹是对事不对人。

作为一位学者,富勒的热情天性可以在他的作品中反映出来,那就是对法律这项事业的热爱和对法律应然之善的执着——这种热情使他不断地批评别人也遭到了不少的批评。他不仅仅热情地去研究学术,也热情地推动了法学院的教育改革。同时,作为法学院的一位老师,富勒总能把课堂气氛调动起来,他总能设计出引人深思的寓言,将那些晦涩的理论用简单生动的实例表示出来。作为一位作者,他笔下之文或是法律观点,或是推理过程的变化,均能给人优美之感而绝无乏味枯燥之憾。富勒的语言表达才华,对于他的学生和读者来说,都令人感到愉悦。上他的课或者读他的书,既是一种思考的体验,又是对他本人热情的感受。本来枯燥抽象的法理学,在富勒那里变得生动有趣,这也许可以命名为“富勒法理学”吧。

作为朋友,富勒“一副热心肠,没有一点儿虚荣心”^②。因此他在各个领域都有不少的朋友:法学界、教育界、经济学界、社会学界等。富勒和学生们也保持着不错的关系,哈佛法学院图书馆珍藏了不少他与学生之间朋友般口气的往来书信。富勒帮助过许多

^① 富勒致霍尔(Jerome Hall)信,1958年4月28日。转引自 Nicola Lacey, *Out of the Witches Cauldron, Reinterpreting the Context and Reassessing the Significance of the Hart - Fuller Debate*. From: eprints.lse.ac.uk/23812/, p. 20.

^② Nicola Lacey, *Out of the Witches Cauldron, Reinterpreting the Context and Reassessing the Significance of the Hart - Fuller Debate*. From: eprints.lse.ac.uk/23812/, p. 2.

人，包括博登海默和凯尔森。尽管他曾经严厉地批评过凯尔森的实证主义，但他依然四处奔走，为前来美国避难的凯尔森谋求一份教职职务。他在推荐凯尔森的信中这样写道：

我认为有凯尔森这样一位学者做同事是非常令人兴奋的。他是个风趣的人，完全不同于典型的古板日耳曼学者。他的课程给人以简洁之感，我想没人能在其中发现一点多余的东西。而且他的英语非常流利，虽然在表达方式上会有些小口误，但是这丝毫不影响理解。^①

他还这样劝说校方接受凯尔森：

用一份如此低廉的薪水请到像凯尔森这样的世界大牌学者，此等机会实在难得！^②

有意思的是，富勒和两位哈特保持着长久的友谊，一位是他的同事亨利·哈特，另一位是他的对手赫伯特·哈特。

热情地参与各种社会活动是富勒的一项兴趣。莱西曾经评论富勒是一个热衷政治的人，从他在二战时期的政治主张，以及对尼克松竞选的关注和亲身参与可以看出。但是在萨默斯看来，富勒并不是莱西所说的那种天生的“政治动物”(a political animal)^③，他对政治的兴趣可能来自对组织机构内活动的兴趣。像富勒这样精

^① 富勒致杜兰大学法学院院长信，1942年1月10日。转引自 Nicola Lacey, *Out of the Witches Cauldron, Reinterpreting the Context and Reassessing the Significance of the Hart – Fuller Debate*. From: eprints.lse.ac.uk/23812/, p. 12。

^② Nicola Lacey, *Out of the Witches Cauldron, Reinterpreting the Context and Reassessing the Significance of the Hart – Fuller Debate*. From: eprints.lse.ac.uk/23812/, p. 12.

^③ Nicola Lacey, *Out of the Witches Cauldron, Reinterpreting the Context and Reassessing the Significance of the Hart – Fuller Debate*. From: eprints.lse.ac.uk/23812/, p. 12.

力充沛、喜好活动的人,在教学之余参与了多种活动,包括他本人亲自发起的法学院法哲学读书小组、美国法律和政治哲学协会,担任领导职务的国际法哲学和社会哲学协会、哈佛法学院法律教育委员会,以及担任美国仲裁协会的仲裁员、伯利恒钢铁公司规划部的仲裁员、麻省理工学院实验室技术仲裁员、欧洲学术翻译出版物委员会联盟成员、美国法理学期刊编辑理事会成员、基础出版社编辑理事会成员、洛克菲勒基金会顾问等等。^① 与其说富勒对组织内部政治活动感兴趣,不如说是这些社会组织运行的秩序吸引了富勒。他的政治主张与政治倾向更多地与他的性格有关。在这个意义上,具有热情好动性格的属虎的人都可以被称为“政治动物”。

萨默斯说,富勒“很喜欢音乐,尤其是歌剧。阅读也是富勒的消遣方式,特别是德文书籍”^②。富勒的遗著管理人温斯顿在查看富勒的私人图书馆时发现富勒阅读了千百本书,并做了大量笔记,这些书有些与法律有关,有些则无关。富勒广泛的阅读面,造就了他从不同角度来论证法律问题的方法。“毫无疑问,在其活跃的学术生涯中,富勒常常将自己每个工作周的大部分时间都花在了读



汉斯·凯尔森

^① 参见[美]罗伯特·萨默斯:《大师学述:富勒》,马驰译,法律出版社2010年版,第20页。

^② [美]罗伯特·萨默斯:《大师学述:富勒》,马驰译,法律出版社2010年版,第15页。

书上，无论他身处何地。”^①除了阅读，烹饪、木工、园艺、摄影也是富勒的爱好。这些爱好有一个共同的特点，就是都强调“运作过程”。由此可见，尽管是业余生活里的爱好，但这些也反映出富勒学术上的兴趣——他的爱好所涉及的活动，都“具有独特的、毋庸置疑的‘内在秩序’”^②。

五、富勒的遗产

作为法学家的富勒在学术上有着独创的理论，在生活中又个性鲜明。学术方面的造诣只是一个人的一个方面，这个方面所体现出来的“人”，往往让人觉得有些“远”。离开学术领域，我们看到，生活中的富勒是个颇具性格魅力的人，这让人觉得他离我们很“近”。由远及近，在了解了生活中的富勒的个性之后，再回到学术方面，究竟富勒的性格对他的学术生涯有何影响？除了他留给我们的著作外，富勒还给我们留下了什么？这些遗产将会对我们有什么影响？萨默斯曾经预言，由于多样复杂的原因，富勒思想中丰富的内涵可能在将来比其生前更被人们所重视。^③这一预言，在今天看来，可谓一点都没有说错。

我们前文提到的“洞穴探险者之案”一直被称为法理学经典案例，许多学者模仿这个样式虚拟了不少类似的案件。1980年，达玛托(Anthony D' Amato)在《斯坦福法律评论》上发表了《洞穴探险

^① [美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社2010年版，第25页。

^② [美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社2010年版，第264页。

^③ 参见 Robert S. Summers, Professor Fuller's Jurisprudence and America's Dominant Philosophy of Law, *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2 (Dec. 1978), p. 449。

者——进一步的行动》。^① 1993 年, 艾斯克里奇(William Eskridge)在《华盛顿法律评论》上发表了《洞穴探险者案: 20 世纪法律解释精要》。^② 1998 年, 在富勒发表《洞穴奇案》的 50 年后, 萨伯(Peter Suber)延续了富勒的虚构, 假设 50 年后这个案子有机会翻案, 时任最高法院的九位大法官再次对案件发表了各自的判决意见。用萨伯自己的话说就是: “尽管现在距富勒写下这部作品只有半个世纪, 法律面貌却已经发生了深刻变化。我续写了这案例的九个新的司法观点, 以期探究与法律原则相关的重要问题, 并在此过程中阐述法哲学的最新发展, 这也基本符合富勒的目的。……最终呈现的是我个人对富勒所描述的美国法哲学的群像进行的更新描述以及对其案例所提出的问题进行的更深探索。”^③ 萨伯认为, 富勒的伟大在于他用毕生的学术成就证明, 严密的法律思想既不排斥创造性, 也不要求用专业的术语来表达, 更不会让道德成为与法律无关的独立变数或事后的思考。^④ 从这个意义上讲, 富勒为我们挖掘了一个永恒的“洞穴”。

如何看待富勒与哈特论战带来的影响? 在那场论战之后, 人们仍然继续着法律与道德关系的争论。尽管哈特在美国赢得了众多的追随者, 其数量超过了富勒的追随者, 但是, 不能仅仅靠这方面来判断二人较量之高下。进入 21 世纪, 现今社会与富勒时代相比, 又发生了很多变化。在富勒之后, 法律面貌也发生了深刻变

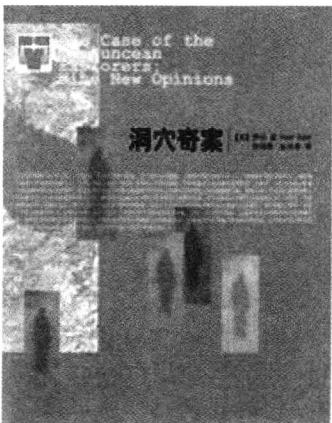
^① Anthony D. Amato, The Speluncean Explorers: Further Proceedings, *Stanford Law Review*, Vol. 32, No. 3, (Feb. 1980), p. 467.

^② William Eskridge, The Case of the Speluncean Explorers: Twentieth – Century Statutory Interpretation in a Nutshell, *Wash. L. Rev.* 61 Geo. 1731 (1993).

^③ [美]萨伯:《洞穴奇案》,陈福勇、张世泰译,三联书店 2009 年版,第 2~3 页。

^④ 参见[美]萨伯:《洞穴奇案》,陈福勇、张世泰译,三联书店 2009 年版,第 13 页。

化。人类每前进一步，法律也会相应地进行自我调整，不过这也进一步加深了人们对道德问题的焦虑。所以，当人们回头重新审视富勒的思想时，发现富勒许多在当初不被人理解的想法如今可能更加具有价值——因为富勒在为未来而思考。富勒与哈特在论战中讨论的“告密者”问题，会不会以另一种形式，在这个时代仍然困扰着我们？也许，



《洞穴奇案》中文版封面

只要人类社会有法律存在一天，这一问题也就会存在一天。这场影响了几代人的论战，也在今天被不断重新发掘。^①

在富勒与哈特论战 50 周年之际，也就是 2008 年 2 月 1 日，一个阴雨的星期五的下午，8 位法理学界顶尖级学者聚集在纽约大学，重新回顾了哈特与富勒的那场论战。他们的主题是“法律应该是道德的吗(Should laws be moral)”，其形式也尽量模仿了 50 年前的那场交锋——持不同观点的 8 位学者站在各自的角度分析了这场论战，台下有很多听众。会后，8 位学者的论文刊登于《纽约大学法律评论》。^② 50 年前的那场论战没有远离战争与战后的审判这

^① 根据莱西的统计，两位法学家论战的成果，哈特的《法律的概念》如今在网络上的相关链接有 91 000 条，富勒的《法律的道德性》有 49 000 条，哈特的《实证主义和法律与道德的分离》相关链接 5 240 条，富勒的《实证主义与忠实于法律——答哈特教授》相关链接有 1 260 条。参见 Nicola Lacey, *Out of the Witches Cauldron, Reinterpreting the Context and Reassessing the Significance of the Hart – Fuller Debate*. From: eprints. lse. ac. uk/23812/, p. 2。

^② 参见 *New York University Law Review*, Vol. 83, No. 4 (Oct. 2008)。

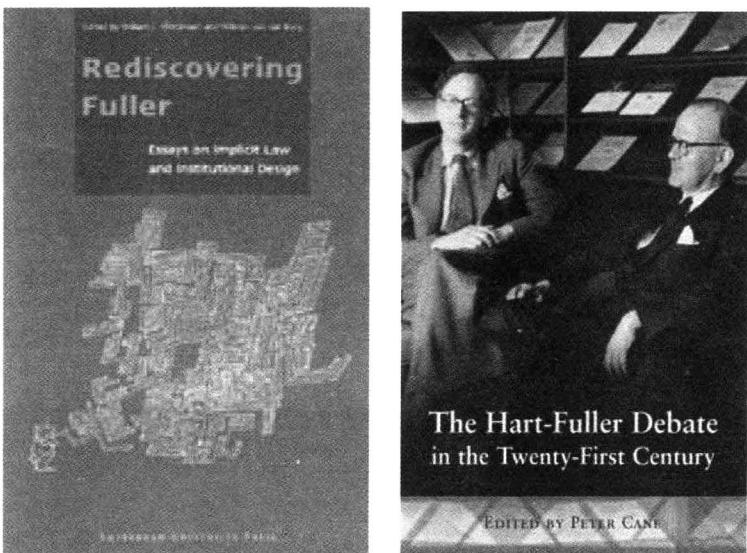
一背景；而这次回顾性的研讨会，被认为是在全球反恐和有关塔那摩基地那样的法律问题存在的背景下召开的。^① 学者们除了继续围绕法律与道德的联系进行辩论外，还进一步发掘了哈特－富勒论战的现实意义。学者们认为，现在他们所讨论的一些问题在富勒那个时代可能是无法被理解的，而富勒和哈特提到的许多问题，现在却可以从全新的角度进行审视。所以，他们普遍认为，哈特－富勒论战的最大价值在于“帮助人们怎样去理解法哲学”这一意义上。



回顾哈特－富勒论战研讨会上的学者(纽约大学,2008.2)^②

① 参见 http://www.law.nyu.edu/Hart_Fuller_Debate。

② 照片取自 http://www.law.nyu.edu/Hart_Fuller_Debate。



重新研究富勒及富勒－哈特论战的著作

富勒与哈特的论战，激励了众多学子投身法理学研究，包括当时哈佛法学院的学生萨默斯。他曾聆听过二人的课程，并参加了哈特的那场讲座。他在写作《大师学述：富勒》这本书时说：“如果本书有致谢扉页的话，一定会写上如下文字：‘献给哈佛的朗·L.富勒和牛津的H. L. A. 哈特(H. L. A. hart)，他们分别且共同地让我们这个时代的法律理论焕发青春。’”^①不过，早年萨默斯好像受哈特的影响更多一些，其学术主张不同于富勒的自然法立场，偏向于分析法学，并以哈特为代表形成了新分析主义法学派。有趣的是，哈特在牛津的博士生菲尼斯(John Finnis)，也不赞同哈特的实证主义主张，而是新自然法的拥护者。另一位接受过富勒与哈

^① [美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社2010年版，序言第1页。

特共同指导的学生——牛津大学法学院法理学教授德沃金(已成为英语世界领袖式的法律理论家),尽管对富勒与哈特都曾有过批评,但他的不少思想在“某种程度上根植于富勒,尤其是富勒的《法律的自我探寻》和《实证主义与忠实于法律——答哈特教授》。德沃金脍炙人口的观点是,“能够确定所有待定法律效力的‘帝王标准’并不存在,这一观点在富勒那里也能找到”^①。这些学生以自己的方式继续着二位巨匠的学术追求,成为推动法理学前进的新生力量,他们将二人的影响力持续地发扬下去,使法理学这片星空变得格外璀璨。



萨默斯



菲尼斯



德沃金

富勒从来都不是一个天才,这点从他的作品中可以看出——他的文字很少给人巨大启迪与强烈震撼,或者字字珠玑闪烁着智慧的光芒。与哈特相比,富勒对问题的论证在深度与精确度方面似乎略逊一筹。因此,有不少人认为,通过对论战进行分析比较,哈特的理论要比富勒更完善,更具有逻辑性,在这个层面上看,这场论战是哈特赢了。但是,学者们都认为,在富勒与哈特的论战

^① [美]罗伯特·萨默斯:《大师学述:富勒》,马驰译,法律出版社2010年版,第26页。

中，是哈特首先发起了进攻，并把论战的范围确定在一个利于自己的方面。也就是说，哈特在论战中先发制人并占据有利形势，富勒的每次回应都是在哈特控制的论题之下；哈特发挥了自己分析哲学的强项，而富勒则一直没有掌握整个论战的主动权。哈特传记作者莱西认为，在富勒与哈特的论战中，从一开始富勒就处于不可避免的劣势中，哈特率先发起攻击，并将整个论战过程引入自己设计好的框架之内。从论战的主题来看，这是哈特擅长的法哲学分析进路，富勒的强项法社会学以及跨学科的法律方法都无法发挥出来。^① 富勒在参加哈特霍姆斯讲座时，像“饥饿的雄狮”（hungry lion）一样在后面踱来踱去。^② 莱西认为，一头饥饿的雄狮，可能由于饥不择食，并非会在最恰当的时机与最恰当的地点以最恰当的方式向猎物发起进攻，这可能是富勒在论战中没有完全发挥出自己“广博”之优势的原因。^③

如果说富勒是一头雄狮，那他就是在履行自己的使命来守护自然法的领地。以他的个性，注定会坚持理想守护法律与道德的交融、守护法律实然与应然的交融、守护法律终极之善、守护他所执着的目的性事业。尽管我不是一个宿命论者，但是我仍然认为，富勒的学术和生活都反映出他典型的巨蟹座性格，略带浪漫而又追求良好的秩序。另一方面，一生都处在批评论战中的他，像一头

^① 参见 Nicola Lacey, *Out of the Witches Cauldron, Reinterpreting the Context and Re-assessing the Significance of the Hart – Fuller Debate*. From: eprints. lse. ac. uk/23812/, p. 4, p. 14, p. 29。

^② 参见本书第五章。

^③ 参见 Nicola Lacey, *Out of the Witches Cauldron, Reinterpreting the Context and Re-assessing the Significance of the Hart – Fuller Debate*. From: eprints. lse. ac. uk/23812/, p. 29。

雄狮,更像一只老虎,这是属虎的人不服输精神的表现。他没有霍姆斯、卡多佐、哈特那样超凡的智慧,但他以自己的执着为后人铺垫了通向未来的法哲学道路。就像萨克斯对富勒的评价:富勒的魅力“不在于让人相信他的答案永远是正确的,而在于让人确信他的提问永远是正确的”^①。我想,富勒至少是个提问的天才。他提出的那些问题,至今我们还在思索。

康德说,世界上唯有两样东西能让人深受震撼,那就是内心崇高的道德法则和头顶璀璨的星空。富勒就是这星空中的一个星。每当想起法律与道德的问题,总会觉得那个叫朗·富勒的和蔼的老教授就在你的身边。

^① Albert M. Sacks, Lon Luvois Fuller, *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2 (Dec. 1978), p. 350.

终章：富勒是谁

全书行文到此，对富勒学术人生的介绍告一段落，读者可能通过前文的阅读对富勒的生平、著作和主要思想有了一个初步的了解。在第七章，我也已经对富勒做了一个大致的总结性评价。这样看来，再平添一个所谓的“终章”，确实是有点画蛇添足的感觉。不过，在写本书的过程中遇到的问题和产生的想法以及对富勒的再认识，我想找个地方表述出来，如果把这些再放回前面几章，可能会破坏全书对富勒一生的介绍的整体性，而将此作为后记又显得太长。于是，我只好采用终章的形式来表达我的想法。另外，终章还要完成一个尚未完成的任务，那就是回答导论部分向读者提出的问题——谁是富勒？

其实，毋庸赘言，聪明的读者已经在认识富勒的过程中有了这个问题的答案，在洞穴奇案中持不同意见的五位大法官中的某一位或某几位的身上发现了富勒的影子。在这种情况下，再明确指出其中那位法官的名字，反而显得有些多余。有趣的是，在《法律的道德性》1969年再版时，富勒于全书附录中添加了“怨毒的告密者”这一个虚构事件，这在形式上与洞穴奇案如出一辙，也是个意见不统一，悬而未决的事件。这个“告密者”事件的渊源，就是富勒 - 哈特论战中讨论的那个难题。其后，富勒将这一问题进一步细化，形成了一个可以让学生们深入讨论的问题，在哈佛法学院一年

级必修的法理学课程上使用。^①“怨毒的告密者”事件中，司法部的五位大法官各自提出了自己的看法，或者可以认为，时隔十年后，洞穴奇案中五位大法官的思维在五位司法官身上重现。将两个案件进行比较，可以发现富勒在这十年中观点的发展。在“怨毒的告密者”事件中，其中一位或几位司法官身上，也可以看到富勒本人的影子。富勒好像偏爱五个人意见不同这样的博弈状态，同样是五个人的事件，在他的教科书《法理学问题》中也曾出现过。事情是这样的：

五个人，一位海员、一位机械师、一位垂钓高手、一位厨师和一位手风琴师，被一场海难抛到了一个荒岛上。每个人都有适合于他的天职的设备。每个人都想要在尽可能短的时间内到达最近的陆地，而且每个人都知道哪一片陆地是最近的。他们有充足的燃料和油，以及足够的面包和水果。所有的人都喜爱手风琴音乐；都喜欢面包、水果和鱼；所有人都是理智的。在这一情境中，他们不需要组织一个政府，选出一个领导。他们能够借助“共同需要的原则”来展开共同行动，他们的行动由情势所需以及他们对每个人在这种情势中应该做些什么的理解所决定。在这样一个情境中，马克思“各尽所能，按需分配”的原则会自动得到执行。^②

对于这几个在法理学课堂上被反复讨论的案件，富勒都没有

^① 参见[美]朗·富勒：《法律的道德性》“第一版序言”，郑戈译，商务印书馆2005年版，第3页。

^② 转引自《法律的道德性》一书中文版译者郑戈在北京大学法学院的讲座《富勒的寓言》。

给出特定的答案，他提出这样的问题，是为了留待学生以及后人深入思考。就像富勒在《洞穴奇案》一书后记部分所说：

构思该案件的唯一目的，是使大家共同关注一些存在分歧的政治和法律哲学。这些哲学给人们提出了有关选择的问题，它在柏拉图和亚里士多德时代就被热烈讨论。假如我们的时代对这些问题有自己的看法，或许有关选择问题的讨论将会继续。如果本案存在任何预测的因素，那至多也是说明本案所涉及的问题是人类永恒的问题。^①

在富勒看来，问题的答案并不重要，重要的是问题本身以及对问题的思索过程。在人类的历史长河中，人类遇到的问题可能是永恒的，而问题的答案却随着时代的不同而异，同样的问题在南北战争时期与冷战时期，结果或处理方式可能截然相反。富勒深信，人类社会正是在对永恒的问题的不断思索中才将自身的智识不断向前推进的。所以，即使对同一个问题，在 1949 年引发的思考，与在 2009 年引发的思考，肯定会有所不同。这也许就是富勒总是在思索着如何提出一些值得思考的问题的原因。

故而在没有回答“谁是富勒”这一问题时，我在终章复又提出一个问题——富勒是谁？

或许有人会问，“谁是富勒”与“富勒是谁”，这两个问题明明是同一个问题。我却不这样认为。前者用英文表述为“Who is Fuller？”其侧重点在于让一个以前不认识富勒的陌生人去认识他；而后者侧重于使一个和富勒只有一面之交的朋友，去更加深入地了解

^① [美]萨伯：《洞穴奇案》，陈福勇、张世泰译，三联书店 2009 年版，第 53 页。

富勒到底是一个怎样的人，英文应该这样表述：“What kind of person Fuller is?”其实，我本人正是在阅读富勒的文章，向读者介绍富勒的过程中，进一步认识了富勒，也就是处在从对前一个问题的思考向对后一个问题的思考转变的过程中。也许这种认识是肤浅和片面的。

说起我本人对富勒的认识，最早仅仅知道富勒与哈特的那场刀光剑影你来我往的论战，然后是对富勒经典著作《法律的道德性》一书的阅读。对于一个非法理学、非西方法律思想史专业的学生来说，也许这些了解已经足够了。不过，要让我这样一个门外汉勉为其难地介绍富勒，仅凭这些了解得出的文字只能让人贻笑大方。我专门研究的是两千多年前中国的法律制度。乍一看来，不论在时间还是空间上，这都与生活在二十世纪美国的法理学教授富勒风马牛不相及，但是富勒提出的那些有关人类永恒的问题，对于不论何时何地的法律制度还是法律思想，都是不能回避的。富勒的对手哈特宣称要建立一种普遍的、描述性的法律理论，其一生都致力于提出一种阐明所有法律类型（无论何时何地，只要这种法律出现）的法律概念；而富勒则坚持认为目的才是法律的终极价值所在。不管二人意见如何相左，这种对法律的思考，在法律史上具有普遍意义，即使借此来考量两千年前的中国法律也是如此。一支出土竹简记录了这样一个中国西汉初年的案例：对于一个不孝案件，当时的廷尉、廷尉正、廷尉监、廷史等人有着不同意见，他们从自己对法律的理解出发提出了各自的观点，最终此案却没有按照职务最高的廷尉意见形成判决，而是采纳了职务最低的廷史的

意见。这一案件最终作为一个国家承认的判例，下发至全国各地。^① 读完两千多年前的真实判例，我不禁感慨这与富勒提出的“洞穴奇案”和“怨毒的告密者”之情形何其相似。这甚至让我联想到了中国历史上关于废止肉刑的论战，这一论战延续了数百年，其背后也反映了众多人对法律问题的思考。当前，已经有学者开始借助富勒的观点来考察中国古代的法律。富勒在他的《判例法中的理性与命令》一文中曾谈及中国古代儒家、法家两派法哲学观的差异，富勒遗著管理人肯尼斯·温斯顿教授根据富勒的观点，并借用富勒提出的法律的“内在道德”理论，进一步认为以韩非子为代表的法家思想体现出一种“内在道德”，这种内在道德使法律和道德联系在一起。因此，韩非子提出了一种比西方理论更纯粹的法治形式，从而可以认为，在中国古代，法治的本土资源是存在的。^② 看来，中国法律史的研究者研究富勒的学术思想与法律理论，也不是完全没有着手之处的。于是，无知者无畏，斗胆凭借自己对富勒的浅薄认识而执笔，因为我作为一个已经知道“谁是富勒”的法学院学生，也想进一步了解“富勒是谁”。

康奈尔大学法学院教授萨默斯已经在 1984 年写过一本富勒的传记。这本书不论在国外还是国内，都享有很高的评价^③，是研究富勒的必读之作。对于写传记来说，最重要的是作者对传主的

① 关于此案例，有意者可参见《张家山汉墓竹简》，文物出版社 2006 年版，第 108 页。

② 参见 Kenneth Winston, *The Internal Morality of Chinese Legalism*, *Singapore Journal of Legal Studies*, 2005.

③ 关于此书的评论，参见 Kenneth I. Winston, Lon L. Fuller by Robert S. Summers, *Ethics*, Vol. 95, No. 3, (Apr. 1985), pp. 751 – 755; William Powers, Lon L. Fuller by Robert Summers, *Duke Law Journal*, Vol. 1985, No. 1 (Feb. 1985), pp. 221 – 236 等。

了解以及资料的掌握。萨默斯是富勒的学生，有受富勒言传身教的经历，写作这样一本传记具有天然的优势，同时他在写作前还亲赴哈佛大学法学院，查阅了图书馆中保存的大量的富勒的资料。哈特的传记有两本，一本是哈特的学生麦考密克的《大师学述：哈特》，一本是莱西的《哈特的一生：噩梦与美梦》，他们写作这两本传记也查阅并引用了大量一手资料。而我写富勒的传记，时间上差距百年，地域上相隔万里，无法亲自整理利用直接的材料，只能通过我所能见到的富勒的作品来揣摩作者当时的内心世界，然后再参照其他学者对富勒作品的评论，去还原富勒，或者是写出了我心目中的富勒。林语堂先生曾说：“事实虽然是历史上的，而传记作者则必须在叙述上有所选择，有所强调，同时凭借头脑的想象力而重新创造，重新说明那活生生的往事。”^①萨默斯在写富勒传记时说：“我会介绍和追溯富勒所有的学术关注……它所介绍的实际上是富勒的生活而非时代，一项系统的研究应该将富勒生活中的重大事件以及他不断发展的观点和其所处的社会背景联系起来（包括20世纪美国的学术氛围）。”^②鉴于此，在写富勒的传记时，为了区别当前已有的富勒传记或者是富勒评传，而又能够利用我现有的知识积累和掌握的材料来表现自己文字的一点与众不同，我将富勒的学术生平与他所生活的时代结合起来，通过富勒来看他所折射出的时代的特色。就如同品评富勒的《法律的道德性》一书，绝不能脱离他与哈特进行论战的背景，这一论战的背景又不能脱

^① 林语堂：《武则天正传》，转引自林语堂：《苏东坡传》译者序，时代文艺出版社1988年版，第2页。

^② [美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社2010年版，第4页。

离自然法与实证主义之间的思想交锋，进而言之，也不能脱离百余年来整个历史的宏大背景。借用富勒最常引用的尼采的一句话：最愚蠢的事情就是忘记了自己要干什么。明确了这样的思路，我的写作也就有了目的，那就是除了介绍“谁是富勒”以外，还要尽可能地介绍“富勒是谁”。所以，我在写作中除了参考富勒本人的著作之外，还参照了大量美国通史及司法史的专门著作，因此读者可以在文中发现很多对学术背景和历史事件的描述。

“究天人之际，通古今之变，成一家之言”，这是司马迁写《史记》为那些古代英雄豪杰作传的目的。至于现代人物传记，我最喜欢的是林语堂的《苏东坡传》。林语堂在写苏东坡时说：“在一个多才多艺、生活多姿多彩的人身上，挑选出他若干使人敬爱的特点，倒是轻而易举。”我想，描述富勒这样一个人也是如此。读罢富勒的文章和著作，他的形象在我脑海中也逐渐明晰起来。用什么来总结富勒的学术人生和他最吸引人的特点？或者让我用怎样的一句话回答我自己提出的“富勒是谁”这一问题？也许，富勒是一个著名的法哲学家、伟大的教师、有影响力的教育改革者、不错的劳动关系律师、合同法学者，或者是一个热情的朋友、活跃的同事、好战的批评者，或者是一个道德的坚持者、社会活动的热心参与者、阅读面极广的爱读书的人……但是如果最终只能选择一个形容富勒的词，那我将毫不犹豫地说：富勒，一位不倦的追问者！（在这里，我使用的“追问者”一词，应该可以结合英文 Quester 与 Questioner 两词的含义）如此，从“追问者”这一考语回头重新看富勒，不能不引发我个人对富勒及富勒所经历之事的新思考。

自然法与实证主义之争由来已久，这不仅是个法学问题，而且也是个学术问题。社会的发展以及人们认识自然界能力的进步，

不断改变着自然法与实证主义之间的力量对比；反过来，二者的对比也影响着人们对社会、对自然的认知。法哲学上的自然法和实证主义之间的区别，在我看来，有些像中医和西医的区别。西医对人体和病症的认识建立在解剖学之上，诊断建立在大量的化验结果之上，然后头疼医头，脚疼医脚，讲究对症用药式的治疗。在实然与应然方面，西医更多地从科学的角度关注实然病变，通过经验的方法研究病症的治疗手段，从而将医学视为一门精确的科学。而中医则不然，中医建立在自然哲学基础之上，这种哲学观是无法实证观察的。中医讲究不治已病治未病，更多地强调一种应然的状态，在治疗时将人视为一个小的宇宙，认为各个器官都是相互联系的，从而在调理全身的条件下进行辨证治疗。对于自然法和实证主义，萨默斯也有相似的观点，他在富勒传记中提出，富勒对于法律的兴趣具有一种生理学的取向，而大多数法律实证主义者对于法律的关注更多的是解剖学意义上的。^① 生理学考虑的是生命体的整体，而解剖学关注的是某一个或某几个组成部分。生理学注重考察整体的各个组成部分的运作以及各个组成部分之间的互动配合和相互影响，解剖学只关注器官自身的运行情况。在手术台上，生理学的方法可能无法发挥作用，可是对于人的整体健康来说，仅仅靠解剖学的方法也是绝对不行的。既然生理学和解剖学各自有不可替代的特点，那么通过二者之间的比较与借鉴，可以更好地提升人类的健康水平。回过头来，看各种流派的法学学说，它们共同存在，并互相碰撞与启发。如同分子的碰撞产生出巨大能

^① 参见[美]罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，法律出版社2010年版，第56页。

量一样，学说的碰撞可以激发法律思想具有更加活跃的生命力，去适应人类社会的发展。所以说，富勒与哈特的论战，不论对他们二人还是对他们所代表的自然法与实证主义法学，都是一场双赢的较量，就像当年富勒在自然法立场上与美国法律现实主义者之间的论战一样，没有输家。想象一下，如果没有这场促进了实证主义与自然法双方复兴的论战，我们今天的法学思想可能是另一个模样，更不用说会有《法律的道德性》和《法律的概念》两本经典著作的问世。

学术的多样性可以促进学术的繁荣。了解一个人，也不能仅仅从他自己的所说、所做中去观察，还应该观察这个人周围的人，包括他的朋友、同事、对手乃至他的敌人。只有这样，才能尽可能还原真实的人，而不至于陷入片面与主观。周围的那些人，可以像镜子一样，反映出主人的真实面貌。所以，欲了解富勒，还要了解一下那些影响过富勒的人，比如兰代尔、霍姆斯、庞德、卢埃林，最重要的还是要了解既是富勒朋友又是富勒对手的哈特。两个人在各自学术状态的巅峰时期相遇，成为法理学复兴之路上的闪耀双星。如果没有那次相遇，可能二人都无法达到如今这样的高度。有时，对于一个充满活力的人来说，失去与其旗鼓相当的对手，可能会比失去朋友还难过。比如，惠施是庄子一生辩论的对手，因此也成了庄子最好的朋友。在惠施死后，庄子感到落寞。一次路过惠施的墓时，庄子对学生说：郢地有人用白垩土涂抹他自己的鼻尖，如苍蝇翅膀大小，让匠石用斧子削掉这个白点。匠石挥动斧子，只听呼呼作响，鼻尖上的垩土尽皆削除而鼻子却一点也没伤着，郢人站在那里若无其事不失常态。宋元君知道了这件事，召见匠石说：“你为我也这么试试。”匠石说：“我确实曾经能够砍掉鼻尖

上的噩土。虽然真有这样的事，但可以与我搭档的伙伴郢人已经死去很久了。”自从惠施离开了人世，与我搭档的伙伴没了，再也没有可以与我论辩的对手了！我想，富勒与哈特尽管学术见解不同，各自为自己的阵营摇旗呐喊，但一定是惺惺相惜的。正如同西庇阿之于汉尼拔，姜伯约之于邓士载，格兰特之于罗伯特·李，都是瑜亮彼此心交的对手。从这个意义上说，富勒是一个追问者，与他棋逢对手的哈特也是一个追问者。莱西的哈特传记用“噩梦与美梦”来形容哈特充满矛盾的一生。对哈特来说，作为朋友和敌人的富勒，也是他噩梦与美梦的交织。想象一下，如果用《史记》的体例为二人作传，最好的方式就是将二人共为一传，像张耳陈余、袁盎晁错和窦婴灌夫诸传一样。如果分别放在不同的自然法或实证主义人物之林中，则失却相映之美。

说到庄子，就想起他如秋水般汪洋肆意的文风，以及他善于运用寓言展示深刻道理的表达方式。富勒也是一个善于运用寓言的人，善于通过比喻的方式将一个晦涩的理论以浅显易懂的方式托出。他的寓言的灵感往往在课堂上与学生展开讨论时产生，然后进行精心设计，再在课堂上进行讨论。这种教学方法是富勒法学思想的一个体现，他总是强调社会关系的互动性，不喜欢把法律看作是单向的投射，而是通过互动形成的。不论是人与人之间的互动也好，还是官员与普通人之间的互动也好，富勒所谓的良秩序是建立在这种互动性基础之上的。他在有关法律教育的文章中谈到过这种互动关系，提出学生是教学中的主体而不仅仅是对象。对于克服法律教育过程中的阻碍因素，富勒认为学生也是其中的一个重要力量。在美国，许多学生来法学院学习，就是为了通过律师资格考试，这种功利主义的态度，在中国何尝不是如此，许多法学

院的学生也是抱着通过司法考试的目的在学习——学校开设司法考试的科目则来听一听，对于不考的科目能逃则逃。因此，一些理论性强的课程课堂门前冷落车马稀。甚至还有学生进了法学院根本不来上课，而是找个地方“实习”，把法学院当作混文凭的地方。如果把在校学习法律的过程视为具有“内在道德性”，要求学生认真遵守这一过程中的各种程序性要求，那么，来法学院混文凭的学生是否在学习过程中缺失了这种内在道德呢？在这种情况下走出法学院的毕业生，能否期望他们实现法律的正义？这真是一个值得深思的问题。富勒早在关注法律教育之前就曾在《法律的自我探寻》讲座中期待学生将自己的精力投入到对法律“实然与应然”的结合中去，为实现法律的应然之善而努力。从这个角度来看，我们的法学院应该对富勒的理论更为重视一些才行。

探究一个人的思想，总会有“读其书，想见其人”的感觉。在撰写本书的日子里，桌上堆满了富勒及那些批评者的著作，不管是书籍也好，还是复印的论文也好，都使狭窄的长春新园宿舍里愈发显得湫隘。不过，在这书堆里时间久了，忽然觉得是在与富勒、哈特这些大师一起工作。在网络上进行搜索，找到了不少富勒的照片，这也算是另外一种与大师谋面的方式。在搜索照片时，看到了全世界不少和我相似的人，正在研究着富勒、哈特、庞德、霍姆斯、奥斯丁……莱西曾经说：“富勒与哈特的论战不仅影响了我们的父辈，我们这一代，还会影响到我们的后代以及他们的后代。”^①富勒—哈特论战发生在 20 世纪五六十年代主要以纸张为媒介传递信

^① Nicola Lacey, *Out of the Witches Cauldron, Reinterpreting the Context and Re-assessing the Significance of the Hart – Fuller Debate*. From: <http://eprints.lse.ac.uk/23812/>, p. 5.

息的时代，尽管如此，大师们的思想仍然得到了广泛的传播。我有时会设想，如果富勒和哈特的论战发生在今天这个网络信息时代，那会有什么样的结果？网络论坛、博客、微博，这些新的信息工具是否会将思想传播得更远？或许，“我们无法知道什么是坏的，除非我们知道什么是完美的”^①，今天我们要走的法治之路依然漫长，此路等待我们继续探索和开拓。就让我以富勒在《法律的道德性》一书中的名言为全书的结尾：

法律应当被视为一项有目的的事业，其成功取决于
那些从事这项事业的人们的能量、见识、智力和良知。^②

^① [美]朗·富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆2005年版，第14页。

^② [美]朗·富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆2005年版，第169页。

附录：年谱略编

1902 年 富勒出生于得克萨斯州赫尔福德。

1906 年 富勒一家迁往加利福尼亚州帝王谷。

1919 年 就读于加州大学伯克利分校。

1920 年 转学至斯坦福大学，主修经济学。

1924 年 毕业于斯坦福大学，获得文学学士 (B. A.) 学位，并留校攻读法律博士学位。

1926 年 以第一名的成绩毕业，在斯坦福大学取得法律博士学位，并通过了州律师资格考试。与斯坦福大学本科毕业生弗洛伦斯·盖尔·汤普森结婚。在俄勒冈大学法学院任教。

1928 年 在《俄勒冈法律评论》上发表论文《时效占有——基于边界位置错认形成的土地占用》。转到伊利诺伊大学法学院任教。

1930 年 在《伊利诺伊法律评论》上发表论文《法律拟制》。

1931 年 转到杜克大学法学院任教。

1933 年 在《亚特兰大月刊》上发表论文《法律思维》。

1934 年 在《宾夕法尼亚大学法律评论》上发表论

文《美国法律现实主义》。

1935 年 获得美国哲学学会菲利普斯奖。

1936 年 与威廉·帕杜一起在《耶鲁法律评论》上发表论文《合同损害赔偿中的信赖利益》。

1938 年 前往欧洲做访问学者。

1939 年 在《北卡法律评论》上发表论文《威利斯通论合同法》。前往哈佛大学做访问学者。

1940 年 在西北大学法学院做罗森塔讲座。出版《法律的自我探寻》一书。转到哈佛大学法学院任教。

1941 年 在《哥伦比亚法律评论》上发表论文《对价与形式》。

1942 年 离开哈佛大学。参加马萨诸塞州律师资格考试。在波士顿瑞普格雷律师事务所工作。

1945 年 回到哈佛大学。

1946 年 在《哈佛法律评论》上发表论文《判例法中的理性与命令》。

1947 年 出版《合同法基础》一书。在《纽约律师协会会刊》上发表论文《法律教育的目标》。

1948 年 接任卡特法理学讲座教授。在《法律教育杂志》上发表论文《法学院能为培养律师做什么》、《法理学在法学院课程中的地位和作用》。

1949 年 在《哈佛法律评论》上发表论文《洞穴探险者之案》。在《斯坦福法律评论》上发表论文《论法学教学》。将法理学课程的讲义编成《法理学问题》一书。

1954 年 在《法律教育杂志》上发表论文《20 世纪中

叶的美国法哲学》。

1955年 在《美国律师协会杂志》上发表论文《律师在劳资关系中的作用》。在《哈佛法律评论》上发表论文《自由——一项建议性的分析》。

1956年 在《哲学杂志》上发表论文《人类的目的与自然法》。作为哈特访问期间的接待负责人。

1957年 参加哈特在哈佛大学法学院做的关于霍姆斯的讲座。将《司法的形式与界限》一文提交至美国法学年会法理学分会讨论。

1958年 在《自然法论坛》上发表论文《对内格尔教授的再回应》。在《哈佛法律评论》上发表论文《实证主义与忠实行于法律——答哈特教授》。在路易斯安那州立大学做有关哈特思想的讲座。

1960年 在《美国国际法学会论集》上发表论文《司法与法治》。担任尼克松竞选学术委员会主席。妻子弗洛伦斯·富勒去世。

1961年 对东欧国家进行访问。

1963年 在耶鲁大学法学院做有关斯托尔斯的学术讲座。在《威斯康星法律评论》上发表论文《劳资谈判与仲裁》。

1964年 出版《法律的道德性》一书。

1965年 在《斯坦福法律评论》上发表论文《灌溉与专制》。参加“法律的道德性”研讨会。在《维拉诺瓦法律评论》上发表论文《答科恩教授和德沃金》。

1967年 前往牛津大学做访问学者。出版《法律拟

制》一书。

1968 年 在《美国哲学会论集》上发表论文《自由作为一项分配性选择的问题》。出版《法律的剖析》一书。

1969 年 在《佐治亚法律评论》上发表论文《法律对生活的不稳掌控》。《法律的道德性》一书再版。

1971 年 在《南加州法律评论》上发表论文《调解的形式与作用》。

1972 年 从哈佛大学法学院退休。访问苏联。

1978 年 去世。《哈佛法律评论》刊登《司法的形式与界限》一文。

参 考 文 献

- [1] [美]朗·富勒. 法律的道德性 [M]. 郑戈,译. 北京:商务印书馆,2007.
- [2] [美]L. L. 富勒,小威廉 R. 帕杜. 合同损害赔偿中的信赖利益 [M]. 韩世远,译. 北京:中国法制出版社,2004.
- [3] [美]罗伯特·萨默斯. 大师学述:富勒 [M]. 马驰,译. 北京:法律出版社,2010.
- [4] [英]妮古拉·莱西. 哈特的一生:噩梦与美梦 [M]. 谌洪果,译. 北京:法律出版社,2006.
- [5] [英]尼尔·麦考密克. 大师学述:哈特 [M]. 刘叶深,译. 北京:法律出版社,2010.
- [6] [美]斯蒂芬·M. 菲尔德曼. 从前现代主义到后现代主义的美国法律思想 [M]. 李国庆,译. 北京:中国政法大学出版社,2005.
- [7] [美]罗伯特·斯蒂文斯. 法学院:19世纪50年代到20世纪80年代的美国法学教育 [M]. 阎亚林,等,译. 北京:中国政法大学出版社,2003.
- [8] [美]萨伯. 洞穴奇案 [M]. 陈福勇,张世泰,译. 北京:三联书店,2009.
- [9] [美]伯纳德·施瓦茨. 美国最高法院史 [M]. 毕洪海,柯翀,石

- 明磊,译.北京:中国政法大学出版社,2005.
- [10] [美]理查德·尼克松.六次危机[M].黄兴,等,译.北京:世界知识出版社,1999.
- [11] [美]艾伦·布林克利.美国史[M].邵旭东,译.海口:海南出版社,2009.
- [12] [美]马克·C.卡恩斯,约翰·A.加勒迪.美国通史[M].吴金平,等,译.济南:山东画报出版社,2008.
- [13] [美]威廉·J.本内特.美国通史(下)[M].刘军,等,译.南昌:江西人民出版社,2009.
- [14] [英]罗杰·E.巴克豪斯.西方经济学史[M].莫竹苓,等,译.海口:海南出版社,2007.
- [15] 邹立君.良好秩序观的构建——朗·富勒法律理论的研究[M].北京:法律出版社,2007.
- [16] 朱瑞祥.美国联邦最高法院判例史程[M].台北:黎明文化事业公司,1984.

后记

本书在撰写时,除了参考富勒的著作外,还主要参考了康奈尔大学法学院萨默斯教授的《富勒》一书。因为条件所限,无法获取有关富勒生活及工作的一手资料,所以在叙述富勒生平时,都是以萨默斯教授《富勒》一书所引用的材料为指引,再去寻找相关材料。另外,本书还引用了《富勒》一书大量原文,可以说是萨默斯教授的观点帮助我深入认识了富勒的思想。一些不清楚的地方,我通过邮件向萨默斯教授请教,他在百忙之中一一回复,珍贵赠语。另外,关于富勒著作及富勒本人的一些问题,我还请教了富勒遗著管理人——哈佛大学肯尼迪学院的温斯顿教授,他的回复使我弄清了一些原本的疑点以及相关文献记录不清的问题。并且,温斯顿教授还对本书的撰写给予了鼓励和肯定。所以,再次向萨默斯教授和温斯顿教授表示感谢。

本书的完成得到了黑龙江大学出版社的大力支持。在此期间,李宏弢和曲丹丹两位编辑做了大量细致、耐心的工作,使本书的写作得以顺利开展。北京市人民检察院的谷田进行了部分校对工作。写作中,家人给予生活上的关照使我在北大畅春新园宿舍埋头展卷奋笔,虽然他们不知道书里写了些什么,但是我知道他们会一直支持我写任何想写的东西。在这里,向这些关心帮助我的人表示感谢。

最后,最想感谢的是北京大学法学院的徐爱国教授。作为一个法律史专业的学生,最初深入地研读富勒的著作就是在徐老师主持的西方法律思想史研讨的课堂上。后来承蒙徐老师的信任,委托我撰写富勒的本部传记。通过回顾徐老师在“烹茶论道”式讨论课上的点拨和指导,我形成了全书结构的基本框架。感谢徐老师的宽容,允许我按照自己的想法和风格来写作此书。感谢徐老师对我这个才疏学浅的门外汉的信任和宽容。同时也要感谢那些和我一同在法学院科研楼 502 会议室课堂上讨论富勒思想的同学,他们是:杨天江、吕亚萍、方伟、耿协阳、杨楠楠。他们的观点对我启发良多。

全文至此,搁笔掩卷,复不知所云。502 会议室的袅袅茶香和笑语,又上心头。

李任 2011 年夏至