

# 形式法治何以失败？

## ——从“富勒困境”切入

王 哲

华东政法大学法律学院，上海

收稿日期：2023年9月24日；录用日期：2023年10月26日；发布日期：2023年11月3日

### 摘 要

富勒提出了八项形式法治原则并称之为“法律的内在道德”，但面临着“法律的内在道德何以为道德”的批评。对“法律的内在道德”进行概念分析，可以将其重新定义为“使得法律能够建立互惠关系进而使人们服从规则之治的规范性条件”，并呈现出问题的真正难点在于“互惠是人们遵守义务的基础”的预设是实践哲学的主观论。波斯特玛的相互责任理论能够修正富勒错误的预设，但这种修正会使得富勒理论在法治的讨论中走向其对立面，因此形式法治必然失败，实质法治才是法治理论的正确方向。

### 关键词

形式法治，法律的内在道德，富勒困境，实质法治

# Why Did Formal Rule of Law Fail?

## —Starting from “Fuller’s Dilemma”

Zhe Wang

Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Sep. 24<sup>th</sup>, 2023; accepted: Oct. 26<sup>th</sup>, 2023; published: Nov. 3<sup>rd</sup>, 2023

### Abstract

Fuller put forward eight formal principles of rule of law and called them “the internal morality of law”, but faced the criticism of “why the internal morality of law is moral”. By analyzing the concept of “the internal morality of law”, we can redefine it as “the normative conditions that enable the law to establish a reciprocal relationship and make people obey the rules”, and show that the real difficulty of the problem is that the presupposition of “reciprocity is the basis for people to

文章引用：王哲. 形式法治何以失败？——从“富勒困境”切入[J]. 争议解决, 2023, 9(6): 2658-2665.

DOI: 10.12677/ds.2023.96363

abide by obligations” is the subjective theory of practical philosophy. Postema’s theory of mutual responsibility can correct Fuller’s wrong presupposition, but this revision will make Fuller’s theory move towards its opposite in the discussion of rule of law, so the substantive rule of law is the correct direction of the theory of rule of law.

## Keywords

Formal Rule of Law, The Internal Morality of Law, Fuller’s Dilemma, Substantive Rule of Law

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

《法律的道德性》是新自然法学派代表人物富勒在与哈特论战中的总结性著作。在这本书中，富勒表达了对分析实证主义法哲学的不满，系统性地提出了八项形式法治原则，并且把其称之为“法律的内在道德”。八原则因为事关促进人们遵守法律而成为后来理论家讨论法治问题的基础，拉兹、沃尔德伦等人都在富勒八原则的基础上构建了自己的法治原则。可见，富勒的“法律的内在道德”理论在当代法哲学讨论特别是法治讨论中有着十分重要的地位。

然而，富勒的理论无法解决一个问题：法律的内在道德何以为道德？有学者把这个批评称为“富勒困境”。这个批评首先来自哈特，哈特指出，虽然八项合法性原则能够让法律更有功效地运行，但是这种让法律更有功效地运行的原则，怎么能够被称为道德原则呢？哈特进而指出，富勒错误地混淆了道德的概念和功效的概念，并以投毒展开了类比，投毒作为一项有目的的活动，毫无疑问会有一些有助于投毒活动的要求，但这些要求根本无法称之为“投毒者的道德”，它们只是促进投毒活动的功效原则而已；法律也是如此，法律也是一项有目的的活动，但是促进法律完成其目的的要求并不能证成它们就其性质而言是道德的，它们也只是促进法律这项目的性活动的功效性原则而已。<sup>[1]</sup>这是一个一针见血的批评，直接指出了富勒理论的缺陷所在。拉兹后来也发展了这个批评，在拉兹讨论法治的文章中，他认为法治只有避免法律自身产生的恶的消极价值，并以刀举例，锋利的刀能够用来制造伤害，但这并不是一个道德上的善，富勒八原则仅仅是促进法律在功能意义上的好。<sup>[2]</sup>科恩也赞同了这个批评，他讽刺富勒“杀手杀人时忘记填充子弹就违反了‘杀人的内在道德’”。<sup>[3]</sup>总之，在这些讨论中理论家基本上都同意富勒八原则是人类法律的努力方向，这种努力方向能够带来法律运行的功效或者功能意义上的好，但是反对将之称为道德，并反对在此基础上法律和道德的必然联系。

无法称之为道德的另一个原因在于，富勒八原则并不一定服务于实体上好的道德目标，它也有可能与恶兼容。哈特在讨论形式合法性和正义时就提到，即使满足了富勒八原则的法律依然可能是很邪恶的法律。<sup>[4]</sup>比如南非种族歧视的法律因为没有统一的种族分类而违反了清晰性的要求，进而背离了合法性原则，但是这只能证明“清晰”的形式要求与“模糊界定的实体目标”不兼容，而后者不一定是道德上的恶；“移民犹太人以色列国籍归化法”追求平等这一实体道德上的目标，但它也并不清晰，以至于以色列高等法院在解释时遇到了很大困难，但这一不清晰的法律显然是道德上的善法。由此可见，清晰与否这一合法性原则可以与不同的实体道德目标兼容，换言之，满足富勒八原则的法律也并非一定是实体道德上的善法。

总之，要为富勒理论辩护的话，必须正面回答富勒八原则如何能够称之为道德。

## 2. 以往对“富勒困境”的解决方案

### 2.1. 国外的解决方案

除了批评的意见，不乏有学者同情地理解富勒，萨默斯将富勒的理论推进了一步以证明“合法性原则在某种意义上构成道德性”。萨默斯认为，对合法性原则的充分遵循，可以保证某种道德价值的实现，即便该法律的有关内容恰巧是邪恶的也是如此。这种道德价值是：一般性、清晰性、前瞻性等富勒八原则保障了公民有一种公平的机会去遵守法律。哪怕这种机会或许是服从邪恶法律的机会，然而公民至少有公平的机会决定是否依法行事。换言之，公民有公平的机会去决定是否遵守法律是道德的，而立法者向公民提供这种机会本身就是道德的。富勒本人只说明了八原则和道德价值之间的偶然联系，按照富勒的说法，八原则相对于法律的实体目标是中立的，遵守这些原则相对不太容易产生内容邪恶的法律，因此八原则是实体道德的必要非充分条件。而萨默斯在一定程度上对此进行了补强，八原则能够为公民生活提供一套框架，有利于公民以契约和其他形式与其他人打交道，法律由此成为了一套设施，这种设施为社会中的互动生活提供必要的条件，并实现自由和公平之类毫无争议的道德价值。<sup>[5]</sup>由此可见，萨默斯实际上是从形式正义的角度来理解富勒八原则的，八原则能促进一种形式正义，本身就具有形式正义的价值，因此是一种道德。

除了萨默斯，麦考密克也从类似的角度来说明八原则具有独立的价值，满足八原则的规则能够以合理和可以预测的方式来对待人，对于公民来说，他们有稳定的规则来为自己的行为提供预期，这就使得每个人都有机会去选择是否遵守，而非将一切都留给官方的恣意决定，从这个角度来看，由于形式正义在法律中总是存在的，因此法律总是带着道德意味。<sup>[6]</sup>总之，萨默斯和麦考密克都从八原则能够实现法律的形式正义的角度来说明其价值。

### 2.2. 国内的解决方案

刘爱龙认为富勒八原则只是对有效运转的法律制度的事实描述，无法构成道德意义上的“善”，他认为只有以“立法技术的伦理正当性”为视角才能解决这个难题，具体地说，法律的内在道德中的前七项都是针对立法提出的要求，而由于立法者扮演的是一种社会中的特殊角色，其行使立法权行为的正当性来源于社会其他成员对其正当履行角色职责的期待，因此这是立法技术要满足伦理正当性的原因，刘爱龙由此将法律的内在道德理解为立法者在其行使立法权时应当遵循的技术伦理，富勒八原则也就成为了“立法的八项技术伦理准则”，而一旦能论证这种技术伦理准则的正当性或者论证其与价值紧密联系的话，那么富勒八原则就成为了一种道德<sup>[7]</sup>。可见，刘爱龙从立法的视角将富勒八原则视为一种立法技术，并论证立法技术的伦理正当性进而认为八原则是一种道德。

王志勇从“功能主义”的方法论视角出发，为一种更具包容性的弱意义上的富勒自然法命题辩护。美国当代自然法学者墨菲区分了“强自然法命题”和“弱自然法命题”，后者的意思是“如果法律达不到一定的门槛，那么要么它不是法，要么是有缺陷的法”，王志勇认为法律的内在道德能够帮助法律实现其功能，在这一点上理论家都达成了共识，一旦富勒八原则遭到无视，那么法律也就无法实现其功能，此时的法律至少是有缺陷的<sup>[8]</sup>，因此从功能主义的角度，“弱自然法命题”就成立了，作为法律的门槛条件，富勒八原则也就是一种弱意义上的道德。

总之，以往的讨论都是采取一种外在视角看待富勒八原则，都是把富勒八原则作为一个既定的整体，从各种不同的角度将其与道德相联系。这样的辩护虽然在一定意义上取得了成功，但仍然是不根本的。本文接下来以一种不同的内在视角，进入富勒八原则的内部，考察其建构逻辑并说明“法律的内在道德

是道德吗”这个问题的真正难点所在。

### 3. “法律的内在道德”的建构逻辑与“富勒困境”的真正难点

概念分析是通过区分观念和范畴的逻辑结构或必然的、本质的属性来探求我们的世界的某些方面的真。<sup>[9]</sup>简单地说,就是通过对一个概念主张的含义按照实践中人们的用法进行分析的方式来澄清这项概念主张。具体到富勒的理论,那么就是要对富勒的核心主张进行概念分析。在法理学中概念分析是一种常见的方法,不同的理论家有不同的概念主张,而面对这些不同的概念主张时,比克斯认为,确定这个概念主张所提出的目标是至关重要的,如果目标没有表达清楚,那么这种概念性争议的参与者就有相互误解的危险。比克斯具体将概念主张的目标分为四种:“任意的规定”“沿用语言用法”“揭示实践的重要方面”“设定检验标准”<sup>[10]</sup>。比克斯认为富勒理论至少部分是一种法律的概念性主张,而其概念主张的目标显然属于第四种,因为其为法律获得标签之前提供了一定的标准。而他的论敌哈特的概念论显然跟他不属于同一目标,因此按照比克斯的看法,哈特和富勒的论战是法律理论中的概念性争论,即关于如何最佳界定概念的争议,二者对法律的分析都是有价值,是可以相容的。

为了真正理解富勒的理论,必须解决“为什么能够将八项合法性原则称为法律的内在道德”这个问题。因为合法性八原则就其概念而言很容易理解,它们是跟法律性质有关的要求,但这八原则如何能称之为“内在道德”这个陌生的概念呢?这就需要进行概念分析才能解决。以下分别对“内在”和“道德”两个方面进行分析来澄清“内在道德”的含义。

#### 3.1. 法律的内在道德与外在道德

提起道德,我们通常想到的都是那些实质上正义、公平等。但是富勒对道德进行了区分,他把道德分为内在道德和外在道德,外在道德就是我们通常所认为的那些道德,是实体道德,与法律不直接相关,外在于法律,富勒认为哈特和德芙林关于“同性恋私底下发生性行为是否是犯罪”的论战就是在争论实体性道德问题,他们讨论的是法律的外在道德;而法律的内在道德与外在道德相对立,并不是那些实体上的东西,它们是程序上的,并直接与法律有关,即内在于法律之中。

法律的内在道德何以“内在”?这要从富勒的法律观出发:富勒认为法律是使人们的行为服从规则治理的事业。这与实证主义眼中的法律不同,后者将法律看成是一种社会事实。既然法律是使人们的行为服从规则治理的事业,那么如果一项规范性要求能够直接促进人们服从规则,这项要求就是内在于法律的。那么,什么样的规范性要求能够直接促进人们服从规则治理呢?

富勒把道德分为愿望的道德和义务的道德,愿望的道德是一种美德,是追求卓越、充分实现人之力量的道德;而义务的道德是从人类所能达致的最低点出发,它维护的是使有序社会成为可能的最基本的规则。对于实现愿望的道德,应当遵循的是边际效用原则,因为我们的生命总是短暂和有限的;而对于实现义务的道德,应当着力于建立互惠关系。富勒认为,义务一般可以追溯至互惠原则。每当一项对义务的需求需要为自己寻求正当化依据时,它总是会求助于某种类似于互惠原则的东西,比如,当我们去督促一位不情愿的选民去投票时,我们总是迟早会问他:“如果每个人都像你这样不去投票,那你会怎么想?”哪怕是“己所不欲,勿施于人”这样的道德准则,也可以寻求到互惠原则为基础:我如此这般地对待你是因为我想你也如此这般对待我。由此可见,人们遵守义务的动机一般可以追溯至互惠原则,而“互惠”简单地说,就是双方的行为都互相对对方有好处。这个命题一旦成立,那么,如果能够建立一种互惠关系,人们就会更有动机来遵守义务。按照富勒的观点,法律是使人们的行为服从规则治理的事业,那么服从规则治理显然是必须遵守的基本要求,只有人们都服从规则治理,有序社会才能成为可能。因此,服从规则治理就是一种义务的道德,而规则又是官员发布的,如果要促进人们服从规则治理,



就需要建立人们和官员之间的互惠关系。接下来的问题就是：如何建立这种互惠关系呢？

富勒构建八项合法性原则的努力就是为了建立官员和民众之间的互惠关系。在八项合法性原则中，一般性、颁布、不溯及既往、清晰、不矛盾、可行性、连续性七项原则都是针对规则本身形式上的要求，民众在面对满足这些要求的规则时能够有稳定的预期，换句话说，这些规则能够明确指引民众的行动，民众可以按照这些规则安排自己的生活。但单靠这七项原则还不足以建立官员和民众之间的互惠关系，因为前七项原则并没有使得官员参与其中，官员仅仅是规则的发布者而已。而第八项原则——官方行动和规则的一致性，使得官员参与到与民众之间的互惠关系之中，这项原则并非针对规则本身，而是针对官员的行动：既然官员发布了规则，那么官员就要把这些规则当回事，使自己的行动与这些规则保持一致，使这些规则实践起来。一旦官方行动和规则保持了一致，那么围绕着满足这八项原则要求的规则，官员和民众双方相互强化：政府越在规则的框架内行事，民众就越会遵守规则；而政府为了民众遵守规则，就不会出尔反尔，自己也越会在规则的框架内行事。双方为了对方遵守规则，自己会遵守规则。这样的话，围绕着规则，官员遵守规则的行为对民众有好处，而民众遵守规则的行为又对官员有好处，因此官员和民众就形成了一种互惠关系，任何一方的行动都会强化另一方行动的动机[11]。

因此，法律的内在道德是内在于法律的。八项合法性原则能够建立官员和民众之间的互惠关系，所以能直接促进人们服从规则治理，在这个意义上它们是内在的。

### 3.2. 道德与功效

功效和道德都是评价一个活动或行为的标准。相对于功效，道德显然具有更复杂的含义。在毒杀一个人的时候，功效的含义是显而易见的，但是我们怎样才能将功效这个概念用于一整套法律体系这样复杂事物的创制和管理？在 19 世纪 60 年代初，经济犯罪的问题在苏联发展到很严重的地步，于是苏联制定了相关溯及既往的法律，将这些犯罪行为处以死刑。这些溯及既往的法律显然是具有功效的，因为它们迅速完成了让人们停止偷窃国家财产的目的，高效地解决了当时经济犯罪严重的问题。但这些溯及既往的法律是道德的吗？显然不是，因为这种做法显然使得民众处于出尔反尔的规则之下而感到恐慌。由此可见，当一个法律有功效时，它并不一定就是道德的。在这个例子中苏联的做法实现了法律的功效，但却没有实现道德。那怎样才是实现了道德呢？道德不同于功效的点在哪里呢？

实现道德意味着对人的尊重。正是因为这八项合法性原则体现了对人的尊重，因此它们才被称之为道德。在富勒的理论中，作为被统治者的人们的形象是能够负责的理性行动主体，能够理解和遵循规则，并且能够对自己的过错负责。正因如此，每当官方偏离合法性原则时，都是对作为负责的理性行动主体的人之尊严的一次冒犯，上述苏联溯及既往的法律就是完全无视人们自我决定的能力而不道德。民众和官员是平等的双方，法律这项让人们的行为服从规则治理的事业需要民众和官员双方的合作才能完成，并非靠官员一方就能完成。而在具备八项合法性原则的规则的框架下，双方的合作才是可能的：对于民众来说，如果民众知道官员不在意自己制定的规则，那么他们就不会有任何动力去遵守规则，反之，官员承诺在规则的框架内行动，民众才会有动力遵守规则；而对于官员来说，民众因为官员的信守承诺而遵守规则，那么官员为了民众更有动力遵守规则，就没有理由超越自己承诺的规则框架，这样，法律的目的就在对人的尊重下实现了。

让人们的行为服从规则之治的目标也可以在不尊重人的条件下实现，在封建朝代，一个贤明的君主代天牧民，靠着自己的威慑力或个人魅力来使人们的行为服从他的规则，但这种统治结构哪怕社会秩序再稳定、经济再繁荣，也没有做到尊重人，在这种统治结构下，双方并不是平等的，双方也不是合作关系，此时的人和动物没有什么差别，人只能单方被动地参与到这种结构中来。我们可以说这种统治是具有功效的，但绝不能说其是道德的。

道德不同于功效的点也就在于，道德必须体现对人的尊重，而功效未必。总之，八项合法性原则因为在法律这项使人们行为服从规则治理的事业中的人们受到了尊重而可以称之为道德。

以上澄清了“法律的内在道德”究竟意味着什么，总的来说，富勒构建的八项合法性原则之所以能够称之为“法律的内在道德”，原因在于两个方面：首先，八项合法性原则能够直接使人们的行为服从规则治理，因此它们是内在于法律的而非外在的；其次，八项合法性原则使得直接服从规则治理的人们获得了尊重，因此它们是一种道德而非功效原则。因此，在富勒理论框架的内部，在八项合法性原则是内在于法律的基础上，它们也使得法律具有道德性，法律的内在道德是一种道德。

### 3.3. “富勒困境”的真正难点

通过上面的论证可以发现，富勒预设了“互惠是人们遵守义务的基础”，而如果这个预设是正确的话，那么人们行为的动机就只是为了自己能获得好处，此时人的形象就被刻画为自私自利的行动者而非真正的理性行动者[12]，这样人的形象就过于单薄了，人显然不是只会为了自己的好处而行动，总有一些客观的东西是人们行动的理由。这个预设显然与我们的直觉不符，而一旦这个预设不牢靠，那么后面的推理也就很难成立。实际上，富勒这种人基于互惠也就是利益而行动的预设正是帕菲特所批判的实践哲学“主观论”，帕菲特论证了“主观论”是一种自我击败的理论[13]：主观论者认为，在人的行动理由的来源中，是生理或者心理上的需求导致了人的主观欲望，比如饥饿这种生理需求会导致人吃饭的欲望，因此主观欲望总是对已经发生的生理或心理上需求的被动接收。这样的话，对于未来还没有发生的痛苦，就不可能引起避免痛苦的主观欲望，因此主观论就会得出我们没有理由避免未来痛苦的荒唐结论。这时主观论的反驳是，人可以通过想象遭到痛苦时的难受，从而主动引起一个避免未来痛苦的欲望，但是此时主观论就自我击溃了，因为是人主动地理解了痛苦的客观性质从而产生了避免痛苦的欲望，这就成为了其对立面对客观论。

## 4. 基于波斯特玛“相互责任”理论的修正

“忠诚”是富勒理论中一个出发点式的概念，早在哈特富勒第一次论战中，富勒承认他和哈特的共识是都要“忠诚于法律”，并在这个共识下提出理论的分歧[14]。法律是人们所效忠的某种东西，那么它一定代表了某种人类的成就，哈特和富勒都承认这一点，都要求忠诚于法律，只是对“忠诚”的含义有不同理解。在面对“告密者难题”时，哈特认为“忠诚于法律”的做法是要以可操作的方式教导人们如何不服从在道德上恶的法律，而不像富勒或拉德布鲁赫那样用道德来否定法律本身[15]。富勒认为“忠诚”是所有人都要遵守法律，民众服从法律规则并将其作为自己行为的指引，官员也按照法律规则来统治，而这种忠诚能够实现的原因就在于满足法律的内在道德的法律规则能够建立起互惠关系。

波斯特玛否定了这个主张，他指出这并非忠诚的全部。波斯特玛认为忠诚是法律的气质，是法治最基本的要素，忠诚是一种责任，并且这种责任不是个人对政府或者对法律的责任，不仅存在于法律和官员之间、公民和官员之间，也存在于政治团体的所有成员之间，是一种彼此之间的责任，即在一个法律共同体中对其他成员的责任[16]。

波斯特玛从对“忠诚”的不同理解中入手，并进一步阐释了“相互责任理论”。“相互责任”这个概念实际上是被安置在波斯特玛的法治理论之下的，波斯特玛认为讨论法治应该首先关注法治如何实现，当一个政治团体的成员，无论是官方成员还是非官方成员，都承担起在法律下相互问责的责任时，法治才能实现。“忠诚”不是在互惠关系的基础上遵守法律，而是在这种遵守之外，还要承担起共同体成员彼此之间问责的责任。“忠诚”的责任范围宽泛到法律下的全部范围，简言之，忠诚既不是我们对法律的忠诚，也不是我们对政府的忠诚，而是我们作为社会成员对彼此的忠诚、对与我们联合的同胞的忠诚；

我们不仅要有服从法律治理的愿望，还要积极参与其中，让公民和官员都承担法律规定的责任[17]。

实际上，波斯特玛认为仅靠法律的内在道德还无法达到法治的要求，除此之外需要法律的气质即忠诚和在此意义之上的成员间的相互责任。那么，如果社会成员之间不承担这种相互责任会怎样呢？波斯特玛举了美国“吉姆·克劳”的历史作为例证，在当时的美国南部，一方面，对黑人的歧视是普遍的现象，另一方面，对黑人的歧视与法律的要求并无不一致。这种法律也满足公开性、清晰性等形式上的要求，但波斯特玛主张这不是法治，因为社会成员没有承担彼此之间的相互责任：白人群体基于非正式种族主义惯例对在种族隔离制度下歧视黑人，虽然当时的法律也符合法律的内在道德，但他们并没有履行对整个共同体所有成员的责任，因此也没有达到法治的要求。

由此可见，按照波斯特玛的说法，法治并不是富勒所认为的基于互惠的双向强化关系就能实现，还需要相互责任。波斯特玛实际上发展了哈特“富勒八原则并不一定服务于实体上好的道德目标，它也有可能与恶兼容”这个批评，并用“相互责任”概念补强了富勒的理论并回应了这个批评，基于一个法律共同体中每个人都承担着对彼此的责任，可以确保法律始终服务于实体道德上善的目标。

## 5. 结语

以上在描述理论界对富勒理论“法律的内在道德是道德吗？”这个棘手的批评和检视现有的辩护后，以概念分析的方法厘清“法律的内在道德”的建构逻辑，并在此基础上找到了这个问题的真正难点在于富勒的预设“互惠是人们遵守义务的基础”是实践哲学理论中的主观论；针对这个根本难点，运用波斯特玛对法治讨论中的相互责任理论来修正法律的内在道德理论，可以将主观论修正为客观论，从而解决这个问题的真正难点。

但是，在完成这种修正之后会产生两个问题：第一，相互责任理论增加了法律的内在道德的内容，因此原来富勒提出的八原则本身还是难以称之为法律的内在道德；第二，在第一个问题的基础上，这种内容的增加走向了富勒理论的对立面，反而证明了富勒理论的失败。富勒理论的初心就在于用一些形式上的要求来实现法治这个理想。塔玛纳哈将法治分为形式版本和实质版本，就法治的实现条件而言，形式法治不对法律本身的内容做出判断，而实质法治力图超出这一视界。[18]形式法治能够在回避实体道德分歧的前提下实现法治，将法治的要求以清晰的方式列举出来，而实质法治无法做到这一点，它必然涉及实体道德不休的争议，因为如果论及法治的实质内容，那么任何人都可以将自己的价值偏好植入，进而人们关于法治的讨论不是关于法治本身，而是每个人价值的“诸神之争”[19]。

波斯特玛的修正虽然能回应实践哲学客观论的批评，但也使得法律的内在道德理论不再纯粹是形式上的要求了。波斯特玛主张法律共同体中的人们要承担相互责任，这是一个实质性主张，超出了富勒完全形式化的要求，违反了富勒不涉及实质要求而使得法治实现的理论初心，站在了形式法治的对立面。国内也有一些学者同样对形式法治提出了批评，比如李桂林认为，如果不对法治提出实质性的要求，一个仅仅满足了形式法治要求的法律体系仍然难以满足法治的要求[20]；沈宏彬认为法治理论必须解决法律提出义务性要求的公共性和第二人称性之间的张力，而富勒的形式法治理论没有具体地关切到每个行动者，只建构出一种利益关系而非法治义务性要求的相互责任关系；郑玉双认为法治的第二人称性在社会结构意义上表现为政府和公民之间的相互责任，即忠诚性，而非富勒理论中的互惠性。[21]这些学者由此持一种实质法治的观点。

简言之，在对法律的内在道德理论的根本难点进行修正之后，这种理论反而走向了其对立面——实质法治，富勒理论陷入了困境：要么被实践哲学客观论者批评，要么将自己修正为自己的对立面。富勒试图通过构建八项形式上的要求来实现法治的努力失败了，法律的内在道德无法成之为道德，富勒必须通过增加实质性内容的方式来修正其理论；法律的内在道德理论的错误也并非没有意义，起码指出了法

治理论正确的方向——实质法治。本文通过对富勒理论的讨论,对形式法治进行了批评。这一法哲学层面上的讨论也会带给我们现实中的启示,在追求实现法治的过程中,不能只关注对法律在形式上的要求,还要在实质意义上思考法治,因为法治的要求不会只局限于富勒提出的八项形式原则。法治的实现还需要法律人在法律的形式之外下功夫。

## 参考文献

- [1] [英]哈特. 法理学与哲学论文集[M]. 支振锋, 叶子豪, 译. 北京: 商务印书馆, 2021: 427.
- [2] Raz, J. (2009) The Rule of Law and Its Virtue. In: Raz, J., Ed., *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Marston, 224-226.
- [3] Cohen, M. (1965) Law, Morality, and Purpose. *Villanova Law Review*, **10**, 640-644.
- [4] [英]哈特. 法律的概念[M]. 许家馨, 李冠宜, 译. 北京: 法律出版社, 2018: 272-273.
- [5] [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: 68-70.
- [6] [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: 295.
- [7] 刘爱龙. “法律的内在道德”亦或“立法技术的伦理正当性”——从“富勒困境”谈起[J]. 江海学刊, 2010(2): 207-214.
- [8] 王志勇. 作为功能类型的法——富勒自然法理论的方法论反思[J]. 河南大学学报(社会科学版), 2021, 61(3): 33-37.
- [9] [美]布莱恩·比克斯. 牛津法律理论词典[M]. 邱昭继, 马德华, 刘叶深, 冉杰, 鲁强, 译. 北京: 法律出版社, 2007: 40.
- [10] [美]布莱恩·比克斯. 法理学[M]. 邱昭继, 译. 北京: 法律出版社, 2008: 22-29.
- [11] [美]富勒. 法律的道德性[M]. 郑戈, 译. 北京: 商务印书馆, 2019: 55-107.
- [12] 沈宏彬. 反对形式法治[J]. 法制与社会发展, 2017, 23(2): 61-73.
- [13] [英]德里克·帕菲特. 论重要之事——规范伦理学[M]. 葛四友, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2022: 71-100.
- [14] Fuller, L.L. (1957) Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*, **71**, 630-672. <https://doi.org/10.2307/1338226>
- [15] 强世功. 法律的现代性剧场: 哈特与富勒论战[M]. 北京: 法律出版社, 2006: 59-62.
- [16] 杨昕瑜. 法治的一般理论研究——从波斯特玛切入[D]. [硕士学位论文]. 郑州: 郑州大学法学院, 2021.
- [17] Postema, G.J. (2001) Law's Ethos: Reflections on a Public Practice of Illegality. *Boston University Law Review*, **90**, 1852-1853.
- [18] [美]布雷恩·塔玛纳哈. 论法治: 历史、政治和理论[M]. 李桂林, 译. 武汉: 武汉大学出版社, 2010: 117-118.
- [19] 伊卫风. 形式法治的迷思及其启示[J]. 北大法律评论, 2019(2): 46-48.
- [20] 李桂林. 实质法治: 法治的必然选择[J]. 法学, 2018(7): 71-82.
- [21] 孟媛媛, 郑玉双. 法治、相互责任与忠诚: 基于第二人称视角[J]. 法理学论丛, 2016(1): 146-161.