

## 拉德布鲁赫公式的限度与法官的统治\*

钱锦宇

**内容提要:**拉德布鲁赫公式的提出,旨在调和法的安定性和道德性在现实法律运作过程中产生的二律背反。然而,由于它所包含的两个以“正义”为基本范畴而建构的次级公式——“不可忍受性公式”和“否认性公式”所具有的抽象性和模糊性,使得拉德布鲁赫公式本身难以有效消解法律理念的二律背反现象。该公式的法律意义仅只是在重新定位相对主义法学理念的同时,授予法官更大的解释权,从而强化法官统治在法治结构中的功能和地位。

**关键词:**拉德布鲁赫公式 法的安定性 道德 二律背反 法律解释

钱锦宇,西北政法大学行政法学院讲师,法学博士。

之所以必须服从法律,就因为它们是法律;正如必须服从在上者,并非因为在  
上者是正义的,而是因为在上者乃是在上者。

——帕斯卡尔

如果他们(首领)令行事罪恶之事,当不应听从他们的话和服从他们的命令。

——《布哈里圣训实录精华》

我们生活在宪法之下,但是宪法是什么由法官说了算。

——查尔斯·E. 休斯

法的理念是法律的生命所在。人们基于数千年法律实践所作的批判性反思,建构了一种关于法律的理想图景,即法的道德性、法的安定性,以及法的合目的性三位一体的法律结构性理念。然而,以“正义和合目的性为一方,法的安定性为另一方”的法律理念之间,往往呈现出一种既相互需要又交相颀颀的态势,这就是拉德布鲁赫所谓的“法律理念的二律背反”揭示的法哲学困境。面对这种困境,经历过二战的拉德布鲁赫提出了著名的“拉德布鲁赫公式”,力图确定某种原则来处理法的道德性、合目的性与法的安定性之间在法律实践中的位阶排序。

拉德布鲁赫公式一经提出,其鲜明的实践性特征便受到那些面临“转型正义”问题

\* 本文系西北政法大学青年项目“政治义务的证成”(09XJC001)的阶段性成果。

(transitional justice) 的国家的关注。德国法院多次援引拉德布鲁赫公式作为司法裁判依据,来审理那些关于曾经在邪恶政权(如纳粹)统治时期遵守和执行过非正义法律的人是否需要承担法律责任的争议性案件。国际法哲学界甚至存在将拉德布鲁赫公式视为“转型正义”解决疑难案件的一种可行方案的声音。<sup>[1]</sup>然而值得追问的是,拉德布鲁赫创制该公式的初衷到底是什么?拉德布鲁赫公式是否能够真正解决法的安定性与法的道德性之间的二律背反?如果不能,那么拉德布鲁赫公式自身的限度及其意义何在?本文就尝试对上述问题作出解答。笔者将首先回顾关于法的安定性与法的道德性之间的二律背反,以此为背景,指出拉德布鲁赫公式作为一种消解法的安定性与法的道德性的二律背反的法理而出现;其次,对柏林墙枪击案的司法过程作学理分析,考察拉德布鲁赫公式在司法实践中的面相及其预设功能发挥的可能性,并阐释拉德布鲁赫公式的哲学基础;最后,通过比较前后两个种族隔离案中法院相互迥异的法律解释与判决,揭示拉德布鲁赫公式的限度,及其对法治的结构影响,即以“正义”为基本范畴的拉德布鲁赫公式的极大模糊性和不确定性,为法官扩张其法律解释权和能动空间、进而强化法官在法律统治结构中的权力和地位提供了可能。

## 一 从法的安定性与法的道德性的二律背反到拉德布鲁赫公式

作为法律的理念,法律的安定性一般关涉的是法律本身的问题,即法律认知的可能性、操作可能性与实践可能性。在考夫曼看来,法律要获得自身的安定性,就需要满足实证性、实用性和不变性的要求。实证性所强调的是构成制定法的特征应该尽可能精确地予以确定,而不是恣意地规定。不确定的法律概念、概括性条款和规范性构成要件特征等,都不完全符合法律的可实证性要求,将会对法律的安定性构成威胁。但这并不排除必要情况下在司法过程中为概括性条款和价值补充留出一定的空间,以弥补实证立法的不足。而法律安定性的第二要素——法律的实用性,要求重要的法律事实必须尽可能得以无错误地认知。至于法律的不变性,意指法律不得恣意变更,强调法律是什么就必须持续保持。只有法律以最佳的方式可预见、可预测时,法律的安定性才可能存在。<sup>[2]</sup>然而,与考夫曼不同,拉德布鲁赫注意到法的安定性与法效力之间的关联性,即“在法的安定性的思想中,法律理念问题涉及了法律的有效性问题”。<sup>[3]</sup>简言之,法的安定性要求实证法,实证法要求法效力。对于法律本身的安定性而言,除了法律的实证性、实用性和不变性以外,更为重要的还在于强调法律自身必须具有约束力(即法的效力)。任何一项内容明确而逻辑自洽的规则,只要缺乏某种源自特定权威的效力或约束力,那么就根本无安定性可言,因为这种规则根本就不是法

[1] 一般认为,西方政法哲学中所谓的“转型正义”,指的是民主政体对过去的威权政府违法的或不正义的行为的弥补与改正,或是说由政府检讨过去因战争罪行等因素所引发之各种违反国际法或人权保障的行为。对于法理学而言,“转型正义”的重要性就在于它涉及该如何解决“制度性犯罪”和对法律的本质的理解等问题。国际法哲学领域对于转型正义与拉德布鲁赫公式的探讨,可以参见 Peer Zumbansen, “Transitional Justice in a Transnational World: the Ambiguous Role of Law”, *CLPE Research Paper Series* [Vol. 04 No. 08 2008], pp. 1 - 25; Thomas Mertens, “Continuity or Discontinuity of Law? —David Fraser’s Law after Auschwitz: Towards a Jurisprudence of the Holocaust”, *German Law Journal* [Vol. 08 No. 05 2007], pp. 533 - 546; David Dyzenhaus, “Judicial Independence, Transitional Justice and the Rule of Law”, *Otago Law Review*, Vol. 345, No. 10, 2003; Frank Haldemann, “Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law”, *Ratio Juris*, Volume 18 Issue 2, pp. 162 - 178 等。

[2] 参见[德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第275-276页。

[3] [德]拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版,第79页。

律。因此,法律效力的保持和安定,是法律自身获得安定性的基础性前提。<sup>[4]</sup>

拉德布鲁赫强调,“法的安定性要求实证性,而实证法则想要在不考虑其正义性与合目的性的情况下具有有效性”。<sup>[5]</sup>正是在这个意义上,对法的安定性的诉求,必然要求现行有效的法律自身作为某种类型的权威而获得普遍的遵守与服从。在拉兹看来,权威的主要功能是判断并宣布什么是依据正当理由而应该行动的行为标准。<sup>[6]</sup>这就意味着法律权威成为行动理由得到了正当性论证,这也有助于消解权威与道德自主相互抵牾而形成的“沃尔夫权威悖论”。

因此,有效的法律必然要求被遵守和服从。但是这就会引发一个问题,即不公正的法律是否是法律,是否具有法律效力或约束力?分析实证主义法学理论家,至少从奥斯丁开始,就一直强调法律与道德的分离命题。在奥斯丁、凯尔森、哈特等人看来,道德观念和所谓的正义,并不能够为法律的有效性提供任何检验之标准。只要是在法定权限之下,经由法定程序而得以制定、颁布,那么该法律就是有效的,因此也必然要求得到人们的遵守和服从。至于这种法律是否符合某种道德或正义的观念或标准,则并不影响这些法律享有法律的属性,即所谓的“恶法亦法”理论。在奥斯丁的法理学中,这种理论在以下陈述中得到表达:即法律的存在是一回事,它的优缺点是另一回事;法理学研究实在法或研究严格意义上的法律,而不考虑这些法律的好坏。<sup>[7]</sup>凯尔森在强调正义作为一种理想的同时,主张法律问题是一个科学问题、社会技术问题而非道德问题。因而“法律规范可以有任种类的内容”。<sup>[8]</sup>而哈特在探讨这一问题时,也并未完全偏离“恶法亦法”理论的主线。他指出,存在某些特定的法律,尽管其内容在道德上是邪恶的,却是以意义明确的方式制定,且满足公认的体系效力判准。<sup>[9]</sup>那么根据哈特对承认规则功能的描述,这种内容并不符合道德要求的行为规则一旦通过承认规则的识别,就将必然成为该承认规则所归属的法律体系的一部分,成为具有法律约束力的权威性行为规则。

然而在此问题上,自然法学派与分析法学派针锋相对。前者的核心命题就是法律必须以某种实在法以外的标准——自然法、基本道德原则或正义——为依归。凡是违背自然法、正义或基本道德原则的法律,都不再具有法律的特征和法律的约束力,因为它本身就不是法律。这种理论的核心,就是将正义置于法律的安定性之上。

这就存在一个问题:假如正义和基本道德原则的实现是法律治理孜孜以求的目标,那么如何对待法律的安定性,以及由法的安定性产生的社会有序化的价值位阶呢?“法律理念的二律背反”提示我们,正义的诉求与法律的安定性是存在巨大冲突的。即使承认法律具有一般性正义,当这种体现一般性的法律要适用于各具特殊性的情况时,都难以保证正义的实现。如果在这种情况下,仅仅以法律不体现正义要求,就断然否认法律的效力,剥夺法律

[4] 在某些情况下,如中国古代刑典中的概括性禁律,即使它在一定程度上缺乏法律的明确性和可认知性,但只要该法律毫无疑问地具有源自于通过合法性信念而获得正当权威(国家)的约束力,那么对于获得一定程度上的法律安定性,还是有可能的。参见钱锦宇:《论中国古代刑典中的概括性禁律——以大清律例为例》,载《求是学刊》2007年第1期,第88—93页。

[5] 前引[3]拉德布鲁赫书,第75页。

[6] Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, (Oxford: Clarendon Press, 1986), p. 46.

[7] 参见[英]约翰·奥斯丁:《法理学的范围》,刘星译,中国法制出版社2002年版,第147页。

[8] [奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第128页。

[9] 参见H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press 1961), p. 203.

的安定性,那么,哈特所担心的无政府状态的出现,就不是不可能的。<sup>[10]</sup>

面对法效力(法的安定性)与正义这两种(在一定程度上)相互对立的法理念的竞合及其在司法过程中产生的困境,经历过二战的拉德布鲁赫提出了所谓的拉德布鲁赫公式,试图调整法的道德性与法的法效力(法的安定性)之间的价值位阶,确定其排序原则。所谓拉德布鲁赫公式,是通过如下一段论述得以表述的:

正义和法的安定性之间的冲突或许可以如此解决:实证的、由法规和国家权力保障的法律具有优先的地位,即使在内容上它是不正义的或者不合目的性的;如果实证法违背正义的程度已令人无法容忍,则作为“不正当”的实证法必须向正义让步。尽管我们不可能在法律不公正的情况与尽管内容不正当但仍然有效的法律之间划出一条清晰而精准的边界,但是对其他界限还是能够非常清楚地进行划分的:在所有正义从未被诉求的地方,在所有于实证法制定过程中有意否认构成正义之核心的平等的地方,法律不仅是“不正当的法”,而且根本缺乏法律的性质。因为人们定义包括实证法在内的法律,正如定义命令与法规,其所规定的意义就是有助于正义的实现。根据这个标准来衡量,纳粹法律整体上从未达到法律具有效力的高度。<sup>[11]</sup>

在拉德布鲁赫公式中,包含着三个次级公式,即一般情形下“安定性优位公式”、“不可忍受性公式”和“否认性公式”(阿列克西仅仅描述并定义了后两个次级公式)。该次级公式结构要求:(1)对一般情况而言,法的安定性具有优先价值。当实证法的内容与公正的要求相违背的程度并未超出人们可容忍的限度时,那么与正义相违背就不能成为人们否认该实证法具有法律性质的理由,因而该实证法仍然具有法律效力。之所以作出法的安定性的价值优位的安排,是因为一旦法律仅仅因为不符合它所规制的人们关于正义的判断就能够被人们所否认,则有可能导致社会失序或者无政府状态。而秩序恰恰是法律最重要的价值之一,正如法谚所云:“不公正胜于无秩序。”(2)当实证法与正义之间的矛盾达到了令人无可容忍的程度,那么这种法律就是“不正之法”或者“错误之法”。在这种特殊情况下,实证法的安定性应该让位于正义。拉德布鲁赫的这种观点,明显地支持以一种超越于实证法以外的某种标准,即富勒所谓的法律的“外在道德”,来判别实证法的安定性是否具有价值上的优位。如果该实证法不符合此种价值判断(如正义的理念或人权的基本要求),则该法律就无法律效力可言。阿列克西将拉德布鲁赫公式中实证法达致不可忍受而丧失法律效力的情形称之为“不可忍受性公式”。(3)尽管很难分清实证法的不正义与内容上有错误但仍然具有约束力的法律,但是应该明确,人们制定实证法之目的就是要有助于实现正义。如果一个实证法律故意否认作为正义核心要素的平等,不以正义为法律目的,那么这种法律就根本不具有法律的性质。由于以法律目的为依据来衡量实证法的要求具有一定的主观性,因此,阿列克西将根本不以正义为目的之实证法不具有法律效力的情形,称作“否认性公式”,并认为司法推理首先且最主要是应用不可忍受性公式,因为疑难案件中“破坏正义的意图”是很

[10] 参见 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, p. 206.

[11] Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, SJZ 1946.

难证明的。<sup>[12]</sup>

## 二 拉德布鲁赫公式的功能预设及其哲学基础

如前所述,法律理念的二律背反,关涉到法律的效力与其道德性之间的关系。实际上,对于法的安定性与法的道德性之间的矛盾与冲突,拉德布鲁赫的早期法律理论却对之采取迥异的态度。用他自己的话说:“我们已经论述了这些矛盾,但我们没能解决它们……一个哲学体系应该与教堂相同,在它里面,人们互相容忍,又互相排斥。”<sup>[13]</sup>这种评判观念源自拉德布鲁赫的新康德主义法哲学。尽管如此,在某些场合,拉德布鲁赫却似乎在法律理念的等级结构中,给予了法的安定性以某种优位性。他曾宣称,法律规则的存在比它的正义性与合目的性更重要;正义和合目的性是法律的第二大任务,而第一大任务是所有人共同认可的法的安定性,也就是秩序与安宁。他还援引歌德的诗句:比起忍受无规则,我更愿意经受不正义……在你身上发生了不公正的事,也比全世界都没有法律要好。<sup>[14]</sup>只是在经历纳粹政权之后,拉德布鲁赫才开始重新审视“法律理念的二律背反”问题,提出“拉德布鲁赫公式”这一解决之道。究其根本目的,就是要打破法律在实证主义的鼓动下与专制主义的结合。因为在他看来,法律实证主义的教条使得法学家和人民在面对这样任意、残暴和罪恶的制定法时都束手无策,人们没有任何能力去对抗纳粹主义的立法。拉德布鲁赫公式的目的,就是试图给法学家提供一种武器以防止这样一个不公正国家的再次出现。<sup>[15]</sup>

拉德布鲁赫公式一经提出,便迅速进入联邦德国的司法领域。被学界视为拉德布鲁赫公式在法律实践中的最经典体现与适用的,就是德国柏林墙枪击案。<sup>[16]</sup>

1984年12月1日凌晨,德意志民主共和国边境巡逻队的两名士兵在百米外发现有人试图翻越作为边境设施的柏林墙。当时喊话或者鸣枪示警都无法阻止叛逃者。而依据1982年《德意志民主共和国边境法》第27条的规定,为阻止即将或正在持续发生的犯罪行为发展成一项重罪,应当动用武力。而按当时德意志民主共和国的刑法解释,叛逃行为属于重罪。当这名叛逃者顺着梯子迅速爬上柏林墙时,尽管知道叛逃者可能被密集的火力打死,两名战士仍然瞄准其腿部直接开枪射击以阻止叛逃。叛逃者在开枪后中枪身亡。1992年,柏林州法院审理认定,两名士兵应当依据比例原则的基本准则,而不应该持续开火。为了阻止不威胁他人生命的犯罪行为,不能成为杀人的正当理由,毕竟生命是最重要的法律价值。因此,州法院判决两名士兵过失杀人罪,其中年长的一个被判处1年9个月的监禁,另一个年少的被判处1年6个月的青年犯罪矫正所监禁,均缓期执行。

但是正如阿列克西所指出的那样,州法院的这种做法是试图按照当前的法治原则所应有之义来解释德意志民主共和国的前法。其结果就是隐含了一种对法律的溯及既往的追求。更为糟糕的是,如果按照这种标准,则完全可能将士兵开枪的行为解释为合法行为,因

[12] 参见[德]罗伯特·阿列克西:《为拉德布鲁赫公式辩护》,林海译,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》2007年第1期,第183-208页。

[13] 前引[3]拉德布鲁赫书,第77页。

[14] 参见前引[3]拉德布鲁赫书,第74-85页。

[15] 参见Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*。

[16] 参见前引[12]罗伯特·阿列克西文。

为该行为是由当时有效的实证法规定的合法行为。<sup>[17]</sup>而最高法院肯定了有罪的判决,但否认了初审法院的判决理由和推理过程。因为,只有推翻1982年《德意志民主共和国边境法》第27条第1款的正当基础,才能论证有罪的判决。在此,德国联邦最高法院援引了拉德布鲁赫公式。在判决中,最高法院明确指出:

这更是这样一个案件:行为时的正当性基础仅当其违背了更高层次的法秩序,即当该基础明显严重地违背了正义和人道的基本原则时,方被认为无效;该犯罪必须如此严重,以致违反了所有国家基于人的价值和尊严所具有的法律信仰(BGHSt 2,234,239)。该实证法与正义的抵触也必须如此不可忍受以致该法要让位于正义而成为错误的法(Radbruch, SJZ 1946,105,107)。……毕竟在德国内部边界上的枪杀事件与纳粹大规模的谋杀不可等量齐观。但是,当时所获得的洞见还是有效的,即在判断某个根据国家命令所做行为的性质时,必须考察其是否已经超越了一切国家中的普遍信念的底线。<sup>[18]</sup>

拉德布鲁赫公式在司法过程中所展现的这种捍卫正义与自由的实践品格,是与其相对主义法哲学为理论支撑的。总体而言,转向之后的拉德布鲁赫并未偏离他先前的哲学立场。原因在于:

第一,尽管拉德布鲁赫公式首先明确的是要维护一定程度的法的安定性,即要维护那些内容虽然不公正却并未令人无法忍受的法律之效力,但是这并不表示它滑向了分析主义法哲学。其原因在于,首先,分析法学派关于道德与法律的绝对分离命题,为推导出“恶法亦法”的命题提供了基础。但是与这种绝对意义上的分离命题不同的是,拉德布鲁赫所主张的是一种道德与法律相对分离的命题。在拉德布鲁赫看来,“法律的概念并非为道德所充斥但确实为道德所限制”。<sup>[19]</sup>其次,拉德布鲁赫虽然一方面声称“我们尊敬那些自己的法律观可能与法律相悖、但自己对法律的忠诚却不为所动的法官”,<sup>[20]</sup>另一方面又强调法律只能为自己证明权力,但绝不能证明其有效性。更为重要的是,他为公民依据良心而拒绝服从“恶法”留出了一定的理论生存空间。<sup>[21]</sup>

第二,尽管拉德布鲁赫公式中的“不可忍受性公式”和“否认性公式”表明拉德布鲁赫后期法哲学思想的变化,即从强调法的安定性转为关注法的道德性,反对“法律不受道德标准限制”的主张,强调法律应该以一种实质正确性为界限。凭借这一特殊界限,就将极端不正义的法律划出了有效法律的范围之外。但是,这并不表明他的法哲学立场转向自然法学说。因为,从相对主义可以得出自然法的传统主张,如对自由、对法治、对民主的偏好。而民主、人权和法治等价值是拉德布鲁赫哲学怀疑论的必然结果。因为自以为掌握了绝对真理的态度是民主和宽容的现实或潜在的威胁。只有哲学怀疑论者才会审慎地证成、珍视正义和道德性。<sup>[22]</sup>另外,拉德布鲁赫也从未否认过正义对法律的重要性。

[17] 前引[12]罗伯特·阿列克西文。

[18] BGHSt 39, 1(15ff,16),转引自前引[12]罗伯特·阿列克西文。

[19] 前引[12]罗伯特·阿列克西文。

[20] 前引[3]拉德布鲁赫书,第86页。

[21] 参见前引[3]拉德布鲁赫书,第85-86页。

[22] 参见[德]乌尔弗里德·诺伊曼:《古斯塔夫·拉德布鲁赫——法学家和法政治家拉德布鲁赫〈法哲学〉中文译本导论》,载前引[3]拉德布鲁赫书。

其实,早在1932年,转向前的拉德布鲁赫就指出,正义、合目的性与法的安定性作为法律理念,共同控制着法律。“应该将决定权赋予这个原则还是那个原则,在不同的时代会有不同的倾向。”<sup>[23]</sup>可见,二战后拉德布鲁赫对法律理念结构要素的位阶的重新排序,并不是什么法哲学立场发生根本转变的表现和使然,而仍然是在其相对主义法哲学的理论框架之内进行的。正是在这个意义上,拉德布鲁赫将公式中自己的这种转变称为“合乎逻辑的奇迹”。

### 三 模糊的公式与通过解释的法官统治

但是,当拉德布鲁赫公式成为可为司法所适用的原则时,一个困扰人类数千年的哲学难题就随之而来,即:什么是正义?与此相关的是,具有何种内容的实证法对正义的违背达到令人“不可容忍”的程度?谁是最终的解释者和判断者?

作为一种人类社会的共同理念,正义本来就有一张普罗透斯似的脸。不同的时代、不同的国家、不同的民族、不同的阶级和阶层对正义都有着不同的理解,以至于难以对正义的内涵和要求达成一致。也正因为如此,凯尔森将正义视为一种理想,而斯堪的纳维亚现实主义法学也认为,正义只是一种关于法律的感情,正义感并不能指导法律。阿尔夫·罗斯甚至认为诉求正义就像拍桌子一样,即一种可以把个人要求变成绝对的先决条件的情感表达。<sup>[24]</sup>

当然,如果把某些道德与法律最基本的要求视为正义的话,那么拉德布鲁赫公式仍然有被有效适用的可能性。例如,保护人类脆弱性的“不得相互侵害”是正义的一项普遍要求,而纳粹政权制定的、以种族灭绝为目的之实证法,就应被视为违背这一正义要求而得为法院宣布为无效。但是在某些特殊情形中,如上述的柏林墙枪击案,问题就并非这么简单。允许动用武力来制止叛逃这种重罪行为的法律是否根本违背了正义的要求,或者说它与正义的矛盾是否让人无法忍受?对于这个问题的回答,并非能够直接而迅速地作出判断,必须借助于论证的手段。但是论证又必须面对解释的困境,即由于解释者、论证人的理解前结构和论证目的之不同,人们可能会得出不同的结论。德国最高法院也承认,不正义的“极端”性质并不一定总是意味着它对任何人而言都有明显性。而很多年轻的士兵由于他们受到的教育和所处的环境,难以形成足够的辨别力,以清晰地理解他们的行为极端不正义并因此属于犯罪。<sup>[25]</sup>很多情况下,人们很难识别其所遵守的某项法律与正义之间的矛盾是否已经达到令人无法容忍的程度。这样看来,拉德布鲁赫公式是具有某种不清晰性或不确定性的。法律的含混与不明晰性,是拉德布鲁赫自己所关注的法的安定性所反对的,也是富勒提出的法律的内在道德所拒斥的。“含糊和语无伦次的法律会使合法成为任何人都无法企及的目标。”<sup>[26]</sup>拉德布鲁赫公式中“正义”以及“不可忍受”等术语的含混不清,使得拉德布鲁赫公式所设定的功能和目的,必然会受到有力的质疑。

模糊的法律需要解释。而当人们立基于现实主义的立场,并借助法律方法论的分析进阶成功破除立法者神话之后,人们才发现,面对法律场域中的“正义”、“平等”和“公益”等

[23] 前引[3]拉德布鲁赫书,第77页。

[24] 参见 Alf Ross, *On Law And Justice* (Berkeley: University of California Press, 1959), p. 274.

[25] 参见前引[12]罗伯特·阿列克西文,注〔105〕。

[26] [美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第76页。

模糊不清的语词,往往法官才是事实上的最终判断者,只有法院才有权最终界定到底何谓正义、何种程度是“不能忍受”。在美国,联邦最高法院的大法官与正义分享同一个英文单词(Justice),大法官被视为“正义”的化身。面对“为自由、平等和正义提供最佳保护”的美国宪法,查尔斯·休斯(后任联邦最高法院大法官)精辟地指出:宪法是什么由法官说了算。<sup>[27]</sup>法官在法律解释中的话语霸权,在美国联邦最高法院前后两个时期对种族隔离案件的审判中得以最佳阐释。

从1887年美国佛罗里达州率先制定黑白隔离法令开始,密西西比州、得克萨斯州等南部各州陆续颁布了规定种族隔离的法案。虽然第13、14和15宪法修正案在宪法的维度废除了奴隶制度,确立了法律的平等保护,并赋予了黑人选举权,但是各州种族隔离法的出台,客观上否认了作为正义的平等原则,也使得上述三个被称为“二次权利法案”的宪法修正案黯然失色。1892年6月,具有黑人血统的普利西乘坐火车,并坚持要进入只允许白人乘坐的车厢,当即被逮捕送交法庭。各级法院的判决都基本肯定了种族隔离法的效力,判决普利西败诉。联邦最高法院明确指出,宪法第14修正案保障的是两个种族在法律面前的绝对平等,它追求的是政治平等,而非社会平等。法律不可能消除基于肤色的差别。公共设施实行隔离并不意味着不平等。法官对“平等”的解释最终确立了“隔离但平等”的法律原则。<sup>[28]</sup>

面对各州的种族隔离法律,美国黑人群情激愤。在黑人组成的美国公民平等权利社路易斯安娜分社向州政府议会提出的严正抗议中,黑人群体明确指出,种族隔离法的制定违反宪法的宗旨,背弃正义,偏离美国传统,而且危及公共政策,并将使黑人受到无穷的侮辱与虐待。<sup>[29]</sup>假设按照拉德布鲁赫公式,在美国黑人和部分白人看来,种族隔离法律已经明显背离平等这个正义的主要原则,因而此种法律根本就不是法律,不具有法律约束力。但是,他们的这种解释并不具有任何法律效力。因为法官,特别是联邦最高法院的大法官们(哈伦除外),并不认为种族隔离法违反正义。他们的解释在司法上肯定了种族隔离法的有效性。由此看来,拉德布鲁赫公式对于普通人是否遵守某种特殊法律,以及遵守何种法律,根本不具有任何确定的指导意义。而半个世纪之后,面对相似的种族隔离问题,联邦最高法院却在布朗诉托皮卡教育委员会案件中,宣布了公立教育设施中“隔离但平等”的原则因违背第14条宪法修正案关于法律的平等保护原则而无效。<sup>[30]</sup>这样,相同的解释对象却产生迥异的解释结果及其效力。

或许会有质疑:在奉行判例法的英美法系中,法官对法律规则、基本法律概念与理念的解釋度和裁量权,要比大陆法系中法官的相关解釋度和裁量权大得多。美国法官在前后两个种族隔离案中对“平等”所做的不同解释,能否有助于质疑和批判德国人提出的拉德布鲁赫公式?实际上,无论在英美还是欧陆,法官总是倾向于扩张其法律解释权。早在20世纪初,德国和法国等典型的大陆法系国家出现了一股强调扩大法官解释权的强劲呼声,如黑克所代表的利益法学派,埃利希和坎特洛维茨推动的自由法学运动。德国学者伊赛援引大量司法实践中的经验材料,以证明建立在法官个人价值感基础之上的直觉对司法过程的影响。

[27] 参见 Charles Evens Hughes, *Addresses and Papers of Charles Evens Hughes* (New York and London: G. P. Putnam's Sons, 1908), p. 139.

[28] 参见 *Plessy v. Ferguson*, 163 U. S. 537 (1896)。

[29] 参见朱瑞祥:《美国联邦最高法院判例史程》,台北黎明文化事业股份有限公司1984年版,第211页。

[30] *Brown v. Board of Education*, 347 U. S. 483 (1954)。



他指出那种试图限制法官的解释权,在判决时对法官进行约束是不可能的。事实上,一战之后的德国法官常常援引并自由解释一些抽象的概念,如公共利益、善意等,由此来改变法律的字面含义,进而扩大其法律解释权。而法国前最高法院院长巴洛·博普雷则更为明确地宣布“法官具有最广泛的解释权”。而二战后大陆法系法官的法律解释权更是获得长足扩张,尤其是面对那些抽象的法律概念或模糊的法律理念(如正义、平等或公益等)之时。因此,并不能排除大陆法系的法官有可能由于效劳于各种价值观念或根据当时的利益评价而对法律规则、法律概念和理念作出截然不同的解释。

因此,拉德布鲁赫公式在司法过程中的主要功能,还是赋予了法官一种更大的权力,即通过解释并确认什么是正义的标准,什么程度才称得上是“令人无法忍受”,来确定是否需要作出一个具有溯及既往效果的并往往背离“法无明文规定不为罪”的司法判决。在将拉德布鲁赫公式视为“转型正义”解决疑难案件的可行方案时,我们更应当意识到,“拉德布鲁赫公式只不过是对法官的一种授权,使其能在主观信念受到强烈影响的案件中作出与法律相悖的裁判”。<sup>[31]</sup> 它的指导意义,并不在于立法—守法的维度,而只在于司法的场域。前后两个种族隔离案的不同判决就清晰地证明,不能完全依靠或指望法院的法官依靠包含抽象而模糊的法律概念和理念的拉德布鲁赫公式去抵抗不正义的实证法。说到底,拉德布鲁赫公式并不必然能够有效防止不公正国家的再次出现,它的真正意义更多的只是一次调整后的相对主义法哲学理论的宣扬。

## 四 余 论

在拉德布鲁赫公式所反映的法的效力与法的道德性问题上,哈特批评了拉德布鲁赫“极度的天真”,指出反实证主义的法概念——即拉德布鲁赫公式所蕴涵的、以道德为限度的法律——不可能带来对邪恶的坚决抵制。不同于拉德布鲁赫的主张,在面对违背正义的法律之时,哈特认为,只要这些法律是通过意义明确的方式制定,并且满足公认的体系效力判准,那么就仍然要维护它作为法律的自身的安定性。应该强调这种法律仍然具有法律的本质因而拥有确定不移的法律效力。但是需要注意的是,从哈特上述主张,并不能得出哈特容忍那些道德上邪恶的实在法的结论。对于此问题,哈特的解决方案是,在承认某种自然法的最低限度的内容之基础上,强调那些在道德上邪恶的实在法,由于其过于非正义,因此无法适用或服从。用哈特自己的话说,就是:“这确是法律,但是它太过非正义了,因此无法适用或服从”。<sup>[32]</sup> 笔者将哈特的这种观点,称为关于法律实效的“哈特公式”。尽管如此,哈特还是强调,“从‘法律规则太过非正义而无法遵守’,我们无法演绎出‘它不是有效的法律规定’”。<sup>[33]</sup>

通过上面的分析可以发现,在“极端邪恶的法律是否是法律”的问题上,哈特与拉德布鲁赫的区别在于:哈特的看法秉承了分析法学的一贯主张:法律的效力是一回事,法律的实效又是一回事。极端邪恶的法律仍旧是具有强制约束力的法律,只是由于无法遵守而难以

[31] 参见 N. Hoerster, “Zur Verteidigung des Rechtspositivismus” (1986), 39 *New Juristische Wochenschrift* 2480, at 2482. 转引自前引[12] 罗伯特·阿列克西文。

[32] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, p. 203.

[33] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, p. 204.

产生实效。而拉德布鲁赫的法哲学公式否定的是极端邪恶的法律的效力,不承认极端邪恶的法律具有法律的本质。在这个问题上,拉德布鲁赫的相对主义法哲学与自然法学相近。但是拉德布鲁赫公式的特殊性就在于存在一个法律安定性与正义的协调:一般情况下,法律的安定性优先,即使该法律不公正或不正当;只有极端不正义的法律,才不具有法律效力。

然而,调整后的拉德布鲁赫法律理念构成要素的位阶等级,与先前的位阶等级一样,仍未摆脱、也不可能摆脱“二律背反”。而拉德布鲁赫公式(尤其是“不可忍受性公式”和“否认性公式”)的不确定性与法的安定性之间的矛盾更是显著。最终的决定权还是交给了法律帝国的王侯——法官。二元主义法哲学最终将走向法律解释学。或许奥登的诗篇能够表达所有意思:

法律是什么?  
法官先生居高临下,  
清晰而庄严地宣布:  
法律就是我先前告诉你们的话;  
法律就是我的理解,  
一如你们所知晓的那样。  
法律不过是我重新作出的解释,  
法律就是法律。

W·H·奥登:《诗集》

---

[Abstract] In order to resolve the antinomy created in the process of the operation of law between the stability of law and the morality of law, Radbruch's formula came into being. However, Radbruch's formula cannot accomplish its mission in the judicial process because of the abstraction and uncertainty of the word "justice", which is the keystone in the structure of Radbruch's formula. The very legal meaning of Radbruch's formula is to relocate the conception of jurisprudential relativism while giving the judge more power to interpretation, so to further strengthening the function and position of rule of judge within the structure of rule of law.

---

(责任编辑:冉井富)