

Globethics Repository

The logo for Globethics, featuring the word "Globethics" in white, sans-serif font centered within a solid blue rectangular background.

如何法律思维？德沃金与波斯纳之争[How to build a legal thinking: disputes between Dworkin and Posner]

This page was generated automatically upon download from the Globethics Repository. More information on Globethics see <https://www.globethics.net>. Data and content policy of Globethics Repository see <https://repository.globethics.net/pages/policy>.

Item Type	Preprint
Authors	吴, 越
Rights	With permission of the license/copyright holder
Download date	2026-07-06 02:33:52
Link to Item	http://hdl.handle.net/20.500.12424/179219

吴越：如何法律思维？德沃金与波斯纳之争

大凡国内的法律人已经知道了德沃金与波斯纳的PK; 两个NR你来我往无数回合，最终谁也没有说服谁，谁也没有打倒谁。不仅如此，尽管在二人在PK的过程中都有受伤，并且在PK过程中都暗自承认了对方观点的一些合理性，换言之，二人在PK的过程中越来越强壮，这符合苏格拉底式教学法的规律：不但真理愈辩愈明，辩论人也实现了教学相长。

在德沃金与波斯纳的较量中，鄙人认为最具有代表性的一次PK发生在1997年。这次争论在现在看来不但丝毫没有过时，而且现实似乎仍然在朝着中了二人之各自预言的方向发展。

本来，法学名流观点相左也不是什么新鲜事，背地里甚至贬低一下对方，骂一下人也不会有什么后果，但是德沃金非常NB，他终于忍不住公开骂人了（当然，波斯纳也不是好惹的，他损起人来，比德沃金还厉害）。1997年，应美国“法学名流讲堂”（Order of the Coif Lecture）的邀请，德沃金作了题为“*In Praise of Theory*”（赞美理论）的讲座，其讲座记录刊载于1997年夏季号《亚里桑那州法律杂志》（29 Ariz. St. L.J. 353）。由于德沃金在这次讲座中对芝加哥学派的两名重量级人物波斯纳和桑斯坦的观点进行了猛烈的攻击，因此法学名流讲堂也邀请波斯纳作了一次题为“*Resonse: Conceptions of Legal “Theory” : A Response to Ronald Dworkin*”（回应：法律“理论”的概念：对罗纳德·德沃金的回应）讲座，此次讲座的内容也刊载于29 Ariz. St. L.J. 377。

因此，本文主要介绍一下二人讲座的主要内容，其依据也是上述两篇论文。

一、德沃金对波斯纳和桑斯坦的批判

首先来看德沃金的观点。按德沃金的说法，是波斯纳先招惹德沃金。众所周知，德沃金十分看重“原则”和“理论”，以及法律的整体性（integrity）。不仅如此，德沃金还非常看重“政治伦理”（political morality）。他在讲座中反复强调“法律思维的理论根基观”（theory-embedded view of legal reasoning）的重要性。他有时也简称为“根基观”（embedded view）。为此，他首先用几个例子来说明其“理论根基观”的重要性：

第一个例子：避孕药的副作用。某美国妇女长期服用（各种）避孕药，后来身体受到伤害。但是她不知道或者不能证明究竟是哪个厂家生产的避孕药导致了她的伤害。争论的焦点是：美国的众多避孕药生产商是否应当对此伤害承担连带的损害赔偿赔偿责任？对此有两种对立的观点。第一种观点认为，由于本案中因果关系不明确，因此生产商将不可能承担任何责任，例如一些法院和美国最高法院均持这种观点。第二种观点则认为，尽管不能证明是哪家厂商的避孕药导致该妇女受到伤害，但是倘若她得不到赔偿，这将是一个宪法问题。

第二个例子：辅助性自杀（assisted suicide）。所谓辅助性自杀，也即在医生帮助下的“安乐死”。对此，自然有不同的观点。第一种观点认为，辅助性自杀具有正当性。第二种观点认为，

辅助性自杀其实无异于谋杀，剥夺了他人的生命。

第三个例子：焚烧国旗。第一种观点认为，焚烧国旗是不道义的，并且是违宪的。第二种观点则认为，焚烧国旗其实是个人的表达自由的体现，因此是合法的。

第四个例子：堕胎。第一种观点认为，堕胎是合法的。第二种观点则认为，堕胎是违法的。

德沃金试图通过上述案件说明他的“法律思维的理论根基观”或者说“原则判决”、“理论判决”的重要性。他指出，“一项法律诉求——无论避孕药的受害人是否胜诉或者焚烧国旗的行为是否遭到宪法的禁止——其实等于说一个原则或者另一个原则提供了某些法律实践的更好的正当性依据而已。从什么角度说更好呢？指更好地解释 - 更好，是因为它更符合实践，并且更有说服力。从这个意义上说，任何法律观点都不容易经受我们或许可以称之为‘正义的陡坡’（justificatory ascent）的检验”[1]。

紧接着，德沃金还通过希腊神话中的“海格力斯”（Hercules）神来说明理论思维与常人思维的不同。德沃金认为，天才式的，也就是海格力斯式的裁判思维是这样的：他在听审第一个案子之前，他已经能够建立一个巨大的“至高无上”的放之四海而皆准的理论[2]，并且，他能将任何事物编织于这一宏大的理论建筑之中[3]。鉴于此，天才式、理想化的法律思维是至上而下的，也即从理论到具体的路径，或者用德沃金的话说是由外及内的（outside-in）。反之，常人的思维则是“由内及外”（inside-out）的，或者用中国话来说是“由表及里”的。德沃金这样说道：

“我们（指常人）进行由内到外的推理：我们从职业、责任或机会中（偶然）接触到的具体问题开始，因此我们究问的范围是非常有限的，不仅因为我们所拥有的时间（有限），而且因为我们偶然面对或想象的观点（也有限）。从内向外思维的法官几乎没有时间或者认为有必要进行长时间的，费力的研究或辩论”。[4]

总之，德沃金的论调是，法官在进行法律思维的时候，必须像海格力斯大力神那样，事先在心中装着各种理论与各种价值，通过理论和价值衡量来裁决具体纠纷。

然而，波斯纳在其1995年出版的著作“Overcoming Law”（《征服法律》，又译《超越法律》）中，对德沃金的理论进行了攻击。波斯纳认为，德沃金式的“理论”属于“宏大主题”（master themes）或者用中国式语言来说属于“泛理论”，“过度抽象的理论”，根本不能用于指导法官的审判实践。同时，波斯纳还指责德沃金纯粹是在玩“文字游戏”（language game）。

针对波斯纳的批评，德沃金回敬道，

“（攻击）首先来自里查德·波斯纳法官。你们知道，那个懒惰的法官（指波斯纳）在早餐前写一本书，在正午之前判几个案子，然后整个下午就在芝加哥法学院教书，晚餐之后就去做脑子治疗去了。其次来自他的几乎是同样多产（贬义）的同事卡斯·桑斯坦，他同样在芝加哥法学院任教。这些学者一道组成了反理论的、并非胡言的法理的芝加哥学派。两人都批判法律思维的根基概念并热衷于实践性的（理论），并且两人都形容我的观点为错误的范式并试图纠正”[5]。

德沃金进一步指出，波斯纳还“勾引”（flirt）后现代主义者、前结构主义者、解构主义者、挑骨头的法律学生、偏激的有色学者以及千军万马组成了反理论阵营（post-modernists, the pre-structuralists, the deconstructionists, the critical legal students, the critical race scholars, and a thousand other battalions of the anti-theory army.）。这在实用主义大行其道的美国而言，毫无疑问是理论的悲哀。

于是，德沃金要向波斯纳和桑斯坦发起反击，这也是为何德沃金专门找芝加哥学派算账的根本原因。德沃金在讲座中批评波斯纳和桑斯坦犯了三大错误。他这样说道：“这就是为何拿芝加哥学派，尤其是波斯纳法官和桑斯坦教授作为例子的原因。他们以及其他类似的反对运用道德理论或抽象理论的观点，大致可以归纳为三个标题：形而上学的，实用主义的和职业主义的。”[6]

第一：形而上学（Metaphysics）。德沃金认为，政治伦理属于客观真理，例如存在着对种族屠杀、种族歧视和言论自由的普适性的伦理观念。反之，波斯纳则认为，并不存在所谓普适性的客观真理，也即不存在普适性的政治伦理。为此，德沃金是这样反驳的：“种族屠杀是邪恶的”或者“种族隔离是非正义的”。他（相对主义或实用主义者）答道：“是的，没错，我同意你的说法。但是请不要错误地认为这些假设是客观真实的或者其真实性基于现实。你仅仅表达了你个人的见解。”[7]。德沃金通过上述例子说明，波斯纳一方面承认道德判断的存在，但另一方面又认为这仅仅属于个人见解的说法是出尔反尔的。政治伦理正如“山的客观存在”一样是客观存在的。换言之，德沃金认为波斯纳“形而上学”。

第二，实用主义（Pragmatics）。德沃金认为，波斯纳说他对法官裁判的评价理论并不依赖于哲学命题，而是独自成立的（free-standing）。为此，德沃金引用了波斯纳的一段话：“我用来标签实用主义外观的形容词——实践的、工具的、前瞻的、激进主义者的、经验的、怀疑的、反教条的、试验的——并非是人们想到罗纳德·德沃金的著作时跃入脑海的词汇”。[8]

波斯纳强调法律思维的前瞻性（forward-looking）。对此，德沃金反驳说，前瞻式的法律思维本来就有两种含义。含义之一是法律思维是结果导向的，而不是道义伦理式的（deontological）[9]。含义之二是指福利主义者（welfarist），而不是结果导向的。倘若波斯纳注意到二者之间的区分的话，就应当意识到他自己误解了德沃金所主张的法律思维的理论根基观。因为在德沃金看来，主张法律思维的理论根基并不必然就是反功利主义的。而波斯纳的“前瞻式”法律思维有失去方向的嫌疑。德沃金举例讽刺说，假设在冬季一个寒冷的夜晚某人的车子发动机坏了，他处于无助的境地。按照波斯纳式的法律思维，解决的办法就是“不要研究内燃机的物理结构，试试各种办法看看其中一个是否灵验。”显然，德沃金试图通过该例子来说明法律思维的理论根基的重要性。

第三，职业主义（Professionalism）。所谓职业主义，是指一种倾向，按照这种倾向，法官或律师在思考问题时总是进行职业化的（或者说专业化的思维），这种思维拒绝理论，尤其是哲学理论。为此，德沃金以常人的口气形容道：“我们只是律师。我们不是哲学家。法律有其自身的原则，其自身的特殊伎俩。当我们上法学院时，你被教导什么是像律师一样思维，而不是哲学家那样。律师们并不致力于解决道德或政治理论的重大理论问题。他们以更加有限定的、有情景的方式逐一解决‘零售’中的具体问题。他们的辩论工具不是哲学著作中的大理论，而是紧密的文本分析和类比的更加简朴和可靠的方法”[10]。对此，德沃金指出，伟大的法哲学家诸如边沁（Bentham）、奥斯汀（Austin）尤其是哈特（H.L.A. Hart）已经为传统法律带上了成熟和优雅

（sophistication and elegance）的新水平。然而，芝加哥学派却无视这些。例如，曾任芝加哥法学院院长和美国检察总长的Edward Levi曾指出，像律师一样思维不是指将理论的大结构适用于具体的法律问题，而是将某一类具体的法律裁决与另一类进行类比（analogy）。而在数十年之后，同样是芝加哥法学院的桑斯坦教授又拾人牙慧，并将该观点修正。桑斯坦观点的核心就是法律的“未完全理论化的路径”（"incompletely theorized" approach to law）并且桑斯坦尤其强调了此路径与德沃金的“理论根基路径”的区别。为此，桑斯坦引用了罗尔斯的“重叠同意”模型（model of overlapping consensus），也即任何同意的一方其实都有自己的道德见解，所谓同意不过是不同见解的重叠而已。但是桑斯坦却认为，律师与法官应克制自己在更加抽象的政治与道德理论中冒险。[11]

反之，德沃金则反驳说，其实桑斯坦这个人自相矛盾的。因为桑斯坦自己也承认，“有些案件如果不引入理论是根本无法裁决的。再者，有些案件如果没有理论的引入是不能裁决好的。如果有好的理论并且法官被说服它是好的理论，那么其司法采纳就不应当是禁止性的话题。未完全理论化的协议（指未完全理论化的个人判断）是推定性的而非确定性的”。

德沃金最后总结道：“我同意并非所有法官都经过了哲学训练的批评。但倘若我的观点正确，那么时常不得不要他们面对的问题其实是哲学的。另一种路径并非是在避免道德理论，而是将其运用暗化，隐藏于一切类似于律师式的类推思维的神秘伎俩之中。”

二、波斯纳对德沃金反驳的反驳

针对德沃金的反驳，波斯纳也毫不示弱，对德沃金的观点进行了攻击。

首先，波斯纳指出，所谓“正义的陡坡”（justificatory ascent）理论也就表明，德沃金要求法官在思维时必定首先是从具体案件出发向上思维，然后再从上位的原则——诸如平等主义、功利主义或者密尔的自由概念——出发向下思维，这样就保持法律的和谐。但是德沃金坚持认为通过正义的陡坡之后法官就能提升到一个“概括性”（一般性）的高水平[12]。波斯纳首先还引用德沃金的一些类似观点，例如“法律思维以大量的正义领域为前提，包括非常抽象的政治伦理原则”。[13]又如，如果法官受命解释宪法，那么他就必须“在政治伦理中远行”或者“深入理论”。

在此基础上，波斯纳认为，德沃金的所谓“理论”其实泛泛化了；与自然科学的理论不同，德沃金的所谓“理论”其实是空洞的，既没有确定的内涵，也没有确定的外延，这一切皆因为德沃金在追求所谓的“和谐”和“一般”。因此德沃金的“理论”是他自己所谓的具有非常独特意义的理论。德沃金的这种“理论”概念，从其历史渊源来看，德沃金的理论与赫伯特·威克斯勒（美国宪法学家）的“中立原则”（neutral principle）有关，而后者则可以追溯到“法律过程”学派（legal process school）以及自然法学派，而德沃金显然与这两个学派有着之间的关联，另一方面，在哲学方面，德沃金则受到康德哲学（经罗尔斯改进）的影响，而与亚里斯多德格格不入。[14]德沃金“理论”概念的核心，正如威克斯勒、哈特和萨克斯等人所坚持的那样，其实就是将宏大主题（master themes）——例如民主合法性、联邦主义、相对的制度适格或平等强加于法律的特殊性。[15]

波斯纳进一步指出，“正义的陡坡”（justificatory ascent）与归纳式推理（induction）不可混淆。法官到达正义的顶点之后，他就将（理论的）梯子踢开了。由于被强迫爬上（正义的）梯子，法官承认，如果不采纳大原则他就无法判案，但是一旦采纳，他就判案了。

在厘清了德沃金理论的来龙去脉之后，波斯纳接着对德沃金对他的批判进行了反驳。

首先，波斯纳指出，“二十五年关于反堕胎法的政治伦理的毫无定论的争论表明，锁定于道德争论的观点本身就是有局限性的。这并非表明不存在道德真理，因为自然科学上早就存在科学争论，然而科学真理毫无疑问是存在的。”[16]由此可见，波斯纳反驳了德沃金指责他不相信真理的客观存在的言论。同时，他还指出道德判断无助于类似于堕胎这一类法律问题的解决。

其次，波斯纳指出，德沃金的“原则”和“理论”与法官们信奉的原则和理论是有着显著区别的。尤其在判例法国家，法官们的理论就是先例，就是类似案件的的经验，而不是德沃金的那些宏大主题。

第三，波斯纳指出，大多数的道德真理与科学真理不同，都是所谓“地方性的真理”（local truths）或者说“地方性知识”，并且打上了文化的烙印。为此，他举了很多例子来说明。例如，同样的杀人行为在一种情况下可能是道义的，而在另一种情况下则是非道义的。又如，同样是堕胎，一个妇女纯粹因为不想要女孩和她因为贫穷无法抚养小孩的正义性也是有所不同的。再如，在一个面临严重饥荒的社会杀死幼儿与在一个有足够食物的社会的同样行为的正义性也是不一样的。波斯纳甚至说，如果你不懂中文，最好就别对中国说三道四。由此来支持他的伦理的地方性真理的观点。

至于德沃金批评的“职业主义”，由于不是针对波斯纳的，所以波斯纳对此没有回应。

在最后，波斯纳承认，德沃金的法律思维观其实是从事法律工作的一种方式而已，也即不排除波斯纳自己的那种思维方式的存在。但德沃金的思维方式显然不是最佳途径。它对于判例法国家而言显然是太抽象了。它或许在“抽象性审查”（abstract review）的制度中效果更好，例如中欧的宪法法院或者间或地在美国的州最高法院[17]。此外，在某一法律领域还没有诞生先例之前，德沃金的理论或许是恰当的。但是一旦有了先例之后，德沃金就派不上用场了。波斯纳甚至讥讽德沃金在演讲中所举的那个妇女服用避孕药受到伤害是否应由制药厂承担连带责任的例子是天真的（naive），因为在美国侵权法上，不能证明损害事实与加害行为的因果关系是无法胜诉的，这样的争论也是无济于事的。

从以上的论战不难看出，尽管德沃金与波斯纳的争论，有相当一部分属于情绪化的争论，但是二人对于法律思维的路径之争却是有着非常重要的现实意义的。

[1] A claim of law-either that the drug victim wins or loses or that flag burning can or cannot constitutionally be prohibited-is tantamount to the claim, then, that one principle or another provides a better justification of some part of legal practice. Better in what way? Better interpretively- better, that is, because it fits the legal

practice better, and puts it in a better light. In that case, any legal argument is vulnerable to what we might call justificatory ascent.

[2] Before he sits on his first case, he could build a gigantic, "over-arching" theory good for all seasons.

[3] He could weave all that and everything else into a marvelously architectonic system.

[4] We reason from the inside-out: we begin with discrete problems forced upon us by occupation or responsibility or chance, and the scope of our inquiry is severely limited, not only by the time we have available, but by the arguments we happen actually to encounter or imagine. A judge reasoning from the inside-out will rarely find either the time or the need to undertake long, laborious research or argument.

[5] The first is offered by Judge Richard Posner. you know, the lazy judge who writes a book before breakfast, decides several cases before noon, teaches all afternoon at the Chicago Law School, and performs brain surgery after dinner. The second is by an almost equally prolific colleague of his, Cass Sunstein, who also teaches at the Chicago Law School. n4 Together these scholars form a Chicago School of anti-theoretical, no-nonsense, jurisprudence. Both criticize the embedded conception of legal reasoning and endorse the practical one and both describe my own account of the former as a paradigm of the errors they hope to correct.

[6] That is why I have taken the Chicago School, and particularly Judge Posner and Professor Sunstein, as examples. The arguments that they and others of similar opinion make against the use of moral or abstract theory in legal argument can usefully, I think, be shepherded under the following three headings: metaphysical, pragmatic (实用主义的), and professional.

[7] "Genocide is wicked," or "Racial discrimination is unjust." He replies, "Yes, that's true, I agree with you. But please do not make the mistake of thinking that these propositions are objectively true or that their truth is grounded in reality. You have only expressed your own opinion."

[8] "The adjectives that I have used to characterize the pragmatic outlook-practical, instrumental, forward-looking, activist, empirical, skeptical, anti-dogmatic, experimental-are not the ones that leap to mind when one considers the work of, say, Ronald Dworkin."

[9]道义伦理(deontological ethics) , 就是和结果主义(consequentialism)或者目的论伦理(teleological ethics)——如实用主义、功利主义、至善主义等——相对的一种伦理哲学。一个行为是否正确, 要靠行为本身来判断, 而不是它的结果。行为的合乎伦理与否独立于这个行为带来的结果。而用结果主义和目的论伦理判断一个行为是否合乎道德, 则只看这个行为产生的结果。

[10] "We're just lawyers here. We're not philosophers. Law has its own discipline, its own special craft. When you go to law school, you are taught what it is to think like a lawyer, not a philosopher. Lawyers do not try to decide vast theoretical issues of moral or political theory. They decide particular issues at retail, one by one, in a more limited and circumscribed way. Their vehicles of argument are not the grand ones of the

philosophical treatise, but the more homespun and reliable methods of close textual analysis and analogy."

[11] But Sunstein suggests that lawyers and judges should abstain, even in the exercise of the responsibility of individual judgment, from venturing into the more abstract reaches of political moral theory. He means to claim, that is, not just that political and judicial alliances may be forged out of concrete agreement even in the face of theoretical divergence, but that the individual judgments that produce the concrete agreement should themselves be superficial.

[12] The concept of justificatory ascent is Dworkin's acknowledgment that judges more often reason upward from particular cases and arguments than downward from an overarching principle-such as egalitarianism, or utilitarianism, or Mill's conception of liberty-that makes the whole body of the law consistent. But he insists that through justificatory ascent a judge may be lofted to a high level of generality.

[13] [L]egal reasoning presupposes a vast domain of justification, including very abstract principles of political morality.

[14] By "theory" Dworkin means his own, highly specific conception of legal theory. This conception is in the line of descent from Wechsler's influential article on "neutral principles," which in turn has affinities to the "legal process" school and to natural law, to both of which Dworkin has fairly direct links, n17 and on the side of philosophy to the approach of Kant (as refined by Rawls), as contrasted with that of Aristotle.

[15] The heart of Dworkin's conception, as earlier the conception of legal theory held by Wechsler and by Hart and Sacks, is the imposition of master themes, such as democratic legitimacy, or federalism, or relative institutional competence, or equality, on the particulars of the law.

[16] Twenty-five years of inconclusive debate about the political morality of anti-abortion laws illustrate the limitations of argument in settling moral debate. This does not show that there are no moral truths, for there are unresolved scientific debates older than the abortion debate, yet undoubtedly (or so I would argue) there are scientific truths.

[17] I said earlier that Dworkin's was one way of doing law. But it is not the best way. It is too abstract for a case-based legal system. It might do better in a regime of "abstract review" such as one finds in the constitutional courts of central Europe and occasionally in U.S. state supreme courts.