

Globethics Repository



道德新实用主义——波斯纳的法律和道德理[New Moral Pragmatism: Posner' s legal and moral theories]

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	Article
Authors	焦, 宝乾
Publisher	中国法制出版社
Rights	With permission of the license/copyright holder
Download date	2026-07-17 02:59:53
Link to Item	http://hdl.handle.net/20.500.12424/179125

焦宝乾：道德新实用主义——波斯纳的法律和道德理论

1897年，美国大法官O·W·Holmes在波士顿大学法学院发表了对美国20世纪法理学影响深远的著名演讲：《法律的道路》。一百年后，R·波斯纳法官在哈佛大学Holmes讲座作了题为《道德和法律理论的难题》的演讲，波斯纳的演讲主要涉及霍姆斯提出的支配美国法理学的核心辩题之一：法律和道德。众所周知，围绕这一主题，1958年以后，新分析法学派的哈特和新自然法学派的富勒展开过一场持续数年、有许多著名法学家卷入的著名论战。时隔近40年后，法律和道德这一西方法理学上永恒话题再次引人注目。不过，这次争辩是在当今美国法理学中经济分析法学(或新实用主义法学)代表人物波斯纳和权利与原则学派代表人物德沃金之间展开^①。本文将主要介绍、评析其中波斯纳的理论。

如果说哈特和富勒争论的焦点是法律和道德是否具有必然联系，法律和道德能否分离的话，那么，当今美国法理学围绕这一问题的争论决不是昔日争论的简单重复。事实上，在波斯纳看来，“三十年后再来研究H.L.A.哈特和富勒之间关于纳粹法律的合法性的辩论，使我震动的是争论的问题竟是如此局限。”^②因为哈特担心的是，如果法律和道德混在一起，对纳粹法律的道德谴责就会被冲淡；而富勒则认为不应把法律定义得那广。当然，二者的论战除了智力因素外，还有英美两国法律制度和文化背景上的差异。^③但是，无论从哪个方面，波斯纳都超越了哈特和富勒的局限。跟他们不同，波斯纳自始就把“法律和道德的交织”，“实在法和自然法的交织”视为前提，因而认为“法律这个词被频繁地，而且是无害地用指自然法和实在法，而不论实在法有多邪恶”。^④在波斯纳的视域里，那种传统的法律和道德、是和应当、事实和价值的区分没有什么重要性。在《道德和法律理论的难题》的演讲中，波斯纳试图重新摆正现代规范道德哲学、道德以及法律之间的正当关系，所以一开始，波斯纳就摆出论战的架势，“我的目标是批判道德理论(Moral Theory)或者更加简明地说，道德理论的一种”^⑤具体地说，波斯纳所称的道德理论主要是指当今英美国家的哲学家和法理学家罗尔斯、德沃金、拉兹、内格尔等一长串名单，波斯纳将这些人的理论统称为“学院道德论”(Academic Moralism)，这就是他所需要批判的目标，“我承认自己发自内心地讨厌学院道德论”。波斯纳的基本观点是，学院道德论，“既缺乏智识上的说服力，也缺乏情感上的感召力来改变人们的观念和行为”，^⑥因此也难以被用来引导司法决策，尽管如此，波斯纳并不怀疑道德的存在及其真实性，“我所批判的只是贴上政治论争标签的道德所产生的混乱”。^⑦

为了分析的方便，波斯纳将论题分为强式的(Strong Form)和弱式的(Weak One)。所谓强式的是指，道德理论并不能为道德判断提供坚实基础；弱式的指，即便道德理论能为某些道德判断提供坚实基础，它也不能被用作法律判断的基础。由此，波斯纳的演讲也就分为两个部分。

一、实用主义的道德怀疑论

在波斯纳的分析架构中，他区分了“关于道德的(about)理论”和“道德的(of)理论”，道德的理论是“我们应当和如何行为的理论”。而波斯纳的演讲只提供关于道德的理论，而不涉及道德的理论。在此基础上，波斯纳分析了5种代表性的“关于道德的理论”，而后得出自己的实用主义的道德怀疑论。这5种理论是：

1.道德相对论(Moral Relativism)，指宣称一个有效的道德要求的标准是地方性的，也就是说，是相对于提

出这种要求的特定文化背景的道德法则。在某种意义上，持实用主义观点的波斯纳承认自己是个道德相对论者，但他并不赞同那种所谓“也俗的相对论”(Vulgar Relativism)，因为它是自相矛盾的，此外，波氏认为亦不是那种“怎么都行”定义上的相对论者。2.道德主观论(Moral Subjectivism)。指并不存在对道德需求的普遍标准；在这种观点中，道德相对于每个人的信念。如此一来，一个人只有在其行为跟他所接受的任何道德产生矛盾时，他的行为才是不道德的。对此观点，波斯纳“表示同情”，因为在拒绝超文化道德真理这种意义上，道德主观论是和道德相对论相一致的。3.道德怀疑论(Moral Skepticism)。即认为道德真理是不可知的。与此观点相关的是“道德实在论”(Moral Reality)，即主张所有的或者大多数道德问题都有正确答案，德沃金就是个道德实在论者，⑧美国法学家Nagel亦认为“无论如何，实在论无需有形而上的内容，而只需坚持道德问题有正确答案”⑨，波斯纳则怀疑道德理论家试图对道德要求做出客观判断的可能性，在此意义上，波氏自己认为是个道德怀疑论者。4.情感论(Emotivism)，即认为道德宣称仅仅是偏好或嫌恶的表达，因此，即便在原则上，亦不能被虚构或被确认。对此，波斯纳认为“严格地说，它是错误的，但我同意许多道德要求不过是没有理论依据的偏好或嫌恶包装起来的礼物”。⑩5.道德特定论(Moral Particularism)，认为尽管存在普遍的道德真理，但它们必须依据更为灵活的社会背景(而非如康德所言)而被适于特定的道德问题。由于波斯纳认为并不存在普遍而有力的道德真理，所以反对这种观点。

在批判了上述关于道德的理论以后，波斯纳得出自己的理论。用他的话是：我赞成道德相对论，反对道德特定论，接受道德主观论，怀疑论和情感论的混合观点，我并未穷尽所有吸引道德理论家的理论，但我希望我已表明了我的一般立场，它可被称为“实用主义的道德怀疑论”，11可见，波斯纳承认社会道德多元，人们之间试图达到道德共识是困难的。“道德原则的作用就是作为论点而不是作为标准，因此最好是谈论作为考虑因素的自然法而不是作为绝对普遍的自然法”。12既然各种道德信仰存有争议，那么它的分析力量也就大打折扣，这就是波斯纳之所以认为哈特和富勒的争论“没有什么重要性”的主要原因。

二、道德理论与法律无关

波斯纳如此繁杂地界定其道德立场，意在从强式意义上批判学院道德理论，由此否定道德理论作为道德推理坚实基础的可能性。进而从弱式意义上，波斯纳论证了道德理论在法律(司法)推理中同样不会有什么重要性，并且在此集中批判了德沃金的司法裁判理论。

一涉入法律领域，波斯纳首先论及法律实证主义的局限，“由于无须多说的原因，我们制度中实在法的权威渊源并不能解决法官必须做出决断的大量新问题，法律实证主义对美国法律无论从描述意义还是规范意义上都是不够充分的。”司法裁判中，法官首先应在权威性实在法中寻找和发现规律，可是在某些疑难案件中，法官也不时地不得不脱离这些法源，怎样才能找到所需要的法律呢？德沃金的回答是：道德理论。在法律和道德问题上，德沃金承认法律和道德之间存在区别，但他同时强调法律的内容往往取决于社会的普遍道德(政治道德)，“对于法律的一种特殊了解仍然可以以某种方式认为权利和义务源于过去政治决定的问题，取决于普遍的道德和那些政治决定的明晰内容。”13德沃金认为法官应该是——当然不是在任何案件中——道德哲学家，道德理论教育对于法官是有益的，总之，在法律推理中，道德理论将起到至为重要的作用。

针对德沃金的这种理论，波斯纳详细分析了造成这种理论的原因。首先，在道德理论中寻找法律答案，可以避免法官造法之嫌。德沃金认为法官没有司法裁量权，而是通过道德推理，相信法官能够找到需要适用的法律。因此，道德理论是个“系统的场所可供寻找法律而非做出选择。”14其次，道德和法律作为社会控制的两种手段，道德和法律责任的重叠、实在法和自然法的交织是无法避免的。最后但并非不重要，造成道德跟法律混乱的根源是，“法律频频地借入道德术语”，如“公平”、“不公正”、“不平

衡”、“不自觉”等等。霍姆斯大法官早就警告过法律过分地从道德词汇表中用词是误解法律的圈套。15在波斯纳看来，德沃金的道德理论就是误中了这种圈套。由此，德沃金的理论不但是“空洞的”而且是“误人的”。16

波斯纳虽然承认道德和法律存在着重叠和交织，但是，他认为二者之间“没有必然的和结构上的联系是正确的”，“当法律未能对非道德行为加予制约，或者对道德行为加予制约时，这并不是什么坏事”。17尤其是对于德沃金司法判决的道德理论，在波斯纳看来，在具体案件中，道德哲学并不能给法律提供什么帮助，“原因就是道德哲学主要是一种元对话(metadiscourse)”，换言之，道德哲学并不拥有足以解决法律问题的手段，尤其在美国这样一个“道德多元”的社会里，要想达成道德共识本已是较为困难甚至毫无希望，更不要期望道德理论可以在具体法律案件中有什么帮助了。“解决道德两难要求沉入浸染于每一个两难的特殊性中，而哲学家没有这些时间或训练来专长于死刑、奴隶制、种族灭绝、人工流产或者其它道德问题的细节。”正因如此，“尽管法律推理的方法很无力，但它们并不比道德推理的方法更无力。”18

认为法律和道德没有必然联系，这一点跟法实证主义相似；但是，波斯纳显然并不局限于此，自从法学院转任联邦上诉法院法官以后，他逐渐从经济分析法学转向了新实用主义法理学，这是一种继承了霍姆斯、卡多佐等法官的实用主义法理学。在道德和法律问题上，除了上述理论观点之外，甚至道德跟他的经济分析法学积极提倡的效率价值在他的实用主义法理学中也能得以结合和协调，“诚实、守信和爱能够降低交易成本”19，正是在此意义上，关于道德和法律问题，波斯纳已远远超越了当年哈特和富勒的争论范围。波斯纳的理论为加深对法律与道德关系的认识提供了新的视角，具有重要的启示意义。

注释：

①两人争论见：R.A.Posner,Against Constitutional Theory,73N.Y.U.L.Rev(1998)；Conceptions of Legal Theory;A reply to Ronald Dworkin,29 ARIZ.ST.L.J.377(1997);The Problematics of Moral and Legal Theory,111 HARV.L.Rev(1998).Ronald Dworkin,In Praise of Theory,29 ARIZ.ST.L.J 353(1997);Reply,29 ARIZ.ST.L.J431 (1997);Darwin's New Bull dog,111 HARV.L.Rev(1998)；

②波斯纳：《法理学问题》苏力译，中国政法大学出版社，1994年，P291。

③波斯纳认为，非常不道德的法律在美国很容易就会被认为是不合法的，而在英国仅仅被认为是非常不道德，见波斯纳前引书，P293；另外见R.A.Posner,Law and Legal Theory in UK and USA(1996)。

④See Supra note ②，P293

⑤Posner,The Problematics of Moral and Legal Theory,111 HARV.L.Rev(1998)，P293.

⑥Id.

⑦Id，P1639.

⑧See supra note ②, P254。不过，波斯纳认为，在法律上，与道德实在论相应的不是法律实在论而是法律形式主义。由于这个原因，而且也由于与道德实在论相对立的是道德相对主义，也许称道德实在论为“道德绝对论”更好一些。前引波斯纳书，P255。

⑨See Supra note ⑤, P1643.

10Id,P1645.

11Id.

12See supra note ②, P301.

13德沃金：《法律帝国》，中国大百科全书出版社，1996年，P89.

14See supra note ⑤, P1694.

15See Oliver W,Holmes,The Path of Law,10 HARV.L.Rev,457 · 64(1897).

16Supra note ⑤, P1698.

17Id, P1695.

18Supra note ②, P438、441.

19波斯纳：《法律的经济分析》，中国大百科全书出版社，1997年，P340.

* 作者为苏州大学法学院法理学硕士研究生。
