Globethics Repository




# 波斯纳与德沃金之争：跨世纪的法理学案[Disputes of Posner and Dworkin: a Jurisprudence case over centuries]

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 | 徐, 品飞 |
| Publisher | 北大法律信息网 |
| Rights | With permission of the license/copyright holder |
| Download date | 2026-11-16 01:56:42 |
| Link to Item | http://hdl.handle.net/20.500.12424/179227 |

# 徐品飞：波斯纳与德沃金之争：跨世纪的法理学案

## 一、导言：争论的产生

波斯纳与德沃金之间的争论由来已久，这其中最主要的原因就在于两人不同的学术进路，而这导致了两人在一些关键问题上产生了巨大的分歧。早在德沃金的成名作《认真对待权利》，及代表作《法律帝国》中，德沃金就已经对法律的经济分析方法及实用主义进行了一些评价，但这些评价及波斯纳的回应也还仅限于学术争论的范围之内。

但德沃金在一九九一年发表了一篇名为《实用主义、正确答案与真正的平庸》[1]的文章，文中的一句话却因为波斯纳的误解而把这种学术上的争论在很大程度上引入了两人之间的意气之争。其中，波斯纳的反应更显的有些偏激与极端，失却了作为一名知名学者及联邦第七上诉法院法官应有的大度与风度。当然这也可能与波斯纳的“写作风格”有关。那么，德沃金究竟在那篇文章说了什么呢？他说，“实用主义从哲学的角度上来看，不过是狗的晚餐”[2]。很显然，这句话激怒了波斯纳，在此后的几年里，波斯纳多次提及德沃金的此句话，即便是在波斯纳最新出版的《道德和法律理论的疑问》一书中也仍然引用了德沃金的这句话[3]，并以此来作为对德沃金的反讽。事实上，自一九九一年始，波斯纳发表的文章中对德沃金的攻击开始越来越激烈。比如，他在一九九七年在《亚历桑纳法律评论》上发表的论文《法律理论的见解：对德沃金的一个回应》，以及其著作《关于霍姆斯的讲座》，当然也包括那本把两人之间的战火一直持续到世纪更替的那本《道德与法律理论的疑问》。在这一系列的论著中，波斯纳的情绪似乎正在逐渐的失控，他的文字越来越带上个人强烈的感情色彩，有些观点确实缺乏根据。[4]而德沃金在一九九八年发表于《哈佛法律评论》上的《达而维的新牛头犬》一文，也被波斯纳指责为这样的标题本身就是一种对其人身的攻击，虽然德沃金多次做出声明和解释，并恳请波斯纳仔细阅读他的文章，但这显然收效不大。

于是，在波斯纳的另一本新作《国家大事：对克林顿总统的调查，弹赅及审理》一书中，波斯纳的情绪达到了一个顶峰，在这本书中他不仅对德沃金，而且对“德沃金之流”的所谓的“校园道德哲学家”进行了一次可谓超乎寻常的狠烈攻击，这一攻击甚至于被《经济学家评论》杂志认为“近乎于歇斯底里”（near-hysterical）[5]，不过对于此书，德沃金还是承认它的重要性。可以说，正是波斯纳的两本新作：《疑问》与《国家大事》，标志着波斯纳与德沃金之间的争论转入了一个高峰。事实上，在随后出版的二零零零年三月份的《纽约书评》上，德沃金迅速发表《哲学与莫尼卡·莱温斯基》[6]，其以对波斯纳上述两本新作进行书评的名义，对波斯纳进行了一次狠烈的批评，尤其是针对波斯纳出版的《国家大事》一书，德沃金认为，波斯纳一方面在书中指责“校园道德家”的道德，另一方面，波斯纳本身的道德却始终是个问题。因为波斯纳作为一联邦法院的法官，在弹赅案发生不久就出版这样对此案进行评论的著作，是对法官职业伦理规范的一个违背。因为这样的话法官就不再是保持中立，而直接卷入了美国两党的政治斗争之中。[7]对于德沃金的指责，波斯纳在二零零零年四月二十七日出版的《纽约书评》上，发表《国家大

事：一种交换》及在《西北法律评论》发表《德沃金、辩论术及克林顿弹赅冲突》两篇论文来作为对德沃金的回应。对此，德沃金似乎越来越显出对波斯纳的不屑之情，他在纽约大学法学院的网站上发表的《波斯纳的指控：我到底说了什么》一文更是一一列举了波斯纳对其观点的误解，同时也进行了某种程度上的嘲讽[8]。至此，两人之间的旧争论从上个世纪进入到新世纪的新争论，《纽约书评》也似乎为了促成这场新争论，特意提供了这样的一块阵地。

实际上，当我们回首西方法理学的发展时，二十世纪的西方法理学界就曾发生过三次重大的争论，这三次争论，每一次都深化了我们对其中所争论主题的理解，并确实为此后学术的发展做出了贡献。正是在这一意义上，这几次重大的争论也被人称为法理学史上的三次重要“ 事件 ”。今天，当我们开始对这场发生在波斯纳与德沃金之间还未停止的争论进行考察时，本文将反思他们之间的这次跨世纪的新争论是否在学术上有意义。因此，我们所注意到的并非两人之间一时的意气之争，同时我们注重的也并非两人之间争论的一些细节。从这一角度出发，我们发现，波斯纳与德沃金最根本的差异就在于对道德[9]及对道德哲学的不同认识上，并且由这种不同的认识产生两者在处理法律争议时形成了自己不同的审判方法。以下就对两人之间的根本分歧做一个简要的梳理和评注。

## 二、实用主义的道德怀疑论与道德普遍主义

波斯纳自称他的伦理哲学（metaethical）立场是“ 实用主义的道德怀疑论 ”，概括地说，波斯纳接受“ 某种道德相对主义，拒绝太扩张的道德特殊主义 ”，他说，“ 我接受道德多元的确切描述（而不接受它作为规范性权威），我还接受稀释了的道德主观主义、道德怀疑主义和非认知主义。 ”[10]简言之，“ 实用主义的道德怀疑论 ”乃是“ 怀疑人有无可能对某些主张作出道德理论家想作的那种客观判断 ”[11]，有时候这种怀疑论也被称为“ 柔性道德怀疑论 ”，但是它的论争对象是明确的，那就是“ 与形而上的和‘ 正确答案 ’的道德实在论相对立，并因此也与自然法理论——不论是形而上的还是非形而上的——相对立 ”。[12]像德沃金那类的道德实在论者就称其观点“ 无须有任何形式的形而上的内容。它只需主张道德问题有答案，并且这些答案无法化简为任何其他东西。 ”[13]而这正是波斯纳要反对的。举例而言，波斯纳认为，纳粹杀害了几百万手无寸铁的平民，这是一个事实；其真实性不依赖于任何是否确信。但是，如果说纳粹的这一行为道德上错了，这却是一个价值判断：这个判断要取决于一些其对错无法证明的信仰。在波斯纳看来，他也并非对纳粹的行为抱有“ 怎样都行 ”的态度，他否定纳粹的行为并非在于其道德上的对与错，而是经验科学上的“ 无适应性 ”（not adaptive）。总之，波斯纳自称自己继承了韦伯的精神，那就是“ 它质疑道德进步的说法，并肯定现存的深厚政治冲突不可能通过道德或政治理论来化解。 ”[14]

然而，德沃金似乎对波斯纳把他说成是一个道德实在论者表示抗议，他说，他从来“ 不认为道德事实独立于任何人的信念或者决定 ”。[15]比如说，“ 任何一个相信奴隶制是错误的人，并且知道自己的观点现在几乎为其他所有的人分享，他都会认为一般道德情感已经改进了——至少在这一方面，因为奴隶制曾经被广泛实践并得到辩解。 ”[16]所以，德沃金说，一个人是不是认为道德进步了，有赖于他自己的道德确信，而不是独立于他的那种自然法意义上的客观事实。波斯纳在这一点上确实误解了德沃金，也许把这种“ 道德实在论 ”概括为“ 道德普遍主义 ”更为合适。然而，德沃金其实同样也没有对波斯纳的最核心观点进行反驳。波斯纳要挑战是那种对道德持某种“ 正确答案 ”及由此产生的道德进步论的观点。

实际上，德沃金早在《认真对待权利》一书中，就肯认了道德普遍主义，他认为权利论作为人类共同体的基本价值是普遍的。首先是自决原则，他认为每一个政治社会都有权利决定自己的政治文化和道德发展。自决原则并不仅仅因为一些价值观和思想产生于另一种文化而阻止一种文化对它们的接受。自决原则允许一种文化决定它自己的新的价值观和目标应该是什么一样——只要这种文化认定这些新思想是适合自己的。所以自决原则并不仅仅因为权利理论来自于中国之外的社会就禁止中国接受它。因为一种观点的有效性依赖于其包含的理性的力量，即其内容本身的适切性。而非制定者的权力和权威。应让接受者独立地评价这个观点，并且根据自己的需要决定是接受还是拒绝。这是一个大至对待外国文化，小至对待他人的不同价值观的态度问题。其次，一种观点对于任何人的适切性取决于对该观点所基于的基本价值观的接受程度。即“ 基本价值观的检验 ”（基本价值观与派生价值观的划分），权利论是派生价值观，是平等与理性政治道德这一基本价值观的派生。而显然，中国人也是追求这种基本价值观的。所以“ 不管法律和政治权利是否是西方的发明，这些权利是对某些问题和关怀所作出的反应，而这些问题和关怀本身决不是西方独有的。 ”[17]在晚近的《真理与客观性：你最好相信它》德沃金对他的观点进行了进一步的完善，以反击那些后现代主义的各种形形色色的道德怀疑论。

在波斯纳与德沃金的论争中，可以发现，德沃金对于道德普遍主义的捍卫其实最后退守到了这样的一块阵地，即，这种对道德普遍主义的观点乃是德沃金自己的确信，而作为德沃金本人他也希望别人来认同他的道德普遍主义观点。然而，德沃金的问题在于，他一方面在主张这是他个人对于权利的确信，另一方面，他又把这种确信说成是确实是客观存在的。[18]这足以说明德沃金对修辞术应用的精通。至于当人们追问德沃金他为何得以确信时，他把权利的观念归为人的“ 自尊 ”，那么“ 自尊 ”又是什么呢？自尊本身就是一个最为形而上的，到近代才形成的信念。因此，在最终，普遍的最低道德的有效性只适用于那些如德沃金一样的相信普遍的最低道德的人之中，[19]而对于波斯纳这样的实用主义者来说是不可能认同权利的普遍性的，虽然波斯纳作为一名法官仍然会从实用主义的立场同样保护权利。

总之，是否具有普遍的最低价值，将只有上帝才知道，人是不知道的。权利这一价值对于某些人而言，只是保护弱者的，因而仅仅是一种奴隶道德。另一方面，如果要想说某种价值是普世的，一个前提性的问题就是“ 人是什么 ”“ 人性是什么 ”，但实际上，对这一问题的解答根本就不存在最后的权威。只存在对“ 人是什么 ”与“ 人性是什么 ”的形而上（包括科学上）的信仰与意见。因此，对于德沃金而言，与其去强调权利的普遍性，不如去强调“ 自决原则 ”。

波斯纳显然看到了这一点，所以他要把德沃金打扮起来的道德普遍主义说成是修辞术，进而他还因此认为，“ 道德理论毫无用处，尽管道德理论有助于说明为什么它毫无用处。 ”[20]那么，这里就出现了与此相关的另一个问题：道德哲学到底有意义吗？

## 三、道德哲学有意义吗？

法律并非一门完全独立的学科，无论是过去、现在还是未来，法律领域所出现的一系列问题，显然都需要其他学科的帮助，并且这种情况在当今法律界更显突出。对此，波斯纳这样的实用主义者认为，试图用道德哲学的方法或接近道德哲学的方法来决定疑难法律问题是不可能的，

并且这样的方法在任何领域都不起作用。因此，波斯纳主张，要解决这样的问题只有去接受分析哲学的方法、经验研究的技术以及社会科学的研究结果。波斯纳宣称，当法律实证主义对某个法律争议无法得出令人满意的结论时，法律是应从科学而非哲学来获得指导。波斯纳的主旨在于强调“如果那些从哲学上论证我们应当改变道德信仰或行为方式的人想做的事只是改变这些信仰以及可能受信仰影响的行为方式，那么他们就是在浪费时间。因为，道德直觉既不服从，而且也不应当服从哲学家可能提出的、同道德争议相关联的一切孱弱论证”。[21]所以在波斯纳的“实用主义道德怀疑论”者看来，“除非化简为事实问题，对有争议的道德问题，不存在令人信服的答案。”[22]而道德哲学恰恰没有像科学那样把道德争议化约为事实，所以它是无用的。

简言之，德沃金认为波斯纳对于道德哲学的看法主要有两个论点，第一个论点就是认为道德哲学对于任何人都是无用的，因而同样在处理法律问题上也是无用的。对此，德沃金认为，波斯纳的主张是站不住脚的，首先，波斯纳通过反驳汤姆生支持堕胎权的理由来说明道德哲学的无用是站不住的，关于这一点德沃金对波斯纳这一例证的批评早在《生命自主权》[23]一书中就已经有过详细的论述，然而波斯纳对此却视而不见，反复着他之前的论述而未做任何回应。其次，波斯纳认为，像罗尔斯这样的道德哲学家，他在《正义论》中通过“无知之幕”对人性所做的理解是荒谬的。德沃金指出，罗尔斯对像波斯纳这样肤浅的理解早已花费了许多笔墨来解释，但波斯纳同样无动于衷。因为罗尔斯早就指出过，“无知之幕”下的人并不意味着就是现实中的人。最后，波斯纳认为，无论道德哲学的论证听起来多么有力与动听，它都不能打动那些不相信它的人，所以道德哲学家只是在浪费时间。德沃金承认，确实有些人不会因为道德哲学论证的逻辑而改变观念，但不能因此而得出一个荒唐的结论认为所有的人都不会被其所打动。

德沃金认为，波斯纳的第二个论点就是，道德哲学对于律师与法官同样是无用的，有时甚至会起到反作用。对此，德沃金指出，法律首先是由一系列责任、意图、过失、因果关系、自由、平等、公平、民主等概念所构成的，对这些概念的研究几个世纪来也一直是哲学研究的主题。因此，如果说法官没有从这些研究中获益对两者而言都是一种侮辱。其次，波斯纳认为，哲学家们彼此的观点往往是不一致的，甚至是冲突的。所以法官就无法从中受益。但德沃金恰恰认为相反，法官正是从哲学家们的相互争论中获益，而这其实也是英美抗辩制的一个基本的假设。同时，德沃金指出，更为重要的是，法官必须在这种相互冲突的观点选择自己的立场，比如，病人是否拥有安乐死的道德权利？哲学们可能有争论，但法官却必须决断。然而这种决断不可以是武断的，他必须说明理由，而这些理由法官却可以从哲学家们的争论中得到恰当的指导和帮助。[24]

最后，德沃金指出，知识与学科的分类是必要的，所以波斯纳也不必过分担心“规范哲学”将排挤波斯纳所喜欢的经济学及其它经验科学的研究，它们将各司其职。德沃金这样讽刺波斯纳，“如果波斯纳认为哲学是无用的，那么他就应当不用它。同时他也应当马上停止写像这样降低身份的书来威吓其他人去放弃它，因为哲学本身就是无用的，就让自生自灭好了。”[25]

通过波斯纳与德沃金的争论，我们发现，二者在根本上所触及到的是这样两个深层次问题，即经验科学与道德哲学及政治哲学的关系究竟为何呢？它们又在何种层面上来解决道德争议呢？事实上，如我们所知，社会科学及其理论的基础是近代自然科学知识的推延，它基于两种类型的知识：归纳（从观察所得材料作出推论）和演绎（由设立公理命题推论衍生命题），判断前一种知识是否正确，复核对经验世界的观察，问题就解决了；判断后一种知识是否正确，检察一下是否正确运用演绎规则、是否在推演过程中犯逻辑错误，问题就解决了。以这两类知识原则为基

础，自然-社会科学知识的长处是，即使我们不知道一个既定问题的答案，也知道哪一种方法适用于探求其答案。[26]准确地说，经验科学的根本点就在于归纳而来的知识，这一类知识的特点就是其可观察性，或者像波普尔所说的可证伪性，而演绎得来的知识与结论是否真实与正确最终也需要用“ 被可观察性 ”或“ 可证伪性 ”来检验。正是在这一角度上，一些科学哲学家指出，经验科学区别于形而上学、道德哲学、政治哲学的一个标志就是可观察性或可证伪性。并且，经验科学试图通过强调只有可观察性或可证伪性的东西才是真实的，以此来确立自己的权威及优越性。

然而，这一论断实际上却同样遭到挑战，正如一些批评家所揭示的，即，经验科学所强调的只有可观察的或可证伪的才是真实的，这样的一个论断本身是否同样可以被观察或可被证伪？这一反问是有力的，它不是什么文字游戏，而是向人们表明科学在根本上如它反批判的一样，同样具有着形而上学的前提。另一方面，批评家们还指出，由于社会科学方法的经验理性的性质，注定了它无法触及人类生活的价值目的及其正确与否的问题。而最令人类困惑的，并非事实问题，而是价值和意义问题——比如什么是应该的（比如自由、平等）、更美好的（比如幸福、公义）的生活。[27]

科学确实无法处理真正的价值冲突，但它能从工具理性的角度来解决“ 目的-手段 ”之间的合理性，所以能在一定程度上解决道德争议，比如波斯纳认为，“ 如果把少女投入火山的惟一理由就是为了使作物生长，经验性研究就会消灭这种做法。 ”[28]然而，如果“ 当生命牺牲没有就某种做法之效果提出可证伪的主张时，问题就变成了一个选择目的的问题，而不是就一致的目的（作物生长）而选择方法的问题，我们的批评就哑巴了。或者说，这种声音就成了厌恶之表达，这是对差别的反应，而不是提出说理的批评。 ”[29]

试图通过科学来解决目的理性意义上的道德争议，无异于痴人说梦。于是，道德哲学似乎也便有了其用武之地。道德哲学好像天生就是为了解决此类的道德争议而诞生的。道德哲学求助的方法从先前的形式理性，到现今罗尔斯在《正义论》中随处可见的各种“ 假设 ”，据说道德哲学依赖的前提不是“ 直觉主义 ”而是“ 反思的均衡 ”机制。那么什么是反思的平衡？“ 它是一种平衡，因为我们的原则和判断最后达到了和谐；它又是反思的，因为我们知道我们的判断符合什么样的原则和是在什么前提下符合的。 ”[30]反思的均衡试图把埋藏在我们内心的原则和直觉编织成一个融贯的结构，[31]道德哲学家以此来通过指出某人行为与其原则的不一致来推动道德改变。[32]波斯纳虽然怀疑“ 反思的均衡 ”机制的有效性，但这种有效性确实也可以被我们的个人经验所证实，所以问题只在于它是不是总是有效？并在多大程度上有效？然而在根本上，“ 反思的均衡 ”能不能摆脱“ 直觉主义 ”的困扰呢？直觉主义坚持主张，在我们有关社会正义的判断中，我们最后必然是达到一批最初原则，对于它们，我们只能说，这种平衡在我们看来比另一种平衡要正确一些。它强调我们那些不受可认识的建设性伦理标准指导的直觉能力。总之，对于优先问题，直觉主义否认存在着任何有用和明确的答案。罗尔斯说，直觉主义的正义观是半个正义观，言下之意，道德哲学最终还是无法摆脱“ 直觉 ”，所以，罗尔斯也才会这样说，“ 公平的正义在于解释人们的常识性信念 ”。他的这段话似乎更加意味深长，“ 我并不要求提出的正义原则一定要是必然真理或来自真理。一种正义观不可能从原则的自明前提或条件中演绎出来，相反，它的证明是一种许多想法的互相印证和支持，是所有观念都融为一种前后一致的体系。 ”[33]实际上，自从斯宾诺莎以来，人们常常提出这样的问题，即一个判断和一个事实相符合，这种说法本身必然又成为一个需要另作判断的对象；它判断另一判断符合事实，则它说另一判断符合事实是否符合事实，又须再作一判断加以判断，这样就形成了一连串无穷无尽的判断，而无法作出判

断。而每一言论又似乎要服从真理的标准，每一言论又自己预先假设了真理的标准。[34]

道德哲学预设了“ 人是追求好或应当的动物 ”，然而，对于究竟什么是好的，道德哲学的特点就是“ 没有一致性 ”，道德哲学似乎也因为这种“ 没有一致性 ”而得到繁荣。波斯纳对此感到很懊恼。然而，我们要质疑的是，科学虽然有其必然的限度，但如果科学也无法解决道德争议，那么道德哲学就能够有能力解决吗？而它本身的限度又在何种层面上？伯林说，价值是生长出来的，并非由道德哲学所能依赖的形式理性或假设中推理出来。道德哲学确实提供了一些见地，但这是否如波斯纳所指出的，道德哲学更多的不是在解决道德争议，而是试图通过巧妙的修辞术在隐藏或掩盖道德争议呢？至于波斯纳个人所喜好的科学，即使看起来好像能够解决工具意义上的道德争议，但它的适用最终也只有效于那些对科学同样抱有形而上学信仰的人，超出了这一范围，难道它不是与波斯纳所理解的道德哲学一样不也只是一种修辞术吗？

## 四、权利论、整体性阐释与实用主义方法

对道德哲学的不同看法与认识，最终使德沃金与波斯纳两人各自形成了不同的审判方法。正是由于德沃金主张道德哲学的有用性，所以德沃金从他自己的道德哲学出发，提出了权利论，主张通过整体性阐释可发现权利乃是美国宪政的一项基本原则，德沃金尤其强调当法律争议涉及道德权利时，必然要对其有一个立场，而不可能选择回避。

但是，波斯纳却坚持认为，这种回避是可能的，法官完全可以避开这些如病人是否拥有安乐死的道德权利、妇女是否拥有堕胎权等此类哲学的问题。法官完全可以不必求助于道德哲学的帮助，而求助于“ 实用主义 ”的方法。波斯纳认为，对于像他这样的实用主义法官而言，不必考虑这些道德哲学上的争议，“ 实用主义法官总是为了目前和未来尽可能做最好的事，不受任何在原则上同其他官员的已为保持一致的义务所约束。 ”[35]在这个对“ 实用主义审判 ”的定义里，波斯纳强调了“ 义务 ”，因为波斯纳不认可德沃金在《法律帝国》一书中对“ 实用主义审判 ”的定义，即认为“ 实用主义者认为法官们在此情况下应尽其可能为未来着想，无须尊重或保证与其他官员已经作出或将要作出的行为在原则上保持一致。 ”[36]同时，波斯纳还强调了与那种相信法律就是立法机关规定的规则系统，并且仅仅由法官适用的强烈意义上的实证主义法官之间的区别，因为这样的法官关注的中心是要与以往立法保持一致，而实用主义法官则只有在依据先例判决也许是产生最有利于未来之结果的最好方法的范围内才关心与以往保持一致。[37]

总之，在波斯纳看来，实用主义法官要考虑的不是“ 道德权利 ”，而是如果允许安乐死的权利，或者说把堕胎权视为谋杀之后，将会产生什么样的后果，最后实用主义法官将根据一种可能的最好后果来决定是否允许安乐死。

然而，德沃金对此提出了批评，他举例道，假设我们都一致认为如果限制对药品制造商的民事诉讼，那么这样做就可以鼓励医学研究，从长远来说还可以提高人们的健康水平。“ 但即使如此，只有当我们决定限制病人对药品制造商的起诉是否公平时，我们才可能判断这种限制是否产生了最好的结果。 ”[38]

也就是说，公平先于后果，并且只有确定了公平的标准，才可能对结果进行好坏的判断。“ 实用主义法官总是为了目前和未来尽可能做最好的事 ”，其中“ 最好的事 ”并不是说，结

果本身就是最好的，而是这种结果最终将由“公平”这一标准来判断。在此，实用主义并没有取消道德哲学的公平概念，实用主义只是想提出自己对公平的不同理解。而这一点，正如德沃金所指出的，不同的哲学家同样也会对公平具有不同的理解，就拿功利主义来说，他们对公平的理解就是，如果他们认为从长远来说这种对病人诉权的限制可以增加“平均幸福”，那么，这种限制就是公平的。然而，在这里德沃金特别指出，功利主义本身就是一种道德哲学，它并没有回避而是面对了“道德权利是否公平”这样的道德哲学问题。所以，德沃金认为很显然，一旦法律争议涉及道德哲学上的问题，那么，法官就不可能对此回避，恰恰相反，法官必须在其中选择自己的立场，而这就像法官无法在未决定堕胎是否谋杀之前就决定哪种选择的后果为优一样。

对此，波斯纳仍然辩称，最高法院在罗伊诉韦德案中的做法显得有点荒突。因为最高法院过早的确认了妇女的堕胎权。事实上，波斯纳认为，完全可以运用“试错法”（trial and error）让不同的州选择两种不同的做法，然后再通过比较确认堕胎权与否认堕胎权的后果之后，最高法院再来做出选择。波斯纳因此指责德沃金对“试错法”的无知，并且认为他的这种“实用主义”判法是即具有“原则性又具有实践性的”（principled and practical）。对此，德沃金这样反驳，他说，“难道这样的判决能够在我们的法官没有对妇女是否拥有堕胎这一道德权利之前就可以被认为‘有原则性的’？如果最后肯认这一权利，那么在一些州内，这种对权利的违背不是错误的吗？反之，又要让这样的‘试验’在罗伊诉韦德案之前进行多少年？”[39]德沃金实际上质疑波斯纳所宣称的“实用主义的原则”到底在何处，因为如果没有这一原则，那么实用主义又如何对出现的情况做出选择。

最后，德沃金嘲讽了一下波斯纳，因为波斯纳竟然说“实用主义不会告诉我们什么是最好的；但是，假如法官之间有相当程度的价值共识，因为我认为有，这种共识就可以帮助法官不因哲学怀疑的牵制而寻求最好的结果”[40]。对此，德沃金指出，法官们同普通人一样对于最基本的道德问题存在着争议，所以波斯纳试图求助于法官们的“共识”来判案，就出现了这样的问题，一方面如果存在这种共识，那么实用主义方法岂非在兜圈子，因为直接就可以用这种共识来判案；另一方面，如果法官们没有这种“共识”，面对这种价值冲突，那么实用主义方法岂非就因此而失效？德沃金因此认为，实用主义的方法才是一种修辞，实用主义提出的建议实际上是空洞的，实用主义并没有解决任何真正的道德与价值问题。于是，德沃金开始强调他的权利论，在德沃金看来，当权利是否应当被确认，当权利之间发生冲突，那么就应当求助于更高的“原则”，而为了识别这一“原则”，那就必须应用“整体性的阐释”来对美国的法律实践做一考察。

然而，如果波斯纳的实用主义方法是空洞的修辞术，那么，德沃金的权利论与整体性阐释同样不是一种修辞术吗？实用主义并没有对价值冲突作出判断，而只是要求“实用主义法官为了目前和未来尽可能做最好的事”，并把这种到底什么是“最好的事”交由“法官的共识”，至于到底是什么样的“共识”也只有法官自己去判断。但是，德沃金的权利推理、“整体性阐释”及对宪法的“道德解读”难道就能逃出这一困境吗？事实上，“所有这些都不是实然的，而是‘应然’上的。也就是说，是法官应当受到这种限制，而不是实际上已经在现实上受到了限制。法官是否愿意受到这种限制，恰恰又直接取决于法官自己的道德价值观。如果法官不认同这种所谓宪法整体性所体现出来的道德原则，那么，法官完全可以使这种限制沦为一种‘表象’，用后现代法学的术语说，沦为一种‘礼仪’，在这种所谓宪法道德原则的背后或表象下隐藏着的恰恰是法官自我的私利”。因为无论是权利推理、原则论等其实最终仍将由法官自身来决断。即使是那些所谓的“历史背景”、“宪法整体性”，最终的解释权也仍然归于法官自身。所以实用主义的方

法与德沃金的权利论在本质上都是一种修辞术。然而问题的关键并不在于指出他们的理论是否是一套修辞之术，关键在于修辞术背后的道德原则、道德价值是否值得我们追求。这种追求是否可欲最终依然由我们自身来加以判断。

## 五、何种争论？——为了共同的政治理想

波斯纳曾指责德沃金的立场是“与赫伯特·韦希思勒1959年有影响的‘中性原则’论文一脉相承的”[41]，但实际上，无论是波斯纳，还是德沃金，他们都是自由主义者，至于德沃金自不用说，他在《自由的法：对美国宪法的道德解读》一书中就明确宣称，“本书确实昭示了对美国宪法的一种自由主义的见解。它提供了自由主义原则的观点，并声明这些观点对我们所继承的并至今仍然确信的宪法传统提供了最佳诠释。我相信并试图表明：自由派观点最符合我们的宪法结构，因为这一结构在当初设想时就构建在自由派思想对美好明天的寄托上。”[42]而在波斯纳的眼里，约翰·密尔所主张的政治理想也是值得向往的，他说，“它勾勒了一种生活方式，当正确理解时，它对美国以及类似的现代富裕社会中的许多人，不仅仅是我，都很有吸引力。而这就足以作为我的根据，表明我个人如何解决一些具体问题。”[43]正是在这一层面上，实用主义如波斯纳自许的那样不仅是一种方法，同样也是一种生活态度。然而，不管波斯纳是否认各种各样的道德进步或主张道德的“地方性”（locality），还是像德沃金那样肯认道德进步及其普遍性，波斯纳与德沃金二人都认同了一个自由主义的政治理想。因此，两人之间的分歧本质上也就是自由主义内部的分歧，这种分歧如同美国的共和党与民主党之间的分歧，而事实也确实如此。[44]前一阵子，德沃金到复旦讲学时，当有人问到他与波斯纳最主要的分歧在哪里时，德沃金也只是谈到，他与波斯纳的分歧最主要的还是在对“社会成本”具有的不同认识上。[45]

曾有人把哈耶克与马克思相比较，认为两者在目的上是一致的，区别只在手段上。因此当德沃金与波斯纳在实现他们的理想时，他们也只是在手段上出现了争论，波斯纳的学术路径更多的依赖于经验实证科学（虽然他并不自称是一个唯科学主义者），还有他赖以成名的实用主义方法论（他倒自称是一个他所认为的实用主义者）。而德沃金其实也并不反对经验科学的研究成果，只是在德沃金看来，实用主义的方法充满了不确定性，而以形形色色为表现形式的各种道德怀疑主义将有损于自由主义的理想。因此，德沃金求助于道德哲学，德沃金与所有的“校园道德哲学家”一样，他们力求重新树立人们对权利的确信，并试图为“权利”套上一层神圣的但实在的光环。他们质疑功利主义与自由主义的理想相一致，所以，他们也同样质疑实用主义。

当德沃金在主张权利就是目的，像罗尔斯、诺齐克那样攻击各种功利主义时，德沃金也许在埋怨波斯纳并未明白其内在的深意。但波斯纳却可能同样在埋怨德沃金，因为在他看来，德沃金走的这条路线在现代社会是不会成功的，而只有实用主义的方法才具有吸引力，才可能实现真正的自由主义的政治理想。因为据说美国人民的精神本质就是实用主义的。在这个意义上，无论是德沃金还是波斯纳，他们之间的区别又有多大呢？

注释：

[1]参见Dworking, pragmatism, right answers, and true banality, in pragmatism in law and society (michael brint and William weaver,eds.1991).[2]“pragmatism was philosophically a dog’s dinner.”参见Dworking, pragmatism, right answers, and true banality, in pragmatism in law and society(brint and weaver,

eds. 1991) at 359.[3]波斯纳：《道德和法律理论的疑问》，苏力译，中国政法大学出版社2001年版，278页。

[4]德沃金这样批评波斯纳，“很多作者认为自己经常被错误的叙述，而且我也受过类似的指控。然而，波斯纳所叙述之不准确的数目和特点着实令人惊奇，尤其是在很多场合中，他对我本人所持观点给予了完全相反的叙述。他的一些叙述剽窃了其他的评论家，尽管他将这些作为自己的观点。认准自己所要批判的目标，然后搜索一下其他批评家对此所作的批评——包括那些误读别人观点的批评，并且对此加以‘借鉴’，然后作出自己的批评，这实在是一种危险的作法。仔细阅读自己所要批判的对象，然后得出自己的结论，这才是正确的做法。”Dworkin, posner’s charge: what I actually said. http://www.nyu.edu/gsas/dept/philo/faculty/dworkin/[5] The Economist review, September 18, 1999, p.8.[6]参见Dworkin, philosophy & Monica Lewinsky,the new york review of books, march 9, 2000.[7]德沃金认为，这种行为违背了美国律师协会司法行为准则第二项规则，B款第9条。参见Dworkin, philosophy & Monica Lewinsky, the new york review of books, march 9, 2000.注九。

[8]文中，德沃金最后对“实用主义在哲学的角度上是狗的晚餐”这句话做了说明，德沃金认为“这是一个常用的表达法：比起美语的用法，它更常见于英式用法。字典中有如下定义，‘名词。1，伙食。又见dog’s breakfast。’在下面的记载中，我发现：‘名词。伙食。例：I’ve made a bit of a dog’s breakfast of that essay.’”参见Dworkin, posner’s charge: what I actually said. http://www.nyu.edu/gsas/dept/philo/faculty/dworkin/[9]波斯纳认为，道德问题与规范问题有差异的，认为德沃金把二者等同。确实，道德问题与规范问题并不可等同，但二者同样具有一致性，而德沃金注重的正是其一致性。

[10]波斯纳：《道德和法律理论的疑问》，苏力译，中国政法大学出版社2001年版，14页。其中一些概念如“道德相对主义”、“道德多元主义”等参见前引书第一章。

[11]波斯纳：《道德和法律理论的疑问》，苏力译，中国政法大学出版社2001年版，12页。

[12]波斯纳：《道德和法律理论的疑问》，苏力译，中国政法大学出版社2001年版，14页。

[13] Thomas nagel, universality and the reflective self, in christine m. korsgaard et al., the sources of norma[14]波斯纳：《道德和法律理论的疑问》，苏力译，中国政法大学出版社2001年版，原书序。

[15] Dworkin, posner’s charge: what I actually said. http://www.nyu.edu/gsas/dept/philo/faculty/dworkin/[16] Dworkin, objectivity and truth: you’d better believe it,25 philosophy and public affairs 87 (1996).[17]参见[美]德沃金：《认真对待权利》，信春鹰等译，北京：中国大百科全书出版社1998年版，中文版序。

[18]他在复旦讲学时说，“中国文化与美国及西方文化的互异性导致了我们对基本人权及其重要性的理解不一致。但是，我相信世界上所有的国家还是共同拥有一些最低意义上的普遍价值，也就是说有一个最低限度的伦理底线。比如反酷刑、不无辜屠杀人民等等。”《德沃金复旦

讲学纪要》，世纪中国网站。

[19]现今占主流的观点认为，主客观的真理论已变为“主体间性”的真理论。德沃金在谈及道德真理时也是建立在这一基础之上的。

[20]波斯纳：《道德和法律理论的疑问》，苏力译，中国政法大学出版社2001年版，原书序。

[21]参见波斯纳：《道德和法律理论的疑问》，苏力译，中国政法大学出版社2001年版，原书序。

[22]波斯纳：《道德和法律理论的疑问》，苏力译，中国政法大学出版社2001年版，12页。

[23] Dorikin, life’s dominion, (knopf, 1993), pp.54-55, 249, note 4.[24]参见Dworkin, philosophy & Monica Lewinsky, the new york review of books ,march 9, 2000[25] Dworkin, philosophy & Monica Lewinsky, the new york review of books, march 9, 2000[26]参见刘小枫：《刺猬的温顺》，萌萌主编：《启示与理性》，中国社会科学出版社2001年版，7-8页。

[27]参见刘小枫：《刺猬的温顺》，萌萌主编：《启示与理性》，中国社会科学出版社2001年版，7-8页。

[28]波斯纳：《道德和法律理论的疑问》，苏力译，中国政法大学出版社2001年版，25页。

[29]波斯纳：《道德和法律理论的疑问》，苏力译，中国政法大学出版社2001年版，25页。

[30]罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社。

[31] T.m.Scanlon, the aims and authority of moral theory, 12 oxford jounal oflegal studies 1(1992)[32]波斯纳：《道德和法律理论的疑问》，苏力译，中国政法大学出版社2001年版，60页。

[33]罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社。

[34]参见皮埃尔·奥邦格：《真理与怀疑论——论从哲学上反驳怀疑论的限度》，[法]雅克·施兰克等著：《哲学家和他的假面具》，辛未等译，社会科学文献出版社1999年版，28页。

[35]波斯纳：《道德和法律理论的疑问》，苏力译，中国政法大学出版社2001年版，279页。

[36]德沃金：《法律帝国》，李常青译，中国大百科全书出版社1996年版，145-146页。

[37]波斯纳：《道德和法律理论的疑问》，苏力译，中国政法大学出版社2001年版，280页。波斯纳已经从早期对财富最大化的强调，逐渐认为法律并不仅仅是为了共同福利这一单一目标，

而且还有其他许多“ 实用主义 ”上的价值追求。

[38] Dworkin, philosophy & Monica Lewinsky, the new york review of books, march 9, 2000[39] Dworkin, philosophy & Monica Lewinsky, the new york review of books, march 9, 2000[40]波斯纳：《道德和法律理论的疑问》，苏力译，中国政法大学出版社2001年版，304页。

[41]波斯纳：《道德和法律理论的疑问》，苏力译，中国政法大学出版社2001年版。

[42]德沃金，《自由的法：对美国宪法的道德解读》，上海人民出版社2000年版，49页。

[43]波斯纳：《道德和法律理论的疑问》，苏力译，中国政法大学出版社2001年版，原书序。

[44]国内有学者似乎极为推崇波斯纳，但是否同样推崇波斯纳这位实用主义者背后的政治立场呢？这位学者极为反感人们“ 政治正确 ”的标准，但他是否又能够超越波斯纳而越超政治立场呢？说穿了，实用主义与其反对的权利论一样在手段都不过是一种修辞术而已，关键只在于其政治立场，如果看不到这一点，就会真的出现“ 政治偏差 ”。

[45]他说“ 道德权利未参与其中时，社会成本在法律权利的立法创制过程中无疑是很突出的：在《认真对待权力》和《法律帝国》中，我始终强调这一点。我还强调指出这种后果和社会成本在道德权利的界定中表现很突出。用社会成本为减轻人得到的权利辩解——除在特殊情况下，我反对这一观点--与在决定人的道德权利时考虑社会成本有重大不同。在《认真对待权力》中我用大量篇幅进行区分，并且解释社会成本在最终决定中所发挥的作用。 ” Dworkin, posner ’ s charge: what I actually saidhttp://www.nyu.edu/gsas/dept/ ;philo/faculty/dworkin