

# Globethics Repository

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

德沃金和波斯纳：解决法律争议需要道德理论吗？ [Dworkin and Posner: is moral theory needed to settle legal dispute?]

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	任, 辉献
Rights	With permission of the license/copyright holder
Download date	2026-07-11 08:49:34
Link to Item	<a href="http://hdl.handle.net/20.500.12424/179173">http://hdl.handle.net/20.500.12424/179173</a>

# 任辉献：德沃金和波斯纳：解决法律争议需要道德理论吗？

作者简介：任辉献，1969年生，先后毕业于武汉大学哲学系和法学院，获哲学学士和法学硕士学位。现为南京大学哲学系西方哲学专业博士研究生，研究方向为西方政治哲学和法哲学。

## 一、一次时隔两年的交锋

考虑到许多读者对学术论文，尤其是哲学论文的忌惮，生怕自己自始至终不知道作者在说什么(老实说我就是这样的读者之一)，以至于没有勇气或者耐心读下去，我现在马上就告诉大家自己要说什么，这样，认为这不是一个问题或者该问题已经有确定无疑答案的读者就可以节约宝贵的时间去做其他有意义的事。简单一点说，我的问题就是：法律争议最终可以(或者必然、应该)被化约为道德问题并应用道德推理或者道德决疑的手段解决吗？换言之，道德哲学和政治哲学理论在司法裁判过程中能起到重大的作用吗？为了避免空洞乏味和不着边际，我将主要借助两位美国学者——德沃金和波斯纳——对这个问题的论证。

1997年9月22日，美国联邦第七巡回法院法官，同时也是当今美国颇负盛名的法学家理查德·波斯纳在哈佛大学霍姆斯讲座上发表了公开讲演，主题是对道德理论和宪法理论的批判。他面对的听众中包括罗纳德·德沃金、查尔斯·弗里德、安东尼·科隆曼、约翰·努南及马莎·努斯鲍姆等几位法律和道德哲学家。在讲座中，波斯纳对政治哲学、道德哲学和宏大的宪法理论发起了可以说是最毫无顾忌的、猛烈的抨击。目的在于“要消除法律的神秘，特别是要把法律从道德理论这个重大的神秘制造者中解脱出来”。包括台下几位在内的很多道德和政治哲学家都受到了他指名道姓的批评，有的批评是相当尖刻的。（1999年哈佛大学出版社根据该讲座出版了“The problematics of Moral and Legal Theories”一书，2001年11月中国政法大学出版社出版了苏力翻译的中文译本。本文中波斯纳的观点均出自该书，不再一一注明。）

无独有偶。2000年10月，当时波斯纳的听众之一的德沃金在纽约也作了一场公开演讲，该场演讲是为了庆祝德沃金教授被任命为纽约市议会2000年年度人文学者而举办的。演讲的题目是：“我们的法官必须成为哲学家吗？他们能成为哲学家吗？”（中文译本见《清华法学》第五辑“法律思想与人文语境”研究专号；英文原文可参见：<http://www.nyhumanities.org/soylecture2000.html>。本文所引德沃金的观点除转引自波斯纳上书之外均出自该文。）

德沃金和波斯纳对本文提出的问题持完全相反的看法，更重要的是，这二位都是西方学术界的大腕级人物，所以尽管两人的演讲相隔三年有余，在某种程度上却可以视为西方学术界对这个问题不同立场的一次交锋。介绍这次交锋之后我将尝试回答另一个问题：为什么这个问题会成为一个问题？也就是说，为什么一些西方哲学家希望哲学理论在司法领域发挥更大的影响力？按照另一位西方政治哲学家沃尔泽的指引，我们可以在西方哲学的传统中找到一些答案。

## 二、德沃金的论证

德沃金断言：法律争议中面临的许多问题都不是事实问题，而是价值取向问题。因此，法官在处理案件，至少是疑难案件的时候，必然会涉及到道德哲学的问题。解决这些问题不仅要对道德原则有固定明晰的承诺，还要有对道德问题的反思能力和对这些原则明确简洁的表述的能力，以及对这些原则之间的联系及可能存在的矛盾的思考。比如说，在处理安乐死的案件时，就涉及了“放任他人死亡和谋杀之间究竟在何时和多大程度上存在道德的差异”这个“古老的哲学问题”。因此，法官在处理案件，尤其是宪法案件的时候应该对哲学著作有相当的了解。虽然德沃金承认要求大多数的法官拥有和哲学专业毕业生一样的对从古以来的大量的哲学著作的理解力是“完全不现实的”，甚至是“荒谬的”，他也承认不能指望法官“会以专业哲学家的语言书写司法意见”，因为判决应当更易于被普通公众而不是少数人所接受。但这显然不是他的论证重点。他要论证的是法官需要道德哲学。但是对此他并没有从正面，而是从三个方面做了反面论证，即通过反驳通行的三种认为在司法过程中可以或应该避免道德争论的策略来证明自己的观点。

避免法官卷入道德争论的第一个策略是认为法律是与道德哲学不同的独立的领域，法律概念和哲学概念(日常概念)有不同的意义，比如“责任”、“因果关系”、“平等”、“自由”等。因此，法官根据某种哲学理论来解释这些语词的自由变得极为有限。法官必须根据一个概念在法律概念体系中的意义作出判断，根据先例作出判断，而不是根据哲学论证。德沃金也承认，即使是在宪法领域，先例还是司法判决中重要的决定性因素，先例也确实限制了法官根据其个人的道德观念来修正宪法性概念，但是他认为某些关于宪法的疑难案提出了对原则之根基的质疑，要求对政治道德中某些最为深层的问题进行反思。最后，德沃金抛出了撒手锏——法律(宪法)的解释问题。他认为这项法官们每天无法避免的工作涉及到“一系列在哲学思维、哲学语言和政治哲学中最复杂的问题”。如果对此没有充分的自觉就会误入歧途。

避免法官卷入哲学争论的第二个策略是诉诸直觉和经验作出判断。支持法官依靠直觉判案的第一个观点是建立在被称为“直觉主义”(intuitionism)的哲学论题之上，这种观点认为人们无需任何思考或者论辩，都有与生俱来的本能使他们能直接感知道德争议的真理。德沃金反对依靠“直觉”(实际上是诉诸经验和常识)的判断方式。他反驳说：“我确信作为一种治理手段的判决的合法性应建立在以下基础之上，即法官的判决是有理由的并对他们的理由作出解释。”支持法官以直觉方式裁判的第二个观点是“道德怀疑主义”，它主张在人格、自由、平等或民主等所谓的道德哲学问题中，并不存在着正确答案，因此法官就不应在这个问题上浪费时间来寻求正确答案。德沃金认为，这个观点同样是“建立在有争议的哲学立场上的。”但他并没有提供一个没有争议的哲学立场。

避免法官卷入哲学争论的第三个策略是德沃金所谓的“实用主义”。根据这种观点，在面临一个需要作出判断的问题时，无需追问某个选择在道德上是否正确，或是否符合某一项被认为是正确的道德哲学原则，而是要追问：在使用了这些概念后是否真的给这个社会的未来带来了一些变化？如果发生了变化，那怎样能达致最好的未来？我们应当将道德问题化解为一个更为实际和易于处理的、不需要依靠道德哲学来回答的事实判断问题，比如：在堕胎的问题上需要回答的就不是：堕胎是一项道德上正确的行为吗？而是：我们这个社会最终会受益于禁止堕胎这个决定吗？德沃金认为，这个观点实际上涉及道德哲学领域中的另一个问题，即功利主义是否就是正确的。而且对“是否有好的后果”的回答也是个道德问题，人们同样会因为对这个实用主义声称可以回避的问题意见不同而陷入分裂。但德沃金也没有论证道德问题是否可以转化为事实和和经验问题。

随后，德沃金得出了自己的结论：道德哲学问题是司法必然面对且无法回避的，法官必须对那些被各种不同类型和流派的哲学家仔细研究过的问题做出决断。他郑重宣布：“法律职业公开面对美国公民在道德问题上深刻分裂这一事实的时候到了，司法判决不可避免地会卷入这些问题，而法官也有责任承认并解释他们采取任何立场的原因。”

在得出了法律判断无法避免道德问题之后德沃金又提出了第二个问题：法官能够成为哲学家吗？德沃金虽然认为要让法官都去获得哲学学位“显然是愚蠢的”，但他还是坚持认为“法官和律师至少应熟悉当代最主要的法律、道德和政治哲学学派，这应该是合理的要求，因为这对于他们正确评价任何他们需要思考的哲学争议来说都是必不可少的。”我在最后将分析他为什么会提出这样的要求。

随后，德沃金得出了他的另一个结论：法学院应加强哲学课程的教育。他欣喜地看到“全美最主要的几所法学院，包括纽约大学、耶鲁大学和芝加哥大学的教员中，都有专职的哲学教授了。这些法学院都在他们的课程表中增添了法律哲学这门课，较之以往，这些课程在总体上有了更为完整的哲学。”而且，“如果法律职业界对判决中哲学重要性的了解保持稳定上升，这门课在法学教育中的地位就必须上升。那么就应当在更多的法学院中开设更多的道德哲学和政治哲学的初级和高级课程。”

### 三、波斯纳的论证

在《道德与法律理论的疑问》一书中，波斯纳提出的与本文论题有关的观点可以归结为两点：一、大多数情况下法律争议中并不是道德问题；即便涉及道德争议的案件也可以通过技术性手段将其化解为其他问题，尤其是事实问题。二、将法律争议归结为道德争议无助于解决问题。

波斯纳首先通过对经验材料的分析，指出那些被法学家当作普适的、毫无疑问的道德理论(包括政治哲学和道德哲学)以及法律理论和宪法理论其实都是地方性的(localness)，是特定人群适应环境变化的结果，而不是发现的“真理”。的确，我们都知道法律常常与“公平”、“正义”、“平等”、“自由”、“权利”等道德术语相联系(德沃金因此认为法律中充满了道德理论)。波斯纳认为法律中使用道德术语除了因为法律和道德之间有重叠以及某些法律的起源与道德有关之外，主要目的是为了给人以强烈印象，或者为了说一种外行更可能理解的语言。这些道德话语其实都不具有解决具体法律问题的力量，它们之所以被当作普遍真理使用主要是因为其具有修辞的效果，为了占据“政治正确”的话语制高点。比如说，有一句广为流传的据说体现了西方法治的特点法谚：“让正义实现，即便天塌地陷。”在强调正义重要性的意义上，很多人会同意这种说法。但是如果认为从严格的字面上它说出了真理，谁都不会赞同——天塌地陷人类毁灭了，难道这就是我们孜孜以求的正义吗？何况，什么是正义呢？

波斯纳的论证并不走极端。他很少作惊世骇俗的与常识相悖的论断。他并不否认法律与道德之间存在联系，也承认法律不可避免地要关注道德理论，这是因为两者有重叠，它们都是并列的促进社会繁荣的手段，而且道德是更早的手段。(《道德与法律理论的疑问》，p126。)但他认为道德和法律是两个不同的手段。一方面，许多公认的道德原则没有法律的支持(说谎、慈善、通奸、见死不救等)；另一方面，许多受到法律制裁的行为与道德问题无关(比如无法避免的伤害、非自愿的违约、非法雇佣外国人、不系安全带以及很多技术性规范)。法律和道德应该有完全不同的发挥作用的领域。

在波斯纳看来，哲学家之所以认为法律争议中充满了道德问题，是因为他们总是用抽象而非具体的方式提出问题。“当把道德哲学作为一种解决法律或者政策争议的方法时，道德哲学太不具体。”这些道德问题总是可以在一些抽象的概念层面翻来覆去地争论而毫无结果。英美法中的判例都是从具体的案件中生发的，当我们真的面对一个个具体的法律争议时，很少会遇到尖锐的道德冲突。波斯纳指出，那种认为“法官天天都会遇到道德问题”的看法是混淆了道德问题与规范性问题。道德只是法官作出判断时需要考虑的事实之一，而且法官所考虑这些事实这也并非是由于某个道德原则是普适的真理，而是由于它现在是许多人所接受的。

在波斯纳看来，道德问题与艺术鉴赏是类似的，而与科学是相反的。两者的不同在于，即便是外行普通人对于科学也可以有一致的确定判断，而艺术和道德则是人言人殊、没有定论。因此，如果将法律争议化约为道德问题，不仅不能解决、而且会增加人们的分歧。所以，即便是在与道德问题重叠的某些法律争议中，当相关的道德原则发生争议时，波斯纳也并不认为法官就应当遵循某一个道德学说体系作出选择性的判断，而是可以(而且他认为应该)通过应用司法技术和其他社会科学的经验研究方式将其化解为经验的事实问题，尽量回避道德争议。而并非如德沃金所说的那样：“当法院决定一个涉及道德争议的案件时，无法回避作出一个道德决断。”为此，他分析了一些道德哲学家喜欢的案例。比如安乐死、人工流产、种族隔离、积极补偿行动、谋杀继承等。他得出的结论是，法院在处理这些争议时或是回避了，或者是根本就没有涉及道德争议。比如，最高法院判决禁止人工流产的州法律无效并非是基于人权或者其他道德原则，而是基于医生的职业自主。又比如德沃金津津乐道的谋杀继承案件，完全可以通过对遗嘱的解释而不是道德判断作出我们的道德直觉可以接受的判决。

按照德沃金的看法，法官应该通过“正当化追溯”的方法思考问题，通过将问题追溯到某些抽象的原则加以对照，然后确定自己的判断是否正确。波斯纳认为这种方式无助于解决法律争议，只不过是给具体问题加上了一个修辞性的“主旋律”。事实上，大多数美国法官并不是意识形态理论家，他们不是通过对照原则，而是通过研究法律争议中的经验材料来解决问题的。比如，男性和女性对性骚扰案件的评价不同，但是这并非因为他们遵循着不同的道德原则，而是因为他们对这类事件的感知上存在差别。解决这个分歧不是靠在理论和原则上获得一致，道德推理也不能使存在原则分歧的人取得一致，但通过经验研究可以缩小差别取得共识。所以，他提倡在司法过程中使用社会科学的经验研究方法而不是道德推理的方法。

#### 四、我的看法

在我看来，波斯纳的论证更为有力，因为它更符合我们的经验。无论是在中国还是在西方，司法过程中遇到的争议和分歧绝大多数都是事实问题。当然，我们也可以说没有纯粹的事实，事实中都渗透着价值判断。在抽象的意义上这种说法是正确的。但这又使我们脱离了经验世界而进入了玄思的世界。就像不能因为在宇观世界中应适用相对论而否定牛顿力学在宏观世界中的正确的一样，我们也不能否认事实问题和价值问题的基本区分。当然，一些社会政治和道德的重大问题也会出现在司法领域，但是否象德沃金所说的那样，应该由法院来对这些问题作出结论性的意见呢？从司法的功能和特点来说，重大的政治和道德分歧不宜由司法机关来解决，这样不仅不能解决这些问题，而且会加剧社会的分裂和冲突。法院的作用是使社会保持稳定，而不是使其符合某一个道德或者社会政治理想。所以从本性上说司法机关是保守的，而不是激进的。哲学家试图通过司法机关作为社会改革的工具完全是一个失策。有人也许会以美国最高法院的判决废除了种族隔离制度来予以反驳。但这实际上高估了法院的作用。美国最高法院在很长时期内是维护种族

隔离制度的，只是在社会情势到了不得不变的时候，它才逐步推翻了以往的判决。可以说，是社会情势的变化改变了法院的决定，而不是相反。

道德理论在司法过程中没有德沃金所想象的那么大的作用，这并不等于说法官增加一些哲学修养就毫无益处，但这不是为了使他们接受一套真理性的原则，而是可以使他们认识到自己和自己所信奉的原则的局限性，在作出判断时更谨慎一些。从理论的层面讲，我和波斯纳一样，从根本上怀疑人类通过理性或者其他途径获得道德真理的可能性，虽然我很希望能有这样的可能，那样我们的生活会更具有确定性。首先，我并不认为存在这样的普适的、超越时空条件的道德真理，至少这还是一个需要打上问号的未决问题。其次，即便假设有这样一套原则，并且它们也能够作为真理被所有人接受，我们也不可能通过道德推理得出所有问题的正确答案。比如假设我们从男女平等这个正确的原则中可以推出男女有在一个学校中接受同等教育的权利，是否能推出应设立男女共用的盥洗室的结论呢？这显然不能说是一个正确的结论。那么，我们又怎么能仅仅依据是否与原则相符就判定那些不那么荒唐的结论是正确的呢？实践性判断需要考虑多方面的因素，在司法判断中经验事实要比原则和理论更重要。在某些文明中或者文明的某些阶段，人们有时也自称已经发现或者发明了这样一套真理、原理或原则，并使用这些它们对所有的问题作出判断。我们也许可以举出那些政教合一的文明或者某种意识形态统治社会所有领域的现代国家作为例证，但我相信包括德沃金在内的大多数人都不会认为那就是他们所期望的理想国。

## 五、为什么有些西方哲学家希望哲学理论在司法领域发挥更大的影响力？

从实践的角度，道德哲学和政治哲学理论在司法裁判过程中是否能起到重大的作用这个问题会引发另一种更深入的思考：为什么有些西方哲学家急切地希望在司法领域发挥更大的影响力？另一位当代美国政治哲学家迈克尔·沃尔泽在《哲学与民主》（Michael Walzer: Philosophy and Democracy. 载于Political and Theory Volume.9, No.3. Aug., 1981, pp.379-399.）一文中从西方的哲学传统出发提出了一个颇有说服力的解释。

沃尔泽认为，西方的传统中哲学家的工作就是寻找“客观真理”、“正确答案”和“哲学标准”。沃尔泽把哲学家分为两类：一是沉思型(我也称之为自得其乐型)。这种类型的哲学家仅限于对世界的超然思考和分析而不求改变什么。这类哲学家的代表维特根斯坦就说过“哲学家对任何事情都顺其自然”之类的话。二是英雄型。这类哲学家首先超然于共同体之外寻找客观的真理。但这并非其最终目的，他们还要返回共同体，按照自己发现的真理来改变它。而且，他认为自己发现的真理是唯一的，所以政治现实也应该有融贯的一致性，所有的问题都应该有唯一的正确答案。这样的哲学家很多，在古代的代表是柏拉图，在近代在则有马基雅维利、笛卡儿和霍布斯和卢梭。为了在现实中应用自己发现的真理，这类哲学家天生就有成为立法者的倾向。笛卡儿用比喻的方式说，哲学、政治和建筑工程类似。未经规划由村庄的自然发展起来的市镇一般都是杂乱无序的，而由一个工程师按照其意愿建造的市镇则是井然有序的，显然也更好。霍布斯则希望在某个时候自己的著作落到某个君王手中并受到赏识，这样他发现的真理就可以在现实中实现了。(中国古代读书人的最高理想不也是成为“帝王师”吗?)当然，如果哲学家本人成为君王是最好的，那就是柏拉图的哲学王了。但这个概率确实太小了，因为哲学家不太愿意卷入丑陋的政治倾轧中弄脏自己的双手。因此哲学家必须寻找一个政治工具(工具本身是什么并不重要)：君王、掌权的贵族、政党领袖甚至人民大众。在民主政治制度下，掌握权力的人民和掌握(或者自称掌握)真理的哲学家之间存在着紧张关系：人民的想法各异且常常变动不居，而哲学真理却是唯一的且恒久不变的。所以哲学家可以使用欺骗的手段，利用大众实现自己的目的。比如，虽然卢梭认为民主政治的合法性基础在于“公意”，但他同时又认为人民的意志也必须是“正确

的”，否则，他们就不是人民而仅仅是一群自私的乌合之众。如果人民不知道或者不能理解什么是正确的，就必须由立法者给其立法或者有人来约束人民的行为。其实卢梭心目中的立法者也是英雄型的哲学家，因为他也是知道什么是唯一正确真理的人。但是，在实际存在的民主制度中，制定法律的权利属于人民，即便是他们制定了错误的法律这也是他们的权利。英雄型的哲学家会反驳说：做错误的事不可能是权利(正确的——注意这里right的含义)。如果在某个地方的确存在唯一正确的真理，而且可以被某些人知道，那么这个反驳在逻辑上就是成立的。所以，应该授权某些知道什么是正确的人来审查和干预人民的行为。在分权制衡的体制下，这个重任实际上落在了有权进行司法审查的司法机关身上。所以就不难理解为什么复兴的政治哲学最希望影响手握司法审查权的法官和培养未来法官的法学院了。因为在一个稳定的民主国家，意见分歧的大众很难接受哲学家的真理，又看不到革命的希望，司法就是进行哲学改革的最好的工具。比如，为了实现自己的社会理想，实践自己的正义原则，一些美国哲学家就非常热切地希望最高法院通过认可或者创立诸如“社会福利权”之类的新权利来改造社会。

也许只有在这个意义上我们才能真正理解为什么“解决法律争议是否需要道德理论”能够成为一个引起争论的具有实践意义问题。

---