



《北大法律评论》(2019)

第 20 卷·第 2 辑·页 124—153

Peking University Law Review

Vol. 20, No. 2, 2019, pp. 124-153

## 重构理论争议：迈向表达主义法理论

王昱博\*

### A Reconstruction of the Theoretical Disagreement: Towards an Expressivist Jurisprudential Theory

Wang Yubo

**内容摘要：**自德沃金提出理论争议现象后，并未得到实证主义者的认真对待。但通过适当重构即可发现理论争议对实证主义提出了致命挑战。实证主义失败的根本原因在于没有意识到理论争议作为规范性争议的属性，从而忽略了法律判断与动机相关联的一个重要属性——法律判断的实践性。而元伦理学中表达主义理论可以提供一种初步的解释法律判断的实践性以及理论争议的新理论。

**关键词：**理论争议 实证主义 社会事实命题 法律判断的实践性 表达主义

---

\* 伦敦大学学院 (University College London) 法学院 2019 级 MPhil/PhD 在读研究生。

本文曾作为参会论文于“哲学之道·第七届全国博士生论坛之‘哲学与法’”专场做了讨论。感谢葛四友教授、赵英男博士、吴然博士和叶会成博士在会议中的有益评论。感谢沈宏彬博士、叶会成博士、吴然博士以及张峰铭对本文初稿提出的详细书面意见。感谢北大法律评论编委会和匿名审稿人的中肯评议。

“理论争议”(theoretical disagreements)这一针对法实证主义的批判被德沃金提出后,尚未引起实证主义者们足够的重视。最重要的原因是德沃金在批评实证主义时所利用的理论工具主要是理论争议在语义学中的版本,也就是为大家所熟知的“语义学之刺”<sup>[1]</sup>(semantic sting)。这种看法将法实证主义视为一种关于法律的语义学理论,而这种重构是法实证主义者们不会接受的,因此他们认为德沃金只是在批评一个稻草人<sup>[2]</sup>。

但是这个判断可能错估了德沃金批评的威力。正如一部分实证主义者注意到的<sup>[3]</sup>,如果我们将理论争议本身进行恰当的重构,理论争议这一现象能够得出一个重要的推论:任何试图将法律内容等同于社会事实的做法都是徒劳。而我们将在下文看到,这恰恰攻击的是实证主义的命门:社会事实命题。因此,如果实证主义者无法化解理论争议的批评,我们恐怕只能选择其他理论路径(比如说德沃金的建构性诠释理论)作为实证主义的替代性理论。

我将在本文中试图说明理论争议的重要性,以及一种可能的替代性理论会如何解释这种重要性。首先我将说明理论争议如何威胁到实证主义的根本信条,并说明实证主义者无法给出合理的反驳;进一步的,我将说明理论争议的本质是规范性争议,并分析这一现象所展现出的法律的一个重要性质,而实证主义者的最大问题就是没有办法解释这个性质——我将其称为法律判断的实践性。要在此基础上说明这一性质,就需要另一种全新的理论——表达主义法理论。因此,本文的最终目标,就是试图通过表达主义法理论来说明法律判断的实践性以及理论争议现象。

在开始之前,我可能还需要辩护的是这篇文章的价值。这篇文章的意图是澄清我们所忽略的一个重要的现象,并就这个现象指出一种新的一般法理论(general jurisprudence)的可能性。因此,在一般意义上理解,这篇文章必然是一个“理论性”的文章。读者自然会追问:“那在实践上这篇文章有什么重要意义呢?”我的回答是,理解我们的实践内容本身,同样也会促进我们的实践。比如说,当我们明白理论争议这个实践的性质,我们将会明白我们日常进行的法律论辩的性质,从而至少撼动一些日常思考的前见——比如说试图拿事实来说明法律是什么,从而选择出规范,对人们进行强制。当然,对这个误区的撼动程度有赖于我实质论证的强度,但我至少希望这个论证能澄清我们思考的误区,

[1] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, pp. 43-46.

[2] H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (3rd edition), Oxford University Press, 2012, pp. 244-248. 哈特拒绝承认自己的实证主义理论或者任何其他实证主义理论是一个关于法这个词的语义学理论。

[3] Scott Shapiro, *Legality*, Harvard University Press, 2011, pp. 286-287; Scott Shapiro, "The 'Hart-Dworkin' Debate: A Short Guide for the Perplexed", in Arthur Ripstein (eds.), *Ronald Dworkin*, Clarendon, 2007, pp. 40-43.

并揭示出理论的发展可能。

## 一、理论争议的挑战

### (一) 法实证主义一瞥

论辩需要明确的靶子,下面我将简述这篇文章面对的靶子——法实证主义,然后说明德沃金的理论争议挑战如何对其构成威胁。我无法保证每个读者都能接受我的重述,但是至少我希望我对实证主义的重述能够尽可能忠实于其核心主张。

实证主义是对“法律是什么”这一问题的一种回答版本。至少到目前,被广泛接受的一个回答是实证主义的社会事实命题——法律被社会事实所决定。这个命题至少存在两种理解:第一种理解是法律的存在(the existence of law)由社会事实所决定。第二种理解是法律内容(legal content)由社会事实所决定。这个区分非常关键,我需要强调,我所反对的仅仅是第二种理解上的社会事实命题。

法律的存在由社会事实所决定,意味着我们可以判断一个社会的确存在法律。比如说,在中国,全国人大颁布的规则是法律,这件事被中国国内司法系统所普遍实践,法官们都运用全国人大颁布的法律进行裁判。显然,这是一个不论对于中国法律体系是否有认同(endorsement)的人都可以做出的判断。我们可以说,中国有法律的存在,这个判断由法官们的实践所决定。如果没有法官的实践,我们就不能说中国存在法律。这没有问题。

但是第二种理解则意味着,中国司法裁判所依据的法律内容,都是由社会事实所决定的。这里需要澄清,法律内容最常见的形式,都以“应当”“必须”等方式陈述。比如说,法官会依据《劳动合同法》的规定,“建立劳动关系,应当订立书面劳动合同”来裁判劳动争议案件。这里引号里的部分就是法律内容。但是,问题在于我们如何能够决定法律内容呢?一个通常的理解为:立法机关或者司法机关所做的立法和司法行为,就能够决定法律内容。例如《劳动合同法》由全国人大颁布,因此,其内容就由“全国人大颁布”这一事实所决定。这也就是法实证主义者的看法。他们认为,在一个既存法体系内,当人们主张某一法律规范的内容是什么时,他们只需要诉诸社会事实即可决定该规范的具体内容,从而确定人们的法律权利和义务。诉诸理论史,实证主义的两大分支即排他性实证主义和包容性实证主义都支持社会事实命题<sup>[4]</sup>,他们均认为,社会事

[4] See Joseph Raz, “Authority, Law and Morality”, in Joseph Raz, *Ethics in Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon, 1995, pp. 210-237; Jules Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, 2003, pp. 151-174.

实决定法律内容。这将是这篇文章主要的靶子。现在,我将首先呈现实证主义对法律内容如何被社会事实所决定的论证,然后进一步提出理论争议的批评。将问题集中于法律内容,而不是法律的存在,有助于我们理解下文的论辩。

如果我们接受(针对法律内容的)社会事实命题是实证主义的基本命题,这个命题具体应当呈现出什么样子呢?绝大多数实证主义者都为哈特的论证所折服,并在哈特的规则理论的基础上发展社会事实命题<sup>[5]</sup>(即使哈特本人并不认同社会事实命题是实证主义的核心<sup>[6]</sup>)。简单说来,法律体系的终极判准——承认规则就是一个社会规则。<sup>[7]</sup>其核心功能就是作为鉴别法律的合法性标准而存在——也就是决定哪些东西是法律的标准。因此,实证主义的核心问题也就变成如何通过说明承认规则作为社会规则的性质来说明法律内容由什么决定。对哈特的一个流行的理解是,社会规则由一致性实践和人们对一致性实践的接受构成。<sup>[8]</sup>如此一来,由于一致性实践和“对实践的接受”这两个部分都是事实,那么承认规则是社会事实,而承认规则决定法律内容,所以法律内容自然就由社会事实所决定。

这种做法会面对的一个统一批评来自法律的另一个重要性质:似乎法律内容还可以给人们行动理由。把承认规则视为实践将会无法解释承认规则能为我们的行动给出理由,从而无法说明法律给我们给出理由这个重要属性。原因非常简单,由于按照上述实证主义者的看法,一致性实践是承认规则的内容,但是他人一致怎么做这个事实无法告诉我,我应该怎么做——单纯实践这一事实无法给一个独立的行动者理由<sup>[9]</sup>。换句话说,这种将承认规则化约为事实的做法,无法解释规则能给出理由的性质。

面对这一批评,理论家们都认同的一个修正方案即为,将实践修正为惯习,

---

[5] 如 Andrei Marmor, *Philosophy of Law*, Princeton University Press, 2011; Jules Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, 2003; Brian Leiter, “Explaining Theoretical Disagreement”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 76, No. 3, 1215—50; Leslie Green, “Introduction”, in *supra* note [2]。拉兹可能是个例外,拉兹试图通过实践权威来说明法律的事实性。See Joseph Raz, *Ethics in Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, *supra* note [4]; Joseph Raz, *Practical Reason and Norms* (2nd edition), Oxford University Press, 1990。但拉兹的理论一定程度上可以与惯习主义相容, See Andrei Marmor, *Philosophy of Law*, Princeton University Press, 2011, Chapter 3。

[6] H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon, 1982, pp. 156-161。

[7] See *supra* note [2], pp. 91-99。

[8] 对这种流行理解的批评请参见:Kevin Toh, “Four Neglected Prescriptions of Hartian Legal Philosophy”, *Law and Philosophy*, vol. 33, no. 6, 2014, pp. 333-368。

[9] See “Model of Rules II”, in Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, 1977。

基于惯习可以给出理由的性质说明承认规则可以给出理由,从而承认规则就可以依然由事实构成从而确保社会事实命题,但又能保障法律给出理由的性质。简要地说,由于惯习的属性即为通过一致性实践来实现规范性目标(不论是复杂的政治—道德目标还是合作目标),一旦人们加入实践,人们就有理由按照实践中的一致性行动来行动,从而促进这一目标。<sup>[10]</sup>

从而,实证主义的核心命题就是社会事实命题,其具体化方案就是将法的鉴别标准——承认规则理解为惯习,从而解释法律内容由社会事实决定,并保存法律给出理由这一性质。显然,分析这一具体化方案,我们可以看出,法律内容都是由惯习决定的,而惯习的一个重要特点就是共识。如果没有共识,惯习就不会存在。比如说,在打电话中,我们经常会说“喂”,而对方也会说“喂”。在这个例子里,此惯习的目的是为了有一个能被认出的、简单的表达,那么人们也有理由去遵守一个规则,也就是使用他人适用的语词。<sup>[11]</sup>如果A说“喂”,而B说“爆炸!”,似乎A和B不会明白对方到底在说什么。牢记惯习的共识属性,会有助于我们下面的讨论。

## (二) 什么是“理论争议”

以上的看法都面对一个致命的批评,即德沃金在《法律帝国》中提出的理论争议现象。他主张,这种争议现象只有他的诠释理论可以说明,而所有的法实证主义都因为无法成功的解释理论争议,因此是失败的<sup>[12]</sup>。我将在下文详细检讨为何这个主张是成立的。不过需要说明的是,正如在文章开头所提示的,鉴于语义学之刺所面临的批评,我不会讨论德沃金早期主张的语义学之刺<sup>[13]</sup>,而是直接将理论争议呈现为一个较强版本再行检讨。

首先,在说明理论争议之前,德沃金指出了法律实践的一个重要性质:论辩性(argumentative)<sup>[14]</sup>。他指出,只有我们更好地理解法律作为论辩性实践的特点,我们才能更好地理解法律实践本身。我们的确常常在法律中争议:法官们争议判决是否恰当,我们争议判决是否合理。我们需要一个理论来解释这些争议的性质。在这一前提下,我们有必要区分两种视角:社会学家视角和参

---

[10] 马默、科尔曼和哈特的后记中都分别提示了我们对承认规则中一致性实践的几种可能重构。其中,马默的方式是将实践重构为构成性惯习(Marmor, *Philosophy of Law*, *supra* note [5], Chapter 3),科尔曼则将实践重构为合作惯习(Coleman, *The Practice of Principle*, *supra* note [4], pp. 97-101),哈特接受了科尔曼的路径,在后记中称其理论为惯习主义(*supra* note [2], pp. 249-255)。

[11] See Andrei Marmor, *Philosophy of Law*, *supra* note [5], pp. 76-77.

[12] See *supra* note [1], p. 46.

[13] 德沃金自己在后期的写作中也不再直接谈论语义学之刺,而是回归到我在这部分呈现的对共识和事实的批评。Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, p. 233.

[14] *Supra* note [1], p. 13.

与者视角。<sup>[15]</sup> 根据前文对于法律存在和法律内容的区分,我们可以很容易理解这组视角的区分。前者是指对法律的事实性描述——比如说,在中国存在这一事实:人们普遍接受“人大制定的规则是法律”这个规则。但是对于后者而言,他们并不关心事实的部分,他们关心“什么是法律”这个关于法律内容的问题。而问题就处在对于法律内容的争议上。

接下来,为了进一步明确讨论的目标,德沃金区分了法律命题(propositions of law)和法律根据(grounds of law)<sup>[16]</sup>。法律命题就是“法律禁止、允许或授权我们做什么”的命题,简单说来就是法律内容。法律根据则是使我们判断某法律命题的真假的那些根据——也就是法律内容何以为真的根据。接着,德沃金指引我们观察另一对区分:理论争议和经验争议(empirical disagreement)<sup>[17]</sup>。经验争议指的是人们承认有公认的法律根据,但他们对法律根据的(of)具体内容存在争议。而理论争议指的则是,人们不认为有公认的法律根据,并对法律根据本身进行争论。人们此时可以同意所有的经验事实,然而依然真诚地争议不同的法律根据——法律是什么。

明确了理论争议与经验争议的区分,按照德沃金的看法,实证主义者都会认为法律根据是纯粹的事实问题——因此它们被称为基于“显明事实观点”<sup>[18]</sup>(plain-fact view)。在实证主义者看来,法律根据是共享的事实问题,那么在他们视角下的争议只是如何运用不同的事实来鉴定法律命题。如此一来,所有的有关于法律命题的争议都只能是经验争议。正如我们在前文看到的社会事实命题所示意的,法律根据在实证主义者看来就等同于承认规则,而由于承认规则是由纯粹的事实——实践所构成的,那么关于“什么是法律”的争议只是关于“构成承认规则的事实”的争议罢了。当我们知道了“人们的确接受了哪些一致性标准为法律”这些事实,按照实证主义者的观点,我们就不会再有关于“什么是法律”的争议了。

但是,法律现实并非如此。德沃金举了数个不同的案例,都提醒我们的确存在理论争议的现象:法官们同意当事双方的全部事实,也同意过去的历史裁判的全部事实,但是他们依然在真诚地争议“法律是什么”。这些案例的共同点即为,法官们在同意所有的事实条件下,依然对法律内容有所争议<sup>[19]</sup>。国内

[15] *Id.*, pp. 13-14.

[16] *Id.*, p. 4. “法律根据”这个翻译参考了李冠宜的译本。参见〔美〕德沃金:《法律帝国》,李冠宜译,台湾时英出版社2002年版,第5页。

[17] *Id.*, pp. 4-5.

[18] *Id.*, pp. 6-7.

[19] *Id.*, pp. 15-30.

这样的案例同样屡见不鲜,譬如“山东辱母案”中,对什么是正当防卫的争议<sup>[20]</sup>。

此处理解的关键在于,的确存在理论争议这个待解释的对象(explanandum)。而法理论要做的是提供对这个待解释对象的解释(explanans)。那么对实证主义的挑战就是,实证主义能否解释理论争议?

答案是不能。原因在于,在实证主义者看来,法律由社会事实所决定——而此处的社会事实就是惯习。正如我们在上一部分末尾所强调的,惯习意味着共识,也就是说,共识决定什么是法律内容。实证主义者使用事实等共识来说明“法律是什么”,也就意味着其确定了法律根据是无争议的。因此,他们一定无法解释接受了这些共识但依然主张自己独特法律判断的法官们之间的争议。争论的各方并非是在预设法律根据的前提下,讨论法律根据是否可以适用;而是讨论适用的前提问题:法律根据本身是什么。

综合以上,因为理论争议是针对法律根据本身的争议,这一现象是预设了“根据无争议”的实证主义理论无法解释的。更糟糕的是这一结果:实证主义者眼中的法官以为他们共享法律根据,其实他们采取的是完全不同的法律根据。这会导致所有的关于法律内容的争议都并非真的争议(genuine disagreements),只是法官们的自说自话(talking pass each other)<sup>[21]</sup>。就好像我们在争论“或”字在一段中文中的解释。当你我谈到“或”这个词的意思时,我说的是“有的人”的意思,而你说的“或者”的意思,我们争论“或”在一段话的含义就完全失去了意义。更可怕的是我们如果同意在这段话中的确应该采取

---

[20] 首先,在二审判决书中可以看出,二审法官对于一审法官不认为该案是正当防卫的看法做出否认。一审与二审的分歧在于对正当防卫的认定,法官们都同意案件的基本事实以及中国刑法条文被普遍适用的基本事实,而争议之处就发生在什么是“人身安全面临现实威胁”,可以看到,一审法官主张由于出警,生命健康权被侵害的可能性较小。而二审法官则认为即使民警到场也不能说明人身安全未面临现实威胁。而何为“人身安全面临现实威胁”,这是一个规范判断,而非事实判断。显然法官们并不认为有一个共同决定这种情形的基础。见山东省聊城市中级人民法院(2016)鲁刑15初33号;山东省高级人民法院(2017)鲁刑终151号。

更进一步的,最高检在《最高检公诉厅负责人就于欢故意伤害案有关问题答记者问》中提到,“一审判决认为,‘对方均无人使用工具、派出所已经出警、其生命健康权被侵犯的现实危险性较小’,这一法律评价虽关注到生命健康权,但忽视了对于欢及其母亲人身自由、人格尊严等合法权益的保护,是对正当防卫保护对象的错误理解。”显然,最高检和一审法官出现的争议就是明明白白的对“什么是正当防卫”的争议。他们都同意案件的基本事实和法律适用的基本事实,但是在规范判断上,一方认为尊严不包括在正当防卫中,一方认为正当防卫的保护对象包括尊严。参见《最高检公诉厅负责人就于欢故意伤害案有关问题答记者问》, [https://www.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_1695954](https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1695954), 最后访问日期 2019年3月7日。

最后,我们也可以在社交网络中看出,在有关于各类正当防卫案件的讨论中,关于正当防卫适用是应该适用三阶层还是四要件,或者该案中是否应当适用正当防卫,都有着普遍的争议。参与争议的各方并非认为有一个公认的正当防卫的定义或根据,而是每一个参与者都在真诚地主张,何为正当防卫。

[21] *Supra* note [1], pp. 43-44.

“或”这个词,我们其实并未达成共识,我们甚至没有真正的交流。

正如德沃金所强调的,如果法律实践是全部或部分的有关于理论争议,那么“法律人在决定法律命题何时为真何时为假时,就不可能全都使用相同的事实性标准”<sup>[22]</sup>。然而,实证主义者对法律的说明就是一个公共的标准,这个标准被事实所鉴别出来。如此一来,他们一定无法解释理论争议。所以实证主义者需要一个强有力的说明来解释理论争议这一现象,从而避免说法官和律师们实际上在“自说自话”的窘境。

简要看来,解释理论争议可能有两个路径:第一,解释“掉”(explain away)理论争议。这意味着我们重新检讨理论争议这个现象本身是不是如我们所见的那样,如果理论争议这个现象可以被实证主义者拆解,或者理论争议本身对法理论而言并不重要,我们似乎可以将其放置在一边,这个主张主要由莱特提出。第二,“解释”(explain)理论争议本身。即通过说明实证主义并没有主张显明事实观点,而是通过对概念的标准化说明来证成实证主义可以解释理论争议。这个努力主要由拉兹做出。

下面,我将分别说明两种方向的努力。值得一提的是,除了拉兹的努力之外,科尔曼和哈特也试图解释理论争议。我在这里将不处理他们的尝试,原因在于,现有的尝试都将不可避免地同德沃金的看法同质化<sup>[23]</sup>。在呈现莱特和拉兹版本的实证主义的尝试后,我将分别证明这些反驳失败及其失败的原因。然后我将进一步说明从理论争议出发我们可以分析出的一个关于法律的重要性质,实证主义恰恰是因为无法解释这个性质所以失败。

## 二、可能的反驳

### (一) 解释掉理论争议——莱特的努力

实证主义者在面对理论争议时,一个思路是说明理论争议根本就对于法律实践不重要。这是个釜底抽薪的批评。如果这个批评能够成立,德沃金的指摘

[22] *Id.*, p. 43.

[23] 科尔曼和哈特都试图通过区分概念和概念的应用来说明理论争议发生的地方都只是概念的应用。但是他们的反驳与他们自己的计划相冲突。他们主张的包容性实证主义将导致承认规则可以鉴别道德正确的原则,而关于“什么是道德正确”将是一个巨大的争议。如果他们承认这些争议只是概念的应用,那么那个位于核心的概念就显得太薄(thin)以至于无法说明任何事情。更重要的是,根据他们的看法,承认规则依然是惯习。而惯习的核心是共识。如果共识要包括道德正确,这种共识一定高度抽象,因此其会完全失去作为惯习提供具体明确行动标准的意义,从而使得包容性实证主义者面对争议同样需要论辩何为道德正确的行动。因此在这个意义上,他们与德沃金没有区别。See *supra* note [2], p. 246; Jules Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, *supra* note [4], p. 126; *supra* note [1], pp. 193-198.

“令人惊奇的是,实证主义者完全忽视了这样一种普遍存在的争议”<sup>[24]</sup>就没有任何意义,而实证主义者依然可以说明,法律是由实践构成的。这个思路下最为系统的回应是莱特做出的,值得我们仔细检讨。

莱特的思路是这样的:他首先说明,德沃金的核心目标是指出了理论争议这个现象的表面价值(face value)。这就是说,德沃金告诉了我们法官们在书面上的实际论辩所呈现的现象的那个表面价值是理论争议。如此一来,我们就需要考虑对于一个现象我们是否必须解释其表面价值。这就是莱特想要说明的——实证主义者可以解释掉理论争议,因为理论争议只有表面价值,其背后完全可能是法官们的“不真诚”(disingenuity),或者法官们的“错误理论”(error theory)。

他的论证如下:首先,一个理论的成功不在于能够说明某一现象的表面价值——很多表面价值不需要被说明。比如说,虽然很有争议,拉赫玛尼诺夫的《第一交响曲》是他的事业起点,也是他的最大败笔。在1896年3月28日《第一交响曲》首演结束后,观众们吹口哨,乐评人毫不留情的批评,导致了拉赫玛尼诺夫两年内无法写出任何曲子。我们可能会因为这个现象说《第一交响曲》是一个不太好的交响曲。但是实际上《第一交响曲》的首演失败和当时的指挥格拉祖诺夫不无关系,他当时喝醉上台;且由于整部作品写法过于新颖,以至于指挥排演不当,所以导致演出失败。因此,我们完全不必从《第一交响曲》的首演现象来分析第一交响曲的好坏。那个现象只具有表面价值,而不是《第一交响曲》的真正价值。

从而,如果德沃金只是试图说明理论争议的表面价值,只要实证主义者可以提出一个关于理论争议真正是什么的理论,似乎就可以无视德沃金的批评。莱特提出,实证主义者可能将理论争议这个现象解释为:法官们看似真的在进行理论争议,其实他们是想要改变法律。我们可以把这个解释叫做“不真诚”解释。或者,实证主义者还可以这样解释理论争议:法官们的确真诚地相信他们在就法律根据展开不同的论辩,主张不同的法律根据,但其实这是因为在他们论辩的焦点处压根就没有决定法律根据的事实,也就是说,在关于法律根据争议的事项上压根就没有法官的一致性实践和接受来决定法律,因此,理论争议只是表面的现象,其背后是因为法官们的争论是个错误,我们把这个解释叫做“错误理论”解释。

但是,显然德沃金可以说,这种试图诉诸非表面价值来解释现象的理论不见得足以称得上是一个反驳。这只是给出了一种替代性的说明。莱特必须要有更强的论据来支持这种替代性说明是更优的。他的确有。莱特紧接着说,之

[24] *Supra* note [1], pp. 6-7.

所以理论争议只具备表面价值的原因在于,法体系的核心并不是争议,而是共识(agreement)<sup>[25]</sup>。他对于德沃金将理论争议置于法体系核心的看法表示困惑不解,在他看来,法律判断的构图应当是一个金字塔形状,在塔底和中心部分都是共识,只有在塔尖才是最高法院或者上诉法院中的法律判断的争议,而那些就是德沃金常常引用的案件。事实上,基本所有的案件不会上诉,基本所有的上诉案件都不会上诉到最高法院。他主张我们应当看到,有关于法律和诉讼的核心,是大量(massive)而广泛(pervasive)的有關於法律的共识,而非争议。<sup>[26]</sup>正因如此,德沃金讨论的只是金字塔的塔尖的表面价值,而他试图主张自己的理论要解释的核心就是法体系的核心<sup>[27]</sup>,这显然不符合多数人对于法律的常识——就是共识,而非争议。而实证主义者在做的工作则是说明整个金字塔——说明共识,而如果一个理论的主要目标说明了这个领域内存在的绝大多数现象,那么这个理论自然会采取“中心—边缘”的方式来说明金字塔塔尖的东西。这也是为什么实证主义理论是个大致合理的理论的原因,实证主义者能够成功解释大量存在的共识,而为了保全这个说明成果,他们当然可以采取共识的例外情形来说明争议。比如说在理论争议的情形下,实证主义者当然可以说,其实是因为没有一致性实践;这种情形下或者法官在假装争议“法律是什么”,实际上在争议“法律应该是什么”,或者法官真的在争议“法律是什么”,但实际上他们只是犯了个错误——他们不知道在他们争议的事项上不存在一致性实践。重要的部分在于对共识的更好解释,而不是对边缘案件的表面价值的解释。

莱特进一步说,一个理论的优劣有三个标准可以判断:简洁(simplicity)——在说明的内容相同的情况下比起复杂的理论,我们更倾向于简洁的理论;一致(consilience)——相比较只说明一种数据的理论,我们倾向于更复杂的说明;保守(conservatism)——在同等情况下,我们更倾向于更能说明我们根深蒂固的信念和看法的理论。<sup>[28]</sup>可以看出,实证主义理论就是对司法实践的直接解释,这符合我们对法律的日常信念。但德沃金对理论争议的解释只能解释表面价值,而且不符合我们的日常对法律的“大量共识”这个信念,因此相较于德沃金的解释,实证主义者对理论争议的“排除”——解释不存在德沃金意义上的真的关于法律根据的争议——才是更可取的做法,也是使得其理论在整体上更具备解释力的做法。

综上所述,莱特解释掉理论争议的核心就在于,广泛存在的实践都呈现出

[25] Leiter, “Explaining Theoretical Disagreement”, *supra* note [5], p. 1226.

[26] *Id.*, p. 1227.

[27] *Id.*, p. 1228.

[28] *Id.*, p. 1239.

共识而非分歧的样态,因此我们可以解释掉理论争议。但是这个论证非常令人疑惑。首先,德沃金自己的诠释理论可以同时解释理论争议和共识。他解释共识的方式是揭露出共识背后存在的深层争议,只不过在这些广泛存在的共识中,争议都能够达成一致。<sup>[29]</sup>那么,如果德沃金既可以解释共识,也可以解释争议,而实证主义必须放弃解释争议才能解释共识,为什么实证主义在莱特看来反而胜出了呢?

莱特会说,我的反驳扭曲了我们对于法律实践的一般看法,以至于如果我们不是德沃金主义者我们就不可能这样来看待法律实践。<sup>[30]</sup>在他看来,德沃金主义者要主张解释的理论争议是表面价值。如果他们都坚持要解释表面价值,那么为何在共识上德沃金主义者却不肯如此做,却要揭示共识背后的争议?

如果我们进一步考察,我们会发现莱特这个回应至少在他自己的文章中反噬了他自己的观点。首先,莱特坚持很多表面价值没必要解释,我们应当说明的是现象的深层结构。那么为什么实证主义者要解释共识呢?共识的表面价值似乎就只是——共识而已。但是如果按照这个思路,似乎德沃金主义者对共识的深层结构的揭示——也就是达成了一致的争议,反而是更有说服力的看法。当然,莱特这里会说,我和他的论证是没有区别的,我只是试图说明共识的深层结构,保留争议的表面价值,而他则保留共识的表面价值,说明争议的深层结构。但是如此一来,他主张的“实证主义不解释表面价值,转而揭示深层结构的做法是更好的”似乎就站不住脚了。那么他必须放弃表面价值这个工具来讨论理论的解释力。如此一来,我在上一段提到的解释力的问题,莱特似乎还是需要进一步的回答。注意,他不是解释理论争议这个现象,他是说理论争议这个现象根本不存在,实际上这个现象只是法官们的错误和不真诚导致的结果而已。那么相比德沃金——直接解释了争议和共识——他需要说明为什么实证主义者解释不了理论争议这个现象的看法是可靠的。但显然他已经在理论说明力的范围上输了。

莱特可能会退一步,强调毕竟理论争议是极少数,我们要以整个法律实践的共识来作为解释的根基。但正如德沃金所言,只要法律实践部分的关于理论争议这个现象,实证主义者试图将所有法律根据认定为法官共识的做法就受到这个现象的挑战。那么不论理论争议是存在于边缘案件也好,还是核心案件也好,只要我们的确存在对于标准的争议,我们就有理论争议。这意味着理论争议所呈现的这个现象就是专门针对实证主义者认为“不存在理论争议”的这个

[29] *Id.*, pp. 1228-1229.

[30] *Id.*, p. 1229.

看法的。<sup>[31]</sup> 因此,只要存在一个理论争议的相关案件,论者就可以挑战莱特这样的实证主义者们的看法。

更进一步的,莱特对共识的广泛存在和频率的强调,恰恰证明了他主张的实证主义是失败的。原因在于,真正需要被解释的,并不是表面上法官们的争议,而是争议作为一个重要判断的证据——法官们并不认为他们的法律根据完全来源于他人的同意和共识。这才是我们需要解决的问题。<sup>[32]</sup> 而从德沃金的《规则模式二》<sup>[33]</sup>到《法律帝国》,这个批评一以贯之。这意味着即使法官们在共识案件中,他们实际上遵循的法律根据也绝不是他人这样做和他人法官本人的共识,而是独立的标准。人们主张的法律标准,并不是基于承认规则的实践给出的,而是基于各自不同的道德原则给出的。因此,即使法律实践是多数关于共识的实践,只要法官们并不是基于某种聚合实践来决定法律是什么,共识背后其实依然是争议。

现在我们就可以看到,为什么理论争议是一个极具挑战性的主张了。理论争议现象挑战的是实证主义者们认同的根本命题:一致性实践决定法律内容。如果最终不是一致性实践决定的法律内容,即使我们在外观上呈现出一致性实践的样态,我们决定法律内容的可能依然是其他东西。这才是待解释的核心。综上,理论争议似乎没有那么容易就被解释掉,莱特的反驳是站不住脚的。那么我想我们已经可以看出,决定法律内容的不是一致性实践和共识。我们将在下一部分集中处理这个反思,但是现在,还有另一个棘手的对手要处理。

## (二)“解释”理论争议——拉兹的反驳

不同于莱特的否定性策略,拉兹并没有否认理论争议现象的存在,但是他认为他的实证主义理论可以解释该现象。拉兹的确提供了一种说明,但是这种说明方式在我看来不能解释法律中的理论争议。首先我将重现拉兹的回应,然后进一步说明为何他的回应是失败的。

拉兹说明理论争议的方式主要通过回应一种特殊版本的“语义学之刺”的批评。诚如我在一开始交代的,语义学之刺很容易被实证主义者打发,即他们只需承认自己的理论不是一个语义学理论即可。但是,拉兹本人也发现,语义学之刺可能不只是有关于“法律”这个词的意义(meaning),而是关于给出的“法律的概念”(the concept of law)能否解释理论争议的一个批评。<sup>[34]</sup> 而这个批评的确可以对实证主义的基石(至少是哈特的理论)构成批评,因此拉兹试图

[31] Luis Duarte d'Almeida, "The Grounds of Law", in Wil Waluchow & Stefan Sciaraffa (eds.), *The Legacy of Ronald Dworkin*, Oxford University Press, p. 193.

[32] *Id.*, p. 193.

[33] *Supra* note [8], pp. 56-57.

[34] Joseph Raz, "Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison", in Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press, 2009, p. 49.

为自己的实证主义理论辩护,在自己的理论内解释理论争议。当然,不同于莱特,他并不承认德沃金给自己安上的显明事实观点的看法。他的策略主要是通过捍卫一种标准化语义学(criterial semantics),即通过说明自己所持的非个体主义图景(non-individualistic picture)立场,来说明其自身的理论同样可以解释理论争议。

首先,拉兹澄清,对一个概念的说明,就是说明该概念所指称的对象是什么。如此一来,人们可以在不理解一个概念的必然特征(essential features)的情况下,依然使用这个概念。<sup>[35]</sup> 比如说,我们会用等腰三角形的概念来交流,但是可能我只知道等腰三角形两腰相等,而你只知道等腰三角形两底角相等,我们都不具备等腰三角形的完整知识,但是我们都可以正确地使用“等腰三角形”的概念来达成有效交流。

澄清了这一点之后,拉兹说明德沃金和我所不满的那种实证主义理论,就是对概念提供标准化说明(criterial explanations)的实证主义理论。<sup>[36]</sup> 标准化说明在这里意味着,当使用概念时,预设了使用这些概念的正确规则或标准。因此,如果我们共享概念,我们必然共享了一般情形下只用这些概念的正确标准,从而我们不可能发生对正确标准的真正争议。进一步的,拉兹主张德沃金的批评预设了一种特殊的标准:个体主义图景的标准。他认为,只有这种理论才会导致实证主义无法解释理论争议现象,因为个体主义图景意味着每个人使用每一概念的标准都是基于每一个语言使用者的私人规则(personal rules),而每一私人规则都会事无巨细地特定化概念的正确使用。因此,按照这种看法,人们可能会在概念的应用上犯错,但不会在概念所基于的标准上犯错。而由于理论争议是对标准的争议,如此一来人们之间如果没有共享私人规则,即使在争议规则的运用,他们也只可能是在自说自话<sup>[37]</sup>,因为他们完全没有遵循同样的标准。

但是,拉兹进一步主张,由于普特南等哲学家的努力,个体主义图景已经被宣告失败,我们没有理由接受这种对标准化说明的图景。<sup>[38]</sup> 更佳的图景应当是非个体主义图景,即人们在使用概念的时候认为他们自己在遵照“正确使用方式”的规则。这里的规则就并非是私人规则,而是在语言社群中使用的公共判准(common criteria)。如此一来,这就允许人们由于不了解或不相信这些判准从而犯错。如果按照这种解释,理论争议中的法官们就有可能在进行真正的争议,他们在争议的是那个正确的公共规则是什么,从而避免德沃金所指出的

[35] *Id.*, pp. 55-56.

[36] *Id.*, pp. 59-62.

[37] *Id.*, p. 63.

[38] *Id.*, pp. 63-64.

“自说自话”的批评。

拉兹进一步提出两个对概念标准的说明来论证他能够解释理论争议。首先,他说明概念的标准具备复杂性和非透明性(complexity and non-transparency)。我将其称为复杂性论证。这意味着我们总有不同的情景和方式来解释同一个概念,因此可能存在不同情景中对正确使用标准的不同看法。进一步的,由于语言实践的复杂,即使我们知道我们在共享使用概念的规则,我们依然可以合理争议那些规则到底是什么。概念的使用规则和规则之间存在不透明性。<sup>[39]</sup>这样一来,由于这两点都允许人们对概念使用的标准进行直接争议,这就能够为说明理论争议创造空间。值得提醒的是,对于拉兹而言,这样对于标准的争议其实预设了正确的标准——那个不透明的标准,而不同的说明中总有一个是正确的。这将为我们下文的批评提供基础。

另一个论证是内在关联概念(interrelated concepts)。我称其为内在关联论证。这意味着当我们在解释概念时,我们会不可避免地引入其他概念。比如说当我们试图解释什么是正当战争,我们就需要解释战争造成伤害的比例到多少才是合适的。那么这就引入了另一个概念即适切伤害(proportionality of harm)。我们可能不能确定适切伤害的正确概念标准是什么<sup>[40]</sup>(比如说死伤多少人是合适的,何种情况下可以杀伤对方等),但我们可以确定正当战争一定要包含适切伤害的要求。而这种情况下,我们争议什么是适切伤害,并不会影响我们对正当战争的概念的正确使用。因此,德沃金的指责忽略了争议的不同层次,而又因为德沃金认为对命题真值条件的争议都叫做理论争议,从而拉兹可以合理地主张:人们正确使用正当战争概念但是对适切伤害概念有争议的情形下,人们依然在进行对正当战争概念的所谓的“理论争议”。

综上,拉兹试图通过非个体主义语义学来说明,理论争议可以和概念的标准化说明相容。但是,正如一些论者如 Smith 所指出的,拉兹只能反驳德沃金的强主张:所有的标准化说明都不能解释任何理论争议。但是他不能反驳另一个主张:在法律论辩中,对法律进行的标准化说明不能解释存在于法律实践的理论争议,也就是法官和律师实际上在进行的理论争议。也就是说,即使拉兹能论证标准化说明并不是不能解释任何理论争议,他也无法在标准化说明的法理论中解释实际发生的理论争议。

Smith 的核心论证非常繁杂,但是内在逻辑却十分简单,也就是拉兹的上述三个论证都无法解释实际存在于法律实践中的理论争议。<sup>[41]</sup> 我将用我提到

[39] *Supra* note [34], pp. 67-69.

[40] *Id.*, pp. 71-74.

[41] Dale Smith, “Has Raz Drawn the Semantic Sting?”, *Law and Philosophy*, vol. 28, no. 3, 2009, pp. 304-319.

过的“山东辱母案”来说明这些论证。首先，“山东辱母案”中，一审法官和二审法官之间的分歧在于对于何为正当防卫的认定。按照拉兹的复杂性论证解释，这可能是一审法官和二审法官都在主张不同情景下的不同概念用法。可是我们明确地知道一审法官与二审法官并没有对案件事实产生争议，他们没有在不同情景下。他们恰恰是在相同情景中争议正当防卫的标准到底是什么。

拉兹可能退一步说，即使复杂性论证失败，内在关联论证可能成功。由于一审法官与二审法官裁判的差异就在于对正当防卫的生命健康权的认定，这意味着正当防卫概念和生命健康权概念内在关联，从而法官们在进行什么是生命健康权受到威胁的争议，但是这依然是（按照拉兹的构造）关于什么是正当防卫的理论争议，因为关于生命健康权的论辩关系到的是正当防卫的真值条件。但是在 Smith 看来这个回应依然是无效的<sup>[42]</sup>，因为法官们关心的并不是生命健康权什么时候可以算受到威胁，他们关心的是生命健康权受到威胁的事实如何能成立正当防卫——一审二审法官都同意受到威胁，但是一审认定不成立正当防卫，二审则认定成立正当防卫。换句话说对于法官而言重要的并不是对某一个子概念的标准争议，重要的是他们依然在争议关于“正当防卫”的难题。

最后，拉兹可能会退回到他的第一个论证，即我上述解释“山东辱母案”的方式是基于个体主义语义学，而这种语义学是站不住脚的。即使我承认他的批评，我也要指出拉兹主张的非个体主义语义学的预设存在问题。拉兹在谈到非个体主义语义学时，承认人们可能会犯错。且他主张一个犯错的原因就在于，标准化说明所基于的正确标准就是语言社群的共同标准，即被人们所相信/认同的概念标准。<sup>[43]</sup>可是，我们所关注的实际案件如“山东辱母案”中，并不存在这样一个关于“正当防卫”的普遍的共同标准<sup>[44]</sup>。正如二审检察院的意见中甚至将尊严权也纳入正当防卫的范畴中<sup>[45]</sup>，这意味着即使检察院在二审中意见和二审法院一致，他们基于的理由也是完全不同的。这恰恰说明了不存在关于什么是正当防卫的普遍标准，因此我们才会有在法律实践中的理论争议。

更进一步的，由于法律中的理论争议的参与者都是法官、检察官和律师，如果按照拉兹对于非个体主义语义学的主张，我们似乎可以解释他们的争议是因为他们犯了错，他们不明白共同标准是什么。可是，一旦我们承认这种争议的普遍存在（拉兹和德沃金都不会否认<sup>[46]</sup>），我们就似乎只能主张，法律界的专业人士在普遍地犯错误。这似乎是一个有违常识的结论，我们恐怕很难严肃认真

[42] *Id.*, pp. 310-312.

[43] *Supra* note [34], p. 64.

[44] *Supra* note [41], p. 312.

[45] 参见《最高检公诉厅负责人就欢故意伤害案有关问题答记者问》，[https://www.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_1695954](https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1695954)，最后访问日期 2019 年 3 月 7 日。

[46] *Supra* note [34], pp. 62-67; *supra* note [1], p. 43.

地主张上述结论,这会撼动我们对于法体系本身的信念。拉兹现在可采取的方式恐怕只剩下最后一种,那就是回到莱特为他提供的错误论证上去,而正如我在上一节所呈现的,错误论证基于一个站不住脚的“什么是好理论”的看法,即表面价值需要被深层理论解释。而如果我的论证是成功的话,莱特和拉兹都无法成功为这个看法辩护。更何况因为拉兹本人并不认同德沃金给他的显明事实观点的帽子,那么他也不会认同标准化说明中的那个标准一定是纯粹的事实。

走到这一步,似乎拉兹试图通过非个体主义语义学等论证来解释理论争议的做法也不能成功。但是拉兹在这里的确呈现出一个关于理论争议的重要洞见。当他在辩护对概念的标准化说明时,他提到,“我相信……德沃金在这一点上是正确的,即关于法律的性质的说明涉及评价性考量”<sup>[47]</sup>。从此表述中我们可以看出,拉兹并不认为关于法律的争议只是关于“事实是什么”的描述性争议<sup>[48]</sup>,这是他高明于莱特的地方。莱特只能通过扭曲案件裁判的实际情况来看明争议,拉兹可以避免这个扭曲<sup>[49]</sup>。但是不论如何,至少拉兹对理论争议的解释是失败的。

### 三、重构理论争议——法律判断的实践性

#### (一) 理论争议作为规范性争议

如果上述的论证都是没有问题的话,我们必须承认理论争议的存在,且实证主义在解释理论争议现象上有很大困难。那么这篇文章的任务除了呈现这些困难之外,还要进一步分析为何有这些困难,并基于这些分析提出一个更好的解释。如果我们反思实证主义者的失败之处,我们就可以将问题转化为:为何法官们并不认为他们在用共识裁判。这意味着,他们在同意所有的社会事实

[47] *Supra* note [34], p. 69.

[48] 感谢沈宏彬博士给出的详细评议使我意识到这一点。

[49] 但是另一方面,拉兹说,“对评价性概念的澄清在评价性的争议中具备重要角色”(supra note [34], p. 70)。这意味着他认为理论争议中包括一个概念性的部分,也就是关于我们价值概念的澄清,而这些澄清的概念是被我们所共享的。限于篇幅我无法完全展开对于这一点的批评,但是德沃金至少给出了一定的回应,如果法律概念是价值概念,且有可以共享的部分的话,这意味着至少有一部分概念是没有争议的。但是理论争议的存在恰好说明了这些概念依然是存在争议的。我们不能说一种概念定义因为更精细,主张自己更本质,就优于另一种概念定义。正如我们无法说礼仪概念的本质在于繁杂的仪式。在今天礼仪的本质可能并非像往日那样的繁杂仪式,而是尊重的表现形式。礼仪这个概念同样也是一个争议性的概念(supra note [1], pp. 48-49)。

拉兹可能还会基于其权威理论给出一整套完整回应,并试图说明这些概念是社会建构的概念(感谢沈宏彬博士的评议使我注意到这个可能性),来驳倒德沃金的看法。但是回应拉兹的可能批评,将直接联系到批评拉兹的实践哲学和元规范性理论,可能的方向至少是需要说明德沃金主义者或者支持我文中主张的理论争议存在的理论家们(如表达主义者)的元伦理学可能优于拉兹的实践哲学理论,这已经超越了本文的目标,需要另文详细处理,故此无法展开。

(包括共识),但是依然会主张法律内容是什么。而法律内容的普遍表现形式即为“你应当/必须做 X”<sup>[50]</sup>。如此一来,法官们在真诚进行的理论争议是如下的形式:

A:“X 应当按照 A 行动,这才是法律。”

B:“不对,X 应当按照 B 行动,这才是法律。”

其中,A 和 B 法官争议的法律内容,本质上是一个关于“应当如何行动”的争议。通过呈现理论争议的结构,我们会发现,理论争议的核心是规范性争议(normative disagreements)。这才是实证主义无法给出说明的根本原因,因为所有的实证主义者都会同意,社会事实决定法律内容(即使如拉兹将共同标准视为抽象建构,也会同意是这些事实决定法律内容)。而恰恰是由于理论争议本身的性质是一个规范性争议,而非事实争议,社会事实命题才无法说明这种争议。

我将用一组例子来说明这一点。假设联合国的某次会议,A 国主张现在全球变暖问题非常严重,A 国采取减碳政策。B 国可能主张全球变暖问题并没有严重到那个程度。这时,假设 A 国说服了 B 国,B 国同意 A 国对事实的认定即全球变暖非常严重。这种争议的结果是否会导致 B 国的政策发生变化,倾斜为 A 国的减碳政策呢? 不一定。原因在于,关于全球变暖问题是否存在的争议,是一个关于事实(facts)的争议。但是关于事实的一个常识是,当我们知道再多的事实,我们也不一定会行动。比如说,我具备再多关于枪械的知识,只要我没有杀人的动机,我也不会去杀人。B 国可能因为经济因素的考虑不采取减碳政策。事实争议与行动并非直接关联。

但是规范性争论并非如此,因为其直接关联到我们具体的行动。就如同在“山东辱母案”中不停出现的关于正当防卫的争议,法官们的争议不仅仅是为了要澄清正当防卫的概念,而是要试图论证,何种正当防卫和我们将来的行动所受的评价有关。换句话说,法官们进行的理论争议能够影响到人们将来的行动。这也是为什么在相关疑难案件发生时,我们也会在社交网络上发表自己对于案件的看法,并且和他人展开激烈的争议。这并不是因为我们有知识上的旨趣,而是因为我们直接将案件的判决结果和自己未来的规范生活联系在一起。我们会思考,如果我处在和“山东辱母案”中的于欢同样的情况下,我做相同的事情会受到怎样的评价,会得到怎样的规范性后果。理论争议的有趣之处正是因为其本质上是一个规范性争议,而不是事实争议,它和我们的行动直接相关。

或有论者主张,理论争议和行动直接相关是因为法律都具备制裁,而非理

[50] *Supra* note [2], p. 57.

论争议本身是一个规范性争议。从而人们由于担心制裁对自己的行动产生影响,理论争议才会和行动直接关联。这个看法可能有部分道理,因为正如同边沁和奥斯丁所提示我们的,改变一个人的行动的最佳方式就是改变这个人的动机。<sup>[51]</sup> 但是当我们谈及理论争议时,案件不一定同制裁相关,原因很简单,在民事案件中也充满了理论争议。比如说德沃金提到的 snail darter 案<sup>[52]</sup>;另一方面,我们也可以想象一国法律中即使不存在制裁,人们依然也会用“你应当”等陈述来说明法律内容,由此来确定我们应该如何行动。这正是哈特告诉我们的,“被迫做某事”的陈述不等于“有义务做某事”的陈述。<sup>[53]</sup> 最后,如果理论争议之所以和行动直接关联是因为制裁,那么理论争议中法官们的陈述将会变化为如下的形式:

A:“X 要按照 A 行动,否则 X 受惩罚。”

B:“不,X 要按照 B 行动,否则 X 受惩罚。”

但是在实践中,法官们并不会采取如上的形式进行理论争议,他们并不关心惩罚,他们关心的是系争案件中当事人的权利义务,关心的是 X 要怎么做。因此,理论争议也就并不会因为强制从而和行动直接关联,而是因其作为规范性争议本身和行动直接关联。

现在我们可以确定理论争议是规范性争议。既然其为规范性争议,我们就可以知道,由于理论争议本质上是法律内容的争议,那么法律内容就是规范性的。这意味着只要理论争议存在,各方主张的法律内容就并不是对“法律是什么”的汇报,而是对“法律是什么”的规范性主张。一个可能的批评是,这种对规范性主张的说明,看似混淆了“法律是什么”与“法律应当是什么”。<sup>[54]</sup> 但是这组区分只有站在法实证主义的立场上才有意义,因为只有我们首先能确定法律是什么,我们才能知道哪些部分是关于法律应当是什么。也就是说,我们首先要确定法律是 A,我们才能知道主张“法律应该是 A+1”其实是在主张法律应当是什么。但是,理论争议现象的存在,恰恰说明了我们没有办法从一开始就确定法律是什么,法官们同意所有的社会事实但依然在真诚地争论法律是什么。举例来说,他们同意这一事实即“法官们都同意法律是 A”,但是他们依然在各自主张“法律是 A+1”。也就是说,他们在主张不同的“法律是什么”的命题,即使他们同意所有的实证主义者给出的事实条件。如果理论争议现象如我们所辩护的那样,无法被实证主义解释,理论争议现象本身就说明了,“法律是

[51] 感谢翟小波教授在一次谈话中提示我这一点。

[52] *Supra* note [2], pp. 20-23.

[53] *Id.*, pp. 82-85.

[54] 感谢叶成博士的批评使我意识到这一点,感谢张峰铭的批评迫使我澄清理论争议是一个规范性争议。

什么”的问题并不是像实证主义所认同的那样确定。那么,我们就能够暂时离开这组区分,直接关心法律是什么。而正如前述的论证所示,关心的实质是法律内容究竟是什么,而这是一个规范性问题。

那么,在理论争议的各方看来,他们各自提出的法律内容的什么特质(feature)使得他们必须加入理论争议呢?换句话说,为什么会有理论争议现象存在呢?看似德沃金并没有给出一个明确的答案,但他在此处可能给出的回答是因为法律内容是诠释性的,其关切的是制裁的正当化<sup>[55]</sup>。我并不认同这个答案。原因在之前已经简要提到,除却制裁的力量之外,我们依然有可能进行理论争议。我将在下一部分集中论证,人们加入理论争议的原因是规范性争议本身和“我们要如何做”息息相关。

一方面,德沃金对理论争议的说明可能与其对真(truth)的追求产生内在的紧张。至少有理由认为,德沃金对真的追求在一定程度上与其对法律内容的诠释说明(interpretations)相冲突。原因非常简单,德沃金并不认同在一阶的规范性领域之外存在一个独立的领域来决定何为道德真理,他主张所有的道德真理都只能从一阶的论辩中得出。但是另一方面,他又反对真理紧缩论(deflationary theory of truth),且主张客观真。真理紧缩论是指试图将所有“X是真的”这样的陈述还原为“X”的意思,而德沃金认为这是对真的弱化<sup>[56]</sup>。那么自然,这种他所主张的客观真一定与他所主张的主观的诠释得出的真之间存在潜在冲突——我们如何能确定人们主观所得出的成功诠释就是真,如果我们不弱化“真”的意思的话?

对德沃金理论的详细的批评还有赖于对诠释法理论的详细检讨,但上述的质疑至少让我们可以初步考虑其他理论的正当性。我在接下来的篇幅中,会首先提供一种全新的思路来说明为何我们会有理论争议存在,并提出不同于诠释理论的对理论争议的解释方案。这里的困难之处在于,我们需要回头反省在理论争议的各个争议方所主张的判断的性质,才能明白为什么理论争议现象是存在的。因此,我需要进一步精致化理论争议的说明,从而揭示出法实证主义遇到困难的核心——其无法解释法律判断的实践性。下一部分我将借助元伦理学(meta-ethics)的资源试图揭示这一性质。

## (二) 法律判断的实践性

如果我们接受上述对理论争议的澄清,我们就可以解释一个重要的问题:

[55] *Supra* note [1], p. 93.

[56] Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011, p. 173. 我们如何能够通过主观的诠释判断客观的价值正确呢?更仔细的检讨是非常必要的,限于篇幅只能另文讨论。

为什么会有理论争议这一现象。显然,根据上述的论证,理论争议的核心是规范性争议。那么我们自然可以说明,理论争议就表现为,个人之间(至少是法官之间)会有不同的规范性法律判断(normative legal judgements)——他们对法律内容的判断有所不同。那么,“为什么会有理论争议这一现象”这个问题就被化约为:为什么我们会争议法律判断呢?

简单地回答各自的法律判断不同(different)是不够的,一组区分会有助于我们理解这个问题。显然,我判断麦当劳是最好的快餐,你判断汉堡王是最好的快餐,即使我俩的判断不同,也并不能给我们严肃争议的空间。原因在于,关于食物的喜好这件事的判断是关于偏好(preference)或者口味(taste)的判断。如果你我都不是偏执狂,我们不会严肃认真地争论我们之间口味的差异孰优孰劣。但是法律判断并非这种关于口味的判断,法律判断关乎我们的权利义务配置,关乎法官会如何裁判。我们需要说明的是,法律判断的什么性质导致了我们会进行理论争议。

显而易见的答案有两种:第一,法律判断是报告在这个世界上存在的事实,其成功与否只影响对这个事实的报告是否准确;第二,法律判断是在表达我们该如何行动,是一个欲求改变世界的判断,其必然和我们的动机相关联。我主张,第二种答案是正确的。我将说明,法律判断与我们去按法律判断要求行动的动机存在必然联系。这意味着,我们的法律判断将和动机存在一种必然性的联系,只要争议方做出了法律判断,争议方一定会有按法律判断要求去行动的动机。只有法律判断具备了这个给出动机的性质,我们才能合理地解释理论争议为何会作为一种规范性争议和行动直接相关。

我们可以排除第一种答案。第一种答案会导致理论争议失去火力,或者预设奇怪实体。如果我们的法律判断在报告不同的关于法律的事实,这种做法无法说明为何存在理论争议,或者遇到巨大困难。让我们分别来看第一种答案的两种可能:其一,如果法律判断是描述有待发现的经验事实(empirical facts),那么人们的争议只可能是关于事实的经验争议。谁正确描述了法律是什么事实,争议就结束了。按照这种理解,我们的社会中就不可能存在针对法律内容本身的理论争议——因为只需要找到经验事实,争论自然结束。但是情况并非如此,显然理论争议这一现象所说明的是,人们同意所有的经验事实,但是依然在争议法律是什么。其二,如果我们将法律视为某种自成一体的、独立于自然事实的实体(sui generis),我们似乎可以保存理论争议的现象。因为毕竟在这种情况下我们依然可以在同意经验事实的前提下讨论法律这个独立于经验事

实的实体是什么。但是,在自然主义强大的说明力下<sup>[57]</sup>,如果我们不想承担巨大的形而上学和认识论的论证风险,恐怕我们还是不能将法律视为这种怪异实体<sup>[58]</sup>。毕竟,按照这种看法,法律这种怪异实体究竟是什么、如何可能、怎么被认知似乎都一下子成了问题。<sup>[59]</sup>更何况,这种看法明显和我们的直觉不符,我们可以认知到法律,我们也在论辩法律是什么。

因此,法律判断不太可能是关于事实的判断。但是回答并不能自然的转化为如果法律判断不是有关于事实的,其必然与我们的动机有关。我还需要提供为何法律判断一定是给出动机的说明。一个简单的回应是诉诸道德理论规范性判断的例子。由于规范性判断具备的一般性质要求与动机相关联,我们可以类推出法律判断也一定与动机相关。例如,当你我在一个论辩中达成结论,说我们应当给山竹台风受灾地区做力所能及的捐款,比如说 20 元人民币。我们都真诚地接受了这个结论。这时,有一名救济会的志愿者上门宣传并建议我们捐款,我说:“没错,我应该给受灾地区捐款 20 元,我也同意这是我的道德判断,我手头也有 20 元余钱,但是我不捐,或者你可以说我没有动机做这件事。”<sup>[60]</sup>你会觉得我是一个非常奇怪或者精神分裂的人:我的上述陈述就是在说,排除能力范围内的考虑,我真诚判断我应该捐款,但是我又没有动机做这件事。这就好像在说,我真诚地想吃一个苹果,但是我没有吃苹果的动机,这是自我矛盾。那么,显然当我们在判断“应当如何做”的时候,这个判断必然和我们的动机有关联。显然,法律判断是关于“应当如何做”的判断,而这个“应当如何做”会影响到每一个行动者的权利和义务,自然会和我们的动机有关。

当然,虽然我已经强调关于“应该如何做”的判断均必然与动机相关,但是从例子中论者可能反驳说这只是道德判断的性质,而非法律判断。首先,我们都不能否认内在参与者的法律判断的内容往往呈现出“你应当做 X,这是法律”。人们会使用“应当”“必须”等词汇来表达他们的法律判断。而这就必然和“应当如何做”相关联。其次,我将提出另一个从理论争议的现象出发的论证。如果法律判断不能为我们给出动机,理论争议的性质将会发生根本性的改变。

我现在区分两种争议可能发生的情景来说明这一点:第一种是法庭争议,

---

[57] Allan Gibbard, *Wise Choices, Apt Feelings: A Theory of Normative Judgment*, Clarendon, 1990, pp. 23-24; Allan Gibbard, *Thinking How to Live*, Harvard University Press, 2003, Chapter 1. 帕菲特即使是反对表达主义的看法,支持非自然主义的理由论,也试图在自然主义世界观的框架下说明,存在一些不可还原,但是在形而上学层面上没有承诺的规范性真理(normative truth)。我不是要在这里展开对非自然主义的批评,我只是想说明,非自然主义中最为成功的思想家都无法忽略自然主义世界观的重要性。See Derek Parfit, *On What Matters*, Oxford University Press, 2011, vol. ii, p. 486.

[58] John Mackie, *Ethics: Inventing Right and Wrong*, Penguin Books, 1990, pp. 38-42.

[59] Gibbard, *Thinking How to Live*, *supra* note [57], pp. 8-9.

[60] 这个例子借鉴了 Michael Smith, *The Moral Problem*, Wiley-Blackwell, 1994, p. 6.

第二种是模拟法庭争议。在实际的法庭上,我们真诚地争论法律是什么,关乎的是我们自己和他人的权利配置,关乎法官如何裁判。但是在模拟法庭争议中,我们争论法律是什么,是将法律当作外在于我们的知识,我们要通过展现这些知识的完备性来使得我们的队伍胜出。这两种争论的性质在对待法律判断上是完全不同的,一个是将法律视为我们行动的部分,另一个则将法律视为与我们行动无关的事情。前者将法律与我们的动机相关联,后者则并无此种关联。<sup>[61]</sup>

因此,如果法律判断不能给我们动机,我们完全没必要参加理论争议,因为此时关于法律的争论就类似于争论冥王星是不是行星的争论。知道了冥王星不是行星也不会对我们的生活产生任何变化(除了一些奇思妙想的占星学),其拓宽的是自然科学的边界,但是并不是我们的规范性实践的边界。法律争论不是自然科学的理论研究,而是和我们的规范性实践、我们的权利义务息息相关。正如我们看到的,理论争议发生在法庭里,发生在社交网络中,我们总有机会遇到各方在各自作出法律判断,并因此发生真正的争议。原因在于,法律判断关乎我们的行动,关乎我们该怎么做,而不只是抽象的,与我们“该做什么”(what to do)无关的法律知识。

有论者指出,法庭中的论辩各方的法律判断并不一定蕴含按照其法律主张或者辩护词行动的动机,而可能只是某种出于诉讼立场的不同给出的不同法律判断罢了。<sup>[62]</sup>我承认这种看法与我们对法庭中一些案件的直觉相互契合,即律师扮演的角色只是专业角色,陈述何为对当事人最有利的法律主张,如此一来似乎律师的主张和律师的行动之间并没有什么动机上的关联。

但是这个反驳可能忽略了两个问题:首先,律师扮演的角色是当事人的代理人,我们也可以将其判断理解为是当事人法律主张的延伸。因此,重要的不是律师的法律判断与律师的动机,而是当事双方的判断与其动机。如此一来,即使律师不存在与主张之间的关联,至少当事人做出的法律判断的确与其动机相关。其次,即使我们不承认律师和当事人之间的透明性,至少我们可以区分真诚法律判断或不真诚的法律判断<sup>[63]</sup>来回应“律师为了胜出的法律主张与其动机无关”这个批评。正如一些论者所考虑的,如果我们如德沃金和哈特那样,承认内在参与者与外在观察者的区分,一旦谈论到不真诚的法律判断,作出不真诚判断的也并非法律的参与者,而是更类似于社会学家的立场,其对于法

---

[61] 这里的模拟法庭是一个具体的概念,就是指模拟法庭竞赛,而不包括人们日常的法律论辩实践。我会承认日常生活中关于山东辱母案何为正当防卫的争议是真正的理论争议。

[62] 感谢编委会的评论使我澄清这一点。

[63] Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, *supra* note [5], Chapter 5; Kevin Toh, “Raz on Detachment, Acceptance and Describability”, *Oxford Journals of Legal Studies*, vol. 27, no. 3, pp. 403-427.

律判断是对事实的汇报,而不是规范性主张。正如无政府主义的法官在主张案件适用的法律是什么时,他们并非在真诚主张与自己动机相关的法律判断,而只是对一国现存被广泛接受的法令、规定等的汇报。其所考虑的是规则/案例之前被采纳的结果以及相应的法律后果——如惩罚,而不是在做真诚的内在判断:“你应当/必须如此做”。虽然他们也在使用和真诚的法律判断相同的表述,但是规范性含义则完全不同,一种是真诚的规范性判断,而另一种则只是不真诚的判断——其本质是对事实的汇报。而正如前述,理论争议是规范性争议。因此,无政府主义的法官也就并非在参与理论争议。我们当然可以在表面的意义上说,他/她确在做所谓的法律判断,但是这种法律判断并不是真诚的规范性判断,因此也就无法被当作理论争议的样本。

这个例子告诉我们,处于内在参与者立场的真诚法律判断方能有参与理论争议的资格。按照相同的逻辑,基于诉讼双方立场不同所导致的律师的法律判断与其动机无关的情形,我们至少可以将其解释为律师只是将法律判断视为法律后果的奖惩,而非在做真诚的规范性判断——他们并不关心当事人以及他们的权利义务会因为他们的法律主张而变化,因此他们的判断只是对事实的汇报,也自然与他们的动机无关。因此,只有真诚的法律判断方能与动机同时出现,且具备参与理论争议的资格。

因此,如果理论争议如我们前述论证所说的那样作为规范性争议的确存在,法律判断只有可能是——我将谨慎地说——与我们动机相关联的判断。这意味着,当我们真诚地判断法律是什么,我们有动机做出和我们自己的法律判断一致的行动。我将这个特点称为法律判断的实践性。从而,理论争议的存在说明了法律判断的实践性——人们真诚地争议是因为每个人的法律判断都与其行动的动机相关联,而法律判断的实践性又反过来说明了为何会存在理论争议——正因为法律判断与动机相关,我们才会进行理论争议,否则我们进行的只是与我们动机无关的事实争议罢了。

经过了漫长的论证,我们终于可以得出结论:实证主义的核心主张是将法律内容还原为社会事实。这种做法不能解释理论争议这一现象,而原因就在于,这种做法无法解释我们法律判断的实践性——当我们作出法律判断时,我们有动机去做与法律判断一致的行动。社会事实只是外在于我们的事实,不可能为我们的行动给出任何动机,也就无法说明理论争议作为规范性争议的性质。而这就是为什么实证主义一定无法解释理论争议的原因。

而另一方面,一旦我们承认法律判断的实践性,一个全新的有待说明的部分就呈现在我们面前:我们需要解释所判断的法律的内容如何能够给出动机。那么显然,法律内容作为事实这类说明一定会失败,只有将法律内容与我们法律判断联系在一起时,我们才有可能说明法律内容如何能够为我们给出动

机。我在这篇文章能够做出的努力最多只是呈现出这种实践性,但是要如何解释这种实践性恐怕需要另文仔细处理。但是稍加提示的理论方向则是可能的,至少元伦理学中的表达主义能够为我们提供一个好的开始,虽然我们还需要继续做大量的工作。下面,我将试图采用表达主义法理论来解释理论争议,来说明这种方向至少能成功解释法律判断的实践性。

#### 四、解释理论争议

近来一部分表达主义者将他们的元伦理学理论应用在法理论中,能够说明理论争议这一现象。下面我将首先简要介绍元伦理学领域以及表达主义的看法,然后说明一种表达主义的法理论将如何成功解释理论争议。毕竟,促进表达主义者的一个重要的理论动机,就是解释规范判断的实践性——规范判断与动机相一致的性质。<sup>[64]</sup>

##### (一) 表达主义与元伦理学<sup>[65]</sup>

概括地说,元伦理学是关于(about)规范伦理学的理论。规范伦理学关心的是“我们应该怎么行动”这样的问题。但是元伦理学关心的不是“我们应该怎么行动”,而是有关于“我们应该怎么行动”的问题。元伦理学关心的是当我们说“我们应该如此这般行动”时,我们用的“应该”是什么意思,这句话预设了什么前提,是否存在一个客观的标准能够衡量我们应该如何行动,等等问题。<sup>[66]</sup>比如说,我认为因纽特人杀害女婴的实践是道德错误的实践,而你可能会认为因纽特人杀害女婴不是道德错误,而是因为他们环境恶劣,无法供养那么多婴儿,而男性外出打猎因此死亡率很高,不需要那么多配偶。<sup>[67]</sup>进一步假设,我们发生了激烈的争论,我说因为任何时候,任何地点杀人的行动都是严重的道德错误。而你说,不同的文化传统有不同的道德,我们不能贸然地评价不同文化传统中行为的道德对错。那么现在,我们的分歧就是有关于元伦理学的。我们不是在关心“杀婴是不是道德错”,我们在关心的是,是不是不同的文化会导

[64] Allan Gibbard, Stephen Darwall & Peter Railton, “Toward Fin de Siecle Ethics: Some Trends”, Allan Gibbard, Stephen Darwall & Peter Railton (ed.), *Moral Discourse and Practice: Some Philosophical Approaches*, Oxford University Press, 1996, pp. 3-5; *supra* note [60], Chapter 1 & 2.

[65] 感谢张峰铭指出这里使用元规范性理论更为恰当。他说明元伦理学似乎只是伦理学的上位理论。不过我在这里使用元伦理学并不承诺只针对伦理学理论,而是采用更宽松的术语表达,这是为了能够与学界的一般用语相一致,也为了能在元规范性理论的一般脉络中更好地展示表达主义理论。

[66] Mark van Roojen, *Metaethics: A Contemporary Introduction*, Routledge, 2015. pp. 1-4; Alexander Miller, *Contemporary Metaethics: An Introduction* (2nd edition), Polity, 2013. pp. 1-3.

[67] 我从程炼的《伦理学导论》中借来这个例子。参见程炼:《伦理学导论》,北京大学出版社2008年版,第53页。

致不同的道德标准,从而我们会进一步关心,道德是不是相对的。规范伦理学和元伦理学属于不同的领域<sup>[68]</sup>,关心不同的问题。元伦理学关心规范伦理学的前提问题、语义学问题等。元伦理学澄清我们思想的混乱和误区。简而言之,规范伦理学是一阶理论,而元伦理学是二阶理论。

元伦理学关心诸多问题<sup>[69]</sup>,我将采取一种较好理解的表述,即道德判断在表达什么心理状态(what sort of psychological state does the moral judgement express)<sup>[70]</sup>? 我们的道德判断是什么性质? 至少我们会有两种回答。第一种回答是道德判断在表达认知的心理状态。认知的心理状态是指,我们在汇报这个世界是怎么样的,这个世界的实在会给我们的判断以真假值。如果道德判断在表达的是一种认知主义的心灵状态(mental state),道德判断在表达的就是信念(belief),主张这一看法的人们就被称为认知主义者。这意味着我们可以用世界的实体来检测道德判断的真假,也就是我们拥有的信念的真假。我们会说你的信念——“北京一年下 365 天雨”是错的,因为和事实不符合。因此,道德判断表达信念意味着道德判断依赖于真假(truth-apt)。因此,信念的真假以报告(report)这个世界的准确与否来判断。

而相对的,第二种回答就是主张道德判断在表达的是一种非认知主义的心灵状态(conative or non-cognitive mental state)。这意味着道德判断表达的是人们的情感或者欲望的倾向(disposition)。由于情感或者欲望这类非认知主义的心理状态,并不是在报告这个世界是怎么样的,因此就没有依赖于真假的特点。这些状态是对世界的反应,以及(粗糙地说)想要改变世界的动机。因此,态度是无法存在真假值的。你无法说我对于邻居在未经我许可的情况下盗用我的 Wi-Fi 的愤怒是假的,除非在比喻的意义上使用愤怒。我的愤怒并不是在报告这个世界上存在我的愤怒,而是想要改变这个世界——譬如说敲开他的门臭骂他一顿,或者给我的 Wi-Fi 换密码。因此,非认知主义者的道德判断,并非是报告这个世界是怎么样的,而是表达一种意图改变世界的特殊的心理状态。

[68] 这个主张受到德沃金的挑战。我将另文处理这个问题。这里我们暂且接受共识性的前提。

[69] 包括道德的形而上学(metaphysics),道德的认识论(epistemology),道德语义学(semantics),道德心理学(psychology)等。See Alexander Miller, *Contemporary Metaethics: An Introduction*, *supra* note [66], p. 2. 因此,元伦理学家对于核心问题的界定的表述都存在一定程度的差异,如 Mark Schroeder 界定为对“道德问题是有关于什么的”(the presupposition of what are moral questions about)这一问题的前提追问。See Mark Schroeder, *Noncognitivism in Ethics*, Routledge, 2010. pp. 4-9. 或者如 Mark van Roojen 界定的,伦理学的主体是什么(what are subject matters of ethics)。See Mark van Roojen, *Metaethics: A Contemporary Introduction*, *supra* note [66], pp. 3-4.

[70] Alexander Miller, *Contemporary Metaethics: An Introduction*, *supra* note [66], p. 3.

在 Ayer 的情感主义之后,经过 Stevenson、Hare 的努力,非认知主义一直在不断发展。不过,他们共享一个重要的核心:道德判断本身能够提供动机。在他们看来,报告本身不能提供改变的动机,而态度和欲望这些非认知的心理状态则可以。Allan Gibbard 作为非认知主义的集大成者,提出了规范表达主义(norm-expressivism)的看法,并将所有非认知主义统称为“表达主义者”(Expressivism),这使得表达主义者和认知主义者在元伦理学的领域内产生激烈的争辩。下面,我将说明表达主义的基本特征。我在这里并不是要主张表达主义是一种较优的元伦理学立场,我只是试图说明这种立场的特点。而由于这种立场是在元伦理学中中和认知主义势均力敌的主张,我们至少可以暂时地依赖表达主义的看法。下面我将简单说明表达主义的基本特征,并试图适用表达主义理论来说明法律理论。

首先,表达主义者认为,道德判断并非是在报告(report)这个世界上已经存在的东西,而是在表达(express)一种特殊的心理状态。<sup>[71]</sup>因此,他们的道德句子或道德陈述也并不是在报告(non-representational)或描述(describe)这个世界上存在的实体,而是直接表达(express)他们的某种非认知的心理状态。<sup>[72]</sup>因此,对于表达主义者而言,不存在本体论上的道德实体,其要点在于,表达的心理状态是非认知心理状态。这就和我们前文对规范判断的分析联系在了一起,在表达主义者看来,规范判断就是表达,而非报告。而这也与我们前述对法律判断的分析相吻合——其并非对事实的报告。

其次,道德判断和我们行动的道德动机或理由存在着必然的联系(noncontingent connection)。在一部分认知主义者看来,道德判断是报告事实,在他们看来,我认为一件事好不代表我有理由做这件事,因此可以与我们的动机无关。但是对于所有的表达主义者而言,道德判断就是在表达个人的动机、欲望或者理由,因此道德判断和我们的行动是关联起来的。我判断一件事是道德上正确的,如果我是一个表达主义者,这意味着我有动机去做这件事。如果是这样,这就意味着当我做出道德判断时,我也同时说明了我有动机去做这个道德判断中我所赞同(pro-attitude)的事情。这也就是表达主义者有可能说明法律判断实践性的地方。

最后,表达主义者不会认同非自然性质(non-natural property)的存在。表达主义者认为我们的道德判断和我们看待这个世界的方式应当是一样的<sup>[73]</sup>,

---

[71] Mark van Roojen, *Metaethics: A Contemporary Introduction*, *supra* note [66], p. 142; Kevin Toh, “Hart’s Expressivism and His Benthamite Project”, *Legal Theory*, vol. 11, no. 2, 2005, p. 80.

[72] Mark van Roojen, *Metaethics: A Contemporary Introduction*, *supra* note [66], pp. 142-146.

[73] Toh, “Hart’s Expressivism and His Benthamite Project”, *supra* note [71], p. 80.

即不存在高于这个自然世界的实体或者性质。原因在这一点中。表达主义者认为我们的陈述并非是在报告非自然世界中的东西,我们的道德陈述并未指涉任何存在。因此,我们的道德判断就不是对非自然性质的报告。<sup>[74]</sup>

限于字数我无法展开对表达主义的批评和辩护,但是有一点是非常明确的,至少所有的表达主义者都同意,规范判断的内容不是事实,对事实的描述是无法给出行动的动机的。而表达主义理论的核心,就是解释规范判断自然而然的“认同”的性质。<sup>[75]</sup>而显然,由于法律判断同样具备“应当”“必须”等等语词,因此,在法理论的背景下,表达主义理论的核心就在于如何解释内在参与者的法律陈述。

## (二) 理论争议与法律判断的实践性

现阶段表达主义者将理论应用于法理学中,最主要的成就是对于哈特理论的表达主义重构。<sup>[76]</sup>我将不具体处理文本分析<sup>[77]</sup>,而将其主要的主张呈现如下以供反省:

一个人在做一个内在法律陈述,当且仅当:

1. 他表达他对于规则 R 的接受
2. 预设了规则 R 被他所在社群中的人们普遍地接受并遵循<sup>[78]</sup>

而接受在这里是个态度,这相当于表达者在直接地表达不同的对规则的接受——这意味着他们在直接讨论法律内容,而不是将法律内容化约为实践。因为表达主义对内在陈述解释是:一个人在做一个法律陈述时,他表达了他对于规则 R 的接受,且他预设了规则 R 被他所在社群中的人们普遍地接受并遵循。前者是对于法律内容的直接表达,后者是一个对群体性实践的预设。他只是预设了存在这样的具体实践,而不是在使用这个实践来解释法律的内容。

如果按照表达主义者对于法律判断的构造,我们会发现表达主义可以轻松解释理论争议现象,从而回避掉实证主义所遇到的问题。通常的理论争议形态是这样:

法官 A: R1 是承认规则(法律)。

法官 B: 不, R2 才是承认规则(法律)。

[74] *Id.*, pp. 78-81. 以上三点的总结我参考了 Toh 对表达主义的总结。

[75] Gibbard, *Wise Choices, Apt Feelings: A Theory of Normative Judgment*, *supra* note [57], pp. 6-7.

[76] Toh, “Hart’s Expressivism and His Benthamite Project”, *supra* note [71].

[77] 文本的详细分析请参见 *Id.*, pp. 81-88. 在此基础上批评实证主义者对哈特的误读请参见拙作,王昱博:《哈特的法律规范性理论可能吗?——对哈特的表达主义重构》,中国政法大学2018年硕士学位论文,第25—37页。

[78] Toh, “Hart’s Expressivism and His Benthamite Project”, *supra* note [71], p. 88.

由于法官 A 和 B 都作出法律判断即承认规则是什么,按照表达主义对法律陈述的看法,法官之间的理论争议实际上可以被分析为如下的形态:

法官 A:我们该接受承认规则 R1!

法官 B:不,我们该接受承认规则 R2!

A、B 法官均预设了一致性的实践存在。

法官 A 和 B 之间的争议由于都是直接关于法律内容的争议,而他们都只是在表达他们各自认同的规范。<sup>[79]</sup>而这些表达并非对历史事实的报告,因此他们只是使用这些规范,试图在规范性讨论中,通过主张规范和维持一致性,来改变对方的立场。<sup>[80]</sup>

历史事实的部分只是预设(第二个条件),法官们的争议并不依赖于被普遍遵循的实践等历史事实得以解释,而是通过不同的表达接受的规范得以解释(第一个条件)。每个法官对一致性实践的预设,并不影响他们做出不同的法律判断。一致性实践由于外在陈述可以被得到一致性的陈述,但是法官们的争议是基于内在陈述,每个法官可能看待实践所基于的规则都是不同的,因此他们完全可以在相同的实践上主张不同的规则,试图改变其他人对规则的看法。

上述论证已经说明,表达主义能解释理论争议的存在。但之所以表达主义能够如此,是因为其能够成功说明法律判断的实践性。按照前文表达与报告的区分,以及前述对表达主义立场的总结,我们可以看出:在表达主义者看来,规范判断(道德判断和法律判断)都并非在报告某种信念或实体,而是在表达某种

---

[79] 感谢编委会的评论使我意识到我需要进一步澄清日常理论争议和表达主义分析下的理论争议。编委会的评论指出,法官们在作出法律判断时,表达接受规范的态度,就在说明他们的动机是“接受规范”的态度。而这种动机可能和哈特所主张的对规范接受的理由是任意的相互冲突,因为相当于确定了动机是什么。这里需要澄清一个误解,我在这里所主张的只是作出法律判断“R1 是承认规则”的人们实际上是在表达对“R1 规范的接受”,而按照法律判断的实践性的分析,这个分析并不关心动机究竟是什么,只是关心法官们判断 R1 是承认规则时,他们在表达对规范 R1 的接受,因此他们有动机“接受规范”。显然,这里动机可以因为各种具体的理由。哈特的理论并不会与表达主义冲突。

另一方面,评论指出,如果认可哈特对接受可以基于任意理由的说明,接受不一定与行动直接关联,且接受同样意味着表达者不一定认为规范是理性的。这个说明可能误解了表达主义的意思。诚然,如我上述所论,“接受规范”与接受的理由是两件事。但是,表达主义者说明的核心并不是“什么是规范”,而是什么是“接受规范”。他们会首先说明判断 X 是理性的就等于表达“接受规范”。进一步,他们通过人们规范判断的进化,解释何为公共性的“接受规范”——我们的语言使得处在不同规范立场的人趋向于同意,从而使得“接受规范”本身是公共的。那么具体什么规范被接受,规范本身是否是理性的都不再重要,重要的是接受规范何以是理性的或者合适的(apt),而表达主义给出了可能说明。See Gibbard, *Wise Choices, Apt Feelings: A Theory of Normative Judgment*, *supra* note [57], pp. 55-80.

[80] Toh, “Hart’s Expressivism and His Benthamite Project”, *supra* note [71], pp. 113-114; Gibbard, *Wise Choices, Apt Feelings: A Theory of Normative Judgment*, *supra* note [57], pp. 73-75.

态度。那么基于态度天然和动机的关联,表达主义对规范判断的解释,都是基于规范判断与动机相关联这一点。<sup>[81]</sup>既然规范判断与动机相关,那么表达主义自然可以解释法律判断的实践性。而能够解释法律判断的实践性,是解释理论争议的必要条件。<sup>[82]</sup>因此,表达主义的优势就在于其能够直接解释法律判断的实践性——法律判断的确能够与我们行动的动机相关,从而说明理论争议。

有人可能会质疑,如果说法官表达的只是态度,那么似乎理论争议就没有什么重要性了。这种看法预设了一个很强的道德实在论观点。态度不只是“呸!”“啊!”这样的情绪性词汇,那些是非常早期的非认知主义者的看法,但后期修正为表达主义后,正如 Gibbard 的努力所呈现的,表达的态度可以非常复杂,比如说“接受规范”这个态度。<sup>[83]</sup>当然我并不是要主张这是唯一的看法,我只是为了证明,表达主义者所谈到的态度,并非是情绪性词汇表达的态度。我们可以使用“对规范的接受”这个复杂态度说明“理性判断”的全部内容,当一个人判断 X 是理性的时候,他自己就在表达他对于有关于理性的规范的接受<sup>[84]</sup>。而这种“规范接受”的态度本身,并不会取消论题本身的重要性。

更进一步的,后续的表达主义与准实在论(Quasi-realism)的结合的资源能够解释,人们日常的一阶法律陈述是如何如其所是的(as it is)<sup>[85]</sup>。法官们可以真诚地说:“承认规则是 R1,不是 R2,你错了。”他们甚至可以主张,法官们可以合理地说:“承认规则 R1 就是普遍的事实。”表达主义者完全赞同我们一阶的法律判断,也不会否认这些法律判断如其所是的样子。表达主义者只是反对试图将这些一阶主张提升到形而上学的二阶层面上。根据表达主义,法官们可以说“承认规则是 R1 这个普遍被接受的规则,是真的”,从而与主张不同承认规则的法官进行有效的真正争议。但另一方面,当我们真的追问这个陈述是否是在说明形而上学中的事实决定法律内容时,我们会说这个陈述实际上在表达法官对 R1 接受的态度,而不是要报告 R1 的性质,从而避免预设形而上学上存在一些奇怪的实体,且能够解释我们的日常法律讨论。

[81] Gibbard, Darwall and Railton, “Toward Fin de Siecle Ethics: Some Trends”, *supra* note [64], pp. 4-5.

[82] 正如德沃金也强调,人们的诠释(此处我们可以将其理解为规范判断)必然和做什么(what to do)有直接关联,因此他的诠释理论才能将理论争议置于他解释的核心。See *supra* note [56], p. 58.

[83] Gibbard, *Wise Choices, Apt Feelings: A Theory of Normative Judgment*, *supra* note [57], pp. 45-48; Gibbard, *Thinking How to Live*, *supra* note [57], pp. 6-7.

[84] Gibbard, *Wise Choices, Apt Feelings: A Theory of Normative Judgment*, *supra* note [57], pp. 7-8.

[85] Simon Blackburn, “Errors and the Phenomenology of Value”, in Simon Blackburn: *Essays in Quasi-Realism*, Oxford University Press, 1993, pp. 155-158.

当然,上述说明的确存在许多有争议的地方,比如说表达主义是否是一个可靠的元伦理学立场。表达主义至少要解决弗雷格—吉奇问题,即按照他们对道德语言的解释我们如何进行道德推理;表达主义还会面对德沃金对所有二阶的元伦理学的批评,以及表达主义如何是一种相较于德沃金诠释理论更有说服力的立场,这些问题都超出了本文的处理范围。但是,本文谦逊的目标,即通过重构理论争议的性质,指出法律的一个重要属性——法律判断的实践性。如果我的论证成功说明了实践性作为待解释对象的性质,并说明理论争议的重要性,那么这篇文章的使命也就完成了。

## 五、结论

本文试图通过分析理论争议现象,说明实证主义者为何不能成功解释理论争议。文章在回应实证主义者“解释掉”以及“解释”理论争议的典型反驳后,将理论争议的性质重构为规范性争议,并就此指出理论争议现象所揭示的另一重要性质——法律判断的实践性。文章试图利用理论争议现象以及法律判断的实践性说明,实证主义者的根本错误即在于忽视且无法说明这一法律判断的重要性质,从而失败。在此基础上,本文试图提出一种新的法理论,即结合元规范性理论的资源,利用表达主义理论做出对法律判断的实践性的说明,以此说明理论争议这一重要现象。

当然,本文提出的表达主义法理论依然处于萌芽的状态中。文章只是提供一个初步性的尝试,试图说明至少存在能够使得表达主义法理论进入到我们视野中的空间。对表达主义进一步详尽的论证,有赖于后续文章的努力。但是不论如何,如果实践性是一个如本文所揭示的法律判断的重要属性,理论争议的重要性就能够被重新凸显出来。从反驳实证主义对理论争议的批评,以及对理论争议作为规范性争议的性质说明上,我们能够得出,一个成功的法理论至少需要说明理论争议。如果上述对实践性和理论争议的重构大体没错的话,文章能够说明法实证主义必然是一个失败的理论。而表达主义法理论至少是一种新的理论可能。虽然,表达主义法理论依然面对德沃金理论的挑战,详细的讨论何者更优,限于篇幅只能另文处理。但至少,我们能够明确法律判断的实践性这一被忽视的重要性质。法理学的新理论,必然需要对这一性质给出说明。

(审稿编辑 谢可晟)

(校对编辑 包康赞)