

法律正义论

——德沃金法伦理思想研究

傅鹤鸣 著

商 务 印 书 馆

2009年·北京

图书在版编目(CIP)数据

法律正义论:德沃金法伦理思想研究/傅鹤鸣著.—
北京:商务印书馆,2009
ISBN 978-7-100-06668-6

I.法… II.傅… III.德沃金—法律—思想评论
IV.D909.712

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 078880 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

本书得到深圳大学学术著作出版基金资助

FĀLǚ ZHÈNGYÌ LÙN

法律正义论

——德沃金法伦理思想研究

傅鹤鸣 著

商务印书馆出版

(北京王府井大街 36 号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-06668-6

20 年 月北京第 次印刷 印张
定价： 元

目 录

前言	1
导论	4
第一章 法律正义论之演化	14
一、法律正义论历时性检视	14
二、法律正义论之复兴	24
三、走进德沃金	31
第二章 法律正义论之基地——权利观	38
第一节 德沃金对哈特法律实证主义的批判	39
一、规则—原则—政策模式	41
二、自由裁量权	44
第二节 德沃金对自由主义权利观的辩护	48
一、法律之道	48
二、疑难案件与原则立论法	52
三、认真对待权利	61
四、虚幻的社会权利	79
第三章 法律正义论之诠释——整体观	90
第一节 重提法律正义论	91
一、什么是法律	91
二、阐释性的概念	103
三、法理学问题	114

第二节 法律正义论之诠释——解构与建构	122
一、因袭主义	123
二、实用主义	126
三、“社会人格化”和整体性	129
四、作为整体的法律	135
第四章 法律正义论之核心——平等观	146
第一节 关于平等的一般理论	147
一、平等的问题	147
二、德沃金的抽象平等概念	153
三、自由主义式的平等	157
第二节 分配平等观	173
一、对福利平等观的否定	173
二、资源平等观	183
第三节 资源平等与公民的良善生活	193
一、政府中立原则	194
二、良善生活论	203
第五章 法律正义论之典范——宪法观	212
第一节 美国宪法的道德解读	212
一、美国宪政的基础	212
二、对美国宪法之误读	217
三、美国宪法的道德解读	230
四、道德解读与民主制度	238
第二节 罗伊判例——一个正范例的展示	250
一、罗伊判例之始末	251
二、罗伊判例的“危机”	253
三、何为州政府的合法利益	258

四、堕胎问题的本质	261
第六章 德沃金之后	265
第一节 林立、波斯纳对德沃金法伦理思想的回应和挑战	265
一、林立对德沃金“封闭完美的法律体系”之批判	265
二、波斯纳对德沃金“道德法律理论”的抨击	273
第二节 德沃金法伦理学思想之定位	280
一、新自由主义法伦理学	281
二、后现代思潮下的现代主义	286
三、新自然法学派	293
参考文献	300

前 言

任何思想旅行都不会有终点，所以，一切结论都是暂时的，本书亦概莫能外。

德沃金立足于美国现实之维，本着自由主义的传统来建构其法律正义论理论。他从权利论出发，批判并超越了实证主义法学，将法律奠基于道德原则之上，认为法律命题中不可避免地存在着道德的尺度。法律不是实体，而是实践之流，是一“其命维新”的无止境的运动过程，对此过程，唯有建设性阐释的整体性法律观才能合法地予以诠释。他进而认为，不管是出于个人权利捍卫的需要，还是法律正义论诠释的需要，其最终必须落实到自由主义式的平等观上。该种平等观倚赖于伦理个人主义的两个基本原则，这两个原则是：(1)重要性平等原则；(2)具体责任原则。为确保两原则的践行，政府必须实行其倡导的资源平等理论，这是政治道德的核心所在，也是法律正义论的最终逻辑结局，事实上还是公民个人良善生活何以可能之所在。为充分说明其理论建构的正当性，德沃金以美国宪法作为蓝本，并结合“罗伊判例”这一经典范例予以“现身说法”。可以这样说，德沃金的法伦理思想是另一种版本的罗尔斯式的“正义论”。难怪英美学界，包括德沃金自己也承认他与罗尔斯属于同路人。

本书分析了德沃金法律正义论理论各部分的实质性主张以及

内在逻辑关联,努力做到有理有据地辨明其各种具体观点的优劣,并谈了自己的理解和看法,偶尔还发表些许异议。

对德沃金本人而言,如何在法律正义论理论中建构法律和道德领域中的客观性问题依然是个理论难点。为此,他借助于罗尔斯的“反思平衡法”而提出了“建构模式”真理观,认为依此法可以获得道德和法律理论中争议问题的“唯一正确之解”。

正如林立先生认为的那样,德沃金的法律正义论理论具有相当程度的保守成分,他视美国宪政体制为法律正义理论的典范与蓝本,这显然属于意识形态浓郁的西方文化中心主义的表征,体现了西方文化的傲慢与自负,笔者实难赞同。

尤其要注意的是,德沃金所建立的“法律帝国”事实上隐含了这样一个前提,那就是人们在价值问题上能取得一种自由主义式的共识。惟其如此,人们才能一以贯之地在过去的政治决定和现在的强制力之间确立合理的关系,为国家强制力的行使提供正当理由。然而这一点人们存有疑虑,就如波斯纳所批判的那样,人们愈来愈信奉相对主义的信条,主张价值多元、文化异质,一切知识都是地方性的。

德沃金自认为其通过虚拟保险市场模式而建构起来的平等理论,比之罗尔斯经由“原初状态”以及“无知之幕”契约方法建立起来的正义两原则具有实践上的优越性。在本书看来,德沃金所设定的虚拟保险市场没有任何操作的可能性,这种反事实的理论路向与罗尔斯正义理论型构方法本质上是一回事。

法律正义论理论是一座丰富的矿藏,需要人们用孜孜以求的探索精神去思索之、探求之。尽管思索的旅程走的是“炼狱之路”,庆幸的是,这条“炼狱之路”铺设在“天堂之中”。德沃金对法律正

义论理论的深度思考使我们明白了问题的范围与限度,当我们在指责德沃金法伦理思想的种种得失之时,也是德沃金的荣幸之所在。笔者很高兴与此法哲学标志性人物进行了一次精神交往,以至于下笔行文时,仿佛总觉得大师在耳边喃喃细语。不可否认,囿于自己的功力不济、智力尚浅的窘状,可能无法把捉住大师理论的真精神,何况任何对原著的翻译者、著述者都只能是作者之“叛徒”。看来,笔者很可能是一个德沃金著作的更为拙劣的“叛徒”。

较为缺憾的是,德沃金的法伦理思想在不断走向市场化的中国是否可以本土化、怎样本土化,以及制度伦理与德性伦理在现代性背景下的共生共长等问题,本书没有触及,因为那将又是几部书,且难度更大。

中国正处在一个特别令人振奋的时期,也是一个处于需要学人对现状进行深度思考和引领的非常时期。走向市场社会的今日,如何让制度伦理——特别是法伦理——到场,以弥补传统德性伦理的缺失和错位,这不能不说是伦理学界、法学界必思之课题。才疏学浅的笔者正是本着此种精神和问题意识着手本书的写作的。在本书写作过程中,笔者不想就抽象的法律和道德理论作泛泛而论,而是切身感悟到德沃金由法律进伦理之理论研究路径的巨大吸引力和实践价值,这或许能为当今中国应用伦理学、法哲学的研究提供一个新的思考方向。

本书就法学、伦理学而言均是一个新的理论尝试,进行了颠倒式的视角转换,如不成功,相信也能为后来者提供失败的教训,这不能不说是另一种收获。

导 论

一、法律伦理：21 世纪我国伦理学的学术增长点

以法伦理为核心的制度伦理问题是西方漫长社会发展中一个恒久而又“其命维新”的重大研究课题。今日之中国，正经历着几千年来未有之大变局。^① 社会特质正以“随风潜入夜，润物细无声”的全方位摄取、全方位辐射的方式，由乡土社会、熟人社会、伦理社会^②向市场社会转进。市场社会的重要特征之一便是权利与义务的对应和平衡关系，而传统德性伦理对于此种伦理诉求备感力不从心，由此导致人们道德生活世界和伦理观念世界处于两不着边的困境之中：一方面，能够适应于市场社会的普遍的道德规范法则尚未建立；另一方面，传统的盈满自信的德性伦理已连根拔起，遭遇边缘化的命运。仔细打量，人们不难发现，自“大变局”以来，中国人的道德精神生活就一直处于分裂之状态，如何确立“伦

^① 著名的研究中国法文化的日本学者滋贺秀山在其名著《中国家族法原理》一书中认为，从社会变迁的角度看，中国在其漫长的历史中，从全局上看经历了前后两次社会体制之根本性变革：第一次是由古来用语意义上的封建制（不是马克思所讲的封建制）向郡县制统一的中华帝国建立的发展过程，该次变革发轫于先秦，至汉武帝始成；第二次变革，简言之，就是中国开启近代化，实现现代化之过程，其时期可以说从鸦片战争起直至今日之中国，并尚未结束。笔者认可该种对中国所作的时代划分。

^② 梁漱溟：《中国文化要义》，学林出版社 2000 年版，第 15—39 页。

理的自信”，当今中国伦理道德建设“如何是路，如何不是路”，便成为紧迫的具有实践重要性的重要课题。

依笔者之拙见，当今乃至今后中国伦理的自信必来自于由传统德性伦理向以法伦理为核心的制度伦理的演化。原因有三：一则是归之于“现代性”所主导的市场社会必将是中国正在展开的社会生活实践的走势和命运。尽管“现代性”遭到诸多学界泰斗持续猛烈的批判，尽管“现代性”可能是人类的一条不归路，但人类正在进行的实际行为却在不折不扣地加速推进这一过程，包括那些批判“现代性”的人们的行为。或许这就是人类的宿命。二则是市场社会和谐运转的关键之处在于“公权力”和“私权利”的截然分野。而在笔者看来，“公权力”和“私权利”其实是一枚硬币的正反两面，从一定意义上来讲，它们只不过是各自的别名而已，犹如德沃金所言，“权利（指人的私权利）是针对政府的”，是对政府公权力提出的伦理诉求。因此，人们在竭力捍卫私人空间这一“自留地”时，其实就是在为“公权力”划定界限，提出一种制度伦理的诉求。可见，解决“公权力”和“私权利”截然分野的支点依赖于以法伦理为核心的制度伦理之保障。三则是依法治国已成为我国的治国方略，走向“法律主治主义”已成为中国的历史抉择。然而要践行这一治国方略，本土化的法哲学、法伦理学必须有真正的开启和进展。从历史上看，自继受西法以来，华夏子孙薪火相传，不遗余力再铸国法，终未完全摆脱法之不张、宪政之不举的旧弊，大体依然是国法自国法、生活自生活，真正意义的国法生活尚未建构，制度伦理依然处于缺失状态。就时下来看，大多数人仍然认为只要能制定出详尽的法律法规，用之规制社会生活的方方面面，使之无有遗漏，法治国家大抵就能实现。事实不然。历史和现实都告诉国人，法律的

发展与政治道德的发展是相伴的,否则只会导致法律进步的幻觉和对法治的怀疑,导致法学实证主义的膨胀,而实证主义法学在西方已是明日黄花,这已成为了不争之共识。可见,当今中国法治的建立,制度伦理的出场以及时下呼唤的政治文明的发育,端赖于法伦理学、法哲学的进展。

本书的问题意识和思考起点皆因中国问题而起,特别是当代中国的现实问题,然而能够给我们提供丰富智识资料的恰恰是远在大洋彼岸的一位美国思想家——德沃金。德沃金是一个善于立于实践之维对现实社会问题进行哲学、法学思考的大师。他所提出的法伦理思想,恰好为我们正在进行的历史提供了一个致思的方向和视角,从某种程度上看,甚至为我们提供了一幅精美的蓝图。他山之石,可以攻玉。我们完全可以从其思考中获得某种学理上的资源,来更好地关注、思考当代中国的法伦理建设问题。职是之故,法伦理学必将成为 21 世纪中国伦理学新的学术增长点。因此,笔者愿意在此领域进行耕耘,尝试领悟德沃金的思想,从法伦理这一制度伦理的角度进行理论努力,以期对文化和知识的传播作出自己的努力,即使成为人们批判的靶子,也未尝不是一种收获和贡献。这就是本书的写作缘起。

二、德沃金法伦理思想在国内外的研究现状

德沃金的法伦理思想,即法律正义论理论,依笔者看来,可以分为如下几个部分:法律正义论诞生的基地——权利观;法律正义论的学理证明——整体观;法律正义论的核心——平等观;法律正义论的实践典范——宪法规。所有这些理论阐述都分别包含在德沃金一系列的著作与论战性书中,其中较为集中阐述其法伦理思

想的著作主要集中在四部著作(或论文集)中,它们分别是:*Taking Rights Seriously*(Harvard,1977);*Law's Empire*(Harvard,1986);*Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*(Harvard,1996);*Sovereign Virtue: the Theory and Practice of Equality*(Harvard,2000)。^①在国内,德沃金的法伦理思想早在上个世纪80年代初就开始被我国学界所知晓。国内最早介绍德沃金法学思想的文献是沈宗灵翻译的“德沃金其人及其思想”(刊于《法学译丛》1983年第1期,作者是大卫·贝尔韦斯、马歇尔·柯亨);最早较为系统地介绍其法伦理思想的著作出自于我国法理学泰斗、北京大学沈宗灵教授所著的《现代西方法律哲学》(法律出版社1983年版);其后,国内其他的法哲学、法理学著作中均有不同篇幅的阐述与介绍。时至今日,探讨德沃金法学思想的论文汇总大约有二十余篇。但通体看来,无论是著作还是论文集,对德沃金法伦理思想的分析和探讨要么停留在观点重复的泛泛介绍上,要么仅是针对其某一局部问题或观点进行发挥,而没有系统、全面地从其整个学说发展轨迹与脉络上去厘定和领会,因此难免给人以盲人摸象之感。

值得庆幸的是,尽管至今为止大陆尚未有一本对德沃金学说全貌进行系统研究的专著(更不用说法伦理思想研究方面的专著),但我国台湾学者、德沃金法学思想研究专家林立先生却于2002年出版了其《法学方法论与德沃金》一书,为进一步研究德沃

^① 这四本著作(或论文集)现已全部译成中文,分别为:《认真对待权利》(信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版)、《法律帝国》(李常青译,中国大百科全书出版社1996年版)、《自由的法:对美国宪法的道德解读》(刘丽君译,上海人民出版社2003年版)、《至上的美德:平等的理论与实践》(冯克利译,江苏人民出版社2003年版)。

金的法伦理思想提供了一定的作业平台。必须提到的一件事是：清华大学成功举办了德沃金教授亲自参加的“2002年德沃金法哲学国际研讨会”，这必将迎来对德沃金思想研究的春天。因为在学界同仁的眼中，德翁此次中国之行与59年前著名的社会法学家庞德的中国之行可以相提并论，而后者曾经在当时的中国引起了轰动。

西方学术界对德沃金的法伦理思想评价很高。作为复兴自然法学派、新自由主义法学派的代表性人物，德沃金的这一地位基本上得到了公认。英国BBC电台在访谈时，认为德沃金是以罗尔斯《正义论》发表为标志的自由主义理论复兴阵营中的第三号代表人物。^①英国法学泰斗哈特、拉兹，美国法学精英波斯纳、昂格尔等人均对德沃金的法哲学、法伦理思想展开了或肯定或否定的全面交锋。可以毫不夸张地说，在当代西方，特别是在英美法学界、政治哲学界以及道德哲学界，德沃金已成为他们不可绕过的一座山峰，不管是出于批评，还是出于赞同。

三、本书所持的基本立场和思路

（预先声明的一点是：在德沃金这里，其法哲学、法伦理学以及法律正义论理论其实指的都是同一回事。）从伦理学的角度看，德沃金走的是一条由法律进道德（主要指政治道德）的制度伦理之路。乍一看，本书仿佛是在分析所谓“纯法律问题”，然而沿着行文与思维的轨迹走下去，读者将会发现其逻辑终点和结论是伦理道

^① 参阅〔美〕布莱恩·麦基编：《思想家》，周德明等译，上海三联书店1987年版，第369页。

德问题。我们知道,人既是一种现实存在,更是一种超越性存在。人类总是不断地追问压在自己身上的人间力量的正义论,在现代意义上的政治国家产生之前,其理论形态表征为自然法,之后则被称为制度伦理。所以本书中倡导的自然法主要是一种对现实公权力表示反思和超越的态度。正由于此,本书将德沃金的法伦理思想置于自然法这一学脉中予以展示,可以这样说,传统自然法在宽泛意义上应界定为制度伦理的“原生态”,而今天的法伦理则为制度伦理之“命门”。

总体而言,本书对德沃金法伦理思想的分析和探讨是在历史的视阈下,沿着其思想发展的轨迹而进行铺陈的。在德翁这里,法律之道即国计民生之道,其理论旨趣是从现实中探求法意,从法意中反观现实,展现的是一种基于个人权利之上、以平等为核心、以政治自由主义为指导的当代法哲学。一句话,德沃金的整个学说就是在为“法律立宪”,为“国家百姓安身立命”,为法律奠定正义论根基,这就是本书所持的根本立场和思路。现分述如下:

为评定德沃金的法律正义论理论,对传统的法律正义论理论作一历史性检视实属必要,其大致可分为古代、中世纪、近代和现代自然法学说。之后,随着实证科学和现代性的扩张,实证主义法学得以兴盛,传统自然法式微了。但出于对第二次世界大战和纳粹暴行的反省,自然法得以复兴。德沃金的法伦理思想正是站在美国法律实践的现实之维,本着新自由主义的立场进行建构的。无疑,德沃金是复兴自然法学术运动中的一员主将。

权利观是德沃金法律正义论之基地。实证主义法学认为人们只享有法律明文规定的权利,道德权利是“一派胡言乱语”(边沁语),坚持从法理学问题的核心中排除道德原则问题。德沃金以哈

特的法律实证主义为靶子发起了总批判,驳斥了其法律是一规则体系说、法官拥有强硬意义上的自由裁量权等核心观点,认为法律应由规则—原则—政策模式来界定,用人们的道德权利来取消法官的自由裁量权。他以疑难案件为例,用“原则立论法”的方式将其法律正义学说的诞生基地建立在个人权利之上,且此种权利不是某种有待人们去解剖的实体,也不是人们的箱中之物,“权利是针对政府的”,是“个人手中的政治护身符”。^① 它既包括了实在法规定的权利,又包括实在法未规定的权利;既指法律权利,也指道德上的权利,有时亦指政治权利。这样,一开始德沃金便将法律建筑在道德原则的基础上,认为法律之所以合法本于政治道德和个人道德。德沃金本质上是反对社会权利的,认为“社会权利”概念是一种虚幻,因此,在他看来,社会与个人之间不存在权利博弈问题。应清醒的是,德沃金主张的权利具有相当的保守成分,它只意味着既有美国法制下的权利,绝不是颠覆美国政府的权利。

德沃金的建设性阐释的整体性法律观认为:“法律的帝国并非由疆界、权力或程序界定,而是由态度界定……从最广泛的意义来说,它是一种谈及政治的阐释性的、自我反思的态度,它是一种表示异议的态度……总之,这就是法律对我们来说是什么:为了我们想要做的人和我们旨在享有的社会。”^②在对法律正义论进行学理诠释和证明过程中,德沃金分别提出了三种路径,它们分别是因袭主义、实用主义和法律的整体性。德沃金否定了前两种,肯定了以

^① [美]德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,第6页。

^② [美]德沃金:《法律帝国》,李常青译,徐宗英校,中国大百科全书出版社1996年版,第367页。

解释学为基础的整体性法律观。德沃金主张,只要人们本着哲学解释学的哲学立场,法理学中的经典难题,如法律和道德、法的应然与实然、恶法是不是法等问题,均可以得到完美解决。针对怀疑主义的指责,德沃金提出了“建构模式”真理观,反对“自然模式”符合真理观,并声称所有的道德法律问题都可以获得“唯一正解”。这些主张导致了人们的广泛批评和攻击,本书亦对此进行了分析。

德沃金法律正义论的核心在于其自由主义式的平等观。在笔者看来,自由主义式的平等观是德沃金法伦理思想体系的源头活水,亦是法律正义论之根,平等问题是德沃金思想中的最高问题,它既是个人权利之渊源,亦是制度伦理之要津。德沃金不但从一般的平等理论出发捍卫其观点,认为平等是法律正义论的内在理据,而且以伦理个人主义为原则,从经济维度对平等问题进行了考察。为此,他否定了貌似有理的时兴的福利平等观,捍卫了资源平等观。特别要指出的是:德沃金认为一种自由主义的平等概念不但应占据政治道德的核心位置,法律制度正义论的核心也存于资源平等观之中,而且在他的理论中,只要政府能严守它所界定的所谓“中立”立场,那么法律正义论问题与公民的良善生活就能圆融自洽。他认为:“最合理的哲学伦理学是以一种自由主义信念为基础的,自由主义平等既不排斥也不威胁或忽视人们的生活的良善性,倒不如说它就是来自一种有关良善生活的有吸引力的观念。”^①事实上,德沃金平等观的宗旨在于确立公民道德主体资格,为此,他提出用“挑战模式”来解决诸多伦理困境,而反对“作用模

^① [美]德沃金:《至上的美德:平等的理论与实践》,冯克利译,江苏人民出版社2003年版,第276—277页。