

【文章编号】1002—6274(2019)02—153—09

# 超越宣告性模式和判决主义模式\*

——麦考密克对“法律推理和法律理论”的重新思考

[意] Aldo Schiavello

(巴勒莫大学 意大利 巴勒莫)

陈伟<sup>1</sup> 张祖辽<sup>2</sup>译

(1.复旦大学,上海 200433; 2.江南大学,江苏 无锡 214122)

【内容摘要】本文对麦考密克的法律理论和法律论证理论提供一种历时性重构,尤其强调两个相关要点:这两个要点力图揭示出《法律推理与法律理论》中的观点与麦考密克后期作品所特别强调的观点之间的差异性。第一个要点关涉麦考密克对法律实证主义的渐进性断裂,更确切地说,是这样一个命题“对法律正义的隐性要求”证明了法律实证主义在其所有的不同版本中都是虚假的。第二个要点关涉麦考密克对“唯一正确答案”这个命题的接受性,以及在结果上淡化麦考密克、罗纳德·德沃金和罗伯特·阿列克西等人的法律推理理论之间的不同之处。但是,本文的意图不仅是描述麦考密克思想中的这一变化,而且尝试对我们在《法律推理与法律理论》中所发现的原初观点进行一种辩护。

【关键词】法律实证主义 对法律正义的隐性要求 唯一正确答案 宣告性模式 判决主义模式

【中图分类号】DF0-051 【文献标识码】A

## 一、引言

尼尔·麦考密克对当代法律理论有着深远影响。在一般的实践推理,尤其是在法律推理和法律论证方面,以及在法律制度主义、主权理论、权利理论和法治等方面,麦考密克的研究的重要性是无论怎样夸赞也不为过的。需要补充的是,他对这些不同主题的研究并非是几条互不相干的平行线,而是一个统一法律观的不同部分。这一点,从他最后的雄心勃勃的研究计划——关于“法律、国家和实践理性”——中可以明确看到。<sup>[1][2][3][4]</sup>

在麦考密克的思想历程中,一个显著的、持续的方面在于他对欧洲和斯堪的纳维亚的法理学和哲学的关注,对英美式论辩的关注就更不用说了。<sup>[5]</sup>这一特征值得强调,因为它标志着麦考密克与大多数英美

法哲学和法理学学者之间的一种主要区别。

本文旨在对麦考密克的法律理论和法律论辩理论提出一种历时性重构,并着重突出一些相关观点,在这些观点中,将特别强调《法律推理与法律理论》一书中所持的观点与麦考密克后期作品中所持的观点之间的差异性。<sup>①</sup>

我尝试深入考察的第一个要点关涉到麦考密克对法律实证主义的渐进性断裂,更确切地说,对法律正义的隐性要求证明了法律实证主义在其所有的不同版本中都是虚假的。<sup>[3]P263-279[6][7]</sup>

我考察的第二个要点关涉到麦考密克对唯一正确答案这个命题的接受性,以及在结果上淡化他本人和德沃金(以及罗伯特·阿列克西)的法律推理理论之间的不同之处。<sup>[2]P254-280</sup>

然而,我的目的不仅仅是描述麦考密克思想中的

\* 基金项目:本译文是复旦大学“985工程”三期整体推进人文学科研究项目(重大项目“演化论模型和社会科学研究范式的转型”(项目编号:2011RWXKZD013)的阶段性成果。原文刊于 *Ratio Juris*, Vol. 24, No. 2, June 2011, pp. 140-155, 题目为“Neil MacCormick's Second Thoughts on *Legal Reasoning and Legal Theory*: A Defence of the Original View”, 译文根据原文内容调整了题目,并添加了关键词。——译者注。

作者简介: Aldo Schiavello, 男, 意大利巴勒莫大学政治、法律与社会系教授, 研究方向为法律实证主义、法律推理、法律解释、正义理论、公共理性和规范性。

译者简介: 陈伟(1973-), 男, 河北邯郸人, 哲学博士, 复旦大学哲学学院副教授, 研究方向为法律逻辑和逻辑哲学; 张祖辽(1983-), 男, 哲学博士, 江南大学马克思主义学院副教授, 研究方向为政治哲学和法哲学。

这一变化,而且尝试对我们在《法律推理与法律理论》一书中所找到的原初观点进行一种辩护。为此,有必要先对麦考密克在1978年的著作中所持有的主要观点做一个简要介绍。

## 二、法律推理与法律理论:一个概述

《法律推理与法律理论》这本书在许多方面都能与哈特的《法律的概念》一书相提并论。这不仅因为正如麦考密克本人评论的那样,《法律推理与法律理论》是对哈特经典作品的补充,而且还因为这两部著作依次发轫,深刻地影响并确定了大约20年来的法哲学争论的方向。

在《法律推理与法律理论》一书中,麦考密克至少为五个主要的一般性命题做了辩护:

第一个命题是:法律推理是实践推理的一种具体情形。与大卫·休谟一样,麦考密克从这一假设出发,为实践推理的一种引人关注的(在我看来,并且是令人信服的)版本辩护,这一版本旨在“提供一种介于德沃金的极端理性主义和多数认知实证主义者的那种被夸大的唯意志论之间的中间道路。”<sup>[8]</sup>按照麦考密克的观点,确定唯一正确的答案并非总是可能的;尽管如此,法律推理理论却有可能在经过证成的答案与未经证成的答案之间做出区分。每一个判决,至少每一个并非简单案例的判决,都会留有“一种无尽的纯粹实践性分歧”的余地。<sup>[9]P251</sup>

第二个命题:法律理论与法律论证理论之间的联系具有某种概念性特质。这个命题隐含了该书的那个书名。带着这些预期中的差异,可以说,麦考密克提前考虑到了德沃金所持有的“不同于许多其他社会现象,法律实践乃是论辩性的”<sup>[10]P13</sup>(原文中即有强调)这样一种直观。麦考密克意识到,哈特的“法律的开放性结构”<sup>[11]</sup>这一命题要求完备的法律理论不应当忽视或遗漏论辩这一主题。<sup>②</sup>他明确指出,“法律推理理论需要一种法律理论,同时也被一种法律理论所需要。”<sup>[9]P229</sup>为了回答“法律是什么?”这个问题——既要与既定的法律经验相联系又要是一般性回答——观察参与者的趋同行为(convergent behaviour)和态度尽管是必要的,但仍然是不充分的:对“法律的原材料”或德沃金所说的法律根据提供一种解释也是必要的。这意味着,至少在法律的领域,理论事业具有一种解释性本质。因此,相对于法律参与者来说,法律学者的观点有必要成为参与性和依附

性的。“解释性转向”<sup>[12]</sup>暗示了法律学者所能做的仅仅是进入法律参与者的境况之中,对法律做出全面的考虑,并由此致力于依据一种对内含其中的价值的解释来重构法律。

第三个命题与前一个命题有紧密的联系,它在于从法律推理中为法律原则辨识出足够的空间。然而,与德沃金不同的是,麦考密克否认法律原则与道德原则之间不存在某种断裂:事实是,法律原则通过与承认规则之间具有一种间接的联系而得以识别。这使得这些原则可以与法律实证主义的观点相容。尽管如此,麦考密克明确指出,这些原则并非由承认规则完全决定,因为在承认规则中,“可能存在着不只一套规范性概括,这些概括能够在规则的合理化中被改进,而这些规则‘从属于’关联某一特定主题的体系之内。”<sup>[9]P234-235</sup>

例如,在多诺霍一案(the Donoghue case)当中,多数法官维护的原则是这样的:生产者必须为由于他们的疏忽行为而对消费者造成的损害负责。同样,这项原则基于一种正义观念而被多数法官所捍卫,而这一正义观念在持反对意见的法官那里也能成为他们的备选项:这意味着“至此,我们发现我们本身已经超出了理性推理所能给予我们答案的范围,尽管我们是为了寻找理由才来到这里的。我们到达这里是因为,对于那些将要承受判决后果的人来说,他们的社会之所以选择了让制造商承担责任的裁判规则,表明作为该规则根据的正义观念、公共政策和常识标准优于其他标准。”<sup>[9]P254</sup>

第四个命题是:在判决结果的证成和科学假说的证成之间存在着值得关注的类比。科学假说必须在现实世界和理论中都讲得通。按照卡尔·波普尔的学说——麦考密克显然回溯到了波普尔的学说——科学家能够只根据一套适当的实验程序来确证他/她对于彼此联系的自然现象的解释:他/她必须确认并设置一些实验来证伪除他/她自己的解释之外的其他所有对这些现象的可能解释。这不是一种确证性证明,因为在未来某一天,这种解释可能会被反过来证明是错误的。不过很显然,一种胜过验证过程的解释(至少在反面被证明之前)一定要比已经被证伪的解释更能得到青睐。值得强调的是,科学证成的第二个方面在于,它不仅受制于现实所施加的种种制约,同时也受制于一些基本理论假设所赋加的制约。<sup>③</sup>

如果一项判决能够被设想为比其他备选性判决更可取,那么这一判决就是被证成的。同样,在这一案例中,存在一些允许对不同的备选性判决进行验证(或证伪)的“试验”。但是,我们所讨论的又是哪些种类的试验呢?

首先,麦考密克宣称“法律判决必须在现实世界中讲得通,并且,它们还必须在法律体系的语境中讲得通。”<sup>[9]P103[13]</sup>要回答一个判决是否“在现实世界中讲得通”,论证就得具备三个特征。首先,它是一种后果主义的论证:它必须表明,产自于一个判决的可能后果比那些与备选性判决相关的后果是更可取的。因此,它也是一种评估性的论证,因为有必要去“评估”一些后果对其他人而言的可接受性。最后,它在一定程度上还是一种主观性的论证:不同的人可能会得出不同的结论。

要证实一个判决在法律体系中是否能够讲得通,它的证实的标准是“一致性”和“融贯性”。所谓一致性要求,就是在两个(或多个)一般性规范之间,或者在一个具体案例的判决和一个一般性规范之间,不存在逻辑矛盾。而融贯性则要求,每一个法律规范和每一个判决结果都要与法律体系的基本原则相协调。德沃金所举的连锁小说(chain novel)的例子,就特别适合于解释融贯性作为对法官的自由裁量权的一种限制所起的作用。<sup>④</sup>

第五个命题是,在法律的可接受性这个过弱的特征中,认识到哈特关于内在观点的分析的一种重要局限性。正是一些法律规范的存在而不是其他东西反映出如下事实:从一种道德视角来看,至少共同体的某些成员更倾向于那些由上述规范所确定的行为图式(the scheme of behaviour),并以此来反对那些备选的行为图式。<sup>⑤</sup>必须明确的一点是,社会规则的存在意味着对有些人来说,相对于备选行为,那些被规则所预先规定的行为更可取;但是,这不意味这些人否认以下可能性:有的人出于怠惰或虚伪而遵守规则,或者其他的人直接对规则持反对态度。尽管如此,后一种情形只能通过预设以下的存在性来理解:有一个多数群体从一种道德视角来认可那些规范。因此,对那些从一种道德视角来相信规范具有充分性的人们而言,能够设想的所有与这些规则相关联的态度都“依附性”地相关联于他们自身的态度。换句话说,当有可能设想一种情形,在其中既定的规范被每个人

从一种道德视角来认同时,就难以想象被规则预先规定的行为不被有些人从一种道德视角来实际认同。

麦考密克的以下论述为这个分离性命题提供了一种重要的诠释:

如果人们不对社会生活中的秩序做价值评判,那么他们就根本不会有法律。每一种法律制度体现的不单纯是一种社会秩序形式,而是由那些控制了立法、执行权或司法过程的人进行专门价值评判之后的那种秩序形式——或者至少,它是参与这些过程的不同群体所认同的那些相互竞争的价值的一种大杂烩。上述观点的真理性不言而喻,实证主义者是不会反对的。这一观点也毋宁是在宣称,一个人即使想要对某种法律制度进行考察,在任何意义上都不必全部或部分地分享或接受法律中的那些价值观念。对于苏联法、法国法或者苏格兰法等,如果人们相信它们是法律,或试图描述、阐释这些法律是什么样子,都不必先期认定它们是好的法律,或者它们就是建立一种客观上良好社会秩序的知识库。<sup>[9]P233-234</sup>

约瑟夫·拉兹也得出类似的结论,他依据要引导参与者从道德的正确性或者公正来考虑法律这样的理由,坚信说明法律解释的原因的不可能性:

[……]虽然法律在道德上有可能站不住脚,但它必须被理解为一种许多人确信它能够在道德上得到辩护的体系。当我们拒绝对那些仅当法律在道德上是善的才得以为真的法律的本质和法律解释的本质进行解释时,我们也必须拒斥所有那些不能使法律变得可理解的解释。这就意味着,对法律或法律解释的解释要想具备可接受性,那么就必须解释人们怎样才能相信他们的法律——他们国家的法律——在道德上是善的。<sup>⑥</sup>

值得强调的是,虽然按照这个命题来说,法律的可接受性就意味着人们相信法律在道德上是正确的,但这个命题不会引起法律实证主义的任何窘迫。下面的这个事实没有为维护法律和道德之间的概念性关联提供一个充分的论证:参与者们确信他们自己的法律体系是公正的。实际上,这个论证只不过表明,那些在法律上有义务采取一种既定行为形式的人们同样相信他们在道德上也有义务这样做。然而,这并不能阻碍人们断言,法律体系和它的非道德性同时存在,除非人们在一种强的意义上接受客观主义和认知主义的道德观。这种道德观是一种苛刻的元伦理学

立场,它要求:(1)断定包含评价和道德鉴赏的话语的真假是可能的;(2)上述话语的真假不依赖我们的观点;(3)道德推理的标准构成了获取和增长道德知识的一种可靠方式。<sup>[14]</sup>

总结一下,《法律推理与法律理论》所处理的是超出法律推理视域的理论 and 哲学议题。麦考密克的目的是,制定出一种严肃对待哈特的开放性结构命题的法律理论。如果说法律所表达的是一种开放性结构这一观点是真实的,那么所有将法律等同于规范的理论都是不令人满意的。自相矛盾的是,哈特的那个法律观念全然不能解决这个异议;在这一关系问题上,对哈特来说,法律不过是由承认规则所确认的初级规则和次级规则的结合。麦考密克的主要贡献在于精确而清晰地指出,解释至少像规范那样是法律现象的一种构成性要素。简而言之,我们必须认识到,麦考密克的成功之处在于保留并利用了哈特的规范实践理论中的最好东西。

### 三、对法律正义的隐性要求

麦考密克于1981年出版的《H.L.A.哈特》一书是一个象征性标志,它标志着麦考密克从实证主义的前期开始转向后实证主义。<sup>⑦</sup>

在1982年发表的重要论文《法律、道德与实证主义》中,<sup>⑧</sup>麦考密克介绍了法律正义的隐性要求这一命题。这一命题在《制度法论》一书中得到进一步发展,其目的则是为了指出法律实证主义所捍卫的分离性命题的不足之处。麦考密克的主张在下面这段出自《法律、道德与实证主义》的文章中有很好的例证:

让我举联盟贸易法为例。很多人认为新近的立法是不正义的。但是,毋庸置疑,以下情况是应该的:那些为了表面上的好理由将其诚恳地制定出来的人们认为它是正义的。设置抗议行为犯罪和民事不法行为这类罪名,是由于它们被说成与一些重要价值背道而驰。要想知道何以如此,请考虑下面这一点。议会颁布一些冠以诸如“1970年对抗议行为的不公正管制法案”或“对富人的不公正课税法案”这些简短标题的法案,即便在严格的逻辑语境下它们不是矛盾的,但这种实用性的自相矛盾难道不显得相当荒谬吗?但是,为什么这会是荒谬的?难道不是因为那些能在法律体系之内行使权力和自由裁量权的人必须始终至少声称是依据那些经过认真考量的价值观来

行事的吗?<sup>[15]</sup>

麦考密克的论证承继了阿列克西的命题——正确性宣称。与麦考密克一样,阿列克西为如下命题进行辩护:法律和正义之间有着某种概念性关联。因此,阿列克西也对法律实证主义所持的分离性命题提出挑战。<sup>[16][17]P212-220[18]P35-39</sup>

阿列克西设想,立宪会议把如下条款作为新宪法第一条之规定“X是一个君主制、联邦制及非正义的共和国”。很显然,这一条款有些许怪异之处。其怪异之处就在于民选的立法者竟然认可新生共和国的非正义性。有待证实的是,困扰这个条款的这种异常之处的性质是什么。接下来,我们将用排除法跟随阿列克西的进路一探究竟。

人们可以试图将其明显的不足与政治适当性这一次要的问题联系起来:正如在一场选举运动中,对于候选人而言,强调他们商讨一旦当选就将提议削减政府开支是不明智的一样;对于立法者来说,避免在所颁布的法律文本中使其不正义性显而易见就是明智的。因此,在阿列克西提到的上面这个具体案例中,对于选民来说,强调新生共和国的不正义性仅仅是明智罢了。然而,这个解释还不足以让人信服,因为这两种情境看起来是不能够相提并论的。事实是,这一非正义条款看上去似乎是荒谬的,而关于削减税费开支的提议虽有可能不明智或造成政治风险,但却并非是荒谬的。

另外的一种可能性是,从一种道德视角来看,这个被讨论的条款是面向批评的:对一个明确立基于非正义的国家来说,这在道德上绝不是什么好事情。然而,我们所说的这种可能性也没有足够的说服力。事实上,真正能够为道德所谴责的是一些能够产生特定非正义之结果的规范(例如,剥夺某些特定种族分享特定权利的规范),而不是一种纯粹的循环论证式宣称:国家是非正义的。

一个深层的假设是,这个被讨论的条款——突破了一种与宪法文本的撰写相联系的根深蒂固并有广泛影响的传统——被一种传统的缺陷削弱。的确,以下情况也是一种传统:宪法不会去宣告国家的非正义性。然而,它并非仅仅是一种传统。事实上,即便是那些最为根深蒂固的自然传统,也有可能被其他传统取而代之。通过宪法中的某项条款将国家塑造为不公平的这一不可能性反而显现为一种选举立法实践

的基本假定。

由于放弃了上述这些假定,阿列克西断言那个被讨论的条款是被一种概念性缺陷削弱。但是,什么是一种概念性缺陷呢?首先,我们正在处理的这一案例中并没有逻辑矛盾。从技术上来看,这个想象中的国家宪法第一款的话语表达也是没有矛盾的。尽管如此,这种话语表达仍是不协调的、怪异的。按照阿列克西的说法,这种怪异的表述类似于“现在正在下雨,但我并不相信”、“我承诺前来赴约,但我并没有守诺的意愿”等诸如此类的表述。这些表述的谬误之处在于,其第二部分“取消”或“废除”了产生于其第一部分的言语行为(speech act)。简言之,断言正在下雨并同时明确宣称并不相信正在下雨这一状态也就相当于取消了对某事的断言,正如许诺某事并同时宣称没有守诺的意愿这一行为也就废除了许诺这一言语行为。<sup>[19]</sup>与此相似,根据阿列克西的观点,宪法第一款将新生共和国定性为“不正义”这一事实使得人们不可能将立宪大会所制定的文件当成一部真正的宪法,并最终将其当成“有效的法律”。

乔治·奥威尔在《动物农场》一书中叙述的事件有助于使(看起来)能够从法律正义的隐性要求这个论证中推导出来的一些后果变得更为清晰。这则故事是广为人知的:农场里的动物反抗它们的主人,并且一旦它们从主人的束缚中获得自由,它们就创造出一个新秩序,这个新秩序可用一个原则来概括,就是所有的动物一律平等。很快,这一原本引导动物们去抗争的理想就被猪们的要求改变了,它们要求获得主导性地位并建立一个类似以前的压迫性管理体制。对我们的目的而言,引人关注的方面涉及的是新的压迫者们会如何对待这些革命性价值。他们不去公然反对它们,但他们首先会偷偷地以一种微妙的方式对写在墙上的文字进行修订;然后,他们会将其总结为一句简单易懂的原则,那就是“所有的动物一律平等,但有些动物比其它动物更平等。”这表明,即便是最坏的政体也不可能公然宣称自己是非正义的,并且,不论是颁布法律的立法者,还是执行法律的法官,甚至是将法律视为一种行为模式的普通公民,都支持他们的行为必须诉诸道德上的理由。<sup>[20]P160-163</sup>这一命题在麦考密克那里得到了非常清晰的表述:

例如,人们可以想象一份由纳粹官方在1942年前后制定的,想将犹太人迁移出德国的公开声明,以

及为此提供的一些论证。一个提案认为,这种驱逐出境的行为不是为了单纯的重新安置,而是为了系统性地将其毒杀和焚化。那么,将这样一个提案放到公共论坛上进行讨论就纯粹只是一种想象。即便在那些恶行都已成为现实的糟糕年代中,虽然无法挑战在民主的名义下独裁政党所下达的号令,却从不曾尝试对这一灭绝行动进行任何公开的证成,哪怕是公开的承认。有些事情人类可以去做,但似乎不能公开地去承认。毫无疑问,他们无法在法律的名义和形式之下公然宣称践行此类事宜。<sup>[3]P277</sup>

值得注意的是,朗·富勒已经提出了一个类似的论证来反对哈特。富勒注意到,即便是人们能够想象得到的最邪恶的政权也会避免通过法律来使自己的“不德之德”昭然于世。根据富勒的说法,这样一种审慎“并非起因于道德与法律的分离,确切地说,它源自一种法律认同:把法律等同于那些最紧迫的并且最显而易见可证成的道德要求。并以此之故,没有人会羞于承认法律。”<sup>[21]</sup>

尽管如此,这一考察仅仅表明了“法律”这个词常常与一种令人愉悦的情感意图联系在一起,而这种情感意图很大程度上也是由于哈特所强调指出的“法律”与“正义”之间的密切联系。确切地说,驱使那些恶劣的法律制度使自身审慎地明晰化的动力在于那种通过法律规则的颁布,尽可能地去利用法律来获得这种令人愉悦的情感的最大欲求。然而,这不意味着对我而言,这一论证——它具有一种经验—社会学的性质——能够作为对法律与道德之分离性命题的反证,并且作为在大体上对捍卫这一命题的法律实证主义的反证。

麦考密克和阿列克西通过论证法律对正义的隐性要求,来反对法律与道德的分离性命题,并因此反对法律实证主义。然而,这一论证没有击中目标。事实上,它只说明了在法律的实存与法律的道德正确性要求之间存在一种联系:对于实际的法律的道德正确性而言,这一论证就没有说任何东西,并且,它在很大程度上限制了自己的视野。例如,它无法防止一个作为整体的法律体系,或这一法律体系中的一个或多个规范是极度不正义的。为了反对麦考密克和阿列克西的论证,法律实证主义者可以借用哈特说给富勒的“程序主义的”自然法学说的话“如果这就是法律与道德之间的必要联系所意味的东西,我们可以接受

它。不幸的是,它能与极大的不公正共存。”<sup>[22]P202</sup>比如,就像尤吉尼奥·布列金(Eugenio Bulygin)评论的那样,“即便承认任何的法律体系和任何的法律规范都要求是道德上正确的或公正的,这一事实也根本不等于确保了法律的道德正确性。”<sup>[23]P58</sup>

正如我之前所提到的那样,麦考密克否认对法律正义的隐性要求这个论证仅仅是形式上的。特别是,与古斯塔夫·拉德布鲁赫(Gustav Radbruch)的观点是一致的,他也坚持“存在一些道德底线,没有这些底线,我们所谓的法律就会变成非法,‘不再是法律,而是法律的一种腐化蜕变’。”<sup>⑨</sup>

简单地说,针对这个命题,可能有以下两种质疑。

第一种质疑是,除非人们接受一种强的元伦理学的客观主义观念,对法律含有道德底线这一命题的合理质疑才能为人们所接受。换句话说:一条规范什么时候才能“完全破坏所有合理的正义观念”呢?<sup>[3]P278</sup>这一问题将在本文下一部分的关于唯一正确答案的论述中以较大篇幅加以讨论。

第二个质疑引导人们思考何种后果能够抗拒那些微妙的非正义规则。麦考密克(同上)坚持认为,在这些情形中,“正直的人们有着去回避、不服从,甚至是对这些具有可行性的规则进行抗拒的责任。”我相信,哈特会完全赞成麦考密克这些话。

正如同迈克尔·哈特尼(Michael Hartney)有效解释的那样:

法律实证主义只不过是一种有关何者仅仅被视为法律的理论:只有那些源自社会的规则才可被归为法律规则。它不是一种语言学理论、一种道德理论或一种关于法官的道德责任的理论。一些理论家或许是法律实证主义者,这是因为他们是道德怀疑主义者,或者功利主义者,抑或政治独裁主义者,或者因为他们相信所有法律都只是命令,但是,这些理论中没有一个是法律实证主义的组成部分。<sup>⑩</sup>

进一步来说,法律实证主义对法律的实存及其义务性本质的明确区分强化了每一个体在任何时候都能做出不服从法律的道德选择的意识。正如哈特再次注意到的那样,一种对于法律充满警戒和批评的态度“比起在那些认为法治状态下没有任何不公的群体中间,这些态度在那些习惯于认为法治有可能带来不公的群体中间更为盛行。”<sup>⑪</sup>

#### 四、唯一正确答案命题

如我在第二部分中说到的那样,麦考密克最初的法律推理本意是在极端理性主义和自由意志主义之间找寻自己的立身之处。这一法律推理理论是对哈特所辩护的法律解释理论的补充,而哈特的理论则是在解释的形式主义和反形式主义之间找到一条中间道路。对一些简单案件来说,可以相对简单地以演绎逻辑推理作为其解决办法(麦考密克称之为第一层次的证成);另一方面,在疑难案件中,就不能完全不考虑解释者的自由裁量权,我们可以通过法律推理来排除一些完全错误的解决方法,但并非要去确认一种唯一正确的解决办法。在广义的法律推理和实践推理中,存在不可抹除的实践性分歧。进一步讲,他本人不同于哈特之处在于,麦考密克正确地注意到,简单案件与疑难案件之间并没有一道明确的分水岭,而这也为解释者增加了自由裁量的空间。简单案件与复杂案件之间的区分并非先行的预设,而是一种解释行为的结果:这就意味着,无论对一个案件作出简单还是疑难的判断都是一种解释性的选择。麦考密克论述道“从显而易见的简单案件到存在高度争议的疑难案件之间存在一个过渡范围,越过这一范围,我们将不可能清晰地判断出在何处能够提出对‘相关性’、‘解释’、‘分类’等概念的质疑,以方便运用后果主义论证、原则论证或类比论证。”<sup>[9]P230</sup>

在《修辞与法治》这部著作中,麦考密克放弃了这种中间立场,并转向靠近德沃金和阿列克西所辩护的极端理性主义的立场。简而言之,麦考密克主张,法律推理是一种特殊类型的实践推理(一个已经在《法律推理与法律理论》中得到支持的命题),并补充道“所有的实践推理都预设了,针对某些问题可能存在正确或错误的观点。它在一种正确性要求下操作,是一种对正确性的隐性要求,而不是粗略地或自负地断言。”<sup>[2]P277</sup>

这一与法律正义的隐性要求这个命题有着密切联系的主张,清晰地标示着麦考密克从法律实证主义向非实证主义或后实证主义的转变。现在,他反对两种通常的判决模式:宣告性模式(the declaratory model)和判决主义模式(the decisionist model)。

前一种模式(被德沃金、阿列克西和麦考密克本人接受)主张,在原则上,任何诉讼案件都有一个不

同于判决结果的正确答案。<sup>[2]</sup>不用说,麦考密克的观点决没有这么简单:事实上,他没有“因为实际上存在一些能够被‘直接解读’的法律条款”而为唯一正确答案这个命题辩护,“……而是因为适用于既有法律的合适论证能够通过有说服力的方式针对给定问题建立一个结论,并且它比任何其他结论更可接受。”<sup>[2]P265-266</sup>因此,唯一正确的答案是一种控制合理实践话语的调节性理念。<sup>[24]</sup>这意味着,在疑难案件中也是一样,法官的任务是去找到那个正确答案。于是,法官可能犯错,但这并不是在行使自由裁量权。

另一方面,判决主义模式[被法律实在论者和凯尔森(尤其在其后期)所采纳]主张,法官的判决之所以正确,是因为该判决被采纳并且没有被上级法官驳回这一简单事实。“法官的判决可能会是不明智的或失策的,但在有问题的案件中,他们实际上不可能在法律上犯错误,因为在这件事情上并没有可确定他们犯错误的先验性真理。”<sup>[2]P266</sup>

我的意见是,拒斥判决主义模式不会迫使人们去接受唯一正确答案这个命题。我也相信,唯一正确答案这个命题(连同其反实证主义的含义)没有太大意义,并且在许多方面,它还是混乱的一个根源。在这方面,哈特与德沃金之间的对立是很有启发意义的。

简而言之,德沃金认为那些反对唯一正确答案命题的人都犯了如下这一个错误,即相信当一个命题不能被证明为真时,它就不可能为真,或者更确切地说,一个命题不可能要么真要么假。根据德沃金的观点,非实证性的论证——它预设了接受一种严格的经验主义认识论和一种相应的真理论——不得不因为一系列的理由而被拒斥,它在当下不必起作用。在这里,有充足的理由强调指出,麦考密克在这一点上也同意德沃金的观点:

理性的法律论证……不是证明性论证。……它不等于关于结果正确性的逻辑证明,后者是根据毫无争议的法律和事实这样的前提来达成。它具有理性的说服力,而不是理性的证明力。它的研究属于修辞学。<sup>[2]P279-280</sup>

让我来假定德沃金和麦考密克都是正确的,并因此对每一个司法案件来说,都有一个正确答案,即使我们无法确定地将其指出。在这一点上,人们应当自问:对于一种法律推理理论来说,假定了唯一正确答案的存在,同时却否认有能够将其确认出来的决定性

标准,它们之间的实践关联是什么呢?我相信不存在任何关联。

在这种意义上,我相信,法律实证主义(以及麦考密克的《法律推理与法律理论》)的观点更加有说服力,并且也跟判决主义保持了足够的距离。正如哈特所说的那样:

[在疑难案件中]法官可以……做出既不武断又不机械的选择;在这里,还常常体现出其特有的司法德性,这种德性对法律判决的独特恰当性解释了为何有些人不愿称此类司法活动为“立法性活动”。这些德性是:在审视不同选择中的公正和中立,对所有受影响之人的利益的慎重权衡,以及对配置一些可接受的一般性原则作为判决的理性基础的关切。毫无疑问,由于总是可能有众多这样的原则,因此无法证明只有一种判决结果是唯一正确的:但是,它作为一种理性的产物,这一充满见地的公正选择可以被人们广为接受。总之,在相互冲突的利益中间,我们能用“斟酌”和“权衡”的品格来努力达至正义。<sup>[22]P200</sup>

这个与唯一正确答案命题相反的观点,可以通过对伦理客观主义的一些结论性反思而得以澄清和加强。一种经常提给这种元伦理观念的异议与道德分歧相关联。其论证如下:在每一个伦理议题上,人类都被明确划分为不同的群体,并达到了不可能克服这些分歧的程度。这似乎与伦理客观主义相冲突,因为如果存在任何的客观价值,那么它们就必定能够被人类以某种方式来识别。因而,无法逾越的道德分歧的存在是与一种强意义上的元伦理客观主义和认知主义的观点背道而驰的。

在这里,重要的并非是“道德分歧”这种论证的似然性。从我个人的角度,我认为仅仅从分歧存在的角度并不能对伦理客观主义提供具有决定性的反对性证明:毕竟分歧也存在于自然科学家那里(尽管远远不如在伦理论辩中那么普遍),而这也不是对我们自身之外存在客观世界进行质疑的好的理由。

一些客观主义者回应这个异议的方式是很有趣的。他们接受了我们可称之为“形而上学客观主义”的观点:世界上存在一些客观的价值这个事实并不意味着存在标准从而能够必然确定这些价值是什么,并因此平息这些争论。然而,这种形式的客观主义的观点表达出了一个不太重要的哲学命题。即如杰里米·沃尔德伦(Jeremy Waldron)所谈到的那样,“对实

在论来说,即便它没有蕴涵自身的虚假性,但只要实在论者不能在客观真理这个观念和解决分歧的程序的存在之间建立关联,那么道德分歧将仍是一个悬而未解的难题。”<sup>[25]</sup>

唯一正确答案所存在的问题也是完全一样的。如果那些能够确认出可能的最为合理的解决方法的程序并不存在,那么唯一正确答案这个命题就不重要了。

在《修辞与法治》的开始之处,麦考密克就断言:“我仍然觉得,法律论证的基本形式在1978年的著作中就已经很好地阐述过了。”<sup>[2]P1</sup>在本文中,我也已经

努力对麦考密克在其后期著作中所放弃的《法律推理与法律理论》的“背景”进行部分的辩护。或许,本文开端处的引文清楚地揭示我与后期麦考密克的核心分歧。我赞同麦考密克的如下命题:法律具有一种“初步的实证价值”。然而,我相信这仅仅是一种工具性价值;按照拉兹的看法,<sup>[26]P210[27]</sup>这种价值可比作刀的锋利性。毕竟,一把锋利的刀不仅能切碎食物,还可以用来割断喉咙。

不论谁是正确的,我希望至少已经表明,像所有的经典著作一样,《法律推理与法律理论》对当代法律现实具有出色的诠释力。

#### 注释:

① 麦考密克总结《法律推理与法律理论》与他的后期作品之间的种种差别如下:“我的思想轨迹已经偏离了由H.L.A.哈特所阐述的法律实证主义的一些要素,以及发源于大卫·休谟并形成《法律推理与法律理论》一书中论证的背景的价值怀疑论。”(N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 1)

② 在“后记”中,哈特对他没有抓住开放性结构的分析这一重要含义做了修订:“现在,我当然愿意承认,我在书中确实在裁判过程和法律推理这个主题上,尤其是在我的批评者称为法律原则的这个主题的论证上,都着墨太少了。”(H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, P. A. Bulloch and J. Raz (ed.), Oxford: Clarendon, 1994, p. 259.)

③ 比较一下N. MacCormick, “Particulars and Universals”, In Z. Bankowski and J. MacLean (ed.), *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*, Farnham: Ashgate, 2006, pp. 3 - 22.

④ 比较一下A. Schiavello, “On ‘Coherence’ and ‘Law’: an Analysis of Different Models”, *Ratio Juris*, 14, 2002, pp. 233 - 243.

⑤ 麦考密克评论说:“要存在批判行为或事态的共同模式,就依赖于我们的下面构想:有些模式在既定环境中被制定成所有人的共同模式。在这个问题上,我们能够设想它不依赖我们的意志,但是它并非不依赖我们关于下面情况的信念:我们的社会群体中其他成员的意志[……]。”(N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 1994, pp. 287-288) 比较一下R. A. Duff, “Legal Obligation and the Moral Nature of Law”, *The Juridical Review*, 25, 1980, pp. 61 - 87; R. A. Duff, *Trials & Punishments*, Cambridge: Cambridge University Press, 1986, pp. 74-89.

⑥ J. Raz, “Intention in Interpretation”, In R.P. George (ed.), *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, Oxford: Clarendon, 1996, pp. 249 - 286. 另外,比较一下S. Berteau, “A Critique of Inclusive-Positivism”, *Archiv für Rechts- und Sozial-philosophie*, 93, 2007, pp. 67 - 81.

⑦ 参见N. MacCormick, H.L.A. Hart, London: Edward Arnold, 1981. 维拉区分了麦考密克作品的三个不同时期。(V. Villa, “Neil MacCormick’s Legal Positivism”, In M. Del Mar and Z. Bankowski (ed.), *Law as Institutional Normative Order*, Farnham: Ashgate, 2009, pp. 45 - 64.)

⑧ 现在,在麦考密克和魏因贝格尔1986年的著作《制度法论》中它被重印。

⑨ N. MacCormick, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 277. 麦考密克对这一陈述所做的批判性重构亦可参见J. Dickson, “Is Bad law Still Law? Is Bad Law Really Law?” In M. Del Mar and Z. Bankowski (ed.), *Law as Institutional Normative Order*, Farnham: Ashgate, 2009, pp. 161 - 183.

⑩ M. Hartney, “Dyzenhaus on Positivism and Judicial Obligation”, *Ratio Juris*, 7, 1994, pp. 44 - 55. 添加了强调。

⑪ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, P. A. Bulloch and J. Raz (ed.), Oxford: Clarendon, 1994, p. 210. 我之所以注意到这部分内容,得益于迪克逊(Dickson)的引导:J. Dickson, “Is Bad law Still Law? Is Bad Law Really Law?” In M. Del Mar and Z. Bankowski (ed.), *Law as Institutional Normative Order*, Farnham: Ashgate, 2009, pp. 161 - 183.

⑫ 这一模式在德沃金那里被刻画得很清楚:“我将要证明,即使没有能够处理这一案件的既定规则,其中的一方仍可能有权利获胜。即便在疑难案件中,法官也有责任去找出各方当事人有哪些权利,而不是回溯既往地发明出新的权利。参见R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1978, p. 81.

#### 参考文献:

- [1] N. MacCormick, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford: Oxford University Press, 1999.
- [2] N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford: Oxford University Press, 2005.
- [3] N. MacCormick, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 2007.
- [4] N. MacCormick, *Practical Reason in Law and Morality*, Oxford: Oxford University Press, 2008.
- [5] N. MacCormick, “My Philosophy of Law”, In L. J. Wintgens (ed.), *The Law in Philosophical Perspectives*, Dordrecht: Kluwer, 1999, pp. 121 - 145.
- [6] M. Atienza, “Entrevista a Neil MacCormick”, *Doxa*, 29, 2006, pp. 479-489.



- [7] M. La Torre, "Institutional Theories and Institutions of Law: On Neil MacCormick's Savoury Blend of Legal Institutionalism", In M. Del Mar and Z. Bankowski (ed.), *Law as Institutional Normative Order*, Farnham: Ashgate, 2009, pp. 67-82.
- [8] C. Michelon Jr., "MacCormick's Institutionalism between Theoretical and Practical Reason", *Diritto & questioni pubbliche*, 9, 2009, pp. 53-62.
- [9] N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 1994.
- [10] R. Dworkin, *Law's Empire*, London: Fontana, 1986.
- [11] N. MacCormick, "On 'Open Texture' in Law", In P. Amsselek and N. MacCormick (ed.), *Controversies about Law's Ontology*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 1991, pp. 72 - 83.
- [12] K. J. Kress, "The Interpretive Turn", *Ethics*, 97, 1987, pp. 834 - 860.
- [13] N. Walker, "The Burden of Universalism", In Z. Bankowski and J. MacLean (ed.), *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*, Farnham: Ashgate, 2006, pp. 53-67.
- [14] R. N. Boyd, "How to Be a Moral Realist", In G. Sayre-McCord (ed.), *Essays on Moral Realism*, Ithaca, NY: Cornell University Press, 1988, pp. 181-228.
- [15] N. MacCormick, "Law, Morality and Positivism", In N. MacCormick and O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht: Reidel, 1986, pp. 127-144.
- [16] R. Alexy, "On Necessary Relations between Law and Morality", *Ratio Juris*, 2, 1989, pp. 167-183.
- [17] R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford: Clarendon, 1989.
- [18] R. Alexy, *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, Oxford: Clarendon, 2002.
- [19] J. L. Austin, *How to do Things with Words*, Oxford: Oxford University Press, 1976.
- [20] A. Schiavello, *Perché obbedire al diritto? La risposta convenzionalista ed i suoi limiti*, Pisa: ETS, 2010.
- [21] L.L. Fuller, "Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, 71, 1958, pp. 630-672.
- [22] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, P. A. Bulloch and J. Raz (ed.), Oxford: Clarendon, 1994.
- [23] E. Bulygin, "Il positivismo giuridico", P. Chiassoni, R. Guastini, and G. B. Ratti (ed.), Milan: Giuffrè, 2007.
- [24] M. Atienza, "In merito all' unica risposta corretta", *Ragion Pratica*, 34, 2010, pp. 45-57.
- [25] J. Waldron, "The Irrelevance of Moral Objectivity", In R.P. George (ed.), *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, Oxford: Oxford University Press, 1992, pp. 158-187.
- [26] J. Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford: Clarendon, 1979.
- [27] N. MacCormick, "The Ethics of Legalism", *Ratio Juris*, 2, 1989, pp. 184-193.

## Transcending the Declaratory Model and the Decisionist Model: Neil MacCormick's Second Thoughts on Legal Reasoning and Legal Theory

[Italy] Aldo Schiavello

( Department of Politics , Law and Society of Palermo University , Palermo I-90134)

Chen Wei<sup>1</sup> Zhang Zu-liao<sup>2</sup>

( 1.Philosophy School of Fudan University , Shanghai 200433;

2.Marxism School of Jiangnan University , Wuxi Jiangsu 214122)

**【Abstract】** This paper offers a diachronic reconstruction of MacCormick's theory of law and legal argumentation: In particular, two related points will be highlighted in which the difference between the perspective upheld in *Legal Reasoning and Legal Theory* and the later writings is particularly marked. The first point concerns MacCormick's gradual break with legal positivism, and more specifically the thesis that the implicit pretension to justice of law proves legal positivism false in all its different versions. The second point concerns MacCormick's acceptance of the one-right-answer thesis and the consequent thinning of the differences between MacCormick's theory of legal reasoning and that of Ronald Dworkin and of Robert Alexy. The intent, however, is not only to describe this change in MacCormick's thought, but also to attempt a defence of the original view that we find in *Legal Reasoning and Legal Theory*.

**【Key words】** legal positivism; the implicit pretension to justice of law; the one-right-answer; the declaratory model; the decisionist model

(责任编辑: 孙培福)